Pocas obras como ésta abordan el concepto *derecho familiar*, en sus diversas acepciones, de una manera tan completa en cuanto a los temas y de un modo tan profundo por lo que se refiere a los antecedentes históricos, el significado actual de las leyes y las consecuencias de sus reformas más recientes, estructuradas con reflexiones éticas, filosóficas y jurídicas.

En 14 capítulos, el autor expone con claridad y precisión temas básicos del derecho familiar como el matrimonio y el divorcio, o materias afines como el concubinato y las sociedades de convivencia. No se olvida de precisar el contenido conceptual y el marco legal del parentesco y de los alimentos, ni de analizar el fenómeno de la violencia familiar, de lamentable actualidad en los ámbitos nacional e internacional.

Al hablar de la filiación y la fecundación asistida, Muñoz Rocha va más allá de la mera reproducción de citas de autores clásicos y confronta al derecho familiar con el progreso científico en materia de reproducción humana, al invocar la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y *post mortem*, la maternidad subrogada y la congelación del esperma, entre otros temas, frente a sus consecuencias jurídicas. Culmina con materias no menos relevantes, como la adopción, la patria potestad, la tutela y el patrimonio familiar.

El autor complementa su obra con criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el orden público en el derecho familiar mexicano; asimismo, utiliza tablas, cuadros, esquemas y actividades al final de cada capítulo para reafirmar los conocimientos adquiridos. Consigue así una obra amena, de lenguaje sencillo, incluso coloquial, que cumple de manera cabal los planes de estudio de las principales universidades del país.

OXFORD
UNIVERSITY PRESS
derecho@oup.com
www.oup.com.mx

ISBN 978-607-426-426-5
9 786074 264265

Muñoz Rocha

Derecho familiar

TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS

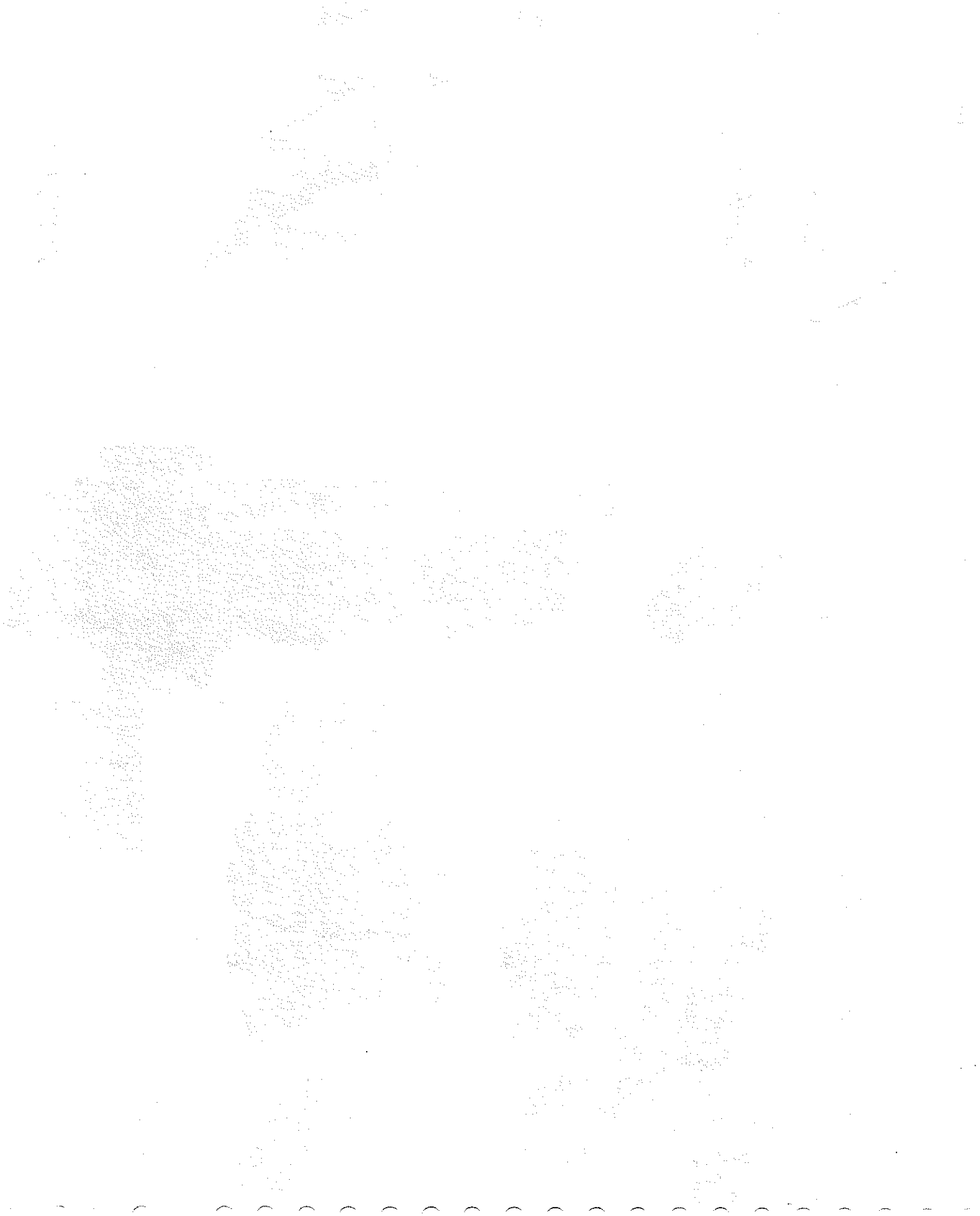
K300.MX
M86
2014

OXFORD

Carlos I. Muñoz Rocha

Derecho familiar

OXFORD



COLECCIÓN TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS

Derecho familiar

Carlos I. Muñoz Rocha
UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE MÉXICO
UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA
UNIVERSIDAD ANÁHUAC
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

K300.MX
M86
2014

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford,
el cual promueve los objetivos de excelencia en la investigación, el aprendizaje y la educación
de la Universidad mediante publicaciones en todo el mundo. Oxford es una marca registrada de
Oxford University Press en el Reino Unido y en algunos otros países.

Publicado en México por
Oxford University Press México, S.A. de C.V.
Antonio Caso 142, Col. San Rafael, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06470, México, D.F.

D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2013

Se han hecho valer los derechos morales del autor

DERECHO FAMILIAR

Primera edición publicada en 2013

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de ésta publicación puede ser reproducida, o guardada en algún sistema de recuperación, o puede ser transmitida en cualquier forma o por cualquier medio, sin la autorización previa, por escrito, de Oxford University Press México S.A. de C.V., o como expresamente sea permitido por la ley, por licencia o bajo los términos acordados con la organización apropiada de derechos de reprografía. Deben enviarse las solicitudes de información acerca de reproducciones fuera del alcance de lo mencionado anteriormente al Departamento de Derechos de Autor de Oxford University Press México S.A. de C.V., a la dirección mencionada arriba.

Usted no debe hacer circular esta obra en cualquier otra forma
y debe imponer esta misma condición a cualquier comprador.

Colección Textos Jurídicos Universitarios

ISBN 978-607-426-426-5

Primera reimpresión

Se usaron tipos ITC Novaresse STD (9.5 pts.), Minion (8, 10.5 pts.),
Optima LT STD (10 pts.), ITC Kabel STD (12, 13, 18, 22 y 25 pts.)
sobre papel Bond Kromos blanco Alta Opacidad de 68 g
Se terminó de imprimir en Duplicate Asesores Gráficos, S.A. de C.V.,
Callejón de San Antonio Abad núm. 66, Col. Tránsito, C.P. 06820, México, D.F.

Impreso en México

Agosto de 2014

Créditos:

Autor: Carlos I. Muñoz Rocha
Dirección editorial, diseño y producción: Mario Andrés Aliaga Valenzuela
Gerente editorial del área de derecho y ciencias sociales: Lilia Guadalupe Aguilar Iriarte
Edición: Rutilo Olvera Argüello
Supervisión de producción: Guillermo González Dorantes
Portada: Brenda Reyes Coix
Diseño y formación: José Jaime Gutiérrez Aceves

Si algún tercero considera que parte del contenido de esta publicación, viola sus derechos de propiedad intelectual, puede enviar una notificación al domicilio arriba citado, indicando los datos personales del titular de los derechos supuestamente infringidos.

Oxford University Press México, S.A. de C.V., no se responsabiliza de los contenidos de las páginas Web enlazadas o referenciadas en esta publicación.

USBI-VERACRUZ

A mis alumnos de la Maestría en Amparo

Misión cumplida

Acevedo Barraza, Georgina: Secretaria de Tribunal Colegiado de Circuito
Aguilar Ramírez, César Valente: Secretario de Juzgado de Distrito
Carlos Silva, Leticia: Secretaria de Juzgado de Distrito
Castillo Reyes, Marely de los Ángeles: Secretaria de Tribunal Colegiado de Circuito
Chan Muñoz, Myrna Grisselle: Secretaria de Tribunal Colegiado de Circuito
De León Merino, Luis Fernando: Juez de Garantía de Menores Infractores
García Ugalde, Margarita de Jesús: Secretaria de Tribunal Colegiado de Circuito
Hernández Simental, José Martín: Magistrado de Tribunal Colegiado de Circuito
Luévano Ovalle, Juan Fernando: Secretario de Tribunal Colegiado de Circuito
Mariscal Garibaldi, Roberto Antonio: Abogado Litigante
Montes Gutiérrez, Jesús Gerardo: Secretario de Tribunal Colegiado de Circuito (†)
Montes Gutiérrez, Jorge Erik: Secretario de Tribunal Colegiado de Circuito
Morales Lorenzini, Consuelo Alejandra: Secretaria de Tribunal Colegiado de Circuito
Moreno Pérez, Rodolfo: Magistrado de Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado.
Ordóñez Serna, Ana Luisa: Secretaria de Tribunal Colegiado de Circuito
Quezada Terrazas, Óscar Armando: Oficial de Partes Común de Tribunal Colegiado de Circuito
Rivera Pérez, Juan Carlos: Secretario de Sala Fiscal
Tello Acuña, Marta Olivia: Magistrada de Tribunal Colegiado de Circuito
Torres García, Gerardo: Magistrado de Tribunal Colegiado de Circuito
Flores Silva, José Carlos
Moreno Navarrete, Lucero Anaid

A
Salvador Muñoz Durán
Salvador Muñoz Gómez
Minerva Gómez

055723

55702

Índice de contenido

Prólogo xv

1. Introducción al estudio del derecho familiar 1

1.1 Trascendencia del estudio de la historia del derecho familiar mexicano 1
- 1.1.1 Etapas de la familia 2
- 1.1.2 Breves aspectos históricos del derecho familiar mexicano 4
  - 1.1.2.1 México indígena 4
  - 1.1.2.2 México colonial 5
  - 1.1.2.3 México independiente 5

1.2 Concepto de derecho familiar. Sus elementos e instituciones que lo integran 7
- 1.2.1 Elementos e instituciones que integran el derecho familiar 10
- 1.2.2 Sujetos del derecho familiar 10
- 1.2.3 Derechos subjetivos familiares 11
- 1.2.4 Clasificación de los derechos subjetivos familiares 11

1.3 El concepto de familia, en sus diversas acepciones 12
- 1.3.1 Acepción etimológica 13
- 1.3.2 Acepción sociológica 13
- 1.3.3 Concepto gramatical 14
- 1.3.4 Acepción jurídica 15

1.4 Garantías o principios constitucionales acerca de la familia 22

1.5 Familias fundadas por parejas de personas del mismo sexo, no necesariamente homosexuales 26

1.6 Principios aplicables al derecho familiar 28
- 1.6.1 Orden público 29
  - 1.6.1.1 Antecedentes del orden público 29
  - 1.6.1.2 Teorías del orden público 30
- 1.6.2 La autonomía de la voluntad en el derecho familiar 31
- 1.6.3 El orden público en el derecho familiar mexicano 32
- 1.6.4 Criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el orden público en el derecho familiar mexicano 34

Actividades 39

2. Naturaleza jurídica y autonomía del derecho familiar 43

2.1 Naturaleza jurídica del derecho familiar 43
- 2.1.1 Teoría de Antonio Cicu 44

2.1.2 Teoría de Roberto de Ruggiero 47
2.1.3 Tesis de Julien Bonnecase 52
2.1.3.1 Derecho de familia en el sentido amplio 52
2.1.3.2 Derecho de familia en sentido estricto 54
2.1.4 Tesis de Julián Güitrón Fuentevilla 54
2.1.4.1 Concepto de derecho de familia 55
2.1.4.2 Naturaleza jurídica del derecho familiar 55
2.2 Autonomía del derecho familiar 56
2.2.1 Teoría de Julián Güitrón Fuentevilla 56
2.2.2 Tesis de José Barroso Figueroa sobre la autonomía del derecho familiar 57
2.2.2.1 Derecho social y socialización del derecho 58
2.2.2.2 Concepto de derecho social. Sus proyecciones 60
2.2.2.3 El fenómeno socializador del derecho y su influencia en el derecho civil 62
2.2.2.4 La influencia de la socialización del derecho en el derecho civil mexicano 63
2.2.3 Criterios de autonomía del derecho de familia de Barroso Figueroa 64
2.2.3.1 Criterio legislativo 69
2.2.3.2 Criterio científico 70
2.2.3.3 Criterio didáctico 70
2.2.3.4 Criterio jurisdiccional 70
2.2.3.5 Criterio institucional 71
2.2.3.6 Criterio procesal 72

Actividades 74

3. Los esponsales y el matrimonio 78

3.1 Concepto de esponsales 78
3.1.1 Los esponsales en la legislación mexicana 80
3.1.2 Efectos del incumplimiento 81
3.1.3 Su ausencia de regulación en el *Código Civil para el Distrito Federal* 81
3.2 La nueva concepción del matrimonio en el Distrito Federal 81
3.2.1 Concepto de matrimonio 82
3.2.2 Naturaleza jurídica del matrimonio 87
3.2.2.1 La tesis de la naturaleza jurídica del matrimonio como institución 87
3.2.2.2 La tesis contractual de la naturaleza jurídica del matrimonio como contrato civil y como contrato adhesión 88
3.2.2.3 La tesis de la naturaleza jurídica del matrimonio como acto condición 90
3.2.2.4 La tesis de la naturaleza jurídica del matrimonio como estado civil 90
3.2.2.5 La tesis de la naturaleza jurídica del matrimonio como acto jurídico mixto 90
3.2.2.6 Nuestra postura acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio 90
3.2.3 Fines del matrimonio 91
3.2.4 Requisitos para contraer matrimonio 93
3.2.5 Impedimentos para contraer matrimonio 95

3.2.6 Elementos esenciales o de existencia y requisitos de validez del matrimonio 99
3.2.7 Formalidades para contraer matrimonio 99
3.2.8 Los matrimonios nulos y sus efectos 102
3.2.9 Matrimonios celebrados en el extranjero 106
3.3 Efectos del matrimonio 107
3.3.1 Efectos del matrimonio en relación con los cónyuges 107
3.3.2 Efectos del matrimonio en relación con los hijos 109
3.3.3 Efectos del matrimonio en relación con los bienes (estudio general) 109
3.3.3.1 Efectos del matrimonio en relación con los bienes en nuestra legislación 111
3.3.3.2 Régimen de sociedad conyugal 112
3.3.3.3 Régimen de separación de bienes 115
3.3.3.4 Donaciones antenupciales 116
3.3.3.5 De las donaciones entre consortes 117

Actividades 117

4. Divorcio 122

4.1 Concepto de divorcio 123
4.1.1 El divorcio en Roma 123
4.1.2 El divorcio en el derecho francés 124
4.1.3 El divorcio en México 124
4.2 Clases de divorcio 125
4.2.1 Divorcio no vincular 125
4.2.2 Divorcio vincular 125
4.2.3 Divorcio administrativo 127
4.2.4 El divorcio por vía judicial 127
4.3 Efectos jurídicos del divorcio 129
4.3.1 Efectos provisionales 129
4.3.2 Efectos del divorcio en relación con los divorciados 131
4.3.3 Efectos del divorcio en relación con los hijos 131
4.3.4 Efectos del divorcio en relación con los bienes 132
4.3.5 Evolución del divorcio 133
4.3.6 Reflexión ética sobre el divorcio 137
4.3.7 Divorcio en cifras 138
4.3.7.1 Situación conyugal 139
4.3.7.2 Divorcios 139
4.3.7.3 Matrimonios con pareja del mismo sexo 140

Actividades 146

5. Concubinato y las sociedades de convivencia 151

5.1 El concubinato en el derecho romano 151
5.2 El concubinato en el derecho francés 153
5.3 Concepto de concubinato 154

5.4 Evolución del concubinato en la legislación del Distrito Federal 159
5.5 Naturaleza jurídica del concubinato 164
5.5.1 Tesis de Sara Montero 165
5.5.2 Tesis de Flavio Galván Rivera 166
5.5.3 Reflexión sobre la naturaleza jurídica del concubinato 168
5.5.4 Características del concubinato 170
5.6 Efectos del concubinato 171
5.6.1 Efectos jurídicos del concubinato entre los concubinos 172
5.6.2 Efectos jurídicos del concubinato en relación con los hijos 174
5.6.3 Efectos jurídicos del concubinato en relación con los bienes y las sucesiones 176
5.7 Las sociedades de convivencia 178
5.7.1 Concepto de sociedad de convivencia 178
5.7.2 Naturaleza jurídica de las sociedades de convivencia 180
5.7.3 Requisitos para su inscripción 181
5.7.4 Efectos jurídicos de la sociedad de convivencia 183
5.7.4.1 Efectos jurídicos entre los convivientes 183
5.7.4.2 Efectos sobre los bienes 184
5.7.4.3 Efectos jurídicos derivados de la terminación de la sociedad de convivencia 184
5.7.5 Forma de terminación de la sociedad de convivencia 184
5.8 Conclusión 185

Actividades 186

6. Parentesco 191

6.1 Parentesco en Roma 191
6.2 El parentesco en el derecho francés 192
6.3 Concepto de parentesco 193
6.4 Clases de parentesco 194
6.4.1 Parentesco por consanguinidad 194
6.4.2 Parentesco civil 196
6.4.3 Parentesco por afinidad 196
6.5 Líneas y grados de parentesco y generaciones 197
6.6 Consecuencias jurídicas del parentesco en diversos actos civiles familiares y hereditarios 204
6.6.1 Consecuencias jurídicas del parentesco por consanguinidad 204
6.6.2 Consecuencias jurídicas del parentesco por afinidad 205
6.6.3 Consecuencias jurídicas del parentesco civil 206

Actividades 207

7. Alimentos 211

7.1 Los alimentos en el derecho romano 211
7.2 Concepto de alimentos 213
7.3 Fundamento y justificación de los alimentos 214

7.4 Contenido de los alimentos 215
7.5 Características de los alimentos 216
7.5.1 Recíproca 216
7.5.2 Sucesiva 216
7.5.3 Divisible 217
7.5.4 Personal e intransmisible 217
7.5.5 Indeterminada y variable 218
7.5.6 Alternativa 219
7.5.7 Imprescriptible 219
7.5.8 Asegurable 220
7.5.9 Sancionado su incumplimiento 220
7.6 Características del derecho a recibir alimentos 221
7.6.1 Derecho personal e intransferible 221
7.6.2 Inembargable 222
7.6.3 Irrenunciable 223
7.6.4 No susceptible de compensación 223
7.7 Fuentes de la obligación de alimentos 223
7.8 Sujetos de la obligación 224
7.9 Cuándo cesa el deber o la obligación de otorgar alimentos 226
7.10 Cuantía de los alimentos 226
7.10.1 Fijación de la pensión 227

Actividades 230

8. Violencia familiar 234

8.1 Concepto de violencia familiar 235
8.2 Análisis de la violencia familiar como problema jurídico y social 241
8.3 Efectos jurídicos de la violencia familiar 243
8.4 Cifras de la violencia 249
8.4.1 Atención de la violencia familiar en las 16 unidades en el año 2009 249
8.4.2 Registros administrativos 259
8.4.3 Encuestas 261
8.4.3.1 Denuncia de la violencia 262
8.4.3.2 Otras encuestas 262

Actividades 264

9. Filiación y fecundación asistida 268

9.1 Concepto y antecedentes de la filiación 268
9.2 Clases de filiación 270
9.2.1 Filiación matrimonial 271
9.2.2 Filiación extramatrimonial 272
9.2.3 Filiación civil o adoptiva 272
9.3 Efectos jurídicos 273
9.4 Diferentes clases de hijos que regulan algunas legislaciones mexicanas 273

9.5 El progreso científico en materia de reproducción humana y sus consecuencias en el derecho familiar 277
9.5.1 Reproducción asistida 277
9.5.2 Inseminación artificial 279
9.5.3 Nuevas formas de fecundación *in vivo* e *in vitro* 279
9.5.4 La congelación del esperma 281
9.5.5 Maternidad subrogada y el arrendamiento de vientre 281
9.5.6 Fecundación *post mortem* 282
9.5.7 Consecuencias jurídicas 283
9.5.8 Reflexión final 288
9.6 Investigación de la paternidad y la maternidad 292
9.6.1 Evolución 292
9.6.2 Investigación de la maternidad 294
9.6.3 Investigación de la paternidad 294
9.6.4 La acción de investigación de la paternidad y de la maternidad 295
9.6.5 Las pruebas de filiación y las diversas técnicas del avance científico 296
9.6.6 Pruebas de filiación matrimonial 297
9.6.7 La posesión de estado de hijo 297
9.7 Filiación extramatrimonial 298
9.8 Reconocimiento voluntario 298
9.9 Consecuencias jurídicas del reconocimiento voluntario o forzoso de un hijo 300

Actividades 301

10. Adopción 306

10.1 Antecedentes de la adopción 306
10.1.1 Adopción en el derecho romano 307
10.1.2 La adopción en el derecho francés 308
10.1.3 La adopción en el derecho mexicano 309
10.2 Concepto de adopción 310
10.3 Naturaleza jurídica de la adopción 312
10.4 Características del acto jurídico o medio que la constituye 313
10.5 Requisitos para adoptar y ser adoptado 314
10.6 ¿Quiénes pueden adoptar? 316
10.7 Nulidad de la adopción 317
10.8 Efectos de la adopción 317
10.9 Procedimiento para tramitar la adopción 317
10.10 La adopción internacional 320
10.11 La adopción por homosexuales: una reflexión y algunas cifras 322
10.12 Reflexión final 326

Actividades 328

11. Patria potestad 332

11.1 Concepto de patria potestad 332

11.2 Evolución de la patria potestad 334
11.2.1 La patria potestad en el derecho romano 334
11.2.2 Patria potestad en el derecho francés 335
11.2.3 La patria potestad en nuestra legislación 335
11.2.3.1 La patria potestad en los códigos civiles de 1870 y 1884 336
11.2.3.2 La patria potestad en la *Ley sobre Relaciones Familiares* 336
11.2.3.3 El Código Civil de 1928 337
11.3 Objetivos y fines de la patria potestad 338
11.4 Características de la patria potestad 340
11.4.1 Es de interés público 340
11.4.2 Es irrenunciable 340
11.4.3 Es intransferible 341
11.4.4 Es imprescriptible 341
11.4.5 Es temporal 341
11.4.6 Es excusable 341
11.5 Sujetos de la patria potestad 342
11.6 Efectos de la patria potestad 344
11.6.1 Efectos respecto de la persona de los menores 344
11.6.2 Efectos respecto de los bienes de los menores 346
11.6.2.1 Usufructo de los bienes del menor 348
11.7 Supuestos de terminación, pérdida, suspensión, limitación y recuperación de la patria potestad 349
11.7.1 Terminación de la patria potestad 349
11.7.2 Pérdida de la patria potestad 349
11.7.3 Suspensión de la patria potestad 351
11.7.4 Limitación de la patria potestad 351
11.7.5 Recuperación de la patria potestad 351

Actividades 352

12. Tutela 357

12.1 Concepto de tutela 357
12.2 Evolución de la tutela 358
12.2.1 La tutela en el derecho romano 359
12.2.1.1 Tutela de las mujeres 360
12.2.2 Tutela en el derecho francés 361
12.2.3 Tutela en nuestra legislación 362
12.3 Sistemas tutelares 364
12.3.1 La tutela como institución familiar 364
12.3.2 La tutela como institución de carácter público 364
12.3.3 La tutela en el sistema mixto 364
12.4 La tutela en el *Código Civil para el Distrito Federal* 365
12.5 Características de la tutela 365
12.6 Sujetos de la tutela 367
12.6.1 Sujetos a quienes beneficia la tutela 367

12.6.2 Sujetos que ejercen la tutela 368
12.7 Clases de la tutela 368
12.7.1 Tutela cautelar 369
12.7.2 Tutela testamentaria 369
12.7.3 Tutela legítima 371
12.7.4 Tutela dativa 372
12.8 Inhábiles para desempeñar la tutela 373
12.9 Excusas para el desempeño de la tutela, garantías que deben prestar los tutores, su desempeño, su extinción y la entrega de los bienes 374
12.9.1 Excusas para el desempeño de la tutela 374
12.9.2 Garantías que deben prestar los tutores 375
12.9.3 Desempeño de la tutela 376
12.9.3.1 Obligaciones y contenido de la tutela 377
12.9.4 Extinción de la tutela 384
12.9.5 Entrega de los bienes de la tutela 384
12.10 Del curador, los consejos de vigilancia y del juez familiar 385
12.10.1 El curador 385
12.10.1.1 La curatela en el derecho romano 386
12.10.1.2 Curatela en el derecho francés 387
12.10.1.3 La curatela en México 388
12.10.2 La curatela en el *Código Civil para el Distrito Federal* vigente 389
12.10.2.1 Curador interino 389
12.10.2.2 Nombramiento del curador 389
12.10.2.3 Obligaciones del curador 390
12.10.3 Consejo Local de Tutelas 390
12.10.4 Jueces de lo Familiar 391

Actividades 392

13. Patrimonio familiar 397

13.1 Concepto de patrimonio familiar 397
13.2 Evolución del patrimonio familiar 398
13.3 Características del patrimonio familiar 400
13.4 Valor de los bienes afectos al patrimonio familiar 401
13.5 Formalidades para su constitución 401
13.6 Quiénes pueden constituir el patrimonio familiar 403
13.7 Formas de extinción del patrimonio familiar 403
13.8 Disminución del patrimonio familiar 403

Actividades 404

14. Reflexión final. Vivir con dignidad 407

Bibliografía 413

Índice analítico 417

Prólogo

Presentar a una persona como el doctor Don Carlos Ignacio Muñoz Rocha, cuando ha escrito diversas obras en cuyos preámbulos se han descrito sus cualidades personales, profesionales y académicas, no es tarea fácil. La obra en turno muestra de manera clara uno de los aspectos que destacan en la personalidad de este humanista: su versatilidad para adaptarse a los cambios y la jovialidad con que afronta los nuevos retos en la transformación del derecho.

Cada una de sus cátedras es una lección no sólo jurídica, sino de la vida misma. Su insistencia en la búsqueda de la Justicia, como valor, cuya ausencia obstruye el camino hacia la paz (Bauman), taladra en las mentes de quienes tenemos la fortuna de abrevar de su sabiduría. Ahora se menciona que los cambios imponen el que la experiencia se deseche, por estar *contaminados* los profesionales del derecho con los sistemas arcaicos; dicho argumento cede irremediablemente frente al ejemplo contundente de quien, no obstante su edad, demuestra que la juventud y la capacidad de aprender y enseñar el conocimiento no es cuestión de edad biológica, sino de madurez intelectual para asimilar los cambios y ambición de obtener cada vez un bagaje cultural mayor. El doctor Muñoz Rocha demuestra que despreciar la experiencia no es de mentes sanas, y con un fino e inteligente sarcasmo se refiere a ellos como a quienes *no les sube agua al tinaco*, frase paremiológica de fuerte carga argumentativa que no requiere mayor explicación.

El autor de esta obra tiene la capacidad de hablar lo mismo de filosofía que de derecho o ética, entre otras muchas materias; fluyen en sus cátedras las citas de los pensadores clásicos y los más vanguardistas, lo cual demuestra la inversión de su tiempo en la lectura constante y es muestra clara de que el profesionista es un eterno estudiante que siempre tiene algo nuevo que aprender. No exige sin antes demostrar con el ejemplo, y cada charla, en la cátedra o en lo personal, es una auténtica lección de la cual, si se tiene la capacidad de seguirlo en su pensamiento fluido, versátil y preclaro, se obtiene un conocimiento valioso.

Sin embargo, su mayor preocupación es la persona en sí misma. Su amor a la cátedra la desborda en sus atenciones hacia sus alumnos y compañeros maestros. Es, sin duda, su lado humanista lo que guía no sólo las palabras inspiradoras para motivar a alguien, sino su aguijón del sarcasmo, que utiliza como terapia de choque para mover del marasmo a aquellos quienes le interesan. Su sinceridad, practicante de la verdad kantiana, lo hace una de esas personas de quienes se ha dicho son una especie en extinción; se resiste a ello y por eso imparte su cátedra, sus conocimientos, con la esperanza de que su ejemplo se multiplique y se pase bajo el tamiz de la crítica aquello que se nos presenta como ideal, perfecto o con la imagen de libertades soñadas, pero que puede esconder la *experiencia aterradora de una población heterónoma, desventurada y vulnerable*, afirma citando constantemente a Bauman.

Debo reconocer que admiro las virtudes y cualidades del doctor Muñoz Rocha, por ello he tratado de mantenerme cerca de él, inicialmente teniéndolo como Maestro, después como asesor de mis tesis de maestría y doctorado, y sólo lamento que no haya sido mayor el tiempo para realizar ambas tesis; debo aceptar que, con soberbia, nunca pensé que aprendería tanto bajo su guía y, sin embargo, me demostró que aun en las herramientas metodológicas para desarrollar el trabajo en que me desempeño, es mucho lo que me enseñó y todavía me puede enseñar. Aún retumba en mi mente su risa cuando comentamos la famosa *teoría del caso* como algo novedoso en el llamado *nuevo sistema de justicia penal oral* y su maravillosa ilustración de que, en realidad, es una adaptación de la denominada *teoría de las hipótesis* de la filosofía de las ciencias; o los *tests* de racionalidad, provenientes de la misma área de conocimiento.

Está firmemente convencido de que en la exploración de la filosofía de las ciencias naturales, si se da un vistazo comparativo a las ciencias sociales, se advertirá que muchos de nuestros resultados relativos a los métodos y a la estrategia de la investigación científica se aplican a las ciencias sociales, tanto como a las ciencias naturales, sólo que el jurista, generalmente por desprecio o temor, rehúye las matemáticas, la lógica y la filosofía. Hempel, Popper, Bauman, entre otros, se convirtieron en mi tormento para poder entender estas *novedosas figuras jurídicas*, para que no repitiera las ... que los demás decían en completa ignorancia de la génesis de dichos conceptos. Quienes tenemos la fortuna de conocerlo sabrán la palabra que iría en los anteriores puntos suspensivos.

Su aportación en esta ocasión versa sobre el derecho familiar. En 14 capítulos, el doctor Muñoz Rocha desarrolla, desde la historia del derecho familiar mexicano hasta el patrimonio familiar, diversos temas de actualidad en esta materia, que reclama su autonomía del derecho civil por considerarla el autor una materia intermedia entre el interés individual y el interés social o público. El marco conceptual se advierte en el capítulo 1, al cual continúa la precisión de la naturaleza jurídica del derecho familiar a través de los autores más destacados en la materia, como Cicu, Ruggiero, Bonnecase y Fuentevilla.

De manera clara el autor nos explica el porqué de la autonomía del derecho familiar, para lo cual se apoya en Cabanellas, Fuentevilla y Barroso Figueroa. Con apoyo en la legislación civil progresista del Distrito Federal, se ocupa de los esponsales y del matrimonio, y en el capítulo 4 atiende el tema del divorcio, en donde también comenta las reformas sobre la materia en el mismo Distrito Federal a partir del 2008. La naturaleza jurídica del concubinato y las sociedades de convivencia son temas principales al desarrollar el capítulo 5.

Después de precisar el contenido conceptual y el marco legal del parentesco y de los alimentos en los capítulos 6 y 7, respectivamente, en el capítulo 8 analiza el fenómeno de la violencia familiar en los ámbitos nacional e internacional, un tema de actualidad debido a las variables sutiles por las cuales puede desarrollarse.

En el capítulo 9, al hablar de la filiación, el autor trata los temas más álgidos y actuales sobre este punto. Va más allá de la mera reproducción de citas de autores clásicos y confronta al derecho familiar con el progreso científico en materia de reproducción humana y sus consecuencias en el derecho familiar, al invocar la fecundación *in vitro*, la maternidad subrogada, la congelación del esperma, el registro genético de espermatozoides y sus consecuencias jurídicas.

Culmina el doctor Muñoz Rocha, en los capítulos 10 al 13, con los temas de la adopción, la patria potestad, la tutela y el patrimonio familiar, tanto desde una perspectiva interna como internacional.

Es importante reiterar que la actualización de los anteriores temas constituye cita obligada del jurista, con el fin de mantenerse vigente en los tópicos renovados en la obra que me honra presentar.

Agradezco al doctor, de quien soy discípulo y quien además me dispensa su amistad, su invitación para la elaboración de este prólogo. Tengo la plena convicción de que por el profesionalismo mostrado en los temas abordados, la obra tendrá gran aceptación en el medio jurídico y constituirá un referente obligado para los estudiosos del derecho en la materia del derecho familiar.

José Martín Hernández Simental
Chihuahua, Chihuahua, 5 de julio de 2013

Introducción al estudio del derecho familiar

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Conocerá la trascendencia de la historia del derecho familiar mexicano.
- Identificará el concepto de derecho familiar.
- Conocerá los elementos e instituciones que integran el derecho familiar.
- Comprenderá los distintos conceptos de familia.
- Analizará la importancia del orden público como característica de las normas del derecho familiar.
- Identificará los sujetos del derecho familiar.

El estudio del derecho familiar se torna necesario ahora como nunca, pues en estos últimos años han impactado en él, primero, las reformas legislativas que se han dado en el mundo y, particularmente, en el Distrito Federal; segundo, la transformación que se ha producido en el colectivo social para aceptar cambios sobre la familia, independientemente de cualquier juicio ético o moral que pudiera expresarse sobre este punto; tercero, los avances científico-tecnológicos que se han producido en las materias genética y reproductiva, impactando la estructura familiar, y con ello se ha complicado su tratamiento legislativo.

Por otra parte, debemos apuntar que se ha abandonado el estudio del derecho de familia; en la actualidad hay pocos estudios sobre el tema. Con este trabajo queremos contribuir y llamar la atención acerca de los retos que nos plantea el mundo contemporáneo sobre esta materia.

Iniciaremos este primer capítulo explicando los conceptos básicos y paulatinamente, en el desarrollo de la obra, estudiaremos —sin abandonar los aspectos clásicos— los planteamientos actuales sobre el derecho familiar, cuyos caminos son escabrosos y llenos de cuestionamientos, tanto en aspectos jurídicos como sociales, psicológicos, éticos, morales y, en general, filosóficos, que no podemos rehuir.

1.1 Trascendencia del estudio de la historia del derecho familiar mexicano

Comenzamos recordando brevemente aspectos históricos del derecho familiar, mismos que sirven de base para comprender la institución jurídica de la familia.

Antes de hablar de los aspectos históricos propiamente dichos del derecho familiar, es importante entender, aunque a grandes líneas, el origen de la familia, asunto del que se han ocupado estudiosos de distintas ciencias; en el entendido de que la familia es una creación del ser humano, producto de la evolución de su racionalidad, que condujo al hombre a inventar una forma de organización racional y ordenada de convivencia y, sobre todo, diferente de la irracional organización animal.

1.1.1 Etapas de la familia

Entre las obras que tratan el tema encontramos *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, de Carlos Marx y Federico Engels, quienes a su vez exponen los resultados de las investigaciones de Morgan.[1] Precisamente de acuerdo con Morgan las etapas de la familia son las siguientes:

1. *La familia consanguínea*: en ella podemos apreciar que priva la promiscuidad; significa, según Marx y Engels, que todos los abuelos y abuelas en los límites de la familia son maridos y mujeres entre sí; podemos decir que todos, hermanos y hermanas, primos y primas en primero y segundo y restantes grados, son todos ellos hermanos y hermanas entre sí y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres unos de otros.

   El vínculo de hermano y hermana presupone de por sí en ese período el comercio carnal recíproco... La familia consanguínea ha desaparecido. Ni aun los pueblos más salvajes de que habla la historia presentan algún ejemplo indudable de ella. Pero lo que nos obliga a reconocer que debió existir es el sistema de parentesco hawaiano que aún reina en toda Polinesia y que expresa grados de parentesco consanguíneo que sólo han podido nacer con esa forma de familia; nos obliga también a reconocerlo todo el desarrollo ulterior de la familia, que presupone esa forma como estadio preliminar necesario.[2]

2. *La familia punalúa*: el primer progreso de la familia fue la exclusión de los padres y los hijos del comercio sexual recíproco; el segundo progreso fue la exclusión de los hermanos de este comercio sexual, pero se realizó poco a poco, comenzando tal vez con la exclusión de los hermanos uterinos, es decir, los hijos de la misma madre, primero aisladamente, y luego se generalizó, culminando por la prohibición total del matrimonio hasta entre hermanos colaterales. De la evolución de este tipo de familia surge la *gens*, que se convirtió en base del orden social de la mayoría de los pueblos de la Tierra. Dicen Marx y Engels:

   De la familia consanguínea salió, así o de una manera análoga, la forma de familia a la que Morgan da el nombre de punalúa. Según la costumbre hawaiana, cierto número de hermanas carnales o más lejanas... eran mujeres comunes de sus maridos comunes, de los cuales quedaban excluidos, sin embargo, sus propios hermanos. Esos maridos, por su parte, no se llamaban entre sí hermanos, pues ya no tenían necesidad de serlo, sino "punalúa", es decir, compañero íntimo... De igual modo una serie de hermanos uterinos o más lejanos tenían en matrimonio común cierto número de mujeres, con exclusión de sus propias hermanas, y esas mujeres se llamaban entre sí "punalúa". Éste es el tipo clásico de una formación de la familia

[1] Morgan pasó la mayor parte de su vida entre los iroqueses —establecidos aún actualmente en el estado de Nueva York—; fue adoptado por una de sus tribus (la de los senekas). Escribe en 1877 *Studies in Ancient History*, obra fundamental para conocer la historia de la familia y en la que se basan Marx y Engels. Cfr. Carlos Marx y Federico Engels, *Obras escogidas*, t. III, "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado", Progreso, Moscú, 1980, pp. 213-222.

[2] Ibídem, pp. 229 y 230.

que sufrió más tarde una serie de variaciones y cuyo rasgo característico esencial era la comunidad recíproca de maridos y mujeres en el seno de determinado círculo familiar, del cual fueron excluidos, sin embargo, al principio los hermanos carnales y, más tarde, también los hermanos más lejanos de las mujeres, ocurriendo lo mismo con las hermanas de los maridos.[3]

3. *La familia sindiásmica*: esta familia presenta cierto grado de evolución, pues en regímenes anteriores como el de matrimonio por grupos ya se formaban parejas conyugales para un tiempo más o menos largo; el hombre tenía una mujer principal entre sus numerosas esposas; de la misma manera, era para ella el esposo principal entre los demás. Encontramos aquí una serie de prohibiciones que al irse extendiendo y complicando hicieron imposibles las uniones por grupos, lo que condujo al tipo de familia que nos ocupa. En efecto, en esta familia sindiásmica, dicen Marx y Engels:

   El hombre vive con una mujer, pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, aunque por causas económicas la poligamia se observa raramente; al mismo tiempo, se exige la más estricta fidelidad a las mujeres mientras dure la vida común, y su adulterio, se castiga cruelmente. Sin embargo el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una y otra parte, y después, como antes, los hijos sólo pertenecen a la madre.[4]

   Podemos concluir con los autores citados que la familia sindiásmica aparece en el límite entre el salvajismo y la barbarie; esta familia es característica de la barbarie, como el matrimonio por grupos lo fue del salvajismo y la monogamia lo es de la civilización.

4. *La familia monogámica*: nace de la familia sindiásmica, en el periodo de transición entre el estado medio y el superior de la barbarie; como afirmamos antes, esta forma de familia es típica de la civilización y lo es prácticamente hasta los momentos actuales. En ella predomina el hombre; su fin es procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible, pues ellos serán los herederos directos y entrarán en posesión de los bienes de su padre:

   La familia monogámica se diferencia... por una solidez mucho más grande de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos por deseo de cualquiera de las partes. Ahora, sólo el hombre, como regla, puede romper esos lazos y repudiar a su mujer. También se le otorga el derecho de infidelidad conyugal, sancionado, al menos, por la costumbre (el código de Napoleón se lo concede expresamente, mientras no tenga la concubina en el domicilio conyugal).[5]

Podemos apreciar que en la evolución y estructura de la familia han influido factores derivados de la naturaleza humana, vinculados con mecanismos y leyes biológicas, aspectos culturales, antropológicos, sociales, así como la necesidad de nuestra naturaleza humana. Como lo mencionaba Hugo Grocio, somos sociales y gregarios; esto implica tanto la necesidad de evitar el aislamiento y la soledad como la de satisfacer impulsos vitales. En este orden de ideas, dice Fromm:

El individuo debe aceptar el modo de vida arraigado en el sistema de producción y distribución de cada sociedad determinada. En el proceso de la adaptación dinámica de la cultura se desarrolla un cierto número de impulsos poderosos que motivan las acciones y los senti-

[3] Ibídem, pp. 231 y 232.

[4] Ibídem, p. 238.

[5] Ibídem, p. 250.

mientos del individuo. Éste puede o no tener conciencia de tales impulsos, pero, en todos los casos, ellos son enérgicos y exigen ser satisfechos una vez que se han desarrollado. Se transforman así en fuerzas poderosas que a su vez contribuyen de una manera efectiva a formar el proceso social.[6]

Esta forma sencilla de expresarlo nos lleva a descubrir que la naturaleza humana es compleja y contradictoria, pues en ella intervienen otros factores como la educación, la cultura construida socialmente, los valores comunes y el estamento moral que nos hemos dado, pero a la vez aspectos como nuestros miedos e inseguridades, entre otros, surgidos del entorno y del ser individual de cada persona.

Pero concluyamos: la familia es el grupo primario de cualquier sociedad; en ella se originan, forman y perfeccionan tanto la educación, la cultura y los valores comunes, como aspectos de la individualidad que surgen de la intrincada red de relaciones que cada ser humano construye a lo largo de su vida.

1.1.2 Breves aspectos históricos del derecho familiar mexicano

Considero importante hacer una aclaración de principio para evitar confusiones sobre el régimen jurídico de los pueblos del México precolombino y precortesiano: su desarrollo jurídico era rudimentario, pues con frecuencia se dice que el matrimonio o el divorcio en el derecho de tal o cual pueblo precortesiano se regulaba de equis manera, lo cual genera confusiones, pues no es del todo preciso.

También debemos decir que tenemos noticia de la historia, vida y costumbres de los pueblos del México indígena a través de los cronistas, quienes señalan algunos aspectos de las relaciones que establecían en distintos ámbitos de la vida social y que pudieran apreciarse como actos jurídicos; sin embargo, se limitan más bien a describir los usos y costumbres, sin señalar si había una legislación.

Podemos decir entonces que no tenían legislación como la entendemos actualmente y que su "derecho" era consuetudinario.

1.1.2.1 México indígena

En el México indígena encontramos entre los antiguos chichimecas, según los historiadores, que Nopaltzin dictó algunas leyes cuya simplicidad nos indica lo primitiva que era la vida de estos pueblos; sin embargo, no hay vestigios claros de estas disposiciones.

Al parecer, en tiempos de Netzahualcóyotl hubo una evolución del derecho expresada en el aumento de fórmulas e instituciones. En este estado lo encontraron los españoles, pero de nuevo es narrativa de historiadores y cronistas; desgraciadamente, no tenemos vestigios materiales sobre el particular.[7]

Según los cronistas e historiadores, la poligamia era la forma de familia privilegiada entre las clases sociales altas. Esto dificultó la evangelización: en los diversos pueblos que habitaron Mesoamérica prevalecían costumbres familiares, como es de explicarse, muy alejadas de lo que ahora es la familia y el marco legal que la rige. Era lícito, según Clavijero, abusar de una doncella antes de casarse; de la misma manera, podían ser abandonadas por cualquier detalle.

[6] Erich Fromm, *El miedo a la libertad*, trad. Gino Germani, Paidós, México, 1983, pp. 44 y 45. Citado por Alicia Pérez Duarte, *Derecho de familia*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 22.

[7] Cfr. Salvador Chávez Hayhoe, *Historia sociológica de México*, t. I, edición del autor, 1994.

No obstante, también debemos señalar que la diversidad de pueblos existentes y la dispersión de la población por el territorio nacional hace difícil generalizar. Por ejemplo, según testimonio de los historiadores, entre los sinaloas el matrimonio se contraía con el consentimiento de los parientes y sólo los jefes podían tener más de una mujer. En otros pueblos, como olmecas y toltecas, había ritos matrimoniales que no describimos por salir de los alcances de esta obra.

El adulterio se consideraba delito grave y los adúlteros eran sancionados con penas graves; por ejemplo, entre los teotihuacanos se les condenaba a morir a flechazos. En Yucatán, el marido podía perdonar a la adúltera, pero si éste no era el caso, ella moría bajo la presión de una piedra que se dejaba caer sobre su cabeza.[8]

1.1.2.2 México colonial

Conforme avanza la historia la evolución del derecho familiar se va perfeccionando, evidentemente por la influencia de España, y vamos encontrando testimonios históricos más precisos sobre cómo eran las relaciones familiares.

En efecto, en el México colonial el marco jurídico fue el que España impuso en América; particularmente, el matrimonio se adaptaba a las disposiciones del derecho canónico, dada la influencia de la iglesia en esa época; por otra parte, también se impusieron las leyes de Castilla, sobre todo en disposiciones particulares para las Indias. Mencionemos algunos ejemplos de esto último:

- Se autorizaron, en distintas Cédulas, matrimonios entre peninsulares y personas de otras razas y castas de América.
- En América, al igual que en España, los menores de 25 años requerían autorización del padre para contraer matrimonio; en su defecto, de la madre, de los abuelos o parientes más cercanos, o de los tutores; éstos debían contar con autorización judicial. Se exceptuaba de ello a los negros, mulatos y castas que no fueran oficiales de las milicias y a los indios que tuvieran dificultad para solicitarla; en estos casos debían acudir con sus curas o sus doctrineros.
- Como consecuencia, el matrimonio contraído sin licencia no producía efectos civiles, ni en relación con los cónyuges ni con los hijos, así que no podían en ellos tratarse de dote legítima, mayorazgos ni otros derechos de familia.[9]

1.1.2.3 México independiente

En nuestro país, dada la herencia española, la influencia de la iglesia fue muy grande, sobre todo en lo concerniente a los actos vinculados con el estado civil de las personas. Así, desde la Independencia hasta las leyes de Reforma, el matrimonio era competencia exclusiva de la iglesia; dicha competencia nace del Concilio de Trento y se plasma en el derecho canónico que, dicho sea de paso, en la actualidad trata con muchas dificultades de adaptarse, sin renunciar a su doctrina, a las condiciones del gobierno civil surgido de la Revolución Francesa.[10]

[8] Ibídem, p. 139.

[9] Cfr. Toribio Esquivel Obregón, *Apuntes para la historia del derecho en México*, t. III, Polis, México, 1937, pp. 50 y siguientes.

[10] Cfr. *Código de derecho canónico*, BAC, Madrid, 1990, pp. 471 y 472.

Precisamente en la Constitución emanada de la Revolución Francesa se reconoce al matrimonio como un contrato. Nuestro país, al igual que la mayoría de las naciones, no escapó a la influencia francesa y al surgimiento de los Estados emanados de ella.

De esta manera, a través de las leyes de Reforma, y particularmente con la *Ley Orgánica del Registro del Estado Civil* del 27 de enero de 1857, expedida por Ignacio Comonfort, se disponía, entre otras cosas, la obligatoriedad de inscribirse en el registro, se establecía como prueba del estado civil el registro correspondiente e incluso se dieron reglas sobre el sacerdocio y los votos religiosos, pues eran reconocidos dentro de esta ley, que establece en toda la República el Registro Civil. El 28 de julio de 1859, Benito Juárez, presidente interino constitucional, expidió la *Ley Orgánica del Registro Civil* en el Palacio del Gobierno General en Veracruz.

Posteriormente, en la *Ley de Matrimonio Civil* del 23 de julio de 1859, se excluyó a la iglesia en forma definitiva de la competencia del matrimonio que aún conservaba; dicha ley decía que el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante autoridad civil.

A esta ley siguió la de libertad de cultos del 4 de diciembre de 1860, que señala y restringe el papel de la iglesia a lo puramente espiritual. Surgió después el decreto sobre impedimentos, dispensas y juicio sobre lo relativo al matrimonio civil, del 2 de mayo de 1861, y se adicionó la ley de 1859 con el impedimento de afinidad. Siguieron otros decretos, como el del 5 de julio de 1867 relativo a los matrimonios celebrados *en artículo de muerte* y otros más durante la época del Imperio. Restaurada la República, el 5 de diciembre de 1867 Benito Juárez emite un decreto por el que se reconocen los actos del estado civil registrados en la época del Imperio.

No es sino hasta el 13 de diciembre de 1870 cuando se publica el Código Civil, como era la tendencia de la época, que deroga toda la legislación anterior. En él se desarrolla ampliamente todo lo referente al registro civil, el matrimonio, los derechos y obligaciones que nacen de él, el divorcio, los hijos, la patria potestad, el parentesco, los regímenes matrimoniales; cabe decir que era un gran avance para la época, aunque, como es de esperarse, daba muchos privilegios a los hombres.

Se adiciona y reforma la Constitución Federal de 1857; se señala textualmente la separación entre la iglesia y el Estado; se indica que el matrimonio es un contrato civil y que, como los demás actos del mismo, es de competencia exclusiva de los funcionarios y autoridades del orden civil. A esto siguió el código de 1884, cuya novedad fue suprimir el sistema de herederos forzosos (legítimos), por el cual el testador no podía disponer de ciertos bienes por estar asignados legalmente a sus herederos.

Venustiano Carranza, en plena guerra civil, expide dos decretos: uno el 29 de diciembre de 1914 y otro el 29 de enero de 1915, en los que introduce el divorcio vincular; como es claro suponer, el divorcio existente hasta la fecha sólo significaba separación de lecho y habitación y no disolvía el vínculo; pero a partir de estos decretos significó la disolución del vínculo y dejó a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima.

Venustiano Carranza, triunfante de la revolución, convoca al Congreso Constituyente; tiempo después, el 5 de febrero de 1917, publica la Constitución actualmente en vigor. Dispone que el matrimonio es un contrato civil y que, al igual que todos los actos del estado civil de las personas, es de competencia exclusiva de las autoridades del orden civil; de esta manera quedan establecidos en nuestro ordenamiento constitucional una serie de artículos relacionados con la familia a los que aludiremos posteriormente.

El 9 de abril de 1917, Venustiano Carranza expide la *Ley de Relaciones Familiares*, que derogó los capítulos y títulos relativos del Código Civil de 1884 para hacerlos acordes con el ordenamiento constitucional; no obstante que esta ley estaba viciada, debido a que había sido expedida por el Ejecutivo y no por el Congreso, señala las obligaciones del hombre y la mujer dentro del matrimonio; reconoce la capacidad de la mujer y la pone en igualdad de circunstancias para ejercer la patria potestad; distingue entre hijos naturales y adulterinos; dispone que los hijos naturales sólo lleven el apellido del padre y concede la acción de investigación de la paternidad, entre otros temas.

Por último, llegamos al Código Civil de 1928; en él se introducen el concubinato, el divorcio administrativo, el patrimonio familiar y el régimen de bienes. Este código, con muchas reformas, es el que nos rige; entre esas reformas podemos mencionar las de 1938, 1975, 1983, 1992, 1994, 2000 y 2005, entre otras, las más revolucionarias en los últimos años.

1.2 Concepto de derecho familiar. Sus elementos e instituciones que lo integran

¿Qué es el derecho familiar? Expuesta brevemente la historia del derecho familiar en México, corresponde ahora estudiar su significado; para ello analizaremos algunos conceptos derivados de la evolución que la familia y el propio derecho han registrado, desde Roma hasta el concepto de derecho familiar de nuestros días.

La familia, dice Ulpiano, es: *Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae.* (Por derecho llamamos familia al conjunto de personas que por naturaleza o por derecho están bajo una misma potestad.)[11] Según Ulpiano, la familia se asocia a la idea de un grupo o conjunto de personas unidas bajo un mismo techo y una misma autoridad. El concepto romano no queda estático, como lo constataremos a lo largo de esta obra, pero sirve de base para darnos una idea sobre esta institución.

Para Bonnecase, el derecho de familia es: "La parte del derecho civil que rige la organización familiar y que define, dentro de ella, el estado de cada uno de sus miembros." Y comprende:

1. El derecho matrimonial, o conjunto de reglas relativas al estado de esposo;
2. El derecho de parentesco, o conjunto de reglas concernientes al estado de pariente;
3. El derecho del parentesco por afinidad, o conjunto de reglas aplicables al estado de parientes por afinidad. Lo anterior se debe a que el estado de familia de una persona es susceptible de presentar tres aspectos: estado de esposo, de pariente por consanguinidad, o de pariente por afinidad.[12]

Del concepto de familia se desprende lo que finalmente se entiende por derecho familiar; a este concepto se refieren distintos autores, como lo veremos a continuación.

Nuestra propuesta de concepto de derecho familiar es la siguiente:

> El derecho familiar es una rama autónoma del derecho que comprende un conjunto de normas de orden público e interés social que regulan todo lo relacionado con los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de sus miembros.

Para Diego Zavala Pérez, el derecho familiar:

> Es la parte del derecho civil que organiza a la familia como núcleo social fundamental, crea y regula las instituciones instrumentales para su estabilidad y cumplimiento de sus fines,

[11] D. 50, 16, 195, 2.

[12] Julien Bonnecase, *Tratado elemental de derecho civil*, Harla, México, 2001, p. 5.

norma la disolución matrimonial, las relaciones derivadas de la filiación y el parentesco y establece las disposiciones dirigidas a la protección de los menores y su promoción humana.[13]

En forma más simple, Belluscio define el derecho de familia como: "El conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares."[14] Ahora bien, por relación jurídica familiar entendemos aquella que la ley establece entre personas, imputándoles derechos y obligaciones interdependientes y recíprocos, tendentes a la realización de fines o intereses familiares.[15]

Podemos apreciar en estas definiciones que para el derecho ha sido preocupación constante regular las relaciones familiares; en particular, se ocupa de las personas que requieren protección en el núcleo familiar, como es el caso de los menores y, en general, de las personas necesitadas dentro del conglomerado social, mediante mecanismos sustitutivos cuando la familia no existe o no resulta suficiente para tal fin.

Podríamos seguir aludiendo a distintos conceptos del derecho familiar, todos ellos interesantes pero tal vez insuficientes para definirlo a cabalidad; por tanto, será mejor que centremos nuestra atención, por una parte, en la idea de solidaridad, socorro y ayuda mutua que priva entre los miembros de la familia y, por otra, en el hecho de que la convivencia familiar y los innumerables aconteceres que envuelven a la misma pueden originar también conflictos que demanden la mediación jurídica y la intervención del Estado para resolver las controversias.

De esta manera, como dice Carlos Lasarte: "El conjunto de reglas de intermediación y organización familiar de carácter estructural se denomina derecho de familia." Para este autor, el derecho de familia comprende:

1. La regulación del matrimonio y de sus posibles situaciones de crisis.
2. Las relaciones existentes entre padres (o progenitores) e hijos.
3. Las instituciones tutelares en función sustitutiva de la patria potestad.[16]

En la definición que propusimos en párrafos anteriores tomamos una posición respecto de la naturaleza jurídica del derecho familiar, misma que estudiaremos en el capítulo siguiente. Ahora explicaremos nuestra definición detalladamente; para ello recordemos que:

> El derecho familiar es una rama autónoma del derecho que comprende un conjunto de normas de orden público e interés social que regulan todo lo relacionado con los miembros de la familia, con el objeto de proteger el desarrollo integral de sus miembros. ■

Expliquemos esta definición:

1. Decimos que es un *conjunto de normas*, obviamente jurídicas, por referirnos estrictamente al concepto en términos del derecho positivo; por él entendemos las disposiciones vigentes que han sido emitidas por la autoridad facultada para ello y que razonablemente son cumplidas; podemos afirmar que son derecho objetivo, con todos los atributos que tienen el derecho objetivo y el derecho positivo vigente.
2. Afirmamos que el derecho de familia es *una rama autónoma del derecho*: en principio, la mayoría de los juristas consideran al derecho de familia perteneciente al derecho civil. Esta afirmación, lo estudiaremos, ha ocasionado serias discusiones.

[13] Diego Zavala Pérez, *Derecho familiar*, Porrúa, México, 2006, pp. 11 y 12.
[14] Augusto César Belluscio, *Derecho de familia*, t. I, p. 29, núm. 8. Citado por Eduardo A. Zanoni, *Derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 45.
[15] Loc. cit.
[16] Carlos Lasarte, *Derecho de familia*, Principios de derecho civil VI, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 6.

Hay que recordar que la diferencia entre el derecho privado y el derecho público sólo tiene un interés didáctico, pero podemos afirmar que el derecho es uno y distinguimos entre actos de derecho público y derecho privado por la relación en que se encuentran las partes; así, en el derecho público el Estado (acreedor) actúa con poder de imperio frente al deudor; en cambio, en el derecho privado, la posición entre el acreedor y el deudor se encuentra en un marco de igualdad, por ello las normas de derecho privado dan flexibilidad a la actuación de los particulares y su esfera jurídica. Pero esto no es cierto en el derecho de familia.

Ahora bien, podemos afirmar que las relaciones jurídicas inherentes a las instituciones básicas del derecho familiar no son de derecho privado, pues, como lo explicamos más adelante, en las normas de familia prevalece el orden público, y aunque la conducta debida entre las personas, miembros del núcleo familiar, se encuentra en condición de igualdad de dichos miembros y se deja cierto margen de actuación en las relaciones familiares a la voluntad de las partes, la autonomía de la voluntad, típica del derecho civil, está limitada.

Por otra parte, y atendiendo al aspecto estrictamente normativo, el Estado, aunque protege y tutela algunos derechos como lo hace con otro tipo de relaciones jurídicas, no actúa con su poder de imperio, pues la familia es una institución privada donde el Estado no es acreedor, salvo que haya un ilícito de por medio, pero esto sucede en cualquier relación jurídica; por esta razón las normas del derecho de familia, si bien son de orden público, no pertenecen estrictamente al derecho público. Por ello consideramos al derecho de familia una rama autónoma del derecho, es decir, ni derecho privado ni derecho público: es derecho familiar.

En conclusión, las reglas del derecho de familia son *autónomas*: nos referimos a que el derecho familiar, como lo desarrollaremos más adelante, debe ser una rama autónoma del derecho civil, precisamente por sus peculiaridades y por razones que explicaremos. Esperamos, y de hecho está sucediendo en algunos estados, la expedición de un código de familia.

3. Las normas del derecho de familia son *de orden público*; esto quiere decir que por la trascendencia que tiene el derecho familiar, el Estado se subroga funciones concretas para asegurar la aplicación de las normas y, en su caso, proteger a las partes o sujetos del derecho familiar.

   En este orden de ideas, es Antonio Cicu quien expone que en el derecho de familia se tutelan intereses superiores a los individuales, lo cual es verdad, y aboga por su salida del ámbito privado, ya que posee características de derecho público, como lo estipulan algunas legislaciones.
4. Las normas del derecho de familia son *de interés social*: nadie duda que el derecho de familia es de interés y de trascendencia social; la familia ha sido y seguirá siendo la célula básica de la sociedad, grupo primario al cual pertenecemos y cuyos vínculos, antes que jurídicos, son de solidaridad y socorro.

   La familia, como vimos antes, ha evolucionado, pero surge al margen del derecho; el grupo familiar se desarrolló sin requerir un estamento jurídico, aunque después devino en institución jurídica. La familia, como institución social, se ha caracterizado como un agrupamiento de personas en razón de vínculos conyugales, sanguíneos o en general de parentesco, pero que históricamente han dependido de aspectos sociológicos, éticos y religiosos. La familia es el núcleo de la formación social de la persona, es a través de ella que surge la solidaridad, se construye el tejido social y se forma la moral de la sociedad.

Analizado el concepto de derecho familiar, veamos otros aspectos del mismo.

1.2.1 Elementos e instituciones que integran el derecho familiar

De acuerdo con la doctrina francesa, afirmamos que el derecho de familia comprende:

1. La constitución de la familia, que a su vez abarca:
   a) El matrimonio.
   b) Las capitulaciones matrimoniales.
   c) El concubinato.
2. La organización de la familia; dentro de ésta se estudian:
   a) Las relaciones entre cónyuges.
   b) El régimen sobre los bienes.
   c) El parentesco.
   d) La filiación.
   e) La adopción.
   f) Los alimentos.
   g) La patria potestad.
   h) La tutela.
   i) La curatela.
   j) El patrimonio familiar.
3. La disolución de la familia. Comprende el divorcio.

Es necesario precisar que otros aspectos se estudian en el derecho de personas y se vinculan con el derecho familiar cuando tienen repercusión en lo que éste comprende. Sin embargo, es complicado señalar los límites o todo lo que comprende la normatividad jurídica que atañe a la vida familiar, pues existen cantidad de instituciones públicas y privadas cuya finalidad es apoyar o ayudar a la familia.

También al interior de la familia se forman e inculcan normas morales, religiosas y otras vinculadas con el grado cultural, la posición económica, la educación, el ámbito social y, en general, con la formación ciudadana.

1.2.2 Sujetos del derecho familiar

¿Quiénes son los sujetos del derecho familiar? Es evidente que los sujetos del derecho familiar son las personas que integran el grupo familiar; en estricto sentido, los sujetos directos del derecho familiar son:

a) Los parientes, pues de ellos o vinculadas con ellos se presentan cantidad de consecuencias jurídicas que impactan al derecho familiar, de acuerdo con el tipo de parentesco del que estemos hablando, ya sea consanguíneo, por adopción o por afinidad.
b) Los cónyuges, concubinos o convivientes.
c) Las personas que ejercen la patria potestad y las personas o menores sujetos a ella.
d) Los tutores y los incapaces, así como las instituciones tutelares que prevé el derecho de familia.
e) Los curadores, quienes se ocupan de la vigilancia relacionada con la tutela.
f) Los custodios y acogedores.

De las instituciones y de los sujetos del derecho familiar enunciados trataremos en este libro.

1.2.3 Derechos subjetivos familiares

¿Qué son los derechos subjetivos familiares? Los podemos definir como:

> El conjunto de facultades que tienen las personas, evidentemente otorgadas por la ley, para la protección de los intereses legítimos determinados por las relaciones familiares.

Conforme al concepto anterior, queda claro que los derechos subjetivos, ya entendidos como facultades, según lo afirmamos nosotros, o como derechos y obligaciones, de acuerdo con otros autores, se originan por el matrimonio, el concubinato, el parentesco, la patria potestad o la tutela. Pero antes de pasar a la clasificación de los derechos subjetivos familiares, vale la pena detenerse para hacer algunas reflexiones.

En efecto, hay autores que afirman que los derechos subjetivos familiares se caracterizan por ser indisponibles, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles; de la misma manera, se destaca, su naturaleza impide que puedan ser sometidos a condición o término; tales atributos derivan de que los derechos subjetivos correspondientes al ámbito familiar no pueden concebirse más que como una derivación de los propios lazos familiares y no pueden ser tratados sino como derechos personalísimos.

De acuerdo con lo anterior, lo que debe someterse a revisión o análisis es si realmente los poderes o facultades que las reglas jurídicas suelen atribuir a algunos de los familiares respecto de otros pueden concebirse en sentido técnico como derechos subjetivos propiamente dichos o, por lo contrario, deben calificarse como potestades.[17] Nosotros, en la definición propuesta, les llamamos *facultades*.

1.2.4 Clasificación de los derechos subjetivos familiares

¿Cuáles son los derechos subjetivos familiares? Es claro que los derechos subjetivos son muchos y también pertenecen a muchos sujetos, todos los cuales integran o se vinculan con el grupo familiar. Para entender la multiplicidad de derechos subjetivos propondremos dos clasificaciones: una de ellas vinculada con los sujetos y otra relacionada o atendiendo a los bienes patrimoniales.

Las relaciones jurídicas familiares implican facultades o poderes para la satisfacción de intereses propios del titular del derecho, pero particularmente en los derechos subjetivos familiares encontramos facultades o poderes para la protección de intereses ajenos. De ahí la primera clasificación:

- *Derechos subjetivos en interés propio del titular:* son aquellos que dependen de la exclusiva decisión del titular, es decir, caen dentro de su estricta esfera potestativa; entre ellos encontramos el ejercicio de las acciones de separación personal, divorcio, acción de nulidad del matrimonio, impugnación de la paternidad, reclamación de alimentos por un cónyuge al otro, solicitud de medidas precautorias por cualquiera de los cónyuges que aseguren los bienes de la sociedad conyugal, el derecho a exigir la contribución en las cargas de la sociedad, etcétera.

  Se puede apreciar que los derechos subjetivos familiares en interés propio pueden ser, como lo veremos en la otra clasificación que vamos a desarrollar, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

[17] Carlos Lasarte, op. cit., p. 12.

- *Derechos subjetivos para la protección de intereses ajenos:* se ejercen principalmente para la protección de los menores; entre ellos tenemos los derechos que se derivan de la patria potestad, alimentos de los menores, facultad de los padres para intervenir en juicio en representación de sus hijos menores, facultad para administrar los bienes de los menores, etc. Por ello, a estos derechos se les llaman *derechos-deberes*, pues son prerrogativas impuestas en interés ajeno, por ello deberes, pero su ejercicio es un derecho o potestad oponible en cuanto tal.[18]

Otra clasificación se hace atendiendo al patrimonio y desde este ángulo tenemos los grupos siguientes:

- *Derechos subjetivos familiares de carácter patrimonial:* son susceptibles de valoración económica o pecuniaria; entre ellos tenemos, por ejemplo, las donaciones, las obligaciones alimentarias, los relacionados con el régimen patrimonial, etcétera.
- *Derechos subjetivos familiares de carácter extrapatrimonial:* son todos aquellos que no pueden ser valorados pecuniariamente, por ejemplo, la obligación de brindar educación, de ayuda mutua, de convivencia, entre otros.

1.3 El concepto de familia, en sus diversas acepciones

¿Qué es la familia? El surgimiento y la evolución histórica de la familia están ligados con la propia historia del desarrollo humano, es decir, de cómo el hombre pasó de la barbarie a la civilización y cómo fue capaz de transitar, de prácticamente una relación meramente animal, a una relación verdaderamente humana, lo que implica una forma ordenada de procrear y de satisfacer sus instintos, como lo expusimos líneas arriba, al desarrollar los diferentes tipos de familia con base en las ideas de Morgan y la obra posterior de Carlos Marx y Federico Engels.

De esta evolución de la familia, primero biológica y luego social, o tal vez de ambas a la par, llegamos al concepto jurídico de familia; sin embargo, la evolución no se ha detenido y ahora la pregunta *¿qué es la familia?* cobra mucho sentido; más aún, yo preguntaría: ¿qué hemos hecho de la familia?

Anticipo, en este contexto, que a lo largo de la obra, aunque es jurídica, al desarrollar los distintos capítulos iremos esbozando algunas ideas y opiniones de carácter ético-filosófico que son inevitables, sobre todo en consideración a lo que sucede en la actualidad con el derecho familiar; prácticamente todo el mundo sabe, aun los no juristas, que el derecho de familia se ha visto sometido a reformas no sólo profundas, sino también trascendentales y, claro está, que llegar a un concepto de familia en este contexto no es cosa fácil, e incluso implica ya tomar una posición, no sólo jurídica, sino ético-filosófica, sobre el particular.

No cabe duda que la idea o concepto de familia no ha sido ajena a la evolución de la familia en el ámbito social; tal vez por ello la legislación no se atreve, ni en la norma constitucional ni en las directivas secundarias, a esbozar siquiera un concepto de familia.

Al respecto, pocos códigos en el país definen la familia; tal es el caso de Hidalgo, Zacatecas, Baja California Sur, Guerrero y Morelos; el código de familia de Hidalgo se refiere a ella como una institución social y alude al conjunto de personas unidas por el matrimonio, el estado jurídico, el concubinato y los distintos tipos de parentesco: consanguíneo, adopción y afinidad.

[18] Cfr. Eduardo A. Zanoni, op. cit., pp. 51-53.

De manera similar, en la legislación de Zacatecas se conceptúa la familia como institución político-social compuesta por el conjunto de personas unidas por el matrimonio o el concubinato; la legislación de Baja California Sur realmente no la define, sino que hace una descripción vaga; lo mismo sucede con los códigos de Guerrero y Morelos.

Intentemos desglosar paulatinamente qué es la familia; para ello comencemos por un sencillo análisis lingüístico que nos empiece a arrojar luz sobre el concepto.

1.3.1 Acepción etimológica

Según la opinión más o menos generalizada, el vocablo *familia* procede del osco *famel*, cuyo significado es *siervo*, y del latín *famulus*, sirviente, luego familia, que se entiende como el conjunto de los esclavos y criados de una persona.[19] Por lo anterior, no es extraño que algunos autores asocien el concepto de familia con el concepto de autoridad y de hecho así fue. Lo veremos en seguida.

En efecto, la familia se concibió originalmente en torno a la autoridad del padre de familia, cuyo concepto, más que a padre, se refería a autoridad; era una autoridad del padre despótica y absoluta.

1.3.2 Acepción sociológica

La familia se manifiesta en la historia primero como una organización biológica, para sucesivamente ir avanzando hacia una organización social y luego convertirse en una institución jurídica. Es obvio que para los efectos de esta obra nos interesa la familia como institución jurídica, pero ésta se entiende mejor si primero la comprendemos como institución social y luego, dado que nos hemos dotado de un estamento moral, hacemos una reflexión sobre su concepción ética.

El ser humano, como decía Grocio,[20] es un ser social y gregario; prácticamente desde su origen ha vivido en grupo, primero por simple supervivencia, pues de esa manera pudo hacer frente a innumerables retos que le planteaba su entorno, después fue descubriendo formas y ventajas que le traía vivir en comunidad y organizado.

Por lo anterior el ser humano, a lo largo de la historia, se ha organizado de distintas maneras para vivir en grupo. Dentro de esta forma de agrupación, sin duda la más importante ha sido la familia; este grupo o forma de organización denominada *familia* se ha ido transformando a lo largo de los siglos y lo sigue haciendo aún en nuestros días.

En efecto, la forma de organización familiar se va adaptando a las condiciones económicas, como lo explican Marx y Engels en su obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, a la que me he referido anteriormente; pero además se adecua a las condiciones sociales y en ella influyen el grado de desarrollo de la propia sociedad, su cultura, la ideología dominante, la religión, la ética social y personal, así como el contacto con otros grupos sociales, como lo vemos en la actualidad.

Si bien es cierto que la familia estuvo íntimamente vinculada al hecho biológico de la procreación, produce relaciones que trascienden este hecho y al interior de ella se produce, con el

[19] J. Corominas y J. A. Pascual, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, t. CE-F, Gredos, Madrid, 2001, p. 847.
[20] Cfr. Hugo Grocio, *De juri belli ac pacis libri tres*, Tr. ingl. F. W. Kelsey, *The Classics of International Law*, Núm. 3, Oxford, Clarendon Press, 1925, pp. 1-50.

tiempo, la formación de roles, los cuales se forman y transforman por los ideales que se proyectan en los propios estilos de vida, formas de crianza, mismos que se van transmitiendo de padres a hijos, generación tras generación, y que dan cohesión al grupo. En este sentido, la familia, sociológicamente entendida, es un régimen de relaciones sociales institucionalizadas; es un grupo social de interacción que coopera económicamente en las tareas cotidianas ligadas al mantenimiento y protección de sus miembros.[21] Dice Carlos Lasarte:

> Durante siglos, la familia como institución social ha sido una agrupación de personas conectadas por vínculos conyugales y de parentesco u otras circunstancias (adopción, prohijamiento, relación de servidumbre o vasallaje, etcétera), que son de todo punto de vista obvios, pero que, a su vez, dependen de consideraciones sociológicas, éticas, morales, históricas, etcétera, que determinan la aceptación social de esquemas familiares muy variados.[22]

Observamos cómo, desde el punto de vista sociológico, se pasó de la familia nuclear a la familia extensa, la primera formada sólo por la pareja, padre y madre, y por sus hijos; la segunda, formada además —de ahí su nombre— por ascendientes y descendencia de dos o más grados e incluso parientes colaterales.

De esta manera, sin hacer un estudio exhaustivo, podemos apreciar cómo la sociedad ha pasado, en años recientes, a reconocer formas diferentes de la familia tradicional que conocíamos; así, observamos ahora todo tipo de parejas que dan origen, entre otras, a la denominada *familia monoparental*, es decir, formada por uno solo de los padres; también familias que se destruyen y se reconstruyen, con padres y madres que se vuelven a casar, incluso por segunda o tercera vez, a las que se integran hijos de su primer, segundo e incluso de su tercer matrimonio.

Actualmente observamos que la sociedad se ha abierto al reconocimiento de uniones entre parejas del mismo sexo. Asimismo, en torno a la familia encontramos otros fenómenos sociales, como el decrecimiento de los matrimonios y el aumento excesivo de las separaciones. Vivimos la época, para decirlo en palabras de Zygmunt Bauman,[23] del amor líquido, de una sociedad individualista, una sociedad que rehúye los compromisos, que ve a la familia como un asunto de mercado.

Sin duda, para concluir, afirmamos que éstos y otros fenómenos de la posmodernidad plantean la pregunta que nos formulamos anteriormente: ¿qué es la familia?

Desde el punto de vista ético...

1.3.3 Concepto gramatical

En su más simple acepción gramatical la familia, tal cual la define el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), es: 1. El grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. Hijos o descendencia. 4. Número de criados de uno aunque no vivan dentro de su casa. 5. Conjunto de individuos que tienen alguna condición común. 6. Cuerpo de una orden o religión, o parte considerable de ella. 7. Grupo numeroso de personas. 8. Hijo, madre, padre de familia. 9. Madre, padre de familia. Cabe decir que por extensión o por analogía el DRAE atribuye el término *familia* a diversos grupos taxonómicos.

[21] Cfr. Eduardo A. Zanoni, op. cit., pp. 3-5.
[22] Carlos Lasarte, op. cit., p. 4.
[23] Cfr. Zygmunt Bauman, *Amor líquido*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

En general, el concepto gramatical de familia se refiere casi siempre al aspecto biológico de la agrupación social que vive bajo un mismo techo, lo que no es ajeno a la familia, pero en ella se conjugan aspectos más profundos que tienen que ver con la intimidad, el apoyo, la ayuda mutua, la solidaridad, la cultura, los valores sociales y humanos, el compartir una visión y una forma de vida que comprende prácticamente todos los aspectos; en su interior se forma el hombre, se hace al ciudadano, se construye tejido social.

Es en la familia, base de la sociedad y del propio Estado, junto con la escuela, donde se forma y moldea al ciudadano, donde se le educa; si la familia y la escuela no educan, la sociedad se encarga de hacerlo, pero el resultado es monstruoso, de ahí la importancia que tiene la preservación de la familia.

1.3.4 Acepción jurídica

Hecha la referencia a las distintas acepciones de la familia, hemos llegado a lo que nos interesa: su acepción jurídica. El derecho, en el desarrollo de la historia humana, como lo veremos a continuación, no crea la institución de la familia, sino que a lo largo de los siglos ha ido reconociendo la forma en que la familia se ha organizado socialmente, con base en aspectos biológicos, sociales, culturales, morales, éticos, religiosos, etc.; por ello es importante analizar su desarrollo.

¿Qué es la familia romana? Conocemos la importancia de Roma y su derecho en nuestro sistema jurídico; por supuesto, la familia romana dista mucho de lo que es en la actualidad. En efecto, se caracterizaba por el sometimiento de todos sus miembros a la autoridad del *paterfamiliae*, cuyo significado se asemeja al de señor, soberano o jefe, el que tenía la *manu potestas* y no un padre de familia de la actualidad, como lo podríamos suponer.

Ya anteriormente citamos a Ulpiano: ***Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae.*** (Por derecho llamamos familia al conjunto de personas que por naturaleza o por derecho están bajo una misma potestad.)[24]

La familia original romana, fundada en la sujeción a la potestad del *paterfamiliae*, se escinde dando lugar a tantas familias cuantos hijos varones se tenían; esto sucedía cuando moría el *paterfamiliae* (muerto el *pater, singuli singulas familias habent*); pero se seguía conservando el vínculo (vínculo agnaticio) entre todos los que estaban sometidos a la misma autoridad. Desde el punto de vista jurídico, los agnados constituyen la *familia communi iura dicta*. Ulpiano refiere:

> *Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam et si patre familias mortu singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.* (Por derecho común llamamos familias a las formadas por todos los agnados, porque, aunque al morir la cabeza de familia, cada uno tiene familia, todos los que estuvieron sometidos a la misma patria potestad serán propiamente considerados de la misma familia, pues proceden de igual casa y estirpe.)[25]

La familia romana original es una agregación particular en los órdenes político, religioso y privado:

- En el orden político dominan las familias patricias y llevan tras de sí a las familias plebeyas, que le están unidas por los vínculos público y religioso de la clientela.

[24] D. 50, 16, 195, 2.
[25] D. 50, 16, 195, 2.

- En el orden religioso la familia se halla unida por los vínculos de un culto que le es propio, la obligación de ofrecer ciertos sacrificios en días y parajes determinados.
- En el orden privado la familia es una agregación donde se concentran la propiedad, los efectos de las obligaciones, el derecho a heredar y de suceder.[26]

Se puede apreciar, como afirmamos al principio de este apartado, que la familia romana dista mucho de lo que es actualmente la concepción jurídica de la familia. Observaremos, en los distintos conceptos jurídicos de la familia que vamos a exponer, cómo éstos se han ido adaptando a las distintas épocas.

Después de la caída de Roma, con el dominio de la iglesia, el concepto de familia se vio influido por el cristianismo y fue recogido por el *Código de Derecho Canónico*, que regula lo referente al matrimonio como sacramento y que a la fecha lo sigue contemplando; por ello es frecuente encontrar, en los libros de derecho de familia, alusiones e incluso capítulos dedicados a su exposición. En esta obra lo evitaremos; en nuestra opinión, no es el lugar para desarrollarlo.

¿Qué es la familia en el derecho francés? Como es sabido, el derecho francés tuvo gran influencia en las legislaciones modernas surgidas en el siglo XIX. Así, Planiol y Ripert dicen sobre la familia:

> Es el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación, y también, pero excepcionalmente por la adopción.
>
> Esta palabra designa también, en un sentido más limitado, a los miembros de la familia que viven bajo un mismo techo, sujetos a la dirección y con los recursos del jefe de la casa.[27]

En el primer párrafo, Planiol y Ripert se refieren a la familia en el sentido amplio, comprendiendo en ella a las personas unidas por matrimonio, filiación, adopción; en el segundo párrafo se refieren a ella en un sentido más limitado, pues la circunscriben a quienes viven bajo el mismo techo sujetos a la dirección y con recursos del jefe de la casa.

Este concepto de familia se encuentra estrechamente vinculado al matrimonio y a las distintas formas de parentesco reconocidas por la ley; a partir del surgimiento de la legislación, a principios del siglo XIX, los conceptos de familia de las distintas legislaciones del mundo se van vinculando a ella.

¿Cuáles son los factores que dan carácter de institución social a la familia? Para Francesco Messineo la familia: "Es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad, y que constituyen un todo unitario."

Comenta Messineo que la familia, en su forma amplia o extendida, puede comprender: *a)* personas difuntas, antepasados o por nacer: familia como estirpe, descendencia, continuidad de sangre; *b)* las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita el vínculo de parentesco de sangre (adopción): familia civil. Messineo señala factores éticos, consuetudinarios y religiosos concurrentes en la familia, así como el honor y la solidaridad, que le dan el carácter de institución social y cuyos derechos son absolutos, indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, inexpropiables y no susceptibles de estimación pecuniaria. Asimismo, señala sus características de continuidad y estabilidad.[28]

Podemos observar que Messineo también vincula el concepto de familia al matrimonio y, consecuentemente, al hecho biológico de la reproducción y la descendencia; asimismo, alude a la formación y concurrencia, al interior de la familia, de los factores éticos, costumbres y valores de trascendencia social.

Para Antonio Cicu,[29] el maestro de Bolonia, la familia, de conformidad con el Código Civil italiano, es un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad. A la familia también se refiere la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; uno de los párrafos del art. 16 dice: "La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."

Los hermanos Mazeaud se refieren a la familia como: "La colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco consanguíneo o de su calidad de cónyuges están sujetas a la misma autoridad: la del cabeza de familia."[30] En este concepto apreciamos cómo se combinan los conceptos relacionados con el vínculo biológico y con el de autoridad o cabeza de la familia del derecho romano.

Kipp, Wolf y Ludwig Ennecerus, refiriéndose al derecho alemán antiguo, mencionan dos conceptos de familia:

> uno estricto que comprendía la casa (*das Haus*), es comunidad erigida sobre la potestad (*Munt*) del Señor de la casa que comprende además, la mujer, los hijos, los siervos e incluso extraños acogidos a la hospitalidad de la casa y la esfera. En la esfera más amplia la *Sippe* es una comunidad representada originalmente por los agnados no sujetos a la patria potestad y cuyos vínculos, no sólo de hecho, sino también de derecho, se manifiestan en el servicio de las armas y en la guerra, en la colonización, en el culto y por el juramento y que posteriormente es titular de la potestad sobre los miembros de la *Sippe*, huérfanos y necesitados de tutela y fuente de todo derecho sucesorio.[31]

Podemos ver cómo en el derecho alemán antiguo el concepto de familia podía ser amplísimo.

El concepto de familia, aun cuando conserva rasgos que lo identifican, más fáciles de percibir que de explicar, se va transformando como forma de relación social y el derecho va incorporando o reconociendo estos rasgos en la legislación, pero sin atreverse a definirla; por ello los autores recurren a distintas clasificaciones o formas de familia desarrolladas en otras ciencias, pues el derecho poco habla de ellas. Así encontramos en posiciones sociológicas:

1. *La familia nuclear*: compuesta por padres e hijos que viven en común.
2. *La familia extendida*: incluye padres, hijos, nietos, abuelos, aun cuando no vivan en el mismo techo.
3. *La familia compuesta*: derivada del matrimonio plural, ya sucesiva (cuando ha habido divorcio o divorcios y nuevo o nuevos matrimonios) o simultánea (cuando hay poligamia o poliandria).

[26] Cfr. Joseph L. Ortolán, *Explicación histórica del emperador Justiniano*, t. I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, pp. 30 y 31.

[27] Marcel Planiol y Georges Ripert, *Derecho civil*, Biblioteca Clásicos del Derecho, vol. 8, Harla, México, 2001, p. 103.

[28] Cfr. *Manual de derecho civil y comercial*, Tr. Santiago Sentís Melendo, t. III, Ejea, Buenos Aires, 1954, pp. 29 y 30. Citado por Jorge Mario Magallón Ibarra, *Instituciones de derecho civil*, t. III, Porrúa, México, 1988, pp. 11 y 12.

[29] Antonio Cicu, *Il diritto di famiglia*, Athenaeum, Roma, 1914.

[30] Henri y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, Parte I, t. III, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959, p. 7.

[31] Cfr. Theodor Kipp, Martin Wolff y Ludwig Ennecerus, *Tratado de derecho civil*, t. IV, vol. I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, p. 2.

Se mencionan otros tipos de familia como:

4. *La familia monoparental*: se establece entre uno solo de los progenitores, la madre o el padre, y los hijos.
5. *La familia ensamblada o reconstruida*: que reconoce vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales.

Todos los tipos de familia anteriores y otros descritos por sociólogos y psicólogos generan una estructura de relaciones complejas al interior de esos núcleos familiares. Este fenómeno no puede ser indiferente al derecho, amén de ser, en algunos casos, raíz de muchos problemas de agresión, crisis, desajustes emocionales que llegan incluso al abuso y hasta la violación de los menores que ahí conviven.

Se puede decir que, en casos como éstos, los niños pasan a tener nuevos hermanos, nuevos compañeros de juego y de vida, que sin ser hermanos lo son; se agregan tíos y abuelos provenientes de otras familias; padrastros y madrastras cumplen funciones que, en algunos casos, se superponen con las de los padres biológicos. Todo ello genera tensión, pues cada miembro proveniente de situaciones familiares previas trae consigo su historia, su pasado de éxito o fracaso. Aun cuando el derecho positivo no legisla explícitamente sobre este tipo de familias, sí contempla reglas de aplicación indirecta, como las relacionadas con el parentesco por afinidad.

El derecho es incapaz de regular todos los aspectos que comprende la familia que podemos llamar *normal*, y ni remotamente regula las relaciones que se dan en las familias descritas anteriormente y otros tipos de familia citados por los sociólogos, que los llegan a contar por decenas de tipos.

Al fenómeno de la familia y su complejidad podemos agregar, entre otros problemas, el derivado de lo que ocurre en la sociedad posmoderna. En ésta observamos que los divorcios han crecido exponencialmente; incluso se han derogado las causales de divorcio (como ha ocurrido en el Distrito Federal), facilitando la separación; otro fenómeno que impacta en la familia es el decrecimiento de los matrimonios: vivimos en una sociedad donde las personas no quieren compromisos, una sociedad líquida, como afirman algunos autores, de amor líquido, de relaciones red, donde los seres humanos se conectan y desconectan caprichosamente. Hay quien dice que la familia ha desaparecido o va en ese camino; a lo anterior debemos agregar distintas formas de unión que algunos estados han reconocido en su legislación.

Ante este panorama vale preguntarse: ¿cuál es el concepto jurídico de familia?, o ¿cuál es el concepto de familia que se adapta mejor a los cambios sociales?, ¿cuáles de estos cambios sociales han de ser reconocidos por el derecho? Las realidades sociales no se pueden ocultar, están ahí, al margen de las creencias religiosas o las convicciones éticas que cada uno de nosotros posee.

El concepto de familia no es sencillo, por ello aclaramos que muchas legislaciones hablan de la familia, de relaciones familiares, deberes familiares, obligaciones familiares, entre otros asuntos, pero nunca definen jurídicamente qué es la familia. Para los efectos de nuestra obra expondremos dos conceptos de familia, el primero de ellos parafraseando y complementando el concepto de Díaz de Guijarro:[32]

> La familia es el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos recíprocos, por la interdependencia de sus miembros, emergentes de la unión intersexual, la procreación, el parentesco que son reconocidos por la ley. ■

[32] Enrique Díaz de Guijarro, *Tratado de derecho de familia*, t. I, Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, p. 17.

De acuerdo con la definición anterior, cabe la posibilidad de hablar de la familia en:

a) Sentido amplio: comprende a todas las personas entre las cuales existe un vínculo de parentesco o matrimonial; en este sentido, abarca las relaciones conyugales, las paternofiliales y las parentales, en los grados y líneas establecidas en la ley e incluso otras relaciones diferentes, también reconocidas por ella.

b) Sentido restringido: la familia comprende a los cónyuges y sus hijos que se encuentren sujetos a su patria potestad; puede incluir a hijos ya casados o mayores de edad aunque no vivan bajo el mismo techo.

No cabe duda que los lazos de familia son intensos, por ello los conceptos jurídicos de familia se quedan cortos; desgraciadamente, ni en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM) ni en el *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) encontramos una definición de la familia, aunque sí muchas alusiones a la misma.

La familia y su concepto están vinculados y sujetos al momento histórico que se especifica por una serie de condicionamientos sociales, éticos, religiosos y hasta políticos y económicos; tal vez por eso ni la Constitución ni la legislación civil indican qué es una familia y cómo debe constituirse. El derecho, al parecer, sólo reconoce legalmente aquello que la sociedad va expresando en sus relaciones como familia.

No obstante, y a falta de definición expresa, partiendo de lo que nuestra Constitución y el CCDF señalan sobre la familia en sus diversos artículos, podemos esbozar alguna definición. Podemos afirmar definitivamente que la familia es una institución jurídica, pero además una institución jurídica fundamental. Con base en el CCDF podemos definir la familia como:

> Una institución jurídica de orden público e interés social integrada por las personas unidas por lazos de parentesco, matrimonio, concubinato u otros reconocidos por la ley, cuyo fin es la protección de su organización y el desarrollo integral de sus miembros, con base en el respeto a su dignidad. ■

El concepto anterior pide muchas explicaciones; asimismo, de él se desprenden algunas características que explicaremos a continuación.

1. *La familia es una institución jurídica:* algunos autores definen la familia como una institución natural, es decir, que proviene de la naturaleza del hombre, por lo cual su existencia se remonta hasta los orígenes del ser humano. En el desarrollo de esta obra se apreciará que estamos de acuerdo con ello, pues hemos afirmado que el derecho no crea la familia, sólo reconoce, y así lo seguirá haciendo, su existencia. Pero apegados a estricto derecho la debemos entender, primordialmente, como una institución jurídica.

   Ahora bien, ¿qué entendemos por institución jurídica? La palabra institución procede del verbo latino *instituo, is, tui, tutum, ere*, cuyo significado es: poner, establecer, edificar, regular u organizar; éstos y otros significados se asocian a institución.

   Los jurisconsultos romanos se refirieron a institución como el conjunto de principios o fundamentos del derecho; por ejemplo, las Instituas (instituciones) de Gayo, así como las de Justiniano, eran un manual del derecho. Los juristas romanos también emplean este vocablo como cuando algo es establecido, pronunciado o dictado.

   En general, los juristas entienden por institución los elementos o principios de la ciencia del derecho o de cualquier disciplina jurídica.

En la actualidad, el uso jurídico del vocablo *institución* se entiende como un conjunto establecido de costumbres o prácticas que las normas jurídicas reúnen. Precisamente en este sentido decimos que la familia es una institución jurídica, sin negar, por supuesto, que es una institución natural.

2. *La familia es una institución de orden público:* este aspecto es tomado del art. 138 ter, que dice: "Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad." El texto del artículo citado despierta muchos comentarios y controversias. No cabe duda que de esta manera lo hizo el legislador; sin embargo, expliquemos su significado: En principio, se conoce como *orden público* al *conjunto de principios e instituciones que rigen la organización social de un determinado territorio y que inspiran su ordenamiento jurídico.*

Para el *derecho privado*, el orden público es un límite a la autonomía de la voluntad, base del derecho privado, que busca anular las conductas que resultan contrarias a los intereses colectivos (recogidos en las reglas de derecho). Las leyes de orden público tienen fuerza imperativa y absoluta, son irrevocables por voluntad de los particulares, es decir, se imponen a los destinatarios, por encima de su voluntad, prohibiendo u ordenando.

El *derecho público*, por su parte, entiende al orden público como aquel que representa la paz social que proviene del respeto por el ordenamiento jurídico. Cuando los ciudadanos cumplen con la ley, la convivencia resulta pacífica y armoniosa.

En contraposición a las leyes de orden público, existen las leyes de interés o de orden privado que se generan por voluntad de los particulares. En este tipo de leyes, queda a la autonomía de la voluntad de los particulares el ajustar sus actos a la disposición legal aplicable o no.

Las leyes de orden público son consideradas no negociables; constitucionalmente, son los límites para el ejercicio de los derechos individuales y sociales. En el derecho privado, como lo afirmamos anteriormente, son los límites para la autonomía de la voluntad de las partes. Dejar claro cuando una ley es de orden público da lugar a muchas discusiones y opiniones doctrinarias; para el caso que nos ocupa, determinar si la familia es una institución jurídica de orden público, como lo dice el CCDF, o de derecho privado, también suscita discusiones.

Pero intentemos explicar. Los juristas romanos identificaban como ley de orden público la perteneciente al derecho público; esta concepción fue recogida por el Código de Napoleón, pero ha sido superada, pues, precisamente en el derecho de familia y por el artículo del Código Civil que comentamos. Podemos afirmar que si bien las normas del derecho público son de orden público, hay normas de derecho privado que también lo son, como las referidas al derecho familiar, pero esto no deja de producir controversias. Veamos, pues, varios criterios:

a) Como lo explicamos con anterioridad, sólo las materias de derecho público son de orden público; esto, como dijimos, ha sido superado y se rechaza, pues algunas normas de derecho privado se pueden situar en el orden público, como ocurre particularmente con la familia.

b) Se consideran de orden público las normas que se refieren a aspectos o instituciones de trascendencia social, como sería en este caso lo relacionado con la institución jurídica de la familia. Este criterio es acorde con lo que opinan juristas como Capitant y Laurent,[33] entre otros, quienes consideran que son leyes de orden público las que proclaman y defienden los valores que cada sociedad proclama como legítimos y básicos. Se basan en las ideas de justicia y moral predominantes en la mayoría social.

c) La discusión sobre si una ley es de orden público, o no, trata de evitarse en la actualidad, y entonces se dice que una ley será de orden público cuando el legislador así lo determine. Esto coincide con lo escrito por Algave y Vareilles-Sommiers,[34] para quienes una ley es o no de orden público según lo decida el legislador, cualquiera que sean sus razones. Lo anterior, con las consecuencias que se derivan cuando el legislativo omite decirlo. Éste es el criterio seguido por los tribunales, pues han dicho que nos encontramos frente a una disposición de orden público cuando la ley señale expresamente que lo es o cuando un juez, al analizar un caso concreto, determine que así lo es.[35]

En términos generales, como lo hemos afirmado, puede decirse que integra el orden público todo aquello que viene impuesto por la autoridad a las personas y que actúa como límite a su libertad. En derecho privado, el orden público actúa como un límite a la autonomía de la voluntad, en virtud del cual resultan nulos los actos o contratos cuyo contenido sea contrario a los intereses colectivos de una comunidad, manifestados en principios y reglas de derecho.

Por lo que corresponde a la familia, causa controversia y discusión lo dispuesto en el art. 138 ter, cuando afirma que las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público, dado que el derecho familiar se ha ubicado tradicionalmente en el derecho civil y éste se estructura sobre la base del interés individual y la autonomía de la voluntad de la persona; por ende, se considera que las relaciones de familia no pueden quedar regidas por el criterio de interés individual y la autonomía de la voluntad. Por otra parte, es verdad que no todas las relaciones jurídicas y las disposiciones jurídicas sobre la familia son de orden público, pues hay muchas que son de estricto interés privado, individual y personal.

Independientemente de todos los argumentos que se pudieran expresar sobre este particular, consideramos que la familia, y sobre todo el derecho familiar, es una rama *autónoma del derecho con principios propios*, separada del derecho privado y no perteneciente al derecho público; por su trascendencia social y jurídica, caben dentro de ella y la rama del derecho que la regula aspectos tanto de orden público como de interés social y privado; sobre esto abundaremos más adelante.

3. *La familia es una institución de interés social:* no cabe duda que al orden público, expresado por el artículo en comento, le sigue de cerca el interés social, pues éste es una de las razones

[33] Cfr. Ambrosio Colín y Henri Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, tr. Demófilo de Buen, 3ª ed., Reus, Madrid, 1946.

[34] http://derecho.laguia2000.com/parte-general/ley-de-orden-publico

[35] ORDEN PÚBLICO. ALCANCE DEL CONCEPTO PARA EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN. No es ajeno a la función de los juzgadores apreciar la existencia del orden público en los casos concretos que les someten para su resolución; de ahí que corresponda al juzgador, haciendo uso de la facultad que como tal está dotado, apreciar cada caso concreto que se le presente y determinar, tomando en consideración las circunstancias del mismo, si de concederse la suspensión se seguiría perjuicio al interés social y se contravendrían disposiciones de orden público, dado que no basta que el acto se funde formalmente en una ley de interés público, o que en forma expresa o implícita pretenda seguir una finalidad de interés social, para que la suspensión sea improcedente conforme al artículo 124 de la Ley de Amparo, sino que es menester que las autoridades responsables aporten al ánimo del juzgador elementos de convicción suficientes para que pueda razonablemente estimarse que, en el caso concreto que se plantee, la concesión de la suspensión causaría tales perjuicios al interés social o que implicaría una contravención directa ineludible, por los efectos de la suspensión, a la disposición de orden público, no sólo para el apoyo formalmente buscado en dichas disposiciones, sino por las características materiales del acto mismo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo V, enero de 1997, tesis I.3o.A. J/16, 383.

fundamentales para considerar que las disposiciones sobre la familia son de orden público. En efecto, el interés social que tiene la familia, célula básica del orden social y del propio Estado, obliga a preservarla, protegerla y regularla, con el fin de asegurar la protección y el desarrollo integral de sus miembros.

4. *La familia está integrada por personas unidas por diversos lazos:* el CCDF se refiere a la familia prácticamente sólo en cuatro artículos que transcribimos, uno de ellos el 138 ter, del cual partimos para elaborar nuestra definición de familia; dice:: "Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad."

   El art. 138 quáter define las relaciones jurídicas familiares de la manera siguiente: "Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia."

   Por lo que toca a los lazos que unen a las personas que integran la familia, el art. 138 quintus expresa: "Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato." Sobre este aspecto particular, en nuestra definición de familia agregamos otras reconocidas por la ley, como una clara alusión a las sociedades de convivencia, a las cuales dedicaremos un apartado en esta obra.

   Se puede apreciar cómo en el Código Civil no se precisan con claridad los lazos que dan origen y que constituyen lo que se denomina *familia*, pues sólo habla de lazos de matrimonio, parentesco o concubinato; no se menciona a las sociedades de convivencia, y si bien se refiere al parentesco, no precisa hasta qué grado puede éste considerarse familia. Aunque esto pudiera derivarse de otras disposiciones sobre a quiénes otorga derechos la ley, por ejemplo, para heredar en sucesión intestamentaria, en la tutela legítima, la reciprocidad en el deber de darse alimentos, en donde establecen ciertos grados y líneas de parentesco.

5. ***La familia como institución jurídica tiene como fin la protección de su organización, el desarrollo integral de sus miembros con base en el respeto a su dignidad.*** Sobre el fin de la familia señala el art. 138 sextus: "Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares."

   Sin duda que lo señalado en el artículo citado implica protección, asistencia en caso de enfermedad, más todo lo que significa observar "consideración" y ayuda mutua. Al parecer entre los fines de la familia, aun cuando se vinculan al hecho biológico de la procreación, no la implican necesariamente.

1.4 Garantías o principios constitucionales acerca de la familia

Como ya lo expresamos, ni el CCDF ni la CPEUM definen expresamente la familia; sin embargo, nuestra Carta Magna establece garantías o, mejor, derechos humanos básicos acerca de la familia. Inicia en el art. 4º reconociendo la igualdad entre el varón y la mujer. Este artículo dice lo siguiente:

> El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.
>
> Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

> Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.
>
> Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.
>
> Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.
>
> Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.
>
> Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.
>
> En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.
>
> Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.
>
> El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.
>
> Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.
>
> Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.

Este artículo constitucional despierta muchos comentarios; más que definir derechos, parece señalar todas nuestras carencias y deja una sensación de frustración en quienes conocemos medianamente las necesidades de nuestra patria, una patria sumida en la miseria. Legisladores y leyes, en este caso la Constitución, parecen desconocer a la población, que dista mucho de lo mencionado en el citado artículo constitucional.

Pero volvamos al texto: éste consagra diferentes derechos —aunque, debemos decirlo, la mayoría son letra muerta—, entre los cuales señalamos:

a) Todas las leyes deberán proteger la organización y el desarrollo de la familia; esto implica la inconstitucionalidad de las leyes que se opongan o menoscaben este derecho. Sin embargo, pensamos que el texto constitucional es ambiguo y deja claramente este derecho a la interpretación de los jueces defensores de la constitucionalidad. Hoy, con la entrada en vigor de la reciente reforma constitucional, corresponde incluso a los jueces de primera instancia interpretar el texto constitucional que defiende un derecho

humano fundamental a contar con una familia sana y ordenada; en tal sentido, podrá reputarse violatoria de derechos humanos cualquier norma que atentara contra el sano desarrollo o disgregación de la familia. Pero podemos preguntar: ¿qué se entiende en el texto constitucional por *proteger la organización de la familia*?, y sobre todo: ¿qué es proteger el desarrollo de la familia? Dejamos las preguntas abiertas para que quienes lean esta obra reflexionen sobre el significado del texto constitucional. Nosotros sólo señalamos que será: resguardar la familia como la hemos conocido, evitar cualquier atentado a su forma de organización actual.

Por otra parte, su desarrollo se protegerá preservándola como fuente de formación intelectual y humana, como generadora de convivencia y armonía social, como constructora de tejido social, como fuente de formación humana y ciudadana de sus integrantes, como preservadora de valores universales, por mencionar sólo algunas tareas.

Se puede apreciar la dificultad para determinar el contenido del precepto constitucional, el cual queda a interpretación de los jueces; como lo expresamos antes, los jueces deberán fundamentar sus resoluciones en los convenios internacionales suscritos por nuestro país y aplicables a la materia familiar, que se vinculan con el derecho humano a la familia sana y ordenada.

b) Otro derecho que consagra el texto constitucional es el ejercicio de la paternidad responsable, pero ¿quién y cómo se asegura su cumplimiento?, ¿dónde están los responsables de los niños en situación de calle?, o, según el texto constitucional, ¿qué es la paternidad responsable? Tenemos que decirlo, el Estado es omiso en la exigencia del cumplimiento de este mandato constitucional. Éstos sólo son algunos cuestionamientos elementales, para no entrar en aspectos éticos, religiosos o morales, en las doctrinas de la Iglesia o en documentos pontificios que hablan sobre la familia, como lo hacen algunos autores al estudiar el derecho familiar; por supuesto que soy creyente, pero pienso que no es éste el lugar para este tipo de disertaciones.

Pero apegados estrictamente al texto constitucional, estaremos de acuerdo en que se violenta el espíritu de la ley; cuando vemos la realidad social nos preguntamos: ¿dónde están el desarrollo y la protección de la familia?, ¿dónde está el ejercicio de la paternidad responsable?, ¿qué mandata la Carta Magna? Detrás de los millones de niños de la calle existen otros tantos padres irresponsables y un Estado omiso que no vela por el cumplimiento de los derechos humanos básicos de la familia. ¿Dónde queda la protección de la organización y el desarrollo de la familia?

Algunos autores sólo circunscriben la paternidad responsable al hecho de que la Constitución garantiza que los acuerdos al respecto han de ser tomados sin la injerencia o imposición de ninguna autoridad y que ésta no se encuentra facultada para intervenir en las decisiones autónomas del varón y la mujer, lo cual es evidente. Pero no es paternidad responsable llenarse de hijos, mandarlos a mendigar, dejarlos de educar, etc. Ciertamente, el Estado es omiso en el cumplimiento de esta disposición de orden público.

c) Aun cuando lo siguiente se refiere al derecho que tiene toda persona, qué podremos decir del derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad; del derecho a la protección de la salud; del derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar; del derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible; del derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa; todas, asignaturas pendientes.

d) Otro derecho constitucional mencionado en materia de familia por el art. 4º es el relacionado con el desarrollo integral de la niñez. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Sobre este particular se ha pronunciado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de criterios 21/2006, específicamente sobre el significado del contenido del desarrollo integral del niño:

> Se desprende que la garantía constitucional al desarrollo y bienestar integral del niño comprende, en principio, el derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos; el derecho a preservar las relaciones familiares; el derecho a que no sea separado de sus padres excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño; el derecho a no ser objeto de injerencias arbitraria o ilegales en su familia; el derecho de protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual; así como el derecho de todo niño a un nivel adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual moral y social...

Sin duda un texto bello, casi poético, pero muy lejano de la realidad. Para dar una idea clara de la situación de la niñez en México y, por ende, del cumplimiento de lo que mandata la Constitución, debemos ver las estadísticas de los niños desnutridos, de las condiciones insalubres en que viven y qué decir de las estadísticas sobre educación; por último, el sano esparcimiento de la niñez sí que es una burla.

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual México forma parte, establece:

Artículo 9

> 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
> 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
> 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
> 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase

perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

No cabe duda, están claros los derechos protegidos por la Constitución en torno de la familia y en particular de la niñez. Pero formulemos algunas preguntas para la reflexión: ¿qué podemos decir sobre los millones de niños de la calle?, ¿los millones de niños que viven en pobreza extrema?, ¿los millones de niños analfabetos?, ¿los millones de niños que abandonan la primaria?, ¿los millones de niños con secundaria trunca?, ¿los millones de niños que trabajan, no sólo al margen de la ley, sino también sin ningún tipo de protección?, ¿los niños que son obligados por sus padres a mendigar?, ¿los niños enrolados y obligados a delinquir por el crimen organizado?, ¿los niños que han caído en manos de la drogadicción?, ¿los niños víctimas de la violencia?, ¿los niños ultrajados?, ¿las víctimas de los pederastas?, ¿los niños secuestrados?, ¿los niños víctimas de proxenetas?, ¿los niños objeto del tráfico de menores?, ¿los niños víctimas de la migración?, ¿los niños maltratados?, ¿los niños víctimas de sus propios padres?

Qué decir de sus padres, qué decir del Estado encargado del cumplimiento de estas leyes de orden público. Dónde están sus padres, quién les exigirá que cumplan con su responsabilidad sobre sus menores hijos. Dónde está el Estado. Dónde queda la Constitución. Dónde quedan los derechos de la niñez.

Sin duda el país tiene una deuda pendiente con la niñez, el texto constitucional no puede quedarse sólo en una buena aspiración. Es necesario pasar de las garantías de derecho a las garantías y derechos de hecho. Como afirma Ferrajoli en su obra *Democracia y garantismo*, al referirse al constitucionalismo del futuro:

> Es... ante todo un programa para el futuro, en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales incorporados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigida a establecer las técnicas de garantías idóneas y asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos.[36]

1.5 Familias fundadas por parejas de personas del mismo sexo, no necesariamente homosexuales

Cuando nos referimos a las sociedades de convivencia, es frecuente escuchar alusiones a parejas de homosexuales. Al efecto, queremos señalar que, de acuerdo con la *Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal*, dichas sociedades no necesariamente tienen que ser entre homosexuales, aunque su origen se encuentra en el movimiento gay.

En efecto, se puede señalar en 1969 el inicio del movimiento para el reconocimiento jurídico de las uniones de personas homosexuales, y es en tal minoría donde marcadamente se lucha por ese derecho. A partir de esta fecha se pueden señalar hitos históricos de este movimiento que ha ido ganando terreno y, en particular, el reconocimiento que han hecho algunas legislaciones del mundo. Veamos algunos de ellos.

[36] L. Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 35.

- La Asociación Americana de Psicología (APA) suprimió a la homosexualidad de la lista de enfermedades y trastornos psiquiátricos, con lo que se abrió la pauta para que el hecho de la homosexualidad se tomara como una situación normal y no como enfermedad.
- En el ámbito jurídico, Dinamarca fue la primera nación en reconocer jurídicamente las uniones de personas homosexuales con efectos jurídicos.
- En el año 2000, los Países Bajos se convirtieron en los primeros en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, asimilándolo totalmente al celebrado entre parejas heterosexuales.
- Lo mismo sucedió en Argentina en 2003, cuando se convirtió en la primera nación de América Latina en regular las uniones de parejas homosexuales, denominándolas *uniones civiles*.

A partir de estos últimos años se han ido extendiendo en el mundo estos reconocimientos, cuyas tendencias pueden ser agrupadas de la manera siguiente:

- Los países que se han negado al reconocimiento jurídico de las uniones entre homosexuales; entre ellos destacan la mayoría de las naciones de América Latina.
- Países que han reconocido legalmente las uniones de personas homosexuales, pero sin equipararlas al matrimonio. Entre ellos se encuentran países europeos como Alemania, Austria, Finlandia, Irlanda, Suiza, Dinamarca, República Checa, Luxemburgo, Hungría, Reino Unido; y algunos latinoamericanos, como Colombia, Ecuador, Brasil y Uruguay.
- Los países que equiparan las uniones entre homosexuales totalmente al matrimonio, como Bélgica, Islandia, Noruega, Países Bajos, Portugal, España; en América: Canadá y Argentina, además de Sudáfrica y Australia.

Para el caso de la ciudad de México, en 2006 se promulgó la Ley de Sociedad de Convivencia, que reconoce las uniones de personas homosexuales como forma de fundar una familia. Al efecto, transcribimos los artículos más importantes de esa ley para hacer los comentarios correspondientes:

> **Artículo 1.** Las disposiciones contenidas en la presente ley son de orden público e interés social, y tienen por objeto establecer las bases y regular las relaciones derivadas de la Sociedad de Convivencia en el Distrito Federal.

Las sociedades de convivencia se equiparan con la familia; basta leer este artículo y el 138 ter, comentado en apartados anteriores, con la salvedad de que en el caso que nos ocupa, el art. 1 de la *Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal* no tiene por objeto proteger su organización ni el desarrollo integral de sus miembros, o por lo menos no lo señala.

> **Artículo 2.** La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.

Las sociedades de convivencia, según el artículo precedente, son un acto jurídico bilateral, celebrado entre personas físicas, que pueden ser de diferente o del mismo sexo. Es importante señalar esto, pues al mencionar las sociedades de convivencia con frecuencia se les relaciona con parejas de homosexuales, lo cual está alejado de lo que dice la ley; el artículo citado es claro: la finalidad es establecer un hogar común permanente y brindarse ayuda mutua. Es un

hecho que hay personas con necesidades de afecto y apoyo mutuo, no necesariamente homosexuales, que desean convivir y formar un hogar para protegerse y brindarse reciprocidad.

> **Artículo 3.** La Sociedad de Convivencia obliga a las o los convivientes, en razón de la voluntad de permanencia, ayuda mutua y establecimiento del hogar común; la cual surte efectos frente a terceros cuando la Sociedad es registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo correspondiente.

De acuerdo con el artículo precedente, los fines que deben perseguir las sociedades de convivencia son el establecimiento de un hogar común, la permanencia y la ayuda mutua.

> **Artículo 4.** No podrán constituir Sociedad de Convivencia, las personas unidas en matrimonio, concubinato y aquéllas que mantengan vigente otra Sociedad de Convivencia.
>
> Tampoco podrán celebrar entre sí Sociedad de Convivencia, los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado.

Al igual que en el matrimonio, hay prohibición o impedimento para formar una sociedad de convivencia cuando exista parentesco consanguíneo en línea recta sin limitación de grado o colateral hasta el cuarto grado.

> **Artículo 5.** Para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos, la Sociedad de Convivencia se regirá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último, se producirán entre los convivientes.

Esta ley parece equiparar la sociedad de convivencia con el concubinato, mas no con el matrimonio o con la familia; sin embargo, como mencionamos al final de este apartado, ha habido cambios legales con que prácticamente queda equiparada al matrimonio. En artículos subsecuentes lo más importante, entre otras cosas, es lo referente:

- Al registro y requisitos que debe contener el documento por el que se constituye la sociedad de convivencia; de este documento cabe destacar la forma en que los convivientes regularán la sociedad y sus relaciones patrimoniales (arts. 6 a 12).
- El deber recíproco de proporcionar alimentos (art. 13).
- Los derechos sucesorios, aplicándose lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos (art. 14).
- El desempeño de la tutela, en caso de interdicción de alguno de los convivientes (art. 25).
- Las causas de terminación de la sociedad de convivencia (arts. 20 a 25).

Además de los comentarios anteriores, diremos que con posterioridad a esta ley se publicaron reformas al régimen de matrimonio civil en la ciudad de México: el 29 de diciembre de 2009 se estableció que tanto el matrimonio como el concubinato podrían celebrarse entre personas del mismo sexo, con lo que necesariamente se abrió la posibilidad de que tales personas adoptaran. Por otra parte, estas reformas fueron declaradas constitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al resolver la acción de inconstitucionalidad 2 de 2010.

1.6 Principios aplicables al derecho familiar

Por lo antes expuesto, podemos apreciar que el derecho familiar ha despertado discusiones sobre si es una rama del derecho privado o del derecho público, pero principalmente por los principios que el legislador del Distrito Federal impuso como aplicables al derecho familiar, al

decir, de acuerdo con el art. 138 ter, que las normas del derecho familiar son de orden público y de interés social. Trataremos de explicar estos conceptos.

1.6.1 Orden público

El principio "orden público" ha despertado muchas suspicacias en la literatura jurídica, sobre todo cuando se relaciona con el derecho de familia. Como nos lo hemos propuesto en esta obra, siguiendo a los tratadistas, intentaremos abordar y abonar a la discusión algunas ideas sobre el particular. En un sentido aún general, el *Diccionario Jurídico Mexicano* define el orden público como:

> El estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad... En un sentido técnico, la dogmática jurídica con orden público se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad, principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la "autonomía de la voluntad) ni por la aplicación de derecho extranjero... La doctrina indica que el orden público como institución jurídica, se constituye de principios y axiomas de organización social que todos reconocen y admiten aun cuando no se establezcan... aun cuando no se expresen ni se expliciten. El orden público es, se sostiene, "una forma de vida jurídica" (Smith). El orden público constituye las "ideas fundamentales" sobre las cuales reposa "la constitución social".[37]

Sin duda, el orden público aludido en el CCDF es un tema trascendental, por ello lo iremos estudiando paulatinamente en los incisos siguientes:

1.6.1.1 Antecedentes del orden público

Los romanistas señalan, por cierto con desacuerdo, los antecedentes del orden público en Roma, citando el Digesto cuando expresa el significado y la diferencia entre el *ius publicum y el ius privatum* de la manera siguiente: *Ius publicum privatorum pactis non potest. Privatorum conventio jure publicum non derogat.* (El derecho público no puede ser alterado por los pactos de los particulares. Los convenios de los particulares no derogan el derecho público.)[38]

Esto marcó la diferencia entre el derecho público y el derecho privado, en el que el primero se entendía por encima del segundo; de ahí se decía que los convenios de los particulares no pueden derogar el derecho público, pues éste se ubica por encima de la voluntad particular. No obstante, afirmamos que realmente todas las normas sirven a los particulares, algunas más directamente que otras. Por ello es válido afirmar que las normas de interés público sirven a los particulares y, a su vez, las normas que podemos identificar como de interés particular son útiles también a la colectividad.

Con base en el principio romano citado fue que Jean Etienne Portalis elabora la teoría del orden público. Este concepto romano de derecho privado y derecho público lo incorpora el Código de Napoleón y pasa a los códigos de inspiración napoleónica, en los cuales quedó expresado con palabras más o menos similares a las siguientes: "No se pueden derogar por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres."

[37] *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 1988, p. 2278.
[38] D. 2, 14, 38.

Como lo hemos citado (art. 138 ter), en México, y particularmente en el CCDF, las normas relacionadas con la familia son de orden público e interés social, simplemente porque así lo dispuso el legislador.

Pero podemos preguntar: ¿a qué se debe la discusión? Podemos contestar que esta discusión se origina en la diferencia romana entre *ius publicum* y el *ius privatum*, y más exactamente en lo que los tratadistas o romanistas entendieron por derecho público y derecho privado; pues algunos circunscriben el *ius publicum* a la "cosa pública" y el *ius privatum* al interés de los particulares. Sin embargo, no todos los juristas lo entendieron de esta manera; por ejemplo, para Savigny el *ius publicum* y el *ius commune* eran sinónimos.[39]

Enneccerus dice que los romanos denominaban *Ius publicum* al derecho necesariamente imperativo o prohibitivo, en razón de lo cual puede interpretarse que no sólo se refería a lo que hoy se entiende por derecho público, sino a todo derecho forzoso, es decir, inderogable.[40]

Planiol menciona que el orden público y sus leyes están basados en el interés general de la sociedad; por tanto, es contrario a los fines perseguidos por el interés individual.[41] En cambio, Ripert entiende por orden público la existencia de un interés superior de la colectividad que se encuentra por encima de las convenciones hechas por los particulares.[42]

De alguna manera, el orden público y el interés social pueden entenderse como sinónimos, pues por una parte el orden público es un mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad, es decir, lo que comúnmente entendemos como el interés social. Visto de esta manera, decimos que todas las leyes son de orden público, pues ellas tienen como fin principal el mantenimiento de la paz con justicia que persigue el derecho, que es efecto del orden público.

Dice el maestro Julián Güitrón Fuentevilla:

> El orden público tiene como función normativa estricta, que restringe la libertad individual, considerando la importancia y las funciones sociales de cada institución regulada. Tiene un sentido de equidad, que rebasa los intereses particulares, privados, individuales, porque en realidad, el orden público representa, el núcleo íntegro de la sociedad, vinculado al futuro para vincular un ideal de justicia; en ese sentido, el orden público en el derecho familiar mexicano está plenamente justificado, porque está dirigido a la protección de la familia, sus miembros y todos los vínculos y relaciones derivados del mismo.[43]

1.6.1.2 Teorías del orden público

Dentro de las teorías del orden público en el derecho familiar se pueden señalar las siguientes:

- *Teoría clásica*: tiene su origen en el derecho romano y deriva de la división del derecho público y derecho privado que explicamos anteriormente.
- *Teoría descriptiva*: como su nombre lo dice, sólo narra sus características.
- *Teoría conceptual*: es un desarrollo, podemos decir, meramente doctrinario, donde cada autor diseña sus conceptos y elabora sus argumentos para sistematizar su contenido.

39 D. 1, 1, 1, 2.
40 Cfr. Ludwig Enneccerus, *Derecho civil*, t. 1, Bosch, Barcelona, 1981.
41 Cfr. Marcel Planiol y Georges Ripert, *Derecho civil*, Harla, México, 1998.
42 Loc. cit.
43 Julián Güitrón Fuentevilla, *El orden público en el derecho familiar mexicano*, ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, México, 22-24 de noviembre de 2005, p. 7.

- *Teoría del elemento concreto*: se fundamenta en cuestiones económicas del derecho privado que no se alcanzan en el público.
- *Teoría de las nociones del orden público*: se refieren al ámbito administrativo y de la seguridad social y la paz pública.
- *Teoría de la ley imperativa*: según esta teoría, la imperatividad de las disposiciones se impone de manera unilateral y desaparece la autonomía de la voluntad. Éstos son precisamente los elementos que se han llevado al derecho familiar; por ello, a las normas referentes a la familia les dan jerarquía de orden público, pues no deja a la autonomía de la voluntad o al interés particular el cumplimiento de deberes, los mandatos y las obligaciones que son fundamentales en el derecho familiar. Las normas del derecho familiar se entienden de cumplimiento estricto.
- *Teoría de la suplantación*: el orden público no puede ser sistematizado ni organizado. Hay inconvenientes que corresponden a su contenido y no a su denominación. Estas expresiones teóricas no son suficientes para dar el contenido de orden público al derecho familiar.

De lo anterior se destaca que prácticamente todos los códigos que han seguido el modelo napoleónico, como el CCDF, tienen por mandato expreso la definición correcta de que todas las normas referidas a la organización de la familia son de orden público. De esta manera, todos los artículos correspondientes y aplicables a la organización familiar, es decir, del 1 al 746, son disposiciones de orden público con las características expresadas. Según esto, por regla general, los derechos de familia son indisponibles, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

En concordancia con lo anterior afirma Lasarte: "Es impensable que los cónyuges como regla, puedan configurar el estatuto jurídico del matrimonio a su antojo, o que los padres decidan cuáles son sus deberes respecto de los hijos (entendiendo por ejemplo que éstos deben estarles agradecidos por haberlos traído al mundo), por encima de las disposiciones legales o en contradicción con ellas."[44]

En conclusión, las normas familiares se fundan en el interés público, en la naturaleza intrínseca de los hechos del derecho de familia.

1.6.2 La autonomía de la voluntad en el derecho familiar

Sobre el principio de la autonomía de la voluntad descansa el derecho civil, aunque esto de ninguna manera incluye el derecho de familia. Pero ¿qué significa la autonomía de la voluntad? Miguel Villoro Toranzo, siguiendo a Pedro Rocamora Vals, destaca que:

> el concepto de la autonomía equivale, en el ámbito individual, al de soberanía y libre decisión en la propia esfera de actuación del hombre. La facultad humana, que permite al individuo trazarse una norma a la que sujeta su independiente actividad, es reconocida en la técnica filosófico-jurídica bajo el concepto general de autonomía de la voluntad. Tras esta idea se ha venido significando en el campo del Derecho Privado, que todo individuo tiene la posibilidad de crear cualquier clase de relaciones jurídicas, con tal de que éstas, no se hallen prohibidas por la ley, y establecer los límites, forma y naturaleza y contenido de las mismas, siendo la voluntad humana la suprema ley que rija las relaciones.[45]

44 Carlos Lasarte Álvarez, *Principios generales de derecho civil*, 2ª ed., Derecho de familia, Trivium, Madrid, 2001, pp. 38 y 39.
45 Op. cit., pp. 13 y 14.

Hans Kelsen denomina *autonomía privada* al concepto de autonomía de la voluntad y entiende por él la facultad que tienen los individuos, autorizados por el orden jurídico, para regular determinada relación jurídica mediante un acto personal.[46] Este acto personal es un acto creador de derecho, al producir deberes jurídicos y derechos subjetivos de las partes.

Esta autonomía de la voluntad o autonomía privada implica: *a)* una actividad libre e intencional del individuo; *b)* debe estar facultada y protegida por el orden jurídico; *c)* en materias diferentes de las reguladas coactivamente por mandatos y prohibiciones del orden jurídico; y *d)* debe ser creadora, tanto de la existencia como de los límites, forma, naturaleza y contenido de relaciones jurídicas. Queda claro que la autonomía de la voluntad no es omnipotente y sólo puede actuar dentro de los límites del orden jurídico, los cuales son mucho más notorios y estrictos en el derecho familiar.

Podemos señalar además que esta limitación a la autonomía de la voluntad de los particulares no sólo se da en materia de familia: se ha limitado incluso en otras asignaturas, pues se juzga necesario, en apego a la justicia social, proteger a la parte más débil, siempre en la medida en que ésta necesite tal protección para igualarse con los más fuertes.

Por ello observamos una sociedad en cuyas relaciones interviene cada vez más el Estado, y si bien los individuos deben seguir conservando una esfera de acción —limitada y protegida— en la que pueden ejercitar su libertad responsable para desarrollarse como seres humanos, ésta se debe limitar en aras de buscar el desarrollo integral y equilibrado de los individuos, pues ésta es la razón de ser del Estado.

1.6.3 El orden público en el derecho familiar mexicano

El orden público en materia familiar lo entendemos como un conjunto de normas jurídicas impuestas por el Estado, es decir, un mandato impuesto por el Estado para la protección de la familia; en el caso particular de nuestra legislación estas normas comprenden los arts. 1° al 746 bis, y en el Libro Tercero, relativo a las sucesiones, que va del art. 1281 al 1791, esto es, son de orden público. Lo anterior significa que estas disposiciones tienen carácter coercitivo; esta coercitividad constituye un elemento obligatorio y poseen una aplicación importante respecto de la familia y de sus miembros: por encima de las cuestiones de orden particular, debe ser acatado en beneficio de la familia.

Dadas las características especiales de la familia, se ha discutido si estamos frente a obligaciones, *stricto sensu*. El orden público, más que obligaciones, impone deberes jurídicos unilaterales que la familia debe cumplir voluntariamente, es decir, adaptar al deber su conducta; en caso contrario, aquél se podrá hacer efectivo por medio de la coacción. Los miembros de la familia deben cumplir lo que la ley ordena.

Ahora bien, entre los elementos del orden público encontramos fundamentalmente los que tienen por esencia el mandato y el deber; en el caso particular que nos ocupa, mandatos y deberes referidos a los fines que persigue el Estado al proteger la familia. Esto significa que hay reglas familiares por encima y aun en contra de la voluntad de los particulares, cuya finalidad es un deber estatal de proteger a la familia. El orden jurídico se entiende, según esto, como un mandato para cumplir la norma en los casos concretos, por ser un deber de los sujetos jurídicos.

[46] Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1983.

Ahora como nunca se aprecia que el derecho de familia, como la familia misma, es producto de la propia evolución humana, en este tiempo más dinámica; esto se constata con el cambio de las mismas leyes que rigen la familia y con ella el propio concepto de orden público.

De esta manera el CCDF determina expresamente que todas las disposiciones referentes a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad. Similarmente lo hacen los códigos civiles de Hidalgo y Zacatecas, pero la mayoría de las entidades federativas legislan en materia familiar sobre la base de la autonomía de la voluntad, proveniente del derecho privado e inspirada en la ideología prevaleciente en el siglo XIX. Es importante destacar que el orden público es básico para el bienestar social y familiar, sus normas se han de aplicar aun en contra de la voluntad de los integrantes de la familia, pues se deben cumplir los deberes y obligaciones y hacer efectivos los derechos que el Estado determina en las leyes respectivas, sobre todo por ser de orden público.

El CCDF, en sus arts. 138 ter a 138 sextus, dice:

> **Artículo 138 Ter.** Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.
> **Artículo 138 Quáter.** Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.
> **Artículo 138 Quintus.** Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.
> **Artículo 138 Sextus.** Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

Se observa cómo estas disposiciones de orden público protegen la organización y el desarrollo integral de la familia, respetando su dignidad. Establecen la igualdad de derechos, deberes y obligaciones de quienes integran la familia, así como las uniones de matrimonio, parentesco, concubinato o adopción. Ordenan que entre los miembros de la familia se observe consideración, solidaridad y respeto, en las relaciones familiares.

Los jueces deben actuar siempre en materia de familia con sabiduría, prudencia y atingencia, pues deben saber que su resolución afectará para toda la vida a quienes intervienen en ese conflicto. El límite de su actuación será el interés superior de la familia y, sobre todo, el interés superior de los menores, a quienes desgraciadamente sus propios padres utilizan como moneda de cambio, afectándoles para siempre sus vidas.

La CPEUM hace lo propio en el ya citado art. 4°, donde se dice que toda familia tiene derecho a una vivienda digna y decorosa. Respecto de los niños y niñas, se indica que tienen derecho a satisfacer sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Para lograr estos objetivos, el Estado —orden público— debe proveer lo indispensable para lograr el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. Aunque, como comentamos líneas arriba, estamos muy lejos de que esto se haga realidad.

En conclusión, nuestro CCDF contempla que las disposiciones sobre la familia son de interés social y su objeto es proteger la organización y el desarrollo integral de quienes conforman esa familia, basados en el respeto a la dignidad de cada uno de ellos. Queda fuera de discusión que la sociedad tiene un interés en que la familia esté protegida, que su organización y desa-

rrollo se aseguren; por ello las disposiciones sobre la familia no pueden quedar, de ninguna manera, al arbitrio de las partes.

Reconocer como fuentes de las relaciones familiares el matrimonio, el parentesco o el concubinato, que obligan a los cónyuges, a los parientes o a los concubinos, a cumplir con los deberes implicados en las relaciones familiares que la propia ley establece, como contraparte, faculta para exigir los derechos correspondientes.

En pocas palabras, como iremos analizando a lo largo de esta obra, el CCDF considera de orden público todo lo que atañe a la familia, como Registro Civil, el divorcio, los hijos, el concubinato, el parentesco, los alimentos, la violencia familiar, la filiación, la adopción, la tutela y las sucesiones, entre otros.

Para concluir este capítulo, incorporamos jurisprudencias sobre el orden público.

1.6.4 Criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el orden público en el derecho familiar mexicano

Sobre el orden público se ha pronunciado el máximo tribunal del país; sólo como ejemplo citaremos los criterios jurisprudenciales siguientes:

- Sobre alimentos:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época: Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: III, Junio de 1006. Tesis: XXI/23. Página: 535. Alimentos. Aun cuando los hijos alcancen la mayoría de edad, no cesa la obligación por parte del deudor alimentista de proporcionárselos, si todavía los necesita el emancipado. (Legislación del Estado de Chiapas).

Supuesto que dentro de las causales para la cesación de la obligación de dar alimentos a que se contrae el artículo 316 se encuentra expresamente la fracción II del citado precepto a la mayoría de edad; y aun cuando pudiera interpretarse la fracción II del citado precepto en relación con el número 438 fracción III del mencionado Código, es decir, que la patria potestad se acaba por la mayoría de edad se supone que goza de absoluta independencia para disponer tanto de sus bienes como de su persona, y esta emancipación también supone su capacidad física, económica y jurídica para ser autosuficiente a efecto de allegarse los alimentos que necesite para su subsistencia; sin embargo, por ser los alimentos a los hijos una cuestión de orden público, debe considerarse que por el solo hecho de llegar a la mayoría de edad no debe suspenderse la obligación de suministrarlos, sino que en cada caso, deben examinar las circunstancias en que se encuentran los hijos al llegar a esa edad, para saber si siguen necesitándolos, en la inteligencia que tanto los hijos como el cónyuge gozan de esa presunción independientemente de si aquéllos son mayores o menores de edad, por lo cual es el deudor quien debe demostrar que ellos tienen recursos propios para poder, así desligarse de esa obligación. Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.[47]

[47] Precedentes: Amparo directo 605/91. Humberto Luna Morales. 23 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Suárez Torres. Secretario: Casto Ambrosio Domínguez Bermúdez. Amparo directo 427 /92. María Olivia Teomitzi Castro. 15 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Mariano Hernández Torres. Secretario: Miguel Ángel Perulles Flores. Amparo directo 619/92. Francisco Javier Paniagua Hidalgo. 21 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Arturo J. Becerra Martínez. Amparo directo 758/95. Juan Álvaro Pérez Domínguez. 25 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Avendaño. Secretario: Enrique Robles Solís. Amparo directo 990/95. Gustavo Maya Becerril. 9 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Rafael León González. I

Instancia. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: XIV-Septiembre. Tesis: I.5°.C.556C. Página: 254. Alimentos. Pensión definitiva. Fijación del monto, previo análisis de su proporcionalidad.

El tribunal de segundo grado infringe el artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando al pronunciar su fallo se limita a fijar arbitrariamente una pensión alimenticia equivalente a un salario mínimo general mensual vigente en el Distrito Federal, sin analizar previamente la proporcionalidad que se debe observar para su cuantificación, pues de conformidad con el precepto citado los alimentos deben ser proporcionales a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades del que debe recibirlos. Lo cual significa que dicho Tribunal de apelación no puede referirse al salario mínimo como base para determinar el monto de la pensión alimenticia a cargo del hoy tercero perjudicado, sino que está obligado a analizar los medios de prueba aportados, para de ahí determinar el importe que habrá de cubrirse por concepto de pensión alimenticia, refiriéndose a las necesidades del menor acreedor, frente a las posibilidades del deudor alimentario, e incluso, el referido Tribunal responsable está en aptitud del proveer oficiosamente, por tratarse de un asunto de orden público e interés social, sobre el desahogo de pruebas conducentes, en caso de que las aportadas no fueren suficientes para colmar la finalidad perseguida, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.[48]

Instancias: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: II, Agosto de 1995. Tesis I.9°.C.14 C. Página; 458. Alimentos. Acción de pago de. En juicio de divorcio debe admitirse en la vía reconvencional.

Es legalmente admisible la acción de pensión alimenticia, hecha valer reconvencionalmente en un juicio de divorcio, en el que la contraparte sólo demandó la disolución del vínculo matrimonial, toda vez que las cuestiones relativas a la familia son de orden público, razón por la que basta ser titular del derecho para que se pueda reconvenir la ministración de alimentos ante el órgano jurisdiccional competente, máxime que el juez está facultado, aun oficiosamente, para dilucidar cuestiones de orden familiar, que implica la acción intentada de alimentos, para quienes tuvieran derecho a esa prestación, en términos del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.[49]

- Sobre el divorcio:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: IV, Agosto de 1996. Tesis: I.3°.C.J/7. Página: 418. Divorcio, falta de ministración de alimentos como causal de.

El artículo 267, fracción XII del Código Civil establece como causal de divorcio, la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento o el incumplimiento sin justa causa por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168. Ahora bien, cuando no se alega un incumplimiento total, sino parcial, que se hace consistir en que el demandado no da dinero a la actora, ese hecho no basta para que se surta la hipótesis a que se refiere la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, toda vez que, los alimentos de conformidad con el artículo 308 del Código Civil comprendan

[48] Precedentes: Amparo directo 3315/94. Sara Virginia Calderón Sánchez. 7 de julio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Walter Arellano Hobelsberger.

[49] Precedentes: Amparo en revisión 2009/94. Purificación García y Estévez. 9 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Ismael Castellanos Rodríguez. Secretario: Ricardo Guevara Jiménez.

la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en caso de enfermedad y respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales; además de que, la institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial; de ahí que en los divorcios necesarios sea preciso que la causal invocada quede plenamente especificada y se acredite la negativa del obligado, a fin de que el tribunal puede apreciar la gravedad del incumplimiento que ponga de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a sus hijos, y que haga imposible la vida en común; gravedad que no se justifica cuando en forma imprecisa se alega que el demandado no ha cumplido en su totalidad con la ministración de alimentos. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.[50]

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: II, Agosto de 1995. Tesis: XX.24 C. Página: 507. Divorcio. El término fijado por la ley para el ejercicio de la acción es de caducidad y no de prescripción, tratándose de.

Tratándose de divorcio, el término fijado por la ley para el ejercicio de la acción es un término de caducidad y no de prescripción, y si bien es cierto que ambos son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, también es cierto que, no deben confundirse porque la caducidad es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio la segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima; por ende en materia de divorcio, tomando en consideración su carácter excepcional porque pone fin al matrimonio, el término señalado por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad, porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción, su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derechos y obligaciones que forman el estado civil del matrimonio, intereses que dejan de ser del orden privado, y pasan a afectar la estabilidad de la familia y el orden público. Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.[51]

Instancia: Tercera Sala. Octava Época. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Parte: 56, Agosto de 1992. Tesis 3ª /J. 12/92. Página: 23. Divorcio necesario. No le son aplicables todas las reglas especiales de las controversias del orden familiar, pero sí la relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes cuando de ellas dependa que se salvaguarde a la familia, con independencia de que permanezca o se disuelva el vínculo matrimonial (Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal).

Las reglas y formas especiales sólo pueden aplicarse a los actos específicos a que las destinó el legislador. Como el divorcio necesario no se encuentra dentro de los casos que prevé el artículo 942 del Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ni tiene una regulación propia para su tramitación dentro del ordenamiento citado, se rige por las disposiciones generales del juicio ordinario y, por tanto, no le son aplicables, en principio, todas las

50 Precedentes: Amparo directo 3873/89. Roberto Páez Páez. 5 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Amparo directo 2963/90. Marie Terréese. Casaubon Huguenin. 9 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gámez. Amparo directo 3228/90. Josefina Tapia Serrano. 9 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Amparo directo 5403/94. Blanca Rosa Hernández González. 28 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Arnulfo Moreno Flores. Amparo directo 3233/96. Lilia Pérez Ramírez. 13 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

51 Precedentes: Amparo directo 132/95. Baldemar Moreno Espinoza. 27 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Stalin Rodríguez López.

reglas especiales establecidas para las controversias de orden familiar. Sin embargo, como excepción y por mayoría de razón, les es aplicable la regla especial que prevé el segundo párrafo del artículo 941 del propio cuerpo legal, relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, cuando la aplicación de esta figura procesal dé lugar a salvaguardar a la familia, en virtud de que la intención del legislador al establecer esta regla para las controversias del orden familiar, a saber, el preservar las relaciones familiares evitando que en estos asuntos una inadecuada defensa afecte a esa institución, y la razón a la que obedece su establecimiento, que expresamente consigna en el artículo 940, a saber que los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, operan de manera más clara e imperativa tratándose del divorcio necesario pues implicando éste la disolución del vínculo matrimonial, problema capital que afecta a la familia, debe garantizarse que no se perjudique a ésta con motivo de una inadecuada defensa. Lo anterior se reafirma si se considera que la razón por la que el legislador no incluyó al divorcio necesario dentro del procedimiento y recepción de pruebas, se tiene la posibilidad de preparar una defensa más adecuada, lo que favorece la preservación y unidad familiar. Por la importancia social de la familia, independientemente de que ello se consiga con la disolución o no del vínculo conyugal. Además justifica lo anterior el que al introducir esa figura procesal el legislador, no la circunscribió a las controversias de orden familiar especificadas en el artículo 942 citado sino que usó la expresión "en todos los asuntos de orden familiar", aunque, respecto del divorcio, que tiene su naturaleza debe limitarse a la hipótesis precisada, en que la suplencia conduzca a proteger a la familia.[52]

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: IX-Abril. Página: 490. Divorcio necesario. Le son aplicables las disposiciones relativas a las controversias del orden familiar.

En los recursos de apelación derivados de un juicio de divorcio necesario, el tribunal de alzada debe suplir la deficiencia de los agravios por tratarse de la conservación del matrimonio; apoyándose en los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles, que este Tribunal Colegiado estima aplicables, aun cuando el juicio se hubiera seguido en la vía ordinaria civil, pues es indiscutible que la disolución del matrimonio es un problema inherente a la familia que se considera de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, como lo establece el segundo párrafo del artículo 941 del propio Código Procesal, al tratarse de un asunto de orden familiar, los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del primer Circuito.[53]

Entre otras resoluciones, encontramos la que determina que los Jueces Familiares, en determinados supuestos, pueden calificar y estimar la existencia del orden público con relación a una ley, y no pueden declarar que no siendo aplicable una ley en los conceptos que la informaron por cuestión de orden público, conserva aún ese carácter y subsistan sus finalidades (Quinta Época. Tomo XXVI. P. 1533. Tomo XXXI. P. 570. 2807.

52 Precedentes: Contradicción de tesis 11/91. Entre las sustentadas por el Primer y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de agosto de 1992. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot. Tesis de Jurisprudencia 12/92. Aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal en sesión privada celebrada el tres de agosto de mil novecientos noventa y dos. Cinco votos de los señores ministros: Presidente: José Trinidad Lanz Cárdenas, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez y Miguel Montes García.

53 Precedentes: Amparo directo 7173/91. Marcela Cruz Villagrán. 16 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago Santiago. Secretario: Antonio Rodríguez Barajas. Amparo directo 1013/90. Graciela Téllez Lores. 14 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gámez. Octava Época. Tomo VII-Mayo, página 190. Véase: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 56, pág. 23, tesis por contradicción 3ª/J.12/92.

En abril de 1998, el Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito en Materia Civil, determinó que los alimentos son cuestión de orden público y deben ser satisfechos inmediatamente, en este caso, se busca que la necesidad se satisfaga de inmediato, de acuerdo con lo que haya ocurrido en el juicio de primera instancia, en ningún supuesto se debe esperar a que se aporte en ejecución de sentencia la cuantificación de la pensión definitiva, por lo que la responsable debe fijar en la sentencia el monto de la pensión por alimentos que se reclaman al deudor alimentario. Amparo Directo 1481/97. Linet Padilla Barba. 16 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente Carlos Arturo González Zárate. Secretario Arturo García Aldaz.

Igualmente en enero del 2004, los Tribunales Colegiados de Circuito en la Novena Época, el Sexto en materia Civil, en relación al artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, determinó que "La eficacia del derecho de visita dándose efecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y respeto a su persona e intimidad, es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado, porque de su efectivo cumplimiento depende el desarrollo armónico e integral del menor que, en ocasiones, por causas ajenas a su voluntad, vive separado de uno a ambos progenitores. Es por eso que el propio numeral contiene normas tendentes a lograr dicha función, ya que el goce y disfrute determinará lo que más convenga al interés preponderante del menor que sólo podrá suspenderse, limitarse o perderse por resolución judicial expresa y cuando se haya perdido la patria potestad. Como se advierte, la teleología del artículo 417 en comento se encamina a la conservación de un entorno familiar saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional de los sujetos cuando no se encuentran bajo su custodia, si ejercen la patria potestad, tendrán derecho a convivir y disfrutar de momentos en común, en aras de tutelar el interés preponderante del menos, teniendo sólo como limitante para que se suspenda, el ejercicio del derecho de visita y convivencia que exista peligro para el menor, caso en el que el juzgador podrá aplicar las medidas correspondientes a fin de salvaguardar el interés superior del menor, contra alguno de los progenitores". Respecto a este tema específico, el legislador en septiembre del 2004, ha modificado este supuesto de la visita y convivencia para regular lo que llama guarda y custodia compartida, autorizado al Juez Familiar a decretar el cambio de custodia de los menores siguiendo el procedimiento respectivo.

- Sobre la patria potestad:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: VII-Enero. Página: 341. Patria potestad, estudio oficioso de las cuestiones relativas a la pérdida de la.

El tribunal de alzada correctamente se sujetó a lo previsto en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al estudiar de oficio la cuestión relativa a la pérdida de la patria potestad decretada por el juez de primer grado, a pesar de que el apelante nunca alegó la violación del artículo 259 del Código Civil, ni esgrimió agravio en relación a ese punto, porque los artículos 940 y 941 del ordenamiento legal citado en primer término, establecen que tratándose de controversias de orden familiar, los jueces y tribunales están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, los jueces y tribunales están facultados para decretar las medidas necesarias que tiendan a preservar la familia y a proteger a sus miembros, así como para suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, por considerar la ley que tal materia es de orden público, en virtud de constituir la familia la base de la integración de la sociedad. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.[54]

[54] Precedentes: Amparo directo 5077/90. Catalina Eugenia Muñoz Gómez. 7 de diciembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

- Sobre el matrimonio y la familia

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: XII-Noviembre. Página: 377. Matrimonio y de la familia. Naturaleza del.

El matrimonio es un instituto de orden público, porque el interés que en él tutela no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior: el de la familia; siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y ya no meramente privado. Por ello, la sociedad está interesada en que se mantenga perdurable el instituto matrimonial y, sólo por excepción, la ley permite su disolución intervivos, siendo menester, en estos casos, que quien demande acredite plenamente sus afirmaciones sobre los hechos que integran la causal de divorcio y que éste se ejercite oportunamente, esto es, antes de su caducidad. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito.[55]

Actividades

1. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

Introducción al estudio del derecho familiar

- Trascendencia del estudio de la historia
  - Etapas de la familia
  - Breves aspectos del derecho familiar mexicano
  - Historia del derecho familiar mexicano
- Concepto de derecho familiar
  - Elementos e instituciones del derecho familiar
  - Sujetos del derecho familiar
  - Derecho subjetivo familiar
  - Clasificación de los derechos subjetivos familiares
- Conceptos de familia (acepciones)
  - Acepción etimológica
  - Acepción sociológica
  - Concepto gramatical
  - Acepción jurídica
- Garantías o principios constitucionales acerca de la familia
- Familias fundadas por parejas del mismo sexo
- Principios aplicables del derecho familiar
  - Orden público
  - La autonomía de la voluntad
  - Orden público en el derecho familiar mexicano
  - Criterios jurisprudenciales sobre el orden público

[55] Precedentes: Amparo directo 315/92. Filemón Merino Cerqueda. 30 de abril del 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Pedrero Rodríguez. Secretario: Carlos Gregorio Ortiz García.

II. Realiza las actividades siguientes:

1. Lee los arts. 138 ter al 138 sextus y escribe un texto crítico.
2. Lee la Convención sobre los Derechos del Niño, compárala con el art. 4° constitucional y escribe tu análisis.
3. En una cuartilla, una vez leído este capítulo, escribe una reflexión sobre lo que piensas acerca de la familia en la actualidad.
4. Lee todos los conceptos de familia según los distintos autores y explica cuál piensas que es el más convincente.
5. Intenta definir con tus propias palabras el derecho familiar.
6. Explica en una cuartilla qué entendiste por orden público.

III. Contesta el siguiente cuestionario de autoevaluación:

1. Este tipo de familia se caracteriza por la promiscuidad, donde todos los abuelos y abuelas en los límites de la familia son maridos y mujeres entre sí.
   a) Familia monogámica.
   b) Familia punalúa.
   c) Familia sindiásmica.
   d) Familia consanguínea.
2. En este periodo la poligamia era la forma privilegiada entre las clases sociales altas.
   a) México independiente.
   b) México colonial.
   c) México indígena.
   d) México precolombino.
3. Señala que el matrimonio es un contrato civil y que éste y los demás actos del mismo son de competencia exclusiva de los funcionarios y autoridades del orden civil.
   a) Leyes de Reforma.
   b) Constitución Federal de 1857.
   c) Ley de Libertad de Cultos.
   d) Decreto por el que se reconocen los actos del estado civil registrados en la época del Imperio.
4. Es la parte del derecho civil que rige la organización familiar y que define, dentro de ella, el estado de cada uno de sus miembros.
   a) Concepto jurídico de derecho familiar.
   b) Concepto de derecho familiar de Belluscio.
   c) Concepto de derecho familiar de Bonnecase.
   d) Concepto de derecho familiar de Ulpiano.
5. Son sujetos del derecho familiar:
   a) Los esponsales.
   b) Los custodios y acogedores.
   c) Los ascendientes indirectos.
   d) Los descendientes colaterales.
6. Es el conjunto de facultades que tienen las personas, otorgadas por la ley, para la protección de los intereses legítimos determinados por las relaciones familiares:
   a) Las obligaciones familiares.
   b) Los derechos subjetivos familiares.
   c) Los derechos objetivos del derecho familiar.
   d) Las potestades del derecho familiar.
7. Son los derechos que dependen de la exclusiva decisión del titular:
   a) Derechos subjetivos en interés del propio titular.
   b) Derechos subjetivos ajenos al titular.
   c) Derechos subjetivos de familiares derivados.
   d) Derechos subjetivos de carácter patrimonial.
8. Las donaciones en la familia son un ejemplo de:
   a) Derechos subjetivos familiares de carácter extrapatrimonial.
   b) Derechos subjetivos en interés del propio titular.
   c) Derechos subjetivos de carácter patrimonial.
   d) Derechos subjetivos para la protección de intereses ajenos al titular.
9. La familia se entiende como el conjunto de esclavos y criados de una persona:
   a) Concepto sociológico de familia.
   b) Concepto romano de familia.
   c) Concepto gramatical de familia.
   d) Concepto etimológico de familia.
10. Es el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje:
    a) Concepto gramatical de familia.
    b) Concepto etimológico de familia.
    c) Concepto jurídico de familia.
    d) Concepto sociológico de familia.
11. Menciona tres elementos comprendidos dentro del derecho de familia:

    _____

12. Menciona cuatro sujetos de derecho familiar:

    _____

13. Menciona dos derechos subjetivos en interés propio del titular:

    _____

14. Menciona tres derechos subjetivos de carácter patrimonial:

    _____

15. Qué comprende la familia romana en:
    a) El orden político: _____
    b) El orden religioso: _____
    c) El orden civil: _____
16. La familia es un conjunto de personas unidas por un vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad:
    a) Concepto de Enneccerus.
    b) Concepto amplio de Planiol y Ripert.
    c) Concepto de Massineo.
    d) Concepto de Antonio Cicu.

17. Define qué es:
    a) Una familia nuclear: padre, madre e hijos
    b) Una familia monoparental: un padre o madre, e hijos
    c) Una familia extendida: padres, abuelos, hijos y nietos
    d) Una familia compuesta: padre, madrastra, padrastro, madre e hijos
18. Con base en el *Código Civil para el Distrito Federal*, ¿cómo puedes definir la familia?:

    _____

    _____
19. Explica con tus propias palabras por qué decimos que la familia es una institución de orden público:

    _____

    _____
20. Explica el principio romano de orden público:

    _____

    _____
21. Por qué dice Enneccerus que el *Ius publicum* se refería a todo derecho forzoso:

    _____

    _____
22. Explica las siguientes teorías sobre el orden público:
    a) Teoría clásica: _____
    b) Teoría de la ley imperativa: _____
    c) Teoría de la suplantación: _____
23. Menciona tres elementos que implica la autonomía de la voluntad:

    _____
24. Explica con tus palabras cómo deben actuar los jueces en materia de familia:

    _____

    _____
25. Lee las jurisprudencias y explica cómo se refieren al orden público y qué aspectos o elementos del derecho de familia quedan comprendidos en él:

    _____

    _____

    _____

2

Naturaleza jurídica y autonomía del derecho familiar

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Conocerá las teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho familiar de:
  - Antonio Cicu
  - Roberto de Ruggiero
  - Julien Bonnecase
  - Julián Güitrón Fuentevilla
- Comparará las teorías acerca de la naturaleza del derecho familiar.
- Comprenderá la naturaleza jurídica del derecho familiar.
- Analizará las teorías acerca de la autonomía del derecho familiar expuestas por:
  - Julián Güitrón Fuentevilla
  - José Barroso Figueroa
- Emitirá sus propios argumentos acerca de la naturaleza jurídica del derecho familiar.
- Expondrá sus puntos de vista acerca de la autonomía del derecho familiar.

Con base en las nociones introductorias y características estudiadas en el capítulo precedente acerca del derecho familiar y de la familia, en este segundo capítulo abordaremos el estudio de su naturaleza jurídica y la autonomía del derecho familiar, tema fundamental para el análisis de esta rama del derecho.

2.1 Naturaleza jurídica del derecho familiar

Precisamente la naturaleza jurídica del derecho familiar es un tema que han discutido grandes juristas; de ellos expondremos sus teorías y trataremos de analizarlas de la manera más sencilla posible, a fin de que sean comprendidas y nos permitan emitir nuestros propios argumentos y, en su caso, adoptar una postura frente a estos temas.

Respecto de la autonomía del derecho familiar, expondremos el pensamiento de quienes en nuestro país defienden dicha postura, a la cual, por cierto, nos adherimos; más adelante presentaremos todos los argumentos a favor de tal autonomía, independientemente de que, como lo expresaremos en su momento, ésta no es una tendencia sólo teórica, pues existen ya ahora legislaciones en varias entidades federativas del país donde se ha llevado a cabo la sepa-

ración, no sólo en lo que respecta a la legislación familiar, sino también en lo referente a las sucesiones.

En relación con la naturaleza jurídica del derecho de familia, podemos ubicar la discusión en los inicios del siglo XX, cuando el jurista boloñés Antonio Cicu,[1] en un curso impartido en Milán durante 1926 y 1927, lanzó una posición que revolucionó el derecho familiar, pues con ello sacudió la división clásica del derecho en derecho público y derecho privado que por siglos había permanecido estática. Veamos en qué consistió la discusión mediante la exposición de las distintas teorías.

2.1.1 Teoría de Antonio Cicu

¿Cuál es la naturaleza jurídica del derecho familiar? La teoría formulada por Antonio Cicu, según el propio jurista, mal interpretado por algunos, consiste en lo siguiente: propone la separación del derecho de familia del derecho privado; por ello ciertos juristas le atribuyen erróneamente el propósito de incluir el derecho de familia en el derecho público. Siguiendo el pensamiento de Cicu, podemos decir lo siguiente:

- El jurista italiano intenta aproximar el derecho de familia al derecho público, con base fundamentalmente en la identidad estructural que se presenta en la relación jurídica en ambas esferas. Sin embargo, el propio Cicu señala que para otros la diversidad de principios no constituye razón suficiente para destacar el derecho de familia del derecho privado; en todo caso, la diversidad se explica recurriendo al concepto de orden público, que en el derecho de familia se aplica extensamente, como lo vimos cuando explicamos el orden público en el capítulo anterior.
- Científicamente, lo que importa es examinar si los principios jurídicos propios del derecho privado y el espíritu que lo anima, que debe presidir la interpretación de las normas y la resolución de los casos no previstos en la ley, son o no los mismos que inspiran el derecho familiar. Si la respuesta a este cuestionamiento es negativa, entonces, para mantener el derecho de familia dentro del derecho privado, habría que dar a éste mayor amplitud.

De acuerdo con lo anterior la única solución o conclusión, dice Cicu, es atribuir un valor negativo a la expresión *derecho privado*, en oposición al derecho público; es decir, sería derecho privado todo lo que no fuera derecho público. Pero esta distinción carece de valor científico. Si es cierto que la relación jurídica ofrece una estructura diversa según sea o no una relación orgánica, precisamente en esta diversidad estructural habrá de basarse la distinción de las dos ramas fundamentales del derecho (derecho público y derecho privado); y si aquella estructuración distinta hace que el derecho público se contraponga al privado, mayor oposición habrá entre el derecho privado y el derecho de familia, pues la diferencia estructural de la relación jurídica se manifiesta de modo más acentuado entre estos dos últimos.

Podemos apreciar cómo la discusión de Antonio Cicu gira en torno a la conservación del derecho de familia dentro del derecho privado o a su acercamiento al derecho público, consi-

[1] Antonio Cicu, jurista italiano (Sassari, 1879-Bolonia, 1962); enseñó en 1907 derecho civil en la Universidad de Camerino Macerata, Parma, Bolonia. Socio del Lincei (1947), hizo estudios fundamentales sobre todo en el campo del derecho de familia (*Derecho de familia*, 1914; *La filiación*, 1939) y de la sucesión (*La sucesión*, 1947; *La división de la herencia*, 1947; *El testamento*, 2ª ed., 1951; *Sucesión mortis causa*, 2 vols., 1934-1958, en el *Tratado de derecho civil y comercial*. http://www.trecani.it/enciclopedia/francesco-messineo

derando que la base de todo derecho público es el concepto de interés superior. De acuerdo con esto, no cabe duda, en el derecho de familia, de la idea de interés superior, familiar y estatal, que la familia debe satisfacer.

Cicu le atribuye al concepto de familia, independientemente de su estructura política interna y a una valoración social y pública, una función esencialmente social, de donde hace derivar la afinidad intensa entre el derecho familiar y el derecho público. Pero ¿en qué radica esta afinidad? Para responder esa pregunta, Cicu se plantea si las relaciones jurídicas públicas y las privadas tienen diversa estructura; esto, con el fin de aclarar la afinidad entre el derecho familiar y el derecho público, destacando que en el ámbito de las relaciones públicas y privadas existe una amplia zona nebulosa.

Sobre el límite entre el derecho público y el privado, Cicu advierte que la contraposición queda eliminada mediante la fórmula siguiente: el Estado para el individuo y el individuo para el Estado; de aquí derivan dos hipótesis:

a) En la primera, "el Estado para el individuo", debemos considerar que el Estado no se organiza más que para declarar y tutelar el derecho individual, es decir, para fines esencialmente individuales.
b) En la segunda, "el individuo para el Estado", la organización social tiene una finalidad exclusivamente propia y, en consecuencia, el individuo sirve con exclusividad a ella.

Ahora bien, en la legislación actual estas hipótesis no quedan plasmadas, sino que se armonizan, y precisamente su coexistencia determina la distinción entre el derecho privado y el derecho público. De lo anterior pasa Antonio Cicu a distinguir entre el derecho individual y el derecho social:

> El factor de contraposición del individuo no es el Estado en sí, sino toda la colectividad, que está por encima y es mayor que el Estado; por lo cual todo interés que sea tomado en consideración por el derecho mismo, es por eso interés social, confirmando con ello que en todo derecho individual es tutelado un interés social y viceversa, pues todo interés coincide con el interés del individuo, en otras palabras entraña que el fin de las normas es el reconocimiento de una esfera de poder individual que en última instancia es el reconocimiento de la libertad.[2]

Desde el punto de vista doctrinario, Cicu reconoce que la familia no es una persona jurídica. El núcleo familiar es un organismo jurídico con una notoria interdependencia entre sus miembros y la dependencia de un fin superior, en el que toda relación y todo derecho están en conexión orgánica con quien trae la vida. Por ello la familia no debe tener todos los atributos de la personalidad. Cicu encuentra en el derecho alimentario un ejemplo de inexistencia de derechos subjetivos privados en el derecho de familia, ya que los alimentos no se manifiestan como bienes ni como créditos: quien debe prestar los alimentos no tiene obligación, porque no está vinculado en la libertad de disponer del propio patrimonio. Es simple acción, esto es, simple medio de tutela del interés. En conclusión, todos los derechos que, estando fundados sobre un interés individual de la persona miembro (de la comunidad familiar), están dirigidos a excitar el ejercicio de un poder o el cumplimiento de un deber familiar, son derechos familiares y no privados.

En conclusión, para Antonio Cicu las relaciones familiares son relaciones en las que domina un fin superior y se coloca a los individuos en una doble posición fundamental, dando

[2] Antonio Cicu, *El derecho de familia*, tr. Santiago Sentís, Ediar Editores, Buenos Aires, 1947, pp. 30 y 31.

lugar a una doble categoría de derechos: unos, llamados a querer y accionar para la obtención del fin; otros son destinatarios de la actividad familiar. Para Cicu, hay una infiltración del derecho público en el derecho familiar; así había sucedido, por ejemplo, con la tutela, considerada instituto de derecho público.

Jellinek dice que el derecho familiar debiera ser considerado derecho público, pues reposa sobre el *imperium* estatal. El individuo debería considerarse investido de poder y obrando, no sólo en su interés, sino también en interés de la colectividad; la estructura pública de la relación familiar, dice, nos parece que no se puede poner en duda.[3]

Antonio Cicu, en su obra *Derecho de familia*, aborda el problema de las relaciones del derecho familiar con el derecho privado y reconoce que la inclusión del derecho de familia en el derecho privado se encuentra atenuada por la afirmación de que aquél está constituido predominantemente por normas de orden público, pues el derecho de familia contiene algo de derecho público o es un intermedio entre el derecho privado y el derecho público; sin embargo, no hay que confundirse con esta afirmación, porque resulta errónea y peligrosa, ya que el orden público debe entenderse como un interés general que viene a limitar la libertad individual, encontrando que en esta materia el interés superior existe siempre.

Para sustentar su doctrina, Cicu compara la estructura jurídica de la familia con la teoría del negocio jurídico (para nosotros, teoría del acto jurídico), donde niega que en el derecho familiar pueda funcionar la voluntad como elemento básico productor de derechos y obligaciones; en este contexto:

- Niega la naturaleza contractual del matrimonio, al que atribuye ser un acto de poder estatal.
- Niega que en los esponsales exista un contrato o que éste imprima sus características a la separación consensual de los esposos o, en su caso, a la reconciliación que ellos pacten.
- Niega que exista un contrato en la adopción.

Los anteriores no constituyen negocios privados, sino actos de poder familiar. En conclusión, para el jurista Antonio Cicu, los negocios del derecho familiar constituyen actos del poder estatal o actos de los poderes familiares, cuyo sentido es absolutamente distinto al que tienen en el derecho privado y análogo al que el mismo tiene en el derecho público. En el derecho público el negocio jurídico es un acto de poder, del cual queda excluida la manifestación de la voluntad libre encaminada al cuidado de un interés individual. En el derecho privado, por lo contrario, rige el principio de que toda manifestación dirigida a un propósito práctico se reconoce como eficaz para producir efectos jurídicos que actúan y garantizan aquel propósito. En cambio, en el derecho familiar rige el principio inverso: la voluntad individual, como principio, no es capaz de producir efectos jurídicos; lo es solamente en cuanto ese poder le sea reconocido en determinados casos.

De lo anterior concluye Cicu que la voluntad privada no es eficaz para constituir, modificar o disolver vínculos jurídicos familiares, como sucede en el derecho privado, por lo que se debe valorar el factor voluntad individual en el derecho familiar, con criterios diversos de como se hace en el derecho privado. Casuísticamente, Cicu va eliminando la operatividad de elementos jurídicos que funcionan en el derecho privado, como las modalidades del acto jurídico, la representación, la adquisición, la pérdida o renuncia, la prescripción adquisitiva o extintiva de derechos familiares. En conclusión, dice:

[3] Antonio Cicu, *Derecho de familia*, tr. Santiago Sentís Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 287.

> Estamos convencidos de una afinidad entre Derecho Público y Derecho Familiar, fundada sobre una análoga estructura de las respectivas relaciones jurídicas. A dar la prueba de tal analogía de estructura hemos dedicado la primera parte del presente trabajo; y en ella hemos examinado separadamente las relaciones y derechos subjetivos públicos, y relaciones y derechos subjetivos familiares, y en unos y en otros hemos encontrado una común característica, consistente en que, *a diferencia de lo que ocurre en las relaciones privadas, se tiene unidad no antítesis de intereses* y la voluntad sirve para la persecución, del interés que se establece, por consiguiente, frente a los individuos como superior. Tal naturaleza de la relación la hemos creído poder distinguir con la expresión *"relación orgánica"* correspondiente, para nosotros, al concepto de relación de *status*. Hemos examinado también la estructura orgánica de la relación familiar, los elementos del interés y de la voluntad; hemos puesto igualmente de relieve que la relación orgánica se tiene también entre familia y Estado.
>
> La segunda parte la hemos dedicado al examen de los elementos de distinción más relevantes entre el Derecho de Familia y el Derecho Privado. No pretendemos haber realizado una obra completa. Esto no estaba en nuestros propósitos. Bajo otros aspectos todavía se podrá ilustrar la heterogeneidad del Derecho de Familia frente a las demás partes del Derecho Privado y a los principios que constituyen su parte general; y otras importantes aplicaciones comportan los principios aquí defendidos. Hemos dicho que un desarrollo encontraría la materia en un Tratado Práctico de Derecho Familiar que proyectamos. Con el presente trabajo nos hemos propuesto dar la prueba de la necesidad y utilidad de imprimir una nueva dirección al estudio científico del Derecho Familiar. De la ciencia y de la práctica esperamos el juicio acerca de si la finalidad se ha cumplido.[4]

El estudio de Antonio Cicu sobre la naturaleza jurídica del derecho familiar reviste particular importancia y ha servido de base, lo podemos decir ahora, para que otros juristas, como lo veremos en los apartados siguientes, centren su atención en esta rama del derecho tan importante y cuyos estudios empiezan a rendir frutos, mismos que se aprecian en las fuertes tendencias —con las cuales estamos de acuerdo— de darle autonomía al derecho familiar.

En nuestra opinión, vamos más allá: no se trata de sacar el derecho de familia del derecho privado para acercarlo al derecho público, y menos de incorporarlo a éste, como se afirma, sin razón, que pretendió Cicu; tampoco se trata de poner al derecho familiar en una zona intermedia entre el derecho privado y el derecho público. Es importante reconocer y señalar que el principio de autonomía de la voluntad, típico del derecho privado, no opera en el derecho familiar, pues en éste prevalecen normas y principios de orden público, pero no por esto el derecho familiar es derecho público.

Somos de la opinión de que todo derecho es derecho público, incluso el derecho privado, por los argumentos ya expuestos líneas arriba, pero reconocemos que el derecho familiar tiene atributos para ser considerado —y a esa postura nos adherimos— una rama autónoma del derecho, por lo visto en este apartado y, sobre todo, con los argumentos de distintos juristas que veremos en los apartados siguientes.

2.1.2 Teoría de Roberto de Ruggiero

Ilustre jurista italiano del siglo XIX, nacido en Roma en 1875; murió allí mismo en 1934. Habiendo conseguido en 1904 la libre docencia en Instituciones de derecho romano, fue llamado dos años después a ocupar como titular la cátedra de Derecho romano de la Universidad

[4] Ibidem, pp. 443 y 444.

de Cagliari. En 1911 impartió la cátedra de Instituciones de derecho civil en la Universidad de Nápoles. Finalmente, en 1926 pasó a la Universidad de Roma, donde ocupó las cátedras de Instituciones de derecho civil y Derecho civil. En el tomo II de su obra *Instituciones de derecho civil*, capítulo XXV, dedicado al derecho de familia, inicia diciendo que el derecho de familia ofrece un carácter singular, precisamente por tener disposiciones de orden público; dice además en nota al pie de página lo siguiente:

> Las obras especiales sobre Derecho de Familia no abundan, al menos en el derecho italiano. Esta parte no ha tenido aún cultivo doctrinal y desarrollo suficientes; se estudian instituciones particulares, como el matrimonio, capitulaciones matrimoniales, patria potestad, tutela, filiación, etc., pero sin que se haya hecho todavía una estructuración total del complejo organismo de las relaciones familiares con carácter sistemático científico.[5]

En esta cita pone como excepción la obra de Antonio Cicu citada en el apartado anterior y sin más prosigue diciendo que todo apunta a imprimirle al derecho de familia cierta especialidad, tanto que parece destacarse y separarse de las demás ramas del derecho privado. Para su justificación emplea los argumentos siguientes:

1. Desde el punto de vista histórico, destaca que todo lo que tienen de semejantes a los modelos romanos los derechos reales y los de las obligaciones, lo tiene de diferente el derecho de familia, porque en éste, más que en ningún otro, permean los cambios sociales, a tal punto que parece haberse roto el tenue hilo que liga al derecho moderno con el antiguo.

   Hace un recuento de cómo la familia del derecho justinianeo no es ya la del derecho clásico; es la negación o la destrucción de ésta. Fundada la *familia antigua* en el vínculo de la agnación; regida por un jefe dotado de poderes soberanos y despóticos; compuesta de miembros unidos entre sí por la sumisión al jefe; forjada unitariamente, ejerce, como lo dijimos en el primer capítulo, funciones políticas y públicas, incluso religiosas, y constituye la base de la organización de la ciudad. La *familia justinianea* se basa en el vínculo cognaticio que une a los parientes de sangre sin cabeza omnipotente, como ocurre en el agnaticio; no ofrece una unidad tan compacta, ha perdido todo carácter o función políticos, es más humana, pero menos sólida y floreciente. A partir de esta familia, podemos afirmar, se inicia una evolución que pasando por el derecho canónico, el derecho feudal y por los principios de la Revolución Francesa, llega a la familia moderna; en ésta se conservan vestigios de antiguas instituciones, y aunque en muchos casos siguen conservando el nombre tradicional, su esencia ha variado fundamentalmente. La influencia más decisiva, menciona Ruggiero, al menos en las instituciones más importantes como el matrimonio, fue ejercida por la iglesia.
2. Continúa Ruggiero: *como organismo social* fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, *la familia no se halla regulada exclusivamente por el derecho*; sabemos que en ella influyen la religión, la moral, la costumbre, las propias normas sociales. Antes que institución jurídica, la familia es un organismo ético, e incluso podemos afirmar que muchos de los preceptos éticos que la rigen —son los preceptos más esenciales— se llegan a juridizar, es decir, el derecho se los apropia, quedando convertidos en preceptos jurídicos; ello explica el fenómeno peculiar de los preceptos sin sanción o, en su caso, con sanción atenuada, en el derecho de familia.

[5] Roberto de Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, t. II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006, p. 657.

Esto se debe a que el derecho es, por sí mismo, incapaz de provocar, mediante la coerción, la observancia de dichos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social, pero en algunos casos deja la posibilidad de acudir a los tribunales. Podemos preguntar: ¿qué hace el Estado? La respuesta es: *a)* sólo interviene para fortalecer los vínculos, *b)* para garantizar la seguridad de las relaciones, *c)* para disciplinar mejor el organismo familiar y dirigirle adecuadamente hacia la consecución de las finalidades. Se puede apreciar claramente que en el derecho familiar la ley no constituye la única norma reguladora, como en otras relaciones jurídicas del derecho privado.

3. Otro argumento o aspecto a destacar en el derecho familiar es *la primacía de las relaciones estrictamente personales y no económicas sobre las patrimoniales o la subordinación de éstas a aquéllas.*

   Todo el derecho de familia es disciplina de estados y condiciones personales: los derechos y deberes del individuo vienen determinados por el estado que se asigna a la persona en el grupo familiar o fuera de éste y frente a la comunidad social. Por ejemplo:

   - Al fijar los supuestos y las condiciones que se requieren para que un vínculo surja, subsista o se extinga.
   - Al regular las potestades y subordinaciones.
   - Al atribuir derechos al individuo e imponerle deberes que derivan de la concesión de determinadas funciones.
   - Al fijar la competencia correspondiente a determinados órganos, la ley consagra estados personales, condiciones subjetivas de valor universal, eficaces dentro y fuera del grupo, que exigen respeto de todos.
   - También cuando de la relación deriven obligaciones y deberes de los demás miembros del grupo frente al titular. Lo que interesa sobre todo a la regulación jurídica es la posición personal, que fundamenta y legitima una defensa contra todos.

De estos estados o posiciones personales pueden surgir y surgen relaciones económicas patrimoniales; son las designadas por la doctrina, como los derechos familiares patrimoniales en contraposición a los derechos familiares puros. Por ejemplo:

- Del matrimonio, la obligación impuesta al marido de mantener a la mujer.
- El deber análogo de los padres para con los hijos.
- La obligación de alimentos entre parientes.
- El derecho de usufructo atribuido a los padres sobre los bienes de los hijos menores.
- El deber del tutor de administrar los bienes pupilares y la obligación del mismo de rendir cuentas.

Podemos concluir con Ruggiero que todos estos derechos y deberes son consecuencia de los estados mencionados inseparables de ellos, porque la relación económica se produce solamente entre los miembros del grupo y sólo como efecto de la relación personal existente entre dichos miembros.[6] Sin duda que de lo anterior deriva la configuración especial que la relación económica adquiere cuando se produce en el seno de la familia, pues en ella, aunque las relaciones tienen un contenido económico y los derechos ofrecen un carácter patrimonial, el ordenamiento jurídico opera de forma diferente, ya que persigue finalidades trascendentes del

[6] Ibidem, pp. 658-660.

fin individual y protege los intereses superiores de la familia como organismo y no los particulares del individuo.

De lo anterior se desprende la nota más característica, diferencial y sobresaliente del derecho de familia. Mientras que en las demás ramas del derecho privado el ordenamiento mira el interés particular, el fin individual de la persona, y el derecho subjetivo se atribuye en ellas y reconoce en función de la necesidad particular que debe ser satisfecha, de tal manera que a toda obligación se opone un derecho del titular y para el ejercicio de tales derechos se conceden acciones a sus poseedores, cuyo ejercicio se supedita a la libre voluntad del individuo, en las relaciones familiares, por el contrario, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a los intereses de ésta se subviene la tutela jurídica y a través del interés de la familia se protege el interés más alto, que es el del Estado.

De acuerdo con Ruggiero, es de suma importancia para el Estado que el organismo familiar sobre el que reposa el mismo organismo estatal se encuentre regulado de conformidad con el fin universal común que persigue, pues el fin de la familia es el fin superior de la comunidad que se debe conseguir necesariamente; por tanto, no puede quedar confiado a la voluntad individual del particular, que podría manejarlo a su antojo o actuar contrariamente a la utilidad general. Por ello debe confiarse al Estado, el cual conseguirá este fin a toda costa.

De lo anterior derivan consecuencias notables que influyen en la naturaleza y estructura de las relaciones familiares; por ello su regulación no puede quedar en manos de los particulares, sino que debe ser uniforme y única. Es la ley la que determina los atributos y fija las facultades y los deberes, regulando su ejercicio. En las relaciones familiares la esfera de libertad concedida es casi nula; la autonomía de la voluntad, que constituye un principio fundamental y típico del derecho civil, no se aplica o sufre tales limitaciones que se puede afirmar su desconocimiento o desaparición.

Esto explica y nos lleva a reflexionar sobre ciertas características de las normas del derecho familiar que, siguiendo el texto de Ruggiero, podemos señalar:

- Las normas del derecho familiar son todas o casi todas imperativas e inderogables.
- La ley exclusivamente regula la relación, determina el contenido y la extensión de las potestades, la eficacia de la relación parental, los efectos y el alcance patrimonial de un Estado. La voluntad particular no puede hacer modificación alguna.
- La potestad surge aunque el particular no quiera; incluso el vínculo liga contra la voluntad del obligado, y aun cuando se deja un margen de libertad y autonomía a la iniciativa particular, sucede excepcionalmente y sólo cuando no se oponga al interés general.

De la limitación de la autonomía de la voluntad en el derecho familiar, a la que se han referido Antonio Cicu y Roberto de Ruggiero, se desprende que muchas reglas comunes a los negocios jurídicos no son aplicables cuando se trata de derecho de familia, las cuales, siguiendo la obra de Ruggiero, vamos a resumir a continuación:

a) No es aplicable el principio de la representación,[7] por el cual un interesado puede remitir a la voluntad ajena la determinación y declaración productiva de efectos jurídicos; es decir, en el derecho de familia no se permiten ciertos actos jurídicos, como contraer matrimonio por mandato, reconocer un hijo, impugnar la paternidad, adoptar, separarse del cónyuge, asumir o desempeñar tutela, etc. La ley exige en éstos y en otros casos no sólo una determinación de la voluntad, sino también una declaración personal imponiendo a los esposos la obligación de comparecer ante el encargado del Registro Civil.

b) En el derecho familiar no se permite limitar mediante términos y condiciones los efectos jurídicos de la declaración de voluntad; en los negocios jurídicos ésta es una prohibición general. No se puede contraer matrimonio sujeto a condición suspensiva o resolutoria, ni adoptar, ni reconocer un hijo, etcétera.

c) Lo mismo sucede respecto del derecho subjetivo derivado de la relación familiar. La renuncia y la transmisión, que son modos comunes del ejercicio de los demás derechos, no se admiten en los de carácter familiar. Es fácil apreciar que no se pueden transmitir a otros la potestad paterna, la marital, la tutelar; no son transmisibles los estados personales ni los derechos patrimoniales conexos a dichos estados, entre muchos otros. Agrega Ruggiero que si bien es cierto que en algunos casos se autoriza la renuncia, como en la acción de desconocimiento de la paternidad, la impugnación del matrimonio y la acción de separación personal de los cónyuges, es porque el interés familiar resulta protegido merced a la renuncia; por ésta dicho interés viene a ser mejor protegido, pues con ello se mantiene firme aquel vínculo, aquella relación, que, de otro modo (de no mediar la renuncia), se hubiera disuelto.

d) Termina Ruggiero con el razonamiento siguiente: lo más saliente en los negocios del derecho familiar es la amplia intervención de la autoridad pública, no sólo como mera receptora de la declaración, a la cual imprime autenticidad, sino que en el derecho de familia es esencial a la relación, porque la voluntad del particular es insuficiente si no concurre el poder público. La voluntad del particular en algunos casos es un mero supuesto de hecho, pues sólo vale como incitación a la autoridad, de tal manera que el acto es creado, pero la relación queda constituida por voluntad de la autoridad.

Esta autoridad es la judicial, por ejemplo, en la adopción o en la separación conyugal, entre otros casos. Esto demuestra, concluye Ruggiero, que la voluntad privada por sí sola es incapaz para crear la relación, y ello prueba que la relación familiar es distinta de las demás relaciones.[8] Agrega:

> Ahora bien, su naturaleza es diversa porque en este campo tiene más importancia el deber que el derecho facultad de obrar. Cuando se habla de patria potestad, poder marital o tutela, se tiene en cuenta, más que el derecho del padre, del marido, del tutor sobre la persona, el deber que incumbe al investido con estos cargos de cuidar y atender el interés familiar. Y esto sucede aun en los casos en que no haya poder o falte una subordinación de persona a persona, con tal de que se dé un vínculo que implique deberes de un miembro frente a otro, como por ejemplo, los de fidelidad y asistencia entre cónyuges, el de prestar alimentos entre parientes. Todo el derecho familiar reposa en esta idea: que los vínculos se establecen y los poderes se otorgan no tanto por crear derechos como por imponer deberes. Lo cual se manifiesta elocuentemente en el hecho de que no solamente la violación del deber, sino el abuso y hasta el mal uso de las facultades correlativas determinan la privación de ellas, así que los poderes se pierden si se ejercitan mal, y, en

[7] La representación es un fenómeno o figura jurídica que implica la actuación a nombre de otro en el campo del derecho; esto supone que mediante la representación una persona, que no es a quien corresponden los intereses jurídicos en juego, ponga su propia actividad, su "querer", al servicio de tales intereses ajenos, realizando un acto jurídico a nombre de la persona a quien pertenecen. *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2ª ed., t. P-Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Porrúa, México, 1988, p. 2802.

[8] Ibidem, pp. 660-666.

055794 USBI-VERACRUZ

> cambio, no se extinguen por prescripción ni por renuncia voluntaria. Es siempre el aspecto de obligación o de deber el que predomina en toda relación, precisamente porque se trata de un interés superior, que se evidencia especialmente cuando nos referimos al reducido círculo de la familia estricta y a personas incapaces a cuya protección responden muchas instituciones familiares.[9]

Concluye Ruggiero: dadas todas las especialidades que tiene el derecho de familia, éste se destaca de las demás ramas del derecho privado y se aproxima al derecho público. Esto no significa, sin embargo, que sea derecho público; pero sí se separa del derecho privado y —nótese la importante afirmación— constituye una rama autónoma, con lo cual estamos de acuerdo. Precisamente sobre esto último volveremos en el capítulo siguiente.

2.1.3 Tesis de Julien Bonnecase

Bonnecase, en su obra *Tratado elemental de derecho civil*, en la tercera parte titulada "Derecho de familia", estudia la naturaleza específica del derecho de familia y de los derechos familiares. Inicia con una observación donde más o menos expresa lo siguiente: con frecuencia se comete el error de considerar que los derechos de familia son materia exclusiva de derechos de carácter personal; no se advierte que el término técnico *derecho de familia* tiene dos sentidos: uno amplio y otro estricto. En ambos casos se pueden observar derechos de orden personal y derechos de orden patrimonial, que se influyen mutuamente.

2.1.3.1 Derecho de familia en el sentido amplio

En el sentido amplio se entiende por familia: "El conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia."[10]

Dado este sentido amplio, es necesario explicar el concepto: primeramente, según esta definición, el derecho familiar comprende *reglas de orden personal y reglas de orden patrimonial.* Menciona que, en el lenguaje usual y bajo la influencia inconsciente del orden y el plan del Código Civil, se tiende a no ver en el derecho de familia sino reglas de orden personal. Explica: el término *derecho de familia* no se usa en las obras francesas de derecho civil, en las cuales se trata del estado de las personas, del matrimonio, de la filiación y nada más; por esta razón, es la tendencia a limitar el dominio del derecho de familia a reglas de derecho de orden personal lo que resulta contrario a la naturaleza de la familia a la cual debe regir.

Explica Bonnecase: se ha de tomar en cuenta que la familia se ha revelado, durante siglos, como una realidad orgánica, constituida por la unión íntima y jerarquizada de un grupo extenso de personas, pero al mismo tiempo como una comunidad de los bienes pertenecientes a ella, dotada de una vida específica de alcance colectivo. Bajo esta forma la familia constituía una fusión de personas y de bienes, absorbiéndose de esa manera, en un todo, reglas de orden personal y reglas de orden patrimonial. Sin embargo, la familia se ha visto sujeta a la evolución, en la cual se han operado algunos cambios, dando como resultado lo siguiente:

a) Primero se redujo el círculo familiar, limitándose finalmente, según el orden natural de las cosas, a padres e hijos. De esta manera se ha reducido la vida de la familia a las

[9] Ibídem, pp. 666 y 667.
[10] Julien Bonnecase, *Tratado elemental de derecho civil*, Harla, México, 1998, p. 224.

relaciones entre ascendientes y descendientes; esto no significa que los demás miembros, como los colaterales, ya no constituyan un elemento del grupo familiar, pues, en palabras de Bonnecase, forman una zona de protección de la familia, no sólo para su asistencia, sino también para el mantenimiento de su cohesión. Salvo lo anterior, agrega Bonnecase, *quien actualmente se refiere a la familia significa el grupo de ascendientes y descendientes.*

b) Segundo: *se ha disminuido la intensidad de la vida colectiva del grupo en beneficio de las actividades individuales.* Los miembros individuales del grupo han conquistado una serie de derechos frente a la autoridad del jefe.

Sin embargo, dice Bonnecase:

> A pesar de todo conviene señalar que si por esta razón se ha transformado el equilibrio interno de la familia, se ha respetado su naturaleza orgánica. La familia es, aún actualmente, no un conjunto de personas y voluntades individuales agrupadas arbitrariamente, sino un dato de la naturaleza, que se impone y traduce en un organismo especial de contornos precisos, animado de una vida colectiva propia, de la cual participan, necesariamente, tanto nuestra condición física y patrimonial, como nuestra existencia moral.[11]

Esto demuestra que los elementos personal y patrimonial están confundidos orgánicamente en el seno de la familia moderna, tal como lo estaban en la familia antigua. Por lo anterior las reglas de derecho de orden personal o de orden patrimonial pertenecientes al derecho familiar, de acuerdo con Bonnecase, se clasifican en cuatro categorías, según que tengan por objeto exclusivo la organización, vida y disolución de la familia:

1. En la primera categoría se encuentran la mayor parte de las reglas relativas al matrimonio, a la paternidad y a la filiación. Dice Bonnecase que la mayoría, pues hay disposiciones del derecho matrimonial que no se refieren exclusivamente al derecho de familia; tal es el caso de la incapacidad de la mujer casada.
2. En la segunda categoría se encuentran las reglas que tienen por objeto principal y no exclusivo a la familia; su característica es que más allá de la familia, el legislador se propone proteger otros fines. Este tipo de reglas están constituidas por las que reglamentan los regímenes matrimoniales, y aunque el legislador se preocupa por salvaguardar la fortuna de la mujer, su preocupación predominante, en los regímenes matrimoniales, recae sobre la existencia de la familia.
3. En la tercera categoría de disposiciones se encuentran las relativas a las sucesiones y donaciones; en ellas se toma en cuenta principalmente la transmisión de los bienes de una persona. Pero el legislador no se desentiende de la familia, pues hace dicha reglamentación basado en el parentesco y mediante la sucesión legítima protege a ciertas categorías de herederos, en reminiscencia de la propiedad colectiva de la familia antigua.
4. Finalmente, encontramos reglas que repercuten de manera indirecta sobre la familia: toda preocupación de reglamentación de ella está ausente del espíritu del legislador. Pero acontece que, en realidad, tales disposiciones tienen una repercusión profunda, aunque indirecta, sobre la familia. Por ejemplo, la regla que establece la partición forzosa en especie de las sucesiones, por el solo hecho de que los herederos no convengan una partición amigable.[12]

[11] Ibídem, p. 225.
[12] Ibídem, pp. 225 y 226.

2.1.3.2 Derecho de familia en sentido estricto

En estricto sentido jurídico, al derecho de familia no se le da la extensión que tiene atribuida, por ejemplo, en los códigos civiles alemán y suizo. Dentro del derecho de familia quedan comprendidos el matrimonio y los regímenes matrimoniales, el parentesco y la tutela, pero no se explica por qué la tutela forma parte del derecho de familia: sin duda que se basa en la familia, pero es una institución que se refiere a la persona considerada en sí misma, como las sucesiones. La tutela, dice Bonnecase,[13] no forma parte integrante del derecho de familia estrictamente considerado. Así como en las sucesiones el legislador reglamenta la transmisión de los bienes basado en el parentesco, así, se sirve de éste para organizar la tutela, suplir la incapacidad de la persona y brindarle protección. De la misma manera que en las sucesiones los bienes se transmiten fuera de la familia por falta de parientes en el grado necesario, así la tutela no supone, necesariamente, la presencia de miembros de la familia, como lo demuestra la tutela de los hijos naturales.

Dice Bonnecase: "Si se desea reducir el derecho de familia a límites más estrictos, debe comprender el matrimonio y los regímenes matrimoniales o derecho matrimonial y el parentesco o derecho del parentesco."[14] Se puede apreciar que el derecho de familia en su sentido estricto, de acuerdo con la opinión de Bonnecase, queda muy reducido.

Finalmente complementamos con lo que expresa Bonnecase sobre los derechos de familia de carácter personal, mismo que clasifica en dos categorías, siendo los unos la contrapartida de los otros; estas dos categorías son:

a) Derechos de potestad.
b) Obligaciones de protección, de obediencia y de respeto.

En general, los derechos de potestad se encuentran muy atenuados, por ejemplo, los del marido sobre la mujer o los de los padres sobre los hijos; sin embargo, no dejan de ser derechos de potestad que implican, como contrapartida, obligaciones de protección, respeto y obediencia para los titulares de tales derechos. Señala Bonnecase:[15] *Existe la tendencia a presentar los derechos de familia pertenecientes a los de potestad como habiendo desaparecido definitivamente*; si bien es cierto que se han limitado y el padre de familia ya no tiene derecho de vida o muerte sobre sus hijos, como sucedía en el derecho romano, esto no impide que sólo la noción de derecho de potestad explique la naturaleza específica del derecho de corrección del padre sobre los hijos, y la potestad marital sobre la persona de la mujer. Disminuido o como se quiera ver, acéptese o no, estamos ante la presencia de un poder de una persona sobre otra.

En conclusión, según Bonnecase, aun cuando el ejercicio del derecho de potestad no es absoluto, pues ha sido atenuado por la propia ley y, a falta de ésta, por la jurisprudencia, de cualquier manera la patria potestad y la potestad marital permanecen como derechos de potestad.

2.1.4 Tesis de Julián Güitrón Fuentevilla

El jurista mexicano que más se ha ocupado recientemente del tema de la naturaleza jurídica y autonomía del derecho familiar es Julián Güitrón Fuentevilla; precisamente de uno de sus estudios sobre el tema nos ocuparemos en este apartado.

[13] Ibídem, p. 226.
[14] Ibídem, p. 226.
[15] Loc. cit.

2.1.4.1 Concepto de derecho de familia

Inicia Güitrón Fuentevilla afirmando, y en ello tiene razón, que el derecho familiar es tan importante que hoy en día es indiscutible su separación del derecho privado y del derecho civil. Recordemos que Antonio Cicu afirmaba que el derecho de familia se alejaba del derecho civil y se aproximaba al derecho público, pero Güitrón Fuentevilla va más allá, pues dice que el derecho de familia se separa para emerger como un nuevo género que protege a la familia.

A partir de ello elabora un concepto de derecho de familia para justificar su afirmación y dice: "Para nosotros el Derecho familiar es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los miembros de una familia, entre sí y los que éstos tienen con otras familias, con la sociedad y el Estado."[16] En esta definición se aprecia la influencia de Ruggiero cuando afirma que en las relaciones familiares el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a los intereses de ésta se subviene la tutela jurídica y a través del interés de la familia se protege el interés más alto, que es el del Estado.[17]

2.1.4.2 Naturaleza jurídica del derecho familiar

Puesta la definición anterior como premisa de su argumentación, afirma que el derecho familiar tiene una naturaleza jurídica distinta del derecho civil, fundamentalmente porque no se le aplican las mismas teorías ni los mismos principios en que se apoya el derecho civil, como son los siguientes:

- La autonomía de la voluntad.
- La de la exteriorización de la voluntad, que va asociada a la anterior.
- La de la representación del mandato, del poder.
- La de las modalidades del acto jurídico, como el término y la condición.
- La de la renuncia de derechos privados.
- La de la enajenación, cesión, comercialización, venta, compra, etc., de derechos privados.
- La teoría de las nulidades del derecho civil (inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa).
- La no intervención del Estado en relaciones particulares, que sí aplica en el derecho familiar.

Por lo que respecta a la ley en el derecho familiar, podemos señalar:

- La ley regula la relación familiar, no la voluntad particular.
- La ley determina el contenido de las potestades, por ejemplo, en relación con los hijos; en el derecho privado, la voluntad particular es la que manda.
- Los efectos de los actos del derecho familiar surgen aun en contra de la voluntad de los autores; tal es el caso de la filiación, el matrimonio, los testamentos, la adopción, etc. En el derecho civil no ocurre de esta manera.

Los actos del derecho familiar exigen certeza y duración, por eso en ellos interviene el poder público y éste no tolera limitaciones que provengan de los particulares. La voluntad privada es impotente por sí sola para crear la relación familiar; para ello necesariamente debe intervenir del Estado.

Por lo que toca a otras teorías vinculadas con el derecho familiar, podemos decir con Güitrón Fuentevilla lo siguiente:

[16] Julián Güitrón Fuentevilla. *Derecho familiar*, 2ª ed., Universidad Autónoma de Chiapas, Tuxtla Gutiérrez, 1988, p. 229.
[17] Supra, p. 46.

1. La teoría de la prescripción no se aplica al derecho familiar. Incluso si los deberes familiares se abandonan, no se cumplen o se ejercitan mal, se pierden como sanción y no se adquieren como derecho.
2. La teoría del patrimonio de derecho común, explotación, liquidación, etc., no se aplica al derecho familiar patrimonial; por ejemplo, el patrimonio de familia, la sociedad conyugal, la de gananciales, la separación de bienes, los alimentos o las pensiones.

Finalmente, sobre la naturaleza del derecho de familia, Güitrón Fuentevilla dice, siguiendo a Roberto de Ruggiero: debe tomarse en cuenta la inclusión de normas de derecho familiar en las constituciones políticas de los diversos países, como se da en México y en otros, lo que no ocurre con el derecho civil.[18]

En conclusión, cabe destacar, según el pensamiento de este jurista, con el cual estamos de acuerdo, que es tal la trascendencia del derecho familiar que debe ser considerado un tercer género, distinto al derecho privado y al derecho público, como ya había dicho Antonio Cicu, pues el derecho de familia, según su pensamiento, no forma parte del derecho público ni del derecho privado, sino que se trata de un nuevo género autónomo. Sobre estas ideas abundaremos en el apartado siguiente.[19]

2.2 Autonomía del derecho familiar

La identificación de la naturaleza jurídica del derecho familiar va a incidir sobre el reconocimiento o no de la autonomía de esta importante rama del derecho, por ello es que, explicadas en el punto anterior las distintas posturas sobre la naturaleza jurídica del derecho familiar, nos corresponde ahora incursionar en el tema controversial de su autonomía, con base en los autores que recientemente han abordado este tema, pero también tomando en consideración lo que ha sucedido en muchas legislaciones, donde se aprecia cómo van separando del derecho civil las disposiciones legales referentes a la familia y cómo se van produciendo códigos de familia.

2.2.1 Teoría de Julián Güitrón Fuentevilla

Expuesta anteriormente la naturaleza jurídica del derecho familiar, según el pensamiento de Güitrón Fuentevilla, nos corresponde ahora exponer sus puntos de vista sobre la autonomía del derecho familiar, apoyándose, sobre este punto, en lo que Antonio Cicu señala:

> Es erróneo y peligroso, por tanto, servirse en la valoración de las normas del derecho familiar del concepto de normas de orden público como ha venido elaborándose en la ciencia del derecho privado. Puesto que éste tiene su razón de ser en un interés general y superior que viene a limitar (y no excluir a priori) la libertad individual, así para decidir si cada norma de Derecho de Familia es o no de orden público, podría ser necesario indagar caso por caso si concurre un interés general. Para nosotros, el interés no general, sino superior, existe siempre; el mismo excluye, y no limita, la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales. Si de *ius cogens* se quiere hablar. El mismo es tal por la misma razón por la cual se considera tal el derecho público.[20]

18 Roberto de Ruggiero, op. cit., pp. 9 y 10.
19 Cfr. Julián Güitrón Fuentevilla, op. cit.
20 Cfr. Antonio Cicu, op. cit., pp. 291 y 292.

Siguiendo la obra de Güitrón Fuentevilla, podemos afirmar que Cicu, a principios del siglo XX (1913), puso las bases fundamentales para la autonomía del derecho de familia. La injerencia del Estado en los intereses del derecho familiar es evidente, no tiene necesidad de ser particularmente demostrada, como sucede con cualquier parte del derecho civil y cualquier tipo de derecho; sin embargo, la injerencia del Estado, particularmente en el derecho familiar, reúne peculiaridades que se deben destacar.

Como lo expusimos anteriormente, para Cicu, e inspirados en él, para Ruggiero y para el propio Güitrón Fuentevilla, hay diferencias entre el derecho familiar y las otras partes del derecho privado; mientras que en éstas vale como principio el de la voluntad individual, que, en las relaciones entre las partes, es capaz de producir efectos jurídicos, conforme al propósito práctico perseguido por ellas, en el derecho de familia es incapaz de producir efectos no ya entre terceros, sino que ni siquiera entre las partes, y no los efectos que serían propios de la relación, sino que ni siquiera los más limitados. En otras palabras, nosotros afirmamos, dice Cicu, que en el derecho de familia la ley no reconoce ni garantiza por sí misma el propósito práctico que los particulares quieran perseguir.

En concordancia con el pensamiento del jurista italiano Antonio Cicu, Güitrón Fuentevilla menciona que César Belluscio, de conformidad con estas ideas, dice que:

> Un problema que la doctrina debate desde hace décadas es la ubicación del derecho de familia. Tradicionalmente forma parte del derecho civil. Sin embargo la circunstancia que la mayoría de sus normas sean de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos y en numerosas cuestiones por él reguladas, ha hecho que la doctrina dude acerca de si dicha ubicación es correcta o no lo es.[21]

Para apoyar su postura, Güitrón Fuentevilla se fundamenta en Nipperdey, autor citado por Belluscio, quien sostiene que el derecho de familia podría ser derecho social, derecho público o un derecho especial, pero lo indudable es que no se trata de derecho privado; sostuvo —y estamos de acuerdo con él, dice Güitrón— que está integrado por normas de orden público que sólo al Estado corresponde determinar, por lo cual deben ser sustraídas a la voluntad privada, pasar al campo del derecho público y ser establecidas por leyes especiales.

2.2.2 Tesis de José Barroso Figueroa sobre la autonomía del derecho familiar

José Barroso Figueroa aborda también el problema de la autonomía del derecho familiar y, en nuestra opinión, es el más claro al pronunciarse abiertamente a favor, con lo cual estamos de acuerdo. Con base en su obra *La autonomía del derecho de familia*, veamos cuáles son sus planteamientos.

En la confrontación sobre la naturaleza jurídica y la autonomía del derecho familiar, centrada en determinar si el derecho de familia era una rama del derecho privado o pertenecía al derecho público, discusión, como recordamos, iniciada por el maestro de Bolonia, surge una tercera posición más moderna que propone la existencia de una rama diversa de las dos tradicionales o clásicas de la división del derecho (derecho público y derecho privado); esta rama es el *derecho social*.

21 Ibidem, pp. 443 y 444.

Podemos anticipar que, a partir de los estudios de Cicu, proliferaron estudios que finalmente dieron al derecho de familia un lugar específico en la división del derecho, como una tercera manifestación con perfiles de autonomía, dentro de la corriente o rama del derecho social. A esta corriente de pensamiento pertenece el estudio de Barroso Figueroa, así que veamos su exposición.

2.2.2.1 Derecho social y socialización del derecho

El jurista que nos ocupa ubica a finales del siglo XIX la necesidad de reestructuración de las distintas ramas del derecho, aunque, como él lo reconoce, se venía gestando dos o tres centurias atrás para buscar su sincronía con los cambios emergentes de la nueva realidad social.

En el siglo XIX, época a la que se refiere Barroso en su estudio, la crisis del individualismo se hacía evidente; resultaba ya un sistema social, económico y jurídico anticuado y, sobre todo, incapaz de satisfacer los requerimientos de la colectividad. Fundado en las tesis de los mercantilistas y los fisiócratas, el individualismo pugnaba por la plena libertad de industria y el juego natural de las fuerzas económicas, entendiendo que la felicidad colectiva, sumatoria de las felicidades individuales, como afirmaba Jeremy Bentham, sólo podría obtenerse gracias a la supresión de todo obstáculo que impidiera el libre juego —sobre todo— de la economía, la reducción del papel del Estado al de vigilante —*laissez-faire, laissez-passer*—, como mero policía y no como conductor de los cambios y de las condiciones sociales y económicas.

La Revolución Francesa se pronunció en contra del Absolutismo. Esta revolución se gestó como una reacción contra el despotismo monárquico, con el deseo de que el hombre jamás volviera a quedar a merced del soberano; con ello, tal vez sin proponérselo, se fue al extremo opuesto: entronizó al individuo y exaltó de tal manera su libertad que lo convirtió en intocable, otorgándole tan amplias protecciones que ni el Estado podía alcanzarlo. De esta situación dice Barroso:

> El resultado fue desastroso. Los hombres entregados al propio arbitrio para limitar sus apetitos, se dieron a la irrestricta satisfacción de ellos, con la consecuencia de que al lado de unos cuantos opulentos se formó la masa desheredada. La lucha intensa de ésta para vindicar sus derechos, habría de matizar la historia del mundo desde mediados del siglo pasado hasta nuestros días, y previsiblemente dará su tónica a los años venideros.[22]

Uno de los productos inmediatos de la Revolución Francesa fue la consagración del liberalismo, que rápidamente invadió no sólo la economía, sino todas las esferas de la vida social. El derecho no fue la excepción; esto se refleja tanto en la Constitución francesa como en el Código Civil de Napoleón (1804), que sintetizó, al menos en el campo del derecho privado, las aspiraciones legales del individualismo. En él se plasma, parafraseando a los hermanos Mazeaud, la ideología de la Revolución Francesa, reflejada en los aspectos siguientes:

- La protección de la voluntad individual.
- El reconocimiento absoluto de la propiedad individual.
- La consagración de la autonomía de la voluntad.
- La voluntad de las partes: las convenciones tienen fuerza de ley entre quienes las hacen.

El Código Civil de Napoleón resultó un modelo que se extendió rápidamente en el mundo occidental; los juristas de la época lo consideraron un sistema de derecho definitivo, que representaba el derecho de todos los pueblos civilizados; sin embargo, pronto empezó a ser cuestionado. Uno de los juristas más notables, quien produjo nuevas ideas dentro del mundo del derecho, fue León Duguit. Sus aportaciones más relevantes sobre este punto están contenidas en sus conferencias, sustentadas durante agosto y septiembre de 1911 en Buenos Aires, publicadas más tarde en un opúsculo intitulado *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código Napoleón*.

[22] José Barroso Figueroa, *La autonomía del derecho de familia*, www.jurídicas.unam.mx, p. 810.

Es notorio como en la primera de esas conferencias ("El derecho subjetivo y la función social") Duguit afirma que: "La Declaración de los Derechos del Hombre, el Código Napoleón y todos los códigos modernos consecutivos de esos dos actos, se fincan en una concepción individualista del derecho, pero... hoy día se elabora un sistema jurídico fundado sobre una concepción esencialmente socialista."[23]

Para esa fecha el término *socialista* se encontraba ya ideologizado como lo conocemos en la actualidad, por lo que Duguit explica que utiliza esa palabra, a falta de otra menos anfibológica y sin que ello implique su adhesión a un partido socialista, únicamente para señalar la oposición con un sistema jurídico fundado sobre la idea de una regla social que se impone al individuo; en prevalencia, complementamos, del interés superior de la sociedad sobre los intereses individuales.

Para Duguit, el individualismo incoa en el derecho romano clásico y alcanza su precisa formulación en los siglos XVI y XVII más o menos de la manera siguiente: el hombre es, por naturaleza, libre —véase la similitud con el *Ensayo sobre el gobierno civil*, de John Locke— y titular de derechos inalienables, naturales e indisolublemente unidos a su calidad de hombre. Las sociedades se han formado por la unión voluntaria de los individuos para lograr la protección de sus derechos individuales naturales; para ello, se han restringido los derechos de todos; por ello el Estado (colectividad organizada) tiene como fin único proteger y sancionar los derechos de cada uno y no puede dictar leyes que menoscaben o atenten contra ellos.[24]

Señala Duguit que esta concepción parece artificial, pues hablar del derecho del hombre aislado es una contradicción *in adjecto*, ya que todo derecho implica una relación entre sujetos: el hombre separado de sus semejantes no puede tener derechos sino cuando vive en sociedad; hablar de derechos anteriores a la sociedad es hablar de la nada. En realidad el hombre no tiene derechos, pero sí una función que cumplir, una misión que interesa al grupo; esta función es de orden social. Esto es lo que constituye una nueva concepción del derecho sin artificios, una concepción realista y socialista, que transforma los sistemas y las apreciaciones anteriores.

Duguit explica, entre otros, el concepto de libertad: la concepción individualista ve en el derecho de libertad el derecho de hacer todo lo que no daña al otro, y por tanto el derecho de no hacer nada. Modernamente, la libertad no es eso; como todo hombre tiene una función social que cumplir, adquiere el deber social de desempeñarla de la mejor y más completa ma-

[23] Ibidem, p. 811.

[24] Dice John Locke (1632-1704): el estado natural del hombre es el de perfecta libertad; en él los hombres pueden determinar sus acciones, disponer de su persona y de sus pertenencias según les plazca. El derecho natural enseña que siendo todos iguales e independientes, nadie debe perjudicar a otro en su vida, salud, libertad o pertenencias. Mientras existió el estado de naturaleza, todo el mundo tenía poder de llevar a la práctica ese derecho natural y de castigar por su propia mano las infracciones de sus normas. Esto produjo una serie de inconvenientes, pues el goce de los derechos se tornó inseguro y estaba constantemente amenazado por las invasiones de los demás. Para evitar estos inconvenientes y en interés de un disfrute seguro de la vida, la libertad y la propiedad, los hombres hicieron un pacto por el cual acordaron unirse en una comunidad y constituir un cuerpo político en el que gobernase la voluntad de la mayoría. Cfr. John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*. Gernika, 2013.

nera que le sea posible, y nadie puede obstruirle en esa tarea; por otra parte, el hombre no tiene derecho a la inactividad y el Estado puede coaccionarlo para que trabaje, con lo que no hará sino inducirlo a que cumpla la función social que le incumbe.

El pensamiento de Duguit influye en el surgimiento de nuevas ramas del derecho, precisamente las que hoy integran el derecho social. Esto nos conduce a reconocer el origen común, pero al mismo tiempo la diversidad que existe entre el fenómeno llamado *socialización del derecho* y lo que es, propiamente, el derecho social. El primero se imprime en un renovado derrotero al derecho preexistente, el segundo hace emerger nuevas ramas de la ciencia jurídica; aquél tiende a amoldar las antiguas disciplinas al nuevo orden de cosas, atemperando los excesos del individualismo; éste va más allá: opone al derecho del individuo el derecho del grupo y procura la protección de ciertos sectores de la sociedad económicamente débiles.

2.2.2.2 Concepto de derecho social. Sus proyecciones

Siguiendo el pensamiento de Barroso Figueroa, de la misma manera en que se ha dicho que todo derecho es público, para algunos tratadistas es común afirmar que todo derecho es social. Incluso incurren en el extremo de calificar como pleonástico o redundante el empleo de la expresión *derecho social*, ya que todo derecho no tiene otra finalidad que regir relaciones sociales. Se afirma que por definición (y por naturaleza) al derecho no le corresponde más función que arbitrar interrelaciones humanas. Por otra parte, como está ampliamente demostrado, es peculiaridad inseparable del derecho (en cuya ausencia es imposible concebirlo) su carácter social.

Para nuestro autor esta objeción no carece de sentido. Cierto, todo derecho es social. Es infortunado llamar derecho social a un cierto género de derecho. Sin embargo, la solución a tal problema está a la vista; en efecto, es frecuente el uso de diversos términos que tienen un significado acreditado y a los que se atribuye, en un momento dado, una connotación distinta a la consagrada; cuando esta nueva adaptación se va generalizando y empieza a usarse reiteradamente, adviene significación técnica del vocablo, distinta a la vulgar. Esto ha ocurrido con la expresión *derecho social.*

Para dar mayor sustento a su postura, Barroso agrega que el derecho es siempre un producto social. Nadie lo niega, y concluye: por eso con justicia afirma Mendieta y Núñez: "El derecho es un producto social, es un fenómeno de la existencia colectiva; pero como disciplina científica es una rama autónoma del conocimiento."[25] En realidad el derecho social, al igual que el derecho público o el derecho privado, no es una rama del derecho, sino un género que engloba un número de ramas jurídicas, mismas que tienen como denominador común, en concepto de Mendieta y Núñez, las características siguientes:

a) No se refieren a los individuos en general, sino como integrantes de grupos sociales o de sectores de la sociedad bien definidos: obreros, campesinos, trabajadores independientes, gente económicamente débil, proletarios, desvalidos.
b) Tienen un carácter protector de las personas, grupos y sectores que caen bajo sus disposiciones.
c) Son de índole económica, pues regulan fundamentalmente intereses materiales (o los tienen en cuenta: leyes culturales), como base del progreso moral.

[25] José Barroso Figueroa, op. cit., p. 813.

d) Tratan de establecer un completo sistema de instituciones y controles para transformar la contradicción de intereses de las clases sociales en una colaboración pacífica y en una convivencia justa.[26]

En conclusión, para Barroso Figueroa, el derecho social es el conjunto de las nuevas ramas jurídicas protectoras de ciertos sectores específicos del grupo social. Entre las ramas del derecho social podemos citar el derecho laboral (protector de la clase trabajadora), el derecho agrario (tutelar de la clase campesina), el derecho de la seguridad social (que surgió como apéndice del derecho del trabajo y que se ha transformado, cobrando autonomía, en defensor específico del sector social compuesto por los desvalidos). Desde luego, esto no cierra el número de ramas del derecho social, en cuya integración podrán añadirse todas aquellas que surjan en el futuro y que reúnan las características que hemos indicado.

Estamos de acuerdo en lo general con lo expuesto por Barroso Figueroa; sin embargo, y aun cuando no es objeto de esta obra, cuestionamos lo dicho en el sentido de que el derecho laboral y el derecho agrario son protectores de la clase trabajadora y la clase campesina, respectivamente; por lo contrario, afirmamos que el Estado, y con él la sociedad, tiene una gran deuda con estos sectores, que se encuentran sumidos no en la pobreza, sino en la miseria; esto hace necesaria una profunda reforma de estas ramas del derecho para hacer llegar, si no la riqueza, al menos una vida digna para estos sectores, a fin de que estén en línea con el desarrollo y se inserten en el mundo globalizado, pues ahora son usados por políticos, gobernantes, empresarios y abogados sin escrúpulos que vejan en forma flagrante sus derechos; incluso se violan descaradamente sus derechos humanos por prácticas empresariales brutales (como la discriminación en relación con el género, con mujeres embarazadas y obreros "boletinados", entre otros) ante un Estado complaciente, permisivo e inactivo. Podemos afirmar, en contra de lo que dicen muchos autores, que son las clases sociales más desprotegidas.

Barroso continúa haciendo un recorrido por los tratadistas mexicanos de mayor relevancia en la materia; de ellos, mencionaremos los que en nuestra opinión son los más importantes. Destaca el pensamiento de Juan B. Climent, quien se inspira en las ideas de Lazki y Radbruch. Estima que todo el derecho actual tiene como finalidad la revolución por el consentimiento, esto es, la transformación jurídica ordenada, para lo cual el derecho se transmuta de estático (simple regulador del orden social preexistente) en dinámico (factor activo que actúa sobre la realidad social, modificándola); esto conduce al derecho contemporáneo hacia dos aspiraciones: la moralidad intrínseca y la solidaridad social.

En la sociedad en que vivimos el derecho actual no puede considerar al individuo aislado, sino vinculado al derecho social mismo; por eso éste no contempla al hombre en abstracto (como el individualismo), sino en concreto, inmerso en su realidad social, y dentro de ella le otorga protección "manteniendo una vigilante tutela en torno a los grupos económicamente débiles". En el pensamiento de este tratadista hispano, radicado en México, el derecho social ubica jurídicamente al individuo en el grupo social y en lugar de considerar a los hombres en su igualdad teórica, los ve en su desigualdad práctica, asumiendo una función niveladora de desigualdades.

Para Climent, en opinión de Barroso, el derecho social tiene como contenido lato la protección del hombre, pero no aislado, sino agrupado, es decir, busca la tutela de intereses de grupos, a diferencia del derecho privado, que protege intereses de particulares.

[26] Lucio Mendieta y Núñez, *El derecho social*, Porrúa, México, 1953, p. 49. Citado por José Barroso Figueroa, op. cit., p. 813.

Entre los juristas citados por Barroso destaca también la postura de Martha Chávez Padrón, en mi opinión, concluyente sobre el tema que nos ocupa. En efecto, para ella el derecho social es una nueva rama fundamental del derecho, cuya creación es fruto de las revoluciones sociales, y que se encuentra ya consagrada en normas constitucionales y reglamentarias que establecen la personalidad colectiva de los grupos que son su objeto. La jurista mexicana se inclina por la clasificación tripartita del derecho en público, privado y social, dando a este último por materia las relaciones de los grupos sociales desvalidos, "que no pueden identificarse ni con los particulares, ni con el Estado", y por tanto exigen normas jurídicas propias.

2.2.2.3 El fenómeno socializador del derecho y su influencia en el derecho civil

A partir de las ideas expuestas en párrafos anteriores, el autor en comento afirma que la irrupción de la idea social dentro del campo del derecho, además de extenderse en la dirección que ha dado lugar al derecho social, ha creado el fenómeno llamado *socialización del derecho*, que no es otra cosa que la transformación de todo el derecho preexistente a la luz de una nueva axiología que tiene como valor central la tutela de intereses colectivos.

Menciona nuestro autor, desde los inicios de su exposición, cómo el derecho privado se encontraba influido por el individualismo prevaleciente prácticamente desde los tiempos de Roma. En este contexto es célebre la definición de Ulpiano: *privatum jus est quod ad singulorum utilitatem spectat.* (Es derecho privado lo que se refiere a la utilidad de los particulares); pero las transformaciones en el campo social referidas anteriormente encontraron eco en el derecho civil. Al decir de D'Aguanno, esta tendencia ha sido sostenida valerosa y eficazmente por Gabba, Chironi, Filomusi-Guelfi, Salvioli, Gianturco, Cavagnari y otros notables civilistas.

Es importante apreciar cómo entre las nuevas tendencias del derecho civil, si bien no se prescinde de la orientación filosófica, sí se toma en cuenta básicamente el fenómeno social en su realidad tangible. La creación de principios absolutos, que resulta tan valiosa dentro de la filosofía jurídica, tiene que ceder frecuentemente en el campo legislativo a requerimientos de orden práctico, impuestos por factores sociales. De esta manera, el derecho vigente trata ya no tanto de dar soluciones técnicas apegadas a ciertas doctrinas, sino de proporcionarlas de modo que los intereses de la sociedad queden garantizados.

En este orden de ideas, Barroso Figueroa explica que el derecho civil se transforma, es indudable, pero, nos preguntamos con D'Aguanno: ¿cuál es la norma que debería presidir la reforma del derecho civil? El autor citado responde que la idea de la solidaridad, complemento necesario de los principios de libertad e igualdad, que aun realizados en su plenitud resultan insuficientes para asegurar la armónica cooperación en las sociedades modernas; este principio se lleva a efecto otorgando una más amplia protección al débil, debido a la integración de la persona en sus relaciones morales y económicas (lo cual modifica el concepto de libertad) y otorgando tratamiento desigual a los desiguales (lo cual revisa el concepto de igualdad).

Todo lo anterior, según el tratadista citado, conduce —esto es lo más importante en nuestra opinión y el punto al que queríamos llegar— a romper con la idea tradicional de antagonismo entre el derecho público y el derecho privado, pues en su lugar hemos de ver cómo ambos órdenes armonizan y se complementan.

En el mismo tenor, cabe recordar que René Savatier estima que se ha producido una interpretación entre el derecho público y el derecho privado. Esta idea nos parece justa; resulta, evidentemente, más acertada que la afirmación de que el derecho privado está invadiendo al derecho público o bien, en contrapartida, que el público se encuentra irrumpiendo dentro del privado: mejor es decir que hay una interpretación de estos dos derechos.

La transformación que viene sufriendo el derecho civil se ha proyectado en múltiples sectores del mismo; baste señalar, a título de ejemplo, la notoria nueva orientación en las materias siguientes: la patria potestad, que se transforma en una magistratura o función de los padres; la capacidad de la mujer, que es plenamente equiparada con la del hombre; la condición de los hijos extramatrimoniales, que alcanzan iguales derechos que los nacidos de matrimonio. Todos estos temas pertenecen al derecho de familia y nos interesa destacarlos por referirse a nuestra obra.

Concluye Barroso Figueroa: de todo lo anterior, resulta que el derecho privado ya no es algo que sólo atañe a los intereses de los individuos singularmente considerados, como postulaba la fórmula romana; interesa también al Estado, en tanto que tales relaciones incumben al grupo social.

2.2.2.4 La influencia de la socialización del derecho en el derecho civil mexicano

La socialización del derecho se extendió prácticamente por todo el mundo. En nuestro país, podemos afirmar, este movimiento cobró mayor fuerza por las circunstancias históricas que vivíamos a finales del siglo XIX y, sobre todo, a principios del siglo XX, cuando se produjo el movimiento revolucionario, lo que provocó una inclinación mucho más acentuada hacia la socialización del contenido de nuestras leyes, reflejada en nuestra Carta Magna. Esta transformación y la nueva tendencia del derecho la podemos apreciar en nuestro derecho civil, particularmente en la legislación referida a la familia, tal como lo expusimos en el primer capítulo, en la breve reseña sobre la historia del derecho familiar en México.

En efecto, el Código Civil de 1884 estuvo vigente hasta octubre de 1932, por lo que durante su prolongada existencia hubo de reflejar los numerosos cambios sociales operados. Esto se hace particularmente evidente tratándose del derecho de familia, pues, como anota Pablo Macedo, en el derecho familiar se extreman las tendencias directrices socialistas. Entre otras cosas, podemos observar cómo la parte del Código Civil de 1884 donde se regulaba a la familia fue íntegramente sustituida por la *Ley sobre Relaciones Familiares* del 9 de abril de 1917.

La modificación de la legislación civil para imprimirle un sentido social, debemos señalarlo, no debe contemplarse como un fenómeno de ocurrencia, pero tampoco de partenogénesis, surgido de súbita inspiración, sino como la culminación de procesos cuya gestación arranca tiempo atrás. Ya en el Plan de Guadalupe, del 26 de marzo de 1913, se prometía la expedición de medidas legislativas para satisfacer las necesidades económicas, sociales y políticas del país; intención que se reitera específicamente en el derecho de familia.

En el informe que la Primera Jefatura del Ejército Constitucionalista presentó al Congreso Constituyente se hace palpable el propósito de conferir a los consortes una especie de magistratura, pues se dice que la sociedad, junto con la naturaleza, les encomienda propagar la especie y fundar la familia. En otras palabras, los cónyuges, al constituir la familia y procrear descendencia, cumplen una función social, una misión encomendada y vigilada por la sociedad. En el Plan de Guadalupe, entre las reformas más destacadas, estaba el divorcio vincular, y fue precisamente esta forma de disolución del matrimonio una de las primeras innovaciones llevadas a efecto.

Finalmente, estas reformas sólo fueron un paliativo al estado de cosas, por lo que pronto fue necesario emitir una nueva legislación civil. De esta manera surgió el Código Civil de 1928, calificado por sus propios autores como Código Privado Social; en él se afirma categóricamente que la sociedad está interesada en las relaciones entre particulares, por lo cual en este ordenamiento se subordinan los derechos individuales a los derechos sociales, sobre todo en los tres conceptos fundamentales de propiedad, libertad y responsabilidad.

La exposición de motivos del propio código manifiesta la necesidad de una mejor distribución de la riqueza, la protección de los débiles e ignorantes y de que el Estado intervenga en las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término el principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos. En opinión de Barroso Figueroa:

> El legislador de 1928 reaccionó violentamente contra la fórmula de liberalismo *laissez-faire, laissez-passer* por inoperante para resolver los actuales problemas, y en su lugar propone la de la solidaridad social; explica cómo el exceso de libertad ha producido la inicua explotación de las clases humildes, porque la declaración de que los hombres son iguales sólo tiene un valor teórico; así pues es necesario socializar el derecho a fin de crear un tipo de hombre más elevado, el hombre social. Una idea dominante en el pensamiento de los creadores de nuestro actual código civil, es la de precisar que el derecho no constituye un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra. Afirma el legislador que si bien hay que respetar costumbres y tradiciones, esto no significa que no deba romperse con lo oprobioso o injusto, ni tampoco que no deban tomarse las medidas adecuadas para proteger o reivindicar a los débiles; no corresponde a la ley un papel pasivo, sino activo, de orientación para lograr las mejoras sociales.[27]

En conclusión, es indudable que el Código Civil de 1928 atemperó el individualismo prevaleciente en el Código Civil de 1884, pero nos parece una exageración calificarlo de social o socializante.

2.2.3 Criterios de autonomía del derecho de familia de Barroso Figueroa

Abordamos ya la definición del derecho familiar en el primer capítulo y observamos que en su concepto no sólo se comprenden las relaciones familiares, sino que incluye además la tutela y aspectos de orden patrimonial.

Ahora bien, sobre el derecho familiar y su autonomía caben, entre otras, las preguntas siguientes: ¿este conjunto articulado de normas que regula las relaciones emergentes de la organización familiar ha alcanzado autonomía en relación con el derecho civil? ¿El derecho de familia es una rama del conocimiento jurídico al lado del derecho mercantil, el del trabajo o el agrario, por ejemplo? ¿O bien, todavía integra una unidad con el derecho civil? Además, suponiendo autónomo al derecho de familia, ¿debe integrar una rama del derecho social?

Esta discusión sobre la naturaleza del derecho familiar y, en particular, sobre su autonomía, se inició con los estudios de Antonio Cicu que hemos referido en puntos anteriores de este capítulo. En efecto, el profesor de la Universidad de Bolonia expresa su discrepancia con la postura tradicional de incluir al derecho de familia como parte del derecho privado, pues a aquel derecho ya no pueden aplicarse los principios y conceptos jusprivatistas, como el de la autonomía de la voluntad y otros expuestos en apartados anteriores de esa obra.

[27] Ibidem, p. 821.

Para Cicu, la posición que tiene el individuo frente al Estado es siempre de dependencia, pues si el derecho se produce y actúa por el Estado, el individuo que estuviera fuera o no dependiera del Estado estaría fuera del derecho. Jurídicamente, el hombre está siempre dentro del Estado. Cicu se propone, después de este planteamiento, la distinción entre derecho público y derecho privado, misma que resulta de la diversa posición que el Estado reconoce al individuo: posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público, posición de libertad en el derecho privado.

Como sabemos, los elementos constitutivos de la relación jurídica son el interés y la voluntad. En el derecho privado, el interés que entra en juego es el interés individual de quienes intervienen en la relación jurídica de que se trate; cada quien persigue su propio interés y manifiesta su autónoma voluntad, con fines distintos y opuestos; esto es, una relación bilateral entre quien posee un derecho y tiene frente a sí otro individuo a quien corresponde una obligación. En cambio, en la relación de derecho público no es admisible que el interés del individuo se oponga al del Estado, porque el de éste es superior; en el individuo su interés es interés, no del individuo como entidad independiente, sino considerado como parte orgánica, como miembro del Estado; sólo hay aquí un interés: el superior del Estado, y voluntades convergentes a su satisfacción.

Por lo que respecta a la naturaleza de las relaciones de familia, Cicu advierte en su análisis, como ya lo expresamos, que en ellas no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, opuestos; ni se tutela tampoco una libertad de querer referente a esos intereses. Es más, la subordinación de los intereses individuales a un interés unitario es aún más evidente que en el derecho público: si tomamos como ejemplo las relaciones entre cónyuges, nos percataremos de que éstos no pueden regular los derechos y deberes dimanantes de ellas, ni limitarlos mediante condiciones o pactos, debido a que el derecho no toma en consideración los fines que los esposos, considerados como individuos particulares, pueden proponerse, sino que él mismo señala los fines, subordinando la voluntad de aquéllos.

Afirma Cicu que en el derecho de familia las relaciones jurídicas tienen las características del derecho público: interés superior, unitario, y voluntades convergentes a su satisfacción. Son, pues, relaciones orgánicas. Vista la estructura de las relaciones que se dan en el derecho de familia, pugna con los más elementales criterios de sistematización jurídica su inclusión en el campo del derecho privado. No obstante, precisa Cicu, no se quiere afirmar que el derecho de familia deba incluirse dentro del derecho público, como el mismo lo aclara por una imputación que le hacen, porque este derecho es del Estado y de los demás entes públicos; la familia no es un ente público, no porque no esté sujeta a la vigilancia y tutela del Estado, sino debido a que los intereses que debe cuidar no son los de la generalidad. Al derecho de familia debe asignársele un lugar independiente entre el derecho público y el derecho privado, es decir, la bipartición debe transmutarse en tripartición, creándose un tercer género en el que pudiera tener cabida el derecho familiar.

En 1961, en su obra *Successioni per causa di morte*, reconfirma sus ideas al referirse a la posición que el derecho hereditario guarda dentro del derecho privado; afirma que aquél es parte de éste, pero en cuanto a la conexión que el derecho hereditario tiene con el de la familia (sucesión legítima y de los legitimarios):

> no sería científicamente correcto incluir estas dos partes del derecho hereditario en el derecho de familia. Es cierto que en éste entran relaciones, como el derecho de alimentos, el derecho de usufructo legal de los padres y la disciplina de las relaciones patrimoniales entre los

esposos. Pero esto tiene su razón en el hecho de que el derecho de familia tiene un sistema propio, estando presidido por principios radicalmente diversos de los que son propios de las otras partes del derecho privado.[28]

En nota de pie de página, Cicu hace notar que si una parte de la doctrina persiste en considerar al derecho de familia como parte del derecho privado, es porque todavía no ha acogido la idea de que el derecho de familia, a diferencia del derecho privado, está preordenado a un fin superior. Las ideas de Cicu, como ya lo expusimos, recibieron el respaldo de Roberto de Ruggiero, quien abunda sobre el derecho de familia explicando que tiene un carácter muy singular; pues mientras los derechos reales y los de obligación se asemejan a sus modelos romanos, la familia varió tan hondamente que la antigua es negada por la clásica y ésta por la justinianea.

Como órgano social fundado en la naturaleza y en las necesidades colectivas, para De Ruggiero la familia está regida, antes que por el derecho, por la ética (de ahí que haya preceptos sin sanción); el Estado tiene una intervención importante en la regulación de la familia, pero la ley no constituye la única norma reguladora.

En otro aspecto, las relaciones patrimoniales están subordinadas a las personales. Todo el derecho de familia es disciplina de estado y condiciones personales; los derechos y deberes del individuo vienen determinados por el estado que se le asigna en el grupo familiar o fuera de éste y frente a la comunidad social. Al fijar los supuestos y las condiciones que se requieren para que el vínculo surja, subsista o se extinga, por ejemplo, la ley consagra estados personales, eficaces dentro y fuera del grupo, que exigen el respeto de todos.

De estos estados personales, continúa De Ruggiero, surgen relaciones económicas y patrimoniales a las que se llama *derechos familiares patrimoniales*, por ejemplo, la obligación alimentaria del marido respecto de la mujer; pero estos derechos y deberes no son sino consecuencia de los estados dichos, inseparables de ellos, porque la relación económica sólo puede producirse como efecto de la relación personal. Por eso tiene una especial configuración de relación económica producida en el seno familiar y adopta la figura ya de un derecho real (usufructo legal), ya de un derecho de crédito (obligación alimentaria); imita, pero no reproduce exactamente, la categoría derecho real o de crédito. Aun cuando las relaciones tienen un contenido económico, el ordenamiento legal opera fuera de la esfera corriente de lo tuyo y lo mío, porque persigue finalidades trascendentales al fin individual y protege intereses superiores: los de la familia como organismo, no los particulares del individuo.[29]

Esto constituye la diferencia esencial del derecho de familia. Mientras las demás ramas del derecho privado miran a intereses particulares y fines individuales, para cuya protección se conceden acciones supeditadas a la libertad de acción del individuo, en las relaciones familiares el interés particular es sustituido por el superior de la familia y sometido a la tutela jurídica. A través del interés familiar recibe protección un interés más alto, el del Estado, cuya vitalidad y desenvolvimiento dependen de la solidez del núcleo familiar.[30]

Concluye De Ruggiero: puesto que el fin de la familia es tan importante para la comunidad, su consecución no puede abandonarse a la voluntad libre del particular, que podría actuar contrariamente a la utilidad general, sino que debe confiarse al Estado, el cual lo conseguirá a toda costa. De aquí derivan consecuencias que influyen notablemente en la estructura interna de las relaciones.[31]

Con Antonio Cicu coinciden otros autores, como Barassi. Por su parte, Messineo, más conservador, atribuye al derecho de familia un lugar propio dentro del derecho privado, por sus características especiales.

Las ideas de Cicu significaron un parteaguas en la discusión sobre la naturaleza jurídica y la autonomía del derecho familiar; sus opiniones se extendieron en otros países, como lo señala Enrique Díaz de Guijarro, quien se ocupa de la repercusión que dichas ideas han tenido y señala que diversos escritores alemanes, sin referirse a Cicu, enunciaron con posterioridad conceptos equivalentes, entre ellos Dukow, Swoboda, Binder, Schmidt, Hedemann y Nipperdey. Éste afirmaba que el derecho de familia podía tener cabida en el derecho social o en el público, o quizás en un derecho especial, pero de ninguna manera en el derecho privado, ya que sus normas, al ser de derecho público, sólo pueden ser determinadas por el Estado, quedando sustraídas por tanto de la voluntad privada.

Antes de exponer su tesis sobre la autonomía del derecho de familia, Barroso hace un recorrido por la doctrina francesa, más o menos en los términos siguientes. Expresa un cierto antecedente en Planiol, para quien, dentro del derecho civil: "los derechos de familia ocupan un lugar especial a causa del fundamento que como fenómeno natural, más que jurídico, presenta la familia." Agrega que en la esfera correspondiente al derecho familiar, la voluntad es menos autónoma que en el derecho de las obligaciones o en los derechos reales. Otro rasgo distintivo es el carácter de orden público: la familia es un factor de suma importancia como para que el Estado se desentienda de ella.

No obstante, es Savatier quien puntualiza algunos aspectos relativos a este tema. Explica que en tratándose de los actos del estado civil, se encuentra uno tanto dentro del derecho público como dentro del derecho privado; igualmente, en la tutela, se está tentado a ver que el tutor, persona privada, posee sobre su pupilo derechos que no son exclusivamente de naturaleza privada, sino una suerte de *manus publicum*, como decían los romanos, es decir, el tutor rige sobre la persona de su pupilo.

Históricamente, continúa el jurista francés, el derecho revolucionario atacaba a los grupos que se interponían entre el individuo y el Estado, incluso la familia. Había una tendencia exacerbada a consagrar la libertad individual. Por ejemplo, la ley del 20 de septiembre de 1792 instituyó un divorcio al que se daba como base la libertad del individuo, pues se decía que el matrimonio indisoluble atentaba contra la autonomía del hombre; después de todo, el matrimonio era sólo un contrato, por tanto rescindible. Dentro de este orden de ideas, la familia era predominantemente de derecho privado; en ella, el derecho público y el Estado nada tenían que hacer.[32]

En la actualidad la familia se ha convertido en un grupo intermedio entre Estado e individuo, e incluso posee la cualidad más característica de la persona moral: la posibilidad de tener

28 Ibídem, pp. 824 y 825.
29 Cfr. Roberto de Ruggiero, op. cit., pp. 657-674.
30 Cfr. Supra.
31 Roberto de Ruggiero, op. cit., pp. 47 y 48.
32 Respecto de este párrafo podemos señalar que en la actualidad, sobre todo en la legislación del Distrito Federal, se ha flexibilizado el proceso de divorcio, pues el artículo que contenía las causales ha sido derogado y el procedimiento se ha simplificado en lo que se llama popularmente "divorcio exprés"; esto, sin duda, ha generado controversia, pues algunos afirman que atenta contra el orden público que dice la ley, pues la relación marital es rescindible por simple voluntad; sin embargo, en nuestra opinión, no atenta contra el orden público que prevalece en las relaciones familiares, sino que, como lo expresé en el primer capítulo, la ley sólo reconoce lo que es un hecho en la relación familiar. Al respecto, existen cientos de miles de disoluciones matrimoniales de facto, que por el engorroso trámite del divorcio no se legalizan. En capítulos subsecuentes veremos éstos y otros aspectos del tema.

derechos por sí misma, lo que se refleja en los planos tanto patrimonial como extrapatrimonial. Son importantes las direcciones que señala la jurisprudencia francesa a este respecto, al reconocer que la familia puede ser titular de derechos que son de grupos, no del individuo. Concluye Savatier expresando que la familia, como grupo intermedio entre el individuo y el Estado, es de derecho público.

Los hermanos Mazeaud también se ocupan de la autonomía del derecho de familia; sin mencionar a Cicu, señalan que los tratadistas galos han estudiado el matrimonio, el divorcio, la patria potestad, etc., pero tratan separadamente a esas instituciones, sin reflexionar que todas ellas convergen en un centro único: la familia.

En la actualidad, todas las reglas que rigen esas materias han sido debidamente ubicadas. Dice Barroso: "Los juristas han comprendido que existe un derecho de familia, rama distinta del derecho civil, la familia ha conquistado derecho de ciudadanía en el ámbito jurídico."[33] La evolución de esta favorable tendencia, sin embargo, aún debe recorrer un prolongado camino antes de su plena consolidación.

Díaz de Guijarro, señala Barroso, se ocupa de resumir la doctrina española: Hernández Gil descarta sintéticamente la tesis de Cicu, Valverde se mantiene dentro de la concepción clásica y Puig Peña, después de analizar la postura del maestro de la Universidad de Bolonia, la excluye de manera implícita al dar cabida en su *Tratado de Derecho Civil Español* al derecho de familia.[34] Díaz de Guijarro también sintetiza la doctrina argentina sobre esta materia: Busso y Ferreras se oponen a la tripartición; Ferrer no se pronuncia, y Rébora incidentalmente conviene en que las instituciones familiares se trasladan del derecho privado al derecho público.[35] Finalmente, para concluir su estudio y externar su opinión, Barroso sintetiza la doctrina mexicana tomando como referentes a:

- Rafael de Pina, quien hace una revisión del pensamiento de Cicu; sin embargo, se pronuncia diciendo que el derecho de familia es una parte del derecho civil. Como rama de éste, se encuentra situada en el campo del derecho privado.
- Rafael Rojina Villegas, por su parte, externa que el derecho de familia pertenece por entero al derecho privado, sin importar que tutele intereses generales o colectivos y que sus normas sean irrenunciables; no obstante, para este jurista, carece de fundamento y consistencia científica la clasificación actual que se hace del derecho familiar dentro del civil, pues ello persiste sólo por razones históricas. Pero no va tan lejos, pues expresa que atendiendo a las características del derecho de familia, tanto en su aspecto no patrimonial como por su carácter de estatuto imperativo, irrenunciable, fuera del campo de la autonomía de la voluntad, e integrado por normas de indiscutible interés público y superior, considera que debe separarse del derecho civil patrimonial para integrar una rama autónoma, aunque dentro del derecho privado.
- Flores Barroeta, sin llegar a un pronunciamiento claro, manifiesta su complacencia con las nuevas tendencias que ve en el derecho de familia, una rama del conocimiento jurídico que se aparta de los moldes tradicionales del derecho privado, para dar mayor intervención al Estado en las relaciones de índole familiar.[36]

[33] Cfr. Eduardo Zanoni, op. cit.
[34] Ibídem.
[35] Ibidem.
[36] Cfr. José Barroso Figueroa, op. cit.

Culmina el estudio de Barroso Figueroa con su tesis sobre la autonomía del derecho de familia. Inicia precisando cuándo una ciencia jurídica puede entenderse o conceptuarse autónoma; para ello recurre y cita a Rocco:

> para que una ciencia jurídica pueda decirse autónoma, es necesario y suficiente que sea bastante extensa, que amerite un estudio conveniente y particular; que también contenga doctrina homogénea, dominando el concepto general común y distinto del concepto general informatorio de otra disciplina; que posea un método propio, es decir, que adopte procedimientos especiales para el conocimiento de la verdad constitutiva del objeto de la indagación.[37]

Para dar respuesta a su problema se debe partir de un adecuado planteamiento; de lo contrario, se corre el riesgo de caer en discusiones carentes de objetividad. Como premisa fundamental, hay que considerar que para obtener un resultado científicamente válido deben examinarse cuidadosa y objetivamente los datos de la experiencia, considerándolos en su justa medida; este proceder ordenará una multitud de factores, de modo tal que el resultado final será una consecuencia lógica de las premisas establecidas.

Para lograr su objetivo, Barroso Figueroa adopta los criterios de autonomía desarrollados por Guillermo Cabanellas al ocuparse del derecho laboral, particularmente al tratar el tema relativo a si la rama de su especialidad puede considerarse autónoma, y agrega dos más. El planteamiento queda, pues, de la manera siguiente: la autonomía del derecho de familia respecto del derecho civil; luego, en caso de solución afirmativa, se examina si ha de incluirse en el derecho privado, en el público o en un tercer género.

Para responder el cuestionamiento, como ya dijimos, Barroso Figueroa emplea las autonomías de Cabanellas. Ahora bien, los criterios para analizar si tal autonomía se ha logrado son: 1. legislativo, 2. científico, 3. didáctico, 4. jurisdiccional, 5. institucional, y 6. procesal.

2.2.3.1 Criterio legislativo

Por lo que se refiere a la regulación legal de la familia, durante el siglo XX se apreciaron dos manifestaciones: la inclusión de normas sobre la familia en las constituciones políticas de los Estados y el sistema del derecho civil, con la autonomía de las reglas sobre la familia. En efecto, como ejemplo de lo anterior podemos citar la argentina (art. 37, parte segunda), la de la República Federal Alemana (arts. 7, 16, 18, 29, 30, 31, 32 y 33), la boliviana (arts. 14, 41, 131, 132, 133 y 134), la brasileña (arts. 163 y 164), la colombiana (arts. 25 y 59), etcétera.

Por otra parte, algunos países han reconocido plena independencia al derecho de familia en el campo legislativo, creándose códigos de la familia, como ocurrió en la desaparecida URSS (Código de Matrimonio, la Familia y la Tutela, de 1918; Nueva Legislación acerca de la Familia y la Maternidad, de 1936), Yugoslavia (en 1946), Bulgaria (Ley sobre las Personas y la Familia, de 1949), Checoslovaquia (en 1950) y Polonia (en 1966); suele mencionarse también la ley francesa del 29 de julio de 1939 (relativa a la familia y a la natalidad en Francia), que en opinión de los exégetas no merece el calificativo de código de la familia, pues no es suficientemente amplia.[38]

En México, recordemos, estuvo vigente la *Ley sobre Relaciones Familiares*, expedida el 9 de abril de 1917, que derogaba la parte del Código de 1884 relativa al derecho de familia. De esta manera, el derecho familiar había cobrado cierta autonomía en el campo legislativo, pero esa ley quedó derogada por el Código Civil de 1928. Este movimiento legislativo en pro del dere-

[37] Ibídem.
[38] Cfr. José Barroso Figueroa, op. cit., pp. 832 y 833.

cho de familia se ha retomado con más vigor en la actualidad, pues recientemente se han promulgado códigos de familia en algunos estados de nuestro país, como Sonora, Yucatán, Morelos, San Luis Potosí, Hidalgo, etcétera.

2.2.3.2 Criterio científico

Sobre el derecho de familia existe una gran cantidad de estudios, que a últimas fechas se han incrementado por el interés que despiertan la familia y sus transformaciones, derivadas, tanto de las manifestaciones sociales sobre ella como de los avances científicos que han impactado su estructura y sus relaciones, algunas de las cuales estudiaremos aquí. Ciertas obras se intitulan *Derecho de familia* y se ocupan exclusivamente de las relaciones familiares; otras veces, dentro de los tratados generales, se incluyen uno o dos tomos dedicados únicamente al estudio del grupo familiar. En ambos casos es evidente la intención de tratar al derecho de familia como una unidad con sustantividad propia.

Entre las obras publicadas bajo el nombre preciso de *Derecho de familia* se pueden mencionar las de Cicu, Stolfi, Gianturco, Consentini, Díaz de Guijarro, José Arias, Fueyo Laneri, Royo Martínez, Somarriva Undarraga, Prayones, Sa Pereira, Andrade Pires de Lima, Rodrigues Pereira, Irueta Goyena, Lehmann, etc. En ocasiones el nombre varía ligeramente (*Instituciones de la familia*, de Rébora) o bien están dedicadas a un aspecto particular (*El derecho de familia en la legislación comparada*, de Fernández Clérigo).

En México, las obras no son tan revolucionarias y las podemos calificar más bien de tradicionalistas, es decir, la mayoría considera al derecho familiar dentro del derecho civil, tal cual se encuentra nuestra legislación; sin embargo, la discusión sobre el tema de la autonomía del derecho de familia se empieza a generalizar, como lo exponemos en este trabajo.

Por lo que respecta a las obras existentes, aun cuando son tradicionalistas, se conocen con esa denominación porciones de tratados generales de derecho civil. Rojina Villegas intitula "Derecho de familia" al tomo segundo de su *Derecho Civil Mexicano*; Rafael de Pina llama "El derecho de familia y la familia" a la parte cuarta del volumen primero de la obra *Elementos de derecho civil mexicano*; "Derecho de familia" se intitula la parte tercera y final de las lecciones del *Primer curso de derecho civil*, que se debe a Flores Barroeta. Es obvio que el derecho de familia tiene adquirido, dentro de la doctrina, un indiscutible rango científico, por lo que de acuerdo con este criterio amerita su autonomía.

2.2.3.3 Criterio didáctico

Bajo este criterio se considera cómo se enseña el derecho en el mundo. Encontramos en este aspecto que las facultades de derecho del mundo suelen incluir el estudio de las relaciones familiares dentro de los cursos de derecho civil que se imparten en sus aulas; así sucede, por ejemplo, en las universidades de Buenos Aires, Brasil, Chile, Guatemala, Nicaragua, Indias Occidentales, Venezuela, Tokio, Melbourne, etc., para citar algunas al azar. A esta afirmación de Barroso Figueroa agregamos que ésta es una tendencia generalizada tanto en el resto de las universidades del mundo como en las universidades de nuestro país.

2.2.3.4 Criterio jurisdiccional

En este apartado nos alejamos un poco de la exposición de Barroso Figueroa, pues la creación de tribunales especializados en materia familiar constituye ya una realidad, tanto en México, donde se extiende cada día, como en diversos países del mundo. La autonomía jurisdiccional del derecho de familia en México, como lo afirmamos, es una realidad, pues ya contamos con jueces familiares en el Distrito Federal y se avanza al respecto en distintas entidades federativas. Lo mismo sucede en materia de códigos de familia.

2.2.3.5 Criterio institucional

Se refiere a la determinación de si la rama jurídica en cuestión posee instituciones propias, distintas en particular de aquéllas pertenecientes a la disciplina de la que pretende su autonomía. Dice Barroso:

> Conviene aclarar que no es preciso el que se trate de instituciones totalmente novedosas, sino que hasta que a las ya conocidas se imprima un sentido y regulación tan especiales, que su nuevo espíritu y proyección resulten definitivamente incompatibles con los anteriores; por ejemplo tratándose del derecho laboral, el actual contrato de trabajo (la Ley Federal del Trabajo en su artículo 22 consagra derechos irrefutables para el trabajador, en una clara intención de tutelar a éste) tiene un espíritu opuesto al contrato de derecho civil (donde, conforme al artículo 1832, las partes se obligan en los términos en que aparece que quisieron obligarse. Aquí la ley no protege a ninguno de los contratantes, por el contrario, busca su igualdad).[39]

Sin duda coincidimos con Barroso Figueroa en que el criterio institucional es el más importante, porque mientras los demás se refieren a cuestiones externas o incidentales, haciendo depender de su eventual acontecer la autonomía de una rama del conocimiento jurídico, aquél se refiere al aspecto sustantivo, al contenido mismo de la disciplina en juicio. Es decir, no se queda en el examen periférico, sino que va a la médula misma del problema.

La perspectiva histórica del derecho familiar demuestra que desde hace mucho tiene características especiales que siempre han hecho de él un sector muy particular del derecho civil, donde se le ha enclavado de manera tradicional. En este sentido, prácticamente todos los autores que abordan la materia están de acuerdo en que las relaciones familiares, antes que un contenido jurídico, lo tienen ético y natural. Sin embargo (y esto no es ninguna novedad), hasta principios de siglo las relaciones de índole familiar eran consideradas más bien de derecho privado, pues el Estado vacilaba en trasponer el umbral del hogar e intervenir francamente en su organización; hoy esa inhibición estatal ha sido superada y es notable y creciente su injerencia.

Es importante señalar que este cambio de perspectiva, que por otra parte es justificado tanto jurídica como filosóficamente, ha originado un desplazamiento que empuja al derecho de familia del derecho privado, si no precisamente hacia el derecho público, al menos rumbo a una esfera cuyos límites y contenido precisos no han sido definidos de manera suficiente.

Encontramos, pues, un cambio profundo entre el derecho familiar tradicional y el nuevo derecho de familia, donde el Estado se subroga cada vez mayores funciones que antes pertenecían al grupo familiar: el Estado, como sabemos, impone o vigila la educación de los hijos; obliga a los padres a proporcionarles alimentos; en ocasiones, a través de otras disposiciones legislativas, los cuida durante todo el día (guarderías infantiles); tratándose de menores que carecen de ascendientes, vigila la designación de los tutores y el cumplimiento de las obliga-

[39] Ibídem, p. 835.

ciones a cargo de éstos; sanciona, aun con prisión (art. 336 del Código Penal), al cónyuge que abandone sin medios para subsistir a su esposa e hijos. Aunque esto bastaría para justificar la autonomía institucional del derecho de familia; Barroso Figueroa abunda, para fortalecer sus argumentos, con lo siguiente:

- Analiza la institución del matrimonio a partir de la cual se sustenta la organización familiar; expresa que se trata de un acto *sui generis*, que ha dado origen a numerosas tesis que pretenden explicar su naturaleza (esta controversia deriva precisamente de la moderna idea sobre lo que es en realidad el matrimonio). Para el caso particular de nuestra legislación, la doctrina, así nos lo han enseñado en las escuelas y facultades de derecho, coincide de manera unánime en que se trata de un acto jurídico solemne; este hecho lo aparta totalmente del consensualismo que prevalece en los actos jurídicos regulados por el Código Civil. Apreciamos además que la forma como se constituye el consentimiento en el acto matrimonial es especial, ya que aquí no es el acuerdo de dos voluntades, sino de tres: las de los cónyuges y la del Estado, personificado por el oficial del Registro Civil.
- Algo similar ocurre con la nulidad, que en el matrimonio tiene un régimen especial, pues la teoría de las nulidades se aplica de manera preferencial y sólo a falta de solución expresa se recurre al sistema general de nulidades. Estamos en presencia de una institución con perfiles propios que se aparta sensiblemente, en su regulación, de toda otra.

En el matrimonio, y en general en las instituciones del derecho de familia, encontramos instituciones de naturaleza muy particular, cuya evolución las ha transformado hasta otorgarles un matiz completamente ajeno al derecho privado.

En conclusión, poco a poco las instituciones que integran el derecho de familia van cobrando originalidad propia; se rigen por principios generales, pero exclusivos de ellas; giran en torno de un objetivo (el grupo familiar) que no es materia de otra disciplina (al menos no desde el mismo ángulo). El derecho de familia tiene: *a)* principios propios, *b)* espíritu común y definido, y *c)* objeto de conocimiento exclusivo. Todo ello es suficiente para afirmar, sin ambages, la autonomía institucional del derecho de familia.

2.2.3.6 Criterio procesal

De acuerdo con este criterio, es indispensable reflexionar si el derecho de familia tiene procedimientos propios. Podemos afirmar que esta tendencia se acentúa cada día, sobre todo en nuestro país, donde el derecho de familia posee procedimientos particulares que se gestionan ante tribunales exclusivos de materia familiar; cuando se tramitan ante tribunales que no conocen exclusivamente cuestiones relativas al cuerpo familiar, si bien los procedimientos se asemejan (e incluso suelen usarse los mismos) a los de otro género de negocios, se hacen notorias la necesidad, tendencia e insistencia doctrinal para crear, hasta por simple sistemática, la legislación jurídica procesal familiar que asegure al grupo familiar un tratamiento que se adapte a su naturaleza y que no lo coloque en la misma situación que la correspondiente a las relaciones de orden patrimonial.

En el contexto de las recientes reformas al *Código Civil para el Distrito Federal*, nos parece interesante la referencia que hace Barroso Figueroa a Gelsi Bidart, quien aconseja, en materia procesal de la familia, que: "habrá de ser relativamente limitada respetando al máximo el ser familiar y procurando, más que orientarla artificialmente, defender sus modalidades

espontáneas."[40] Lo anterior, debido al contenido esencialmente ético y natural que tienen las relaciones de la familia, aspecto que el derecho no puede eludir del todo.

Por lo que corresponde a la legislación mexicana, existen ya algunos procedimientos específicos en materia procesal familiar. Concluimos con el autor expuesto, con el cual estamos de acuerdo que:

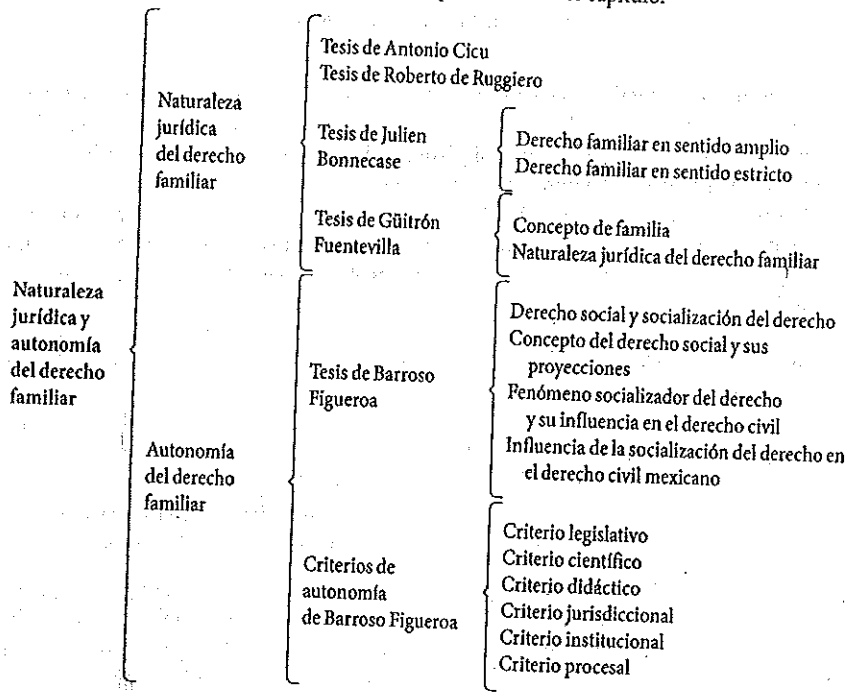
1. En nuestro país, aunque el derecho de familia se encuentra integrado en el Código Civil y, por ende, dentro del derecho privado, en algunas entidades federativas existe una clara tendencia a separarlo del Código Civil y han creado sus respectivos códigos de familia; en otras existen ya, desde el punto vista jurisdiccional, jueces familiares.
2. Quienes aún conservan el derecho de familia dentro del Código Civil y, por tanto, en el ámbito del derecho privado, no lo hacen por convencimiento u orientación doctrinal, sino simplemente porque así lo han tenido prácticamente durante toda su historia o tradición jurídica.
3. La separación del derecho familiar se extenderá rápidamente y se convertirá en una rama autónoma del derecho, pues cumple, aun en el estado en que se encuentra, con todos los atributos para alcanzar su autonomía.
4. El proceso de separación del derecho familiar del Código Civil y, por ello, del derecho privado, es urgente, sobre todo atendiendo a las profundas transformaciones que ya se aprecian en esta materia y al rezago manifiesto del derecho familiar, pues tiene muchas asignaturas pendientes, a la luz de los avances científicos y del desarrollo social que han impactado a la familia y que iremos exponiendo a lo largo de los capítulos siguientes.

Damos por terminado este segundo capítulo adhiriéndonos a la postura expuesta sobre la autonomía del derecho de familia. Pero no sólo eso: el derecho sucesorio también debería salir del derecho privado e incorporarse al derecho de familia, aunque tal vez para esto no existan argumentos tan sólidos. Abundaremos al respecto en una obra que escribiremos sobre el derecho sucesorio.

[40] Adolfo Gelsi Bidart, *Enfoque procesal de la familia*, MBA, Montevideo, 1958, p. 5. Citado por José Barroso Figueroa, op. cit., p. 838.

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:



II. Realiza las actividades siguientes:

1. Elabora un resumen sobre la naturaleza jurídica del derecho de familia con las principales ideas de Antonio Cicu.
2. Elabora un cuadro comparativo entre la tesis de Antonio Cicu y la tesis de Roberto de Ruggiero.
3. Expresa tu opinión acerca de la creación de un código de derecho de familia, separado del Código Civil.
4. Explica en un resumen los diferentes criterios sobre la autonomía del derecho familiar, de acuerdo con Barroso Figueroa.

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente:

1. Explica con tus palabras la fórmula "El Estado para el individuo y el individuo para el Estado":

_____

_____

2. Menciona tres elementos que niega Cicu cuando compara el negocio jurídico y niega que en el derecho familiar pueda funcionar la voluntad como elemento básico productor de derechos y obligaciones:
   a) Niega: _____
   b) Niega: _____
   c) Niega: _____
3. Menciona tres ejemplos de por qué se dice que todo el derecho de familia es disciplina de estados y condiciones personales: los derechos y deberes del individuo vienen determinados por el estado que al individuo se asignan en el grupo familiar o fuera de éste y frente a la comunidad social. Por ejemplo:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
4. Menciona, según Ruggiero, cuatro ejemplos de derechos familiares patrimoniales:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
5. Menciona tres características de las normas del derecho familiar, según Ruggiero:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
6. Explica por qué no es aplicable el principio de representación en el derecho de familia:

   _____

   _____
7. Menciona las cuatro categorías que pertenecen al derecho de familia tanto de orden personal como de orden patrimonial:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
8. Menciona cuatro principios del derecho civil que, según Güitrón Fuentevilla, no se aplican al derecho familiar:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____

9. Complementa el siguiente enunciado de Güitrón Fuentevilla:

   Los actos del derecho familiar exigen _____ y _____, por esta razón interviene _____ y éste no tolera _____ que provengan _____. La voluntad privada es impotente por sí sola para _____, para ello necesariamente _____.

10. En qué aspectos, según los hermanos Mazeaud, el Código de Napoleón sintetizó, al menos en el campo del derecho privado, las aspiraciones legales del individualismo:

    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____

11. Menciona las características del derecho social, según Mendieta y Núñez:

    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____

12. Explica con tus propias palabras en qué consiste el fenómeno socializador del derecho:

    _____
    _____
    _____

13. Menciona los criterios que sirven para determinar la autonomía del derecho familiar:

    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
    e) _____
    f) _____

14. Menciona tres entidades federativas que en nuestro país han separado la legislación familiar del derecho civil:

    a) _____
    b) _____
    c) _____

15. Explica en qué consiste el criterio jurisdiccional sobre la separación del derecho de familia:

    _____
    _____

16. Explica en qué consiste el criterio científico sobre la separación del derecho de familia:

    _____
    _____

17. Explica en qué consiste el criterio didáctico sobre la separación del derecho de familia:

    _____
    _____

18. Explica en qué consiste el criterio institucional sobre la separación del derecho de familia:

    _____
    _____

19. Explica en qué consiste el criterio procesal sobre la separación del derecho de familia:

    _____
    _____

20. Explica en qué consiste el criterio legislativo sobre la separación del derecho de familia:

    _____
    _____

Los esponsales y el matrimonio

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Conocerá:
  - El concepto de esponsales.
  - Los efectos del incumplimiento.
- Comprenderá la concepción del matrimonio, según el *Código Civil para el Distrito Federal.*
- Identificará la naturaleza y los fines del matrimonio.
- Conocerá los requisitos, formalidades e impedimentos para contraer matrimonio.
- Comprenderá los distintos efectos del matrimonio.
- Explicará los matrimonios nulos y sus efectos.

Propiamente con este capítulo comenzamos el estudio del derecho familiar, ya que es con el matrimonio como da inicio una familia; pero esta institución ahora mismo es objeto de grandes transformaciones, pues las legislaciones de los distintos estados han reconocido otras formas de matrimonio o de iniciar una familia. Mediante este reconocimiento ponen en tela de juicio la concepción clásica de la familia. Por otra parte, la ciencia, como veremos en capítulos posteriores, hace factible la reproducción asistida, lo que posibilita una serie de situaciones vinculadas con el matrimonio, la filiación, y trastoca toda la institución familiar; esto hace variar, o al menos cuestionar, el matrimonio en su concepción original.

Sin duda, la organización familiar ha cambiado y se han reconocido, por disposición de la ley, figuras afines al matrimonio o equiparables a él; sin embargo, son cuestionables una serie de aspectos vinculados o derivados del matrimonio y de la institución familiar que se pretende asociar a estas uniones y se discuten derechos que sólo eran asociados a la institución matrimonial y, por ende, a la familia, en perjuicio, según nuestra opinión, de los intereses superiores de los menores. El tratamiento de estos problemas será abordado en los capítulos siguientes. Iniciamos este capítulo con el estudio de los esponsales.

3.1 Concepto de esponsales

¿Qué son los esponsales? Los esponsales son una de las figuras más antiguas relacionadas con el derecho familiar, cuyo origen se encuentra en el derecho romano. Adelantamos que en

el *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) fueron derogados los numerales 139 a 145 que los contenían, por lo que su estudio en este apartado tiene realmente una finalidad histórica, aunque la figura existe en algunas legislaciones estatales. Pero volviendo a Roma, por esponsales se entendía —y así pasó a las legislaciones— la promesa recíproca de futuro matrimonio. Dice el digesto: *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum.* (Los esponsales son mención y promesa de matrimonio futuro.)[1]

Esta promesa de matrimonio contenía estipulaciones mutuas llamadas *sponsiones*; en éstas intervenían el *paterfamiliae* de la novia y el futuro marido y su *paterfamiliae.* En caso de incumplimiento, se podía exigir judicialmente el pago de una suma de dinero. A esto sucedió el simple consentimiento y se pasó a proscribir toda acción que pudiera obligar a los prometidos a contraer matrimonio; con ello se declara ineficaz cualquier cláusula en la que se prometa una suma a título de pena *stipulatio poenoe.* Algunas reglas sobre los esponsales eran las siguientes:

- Respecto de la capacidad, se exigían los mismos requisitos que para contraer matrimonio, aun cuando era posible celebrar esponsales sin haber alcanzado la pubertad; esto desaparece en el derecho justinianeo, pues era preciso tener cumplidos siete años.
- En el derecho romano posclásico se adoptó la institución oriental llamada *arrhae sponsaliciae* —esto era símbolo del precio en el matrimonio semítico por compra—; habiéndose cambiado estas arras, regía la norma de que la parte que incumplía la promesa sin causa justa perdía las propias y quedaba obligada a depositar las que recibió a razón del cuádruplo (derecho prejustinianeo) o del duplo (derecho justinianeo); tratándose de un menor, sólo debía restituir el *simplum.*[2]
- Sobre los regalos y donaciones entre novios, *sponsalicia largitas,* según disposición de Constantino, se entendían hechos con la condición de que se verificara el matrimonio; por tanto, si esto no ocurría, era dable la reclamación. Sin embargo, no podía reclamar quien se hubiera negado, injustificadamente, a contraer el matrimonio.
- En caso de que el matrimonio no se realizara por muerte del novio, y siempre que hubiera mediado ósculo (*osculo interveniente)* durante la celebración de los esponsales, la novia sólo estaba obligada a restituir la mitad. haber tenido relaciones con el pretendiente

Respecto de los efectos de los esponsales de acuerdo con el derecho justinianeo, aun cuando resulta difícil decirlo con certeza, dada la alteración de los textos clásicos por los compiladores, podemos señalar los siguientes:

- Una especie de parentesco por afinidad —*quasi adfinitas*— entre los parientes de ambos prometidos, que es impedimento para el matrimonio.
- No poder contraer otra promesa de futuro matrimonio, so pena de ejercitar acción de injurias por las ofensas inferidas a la novia.
- El deber de fidelidad de la novia.

Finalmente, entre las causas de disolución de los esponsales señalamos:

1 D. 23, 1, 1.

2 Cfr. Riccobono, *Gli Scolii Sinaitici,* BDR, 9 (1896), p. 298; *Arrha sponsalicia secondo la,* c. 5. C. 5, 1, *Studi Pepere,* Nápoles, 1980, pp. 139 y ss.; Volterra, *Il Pap. Oxyrhicus 129e la,* L. 5 C. *De Spons.* 5, 1, *SDHI,* 3 (1937), pp. 135 y ss.; Massei, *Sulla L.* 5. Cod. *De spons,* 5, 1, *BIDR,* 47 (1940), pp. 148 y ss. Citado por Juan Iglesias, *Derecho romano,* Historia e Instituciones, 10ª ed., Ariel, Barcelona, 1992, p. 529.

- Por la muerte.
- Por sobrevenir un impedimento opuesto al matrimonio.
- Por el mutuo consentimiento.
- Por *repudium*, esto es, por la simple manifestación de voluntad de uno de los novios.

Sobre los esponsales, para ejemplificar lo dicho en párrafos anteriores, citamos algunos pasajes del Digesto:[3]

Sponsalia sunt medio et repromissio nuptiarum futurarum	Los esponsales son mención y promesa de matrimonio futuro
Unde et sponsi sponsaque apellatio nata est	De lo cual (de los esponsales) tuvo su origen la denominación de esposo y esposa
In sponsalibus contrahendis aetas contrhentium definita non est, ut in matrimoniis; quapropter et primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores, quam septem aniis	Para contraer esponsales no está determinada la edad de los contrayentes, como en el matrimonio, por lo que se pueden contraer desde los primeros años, con tal de que ambas personas comprendan lo que ejecutan, esto es, si no son menores de siete años

3.1.1 Los esponsales en la legislación mexicana

En la legislación mexicana hay algunos códigos civiles que aún conservan la figura de los esponsales; tal es el caso del *Código Civil Federal* (CCF), que en su numeral 139 dice: "La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales." Dicho código regula los esponsales en sus arts. 139 a 145 y en ellos se dispone, entre otras cosas, la edad mínima que deben tener quienes los celebran, que coincide con la edad mínima para contraer matrimonio: 16 años para el hombre y 14 para la mujer.

Coincidimos con prácticamente todos los autores que escriben sobre la materia en considerar a los esponsales una figura obsoleta y desde hace muchos años en desuso; sin embargo, además del CCF, algunos ordenamientos civiles de la República Mexicana la conservan. Esperamos que pronto desaparezca.

En efecto, los esponsales se han derogado en Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Querétaro, Quintana Roo y Yucatán, en otros más se han prohibido, como Coahuila, Morelos, Oaxaca, Puebla y San Luis Potosí; se siguen conservando con algunas variantes en Aguascalientes, Baja California, Campeche, Colima, Durango, Nayarit, Nuevo León, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Tlaxcala. Por lo que respecta a Veracruz y Zacatecas, aluden a ellos indirectamente.

Dado que en el Distrito Federal no existen los esponsales, y considerando además que aun en las entidades federativas donde se reconocen están en desuso, les damos poco espacio en esta obra; así pues, no abundaremos en ellos, simplemente remitimos a los numerales citados de la legislación federal.

[3] D. 23, 1, 1.
D. 23, 1, 3.
D. 23, 1, 14.

3.1.2 Efectos del incumplimiento

Los efectos del incumplimiento de los esponsales, de acuerdo con el art. 143 del CCF, los podemos reducir a lo siguiente:

- El que se rehusare a cumplir su compromiso de matrimonio o lo difiera indefinidamente, pagará los gastos que la otra parte hubiera hecho con motivo del matrimonio proyectado.
- Lo mismo ocurrirá cuando un prometido diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.
- De acuerdo con el mismo numeral, el prometido que sin causa grave falte a su compromiso pagará una indemnización a título de reparación moral cuando, por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras cosas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.
- Finalmente el art. 145 del mismo ordenamiento dice que si el matrimonio no se celebra, los prometidos tienen derecho de exigir la devolución de lo que se hubieren donado con motivo de su concertado matrimonio.

Hasta aquí los efectos del incumplimiento, pero insistimos, esta figura debe desaparecer de todos los códigos civiles de los estados, pues resulta ocioso y verdaderamente ridículo seguir conservando estas disposiciones.

3.1.3 Su ausencia de regulación en el *Código Civil para el Distrito Federal*

En el caso particular del Distrito Federal, como se recordará, regía el actual CCF, pero cambió su estatus jurídico y ahora cuenta con su propia Asamblea Legislativa; fue ésta la que derogó los arts. 139 al 145 que contenían la figura de los esponsales. Hizo bien el legislador de la Asamblea, pues estas disposiciones carecían totalmente de positividad; lo que ahora es criticable es que el CCF la siga conservando.

Para finalizar, reiteramos que la figura de los esponsales surge, como la mayoría de nuestras instituciones y figuras jurídicas, en el derecho romano. En particular, los esponsales son recogidos primero por el derecho canónico; luego son incorporados por las primeras legislaciones, a partir del Código de Napoleón, y de ahí transitan a las legislaciones de inspiración napoleónica.

En la doctrina francesa se han referido a los esponsales Aubry, Rau y Demolombe, Planiol y Josserand, para quien no se puede entender el matrimonio sin la figura previa de los esponsales. Por lo que respecta al derecho alemán, dice Enneccerus: "A diferencia del antiguo derecho alemán, los esponsales no son ya parte integrante del acto de conclusión del matrimonio. Puede contraerse matrimonio válido sin esponsales previos, y los vicios de éstos no son vicios del matrimonio."[4]

3.2 La nueva concepción del matrimonio en el Distrito Federal

El estudio del matrimonio aborda, de manera implícita, la historia de la humanidad, pues la evolución de la institución matrimonial, desde el punto de vista tanto social como jurídico,

[4] Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff, *Derecho de familia*, 2ª ed., trads. Blas Pérez González y José Alguer, t. IV - 1º, Bosch, Barcelona, 1979, p. 32.

trae aparejado indiscutiblemente el desarrollo del hombre y muestra cómo se ha organizado socialmente. Por este motivo haremos un recorrido breve por la historia de esta institución.

Hemos de resaltar que en su acepción original el matrimonio implicaba la unión entre un hombre y una mujer cuyo objeto era la procreación, compartir la vida, brindarse ayuda mutua. No obstante, en los últimos 10 años se ha reconocido en el mundo —nuestro país no es la excepción— el matrimonio entre homosexuales o uniones similares al matrimonio. Haremos comentarios o reflexiones al respecto más adelante, pues como ya adelantamos en el primer capítulo, las leyes sólo llegan a reconocer situaciones que de hecho se presentan en la sociedad, al margen de cualquier juicio ético.

Para iniciar el estudio acerca del matrimonio y su evolución, comenzaremos con el concepto de matrimonio a partir del derecho romano y la dificultad de definirlo a la luz de los nuevos presupuestos legislativos aprobados recientemente.

3.2.1 Concepto de matrimonio

¿Qué es el matrimonio? Iniciemos con el significado etimológico de la palabra: procede de *matrimonium*, que significa "carga de la madre". De acuerdo con el Digesto, dice Modestino: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.* (El matrimonio es unión de varón y hembra, y compañía de toda su vida; es también una comunicación de derecho divino y humano.)[5]

Según esta definición de Modestino, el matrimonio romano es una institución jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*. No requiere la convivencia efectiva, pues el matrimonio existe aun cuando los cónyuges no habiten en la misma casa, siempre que se guarden la consideración y el respeto debido (*honor matrimonii*). Sobre cualquier otro elemento prevalece el elemento subjetivo de la *affectio maritalis*; esto se desprende claramente de los aforismos *nuptias non concubitus, sed consensus facit*, que significa: el matrimonio no nace de la cohabitación, sino del consentimiento, y *non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*, que quiere decir que no es la unión carnal la que hace el matrimonio, sino la afección marital.

De conformidad con lo anterior dice el Digesto: ... *nuptia enim non concubitus, sed consensus facit* (El matrimonio no consiste en la conjunción, sino en el consentimiento). Luego agrega:

> *Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant, quod scimus interdum et inter Consulares personas sub seculum, puto, donationes non valere, quasi duraverint nuptiae, non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis afectio...* (Si la mujer y el marido habitasen separados por mucho tiempo, sin perjuicio del matrimonio, como sucede tal vez entre personas consulares, juzgo que no es válida la donación, porque subsiste el matrimonio; pues **éste no consiste en la cohabitación, sino en el afecto marital**...)[6]

Podemos apreciar a través del concepto de Modestino, expresado en el Digesto, que el matrimonio es una institución, podemos decir, natural, que se adapta al desarrollo social; esta institución es absorbida por el derecho canónico, que la toma en exclusividad durante varios siglos de la Edad Media (siglos X al XVI), y aunque le reconoce un origen contractual, lo eleva a sacramento.

[5] D. 23, II, 1.
[6] D. 24, I, 32, 13.

El derecho canónico asoció el matrimonio a la generación y la educación de la prole, por lo que se puede afirmar, de acuerdo con el canon 1055, que en el matrimonio canónico destaca como elemento fundamental la relación sexual, pues sin ella el acto matrimonial no es consumado —en todo caso, estaríamos en presencia del matrimonio rato—. En efecto, dice el canon 1055:

1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.
2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento.

Bajo la influencia del derecho canónico, lo podemos constatar, las legislaciones surgidas a partir del Código de Napoleón, asociaron también el matrimonio a la relación sexual entre parejas heterosexuales y lo vincularon a la procreación; sin embargo, con el desarrollo y la evolución del Estado laico, no es de extrañar que por variedad de motivos reconocieran, como sucede actualmente en nuestro país, otros fines y otras formas de matrimonio. Ya decía Tomás de Aquino, en la *Summa Theologica*: "El matrimonio, en cuanto es oficio de la naturaleza debe ser estatuido por la ley natural; en cuanto es sacramento, por el derecho divino; en cuanto es oficio de la comunidad, pertenece al derecho civil."[7]

Ahora bien, con el surgimiento del Estado moderno después de la Revolución Francesa, la legislación secular, y particularmente el Código de Napoleón, con base en el derecho romano, define el matrimonio como una sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar la especie, ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y compartir su destino común.

El matrimonio, según el derecho francés, es la unión de dos personas de sexo diferente, celebrada con ciertas solemnidades; esta unión constituye matrimonio aunque no haya cohabitación y aunque no hubiera sido constituida con la finalidad o posibilidad de procrear hijos. Esta concepción, filosófica en opinión de Aubry y Rau, contrasta con los juristas que defendían la naturaleza contractual del matrimonio y que veremos en el apartado siguiente.[8]

La concepción del Código de Napoleón fue adoptada casi textualmente por nuestras legislaciones. De esta manera lo hicieron en nuestros códigos civiles de 1870 y 1884, así como nuestra *Ley de Relaciones Familiares* de 1917, la cual dice que el matrimonio: "Es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." En la definición del matrimonio de esta ley se pueden observar varias cuestiones:

- El matrimonio se asoció a la procreación.
- Destacó el carácter contractual del matrimonio y no como una sociedad de vida.
- Considera al matrimonio disoluble.

Posteriormente, en el Código Civil de 1928, que con modificaciones es el que nos rige, se suprimió la definición del matrimonio y hasta el año 2000 el art. 146 define que el matrimonio: "Es la unión libre entre un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos

[7] Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, BAC, Madrid, 1994, pp. 1-2.
[8] Cfr. Julien Bonnecase, *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia*, vol. II, trad. José M. Cajica, Cajica, Puebla, 1945, pp. 188 y siguientes.

de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante Juez del Registro Civil con las formalidades que esta ley exige." De lo expresado en dicho código, podemos señalar los siguientes aspectos diferenciadores respecto de la ley anterior:

- Destaca la comunidad de vida entre los esposos.
- La procuración de respeto, igualdad y ayuda mutua (estaba haciéndose realidad la liberación femenina).
- La procreación deja de considerarse una finalidad y se convierte en una posibilidad (de alguna manera apoya la política pública de disminución de la tasa de natalidad para abatir la pobreza).
- Sobre la posibilidad de la procreación, expresa que debe ser de manera libre, responsable e informada. Por *libre* entendemos que siempre ha sido así o tal vez se estaba abriendo la puerta al aborto; por *responsable*, pensamos que es una simple aspiración, pues tener hijos de manera responsable, tanto para hombres como para mujeres, conlleva muchas responsabilidades, sociales, morales y sobre todo jurídicas, y respecto de estas últimas podemos preguntar: ¿cuáles son las consecuencias legales? ¿Quiénes son y dónde están los responsables de los millones de niños en situación de calle? Entonces, ¿qué es procrear de manera responsable?

  El Estado debe actuar con severidad ante tales hechos; todo esto lo dejamos para la reflexión.
- Finalmente, la disposición comentada menciona las formalidades para la celebración del matrimonio.

La última y, en muchos sentidos, más trascendental y discutida reforma sobre el matrimonio, se presentó en la modificación del 29 de diciembre de 2009. En efecto, esta reforma trajo consigo mucha controversia desde los puntos de vista religioso, filosófico, jurídico y hasta político. El porqué de la discusión lo podemos sintetizar así: la reforma se hizo para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual debemos ver con serenidad; no sabemos si la reforma fue oportuna y analizada en todas sus consecuencias, pero sin duda se inspiró en las legislaciones de países europeos como Holanda, Bélgica, España, Noruega, Suecia, etc., que ya las habían puesto en práctica desde los años 2000-2001.

Ahora bien, ¿qué hay detrás de la reforma? Por un lado, el reconocimiento de que desde la antigüedad existe la homosexualidad o la diversidad de género, notando además que es la minoría de la población; por otra parte, el reconocimiento de que también las minorías tienen derechos, entre ellos a la comunidad de vida. No hay motivos para excluirlas ni para satanizarlas. Sobre el particular no dudo, pero no lo puedo afirmar, que también obedeció a motivos políticos.

Afirmamos que con esta reforma revolucionaria no se va a terminar la familia y, pasado el efecto mediático, se verá con normalidad. Los moralistas, que muchas veces son inmorales, no tienen por qué preocuparse: la moralidad de cada sujeto es interna y nadie puede juzgar el interior, ni la iglesia. No por la modificación de la ley va a haber más homosexuales ni se volcarán a contraer matrimonio; tampoco hombres y mujeres casados dejarán a sus parejas para correr a los brazos de sus amados o amadas a fin de contraer matrimonio.

Pero veamos qué dice este simple artículo que ha recibido tantas críticas y que, también debemos decirlo, trae muchas consecuencias sobre distintas figuras e instituciones del derecho de familia, con muchas de las cuales no estamos de acuerdo. En efecto, el art. 146 del

CCDF fue modificado y con él cambió el concepto de matrimonio y dice: "Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código." De este artículo destacamos:

- Dice que el matrimonio *es la unión libre de dos personas*. La ley no distingue, luego el intérprete no tiene por qué distinguir, de lo que se desprende que pueden ser: dos hombres, dos mujeres o un hombre y una mujer, como era tradicionalmente. Algunos autores señalan que el concepto *unión libre*, según lo entendemos en el lenguaje común, es la convivencia sexual de quienes no han contraído matrimonio, y que por tal motivo resulta contradictorio definir de esa manera el matrimonio.

  A lo anterior podemos decir que no estamos ante el concepto del lenguaje común, sino ante el concepto del lenguaje jurídico y por unión libre ha de entenderse la unión voluntaria, es decir, con pleno ejercicio del libre albedrío, unión que debe celebrarse en la forma que disponga la ley.
- *Para realizar la comunidad de vida*, de lo que se desprende que lo que era el fin primordial, es decir, la procreación, según anteriores legislaciones, ya no ha sido contemplado por los legisladores. Sin embargo, queda claro que ni antes era obligatoria la procreación, ni ahora está prohibida y simplemente, dadas las circunstancias que menciona la ley, la pareja que pueda —biológicamente apta— y quiera tener hijos lo puede hacer, como siempre ha sido. Aunque ahora cabe la posibilidad, dado el avance científico y las técnicas de reproducción asistida, de que las parejas homosexuales puedan tener hijos. Este punto lo desarrollaremos en los últimos capítulos de esta obra.
- *En donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil.* El comentario es que en esto nada ha cambiado.

De la simple lectura de este artículo, sin entrar en más detalles, vemos cómo en el derecho de familia ha habido modificaciones trascendentales. Pero, como afirmaba líneas arriba, esto debemos verlo y analizarlo con serenidad. La familia seguirá subsistiendo. En el capítulo siguiente veremos algunas cifras relacionadas con el número de matrimonios, divorcios y matrimonios entre parejas del mismo sexo, sólo a modo de ejemplo, desde la instauración legal de la posibilidad de matrimonio entre parejas del mismo sexo. De momento sólo adelantamos que el número de divorcios ha aumentado significativamente en los últimos años y que el de matrimonios ha disminuido.

No niego que el tema se discute y causa polémica, pero bien podemos aplicar lo que decía Carlos Lasarte refiriéndose a la Ley 13/2005 española:

> Desde el punto de vista técnico, la ley carece de interés alguno. Desde otros puntos de vista, la Ley ha dado origen a un debate social de tal intensidad que aquí sólo podemos apuntar, por obvias razones de mesura. Son muchos los que aseguran que la Ley será pronto declarada inconstitucional; otros defienden que va contra la naturaleza de las cosas y algunos, finalmente, trivializan de manera frívola el tema.[9]

Precisamente lo anterior puede aplicarse a lo acontecido en nuestro país, aunque la ley siguió adelante y no se declaró su inconstitucionalidad; en efecto, la reforma del 29 de diciembre de 2009 motivó una acción de inconstitucionalidad, la cual, una vez estudiada, fue resuelta por la

[9] Carlos Lasarte, op. cit., pp. 24 y 25.

Suprema Corte de Justicia de la Nación en sentido negativo, por mayoría de nueve votos de los 11 ministros, quienes consideraron constitucionales los artículos reformados y expresaron más o menos las razones siguientes:

- Hicieron extensiva la protección constitucional de la familia a todas sus formas o manifestaciones, con base en que el Estado democrático tiene, en su esencia, el reconocimiento de la pluralidad.
- Argumentaron que la diversidad sexual de los contrayentes no es un elemento, constitucional ni legalmente definitorio de la institución matrimonial, sino que más bien la diversidad sexual de los contrayentes resulta de la concepción social preexistente acerca del matrimonio (por cierto, es la concepción de la mayoría de la sociedad). En nuestra opinión, éste no es un argumento, sino un juicio a priori de los ministros, quienes de un plumazo, como suelen hacerlo en muchos casos, se convierten en los príncipes de la verdad y, en este caso, de las concepciones sociales.
- Dijeron, que no argumentaron, que la orientación sexual es parte de la identidad personal de una persona, es un elemento de su proyecto de vida, en el que, como cualquier persona, puede sentir el deseo de tener una vida común con otra persona del mismo o de distinto sexo, lo cual está protegido por los siguientes derechos fundamentales:

  a) Derecho a la identidad personal y sexual.
  b) Derecho a su proyecto de vida.

- Pero ¿qué sucede en las entidades federativas donde el matrimonio se regula de manera distinta? —obsérvese la sabiduría de los señores ministros—, ¿se debe, con fundamento en el art. 121, fracc. IV, de la Carta Magna, reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el Distrito Federal?

Sobre este último punto en particular, podemos decir entonces, con base en las afirmaciones anteriores, que en las entidades federativas donde se regula el matrimonio en forma distinta al Distrito Federal —sólo entre personas de diferente sexo— se violan a los homosexuales los siguientes derechos fundamentales:

a) Derecho a la identidad personal y sexual.
b) Derecho a su proyecto de vida.

Por supuesto que estamos de acuerdo con esto último, pero los escribas, poseedores de la verdad, ya se pronunciaron: *Roma locuta, causa finita.* Ésa es la verdad legal. No estamos en desacuerdo, simplemente señalamos lo vacuo o la ausencia de argumentación. Sin embargo, vale la pena abundar en el fondo de la cuestión: la ley introdujo una idea revolucionaria, pues tradicionalmente el matrimonio siempre estaba presidido o asociado a la idea de la heterosexualidad y, en consecuencia, a la idea de la reproducción carnal.

No obstante, se debe tomar en cuenta que muchas de las innovaciones en materia jurídica otrora revolucionarias, con el paso del tiempo se convirtieron en principios o reglas aceptadas por todos; por ejemplo, ahora nadie discute la igualdad entre el hombre y la mujer, el sufragio femenino, la igualdad entre blancos y negros o la abolición de la esclavitud, ideas en otros tiempos revolucionarias.

Para concluir este apartado acerca del concepto del matrimonio y la reciente modificación legal que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, vale hacer algunos comentarios sobre las cifras en esa materia, pues independientemente del golpe mediático y lo mucho que se escribió y comentó en todos los medios y formas posibles sobre estos cambios legislativos, lo cierto es que, como en muchos países del mundo, la mayoría de los matrimonios guardan la forma tradicional y los matrimonios homosexuales no llegan a alcanzar ni 1% del total de los matrimonios existentes. Esto lo corroboraremos en el capítulo siguiente; por ello comentamos líneas arriba que este tipo de matrimonios es simplemente el reconocimiento de ciertos derechos a las minorías, aun cuando en muchos casos es en perjuicio de las mayorías o, como veremos en otros apartados, en ocasiones el reconocimiento de ciertos derechos de las minorías entra en colisión con derechos de las mayorías o con derechos superiores, como ocurre en nuestra opinión en la adopción.

3.2.2 Naturaleza jurídica del matrimonio

Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio existen varias teorías, mismas que expondremos en forma breve, expresando en su momento nuestra opinión acorde con lo que venimos argumentando a favor de la autonomía del derecho de familia.

Antes de abordar las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, trataremos los antecedentes romanos sobre el tema. En Roma el matrimonio se consideraba un hecho jurídico, por lo que quedaba fuera de la naturaleza contractual. Es evidente que el matrimonio romano, como el actual, era una relación jurídica establecida por el consentimiento inicial; tal vez por este hecho, muchos años después se le atribuyó erróneamente una naturaleza jurídica contractual, pues no todos los acuerdos de voluntades son contratos.

Sin embargo, los romanos no incluyeron entre los contratos al matrimonio; para ellos el matrimonio era un simple hecho jurídico, una relación social productora de derechos y obligaciones o consecuencias jurídicas. No era, pues, una relación jurídica, sino una relación de hecho. El matrimonio romano quedaba fuera del *ius civile*, no revestía forma alguna, ni intervenía el Estado en su celebración.

Aun cuando la noción del matrimonio es obvia para la mayoría de las personas —podemos decir, legas en derecho—, los juristas han debatido y siguen debatiendo la calificación técnica del matrimonio o su naturaleza jurídica; a continuación exponemos las diferentes tesis o teorías.

3.2.2.1 La tesis de la naturaleza jurídica del matrimonio como institución

Para el mejor entendimiento de este apartado debemos dejar claro que una institución jurídica —con frecuencia se menciona en los textos jurídicos sin entender su significado— es un conjunto de normas de la misma naturaleza que regulan un todo orgánico persiguiendo una misma finalidad; en este sentido, no cabe duda que el matrimonio es una institución jurídica, en la que los contrayentes buscan una comunidad de vida y tienen la finalidad de constituir una familia.

Desde este ángulo el matrimonio es, en efecto, una institución jurídica, pero esta tesis no resuelve del todo cuál es la naturaleza jurídica del matrimonio.[10]

[10] No cabe duda que la familia es, por tanto, una institución social y participa del concepto de institución en este ámbito, entendida como toda "configuración o combinación de pautas de comportamiento compartidas por una colectividad y centradas en la satisfacción de algunas necesidades básicas del grupo". La teoría de la institución que parte de la aceptación de ideas-fuerza objetivadas, a las cuales —una vez descubiertas— se sujetan voluntades para su realización

3.2.2.2 La tesis contractual de la naturaleza jurídica del matrimonio como contrato civil y como contrato adhesión

La teoría o tesis contractual sobre la naturaleza jurídica del matrimonio fue adoptada, después de la Revolución Francesa, por la mayoría de los códigos, incluidas las leyes de nuestro país.

En efecto, la primera Constitución francesa emanada de la Revolución, en su art. 7, refiriéndose al matrimonio, dice: "La ley sólo considera al matrimonio como un contrato civil." Al respecto, Bonnecase expresa su desacuerdo: para él, el matrimonio es una institución jurídica y no un contrato; en su opinión, la teoría del matrimonio como institución no prosperó debido, por una parte, al culto profesado por el acto jurídico, pues filósofos y juristas de la época consideraban al contrato como el motivo supremo de la vida social, al tenor del dominio de las corrientes y pensamientos liberales, y por la otra, a la influencia de la escuela espiritualista de Maine de Biran. A la postre, esta última condujo a una visión metafísica del derecho.

Pero regresando a nuestro tema, muchos juristas se han pronunciado a favor de la teoría contractual del matrimonio, entre ellos, Marcadé y Pothier, quien afirmaba que el más antiguo de los contratos era el del matrimonio.

En nuestro país podemos constatar cómo el legislador se inspiró en la teoría contractual del matrimonio de la ley que funda el Registro Civil, publicada el 27 de enero de 1857, pocos días antes de la promulgación de la Constitución del mismo año. Precisamente en el art. 65 decía: "Celebrado el Sacramento ante el párroco y previas las solemnidades canónicas, los consortes se presentarán ante el Oficial del Estado Civil a registrar el contrato de matrimonio." Esta ley indicaba en artículos subsecuentes una serie de requisitos para su celebración, sobre los cuales no vamos a abundar.

Posteriormente, el propio Benito Juárez emitiría un decreto mediante el cual se definía y concretaba de manera definitiva el matrimonio como contrato. El decreto se publicó el 23 de julio de 1859; de él transcribimos los artículos siguientes:

> **Artículo 1.** El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes previas las formalidades que establece la ley, se presenten ante aquéllas y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.
> **Artículo 2.** Los que contraigan el matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados.

Posteriormente a las Leyes de Reforma, la reforma del matrimonio como contrato civil fue llevada a la categoría de ordenamiento constitucional en la reforma a la Constitución de 1857, cuyo decreto se publicó el 25 de septiembre de 1873 en los términos siguientes:

> Sebastián Lerdo de Tejada. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

bajo el control de poderes organizados que representen la adhesión a las ideas, nos evoca el organismo jurídico de Cicu. El mismo Renard define la institución como "un organismo con fines y medios de acción superiores en potencia y en duración a los de los individuos que los componen". Cfr. Julio Soler Miralles, "La institución familiar", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año XIII, núm. ½, marzo-junio, pp. 31 y ss.; Johnson, *Sociología*; Georges Renard, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, p. 168. Citados por Eduardo Zanoni, *Derecho de familia*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2002.

> Que el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, en ejecución de la Facultad que le concede el artículo 127 de la Constitución Política promulgada el 5 de febrero de 1857 y previa aprobación de la mayoría de las legislaturas de la República, declara:
> Son adiciones y reformas a la misma Constitución:
>
> **Artículo 1°.** El Estado y la Iglesia son independientes entre sí. El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión alguna.
> **Artículo 2°.** El matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del Estado Civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Podemos apreciar cómo en la legislación mexicana se insistía en el carácter contractual del matrimonio y en forma redundante se indicaba la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades civiles sobre los actos del estado civil de las personas, lo cual no era de extrañar, pues interesaba al Estado mexicano dejar clara la separación entre Iglesia y Estado.

En los códigos civiles del Distrito Federal de 1870 y 1884 no se encuentra ninguna disposición que indique expresamente que el matrimonio es un contrato civil, tal vez por el hecho de que la reforma constitucional y la ley orgánica de la misma de 1874 le habían dado al contrato la suprema jerarquía legal. Así, el Código Civil del Distrito Federal de 1884 dice sobre el matrimonio:

> **Artículo 155.** El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculos indisolubles para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.
> **Artículo 157.** El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige.

Podemos concluir que la legislación mexicana ha considerado al matrimonio de naturaleza jurídica contractual desde los códigos de 1870 y 1884 y la *Ley de Relaciones Familiares*. En la actualidad, algunos civilistas mexicanos así lo consideran; sin embargo, es discutible la postura. Ya en el capítulo anterior expusimos una serie de argumentos en el sentido de que el derecho de familia —por supuesto, el matrimonio— debe gozar de autonomía. Con base en las tesis de Antonio Cicu, Roberto de Ruggiero, Barroso y otros juristas, explicamos por qué el derecho de familia no puede estar en el derecho civil; uno de los argumentos más sólidos era la no aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, proveniente de la teoría contractual, al derecho de familia.

Finalmente, hay que recordar que en general la teoría contractual tuvo su origen en el derecho francés y los comentaristas de la escuela de la exégesis aceptaban, sin mayores cuestionamientos, el carácter contractual del matrimonio. Los civilistas que aceptan esta teoría (de origen canónico) terminan por concluir que el matrimonio es un contrato *sui generis*, pues está lejos de cumplir con las notas características de los contratos; además de los argumentos a los que ya nos referimos, afirmamos que no todos los acuerdos de voluntades son contratos. Por ello, aunque es indudable que en el matrimonio existe como elemento importantísimo o esencial el acuerdo de voluntades, esto no basta para darle a su naturaleza jurídica un carácter contractual, dado que el contenido o los efectos de la relación matrimonial, por ser de orden público, se encuentran definidos y precisados por la ley y la mayoría de los efectos no son objeto del acuerdo de voluntades de las partes.

Dado que, como afirmamos en este último párrafo, el contenido o los efectos de la relación matrimonial se encuentran definidos y precisados por la ley, la naturaleza jurídica del matri-

monio se concibe como contrato de adhesión. Por *contrato de adhesión* se entiende aquel donde una de las partes establece su contenido obligacional y se propone a la otra su aceptación de modo incondicional, esto es, sin discutir su contenido. Por supuesto que el matrimonio no puede, por más que se le parezca, asimilarse en su naturaleza jurídica a un contrato de adhesión.

3.2.2.3 La tesis de la naturaleza jurídica del matrimonio como acto condición

Esta tesis acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio deriva de la doctrina del acto jurídico de León Duguit. Para este jurista el acto jurídico puede ser:

- *Acto subjetivo*: que tiene su origen en una obligación concreta, individual y momentánea.
- *Acto regla*: del cual derivan obligaciones permanentes e individuales.
- *Acto condición*: entendido como una situación creada y regida por la ley y subordinada a la celebración del acto; en consecuencia, este acto condición sólo produce sus efectos cuando se cumplen todos los requisitos legales establecidos.

En general, esta teoría tiene pocos seguidores, ya que realmente todo acto jurídico cumple de alguna manera, desde distintos ángulos, el ser un acto subjetivo, un acto regla o un acto condición.

3.2.2.4 La tesis de la naturaleza jurídica del matrimonio como estado civil

No cabe duda que el matrimonio es un estado civil, pero atribuirle esa naturaleza jurídica es confundir el efecto con la causa, pues el estado civil es consecuencia de la institución matrimonial, derivado de la cual se crea entre los consortes una misma situación jurídica permanente que produce consecuencias constantes por la aplicación del estatuto legal respectivo a las situaciones que se producen en la vida conyugal. Queda claro que esto no es su naturaleza jurídica, sino una consecuencia.

3.2.2.5 La tesis de la naturaleza jurídica del matrimonio como acto jurídico mixto

Esta tesis o teoría está definitivamente asociada a la teoría contractual, pues reconoce que el matrimonio es un acto jurídico *sui generis*, como decíamos en la teoría contractual, pero acepta o señala que para su perfeccionamiento, además de la voluntad de los consortes, requiere la intervención estatal —no voluntad, como afirman algunos— que reconozca la existencia de las voluntades particulares, asegure que no hay violación de disposiciones de orden público y corrobore que se han cumplido todos los requisitos señalados en la ley, así como que se celebre (solemnidad) en la forma y ante la autoridad que establece la ley.

De lo expuesto deriva que a esta teoría la denominen *teoría del matrimonio como acto jurídico "mixto"* y, agregan algunos, "complejo".

3.2.2.6 Nuestra postura acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio

En nuestra opinión, la naturaleza jurídica del matrimonio es la de una institución, pues cumple con los requisitos apuntados en el apartado correspondiente, pero además debemos agregar otros atributos a los ya expuestos. Como decía Bonnecase, la naturaleza jurídica del matrimonio se explica por la noción *institución jurídica* y encuentra su expresión en la noción *matrimonio institución*; para ello es preciso definir el término *institución jurídica* y señalar los rasgos distintivos de la institución jurídica del matrimonio.

Para verter nuestra opinión seguiremos la doctrina de Bonnecase, agregando modestamente lo que consideramos oportuno desde nuestro punto de vista.

Desde el punto de vista del derecho, el matrimonio define y da significado individual, moral y social a ese organismo natural que es la familia; ésta es un todo orgánico. El derecho, como lo afirmamos en el primer capítulo, no crea a la familia, simplemente —aquí nos apartamos del pensamiento de Bonnecase— reconoce la forma en que el ser humano organiza su vida y ese núcleo denominado *familia*, que crea fundado en el dominio experimental de su ser y de su existir. El hombre, decía Bonnecase, postula la familia, por ello en el transcurso de la historia humana ha habido formas diversas de postular la familia, ya se considere estrictamente el punto de vista físico, la necesidad biológica, afectiva, moral, económica o social.

Las relaciones contractuales vinculan meramente el contenido obligacional que está al alcance de cualquier persona; en este sentido, la materia de la obligación es arbitraria. En tanto, como decía Savigny, la materia de las relaciones familiares es proporcionada por la naturaleza orgánica del ser humano y lleva el sello de la necesidad. Las relaciones de la familia, a diferencia de la obligación, persisten, en muchos casos, incluso después del divorcio o la separación de los cónyuges. Las relaciones de familia, en su conjunto, forman una comunidad; sus partes son el matrimonio, la patria potestad, el parentesco. Todas ellas tienen en el fondo un carácter de necesidad, independientemente del derecho positivo.

En la familia se reúnen tres elementos, entendidos en ocasiones de distintas maneras, pero inseparables: el elemento natural (sea homosexual o heterosexual), el moral (en su concepto íntimo y personal) y el legal (como simple reconocimiento a esa relación humana que es la familia). Ahora bien, si por institución jurídica entendemos:

> el conjunto de reglas de derecho que constituyen un todo orgánico y que comprenden una serie indefinida de relaciones transformadas en relaciones de derecho, que en el caso de la familia derivan de un hecho fundamental que puede ser de orden físico, biológico, moral, económico o social. ■

Por tanto, podemos afirmar que el matrimonio, atendiendo a su naturaleza jurídica, es:

> una institución jurídica de orden público formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la familia una organización legal, moral y social, que corresponda a las diferentes aspiraciones del momento y a la naturaleza del hombre. ■

Por último, de conformidad con los argumentos vertidos en capítulos precedentes, recalcamos la necesidad de separar del derecho civil el derecho de familia, dándole autonomía en todos los sentidos, pero sobre todo autonomía legislativa, dada su naturaleza jurídica aquí expuesta.

3.2.3 Fines del matrimonio

Las modificaciones legales respecto del matrimonio, en el sentido estricto de la ley, tuvieron impacto sobre los considerados fines del matrimonio, de acuerdo con el art. 146, que dice: "Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro

Civil y con las formalidades que estipule el presente código." De acuerdo con esta disposición, podemos señalar que los fines del matrimonio son:

- La comunidad de vida.
- La procuración de respeto, igualdad y ayuda mutua.

Estos fines establecidos en la ley deben ser entendidos y explicados a la luz incluso de las disposiciones constitucionales. Es evidente que la vida en común implica deberes y consideraciones mutuas en atención a los propósitos de vivir bajo un mismo techo, compartir las tareas de dicha vida comunitaria y sostener el hogar, entre otras que derivan de la comunidad de vida. La procuración de respeto, igualdad y ayuda mutua traen consigo el trato digno, el reconocimiento de que en la relación de pareja los derechos y deberes deben ser entendidos de acuerdo con la relación equitativa de la pareja, con idénticos derechos y deberes.

Lo anterior es de conformidad con nuestra Carta Magna, que consagra la igualdad entre el hombre y la mujer. En efecto, el art. 4° de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* dice sobre este particular: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia." Debemos recordar que los cambios sobre la igualdad entre el hombre y la mujer se fueron dando poco a poco y en distintas disposiciones a lo largo de los años. Así, esta igualdad se fue haciendo realidad paulatinamente, reconociendo en particular derechos a las mujeres, permitiéndoles el acceso en distintos ámbitos de la vida social, en igual consideración que a los hombres, como la educación, el trabajo y el reconocimiento de derechos políticos, aun cuando falta camino por recorrer.

Asimismo, la igualdad de derechos de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, el reconocimiento del trabajo en el hogar como contribución económica de la mujer, el deber de mantener a los hijos en condiciones iguales, entre otros, son algunos de los cambios más significativos que se fueron incorporando en la legislación civil, mismos que culminaron con las últimas reformas, precisamente sobre el matrimonio. Respecto de la igualdad, el CCDF dice en su art. 164:

> Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.
>
> Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

Dado el concepto de matrimonio del art. 146 vigente, la procreación y la perpetuación de la especie no existen más como fines del matrimonio, según lo consideraban códigos civiles anteriores. El art. 4° constitucional establece: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos." La procreación, de acuerdo con la disposición constitucional y, acorde con ella, nuestra reciente reforma al Código Civil, resulta potestativa y queda a la libre decisión de la pareja. La procreación y la formación de la prole son la expresión de la libertad por excelencia, pues implican adquirir serias responsabilidades para toda la vida.

Por otra parte, dado que ahora la ley lo permite, las personas pueden constituir con otra persona del mismo sexo o del sexo contrario una comunidad de vida plena, permanente y reconocida social y jurídicamente como matrimonio. Queda fuera de sus finalidades la procreación. Y qué decir del débito conyugal: en anteriores legislaciones, en las que la procreación era un fin del matrimonio, quedaba implícito el débito conyugal, por lo cual se podía afirmar que cada cónyuge estaba facultado para exigirlo.

A este respecto señalamos que, independientemente de lo establecido en la legislación anterior o en la actual, el débito conyugal siempre ha sido una decisión libre, dentro de la intimidad de los cónyuges.

Con base en lo anterior y de acuerdo con la reforma comentada, la procreación queda como un fin del matrimonio susceptible de ser elegido. La pareja es libre para decidir si quiere asumir el compromiso de la maternidad o de la paternidad. En ese sentido dice el art. 162 del CCDF:

> Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.
>
> Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Independientemente de las modificaciones legales habidas en este sentido, siempre la pareja ha decidido libremente el número de hijos y su espaciamiento, pues nunca ha sido mandato legal tenerlos o no tenerlos; este hecho más bien obedece a parámetros sociales, culturales o educativos.

3.2.4 Requisitos para contraer matrimonio

El matrimonio en Roma, como lo afirmamos anteriormente, no se hallaba sujeto a ninguna solemnidad, no constituían su celebración en acto público con intervención de la sociedad, lo habían dejado completamente en la clase de actos privados. No había en el derecho romano ninguna necesidad, ningún tipo de acto, para hablar de la existencia del matrimonio. Podemos decir que el acto de matrimonio era la simple tradición de la mujer. Sobre este particular existían formas simbólicas transmitidas por la costumbre y cuya pompa se aumentaba en proporción a la fortuna de los esposos, pero no eran circunstancias que exigieran las leyes.

Así, la tradición de la mujer en el matrimonio se hallaba sometida a las reglas del derecho ordinario: era preciso que el marido, de cualquier manera, fuese puesto en posesión de la mujer. Recordemos que en general la tradición en el derecho romano tenía lugar cuando el acreedor tomaba el objeto que se le debía, o cuando el deudor lo entregaba él mismo a su acreedor; de esta manera, en el matrimonio, la mujer, con pompa nupcial, cantos y guirnaldas, era conducida a la casa de su marido.

La tradición también se podía llevar a cabo sin que la cosa fuera puesta en manos o en la casa del acreedor, cuando de cualquier otro modo había sido puesta a su disposición; por ejemplo, respecto del vendedor que muestra a su comprador el terreno que le vende: basta que las partes consientan la tradición en presencia de la cosa —*si in re praesenti consenserint*—, la posesión se toma entonces no por el cuerpo y por el tacto, sino con los ojos y con la intención —*sed oculis et affectus*—. Según estos principios, para que tuviese lugar la tradición de la mujer no era indispensable que el marido se apoderase de ella corporalmente o que fuese conducida a su casa. Bastaba que la mujer hubiese sido puesta, o si era *sui juris* se hubiese puesto ella misma en la posesión del marido: *si in re praesenti consenserit; solo affectu.*

En conclusión, en el derecho romano el matrimonio se formaba por el consentimiento y por la tradición de la mujer, verificada de una manera cualquiera.

A veces se extendía un acta, ya para arreglar las convenciones relativas a los bienes —*instrumenta dotalia*—, ya para comprobar el matrimonio —*nuptiales tabulae, instrumenta ad probationem matrimonii*—, pero estas actas sólo eran medio de prueba y no formaban parte del matrimonio; si éste se había contraído sin tales títulos, no por eso dejaba de existir. Para que existiera el matrimonio, no era necesario que hubiese sido consumado por la cohabitación; tenía lugar desde que la esposa era conducida o entregada al marido. Dice el Digesto: *... statim atque ducta est uxor, quambis nondum in cubi mariti venerit. Nupatias enim non concubitus, sed consensus facit.* (... luego que se casa, aunque no haya consumado el matrimonio, porque éste no consiste en la conjunción, sino en el consentimiento.)[11]

La época más notable sobre el matrimonio se presenta cuando Augusto realza la dignidad del matrimonio y emite dos leyes: la Ley Julia y la Ley Papia Poppea; de acuerdo con ellas:

> *Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundun praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes, sive patres familias sint, sive filii familias dum tamen, si filii familias sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut jussus parentis praecedere debeat. Unde quaesitum est, an furiosi filius uxorem ducere possit? Cumque super filio variabatur, nostra pocessit secisio, qua permissum est ad exemplum filiae furiosi, filium quoque furiosi posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum.* (Contraen entre sí justas nupcias los ciudadanos romanos, cuando se unen según los preceptos de las leyes los varones púberes con las hembras núbiles, ya sean padres de familia, ya hijos de familia; con tal de que en este último caso obtengan el consentimiento de sus padres bajo cuya potestad se hallan. Mas que esto debe hacerse lo persuaden el derecho civil y el natural, de tal manera que *deba preceder* la autorización del padre. De donde procede esta cuestión: ¿el hijo o la hija del loco pueden casarse? Y como *respecto del hijo estaban divididas las opiniones*, tuvo lugar nuestra decisión, según la cual, y a ejemplo de lo que sucede a la hija de loco, es permitido al hijo de otro contraer matrimonio, sin intervención del padre, según se declara por nuestra constitución.)

De acuerdo con las Instituas, ¿cuáles son los requisitos para contraer matrimonio? Ulpiano indica tres condiciones o requisitos para que haya justas nupcias o para contraer matrimonio:

1. *La pubertad*: se entiende que es el estado físico en que por el desarrollo de su cuerpo un hombre se hace capaz de unirse a una mujer, y recíprocamente, aquel en que la mujer se hace capaz de unirse a un hombre. Se fijó legalmente la pubertad para las hembras a los 12 años y para los varones a los 14. Antes de esa edad se podían contraer esponsales, pero la unión contraída no era un matrimonio legítimo, ni llegaría a serlo hasta la pubertad. *Minorem annis duodecim nuptam tune legitimam uxorem fore, quum apud virum explesset duodecim annos.* (La que se casó siendo menor de doce años, será mujer legítima cuando cumpla los doce años en poder del varón.)[12]
2. *El consentimiento*: respecto de los hijos, el consentimiento para casarse debía ser libre. El poder del jefe de familia no se entendía hasta obligar a casarse a los que se hallaban bajo su poder. *Non cogitu filius familias uxorem ducere.* (No se puede obligar al hijo de familia a

[11] D. 35, I, 15.
[12] D. 23, I, 4.

que contraiga nupcias.)[13] Esto significa que el poder del padre de familia no llegaba hasta el límite de obligar a casarse a los que se hallaban bajo su poder, pues no se podía obligar al hijo a que contrajera nupcias.

El loco, el incapaz de consentir, era incapaz de casarse. *Nuptiae consistire non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coëunt, quorumque in potestate sunt.* (No se pueden efectuar nupcias sin el consentimiento de todos, a saber de los que contraen, y de aquellos bajo cuya patria potestad están los contrayentes.)[14]

El consentimiento del jefe de familia se exigía por su patria potestad y como consecuencia de sus derechos de propiedad sobre los individuos que se hallaban sometidos a él. Nunca se requería el consentimiento de la madre, pues ésta no tenía patria potestad.

3. *El connubium*: es importante aclarar qué es el *connubium*, pues con frecuencia se toma como sinónimo de matrimonio; su significado es la capacidad relativa para unirse a tal o cual persona. Ulpiano define: *Connubium est uxoris jure ducendae facultas.*[15] Para que un matrimonio sea legítimo, es preciso que cada uno de sus integrantes sea individualmente capaz, pero también es preciso que sean capaces de casarse el uno con el otro; esta capacidad relativa es lo que se conoce como *connubium*.

El *connubium* era la capacidad jurídica, precisaba ser libre y ser ciudadano, es decir, tener el *status libertatis* y el *status civitatis*. No es matrimonio, sino *contubernium*, la unión de esclavos. Precisamente del *connubium* derivan los impedimentos para contraer matrimonio, de los cuales nos ocuparemos más adelante.

Sobre los requisitos para contraer matrimonio, el CCDF establece en su art. 148 los siguientes:

- Es necesario que los contrayentes sean mayores de edad.
- Cabe la posibilidad de que los menores de edad contraigan matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido 16 años. En este caso requerirán el consentimiento del padre o la madre o, en su defecto, del tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de ésos, el juez de lo familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.
- Finalmente, en caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez y así lo acredite a través del certificado médico respectivo, el juez del Registro Civil, a petición del padre o la madre, podrá dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior —esto es, 16 años—, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa a menores de 14 años.

En los numerales siguientes, el citado ordenamiento legal abunda sobre algunos detalles acerca de quienes han otorgado el consentimiento; menciona que quien ejerza la patria potestad, o el tutor que ha prestado su consentimiento firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el juez del Registro Civil, no puede revocarlo, a menos que haya causa justa para ello. El juez de lo Familiar que hubiere autorizado a un menor para contraer matrimonio, no podrá revocar el consentimiento sino por causa superveniente.

3.2.5 Impedimentos para contraer matrimonio

Aunque los impedimentos para contraer matrimonio existen desde el antiguo derecho romano, en el derecho canónico se sistematizó su doctrina y a partir del siglo XVII su uso se genera-

[13] D. 23, I, 21.
[14] D. 23, I, 2.
[15] D. 1, 4.

lizó, desde esa fecha se sigue empleando en las legislaciones modernas. En el derecho romano los impedimentos para contraer matrimonio atendían a distintas circunstancias, tanto éticas como políticas y religiosas, y se clasificaban en:

I. Impedimentos absolutos, que eran:

a) El matrimonio precedente, no disuelto.
b) La esclavitud de uno de los cónyuges.
c) El voto de castidad y las órdenes mayores en el derecho nuevo.

II. Impedimentos relativos son:

a) *El parentesco de sangre o cognación.* En la línea recta, está prohibido el matrimonio entre ascendientes y descendientes hasta el infinito, en la línea colateral, hasta el tercer grado, incluso hermanos, tío y sobrina, tía y sobrino; sin embargo, un Senado consulto del año 49 d. C., con el fin de permitir el matrimonio del emperador Claudio con su sobrina Agripina, autorizó la unión entre tío y sobrina. Constantino restableció la prohibición de tomar por esposa a la hija del hermano. Las uniones entre primos fueron prohibidas en la segunda mitad del siglo IV, pero a comienzos de siglo V fueron nuevamente permitidas.
b) El parentesco de adopción —*adoptiva cognatio*— constituye también impedimento, aunque cesa, tratándose de línea colateral, cuando se ha disuelto por emancipación.
c) Según norma justinianea, constituye impedimento el parentesco espiritual: está prohibido el matrimonio entre el padrino y el ahijado.
d) *El parentesco por afinidad.* En la época clásica no se permitía el matrimonio entre padrastro e hijastra, madrastra e hijastro, suegro y nuera, suegra y yerno. Posteriormente se agrega la prohibición establecida por el derecho cristiano en orden a los cuñados.
e) Son impedimentos el adulterio y el rapto. Esta prohibición se establece en la *Lex Julia adulterii* y es confirmada por la *Lex Julia Papia;* de acuerdo con estas leyes queda prohibido el matrimonio entre la adúltera y su cómplice. El derecho de la última época prohíbe el matrimonio entre el raptor y la raptada.
f) También hay impedimento para contraer matrimonio por otras razones:

i. Se prohíbe el matrimonio, bajo pena de nulidad, entre el tutor, su paterfamilias, sus descendientes y la pupila, hasta en tanto se hayan rendido cuentas; esto, en virtud de un senadoconsulto de Marco Aurelio y Commodo. Sobre el particular se lee en el Digesto: *Senatusconsulto, quo cautum est, ne tutor pupillam vel filio suo, vel sibi nuptum collocet, etiam nepos significatur.* (Por constitución del Senado, que prohíbe que él y su hijo casen con su pupila, esta prohibición se extiende también al nieto.)[16]
ii. Por mandatos imperiales, se prohíbe el matrimonio al magistrado provincial con mujer oriunda del territorio en que ejerce su cargo, o bien domiciliada en él. El matrimonio sólo está permitido *post depositum officium*: *Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam, velibi domicilium habentem uxorem ducere non potest...* (Si alguno regenta algún cargo en alguna provincia, no puede casarse con mujer que tenga su origen o tenga el domicilio en ella...)[17]

[16] D. 23, II, 59.
[17] D. 23, II, 38.

iii. Para mantener la disciplina en el ejército, el derecho de la época imperial prohíbe a los militares contraer matrimonio. Esta prohibición fue revocada a finales del siglo II.
iv. Por cuestiones sociales se prohíbe el matrimonio entre senadores y descendientes suyos y libertas, así como entre senadores y mujeres de abyecta condición. Esta prohibición desaparece en la legislación justinianea: *Lege Pappia cavetur, ómnibus ingenuis praeter Senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere.* (Por la ley Papia es lícito a todos los ingenuos, excepto a los Senadores y sus hijos, casarse con libertina.)[18]
v. En el derecho clásico la mujer no podía contraer nupcias antes de los 10 meses de la disolución del precedente matrimonio por muerte del marido. En la época preclásica la prohibición se extendía hasta un año, incluyendo la disolución por divorcio. Estas prohibiciones tenían como objetivo despejar dudas acerca de la paternidad, por ello cesaban si la mujer daba a luz antes de los 10 meses o del año.
vi. Finalmente, por motivos religiosos, se establecía por el derecho nuevo la prohibición de contraer matrimonio entre cristianos y judíos.

En el derecho francés, sin apartarse mucho del derecho romano, Planiol y Ripert mencionan los siguientes impedimentos o prohibiciones para contraer matrimonio:

- La existencia de un primer matrimonio no disuelto.
- El parentesco por consanguinidad o afinidad en grado prohibido.
- El temor de una confusión de parto.
- El estado militar.

A continuación hacen un estudio y desarrollo preciso de cada uno de ellos que sugerimos consultar; los alcances de nuestra obra nos impiden entrar en detalles.[19]

Ahora bien, en el CCDF los impedimentos para contraer matrimonio se encuentran establecidos en los arts. 156, 157 y 159. Al respecto, transcribiremos dichos artículos y donde lo amerite haremos nuestros comentarios.

El art. 156, en sus distintas fracciones, se refiere a dichos impedimentos para contraer matrimonio de la manera siguiente:

> Son impedimentos para celebrar el matrimonio:
> I. La falta de edad requerida por la Ley;

Sobre esta fracción recordemos que la ley (art. 148 dice que los contrayentes deben ser mayores de edad, pero autoriza a los menores de edad (que tengan 16 años) para contraerlo con ciertas condiciones que explicamos anteriormente.[20]

> II. La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos;

Sin duda que esta fracción se refiere a cuando los contrayentes son menores de edad, de acuerdo con el citado art. 148:

[18] D. 23, II, 23.
[19] Cfr. Marcel Planiol y Georges Ripert, *Derecho Civil,* Clásicos del derecho civil, vol. 8, Harla, México, 1997, pp. 119-123.
[20] Supra, p. 91.

III. El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;

Sobre este particular hay que señalar la dificultad para probarlo.

VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
VII. La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;

La violencia física y moral hay que entenderla en los términos establecidos en los arts. 245 y 1819.

VIII. La impotencia incurable para la cópula;
IX. Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
X. Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

Dice este artículo: "Tienen incapacidad natural y legal: I. Los menores de edad; II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla."

XI. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer; y
XII. El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.

En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

La fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.

Bajo el régimen de adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes (art. 157). Respecto del tutor, no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no le concederá el presidente municipal respectivo sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela (art. 159). Hasta aquí los impedimentos para contraer matrimonio.

Para seguir con el análisis del matrimonio y tratar adecuadamente el tema de su formalidad y su nulidad, es necesario partir de la teoría del acto jurídico, que seguramente ya fue estudiada en otros cursos u obras del derecho civil, aun cuando señalamos que el matrimonio, en nuestra opinión, no goza de esta naturaleza jurídica.

3.2.6 Elementos esenciales o de existencia y requisitos de validez del matrimonio

Los elementos del acto jurídico no son aplicables al matrimonio en su totalidad, pues éste se encuentra normado por el Código Civil en forma especial; sin embargo, conviene estudiarlo a luz de la teoría del acto jurídico. Recordemos que los elementos esenciales del acto jurídico son:

- *El consentimiento*: éste tiene por objeto asegurar la expresión de la voluntad libre de los contrayentes. Ya el Código Civil francés decía que si no hay consentimiento no hay matrimonio; entiéndase, pues, que si falta el consentimiento el matrimonio es simplemente inexistente, de conformidad con los arts. 1794 y 2224 del CCDF.
- *El objeto*: sabemos por la teoría del acto jurídico que el objeto tiene tres acepciones: como objeto directo, objeto indirecto y el objeto como cosa.
  - a) *El objeto directo*: consiste en la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones; en el caso del matrimonio se crean una serie de derechos y obligaciones, patrimoniales, extrapatrimoniales y otros derivados de la comunidad de vida, que estudiaremos más adelante.
  - b) *El objeto indirecto*: consiste en el contenido obligacional del acto jurídico, que puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer; en el caso particular del matrimonio, mucho del contenido obligacional está definido por la ley y no se pueden aceptar pactos en contrario, aunque sobre otros sí se puede convenir. De acuerdo con el ya citado art. 146, el objeto del matrimonio es realizar comunidad de vida, procurarse respeto, igualdad y ayuda mutua; es obvio que sobre esto no cabe pacto en contrario (art. 147).
- *La solemnidad*: recordemos que, de acuerdo con la forma, existen actos consensuales, formales y solemnes. Son *consensuales* aquellos en los que, para su perfeccionamiento, sólo basta el simple consentimiento. Son *formales* aquellos en los que la ley establece que el consentimiento debe otorgarse por escrito, ya sea entre las partes con testigos o bien ante fedatario público. Finalmente, los actos *solemnes* son aquellos a los que, dada su trascendencia, la ley les exige una forma especial, de tal manera que su falta los hace inexistentes. Éste es el caso del matrimonio, donde la ley exige formalidades especiales; sobre este particular, el art. 146 ya citado dice que el matrimonio debe celebrarse ante el juez del Registro Civil. La celebración del matrimonio ante dicho juez, el otorgamiento del acta de matrimonio con los requisitos que señala la ley y la declaración del juez, son elementos que constituyen la solemnidad.

Se supone que la falta de alguno de los elementos anteriores hace inexistente el matrimonio; sin embargo, esto es cuestionable, como lo veremos más adelante.

3.2.7 Formalidades para contraer matrimonio

De acuerdo con lo anterior, el matrimonio reviste una formalidad especial, por ello se dice que es un acto solemne. A esta solemnidad se refieren expresamente los siguientes artículos, aunque podemos precisar que no queda claro en qué consiste esa solemnidad:

Artículo 103 Bis. La celebración conjunta de matrimonios no exime al juez del cumplimiento estricto de las solemnidades a que se refieren los artículos anteriores.

Estos artículos anteriores son del 97 al 103, que realmente hablan de las actas de matrimonio.

Artículo 250. No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial.

En los arts. 97 a 103 se habla de requisitos o, si se quiere, de formalidades del acta y solemnidades del acto de celebración del matrimonio. Dentro de estas últimas cabe mencionar como tales la pregunta del juez del Registro Civil a los contrayentes respecto de si es su voluntad unirse en matrimonio, la respuesta de los contrayentes a la misma y, sobre todo, la intervención del juez que, en nombre de la sociedad y de la ley, los declara unidos en matrimonio.[21]

[21] **Artículo 97.** Las personas que pretendan contraer matrimonio, deberán presentar un escrito ante el Juez del Registro Civil de su elección, que deberá contener:
I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio de los pretendientes, nombre y apellidos de sus padres.
II. Que no tienen impedimento legal para casarse, y
III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.
Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y asimismo contener su huella digital.
Para el caso de matrimonios fuera de las oficinas del Registro Civil deberá observarse lo establecido en el Reglamento del Registro Civil.
Artículo 98. Al escrito al que se refiere el artículo anterior, se acompañará.
I. El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto sea notorio que son menores de dieciséis años;
II. La constancia de que otorguen su consentimiento las personas a que se refiere el artículo 148 de este Código, para que el matrimonio se celebre.
III. Un documento público de identificación de cada pretendiente o algún otro medio que acredite su identidad de conformidad con lo que establezca el Reglamento del Registro Civil.
IV. DEROGADO;
V. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio ni aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el Oficial del Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado.
Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura.
VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutiva de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente;
VII. La manifestación, por escrito y bajo protesta de decir verdad, en el caso de que alguno de los contrayentes haya concluido el proceso para la concordancia sexo-genérica, establecido en el Capítulo IV Bis del Título Séptimo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, misma que tendrá el carácter de reservada; y
VIII. Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.
Artículo 99. En el caso de que los pretendientes, por falta de conocimientos, no puedan redactar el convenio a que se refiere la fracción V del artículo anterior, tendrá obligación de redactarlo el Oficial del Registro Civil, con los datos que los mismos pretendientes le suministren.
Artículo 100. El Juez del Registro Civil a quien se presente una solicitud de matrimonio que llene los requisitos enumerados en los artículos anteriores, hará que los pretendientes y los ascendientes o tutores que deben prestar su consentimiento, reconozcan ante él y por separado sus firmas.
Artículo 101. El matrimonio se celebrará dentro de los ocho días siguientes a la presentación de la solicitud de matrimonio en el lugar, día y hora que se señale para tal efecto.
Artículo 102. En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44.
Acto continuo, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, les hará saber los derechos y obligaciones legales que contraen con el matrimonio, para posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.
Artículo 103. Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

USBI-VERACRUZ

En realidad la ley no es clara, pues no especifica los requisitos de la solemnidad, por lo que es cuestionable, así lo dicen varios autores, si el matrimonio es un acto solemne, y aunque los arts. 103 bis y 250 del citado ordenamiento mencionan la solemnidad, no dicen en qué consiste ésta. Por otra parte, en estricto sentido doctrinario, la falta de solemnidad hará al matrimonio inexistente; sin embargo, el art. 250 alude a la nulidad por falta de solemnidad.

Por lo que respecta a los requisitos de validez del acto jurídico, se citan los siguientes:

- *La capacidad de las partes*: recordemos brevemente lo estudiado en los primeros cursos de derecho civil, relativo a la capacidad de ejercicio que se adquiere a la mayoría de edad. En el caso que nos ocupa, éste es uno de los requisitos para contraer matrimonio; sin embargo, también lo pueden contraer los menores que hayan cumplido 16 años, si satisfacen los requisitos del art. 148 del citado código.
- *La ausencia de vicios del consentimiento*: estos vicios (el error, el dolo, la mala fe, la violencia y la lesión) están contenidos en los arts. 1812, 1815 y 1816; no abundaremos sobre ellos, pues asumimos que ya han sido abordados con detalle en otros cursos, simplemente recomendamos leer los artículos citados para recordar.

  En el caso particular del matrimonio, la ley menciona expresamente en el art. 235 el error acerca de la identidad de la persona con quien se contrae matrimonio, al que volveremos en el apartado siguiente.
- *La licitud*: sobre ella los arts. 1795, fracc. III, 1830 y 1831 dicen lo siguiente:

  Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado: ...
  III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito.
  Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.
  Artículo 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

  Ahora bien, por lo que toca al matrimonio, la ilicitud queda comprendida en los impedimentos para contraer matrimonio que fueron expuestos en el párrafo correspondiente de esta obra.
- *La formalidad*: ya la explicamos en párrafos anteriores.

Con base en lo anterior estamos en condiciones de abordar el tema siguiente.

I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;
II. Si son mayores o menores de edad;
III. Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;
IV. En su caso, el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, la tutela o las autoridades que deban suplirlo;
V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;
VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la Ley y de la sociedad;
VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;
VIII. DEROGADA.
IX. Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.
El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.

3.2.8 Los matrimonios nulos y sus efectos

La nulidad resulta, en términos generales, de la falta de algunos de los requisitos de validez y puede ser absoluta o relativa; sin embargo, en materia de matrimonio, la nulidad tiene reglas específicas. Por lo anterior debemos considerar, respecto de las nulidades del matrimonio, lo siguiente:

- En general las causas de nulidad del matrimonio son expresas, están en el texto de la ley; no cabe, pues, interpretación analógica. Esto obedece y prueba, como lo hemos reiterado, que las disposiciones sobre el derecho de familia son de orden público; por ello no cabe acuerdo voluntario de las partes.
- El matrimonio, dice el art. 253, tiene a su favor la presunción de ser válido; sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria.

A los matrimonios nulos se refieren los arts. 146 y 147 de nuestro Código Civil, de la manera siguiente:

> **Artículo 146.** Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.
> **Artículo 147.** Serán nulos los pactos que hagan los contrayentes, en contravención a lo señalado en el artículo anterior.

Queda claro de acuerdo con este art. 146 *in fine* que el matrimonio debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y que reviste las formalidades expresadas en la ley. Complementa el art. 147 que serán nulos los pactos que hagan los contrayentes, en contravención a lo señalado en el artículo anterior. De manera detallada en el Capítulo IX, arts. 235 a 263, se indican las causas de nulidad y algunas reglas específicas para promoverla. A continuación formulamos preguntas que serán contestadas, con base en el CCDF, sobre algunos de estos artículos.

¿Cuáles son las causas de nulidad del matrimonio? En lo específico, las causas de nulidad del matrimonio las señala el art. 235 y son:

> I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;
> II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y
> III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.

En el caso del error contemplado en la fracc. I de este artículo, citamos al pie de página el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que lo explica.[22]

[22] [TA], 8ª Época, TCC, SJF, Tomo II, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1988, Página 331.
MATRIMONIO, ERROR EN LA PERSONA COMO CAUSA DE NULIDAD DE. El artículo 221, fracción I, del Código Civil del Estado de México, cuyo texto es idéntico al 235, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal, prevé como causa de nulidad del matrimonio el error en la persona. Esta causa de nulidad tiene como antecedente remoto el artículo 180, segundo párrafo, del Código Civil Francés, que originalmente decía: "180. Cuando haya habido error en la persona, el matrimonio no puede ser impugnado más que por aquel de los dos esposos que haya sido inducido a 'error'." Como este último precepto no precisaba en qué consistía el "error en la persona", la doctrina francesa dio tres distintas explicaciones: *a)* "error sobre la identidad física", que supone una sustitución de personas y que se ilustra en el ejemplo dado por Pothier en los siguientes términos: "...proponiéndome casar con María y creyendo contratar con María y casarme con María, prometo fe de matrimonio a Juana, que se hace pasar por María..."; *b)* "error en la identidad civil", llamado también "error sobre la familia", error que no recae sobre la persona física, sino sobre su identidad jurídica o identidad civil, es decir, uno de los esposos si ha querido contraer matrimonio con su cónyuge, pero su consentimiento obedeció a que le creía otra identidad, y *c)* "error sobre una cualidad sustancial" de la persona, que implica que uno de los esposos se había engañado sobre una cualidad importante de su cónyuge (nacionalidad, religión, etcétera), de tal manera que de no ser ese error no hubiera consentido el matrimonio. Hasta la ley 75-617, de once de julio de mil novecientos setenta y cinco, el artículo 180, segundo párrafo, del Código Civil Francés fue reformado y a las palabras error en la persona fueron agregadas "...o sobre sus cualidades esenciales...". La dificultad que existió en el derecho francés hasta antes de la reforma mencionada no se produjo en el nuestro, porque el artículo 235, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal (221, fracción I, del Código Civil del Estado de México), al igual que el artículo 286 del Código Civil de mil novecientos setenta, reproducido en el 263 del código de mil ochocientos ochenta y cuatro y en el 114 de la Ley de Relaciones Familiares, al hacer referencia al error en la persona, adoptó la primera de las explicaciones dadas por la doctrina francesa, es decir, identificó el error en la persona como el error sobre la "identidad física", al aclarar de manera expresa, que el error acerca de la persona acontece "...cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra". En esta virtud de la única causa de nulidad del matrimonio sustentada en el error que reconoce la ley es la que se refiere al error sobre la persona, entendiendo exclusivamente como tal, el que versa sobre la identidad física; de ahí que la acción de nulidad del matrimonio, aunque se diga sustentada en el error en la persona, si se refiere en realidad a la identidad civil de uno de los cónyuges o a una cualidad o atributo de la persona, debe ser desestimada.
CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
Amparo directo 1214/88. Eliana Cazanave Tapié Isoard. 18 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Marcela Hernández Ruiz.

¿Quién puede hacer valer la acción de nulidad que nace del error? ¿En qué plazo lo puede hacer? La acción de nulidad que nace del error sólo puede ser deducida por el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error dentro de los 30 días siguientes al momento en que lo advierta, se tendrá por ratificado el consentimiento y quedará subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule (art. 236).

En el matrimonio de una persona menor de edad, ¿cuándo cesa la causa de nulidad? El matrimonio de un menor de edad dejará de ser causa de nulidad cuando la persona menor hubiere llegado a los 18 años, y ni ésta ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad (art. 237).

¿Quién puede alegar la nulidad por falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad? La nulidad por falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad sólo podrá ser alegada por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, y dentro de los 30 días contados desde el momento en que tengan conocimiento del matrimonio (art. 238).

En el caso anterior, ¿cuándo cesa la causa de nulidad? De acuerdo con el art. 239, la causa de nulidad a que se refiere el artículo anterior cesa:

> I. Si han pasado los treinta días sin que se haya pedido;
> II. Si dentro de este término, los que ejercen la patria potestad han consentido expresamente en el matrimonio, o tácitamente, haciendo donación a los hijos en consideración al matrimonio, recibiendo a los consortes a vivir en su casa, presentando a la descendencia como de los cónyuges en el Registro Civil, o practicando otros actos que, a juicio del Juez de lo Familiar, sean tan conducentes al efecto, como los expresados.

Tratándose de la nulidad por falta de consentimiento del tutor o del juez, podrá pedirse dentro del término de 30 días por cualquiera de los cónyuges o por el tutor; pero dicha causa de nulidad cesará si antes de presentarse demanda en forma sobre ella, se obtiene la ratificación del tutor o la autorización judicial, confirmando el matrimonio (art. 240).

¿Cómo opera la nulidad en el caso del parentesco por consanguinidad y por afinidad? En el caso del parentesco por consanguinidad, la nulidad opera de la manera siguiente:

- El parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, pero dejará de ser causa de nulidad si antes de declararse ejecutoriada la resolución de nulidad se obtiene dispensa, en los casos en que ésta proceda (art. 241).
- La acción que nace de esta clase de nulidad y la que dimana del parentesco de afinidad en línea recta pueden ser ejercitadas por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público (art. 242).
- La acción de nulidad que nace de la causa prevista en la fracc. V del art. 156 podrá ser deducida por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público en caso de disolución del matrimonio anterior por divorcio, y sólo por el Ministerio Público si este matrimonio se ha disuelto debido a la muerte del cónyuge ofendido. En uno y otro casos, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros (art. 243).
- La acción de nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima del atentado, o por el Ministerio Público, dentro de los seis meses contados desde el momento en que tuvieron conocimiento del nuevo matrimonio (art. 244).

¿Cuándo la violencia física y moral es causa de nulidad? La violencia física y moral será causa de nulidad del matrimonio en cualquiera de las circunstancias siguientes (art. 245):

I. Que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;
II. Que haya sido causada al cónyuge, a la persona o personas que la tenían bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, a sus demás ascendientes, a sus descendientes, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado; y
III. Que haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede ser deducida por el cónyuge agraviado dentro de 60 días contados desde la fecha en que cesó la violencia. Ahora bien, la acción de nulidad que se funde en alguna de las causas expresadas en las fraccs. VIII y IX del art. 156 sólo puede ser ejercitada por los cónyuges dentro de los 60 días siguientes, contados desde el momento en que se celebró el matrimonio (art. 246).

Debemos recordar que estas causales se refieren a la impotencia incurable para la cópula y al padecimiento de una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, respectivamente. Por otra parte, y de acuerdo con el art. 247, tienen derecho a pedir la nulidad, cuando se trata de un estado de incapacidad de los señalados en el art. 450, fracc. I, el otro cónyuge, el tutor del interdicto, el curador, el Consejo Local de Tutelas o el Ministerio Público.

También es causa de nulidad, según el art. 248, el vínculo de un primer matrimonio, existente al contraerse el segundo; aquél anula a éste aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad puede ser deducida por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, y por los cónyuges del segundo; si no la deduce ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público.

En estricta doctrina, cuando faltan formalidades esenciales en el matrimonio, éste debiera ser inexistente; según el art. 249, la nulidad que se funde en la falta de formalidades esenciales

para la validez del matrimonio puede ser alegada por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. También podrá declararse esa nulidad a instancia del Ministerio Público. Por otra parte, de acuerdo con el art. 250, no se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión del estado matrimonial.

La demanda de nulidad le corresponde a quien la ley lo concede expresamente, y no es transmisible por herencia ni de cualquier otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel a quien heredan (art. 251). Asimismo, una vez ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal, de oficio, enviará copia certificada de ella al juez del Registro Civil ante quien pasó el matrimonio, para que al margen del acta ponga una nota circunstanciada en la que consten la parte resolutiva de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marcó la copia, la cual será depositada en el archivo (art. 252).

Como regla general, el matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido; sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria (art. 253). La nulidad del matrimonio queda fuera de cualquier transacción o compromiso de árbitros (art. 254).

En materia de los efectos de la nulidad, el matrimonio se separa sustancialmente de la teoría general de las nulidades por las graves consecuencias que traería consigo, sobre todo en relación con los hijos; por ello, el matrimonio contraído de buena fe, aun declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo, en favor de sus hijos (art. 255).

Ahora bien, si el matrimonio es contraído de buena fe por parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos (art. 256). Pero si hubo mala fe de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos.

Sobre la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos resolverá el juez de lo Familiar. Para tal efecto, el padre y la madre propondrán la forma y términos de los mismos; de no haber acuerdo, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso. En ambos supuestos, deberá oírse previamente a los menores y al Ministerio Público (art. 259).

Cuando se declara la nulidad, ¿qué reglas se observan sobre las donaciones antenupciales? Cuando es declarada la nulidad del matrimonio, si hubo donaciones antenupciales se atenderá a lo siguiente (art. 262):

I. Las hechas por un tercero a los cónyuges, podrán ser revocadas;
II. Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y las cosas que fueren objeto de ellas se devolverán al donante con todos sus productos;
III. Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán subsistentes;
Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se hayan hecho, quedarán a favor de sus acreedores alimentarios. Si no los tienen, no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad.

¿Cuáles son las medidas que se deben tomar si al declararse la nulidad del matrimonio la mujer está embarazada? Finalmente, el art. 263 del ordenamiento citado dispone lo procedente si, al declararse la nulidad, la mujer se encuentra embarazada, para lo cual remite a las

medidas cautelares que prevé el Capítulo Primero del Título Quinto del Libro Tercero, que se refiere a las precauciones que se deben seguir cuando la viuda quede encinta.[23]

3.2.9 Matrimonios celebrados en el extranjero

A los matrimonios celebrados en el extranjero ya se refería el Código Civil de 1884, en sus arts. 174 y 175, que reconocían dicho matrimonio siempre y cuando fuera válido con arreglo a las leyes del país en que se celebró (art. 174).

Por otra parte, los matrimonios celebrados en el extranjero donde uno de los contrayentes fuera mexicano(a) producían efectos en el país, si se hacía constar que se realizaban de acuerdo con las formas y requisitos del lugar de celebración y si además el mexicano no contravenía las disposiciones del citado Código Civil relativas a los impedimentos, aptitud para contraer matrimonio y consentimiento de los ascendientes.

También el código de 1928, en el art. 161, se refería al matrimonio de mexicanos celebrados en el extranjero y exigía que el acta se transcribiera tres meses después de su llegada al país en el lugar en que se domiciliaban; pero absurdamente agregaba que si la transcripción se hacía dentro de esos tres meses, sus efectos se retrotraerían al momento de su celebración, pero —aquí viene el absurdo— si se hacía después de esos tres meses, sólo produciría efectos desde el día en que se hizo la transcripción.

Sobre la transcripción extemporánea del acta de matrimonio celebrada en el extranjero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación pronunció varias ejecutorias.[24]

[23] TÍTULO QUINTO. Disposiciones comunes a las sucesiones testamentaria y legítima.
CAPÍTULO I. De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta.
Artículo 1638. Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.
Artículo 1639. Los interesados a que se refiere el precedente artículo pueden pedir al juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, la substitución del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es.
Cuidará el juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor, ni a la libertad de la viuda.
Artículo 1640. Háyase o no dado el aviso de que habla el artículo 1638, al aproximarse la época del parto la viuda deberá ponerlo en conocimiento del juez, para que lo haga saber a los interesados. Éstos tienen derecho de pedir que el juez nombre una persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento; debiendo recaer el nombramiento precisamente en un médico o en una partera.
Artículo 1641. Si el marido reconoció en instrumento público o privado la certeza de la preñez de su consorte, estará dispensada ésta de dar el aviso a que se refiere el artículo 1638; pero quedará sujeta a cumplir lo dispuesto en el artículo 1640.
Artículo 1642. La omisión de la madre no perjudica a la legitimidad del hijo, si por otros medios legales puede acreditarse.
Artículo 1643. La viuda que quedare encinta, aun cuando tenga bienes, deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria.
Artículo 1644. Si la viuda no cumple con lo dispuesto en los artículos 1638 y 1640, podrán los interesados negarle los alimentos cuando tenga bienes; pero si por averiguaciones posteriores resultare cierta la preñez, se deberán abonar los alimentos que dejaron de pagarse.
Artículo 1645. La viuda no está obligada a devolver los alimentos percibidos aun cuando haya habido aborto o no resulte cierta la preñez, salvo el caso en que ésta hubiere sido contradicha por dictamen pericial.
Artículo 1646. El juez decidirá de plano todas las cuestiones relativas a alimentos, conforme a los artículos anteriores, resolviendo en caso dudoso en favor de la viuda.
Artículo 1647. Para cualquiera de las diligencias que se practiquen conforme a lo dispuesto en este Capítulo, deberá ser oída la viuda.
Artículo 1648. La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término máximo de la preñez; más los acreedores podrán ser pagados por mandato judicial.
Código Civil para el Distrito Federal.

[24] Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985, Tercera Sala, p. 550.

El citado artículo reformado dice en la actualidad:

Artículo 161. Los mexicanos que se casen en el extranjero, se presentarán ante el Registro Civil para la inscripción de su acta de matrimonio dentro de los primeros tres meses de su radicación en el Distrito Federal.

Así de simple, no va más allá, no indica cuáles son las consecuencias jurídicas si se contraviene o se hace fuera de los tres meses.

Para concluir este apartado, recomendamos leer lo correspondiente a la celebración del matrimonio que queda contenido en los arts. 35, 97, 98 y, sobre todo, 102 y 103; ya citados con anterioridad.

3.3 Efectos del matrimonio

En sentido amplio, los efectos del matrimonio comprenden todo lo vinculado con las relaciones familiares y es un tema muy amplio, pues la unión matrimonial constituye una de las relaciones más complejas e intensas entre los seres humanos, por los múltiples aspectos de la vida que quedan involucrados. Esto da origen a una serie de derechos y deberes, primero entre quienes intervienen en el matrimonio y posteriormente entre quienes se van integrando a la familia a lo largo de su existencia, así como respecto de los bienes con que inicia y los que se van adquiriendo durante su desarrollo. Sin embargo, una forma sencilla de agrupar los efectos es: *a)* en relación con las personas y *b)* en relación con los bienes.

3.3.1 Efectos del matrimonio en relación con los cónyuges

Desde la antigua Roma se contemplaban derechos y obligaciones que afectaban a ambos cónyuges; sin embargo, sabemos que éstos no se encontraban en un mismo plano de igualdad. Entre esos derechos y obligaciones podemos mencionar brevemente los siguientes:

- La mujer es castigada por el adulterio, el marido no.
- La ley confiere al marido la acción de injurias por las ofensas inferidas a la esposa, pues al marido le compete la defensa de la esposa.
- El marido tiene a su favor los *interdicta de uxore exhibenda et ducenda,* con la finalidad de reclamar la mujer a todo tercero que la retenga indebidamente.
- Entre cónyuges no se podían ejercitar las acciones penales e infamantes.
- En el derecho justinianeo, marido y mujer gozan recíprocamente del *beneficium competentiae.*
- Ambos tienen derecho a los alimentos[25] y a la sucesión hereditaria.

En el derecho francés, los arts. 212 a 214 del Código Civil francés se refieren a los derechos y obligaciones recíprocos de los cónyuges en los términos siguientes:

> Los cónyuges se deben mutuamente fidelidad, socorro y asistencia. *El marido debe protección a su mujer; la mujer, obediencia a su marido.* La mujer debe vivir con el marido y seguirlo a cualquier lugar donde establezca su residencia; él por su parte, debe proporcionarle todo lo indispensable para las necesidades de la vida; en proporción a sus necesidades y estado.[26]

[25] Cfr. D. 24, III, 22, 8.
[26] Julien Bonnecase, op. cit., p. 249.

En nuestra legislación, estos efectos comprenden todos los derechos y obligaciones que surgen recíprocamente entre los cónyuges. Con fundamento en los arts. 4° de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y 146 y 162 del CCDF, podemos señalar:

1. *El derecho a la libre procreación*, entendido como el derecho de ambos cónyuges para, de común acuerdo, decidir de manera libre, informada y responsable sobre el número de hijos que desean tener, y a la luz de las recientes modificaciones, también tienen libertad para, de común acuerdo, emplear cualquier método de reproducción asistida.
2. *Ejercer autoridad igual de común acuerdo*. Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos, así como a la administración de los bienes de estos últimos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el juez de lo Familiar (art. 168).
3. Libertad de los cónyuges para desempeñar cualquier actividad que sea lícita (art. 169).
4. *Ayuda mutua*. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente esos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar (art. 164).

   El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar (art. 164 bis). Es importante señalar que la ayuda mutua no sólo es de carácter patrimonial, como lo señala el artículo citado, sino que comprende aspectos inmateriales como el apoyo, consuelo, motivación, comprensión en las vicisitudes de la vida, etc. Asimismo, el respeto y la igualdad.

   Ahora bien, qué decir respecto de la fidelidad, la cohabitación y el débito conyugal, ¿se podrán considerar efectos del matrimonio?
5. *La fidelidad*. Cualquiera asume que es un deber recíproco implícito en la relación matrimonial y, para efectos prácticos, la fidelidad es consustancial al matrimonio, es la base de la estabilidad y permanencia del mismo. La fidelidad se traduce en la prohibición de relaciones sexuales extramatrimoniales; sin embargo, podemos afirmar que queda en el ámbito moral de los consortes. Sobre este particular, algunas legislaciones lo estipulan expresamente, como es el caso de los códigos civiles de Italia, España, Portugal y Costa Rica, entre otros.

   En el caso particular de nuestro país, los códigos civiles de 1870 y 1884, en sus arts. 198 y 189, respectivamente, lo estipulaban de manera expresa; sin embargo, el actual Código Civil no lo señala expresa ni indirectamente, pues ya no hay causales de divorcio como antes era el adulterio, que podía asumirse atentaba contra el deber de fidelidad. No obstante, la misma comunidad de vida y los fines propios del matrimonio implican la fidelidad. En nuestra opinión, más que un deber jurídico, debe entenderse, sobre todo en la actualidad, como un deber de carácter moral, que fortalece la unión y estabilidad de la pareja y es la base para asegurar los demás fines del matrimonio; pero bien haría la ley en incorporarlo expresamente.

6. La *cohabitación*. En este caso hay menos duda, pues el art. 163 del Código Civil expresa que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, que es el lugar establecido de común acuerdo por ambos y donde disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

   Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden eximir de esta obligación cuando el otro traslade su domicilio a un país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en un lugar que ponga en riesgo su salud e integridad.
7. *El débito conyugal*. A éste se han referido como deber y como derecho; sin embargo, debemos reconocer que es una situación delicada de normar, dado que queda en el ámbito de la vida íntima de la pareja. No hay, pues, artículo expreso en la legislación sobre este asunto y pensamos que así debe ser.

3.3.2 Efectos del matrimonio en relación con los hijos

Respecto de los efectos del matrimonio sobre los hijos, de acuerdo con el art. 164 del Código Civil ya citado, los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar; de hecho, "el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar" (art. 164 bis). Parece fácil y se dice rápido, pero los efectos vinculados con la educación de los hijos tienen muchas implicaciones.

Finalmente, sobre los efectos del matrimonio en relación con los hijos, podemos señalar los derechos y obligaciones que nacen de la patria potestad y a los que nos referiremos en capítulo posterior.

3.3.3 Efectos del matrimonio en relación con los bienes (estudio general)

El estudio particular de los bienes dentro del matrimonio ha recibido muchas denominaciones, entre las cuales se encuentran: *régimen patrimonial, régimen matrimonial, régimen económico del matrimonio*, entre otros; sin embargo, cualquiera que sea la denominación, surge de la necesidad de dictar reglas respecto de los bienes o intereses pecuniarios derivados del matrimonio. De hecho, desde su celebración se acuerda sobre la propiedad y administración de los bienes presentes y futuros de los consortes.

En Roma, el origen del régimen matrimonial se encuentra en la institución de la dote, mediante la cual se creaban relaciones de orden matrimonial entre el marido y la mujer; a su vez, la institución de la dote se va instituyendo en la medida en que la *manu* fue cayendo en desuso. Durante el desarrollo histórico del derecho romano se presentan tres regímenes matrimoniales de bienes: el primitivo régimen de absorción, que va asociado a la *manus*; un régimen de separación y el régimen dotal. Debemos recordar que en el derecho romano el matrimonio era primero *cum manu*; posteriormente existieron dos regímenes: el matrimonio *cum manu* y el matrimonio *sine manu*.

I. *Régimen de absorción de bienes*: en el matrimonio *cum manu* o acompañado del ejercicio de la *manus* sobre la mujer, todos sus bienes pasaban al patrimonio del marido; de la misma manera, pasaban al marido todos los bienes que la mujer adquiría durante el matrimonio, de tal modo que la *uxor in manu* tiene, para todos los efectos, la calidad jurídica de una *filia*. Por lo anterior se llama *régimen de absorción*; sin embargo, los romanos no lo conocieron de esa forma. Simplemente así operaba cuando el matrimonio era *cum manu*.

II. *Régimen de separación de bienes*: cuando el matrimonio era libre o celebrado *sine manu*, la *sine in manum conventione uxor* conservaba, si era *sui iuris*, la propiedad de los bienes llevados al matrimonio. Lo mismo sucedía con los adquiridos durante el matrimonio por herencia, legado o donación, así como con los que eran producto de su trabajo. Estos bienes eran administrados por la mujer, quien podía disponer de ellos; podía también darlos en administración a su marido, lo que originaba los bienes extradotales o parafernales.

> *Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci praeter dotem illata dicunt, quaeque Galli peculium appellant, videamus; an statim efficiuntur mariti? Et putem, si sic dentur, ut fiant, effici mariti; et quum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti... Plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus; nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti, neque in dotem dat in libellum solet confere eumque libellum marito offere, ut si subscribat, quasi res accerit, et velut chirographum eius uxor retinet, res, quae libello continentur, in domum eius se intulisse. Haec igitur res an mariti fiant, videamus; et non puto, non quod non ei traduntur —quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius, an ei tradantur?— sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominum ad eum transferatur, sed magis, ut certum sit in domum eius illatas, ne, si quandoque separtio fiat, negetur; et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri comisase sint...* (Las cosas que no se llevan en dote, que los griegos llaman parafernales, y los franceses peculio, veamos si se hacen al instante del marido y juzgo que se harán; si se entregan con esta condición; y en caso de que se anule el matrimonio, conviene que no se vindiquen, sino que se use de condición, ni que se pidan por la acción de dote... Mas si se entregase al marido carta de dote, como regularmente se practica en Roma, pues las cosas que tiene la mujer para su uso en casa de su marido, y no las dio en dote, las suele comprehender en la carta de dote, y entregársela al marido para que la firme, como si las hubiese recibido; y la mujer retiene en su poder como escritura del marido; en la cual se dice que llevó a la casa de él las cosas que se contienen en ella: Veamos si se harán del marido estas cosas: juzgo que no, no porque no se le entreguen, porque nada importa que se lleven a su casa consintiéndolo él, o que se le entreguen, sino porque juzgo que esto no se trató entre marido y mujer para que se le transfiera el dominio de ellas, sino que conste que se llevaron a su casa, no sea que se niegue, si en algún caso se separasen; y porque las más veces se encarga el marido de su custodia, a no ser que la tome a su cargo la mujer...)[27]

En este régimen operaban las reglas siguientes:

- Las adquisiciones de la mujer durante el matrimonio se presumen hechas por el marido, salvo prueba en contrario (*praesumptio Muciana*).
- Las donaciones entre cónyuges están prohibidas (*donationes inter virum et uxorem*).
- No son nulas, aun cuando subsista el matrimonio, las donaciones hechas en caso de deportación (*in causam deportationis*) o destierro (*exilii causa*).[28]

[27] D. 23, III, 9, 3.
[28] Cfr. D. 24, I, 51.
D. 24, I, 1.
D. 24, I, 32.
D. 24, I, 13, 1.

Régimen dotal: la dote es el conjunto de bienes que la mujer, u otras personas por ella, entrega al marido, para atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales —*ad sustinenda onera matrimonii*—. Dice el Digesto: *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.* (La dote la debe tener el que sufre las cargas del matrimonio.)[29]

La dote se podía constituir por la entrega efectiva e inmediata de los bienes que la integran (*dotis datio*) o mediante negocio jurídico de entregarlos; esta constitución obligatoria podía ser: *dictio dotis* y *promissio dotis*. La *dictio dotis* consistía en una declaración solemne que podía hacer la propia mujer, si era *sui iuris*, o el padre o el abuelo paterno, o un deudor de la mujer por mandato de ésta. La *promissio dotis* es una promesa de dote que revestía la forma de la *stipulatio*.

En el derecho francés existían cuatro diferentes regímenes matrimoniales:

a) El *régimen de comunidad legal*, que podemos equiparar a nuestra sociedad conyugal, en donde se integra una masa común de bienes aportados al matrimonio.
b) El *régimen sin comunidad*, aunque sin ser separación de bienes, donde cada esposo conservaba la propiedad de sus bienes, aunque el marido es el administrador, pero protege a la mujer de la mala administración de los mismos.
c) La *separación de bienes*, similar al anterior, con la salvedad de que la mujer tiene capacidad para el manejo de sus bienes.
d) *Régimen dotal*: de inspiración romana, aunque con las protecciones adicionales que se elaboraron para proteger el patrimonio de la mujer.

3.3.3.1 Efectos del matrimonio en relación con los bienes en nuestra legislación

En nuestra legislación, los efectos del matrimonio en relación con los bienes dependen de lo estipulado en las capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones matrimoniales son los pactos celebrados por los otorgantes para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio, así como para reglamentar la administración de los bienes, que si no hay pacto en contrario, recaerá en ambos cónyuges (art. 179). Según el siguiente numeral del Código Civil citado, las capitulaciones matrimoniales se otorgarán antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio, ante el juez de lo Familiar o ante notario, mediante escritura pública.

Aun cuando el Código Civil reconoce los regímenes de sociedad conyugal y de separación de bienes, da cabida a lo que podemos denominar un *régimen mixto*, pues el art. 189, fracc. IV, del Código Civil señala:

> Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:
> IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad.

De igual manera, dice el art. 208 que la separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.

[29] D. 23, III, 56, 1.

Concluimos, de acuerdo con lo anterior, que los regímenes patrimoniales, como los llama nuestro código, pueden ser: sociedad conyugal, separación de bienes y régimen mixto. Si se celebra el matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal y llegan a faltar las capitulaciones matrimoniales, o hay omisión o imprecisión en ellas, se aplicará lo siguiente:

- Mientras no se pruebe, en los términos establecidos por este código, que los bienes y utilidades obtenidos por alguno de los cónyuges pertenecen sólo a uno de ellos, se presume que forman parte de la sociedad conyugal (art. 182 ter).
- Los bienes y utilidades a que se refiere el artículo anterior corresponden por partes iguales a ambos cónyuges, salvo pacto en contrario, que conste en las capitulaciones matrimoniales (art. 182 quáter).
- En la sociedad conyugal son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales:

I. Los bienes y derechos que le pertenezcan al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que posea antes de éste, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante el matrimonio;
II. Los bienes que adquiera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna;
III. Los bienes adquiridos por cualquier título propio que sea anterior al matrimonio, aunque la adjudicación se haya hecho después de la celebración de éste; siempre que todas las erogaciones que se generen para hacerlo efectivo, corran a cargo del dueño de éste;
IV. Los bienes que se adquieran con el producto de la venta o permuta de bienes propios;
V. Objetos de uso personal;
VI. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio, salvo cuando éstos integren o pertenezcan a un establecimiento o explotación de carácter común. No perderán el carácter de privativos por el hecho de haber sido adquiridos con fondos comunes, pero en este caso el otro cónyuge que los conserve, deberá pagar a otro en la proporción que corresponda; y
VII. Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, tendrán el carácter de privativo cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero propio del mismo cónyuge. Se exceptúan la vivienda, enseres y menaje familiares (art. 182 quintus).

Los bienes de la sociedad conyugal serán administrados por ambos cónyuges, salvo pacto en contrario en las capitulaciones matrimoniales (art. 182 sextus).

3.3.3.2 Régimen de sociedad conyugal

En términos generales, la sociedad conyugal, como es de suponerlo, se rige por las capitulaciones matrimoniales, y cuando falten estipulaciones, por las disposiciones de la sociedad conyugal. Si no hay pacto en contrario, los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal (art. 183); ésta nace al celebrarse el matrimonio o durante éste y podrá comprender, entre otros, los bienes de que sean dueños los otorgantes al formarla (art. 184).

Las capitulaciones constarán en escritura pública cuando los otorgantes pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida (art. 185). De la misma manera se procederá cuando se alteren las capitulaciones, haciendo la anotación respectiva en el Protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad. Sin estos requisitos, las alteraciones no producirán efectos contra tercero (art. 186). Ahora bien, veamos qué contienen las capitulaciones matrimoniales:

- Contenido de las capitulaciones matrimoniales: las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, de conformidad con el art. 189 del CCDF, deben contener:

I. La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;
II. La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;
III. Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas, o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;
IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;
V. La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes, o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;
VI. La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;
VII. La declaración acerca de que si ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan;
VIII. La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio, pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción;
IX. La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna; y
X. Las bases para liquidar la sociedad.

- Formas de terminación del régimen de sociedad conyugal: la sociedad conyugal puede terminar (art. 188):

  - Durante el matrimonio, si así lo convienen los cónyuges. Si éstos son menores de edad, prestarán su consentimiento las personas a que se refiere el art. 148.
  - Durante el matrimonio, a petición de uno de los cónyuges, por los motivos siguientes:

    a) Si uno de los cónyuges, por su notoria negligencia en la administración de los bienes, amenaza con arruinar al otro o disminuir considerablemente los bienes comunes.
    b) Cuando uno de los cónyuges, sin el consentimiento expreso del otro, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal a sus acreedores.
    c) Si uno de los cónyuges es declarado en quiebra o en concurso.
    d) Por cualquier otra razón que lo justifique, a juicio del órgano jurisdiccional competente.

  - Por la disolución del matrimonio.
  - Por voluntad de los consortes.
  - Por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente (art. 197).

Disuelta la sociedad conyugal, se procederá de la manera siguiente:

- Se hará inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal o de trabajo de los cónyuges, que serán de éstos o de sus herederos (art. 203).
- Terminado el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los cónyuges en los términos pactados en las capitulaciones matrimoniales, y a falta u omisión de éstas, a lo dispuesto por las disposiciones generales de la sociedad conyugal. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada cónyuge en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno sólo llevó el capital, de éste se deducirá la pérdida total (art. 204).
- Todo lo relativo a la formación de inventarios y solemnidades de partición y adjudicación de los bienes, se regirá en lo que corresponda por lo que dispongan este código y el Código de Procedimientos Civiles; ambos, en materia de sucesiones (art. 206).

- Declaración de nulidad de matrimonio y sus efectos en las capitulaciones matrimoniales. En el caso de nulidad de matrimonio, se observará lo siguiente:

I. Si los cónyuges procedieron de buena fe, la sociedad conyugal se considera subsistente hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria y se liquidará conforme a lo establecido en las capitulaciones matrimoniales;
II. Si los cónyuges procedieron de mala fe, la sociedad se considera nula desde la celebración del matrimonio, quedando en todo caso a salvo los derechos que un tercero tuviere contra el fondo común. Los bienes y productos se aplicarán á los acreedores alimentarios y si no los hubiere, se repartirán en proporción de lo que cada cónyuge aportó; y
III. Si uno solo de los cónyuges tuvo buena fe, la sociedad subsistirá hasta que cause ejecutoria la sentencia, si la continuación le es favorable al cónyuge inocente; en caso contrario, se considerará nula desde un principio. El cónyuge que hubiere obrado de mala fe no tendrá derecho a los bienes y las utilidades; éstas se aplicarán a los acreedores alimentarios y, si no los hubiere, al cónyuge inocente (art. 198).

- Dominio y administración de los bienes: sobre el dominio y administración de los bienes se observará lo siguiente:

I. El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal.
II. La administración quedará a cargo de quien los cónyuges hubiesen designado en las capitulaciones matrimoniales, estipulación que podrá ser modificada libremente, sin necesidad de expresión de causa; en caso de desacuerdo, el juez de lo Familiar resolverá lo conducente (art. 194).
III. El cónyuge que haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, perderá su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes en favor del otro cónyuge.
IV. En caso de que los bienes dejen de formar parte de dicha sociedad de bienes, el cónyuge que haya procedido en los términos señalados en este artículo deberá pagar al otro la parte que le correspondía de dichos bienes, así como los daños y perjuicios que se le ocasionen (art. 194 bis).

V. Ningún cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, vender, rentar y enajenar los bienes comunes, ni en todo ni en parte, salvo en los casos del cónyuge abandonado, cuando necesite de éstos por falta de suministro de alimentos para sí o para los hijos, previa autorización judicial (art. 206 bis).
VI. Cuando muera uno de los cónyuges, el que sobreviva continuará en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión mientras no se verifique la partición (art. 205).

Finalmente:

- En caso de sentencia que declare la ausencia de alguno de los cónyuges, se modifica o suspende la sociedad conyugal en los casos señalados en este código (art. 195).
- El abandono injustificado durante más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; éstos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso (art. 196).

3.3.3.3 Régimen de separación de bienes

Respecto de los bienes, también existe el régimen de separación de bienes. A este régimen se refieren los arts. 207 a 217 de nuestro Código Civil vigente, conforme al cual la separación de bienes puede existir por:

- Capitulaciones anteriores al matrimonio o durante éste.
- Convenio de los consortes.
- Sentencia judicial.

Sobre el contenido de las capitulaciones que establezcan la separación de bienes, constarán de un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio y nota especificada de las deudas que cada consorte tenga al casarse (art. 211); puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después (art. 207 *in fine*).

Por otra parte, no es necesario que consten en escritura pública las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes antes de la celebración del matrimonio. Si se pacta durante el matrimonio, se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate (art. 210).

- Tipos de separación de bienes: pueden ser los siguientes:

a) Absoluta, en cuyo caso comprende todos los bienes.
b) Parcial, en este caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos (art. 208).

- Administración de los bienes en el régimen de separación de bienes:

a) En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenezcan y, por consiguiente, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos.

b) Los bienes a que se refiere el párrafo anterior deberán ser empleados preponderantemente para la satisfacción de los alimentos de su cónyuge y de sus hijos, si los hubiere; en caso de que se los dejen de proporcionar de manera injustificada, éstos podrán recurrir al juez de lo Familiar, a efecto de que les autorice la venta, gravamen o renta para satisfacer sus necesidades alimentarias (art. 212).
c) Serán también propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuviere por servicios personales, por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria (art. 213).
d) Los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado, por cualquier otro título gratuito o por don de la fortuna, en tanto se hace la división, serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en este caso el que administre será considerado mandatario (art. 215).
e) En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten; pero si uno de ellos, por ausencia o impedimento del otro, se encarga temporalmente de la administración de los bienes del ausente o impedido, tendrá derecho a que se le retribuya por este servicio en proporción a su importancia y al resultado que produjere (art. 216).

Por último, de conformidad con el art. 209, durante el matrimonio, la separación de bienes puede terminar o ser modificada si así lo convienen los cónyuges. Si se trata de menores de edad, deben intervenir, prestando su consentimiento, las personas a que se refiere el art. 148.

3.3.3.4 Donaciones antenupciales

¿Qué son las donaciones antenupciales? Son donaciones antenupciales (art. 219):

a) Las realizadas antes del matrimonio entre los futuros cónyuges, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado.
b) Las que un tercero hace a alguno o a ambos de los futuros cónyuges, en consideración al matrimonio.

Podemos afirmar que, en términos generales, las donaciones antenupciales son irrevocables (arts. 226 y 227), salvo las excepciones siguientes:

I. Por ingratitud, cuando la donación haya sido hecha a ambos esposos y los dos sean ingratos (art. 227).
II. Cuando el donatario realice conductas de adulterio, violencia familiar, abandono de las obligaciones alimentarias u otras que sean graves, a juicio del juez de lo Familiar, cometidas en perjuicio del donante o sus hijos (art. 228).

No se requiere aceptación expresa del donatario (art. 225). Las donaciones antenupciales no necesitan aceptación expresa para su validez.

¿Cuándo las donaciones son inoficiosas? Son donaciones inoficiosas:

a) Las hechas por un tercero (art. 222).
b) Las hechas entre futuros cónyuges, si exceden la sexta parte de los bienes del donante (art. 221). Para calcular la inoficiosidad de una donación se puede elegir entre la época en que se hizo la donación o la del fallecimiento del donador (art. 223).

- Capacidad de los menores para hacer donaciones: para hacer donaciones antenupciales, los menores requerirán el consentimiento de las personas a que se refiere el art. 148.

Finalmente, de conformidad con el art. 230 del Código Civil que venimos citando, las donaciones antenupciales quedan condicionadas a la celebración del matrimonio.

3.3.3.5 De las donaciones entre consortes

Las donaciones entre marido y mujer estaban prohibidas en el derecho romano; al respecto, dice el Digesto:

> *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutatio amore invivem spoliarentur, donationibus non temeperantes, sed profusa erga facilitate.* (Está recibido en práctica entre nosotros, que no sean válidas las donaciones entre marido y mujer, para que el amor recíproco no sea causa de que despojen de sus bienes con donaciones excesivas.)[30]
>
> *... Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam cooniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* (... Nuestros mayores prohibieron las donaciones entre marido y mujer, juzgando que el amor honesto consistía sólo en el ánimo, mirando también a su propia estimación, para que no pareciese que la unión era por interés, y para que el rico no se hiciese pobre, y el pobre rico.)[31]

Sin embargo, con posterioridad, en el año 206, se permitió por senadoconsulto de Séptimo Severo y Caracalla, donde se dispuso que la donación fuera válida si el donante moría primero durante la subsistencia del matrimonio.

En nuestra legislación, habida cuenta de que el régimen matrimonial puede cambiar durante el matrimonio, el legislador también ha considerado conveniente permitir las donaciones durante el matrimonio. Así, el art. 232 del CCDF señala que los cónyuges pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios.

Las donaciones entre cónyuges pueden ser revocadas por el donante cuando el donatario realice conductas de adulterio, violencia familiar, abandono de obligaciones alimentarias u otras que sean graves, a juicio del juez de lo Familiar, cometidas en perjuicio del donante o de sus hijos (arts. 233 y 228). Por último, nuestra legislación señala que las donaciones entre cónyuges no se revocarán por la superveniencia de hijos, pero se reducirán cuando sean inoficiosas, en los mismos términos que las comunes.

Concluimos que en las donaciones entre cónyuges prevalece, la mayoría de las veces, como en todo el derecho de familia, la consideración de la relación afectiva, independientemente de lo que diga la ley, pero ésta queda como último recurso en caso de controversia y falta de capacidad para resolver las diferencias.

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

30 D. 14, I, 1.
31 D. 14, I, 3.

- **Los esponsales y el matrimonio**
  - Concepto de esponsales
  - Los esponsales en el derecho romano
  - Los esponsales en la legislación mexicana
    - Efecto del incumplimiento
    - Ausencia de regulación en el CCDF
  - Nueva concepción del matrimonio en el Distrito Federal
    - Concepto de matrimonio
  - Naturaleza jurídica del matrimonio
    - El matrimonio como institución
    - El matrimonio como contrato
    - El matrimonio como acto condición
    - El matrimonio como estado civil
    - El matrimonio como acto jurídico mixto
    - Nuestra postura sobre la naturaleza jurídica del matrimonio
  - Fines del matrimonio
  - Requisitos para contraer matrimonio
  - Impedimento para contraer matrimonio
  - Elementos esenciales y requisitos de validez del matrimonio
  - Formalidades del matrimonio
  - Los matrimonios nulos y sus efectos
  - Matrimonios celebrados en el extranjero
  - Efectos del matrimonio
    - Efectos en relación con los cónyuges
    - Efectos en relación con los hijos
    - Efectos en relación con los bienes
  - Régimen de sociedad conyugal
  - Régimen de separación de bienes
  - Donaciones antenupciales
  - Donaciones entre consortes

II. Realiza las actividades siguientes:

1. Asiste a un matrimonio civil e identifica en qué consisten las solemnidades.
2. Expresa en un pequeño escrito tu opinión sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo.
3. ¿Qué te parece lo más trascendental del concepto de matrimonio?
4. ¿Conoces algún matrimonio en el que no se hayan cumplido algunas de las formalidades?
5. ¿Qué opinas de la eliminación de los esponsales de la legislación?
6. Investiga cómo son las capitulaciones matrimoniales.

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente:

1. Era la mención y promesa de matrimonio futuro:
   a) Los esponsales en el derecho francés.
   b) Los esponsales en el derecho romano.
   c) Los esponsales de acuerdo con nuestro código civil vigente.
2. Era una causa de disolución de los esponsales en el derecho romano:
   a) Una de las especies de parentesco por afinidad.
   b) El deber de fidelidad a la novia.
   c) Las injurias.
   d) El repudio.
3. El nombre de esposa o esposo tiene su origen en:
   a) Los esponsales.
   b) El matrimonio.
   c) La familia.
   d) El repudio.
4. Menciona tres estados donde los esponsales se hayan derogado:

   _____

5. Es la unión de varón y hembra y compañía de toda su vida; es también una comunicación de derecho divino y humano:
   a) Concepto de matrimonio del derecho canónico.
   b) Concepto de matrimonio de Modestino.
   c) Concepto de matrimonio del CCF.
   d) Concepto religioso de matrimonio.
6. Consiste en la *affectio maritalis*:
   a) El matrimonio jurídico.
   b) El matrimonio romano.
   c) El matrimonio francés.
   d) El matrimonio canónico.
7. Es la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar la especie, ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y compartir su común destino:
   a) Matrimonio romano.
   b) Matrimonio francés.
   c) Matrimonio según Modestino.
   d) Matrimonio según el CCF.
8. Menciona tres aspectos a destacar sobre el matrimonio en el Código Civil de 1928:

   _____

   _____

9. El matrimonio en la actualidad, dice el CCDF, es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Explica:
   a) ¿Qué significa la unión libre de dos personas?:

   _____

   _____

b) ¿Qué significa la comunidad de vida?:

10. En los estados donde no se permite el matrimonio entre homosexuales, ¿qué derechos fundamentales se violan?:
    a) _____
    b) _____
11. Explica brevemente tres tesis o propuestas sobre la naturaleza jurídica del matrimonio:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
12. Explica por qué afirmamos que el matrimonio tiene como naturaleza jurídica ser una institución:
13. Explica los fines del matrimonio de acuerdo con el art. 146 de nuestro Código Civil vigente:
    a) _____
    b) _____
14. Atendiendo a su naturaleza jurídica, el matrimonio es:
15. Explica qué significa la igualdad de los cónyuges en el matrimonio de acuerdo con el art. 164 del Código Civil vigente:
16. Explica qué dice el CCDF sobre la libertad para asumir el compromiso de la maternidad o de la paternidad:
17. Para que haya justas nupcias, según Ulpiano, se deberían cumplir tres requisitos:
    a) _____
    b) _____
    c) _____

18. Explica en qué condiciones puede contraer matrimonio un menor de edad:
19. ¿Cuáles eran impedimentos absolutos para contraer matrimonio en el derecho romano?:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
20. Es un impedimento para celebrar matrimonio:
    a) El parentesco por afinidad en línea recta sin limitación alguna.
    b) El error acerca de la persona con quien se contrae.
    c) La violencia física o moral.
21. Explica los impedimentos para contraer matrimonio que son dispensables:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
22. Explica las causas de nulidad del matrimonio:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
23. El error como causa de nulidad se tiene que denunciar por el cónyuge engañado dentro del plazo de:
    a) Cuarenta días.
    b) Treinta días.
    c) Cincuenta días.
    d) Veinte días.
24. El parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, pero dejará de ser causa de nulidad si antes de declararse ejecutoriada la resolución de nulidad se obtiene dispensa, en los casos en que ésta proceda. La acción que nace de esta causa de nulidad y la que dimana del parentesco por afinidad en línea recta pueden ejercitarse por:
    a) Cualquiera de los cónyuges.
    b) Por sus ascendientes.
    c) Por el Ministerio Público.
    d) Por los tres anteriores.
    e) Por ninguno de los anteriores.
25. Las donaciones antenupciales, cuando es declarada la nulidad del matrimonio:
    a) Si son hechas por un tercero no se revocan.
    b) Si son hechas por el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto.
    c) Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán existentes.

Divorcio

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Conocerá el concepto de divorcio.
- Comprenderá la naturaleza jurídica del divorcio.
- Identificará las clases de divorcio.
- Conocerá los efectos del divorcio:
  - En relación con los hijos.
  - En relación con los divorciados.
  - En relación con los bienes.
  - En relación con la familia.
- Conocerá las reformas al divorcio en México a partir del 2008.

Al igual que la familia, el tema del divorcio ha generado muchas discusiones y reflexiones desde los puntos de vista social, filosófico, ético, moral, religioso y jurídico, sobre todo en los últimos años; estas discusiones, en el caso particular del Distrito Federal, se han agudizado por la desaparición de las causales de divorcio de nuestro Código Civil, que algunos pensadores consideraron un atentado contra la institución del matrimonio y, en última instancia, de la familia. Aunque también debemos reconocer que en muchas ocasiones la vida marital resulta imposible y la relación conyugal se polariza de tal manera que la familia, lejos de cumplir con sus objetivos, se convierte en un gravísimo problema de agresión y deterioro social, ético y moral, por decir lo menos, sobre todo para los hijos, que sufren cotidianamente las desavenencias de sus padres.

Como lo expresamos, la comunidad de vida, la procuración de respeto, igualdad y ayuda mutua a que se refiere la ley al definir el matrimonio, quedan en una sana y buena intención, pues la vida real nos hace ver que para que tales cuestiones se cumplan deben acudir en su auxilio muchos factores, desde satisfactores económicos hasta actos virtuosos o al menos heroicos de la pareja, que ponen en juego todas sus capacidades humanas para preservar el matrimonio y, en consecuencia, a la familia.

De cualquier manera, independientemente de lo que exprese la ley o el tratamiento que se le dé y el estamento ético, moral o religioso que cada persona se subrogue, la ruptura de la relación de las parejas, es decir, el divorcio, es una realidad que se ha visto acentuada, sobre todo en estos últimos años, por distintos factores que escapan a los alcances de esta obra.

4.1 Concepto de divorcio

¿Qué es el divorcio? En términos generales, se entiende por divorcio la terminación de la relación matrimonial o la disolución del vínculo que unía a los esposos; es evidente que tal hecho requiere la intervención de la autoridad judicial para decretarlo, siguiendo los procesos y cumpliendo las leyes establecidas para tal fin.

4.1.1 El divorcio en Roma

El divorcio es reconocido desde las civilizaciones antiguas; sin embargo, los referentes más objetivos los tenemos en el derecho romano, que reconocía como formas de disolución del matrimonio la muerte de alguno de los cónyuges, la *capitis diminutio maxima*, la *capitis diminutio media*, por sobrevenir algún impedimento, entre otras razones, y la pérdida de la *affectio maritalis*. Sobre este particular dice el Digesto:

> *Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum. Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium.* (El matrimonio se disuelve por el divorcio, muerte, cautiverio u otra servidumbre, que suceda a alguno de los cónyuges. Se dice divorcio o por la diversidad de voluntades o porque los cónyuges vivan separados.)[1]

En Roma, tal como sucede en la actualidad, la figura del divorcio fue evolucionando; de esta manera, en la *lex julia adulterii* se estableció la forma de hacer el repudio. La *lex julia et papia* prohíbe a la liberta divorciarse del propio patrono contra la voluntad de éste; a finales de la República se concedió a las mujeres la posibilidad de divorciarse del marido, obligándolo a declararlas libres.

El divorcio, al igual que el matrimonio, al principio no requería forma alguna; de la misma manera, por mucho tiempo no fue frecuente. Ya en el régimen de Justiniano, los tratadistas identifican cuatro formas de divorcio:

1. *Divortium ex iusta causa*, esto es, el divorcio por causa justa. Eran *iustae causae*: 1. la maquinación o conjura contra el emperador o su ocultamiento, 2. el adulterio declarado de la mujer, 3. las malas costumbres de la mujer, 4. la falsa acusación de adulterio por parte del marido, 5. el alejamiento de la casa del marido, 6. las insidias al otro cónyuge, 7. el lenocinio intentado por el marido, 8. el comercio asiduo del marido con otra mujer dentro o fuera de la casa conyugal.

   En este caso, el cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la dote o de los derechos sobre ella y la donación nupcial, y si no hubiese dote o donación nupcial, con la pérdida de una cuarta parte de los bienes.
2. *Divortium sine causa* era el realizado por un acto unilateral que no se encontraba justificado en la ley. En este caso se aplicaban las mismas penas que en el anterior.
3. *Divortium communi consensu* era el divorcio por común acuerdo. Las mismas penas de los casos anteriores aplicaban en este caso, pero para ambos cónyuges; posteriormente dejó de sancionarse por declaración de Justino II, sucesor de Justiniano.
4. *Divortium bona gratia* era el divorcio por una causa ajena al otro cónyuge, como la impotencia incurable, el voto de castidad o la cautividad de guerra.

[1] D. 24, II, 1 y 2.

4.1.2 El divorcio en el derecho francés

El divorcio, afirma Julien Bonnecase, es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos por causas determinadas y mediante resolución judicial. En Francia, el divorcio se originó en el derecho de la Revolución Francesa en 1792, pero fue suprimido en 1816 por influencia religiosa; según ley de este año, el matrimonio se consideraba indisoluble, argumentando para ello una serie de razones que no detallaremos. De cualquier manera, por ley del 27 de julio de 1884, el divorcio quedó restablecido en el derecho francés.

Teóricamente, de conformidad con los arts. 229 a 232, las causas de divorcio en la legislación francesa eran:

- Por adulterio de la mujer podía pedir divorcio el marido.
- Por adulterio del marido podía pedir divorcio la mujer.
- Los esposos, recíprocamente, podían pedir divorcio por excesos, sevicia o injurias graves cometidas por uno de ellos respecto del otro.
- La sentencia infamante en contra de uno de los cónyuges era motivo de divorcio para el otro.

Se puede apreciar, según lo anterior, que en la ley de 1884 no se aceptaba el divorcio por mutuo consentimiento.[2] Sin embargo, la concepción del matrimonio-contrato influyó sobre el restablecimiento del divorcio; de esta manera, la ley del 27 de julio de 1884 restableció nuevamente el divorcio. En efecto, los autores de esta ley expresaban que la facultad de divorciarse resulta de la libertad individual, que se perdería por un compromiso indisoluble; como situación consecuencia se crean en ella numerosas causales de divorcio, algunas ciertamente discutibles, como la inmigración, la locura, la desaparición de uno de los esposos durante cinco años, pero el abuso fue lo que hizo volver la ley de 1792.

En 1816, por influencia religiosa, en Francia se abolió el divorcio; no fue sino después de muchas discusiones, tanto en la Cámara de Diputados como en la Asamblea Constituyente, que en 1884 se restablecería.

4.1.3 El divorcio en México

En nuestro país, las primeras leyes que regularon el divorcio fueron las de 1914 y 1915 expedidas por Venustiano Carranza, que no ameritan mayor comentario, además de que eran inconstitucionales.

Posteriormente, la *Ley de Relaciones Familiares*, a la cual ya hemos hecho referencia, reguló el divorcio vincular, mismo que se plasmó plenamente en el Código Civil de 1928, que nos rige en la actualidad con las trascendentales modificaciones que ha tenido en materia familiar. Sin duda las reformas más importantes han sido las de los años 2000 y 2008; en estas modificaciones se deja el divorcio a voluntad de las partes e incluso a voluntad de uno de los cónyuges, quedando abandonado de esa manera el sistema de causales de divorcio.

Esta última modificación trajo consigo fuertes discusiones; una de ellas consistió en que al dejar el divorcio a la libre decisión de las partes, se privaba a las leyes del derecho de familia su carácter de interés público y se las equiparaba con las relaciones meramente civiles; sin embargo, en nuestra opinión, esto carece de fundamento, pues tal modificación, que sin duda

[2] Julien Bonnecase, *Tratado elemental de derecho civil*, pp. 251 y 252.

flexibiliza el divorcio —ya hemos explicado anteriormente su proceso—, obedece a una serie de situaciones de hecho que trae consigo en torno al fenómeno social de la separación de las familias. Veremos al final de este capítulo cómo ha sido el comportamiento social sobre el matrimonio y el divorcio.

Ahora bien, de conformidad con el art. 286 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF), el divorcio es:

> La disolución del vínculo del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro; puede ser solicitado por uno o ambos cónyuges ante la autoridad judicial, sin que se requiera señalar causa por la que se solicita y siempre que haya transcurrido un año desde la celebración del mismo. ■

4.2 Clases de divorcio

Señalamos dos clases de divorcio básicas: el divorcio no vincular o por separación y el divorcio vincular, que implica la ruptura del vínculo matrimonial.

4.2.1 Divorcio no vincular

El divorcio no vincular o separación consiste en la posibilidad de los cónyuges de dar por concluida la cohabitación, por causas graves establecidas en la ley y con autorización judicial, sin romper el vínculo matrimonial. Es obvio que en este divorcio los cónyuges no pueden contraer nuevo matrimonio; sólo tiene como implicación la no obligación de vivir en común. El divorcio no vincular, según nuestra legislación, se da prácticamente por motivos de salud, que pueden ser:

- Enfermedad propiamente dicha que sea incurable, contagiosa o hereditaria.
- Impotencia sexual irreversible, sin origen en la edad avanzada.
- Trastorno mental incurable.

Al divorcio no vincular se refiere el art. 277 del CCDF en los siguientes términos:

> La persona que no quiera pedir el divorcio podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con su cónyuge, cuando éste se encuentre en alguno de los siguientes casos:
>
> I. Padezca cualquier enfermedad incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria;
> II Padezca impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; o
> III. Padezca trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;
>
> En estos casos, el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

4.2.2 Divorcio vincular

Tras la reciente reforma al CCDF, por la cual se derogaron las causales de divorcio, éste se define de la manera siguiente: el divorcio vincular trae consigo la ruptura del vínculo matrimo-

nial en vida de los esposos y los deja en aptitud de contraer otro matrimonio; es decretado por la autoridad luego de la solicitud de uno o de ambos cónyuges, sin señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del matrimonio (art. 266).

El divorcio vincular puede realizarse por vía administrativa o por vía judicial, aunque a raíz de las últimas modificaciones de ley este último ya no es tan judicial. A estos dos tipos nos referiremos en apartados subsecuentes.

Se recordará que esta modificación legal trajo consigo mucha polémica. Se dijo, entre otras cosas, que era un atentado en contra de la familia, pero insistimos en nuestra postura: la ley en esta materia sólo reconoce situaciones de hecho; la verdad es que en muchos hogares, desgraciadamente, la convivencia armónica, por distintas circunstancias de la existencia humana, se torna imposible y la familia, en vez de ser el grupo primario donde se forma el estatuto moral y se vela por el desarrollo integral de la persona, para que el individuo, ya adulto, se integre a la sociedad como un buen ciudadano, se convierte en un verdadero infierno y en una escuela donde, al igual que en las prisiones, en muchos casos la persona aprende a llevar una vida de conflicto, violencia, chantaje, mentira y manipulación, y donde incluso aprende a delinquir.

Claro que lo ideal no es el divorcio, pero no queda alternativa, pues el sufrimiento de los hijos es verdaderamente indescriptible cuando se pierden la convivencia y la armonía en la familia, llegando incluso a cometerse crímenes en su seno.

Por otra parte, era un hecho la existencia de miles de familias que vivían separaciones de hecho y cuyos integrantes simplemente no acudían a formalizar el divorcio por varias razones, entre ellas, lo engorroso de acudir a los tribunales, por ser un verdadero calvario los trámites, con pérdida de tiempo, recursos económicos, etc. En muchos casos, como en los divorcios necesarios, tener que probar alguna de las causales implicaba exhibir —lo que además llegaba a resultar denigrante e incluso violatorio de los derechos humanos— aspectos de la vida íntima de las parejas ante abogados y administradores de justicia donde no prevalecía el respeto, sino la morbosidad.

Lo anterior, lo sabemos quienes hacemos del derecho nuestra profesión, traía como consecuencia en muchos casos trámites de divorcio interminables, que duraban años —muchas veces prolongados artificialmente por los propios abogados—, con las consecuencias que ya hemos señalado; éstas y otras razones provocaban que las parejas optaran por el abandono, dejando a los menores en el desamparo.

Así pues, con la modificación de la ley o sin ella, era notoria la existencia de miles de parejas que no se divorciaban por diferentes razones: económicas, sociales, éticas, morales, religiosas; de estas últimas, más que razones, podemos decir "prejuicios", con la consecuencia que ya señalamos de convertir el seno de la familia en un verdadero infierno, donde no se cumple con los objetivos de la misma, sino que son un foco de inestabilidad y sufrimiento, sobre todo para los menores hijos, que se desarrollan llenos de traumas y otras consecuencias psicológicas que influyen e impactan en su desarrollo emocional.

Finalmente, el que hayan desaparecido las causales de divorcio de nuestro Código Civil no significa la desaparición de la familia: a partir de esta modificación legal, no hemos visto ni veremos filas interminables ante los jueces de lo Familiar para solicitar su divorcio. Simplemente, quienes se quieren divorciar o separar lo harán, ahora como siempre. Si verdaderamente queremos preservar la familia, e incluso si deseamos vivir en una mejor sociedad y terminar con la violencia, tenemos que educar mejor a nuestros hijos, enseñarlos a respetar la ley y la autoridad, a tolerar, a respetarse a sí mismos y a respetar a los demás. Asimismo, debemos exigir mejores escuelas.

De esta situación que estamos viviendo, no sólo en el ámbito de la familia, sino también en el de la seguridad y en general en toda la vida social, hay responsables con nombre y apellido: la familia y la escuela.

4.2.3 Divorcio administrativo

El divorcio administrativo es la disolución del vínculo matrimonial por mutuo acuerdo que se solicita ante el juez del Registro Civil, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley. Estos requisitos son los siguientes:

a) Que los cónyuges sean mayores de edad.
b) Que haya transcurrido un año de la celebración del matrimonio.
c) Que la sociedad conyugal haya sido liquidada, en caso de que se hayan casado bajo este régimen patrimonial.
d) Que la mujer no se encuentre embarazada.
e) Que no tengan hijos en común o que, teniéndolos, éstos sean mayores de edad y no requieran alimentos.

El divorcio administrativo se encuentra regulado en el art. 272 del CCDF en los términos siguientes:

> Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. [...]
>
> Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

Algunos aspectos sobre el trámite del divorcio administrativo los señala el propio artículo *in fine:*

> El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

4.2.4 El divorcio por vía judicial

En el art. 266 del CCDF se prevé que el divorcio ahora puede ser solicitado por uno o ambos cónyuges manifestando simplemente su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin necesidad de señalar la causa. Como sabemos, ya no hay causales de divorcio en la ley; para solicitar el divorcio se requiere que haya transcurrido al menos un año de la celebración del matrimonio. La tramitación del divorcio por "vía judicial" se señala en el art. 267 del CCDF en los términos siguientes:

> El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;
II. Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;
III. El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;
IV. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;
V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;
VI. En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

Es evidente que lo expresado en este artículo es independiente de la necesidad de cumplir con las reglas procesales establecidas en el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

Terminamos estos apartados sobre el matrimonio y el divorcio señalando que muchos autores, al tratar estos temas, aluden al derecho canónico y a la doctrina de la Iglesia, confiesan su fe y establecen lineamientos éticos sobre la familia, el matrimonio y el divorcio. Desconocemos la intención, pero, aunque tenemos nuestras convicciones, hemos preferido evitar lo anterior, primero para no engrosar la obra con reflexiones innecesarias en un libro de derecho; segundo, porque para hablar en esos términos se requieren conocimientos de derecho canónico, filosofía escolástica e incluso teología, y aun teniéndolos, no es éste el lugar para su explicación. Al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios.

Se tiene que reconocer que los seres humanos somos perfectibles, cometemos errores, nos equivocamos, rectificamos, tenemos vicios e inclinaciones, somos sujetos siempre en proceso; esto implica reconocer, pues, que existen el adulterio, el divorcio, el aborto, la prostitución, etc., que mientras haya humanidad existirán éstos y otros fenómenos relacionados con el comportamiento humano.

Ahora bien, en lo que respecta a la familia, el matrimonio, el divorcio, el aborto, los hijos y situaciones similares, señalamos que su relevancia los lleva más allá de la ley. En todo caso ésta pretende, como hechura humana limitada, dar una protección básica a lo que al gobierno de los hombres atañe; lo que va más allá queda en el ámbito de todo tipo de convicciones humanas: éticas, morales, religiosas, etc., y son precisamente estas convicciones las que están por encima de la ley, con el único límite de que ésta no las prohíba; por ello afirmamos que si el derecho permite ahora tal o cual situación, queda en el ámbito de la persona hacerlo o no hacerlo, como ha sido siempre. En otras palabras, quienes tienen convicciones éticas, religiosas o de otro tipo, aunque la ley facilite el divorcio, no se divorciarán; aunque la ley permita el aborto, no abortarán; aunque la ley permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo celebrarán heterosexualmente, etcétera.

4.3 Efectos jurídicos del divorcio

Sabemos, desde el punto de vista legal, que nuestros actos traen consecuencias jurídicas y éstas son, o pretende la ley que sean, proporcionales a la trascendencia o el impacto que tales actos conllevan, no sólo en sí mismos, sino sobre todo en los aspectos de la vida que se trastocan con ellos. Como se puede apreciar en el divorcio, se involucran muchos aspectos relacionados con la vida en común que se llevó durante la relación marital; por ello podemos hablar de que los efectos del divorcio se relacionan con los hijos, los bienes, la familia y los divorciados.

Es preciso señalar, como en otros aspectos del derecho familiar, que el divorcio trae consigo consecuencias y efectos sociales, psicológicos, morales, que pertenecen a otros especialistas. Por lo anterior, nos referiremos a los distintos efectos jurídicos a continuación. Antes de entrar en detalle sobre los efectos del divorcio propiamente dichos, enunciaremos algunas medidas cautelares o provisionales que se señalan previas al divorcio.

4.3.1 Efectos provisionales

Estas medidas cautelares las dicta de oficio el juez, a partir de la presentación de la demanda o solicitud de divorcio, y tienen efectos sólo mientras dure el juicio; del mismo modo, en los casos de divorcio que no concluyan mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos y bienes, según corresponda. Ahora bien, estas medidas, de acuerdo con el art. 282, se apegarán a lo siguiente:

A. De oficio:
I. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;
II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;
III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;
IV. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

Estas excepciones se refieren al mandato y este artículo dice que:

El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca; menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída.

En estos casos tampoco puede el mandatario renunciar el poder.

La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause.

El inciso B del art. 282 se refiere a los efectos provisionales que son dictados una vez contestada la solicitud o demanda de divorcio y que surten efectos hasta que se dicta la resolución definitiva; son los siguientes:

I. El juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.
II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.
III. El juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;
IV. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y
V. Las demás que considere necesarias.

Este apartado del art. 282 merece algunos comentarios: el primero de ellos consiste en llamar la atención sobre el hecho de que los hijos menores de 12 años han de quedar al cuidado de la madre; el segundo, que los mayores de 12 años pueden ser escuchados, lo que en principio no está mal, pero pensamos que en el divorcio se utiliza a los hijos como moneda de cambio y por lo regular durante el proceso son objeto de chantaje de los padres y la autoridad. En este caso, el juez de lo Familiar no está preparado para atender ese tipo de circunstancias. Por otra parte, sin más responsabiliza a la madre del cuidado de los menores de 12 años sin hacer consideraciones de ningún tipo, tal vez asumiendo a priori que con la madre estarán mejor, sin tomar en cuenta si ella estará en condiciones, no sólo económicas, sino de otro tipo, para poder cumplir con dicha responsabilidad. En fin, nos parece poco afortunada la disposición normativa.

Es importante señalar que cuando el divorcio es solicitado unilateralmente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 267 del CCDF, existen reglas similares que son las siguientes:

El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;
II. Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;

III. El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;
IV. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;
V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;

4.3.2 Efectos del divorcio en relación con los divorciados

Una vez resuelto el divorcio por la sentencia y resueltos también los incidentes a los que hubiere dado lugar, se producen una serie de efectos definitivos del divorcio en relación con los propios divorciados, con los hijos y con el patrimonio. Veamos, primeramente, cuáles son estos efectos respecto de los divorciados o ex cónyuges: "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio" (art. 289).

Sobre el particular, vale decir que por fortuna ya no se sanciona al cónyuge culpable, como decía antes nuestra legislación, con dos años antes de que pudiera contraer nuevo matrimonio; esta disposición era verdaderamente ridícula y a menudo era violada. Por otra parte, se recordará que independientemente de que la mujer no resultara culpable, se le prohibía contraer nuevo matrimonio durante 10 meses, para resolver problemas sobre la paternidad. Sobre este aspecto, aun cuando puede generar conflictos, existen hoy suficientes pruebas científicas para tal determinación, por lo que la prohibición, en efecto, ya estaba fuera de lugar.

Es importante señalar que, en caso de divorcio, alguno de los cónyuges puede tener derecho a recibir alimentos en los términos establecidos en el art. 288, que dice:

En caso de divorcio, el juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las siguientes circunstancias:

I. La edad y el estado de salud de los cónyuges;
II. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
III. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
V. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y
VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.

4.3.3 Efectos del divorcio en relación con los hijos

Independientemente de que el matrimonio sea por mutuo consentimiento o por decisión unilateral de uno de los cónyuges, una vez resuelto en definitiva y dictada la sentencia correspondiente, los efectos en relación con los hijos, de conformidad con el art. 283, estarán a lo siguiente:

La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

I. Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.
II. Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.
III. Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.
IV. Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los ex cónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.
(Podemos observar que esta fracción aplica a los bienes y sólo parcialmente a los efectos en relación con los hijos.)
V. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
VI. Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los ex cónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección;
VII. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.
(En este caso es importante señalar que el art. 267, fracc. VI, a que alude la fracc. VII del art. 283 transcrito, se refiere a la compensación relacionada con los bienes, por lo que no es aplicable a lo que estamos tratando en este apartado.)
VIII. Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.

En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracc. II del apartado B del art. 282, el juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos (art. 283 bis).

También en la sentencia de divorcio se determina lo referente a la patria potestad, la custodia, la convivencia y la visita de los hijos. De cualquier manera, aunque el padre y la madre pierdan la patria potestad por alguna razón, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos (art. 285).

4.3.4 Efectos del divorcio en relación con los bienes

Sobre los efectos del divorcio en relación con los bienes, señalamos los siguientes:

1. Si se casaron por el régimen de sociedad conyugal, ésta se liquidará, aplicando lo dispuesto en el art. 287, que señala:

   En caso de que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto del convenio señalado en el artículo 267 y éste no contravenga ninguna disposición legal, el Juez lo aprobará de plano, decretando el divorcio mediante sentencia; de no ser así, el juez decretará el divorcio mediante sentencia, dejando expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer en la vía incidental, exclusivamente por lo que concierne al convenio.

   Disuelta la sociedad, se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal o de trabajo de los cónyuges, que serán de éstos o de sus herederos (art. 203).

   Terminado el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los cónyuges en los términos pactados en las capitulaciones matrimoniales, y a falta u omisión de éstas, a lo dispuesto por las disposiciones generales de la sociedad conyugal. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada cónyuge en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno sólo llevó el capital, de éste se deducirá la pérdida total (art. 204).
2. En caso de que el régimen por el cual se casaron los divorciantes fue el de separación de bienes, cada uno conservará los propios.
3. No obstante lo dicho anteriormente, de acuerdo con el art. 267, fracc. VI, es aplicable lo siguiente:

   En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

Quedan subsistentes las donaciones antenupciales y entre consortes, dada la derogación del art. 286.

4.3.5 Evolución del divorcio

Para efectos de análisis y para ver la evolución que en materia de divorcio ha tenido nuestra legislación, presentamos el cuadro comparativo 4.1.

Posteriormente, el 29 de enero de 1915, Carranza expidió un nuevo decreto que reformó los arts. 155 y 226 a 256; los términos fueron los siguientes:

1. El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida (art. 155).
2. El divorcio es la disolución legal del vínculo del matrimonio, y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro (art. 266).
3. Reduce las causales a 11; suprime, por ejemplo, la relativa a la infracción de las capitulaciones matrimoniales.
4. Consigna que el matrimonio por mutuo consentimiento se puede pedir cuando han pasado tres años de la celebración del matrimonio.

Cuadro 4.1 Evolución de la legislación mexicana en materia de divorcio.

Código Civil de 1870	Código Civil de 1884
El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresarán en los artículos relativos de este código (art. 239). Establece como causales legítimas para el divorcio las siguientes (art. 240): 1. El adulterio de uno de los cónyuges. 2. La propuesta del marido para prostituir a la mujer; no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; 4. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, la connivencia en su corrupción; 5. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; 6. La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél. 7. La acusación falsa hecha por su cónyuge al otro. Destaca por su singularidad lo preceptuado en este código sobre el divorcio por mutuo consentimiento, en su art. 247 dice: "El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad." De la misma manera el art. 261 disponía que la demencia, la enfermedad declarada contagiosa o cualquier otra calamidad semejante de uno de los cónyuges, no autoriza el divorcio; pero el juez, con conocimiento de causa, y sólo a instancia de uno de los consortes, puede suspender breve o sumariamente en cualquiera de dichos casos la obligación de cohabitar; quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones para con el cónyuge desgraciado. Cabe señalar que el código establecía que las audiencias fueran secretas e intervenía el Ministerio Público como parte (art. 278).	Este código adoptó la misma definición de divorcio que el de 1870. Sobre las causales de divorcio, las elevó a 14. En sus arts. 227 y 230 se refería a ellas de la manera siguiente: Son causas legítimas de divorcio las siguientes: 1. El adulterio de uno de los cónyuges. 2. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo. 3. La propuesta del marido para prostituir a la mujer; no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 4. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; 5. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción. 6. El abandono del domicilio conyugal sin justa causa o aun cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio. 7. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro. 8. La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro. 9. La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley. 10. Los vicios incorregibles de juego o de embriaguez. 11. Una enfermedad crónica e incurable que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge. 12. La infracción de las capitulaciones matrimoniales. 13. El mutuo consentimiento. A las anteriores causales el art. 230 agrega: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio; pero no puede hacerlo, sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido."

5. El procedimiento señala la celebración de tres juntas en las cuales el juez de Primera Instancia procurará restablecer la concordia entre los divorciantes.
6. Limita las segundas nupcias de la mujer hasta que hayan transcurrido 300 días después de la disolución de las primeras, agregando que en los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

Este decreto fue la base para la formulación del capítulo respectivo de la *Ley de Relaciones Familiares* expedida el 9 de abril de 1917.

El Código Civil actual, que data de 1928 y entró en vigor en 1932, es el que nos rige aún con una serie de reformas, destacando, como lo hemos dicho, las más recientes, en las cuales han desaparecido las causales de divorcio que ya hemos explicado a lo largo de este capítulo. Por ejemplo, antes de las modificaciones actuales decía el art. 266: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro." Las causales de divorcio habían aumentado considerablemente y eran las siguientes:

I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.
II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

Esta fracción, a partir de la reforma del 25 de mayo de 2000, quedó de la manera siguiente:

II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia.
III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que tenga relaciones carnales con su mujer.

Esta fracción también fue modificada por la Asamblea Legislativa para incluir en este supuesto al esposo, y quedó en esa reforma como sigue:

III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones con ella o con él.
IV. La incitación a la violencia hecho por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

La modificación del año 2000 la dejó así:

IV. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito.
V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.
VI. (Esta fracción a partir de la reforma del año 2000, quedó como sigue:) Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada.
VII. Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.
VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.
IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte de los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia.
XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos.
XII. (Esta fracción, después de su modificación de 1983, quedó como sigue:) La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.
XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor a dos años de prisión.
XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.
XV. Los hábitos de juego, embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Después de su modificación del año 2000 quedó como sigue:

XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.
XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.
XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este código.
XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar.
XIX. El uso no terapéutico de las substancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.
XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.
XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169.

Se puede apreciar en los distintos ordenamientos cómo se fueron incrementando las causales, hasta que en la última reforma finalmente se eliminaron, como ya lo hemos expuesto. En términos generales, las legislaciones civiles de las distintas entidades federativas siguieron el modelo del *Código Civil Federal* y se han ido separando con pequeñas variantes, salvo el Distrito Federal, cuya separación fue trascendental, como lo hemos podido observar.

Finalmente, concluyo este capítulo con algunas cifras ejemplificativas de lo que sucede con la familia. En el momento oportuno iremos haciendo algunos comentarios. Anticipo que en ellas podremos apreciar cómo el número de matrimonios ha disminuido y el número de divorcios ha aumentado; lo anterior depende de una serie de factores, entre los que podemos señalar patrones culturales que se han modificado, la mayor independencia y autosuficiencia de la mujer, la apertura de la sociedad para aceptar a las personas divorciadas, a las que en otras épocas se llegó a señalar e incluso a prejuzgar su conducta.

4.3.6 Reflexión ética sobre el divorcio

Advertíamos desde el primer capítulo, y lo ratificamos ahora, que desarrollar temas vinculados con la familia nos lleva ineludiblemente a expresar puntos de vista ético-filosóficos, que expresan desde luego nuestras opiniones personales y en las cuales influyen cantidad de factores, desde simplemente culturales hasta religiosos. En nuestro caso, aprovechamos este apartado para pronunciarnos al respecto.

Iniciamos recordando que el derecho, al igual que la ética, versan sobre la conducta; son ciencias del comportamiento y parten del principio básico de que el hombre es libre. Parafraseando a Aristóteles, menciono que el hombre nace para pensar, conocer, decidir y actuar; el pensar y el conocer como actividades se relacionan con la inteligencia, en tanto que el decidir y el actuar se vinculan con la voluntad. Esto supone claramente que la libertad humana es un hecho irrefutable, que el hombre es libre, nadie lo duda, pero además sabe que es libre, de lo cual emana la responsabilidad por sus acciones; es decir, el hombre, además de saber que es libre, se sabe también responsable de sus actos. Precisamente el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la libertad, por ello se le imputan sus acciones, es decir, tiene responsabilidad ética y responsabilidad jurídica.

Es frecuente encontrar, cuando se escribe sobre la familia, y en particular en obras jurídicas sobre derecho familiar, una serie de juicios y reflexiones que se apoyan en distintas corrientes del pensamiento filosófico, pero también en documentos religiosos, como la Biblia, encíclicas, documentos pontificios, pronunciamientos episcopales, obras de derecho canónico y hasta reflexiones pseudoteológicas que en nuestra opinión se encuentran fuera de lugar, sobre todo porque se trata de obras jurídicas. Lo anterior es frecuente en la literatura jurídica mexicana; no sabemos cuál es la intención, pero sí estamos ciertos de que la mayoría sólo hacen citas y referencias de este tipo sin ser expertos en esas áreas del saber, pues no son canonistas, ni teólogos, incluso ni son filósofos; muchas de estas opiniones las calificaría de simples arrebatos. Yo mismo me anticipo y me confieso creyente, pero una obra de este tipo no es para expresar nuestras creencias.

Es verdad, nadie lo cuestiona, el estamento ético que nos hemos dado se encuentra vinculado con nuestra historia, con el medio social y la religión a la que pertenecemos o que practicamos. En el caso particular de la visión ética del mundo occidental predomina la tradición judeocristiana y en ella el divorcio se ve como un pecado grave, pero hay que entender que los lazos afectivos de la familia y la construcción de una unión permanente demandan muchos esfuerzos y dependen de muchos factores, desde los más banales, como los económicos, hasta factores de tipo educativo, social y otros más profundos que están implícitos en la relación afectivo-sexual-emocional al interior del grupo familiar.

Pero se tiene que reconocer, por una serie de circunstancias, que en ocasiones la convivencia dentro de la familia se vuelve imposible y ésta deja de ser el lugar de convivencia, de respeto, de asistencia y ayuda mutua al que aspira para tornarse un infierno, un centro de agresiones y de malos ejemplos para los hijos, donde éstos aprenden roles verdaderamente nefastos que en muchos casos son fuente de daños psicológicos irreparables para los miembros del núcleo familiar y en especial para los hijos, haciéndolos presa de agresiones físicas y sexuales por sus propios padres.

Ante estas circunstancias el divorcio, aunque parezca contradictorio, en lugar de destruir, salva a la familia. Salvar o proteger la familia no está en prohibir el divorcio, sino en educar

para el respeto, para la tolerancia, para la convivencia, en la comprensión de la naturaleza humana, en el respeto, en el reconocimiento del otro, en aprender a resolver los conflictos y las controversias familiares, en acudir a expertos consejeros matrimoniales y familiares que nos enseñen a resolver en forma civilizada las desavenencias y, cuando dicha solución se torne verdaderamente imposible, llegar a una separación civilizada que proteja a todos los miembros de la familia, principalmente a los menores.

Nadie puede pontificar al respecto, ni el Estado ni la iglesia, otrora instituciones que buscaban salvaguardar la familia. Debemos ser claros y reconocer que el rompimiento a través del divorcio ha sido y será siempre una realidad; ahí donde las familias no sean capaces de sobrellevar la vida en común habrá un rompimiento, aunque sea doloroso, y éste es en muchos casos lo mejor para los hijos y para todos los miembros de la familia.

La iglesia misma autoriza separaciones; no las llama divorcios, sino que lo hace a través de la figura de la nulidad del matrimonio, que autoriza —de ahí su pérdida de autoridad moral— a personajes poderosos de los círculos de la política y la economía, y además, mediante procesos breves; sin duda, no es un proceso para pobres. La iglesia, pues, no tiene autoridad para decirse defensora de la familia; ha agraviado gravemente a la sociedad, lo ha reconocido y eso le queda de grandeza. En estricta confesión de fe, nadie puede emitir un juicio moral sobre los demás, nadie se puede erigir en el parámetro moral de la sociedad.

El divorcio es una decisión seria, debe basarse siempre en lo que más convenga a la familia y en particular a los menores hijos. En la familia se viven dramas serios, riesgos profundos, y se debe proteger a los menores, y si para ello hay que divorciarse hay que hacerlo sin remordimientos de conciencia; en fin, es una decisión personalísima, una decisión de conciencia.

No podemos erigirnos en jueces de los demás; no nos preocupemos de que en el CCDF se hayan suprimido las causales de divorcio, la familia seguirá existiendo y el divorcio también, con o sin causales. Si realmente queremos promover la familia, será educando a los hijos y en general a los ciudadanos en el respeto, la tolerancia, la legalidad, la responsabilidad; no se defiende la familia con pseudodefensores que se pronuncian en contra del divorcio, pero tienen sus amantes.

Finalmente, algunos estudiosos señalan al divorcio como causa de la desintegración de la familia o como un mal necesario; opino que no es lo uno ni lo otro: el divorcio, en su caso, es un efecto de una relación que se fue deteriorando y terminó por erosionar a la familia. Es una forma de solución jurídica a una realidad ciertamente lamentable en el interior de la familia; no hacerlo es exponer a sus miembros a graves daños de carácter ético, económico, social, psicológico e incluso criminal, daños que en algunos casos resultan irreparables.

4.3.7 Divorcio en cifras

De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda 2010, encontramos que:

a) El Distrito Federal es la entidad con el menor porcentaje de población casada o en unión libre (49.7%).

b) En 2010 se registraron 34 444 matrimonios, es decir, se celebraron 3.9 uniones legales por cada mil habitantes.

c) De las parejas que se divorciaron en 2010, más de la mitad tuvo un matrimonio con una duración legal de 10 años o más (56.2%).

4.3.7.1 Situación conyugal

De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda 2010, el Distrito Federal es la entidad, a nivel nacional, con el menor porcentaje de población casada[3] o en unión libre, esto es, cinco de cada 10 personas de 12 y más años de edad se encuentran unidas (49.7%). La población soltera representa 37.5% y sólo una de cada 10 (12.5%) está separada, divorciada o viuda.

Desde hace algunos años se advierte un aumento paulatino de las separaciones (legales o no). En 2010, el 12.5% de la población de 12 años y más declaró estar divorciada, separada o viuda, proporción que supera en cinco puntos porcentuales la observada en 1990. Lo contrario sucede con las personas que se encuentran entre 30 y 59 años de edad, en donde persiste más el porcentaje de personas casadas o unidas: 68 de cada 100; en menor proporción las personas solteras, con 19, y las separadas, divorciadas o viudas, con 13 de cada 100.

En los adultos mayores, la participación se acentúa en las personas casadas, las cuales representan 49.2%; sin embargo, el grupo de las personas que se encuentran en una situación de viudez concentra un importante número (274 mil 952), esto es, 27.4% del total de personas en este rango de edad.

4.3.7.2 Divorcios

La tradicional estabilidad de las familias se enfrenta a una tendencia ascendente del divorcio, es decir, la disolución de las uniones es menos reprobable que hace un cuarto de siglo tanto en el ámbito social como en el familiar, lo que es resultado en parte de los altos niveles de industrialización y modernización.[4]

En 2010, los procesos de divorcio que se registraron en la entidad ascendieron a 11 053, esto es, por cada 100 enlaces realizados hubo 32.1 divorcios, mientras que en el año 2000 la relación fue de 14.1, y 40 años antes de 3.1. A partir de este último año se observa un aumento paulatino, que se debe a un efecto doble entre el incremento de los divorcios y la disminución de los matrimonios.

De las parejas que se divorciaron en 2010, el 26.3% estuvieron casadas cinco años o menos, 17.5% permanecieron unidas entre seis y nueve años y más de la mitad (56.2%) proviene de un matrimonio con una duración legal[5] de 10 años o más. Por consiguiente, la duración media de los matrimonios que disolvieron su vínculo de manera legal es de 13.7 años, esto es, 2.2 años más que en el año 2000, cuando las parejas que se divorciaron duraron casadas aproximadamente 11.5 años.

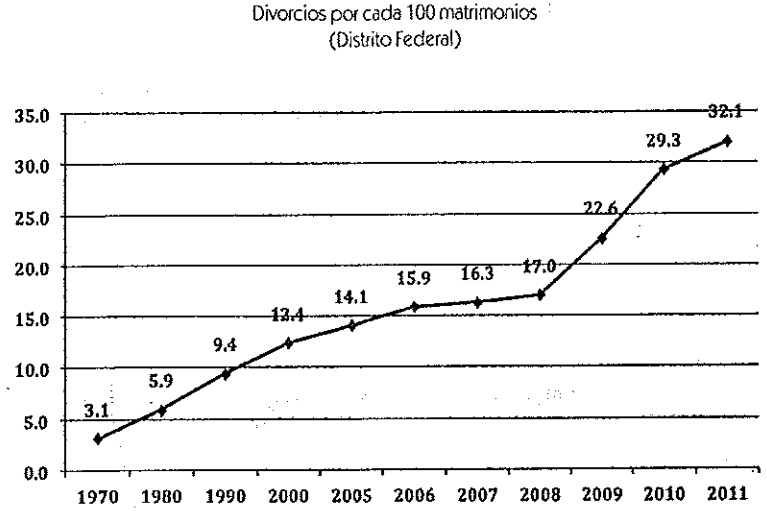
Del total de los divorcios registrados, ambos inician el juicio (40.3%); le sigue la divorciada, con 36.4%, y luego el divorciado, con 23.2%. Las tres principales causas por las que se inicia el juicio de divorcio son: el voluntario unilateral (73.7%), el de mutuo consentimiento (25.6%) y el último corresponde a la separación del hogar conyugal por más de un año, por causa justificada (0.3%).

El porcentaje de mujeres que se divorcian a edades más tempranas (de 15 a 29 años) es mayor que el registrado en los hombres: 20.8% y 13.6%, respectivamente; la cifra más alta en ambos sexos se tiene entre 30 y 39 años.

[3] Incluye a la población casada por lo civil, religioso o ambas.

[4] J. Bumpass y James A. Sweet, "Differentials in Marital Instability", en *American Sociological Review*, vol. 37. 1972, pp. 754-766.

[5] Duración legal se refiere al tiempo transcurrido entre la fecha de celebración del matrimonio y la fecha de resolución o sentencia ejecutoria del divorcio.



Fuente: INEGI. *Estadísticas de divorcios* (1970-2011). Consulta interactiva de datos.

Figura 4.1 Relación divorcios-matrimonios, 1970-2010.

En cuanto a las diferencias de edades de las parejas que se divorciaron, en 13.1% tanto el hombre como la mujer tenían la misma edad; en 44.7% de los casos el hombre era mayor que la mujer de uno a cinco años; en 12.9%, tenía de seis a nueve años más que ella, y en 7.5%, el hombre era mayor en 10 años o más de edad. En cambio, en 18.0% la mujer era mayor que el hombre de uno a cinco años; en 2.6%, de seis a nueve años, y en 1.2%, la mujer era mayor que el varón por 10 años o más.

En el Distrito Federal, la edad promedio de los hombres al momento de divorciarse es de 41 años, y la de las mujeres, 38 años. Por delegación destaca la Benito Juárez, donde la edad del varón y la mujer al momento de deshacer el vínculo conyugal por lo civil es de 42 años y 40 años, respectivamente, ocupando así el primer lugar de la entidad.

La demarcación que registra las edades de menor promedio al divorciarse es Milpa Alta, con 36 años para el sexo masculino y 32 años para el femenino; le sigue Cuajimalpa de Morelos, con 37 y 34 años en hombres y mujeres, respectivamente.

4.3.7.3 Matrimonios con pareja del mismo sexo

Ahora bien, sobre la discutida reforma para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, veamos cuál ha sido el comportamiento. En él podemos ver que el número de este tipo de matrimonios por ahora no es significativo. Según el INEGI (2010), 1 378 personas se casaron con una pareja del mismo sexo en la ciudad de México, luego de las reformas al CCDF aprobadas por la Asamblea Legislativa y que entraron en vigor el 4 de marzo de 2010, informó el gobierno capitalino.

Para 2010 se identifica que marzo fue el mes en que más matrimonios hubo, con 94. De los matrimonios registrados, 60 fueron de nacionalidad extranjera, quienes decidieron compartir su vida con una pareja del mismo sexo que acreditó domicilio en el Distrito Federal.

Tabla 4.1 Matrimonios con pareja del mismo sexo (Distrito Federal).

Año	Personas	Matrimonios
2010	1378	689
2011	1604	802

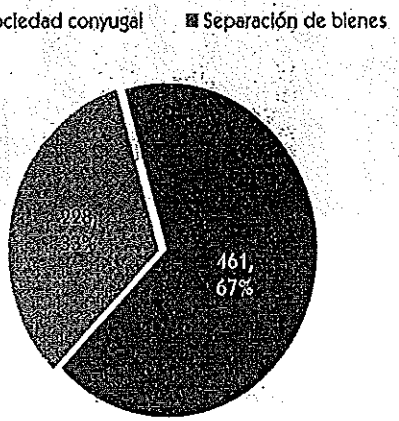


Figura 4.2 Tipo de sociedad.

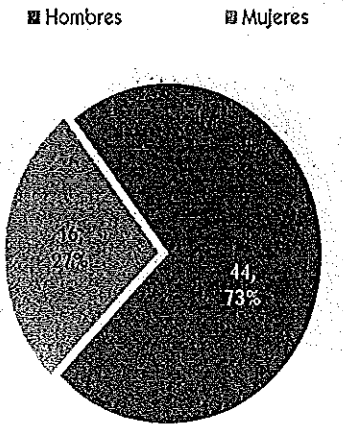


Figura 4.3 Número de personas extranjeras.

Respecto del origen de esos contrayentes, destacan los casos de personas que nacieron en Rumania, España, Italia, Francia, Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Panamá, Venezuela, Filipinas, Argentina, Austria, Irlanda, Brasil, Cuba y Colombia, entre otras.

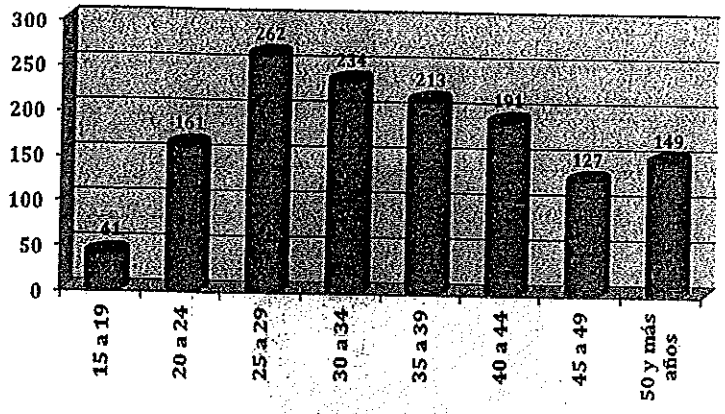


Figura 4.4 Número de personas por edades.

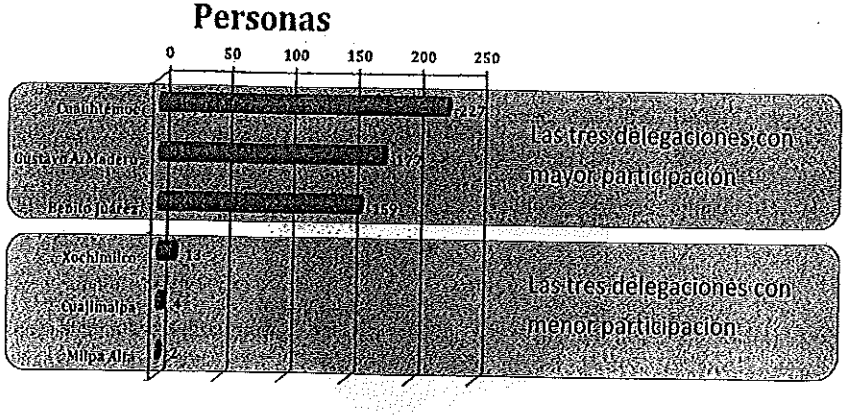


Figura 4.5 Personas por residencia.

El promedio diario de matrimonios entre personas del mismo sexo que se realizaron durante 2010 fue de dos enlaces.

Tabla 4.2 Comparación matrimonios hombre-mujer/matrimonios del mismo sexo, 2010.

	Matrimonios hombre-mujer	Matrimonios del mismo sexo	% de matrimonios del mismo sexo
Estados Unidos Mexicanos	567 943	689	0.12%
Distrito Federal	33 755	689	2.04%

Tabla 4.3 Comparación matrimonios hombre-mujer/matrimonios del mismo sexo, 2011.

	Matrimonios hombre-mujer	Matrimonios del mismo sexo	% de matrimonios del mismo sexo
Estados Unidos Mexicanos	570 954	802	0.14%
Distrito Federal	35 086	802	2.29%

Comentario final: es evidente que la sociedad actual es más individualista y las relaciones humanas son más superficiales. Vivimos, según algunos expertos, en una sociedad líquida, un amor también líquido; la sociedad posmoderna está cuestionando todos los principios del modernismo que dieron origen a la sociedad actual y, particularmente, los principios éticos.

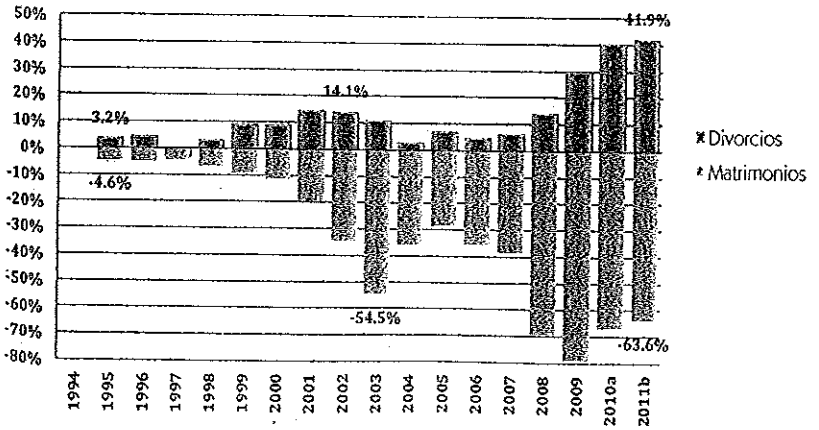


Figura 4.6 Tasa de crecimiento acumulada (base 1994) de matrimonios y divorcios en el Distrito Federal.

Tabla 4.4 Contrayentes del mismo sexo por residencia (entidad federativa), 2010.

	Contrayentes hombre-mujer	Contrayentes del mismo sexo	% de contrayentes del mismo sexo
Estados Unidos Mexicanos	1 135 886	1 378	0.12
Distrito Federal	79 006	1 290	1.63
México	137 436	56	0.041
Hidalgo	16 362	4	0.024
Veracruz de Ignacio de la Llave	76 279	4	0.005
Colima	5 084	3	0.059
Morelos	11 218	3	0.027
Puebla	41 992	3	0.007
Michoacán de Ocampo	55 560	3	0.005
Nuevo León	56 417	3	0.005
San Luis Potosí	24 654	2	0.008
Jalisco	82 317	2	0.002
Extranjero	14 650	1	0.007
Querétaro	16 858	1	0.006
Baja California	17 111	1	0.006
Yucatán	25 012	1	0.004
Guanajuato	59 326	1	0.002

Fuente: Estadísticas demográficas 2010, INEGI, 2010.

Buscamos relaciones efímeras, débiles; así es la relación entre los esposos, así es la relación de los padres con los hijos, así es toda relación humana. Deseamos relaciones red, es decir, relaciones en las que te puedas conectar y desconectar a capricho, sin más, relaciones de fin de semana, sin asumir ningún compromiso.

Por siglos, a través de la familia se reguló el ejercicio de la sexualidad, de tal manera que la relación sexual fuera de la familia era mal vista; por ello se asoció la familia a la procreación. Ahora esto ha cambiado: la procreación no está asociada a la familia, el ejercicio de la sexualidad tampoco; esto, por supuesto, independientemente de los juicios morales sobre el particular.

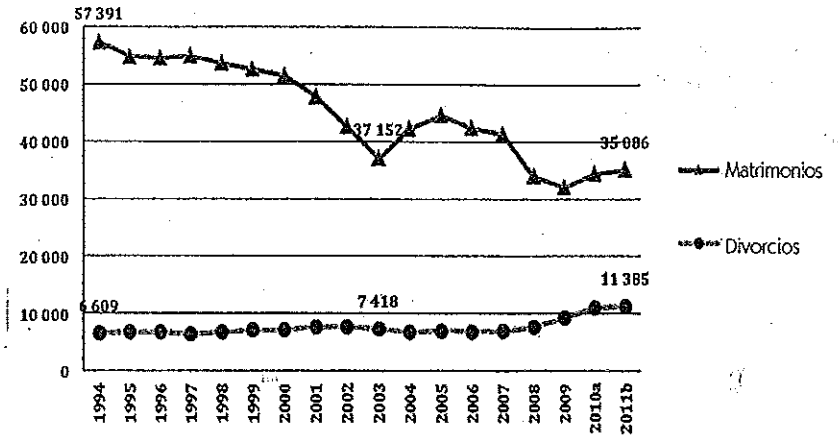


Figura 4.7 Número de matrimonios y divorcios en el Distrito Federal.

Los adultos que tenemos una familia, más que emitir juicios morales o religiosos y levantar índices acusadores, debemos educar mejor a nuestros hijos y reconocer objetivamente que hay relaciones en la familia que se tornan imposibles por distintas razones y circunstancias; ante esto, quizás el divorcio no sea la mejor solución, pero en muchos casos es la única que queda. Frente a esta realidad, toca a la ley ser más estricta en el cumplimiento de las responsabilidades con los hijos, y en general con la familia, una vez que ha habido divorcio.

El CCDF se ha ocupado efectivamente de esta realidad, el divorcio, pero también —debemos señalarlo— ha sido omiso en hacer las adecuaciones derivadas del divorcio a fin de hacer más efectivas las medidas para el cumplimiento de las obligaciones respecto de los hijos y de las familias, que quedan en el desamparo y en condiciones de vulnerabilidad tales que influyen, junto con otros factores, en una serie de fenómenos y desajustes sociales que favorecen incluso la delincuencia.

Por otra parte, también es frecuente encontrar parejas que llevan más de un divorcio y llegan a convivir en el mismo techo menores hijos de varios progenitores, situación que los pone en riesgo, sobre todo a las niñas, pues quedan a merced de padrastros que no sólo no las respetan, sino que incluso las agreden sexualmente, en muchos casos, con madres irresponsables que toleran o se hacen de la vista gorda ante estas situaciones. Esto lo sabemos operadores jurídicos y abogados.

Señalamos también, aunque lo trataremos por separado, el problema de las pensiones alimenticias, pues en la mayoría de los casos tenemos sistemas ineficientes para hacerlas efectivas y son *negociadas* fácilmente, al margen de la ley, entre los cónyuges al interior de las familias; asimismo, son evadibles con mucha facilidad, sin mencionar también el hecho frecuente de que hay padres de familia con más de un divorcio que tienen la carga de cumplir con dos o más pensiones alimenticias y cuyo salario no alcanza (ni íntegro) para cumplir adecuadamente con lo que dice la ley que se debe procurar en una familia. En éstos y en muchos casos la ley está convertida en una cadena de buenos deseos, en pura poesía, ante la mirada

complaciente del Estado, que no crea los organismos subsidiarios para hacer efectivo el cumplimiento de la ley, por lo que estos derechos básicos y fundamentales de la niñez quedan a la buena voluntad de padres irresponsables.

También, aunque no es estrictamente tema de este trabajo, señalamos un Registro Civil anticuado y por ende ineficiente, que permite y favorece muchas anomalías, como dobles registros y *matrimonios* múltiples inexistentes, pues no hay mecanismos electrónicos ni legales que permitan verificar el estado civil de las personas antes de celebrar un nuevo matrimonio.

Tabla 4.5 Comparación matrimonios/divorcios por año.

Año	Matrimonios	Divorcios
1994	57 391	6 609
1995	54 886	6 831
1996	54 565	6 904
1997	54 992	6 410
1998	53 732	6 806
1999	52 707	7 263
2000	51 617	7 265
2001	47 918	7 724
2002	42 695	7 691
2003	37 152	7 418
2004	42 326	6 785
2005	44 658	7 106
2006	42 446	6 924
2007	41 427	7 035
2008	33 968	7 692
2009	32 083	9 386
2010a	34 444	11 053
2011b	35 086	11 385

a. Incluye 689 matrimonios entre parejas del mismo sexo.
b. Incluye 802 matrimonios entre parejas del mismo sexo.

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

- **Divorcio**
  - Concepto de divorcio
    - El divorcio en Roma
    - Divorcio en el derecho francés
    - El divorcio en México
  - Clases de divorcio
    - Divorcio no vincular
    - Divorcio vincular
      - Divorcio administrativo
      - Divorcio por vía judicial
  - Efectos jurídicos del divorcio
    - Efectos provisionales
    - Efectos en relación con los divorciados
    - Efectos en relación con los hijos
    - Efectos en relación con los bienes
  - Evolución del divorcio en nuestra legislación
  - Aspecto ético del divorcio
  - Cifras sobre el matrimonio y el divorcio

II. Realiza las actividades siguientes:

1. Vistas las cifras sobre el matrimonio y el divorcio, reflexiona y expresa tu opinión acerca de las recientes modificaciones a la legislación sobre las causales de divorcio.
2. De igual manera, ¿qué opinas del matrimonio entre personas del mismo sexo?
3. ¿Consideras que los hijos quedan protegidos en caso de divorcio?, ¿por qué?
4. ¿Piensas que debe cambiar la relación entre padres e hijos después del divorcio?
5. ¿Cómo consideras que se puede evitar un divorcio?
6. Cuando la relación en la familia se vuelve compleja, ¿cómo piensas que afecta a los hijos?
7. Quizá conozcas casos en los que los divorciados no cumplen con su obligación de dar alimentos a los hijos, ¿cómo piensas que se debe sancionar a los padres?
8. ¿Quiénes son los responsables de que haya niños de la calle?, ¿cómo sugieres que se castigue a los padres?

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente:

1. En el régimen de Justiniano los tratadistas identificaban cuatro formas de divorcio:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
2. En el derecho francés no se aceptaba el divorcio:
   a) Por adulterio del marido.
   b) Por adulterio de la mujer.
   c) Por mutuo consentimiento.

d) Por sentencia infamante de los cónyuges.

3. Era el realizado por acto unilateral, que se encontraba justificado en la ley:
   a) *Divortium sine causa.*
   b) *Divortium bona gratia.*
4. El divorcio no vincular en nuestra legislación se da:
   a) Por mutuo consentimiento.
   b) Por trastorno mental incurable.
   c) Por adulterio.
5. Este tipo de divorcio consiste en dar por concluida la cohabitación sin romper el vínculo matrimonial; los cónyuges no pueden contraer nuevo matrimonio y sólo implica la no obligación de vivir en común:
   a) Divorcio administrativo.
   b) Divorcio vincular.
   c) Divorcio judicial.
   d) Divorcio no vincular.
6. Menciona tres casos en los que se pueda pedir que se suspenda la obligación de cohabitar con su cónyuge:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
7. Define el divorcio vincular, de acuerdo con el CCDF (art. 266):
   _____
   _____
   _____
8. Son requisitos para la celebración del divorcio administrativo, de conformidad con la ley, los siguientes:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
   e) _____
9. Señala los requisitos que debe contener la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
   e) _____
   f) _____

10. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda, es:
    a) Un efecto del matrimonio en relación con los hijos.
    b) Un efecto del matrimonio en relación con el cónyuge.
    c) Un efecto provisional que el juez dicta de oficio.
    d) Un efecto en relación con el patrimonio.
11. Menciona tres efectos provisionales que son dictados una vez contestada la solicitud o demanda de divorcio y que surten efectos hasta que se dicta la resolución definitiva.
    a) _____
    b) _____
    c) _____
12. De conformidad con el art. 288 del CCDF, en caso de divorcio, el juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las circunstancias siguientes:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
    e) _____
    f) _____
13. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad, para lo cual deberá contener las disposiciones siguientes (art. 283):
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
    e) _____
    f) _____
14. Explica tres efectos del divorcio en relación con los bienes:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
15. En caso de divorcio, la parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno:
    a) Debe cumplirlo necesariamente.
    b) Debe indemnizar a la otra por los daños y perjuicios que le cause.
    c) Debe dar fianza por los posibles daños que se cometan.
    d) Debe revocarse o suspenderse el mandato.

16. En caso de divorcio, los hijos mayores de 12 años:
    a) Decidirán con cuál de los padres quieren vivir.
    b) Deberán vivir con el padre.
    c) Deberán vivir con la madre.
    d) Ninguna de las anteriores.
17. Cuando por alguna razón el padre y la madre pierdan la patria potestad:
    a) Quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.
    b) Cesan todas las obligaciones con sus hijos.
    c) Quedan subsistentes sólo las obligaciones alimentarias.
18. Los hijos menores de 12 años:
    a) Quedarán al cuidado de ambos padres.
    b) Quedarán al cuidado de la madre, solamente que tenga los recursos necesarios.
    c) Quedarán al cuidado del padre aunque carezca de recursos.
    d) Quedarán al cuidado de la madre aunque ésta carezca de recursos.
19. La convivencia de los padres con los hijos se podrá suspender:
    a) Cuando alguno de los padres lo solicite.
    b) Cuando exista riesgo para los menores.
    c) Cuando la convivencia sea nociva para los hijos en opinión de ambos cónyuges.
    d) Cuando sea de común acuerdo de los padres.
20. Explica los efectos en relación con los bienes cuando el matrimonio haya sido bajo el régimen de sociedad conyugal:

_____

_____

_____

5

Concubinato y las sociedades de convivencia

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Conocerá el concepto de concubinato.
- Analizará diferentes posturas acerca de la naturaleza jurídica del concubinato.
- Conocerá los efectos del concubinato:
  - Entre los concubinos.
  - En relación con los hijos.
  - En relación con los bienes y las sucesiones.
- Distinguirá las sociedades de convivencia.
- Conocerá el concepto y la naturaleza jurídica de las sociedades de convivencia.
- Identificará los requisitos para la inscripción de la sociedad de convivencia.
- Comprenderá los efectos de la sociedad de convivencia.

Una vez estudiados los capítulos sobre el matrimonio y el divorcio, corresponde adentrarnos en el estudio del concubinato para conocer su concepto, su naturaleza jurídica y sus efectos; asimismo, serán objeto de un análisis detallado las sociedades de convivencia, reconocidas recientemente por la ley.

El concubinato ha existido siempre y ya era conocido por los juristas desde los tiempos de Roma, aunque para su estudio y reconocimiento legal hubieron de pasar muchos años. En la Edad Media la iglesia, que dominaba el pensamiento, se opuso abiertamente al concubinato y sin duda afectó todas las legislaciones del mundo donde tenía influencia. Aun en el derecho francés no tenía reconocimiento pleno; en nuestra legislación su reconocimiento es reciente.

Para iniciar el estudio de esta figura, como en muchas otras figuras e instituciones jurídicas, partimos de los pocos vestigios que sobre el particular existen en el derecho romano.

5.1 El concubinato en el derecho romano

El concubinato en el derecho romano ya se distinguía del matrimonio y se configuraba por la unión estable de un hombre y una mujer, pero sin la *affectio maritalis*; su carácter de estabilidad la diferenciaba de la simple relación sexual ocasional, y precisamente ese carácter hacía presumir que había la intención o el *animus* de vivir como si se tratase de una familia.

El concubinato no fue castigado por la ley y, de hecho, no llegó a tener reprobación social; incluso, podemos afirmar que las prohibiciones legales existentes acerca del matrimonio favorecieron el concubinato. Por ejemplo, a esta difusión contribuyeron las leyes matrimoniales de Augusto: la *lex julia et papia poppaea*, que prohibía el matrimonio con determinadas mujeres, y la *lex julia adulterii*, que consideraba ilícita la unión extraconyugal con mujeres de baja condición, es decir, con personas *in quas struprum non committitur* (con las cuales no se comete estupro).

En el proceso de desarrollo que tuvo el concubinato en Roma corresponde a Justiniano dar un gran paso, pues eleva al concubinato de categoría de *inaequale coniugium*, y lo convierte en una unión estable con mujer de cualquier condición, con la diferencia respecto del matrimonio de que la unión era sin la *affectio maritalis*, ya que ésta era esencial a la unión matrimonial, como ya lo explicamos en el capítulo sobre el matrimonio. Sobre este particular dice el Digesto:

> *In concubinatu potest ese et aliena liberta, et ingenua, et maxime ea, quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit; aliquin si honeste vitae, et ingenuam mulierem in concubinatum habere mulierit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur, sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.* (También se puede recibir por concubina a la liberta ajena, y a la mujer libre, particularmente a la que es de obscuro nacimiento, o ramera; pero al que quiso recibir por concubina a la mujer honesta e ingenua se le concede sin que lo haga públicamente; pero tiene necesidad de recibirla por mujer; y si no quiere, comete con ella estupro.)[1]

Esta unión puede tener lugar tanto en concepto de matrimonio como de concubinato; en este último caso es necesaria una declaración expresa (*testatio*), y si la *testatio* falta, se comete adulterio. También se extienden al concubinato los requisitos del matrimonio, como la monogamia y la edad de 12 años; asimismo, los impedimentos de parentesco y afinidad, como lo vimos en el capítulo del matrimonio. El Digesto lo dice claramente: *Cuiuscunque aetatis concubinam habere posse, palam est, nisi minor annis duodecim sit.* (Es notorio que se puede tener por concubinas a las de cualquier edad, como no sean menores de doce años.)[2]

Por otra parte, puede darse a la concubina media onza del patrimonio en presencia de padre e hijos legítimos, e incluso la mitad del mismo, cuando faltan éstos, a la concubina y a los hijos naturales. Realmente, en el derecho romano no existían formalidades para celebrar matrimonio, mucho menos para el concubinato. En el derecho romano, dicen Planiol y Ripert:

> No había en estricto sentido celebración de matrimonios; el derecho sólo reglamentaba sus condiciones de validez y efectos; no se ocupaba de sus formas, las ceremonias religiosas, las fiestas y regocijos que acompañaban ordinariamente al matrimonio no eran necesarias... El matrimonio era tan poco solemne y tan poco sólido como el concubinato, de tal manera que a veces era difícil distinguirlos.[3]

Como sabemos, a la caída del Imperio Romano se extendió el dominio de la Iglesia y, acorde con su doctrina, tal como sucede con el divorcio, se pronunció abiertamente en contra del concubinato; de esta manera, el derecho canónico lo castiga como delito contra las buenas costumbres, pero lo cierto es que el concubinato, como quiera que se le vea, es una conducta social y con el transcurrir de los años fue reconocido poco a poco por las legislaciones del mundo.

[1] D. 25, 7, 3.
[2] D. 25, 7, 1, 4.
[3] Marcel Planiol y Georges Ripert, op. cit., p. 116.

No nos detendremos en el periodo medieval, que duró muchos siglos, pues en él hubo un repudio en contra de esta conducta.

5.2 El concubinato en el derecho francés

Es clara la diferencia hoy entre el matrimonio y el concubinato: éste es un mero hecho, carece de formas determinadas y de requisitos para su celebración, de ahí que algunos le denominen *unión de hecho* —los franceses—, no produce efectos jurídicos y así fue durante mucho tiempo. Se halla totalmente fuera del derecho.

En opinión de Planiol y Ripert, a nivel de conciencia el concubinato puede tener deberes como si se tratase de esposos, pues de esta unión podría nacer un hijo y fundar de hecho una familia, como sucede en el matrimonio; sin embargo, la diferencia se encuentra en que los esposos reconocen esas obligaciones y se comprometen a cumplirlas, en tanto que los concubinos realmente no se comprometen y se pueden sustraer de ellas. En el derecho francés decían: esto es lo que hace que el concubinato sea ilícito; no se trata de una simple omisión, pues la ausencia de formas iniciales precisamente hace que los concubinos conserven su libertad, privando así al poder social de los medios para obligarlos.

De cualquier manera la unión libre, en el derecho francés, produjo algunos efectos, porque tanto la jurisprudencia como el legislador se vieron obligados, por diferentes circunstancias, a tomar en cuenta la situación creada voluntariamente por quienes vivían en concubinato. En resumen, los efectos de esta unión libre, siguiendo a Planiol y Ripert, eran los siguientes:

1. Dado que entre esas personas existe una sociedad de hecho, en caso de separación es necesario liquidarla y, con base en ella, determinar las obligaciones de esas personas para con terceros.
2. En caso de matrimonio, cuando una persona muere víctima de un accidente causado por culpa de un tercero, se admite que su cónyuge, parientes próximos y afines pueden demandar daños y perjuicios al autor responsable del accidente, para obtener la reparación del daño que sufren por esa muerte. Algunas sentencias han concedido esta acción a la concubina, por lo menos en razón del perjuicio material que le causa la muerte de quien la sostenía, aunque en este caso la jurisprudencia es indecisa y muy discutida.
3. En caso de concubinato notorio, la ley del 16 de noviembre de 1912 autoriza la investigación de la paternidad natural.
4. Algunas leyes de emergencia reconocen a la concubina el derecho a los beneficios concedidos a las esposas de los movilizados.
5. Lo mismo sucedía en casos de arrendamiento, en los cuales la concubina era considerada para derechos de prórroga, en ciertos casos.

Podemos apreciar cómo la legislación francesa, aunque en forma incipiente, tomó la tendencia de reconocer la unión libre; esa tendencia del derecho francés siguió durante muchos siglos y ha llegado hasta nuestros días.

En la legislación mexicana sucedió lo mismo, aunque dicho reconocimiento fue verdaderamente tardado, pues no fue sino hasta después del primer cuarto del siglo XX cuando se incorporó en nuestro Código Civil y de una manera tímida; sin embargo, los derechos, sobre

todo los de la concubina, se fueron ampliando hasta prácticamente equipararse con los derechos de la mujer legítima. Lo mismo ha sucedido con la protección de los hijos: los derechos de éstos, tanto los tenidos dentro del matrimonio como los derivados de la relación entre concubinos, son iguales.

No obstante los cambios tenidos hasta la actualidad, podemos constatar que el legislador aún no se atreve a legislar puntualmente sobre el concubinato y a declarar con claridad los derechos habidos dentro de esta relación jurídica. Quizás aún existen muchos prejuicios sobre esta figura. Así pues, una vez revisados los antecedentes romanos y del derecho francés sobre el concubinato, iniciemos el estudio del mismo a la luz de la legislación actual; para este efecto, abordaremos el concepto del concubinato.

5.3 Concepto de concubinato

¿Qué es el concubinato? De acuerdo con el *Diccionario Jurídico Mexicano*, el concubinato: "(Del latín *Concubinatus*, comunicación o trato de un hombre con su concubina). Es la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos."[4] Podemos observar que la última parte de esta definición toma una postura sobre la naturaleza jurídica del concubinato, pues lo denomina *hecho lícito*; precisamente al estudio de la naturaleza jurídica del concubinato dedicaremos un apartado en este capítulo, pues no es un asunto menor y la opinión de los juristas, ciertamente, está dividida.

La mayoría de los tratadistas nacionales y extranjeros definen el concubinato. A continuación expondremos algunas definiciones sobre esta figura, y aunque la lista parece interminable, en general podemos anticipar que los diferentes conceptos poco agregan a lo establecido en el CCDF.

Así vemos, por ejemplo, que para Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara: "El concubinato es unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir fines atribuidos al matrimonio en la sociedad."[5]

Este concepto, aunque en términos estrictos no menciona el concepto legal, hace alusión a algunos de sus atributos más importantes: es la unión entre un hombre y una mujer (para estos juristas no puede haber concubinato entre homosexuales) que se encuentren libres de matrimonio; sin embargo, dejan fuera la convivencia constante y permanente y no especifican el tiempo de esta unión, que en nuestra opinión es esencial en el concubinato, por lo que se alejan del concepto legal.

Por su parte, para Galindo Garfias: "El concubinato es la cohabitación entre hombre y mujer solteros que llevan vida en común más o menos prolongada sin estar casados y si son célibes, es un hecho lícito que produce efectos jurídicos, ya que de ser casados sería adulterio."[6] Este concepto agrega dos atributos que el CCDF vigente incorpora: la unión constante y permanente, aunque de forma vaga (dice Galindo Garfias que *llevan vida en común más o menos prolongada*), así como que se encuentren libres de matrimonio, y finalmente lo considera un hecho lícito que tiene efectos jurídicos.

[4] *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. I, p. 573.
[5] Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, *Diccionario de derecho*, 18ª ed., Porrúa, México, 1992, p. 178.
[6] Ignacio Galindo Garfias, *Derecho civil*, 5ª ed., Porrúa, México, 1982, pp. 481 y 482.

Sara Montero dice que el concubinato: "Es la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor si han procreado."[7] Esta definición es similar a la del CCDF vigente antes de sus últimas reformas; destaca en su definición el carácter monógamo del concubinato, que, dice, es la unión sexual entre un solo hombre y una sola mujer; también dice que deben vivir como si fueran esposos en forma constante y permanente. Seguramente formuló esta definición antes de la última reforma, pues afirma que el periodo de dicha convivencia ha de ser de cinco años y no de dos años, como lo establece el CCDF actual.

Alicia Elena Pérez Duarte expresa en su obra sobre el derecho de familia una visión feminista sobre la temática del concubinato de la manera siguiente:

> Ya afirmé que la sociedad y el Estado se interesan por regular la sexualidad de hombres y mujeres, de ahí la institucionalización a través del matrimonio.
>
> Sin embargo, dentro de esos tipos de asociaciones intersexuales que se mencionan está la conocida como concubinato, que es la unión de un hombre y una mujer que no está formalizada a través del matrimonio.
>
> A esta relación no le cabe otra naturaleza, desde el punto de vista de nuestro sistema normativo, que la de un hecho con consecuencias jurídicas.[8]

Sobre esta definición, podemos decir que aunque feminista es, al menos, original; además, le atribuye como naturaleza jurídica ser un hecho con consecuencias jurídicas.

Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez dicen que el concubinato puede entenderse por un lado como:

> La unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, libres de matrimonio y sin impedimentos legales para contraerlo, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, por dos años o más en forma constante y permanente; y por el otro, como la unión entre un hombre y una mujer que viviendo o cohabitando como si estuvieran casados tienen hijos en común, aun cuando en tal caso no hayan transcurrido los dos años a los que se hizo mención.[9]

El concepto anterior no representa ninguna novedad, simplemente es el concepto del Código Civil vigente en el Distrito Federal, pero dividido en las dos partes que lo integran; la primera contiene la convivencia constante y permanente, así como los requisitos de que los concubinos han de estar libres de matrimonio y sin impedimentos para contraerlo; la segunda, también contemplada en la ley, que contiene el plazo de dos años y el hecho de que si tienen hijos en común el plazo puede ser menor.

Por último, Manuel Chávez Asencio define al concubinato como:

> La vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados, cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio.
>
> La unión sexual de un hombre y una mujer que viven en lo privado y públicamente como si fueran cónyuges (sin serlo), libres de matrimonio y sin impedimentos para poderlo contraer, que tiene una temporalidad mínima de cinco años o tienen un hijo.

[7] Sara Montero Duhalt, *Derecho de familia*, 2ª ed., Porrúa, México, 1985, p. 165.
[8] Alicia Pérez Duarte, *Derecho de familia*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 111.
[9] Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, *Derecho de familia*, 2ª ed., Oxford, México, 2009, p. 145.

> Por lo tanto, se puede entender como una comunidad de vida, que realizan un hombre y una mujer como si fueran cónyuges, lo que implica un comportamiento, en lo humano y en lo jurídico, como lo hacen los consortes.[10]

Demasiadas vueltas para decir lo mismo, pero destaca que vivan *como si fueran cónyuges* y menciona el plazo de cinco años, sin duda también por haber sido elaborado antes de la última reforma al CCDF vigente.

Podemos seguir dando definiciones del concubinato en forma interminable; sin embargo, ninguna de ellas es totalmente satisfactoria. Algunas se alejan de lo que reconoce la ley como concubinato; otras se limitan a repetir textualmente el texto legal; las más ingeniosas sólo parafrasean la ley. No obstante, sobre las distintas definiciones anteriores hacemos los señalamientos siguientes:

- Algunas definiciones emplean el término *unión libre* para referirse al concubinato, lo que nos parece impreciso, pues el matrimonio también es unión libre, pues no hay unión forzosa; ambos, concubinato y matrimonio, derivan de que hay libertad de elección.
- En el concubinato, al menos para que se tipifique legalmente, no basta con llevar vida marital o como si fueran esposos, como dicen otros, sino que es necesario además que tenga una duración específica o que se haya procreado un hijo. Por supuesto que esta duración específica la señala la ley.
- Respecto de la procreación de un hijo para considerar que hay concubinato, también deja mucho que desear (aunque este comentario es aplicable al texto de la ley, pues quienes definen el concubinato lo toman del texto legal): realmente, en una relación sexual no tan constante, ni tan prolongada, se puede procrear un hijo. En este caso se puede preguntar: ¿sólo esto basta para que haya concubinato o, además de procrear un hijo, debe haber cierta temporalidad?
- Es importante decir, como lo hacen algunos autores, que la relación sexual o el acto carnal no es el único propósito del concubinato: es, sobre todo, la intención o el *ánimo de permanecer unidos*. Es más, ¿qué sucede si dos personas se unen en forma constante y permanente, se encuentran libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo y no desean tener hijos?, o bien, ¿qué pasa si durante el plazo que dice la ley conviven y por diferentes motivos no tienen unión sexual?
- El CCDF, en el art. 291 bis, no menciona que se trate de una unión sexual o de carácter carnal, que no dudamos tampoco que se presente, pero el artículo mencionado dice:

> Las concubinas y los concubinos 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...

En nuestra opinión, es importante apuntar que el concubinato nace por la voluntad del hombre y la mujer; se puede afirmar que se trata de un "matrimonio de hecho", pues prácticamente cumple con todos los requisitos del mismo, con la salvedad de que carece de la formalidad

[10] Manuel F. Chávez Asencio, *La familia en el derecho*, Relaciones jurídicas conyugales, Porrúa, México, 7ª ed., 2007, pp. 267 y 268.

exigida por la ley para ser considerado matrimonio. En el campo de los hechos, hay parejas de concubinos que viven mejor que muchos matrimonios.

Ahora bien, sin entrar en una definición doctrinaria del concubinato, que sin duda es interesante, y sin considerar los aspectos sobre la discutida naturaleza jurídica del concubinato, pero con base en el CCDF, podemos definirlo como:

> La unión sexual o la vida en común en forma constante y permanente entre dos personas que se encuentren sin impedimento para casarse y libres de matrimonio, por un período mínimo de dos años o que tengan un hijo en común.

Aclaramos que también este concepto es legal, pues independientemente de cómo definamos el concubinato, sólo será concubinato, para los efectos jurídicos, el que cumpla con los requisitos establecidos en la ley; por ello observamos que no nos podemos apartar demasiado de él.

Por la similitud del concubinato con el matrimonio, salvo la formalidad en su celebración, es que al concubinato le han dado denominaciones similares a la del matrimonio, entre ellas: *matrimonio contractual no solemne, matrimonio por comportamiento, matrimonio de hecho, matrimonio conceptual* y otras equivalentes; podemos apreciar que en la práctica es un matrimonio, tanto en lo que corresponde a la comunidad de vida, pues forma una familia, como en lo que atañe a los efectos jurídicos que le reconoce la ley. Ahora bien, expliquemos la definición anterior:

1. *El concubinato es la unión sexual o vida en común en forma constante y permanente:* destacamos en el concubinato el carácter de la unión, que puede ser sexual o de vida en común, lo que significa que la unión no necesariamente tiene que ser sexual. Este aspecto, en su caso, quedará a decisión de la pareja, pues puede ser simplemente una unión para llevar vida en común; lo anterior, sobre todo a raíz de las recientes modificaciones legales acerca del matrimonio, pues como ya lo explicamos, el matrimonio no se asocia ya a la procreación; por ende, no figura dentro de los fines del matrimonio y, en todo caso, puede fundarse una familia sin hijos. Lo que es verdaderamente significativo en el concubinato es el carácter de la vida en común, que debe ser una unión constante y permanente; no se trata de encuentros ocasionales, se requiere cierta estabilidad en la unión, pues la comunidad de vida demanda esa permanencia que dé estabilidad a la pareja y que trae consigo cierto estado conyugal.
2. *Entre dos personas que se encuentren sin impedimento para casarse y libres de matrimonio:* esto supone que pueden ser *personas de diferente o del mismo sexo.* Tratándose de personas del mismo sexo, puede formularse la pregunta siguiente: si éstas ya pueden contraer matrimonio, ¿por qué no puede haber entre ellas concubinato?[11] Si no les satisface el matrimo-

[11] Sobre este particular y en discrepancia con nuestra opinión, Güitrón Fuentevilla dice lo siguiente:
Aberración jurídica de la Ley de Sociedad de Convivencia. El más grave error cometido por el legislador de la Asamblea Legislativa, creadores de la ley supracitada, es haber creado o pretendido haberlo hecho, que en torno al concubinato, giraran las uniones de homosexuales o lesbianas. La reiteración de que a estas sociedades se les aplicará, en lo que fuere posible, el régimen jurídico del concubinato es la expresión más absurda y la ignorancia única, porque, como se constata fácilmente en este artículo, no existe en el Código Civil comentado supuesto jurídico alguno que hable de concubinato de dos personas del mismo sexo, ergo, si ante un juez familiar se presentare, verbigracia, el caso de una sucesión legítima de dos lesbianas que hubieren vivido juntas y que en un momento dado, cualesquiera de ellas falleza sin otorgar testamento, sería imposible que la otra se erigiera en heredera universal de la lesbiana fallecida, sólo porque la Ley de Sociedades de Convivencia dice que se crean derechos sucesorios en esta hipótesis, porque es innegable que esta figura sólo se da entre concubinos, cónyuges o parientes por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grado y en la colateral desigual hasta el cuarto grado, quedando excluida cualquier hipótesis de heredar legítimamente por el vínculo del parentesco por afinidad.

nio ni la sociedad de convivencia, que vivan en concubinato, pues las personas, para unirse en concubinato o para que la ley reconozca su unión como tal, deben carecer de impedimento para casarse y estar libres de matrimonio; de faltar esta circunstancia, se estaría en presencia de bigamia o de cualquier otra figura, pero nunca de concubinato.

3. *Por un periodo mínimo de dos años o que tengan un hijo en común:* este elemento de la definición se asocia con el carácter permanente, pues de él se desprende o se hace presumir que dichas personas se encuentran unidas por vínculos sólidos, lo que se evidencia con la intención de fundar una familia. Por su parte, la ley establece, para reconocer el concubinato, una vida en común por un periodo mínimo de dos años o bien que tengan un hijo en común; esto último no debe pasar por alto que, a través de técnicas modernas de fecundación asistida, cabe la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan tener hijos.

En nuestra opinión, lo más importante del concubinato es la vida en común en forma constante y permanente, ya que de esto se desprende la intención de formar una familia, pues puede darse el caso de que, sin impedimentos para contraer matrimonio y estando libre de él, se den encuentros ocasionales o furtivos y como consecuencia se pueda tener no sólo uno, sino varios hijos, pero no hay el *animus* de llevar una vida en común prolongada y menos la intención de formar una familia; como consecuencia, afirmo, no hay concubinato. Mucho más estricta que la relación sexual y que tener un hijo, debe valorarse la vida en común constante y permanente, pues este aspecto es el que hace presumir el *animus* de formar una familia.

Una vez constituida la unión sexual o vida en común en forma constante y permanente, el concubinato queda establecido de *facto*, pues no demanda declaración ni intervención de autoridad; es simplemente la relación de hecho entre dos personas del mismo o de diferente sexo, en las condiciones expresadas en párrafos anteriores. Precisamos que no se puede tener varias concubinas ni varios concubinos a la vez, pues se dejaría de tipificar la figura del concubinato.

Ahora bien, en el citado art. 291 bis del CCDF, transcrito en forma completa a continuación, se establece:

> Las concubinas y los concubinos 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.

Inexistencia jurídica del concubinato de personas del mismo sexo. No podrá existir el concubinato de homosexuales o de lesbianas ni tampoco el que pueda establecerse, violando los impedimentos que señala el Código Civil, como serían los regulados en el artículo 156 del Código en comento, por ejemplo, el parentesco en línea recta, atentar contra la vida de alguno de ellos, la violencia física o moral, la impotencia incurable para la cópula y otros que la propia ley señala. Es importante que los concubinos demuestren que de manera conjunta han vivido de manera permanente durante dos años cuando menos. Este lapso debe ser inmediatamente anterior al acontecimiento para que se generen derechos y obligaciones, como se señala en este Capítulo, que como lo hemos reiterado, el artículo 138 ter ordena que todas las disposiciones referidas a la familia son de orden público y de interés social y que además buscan proteger la organización y desarrollo integral de los miembros de ésta, basados en el respeto a su dignidad. Destaca que estas relaciones se traducen en un conjunto de deberes, derechos y obligaciones de quienes integran la familia, además éstos se generan entre quienes están unidos por vínculos de parentesco, matrimonio o concubinato. De ahí que se ordene que es deber de los miembros de la familia observar consideración, solidaridad y respeto recíprocos en cuanto al desarrollo de las relaciones familiares. En otras palabras, sea la situación de hecho, derivado de un concubinato, la ley, según lo hemos mencionado, le va a establecer efectos jurídicos semejantes a los del matrimonio y respecto a la familia, todo lo que ésta necesite para estar en mejores condiciones. Asimismo, debe destacarse que todos los derechos y obligaciones referidos a la familia se aplican al concubinato. Esta unión va a generar derechos y obligaciones para ambos. http://www.oem.com.mx/oem/notas/n1358835.htm

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.

De conformidad con esta disposición, podemos señalar dos requisitos para que la ley repute una unión de concubinato:

1. *Carecer de impedimentos para contraer matrimonio.* Esto quiere decir que no debe actualizarse entre los concubinos ninguna de las causales de nulidad de matrimonio establecidas en el art. 235 del CCDF y a las que nos referimos en el capítulo anterior.
2. *La vida en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años.* En este supuesto vale preguntar: ¿qué significa la vida en común en forma constante y permanente? Es evidente que la ley no lo señala; podemos decir entonces que no debe ser una unión ocasional, para lo cual, pensamos, la unión debe ser pública, sin separación temporal tal que indique que no se desea la vida en común permanente, pues la idea es la manifestación del *animus* de vivir unidos o de formar una familia. Este plazo de dos años puede no cumplirse si se satisface la condición de que antes de ese tiempo se tenga un hijo en común, cuya posibilidad ahora se amplía con las técnicas de fecundación asistida incluso para personas del mismo sexo. Aun así, reiteramos, más importante que tener un hijo, la esencia misma del concubinato supone, de acuerdo con la ley, la vida en común en forma constante y permanente; de lo contrario, cualquiera que careciera de impedimento para contraer matrimonio y se encontrara libre de matrimonio podría tener un hijo mediante encuentros furtivos; sin embargo, no tendría el *animus* para vivir unido con otra persona y, por ello, no se consideraría concubinato.

Luego de conocer lo que la ley considera que es el concubinato y una vez que hemos expuesto varios conceptos del mismo, veamos cómo se fue reconociendo en forma paulatina en la legislación del Distrito Federal. Ciertamente, anticipamos que su incorporación todavía no es plena; lo que a la fecha existe en esta materia en nuestra legislación proviene de apenas hace unos años.

5.4 Evolución del concubinato en la legislación del Distrito Federal

En la legislación mexicana, el reconocimiento legal del concubinato tardó siglos; hubieron de vencerse muchos atavismos, pero era urgente reconocer la realidad del concubinato y, sobre todo, reconocerle efectos jurídicos, tanto en beneficio de los menores hijos habidos entre concubinos como en beneficio de la concubina. Lo anterior, al margen de juicios morales o religiosos sobre este tipo de unión.

Después del descubrimiento de América y una vez que llegaron los conquistadores a México, encontraron un mosaico de culturas con costumbres diversas. En general, en el centro del país los pueblos eran polígamos, aunque había otros que eran monógamos. Sin embargo, al concluir la conquista se impuso una civilización completamente distinta; la religión, la legislación, los usos y costumbres de los conquistadores se impusieron en México, con el consabido desconcierto entre los pueblos conquistados. Como es de suponerse, fue difícil hacer que los indígenas abandonaran sus costumbres.

Durante la Colonia, la religión, los usos y costumbres, pero sobre todo la legislación española, se impusieron en la Nueva España y con ello lo relativo al concubinato, que se encontraba prohibido tanto por las leyes como por la religión que se iba imponiendo. Así terminó la época colonial, sin haber resuelto del todo la problemática de las costumbres indígenas.

Llegó la Independencia y la problemática relacionada con las relaciones familiares y los problemas humanos se encontraba lejos de ser resuelta; más bien privaba el desconcierto en las costumbres del pueblo mexicano. Una vez consumada la Independencia en la incipiente legislación que se fue creando en el país, no quedó comprendido el concubinato y ni por equivocación se consideraron efectos jurídicos a las relaciones entre los concubinos y sus hijos.

A mediados del siglo XIX se empezaron a hacer alusiones tímidas al concubinato, aunque más bien en sentido reprobatorio, pues sin definirlo en el Código Civil de esa época, sólo se mencionaba como causal de divorcio. Sin embargo, aunque esta materia tiene poco tiempo en nuestra legislación, se han presentado grandes avances, de tal manera que en la actualidad los derechos emanados del concubinato, como lo estudiaremos posteriormente, se equiparan a los tenidos dentro del matrimonio, en beneficio de los hijos y de los propios concubinos, pero falta que la ley sea más explícita, pues en el CCDF vigente aún no existe un título o capítulo que sea claro y completo sobre el concubinato. Esperamos que con los nuevos códigos de familia que vayan surgiendo se incorpore de lleno.

Expondremos a continuación cómo se fue dando la evolución del concubinato en la legislación del Distrito Federal; en el apartado siguiente señalamos los hitos más importantes:

1. En la *Ley de Matrimonio Civil* del 23 de julio de 1859 se hace alusión al concubinato como causal de divorcio. Esta ley, en su art. 21, mencionaba el adulterio y el concubinato público del marido dentro de las causales de divorcio. Decía este ordenamiento:

   Son causas legítimas para el divorcio:

   1°. El adulterio, menos cuando ambos esposos se hayan hecho reos de este crimen, o cuando el esposo prostituya a la esposa con su consentimiento; mas en caso de que lo haga por la fuerza, la mujer podrá separarse del marido por decisión judicial, sin perjuicio de que éste sea castigado conforme a las leyes. Este caso, así como el concubinato público del marido, dan derecho a la mujer para entablar la acción de divorcio por causa de adulterio.[12]

   Llama la atención que la única alusión al concubinato sea como causal de divorcio, incluso sin llegar a definirlo. Esta omisión debió ocasionar muchos problemas. Realmente, en la vida social, quienes viven en concubinato todavía en la actualidad tratan de ocultarlo.
2. Los códigos civiles de 1870 y 1884 fueron omisos respecto del concubinato, de la misma manera que lo hace la ley citada anteriormente. El Código Civil de 1884 se refiere al concubinato, pero sólo como una causal de divorcio; desgraciadamente, lo menciona de manera muy desafortunada, pues el art. 228 dice lo siguiente:

   El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

   I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común.
   II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal.
   III. Que haya habido escándalo o insulto hecho por el marido a la mujer legítima.
   IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

[12] *Código de la Reforma*, Herrero Hermanos Editores, México, 1903.

   Resulta complejo y demanda muchas explicaciones el sentido exacto de lo dispuesto en la fracc. II; fuera de esta mención al concubinato, no dice más el citado código. La forma en que está redactada esta fracc. II genera confusión entre el adulterio y el concubinato.
3. Posteriormente, la *Ley de Relaciones Familiares* a la que ya nos hemos referido en apartados anteriores repite exactamente la misma disposición del Código Civil de 1884, es decir, siempre se alude al concubinato como causal de divorcio, pero no se precisa su concepto, su connotación. Al no estar contemplado en la ley, podemos decir que queda prácticamente en su concepción lingüística.
4. En el Código Civil de 1928 se empieza a delinear el concepto de concubinato y se inicia un proceso de evolución de esta figura en la legislación mexicana. A partir de este código, que con algunas modificaciones nos rige en la actualidad, el concubinato se define con mayor precisión y se precisan los derechos, sobre todo los correspondientes a los hijos.

   Al igual que a otros autores, nos parece poco afortunado lo expresado en la exposición de motivos, especialmente al referir que el concubinato es la forma peculiar de formar familia en las clases populares:

   Hay entre nosotros, y sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían: pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya a favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y se trata del concubinato, es como se dijo antes, porque se encuentra generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar.

   Aunque limitada, la mención del concubinato en el Código Civil de 1928 significó un avance y podemos apreciar, de acuerdo con la exposición de motivos, que de alguna manera se le busca equiparar al matrimonio; además, se le considera una unión de hecho muy generalizada y, dado lo anterior, se le reconocen efectos jurídicos aunque todavía en forma limitada. Por otra parte señala, como ya lo expresamos, que esta forma de unión es típica de determinadas clases sociales, lo cual es impreciso, pues el concubinato ha sido una realidad de toda la vida y no es distingo de clase social alguna.

   Ahora bien, de conformidad con este Código Civil, podemos citar como normas protectoras o relacionadas con el concubinato las siguientes:

   a) La investigación de la paternidad contenida en el art. 382, fracc. III.
   b) Presunción de la filiación natural, art. 388.
   c) Sucesión de la concubina establecida en el art. 1635.

   En particular, este art. 1635 decía:

   La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes:

I. Si la concubina concurre con sus hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625;
II. Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia que no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo;
III. Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia hubo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo;
IV. Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión;
V. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta;
VI. Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenece a la concubina y la otra mitad a la Beneficencia Pública.

Es destacable que en el artículo transcrito queda acotado el concepto de concubinato prevaleciente en nuestra legislación actual, pues en él se mencionan los elementos siguientes del concubinato:

- La vida en común como si fueran marido y mujer.
- Establece la temporalidad de cinco años, que se conservó hasta hace poco tiempo.
- Que los concubinos se encuentren libres de matrimonio.

También observamos que, aunque otorga ciertos derechos hereditarios a la concubina, los acota con algunas condicionantes.

El concubinato se fue desarrollando a partir del Código Civil de 1928; sus logros más importantes se presentaron con las modificaciones hechas al CCDF a partir del año 2000, en las que el concubinato se ha convertido, a juzgar por los efectos jurídicos que le atribuye la ley, en una manera fáctica de matrimonio.

5. Reforma de 1983. En modificación legal posterior al Código Civil de 1928, acaecida el 13 de diciembre de 1983, se actualizó el citado art. 1635 para quedar de la manera siguiente:

La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará.

La citada reforma fue más allá, pues impuso la obligación alimentaria. El art. 302 del citado ordenamiento dice: "Los cónyuges deben darse alimentos; la Ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma Ley señale. Los concubinos están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados en el artículo 1635."

De esta reforma se destaca el otorgamiento del derecho a la herencia para ambos concubinos, así como el otorgamiento de alimentos. Se recordará que en la legislación anterior el derecho a heredar sólo se concedía a favor de la concubina y con algunas condicionantes.

En la reforma de 1983 citada también se contempla el resarcimiento de daños y perjuicios que la concubina puede exigir a un tercero, derivados de la responsabilidad objetiva contemplada en los arts. 1915 y 1916 del Código Civil.

Finalmente, a partir del año 2000 el concubinato se equipara al matrimonio, como lo veremos detalladamente al estudiar los efectos del concubinato de acuerdo con la legislación vigente, aunque ésta aún no es explícita, pues en esa reforma del 25 de mayo de 2000 se adiciona el Capítulo XI dentro del Título Quinto, perteneciente al Libro Primero, en el cual se legisla con mayor amplitud el concubinato, en mi opinión aún tímidamente, pues sólo comprende cuatro artículos, que son:

a) El art. 291 bis, que contiene:
   - Los derechos y obligaciones recíprocas entre concubinos.
   - La mención de los elementos para definir el concubinato.
   - La disposición de que el concubinato es una relación monogámica, pues de haber varias situaciones como ésta, ninguna se considerará concubinato.

b) El art. 291 ter, que extiende al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia "en lo que fueren aplicables"; en mi opinión, deja abierto el debate, pues debería decir clara y específicamente cuáles son los derechos y obligaciones inherentes a la familia que son aplicables al concubinato. Me parece muy tímido o le dio flojera al legislador.

c) El art. 291 quáter, que incorpora los derechos alimentarios y sucesorios entre los concubinos, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes, por lo que deja la tarea de buscarlos; en mi opinión, el legislador pudo haber dicho al menos cuáles son los derechos y obligaciones reconocidos en este código.

d) El art. 291 quintus establece la pensión alimenticia cuando cese la convivencia, siempre que cualquiera de los concubinos carezca de ingresos o de bienes suficientes para su sostenimiento; esta pensión es por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. Como se puede apreciar, este derecho es por supuesto distinto al que se da dentro del matrimonio.

También en la reforma del año 2000 se establece, en el art. 1635, el derecho de heredarse entre concubinos, y se menciona que para esos efectos deberá remitir a las disposiciones relativas a las sucesión del cónyuge, siempre que se reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero del propio CCDF, es decir, los requisitos establecidos en los artículos citados anteriormente.

La reforma del año 2000 citada fue más allá, pues permite la investigación de la paternidad en caso de concubinato y crea la presunción de la filiación. Sobre la investigación de la paternidad, el art. 382 dice:

La investigación de 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.

Ahora bien, el art. 383 hace alusión expresa a los hijos de los concubinos en los términos siguientes:

Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:
I. Los nacidos dentro del concubinato, y
II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida en común entre concubinario y la concubina.

Al igual que en la legislación del Distrito Federal fue ocurriendo en las legislaciones estatales. Así, en 1997 comenzaron a surgir apartados dedicados al concubinato; tal fue el caso de Hidalgo y Zacatecas. En otros estados, si bien no lo regularon expresamente, sí se definió esta figura, como en Tlaxcala, variando para reconocerle efectos jurídicos el tiempo de vida en común: en algunas entidades son tres y en otras cinco años de convivencia. Entre los estados destacan por su mejor regulación los de Puebla y San Luis Potosí.

Por lo que respecta a los derechos consagrados, son distintos en las diferentes legislaciones y van desde el derecho a habitar la casa y aprovechar la parcela afectada al patrimonio de familia, como en los dos estados citados en el párrafo anterior, hasta obligaciones alimentarias, como en Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Morelos, Oaxaca, Querétaro y Sonora, entre otros, así como el derecho a adoptar en ciertas circunstancias, como en Baja California y Chihuahua; algunos más protegen de la violencia intrafamiliar a quienes viven en concubinato, como sucede en Aguascalientes, Coahuila, Nuevo León, Distrito Federal, Morelos, Sinaloa y otros.

5.5 Naturaleza jurídica del concubinato

La discusión sobre la naturaleza jurídica del concubinato hubo de pasar primero por la postura que el derecho debía asumir frente a él, fundamentalmente por la emisión de juicios morales de quienes ven en el concubinato una afrenta a la moral y a las buenas costumbres; asimismo, desde el ámbito religioso se lanzan críticas airadas en contra del concubinato, llenándolo de improperios, lo cual influyó en forma determinante en el repudio enérgico y casi generalizado que predominó durante muchos años, tal como lo hemos visto en la evolución de la legislación.

A los moralistas exagerados y religiosos que se erigen en juzgadores de la sociedad les debemos recordar, con respeto a su fe, que se les olvida que son igualmente hijos de Dios los hijos de matrimonio o de mujer legítima que los hijos de concubina o de divorciados. Pero al margen de los juicios éticos, morales o religiosos, el derecho debe tomar una decisión frente al concubinato. La peor de todas es ignorarlo, dejando en la desprotección a la concubina y, sobre todo, a los hijos habidos en el concubinato. Ante esta realidad, en el derecho prevalecieron las posturas siguientes:

- Primera. Se presentó en los primeros años de la legislación positiva, casi desde el código de Napoleón, y consistió en ignorarlo, pues ni siquiera era mencionado en la legislación o se mencionaba para reprobarlo.
- Segunda. Otras legislaciones no lo ignoraron y se llegaron a ocupar del concubinato, pero sólo para rechazarlo e incluso sancionarlo.
- Tercera. En un primer avance sobre esta materia, se empezaron a considerar algunos efectos o consecuencias del concubinato, sobre todo lo que atañe a los hijos.
- Cuarta. Consistió en reconocer y legislar el concubinato, como sucedió en los primeros años de nuestra legislación, cuando era considerado una unión inferior al matrimonio.
- Finalmente, podemos apreciar una última tendencia, que es la actual y que consiste en equiparar el concubinato con el matrimonio.

Pero volvamos a la naturaleza jurídica del concubinato: algunos juristas resuelven el problema fácilmente reduciéndolo a un hecho jurídico; sin embargo, en la doctrina jurídica existen diferentes posturas que profundizan en su estudio y cuyos argumentos resultan por demás interesantes, sobre todo cuando no es tan fácil tipificar su naturaleza jurídica.

5.5.1 Tesis de Sara Montero

Sara Montero, en su obra sobre el derecho de familia,[13] menciona la costumbre de algunas culturas en las que el concubinato se presenta al lado del matrimonio, pues el varón tiene una esposa legítima y al mismo tiempo conviven entre sí una o varias concubinas, lo cual, según nuestro concepto de concubinato, no puede ser.

De conformidad con el CCDF, la naturaleza jurídica del concubinato es la de un hecho jurídico al cual se le reconocen efectos jurídicos; aunque éstos cada día son más, no se equiparan con los del matrimonio. De esta manera, podemos concluir que los efectos que se reconocen al concubinato no son en atención a su naturaleza jurídica, sino en atención a la protección de los hijos y en su caso a la protección de la concubina, que de otra manera quedarían totalmente desprotegidos.

Para sustentar su postura, Montero presenta en torno al concubinato los argumentos siguientes:

1. El concubinato no puede ser considerado una institución. Para demostrar lo anterior, en su obra sobre el concubinato menciona:
   - *a)* Partiendo del concepto de institución de Maurice Hauriou, dice que el concubinato es un fenómeno que se ha dado espontáneamente, por ello no siempre sigue el mismo patrón. El concubinato no cuenta con un procedimiento uniforme, como sucede con el matrimonio.
   - *b)* El concubinato carece de organización, no aporta por tanto estabilidad y permanencia a la sociedad.

Esto le basta para concluir que el concubinato no es una institución.

2. El concubinato tampoco se puede equiparar a un acto jurídico. Sobre este particular, muchos juristas han aportado sus ideas para probar que el concubinato no es un acto jurídico, mismas que, siguiendo a Montero, resumimos a continuación:
   - *a)* Si recordamos la definición y los elementos de existencia del acto jurídico, así como los requisitos de validez, podemos apreciar fácilmente que tales elementos y requisitos no se cumplen ni medianamente en el concubinato.
   - *b)* Según lo anterior, estamos de acuerdo en señalar que la ley reconoce algunos efectos al concubinato, pero de ninguna manera regula todas las hipótesis que se pueden presentar.
   - *c)* En la materia del concubinato hay muchas consecuencias que no se encuentran previstas en la ley; podemos afirmar que no existe una legislación orgánica que regule el concubinato.
   - *d)* Por ende, podemos afirmar que los efectos reconocidos al concubinato son escasos y no son de ninguna manera todas las consecuencias de derecho que el ordenamiento jurídico podría reconocerle a este tipo de unión.

[13] Cfr. Sara Montero Duhalt, *Derecho de familia*, 2ª ed., Porrúa, México, 1985.

3. El concubinato es un hecho jurídico del hombre.

Finalmente, Montero se refiere al hecho jurídico, recordando que éste, como lo sabemos, es un acontecimiento de la naturaleza o del hombre que produce consecuencias de derecho, aunque éstas no sean deseadas por su autor. De acuerdo con lo anterior, es importante destacar que en el acontecimiento de la naturaleza, pero sobre todo en el del hombre, no se presenta la intención de originar consecuencias jurídicas y en este atributo radica su diferencia esencial con el acto jurídico.

Bajo estas premisas, Montero concluye que la naturaleza jurídica del concubinato es la de ser catalogado un hecho jurídico del hombre, originado por el ser humano, pero que no busca en él ninguna finalidad, como no sea la de tener una relación con una mujer, sin ataduras ni compromisos, y en su caso la mujer está de acuerdo en ese tipo de relación; es más, muchos de los que viven en concubinato no tienen ningún problema en externarlo de esa manera.[14]

5.5.2 Tesis de Flavio Galván Rivera

Flavio Galván inicia por las diferentes formas en que se denomina al concubinato, entre otras *barraganería* —que quiere decir amancebamiento y que proviene de barragana, que significa concubina—, *cohabitación sin matrimonio, concubinato jurídico, concubinato legal, concubinato notorio, concubinato propio, matrimonio anómalo, matrimonio no formalizado, matrimonio por equiparación, parejas no casadas, unión extramatrimonial, unión libre, unión de hecho* y otras similares.

Pasando al cuestionamiento sobre la naturaleza jurídica del concubinato, Galván expresa que resulta difícil dar una respuesta única o plural, por todas las aristas que tiene el problema; sin embargo, dice, es posible contestar a la luz de las consideraciones siguientes, viéndolo como:

1. *Hecho social o antijurídico.* Esta postura considera al concubinato un hecho despreciable, del cual no se debe ocupar el derecho; en consecuencia, la doctrina desprendida de este punto de vista manifiesta que tal conducta de los seres humanos no tiene ni debe tener trascendencia para el derecho. En todo caso, el concubinato es una práctica social tolerada, que por ello no debe generar derechos ni deberes de naturaleza jurídica, sino sólo derechos y deberes de carácter moral y social.

   El concubinato es sólo un acontecimiento material de las personas, un hecho social extraño al derecho, no regulado ni por vía de excepción.
2. *Hecho jurídico de las personas voluntario y lícito.* Así lo considera Flavio Galván Rivera y de alguna manera es la postura de nuestra legislación; considera al concubinato un hecho jurídico en sentido estricto, cuyo origen incuestionable es la conducta humana voluntaria lícita, a la cual los ordenamientos jurídicos vigentes otorgan determinados y excepcionales efectos jurídicos.

   En nuestro país, dice Galván, de ninguna manera está prohibido el concubinato y menos aún existe norma que lo tipifique como una conducta ilícita o antijurídica, por lo cual las parejas heterosexuales que así lo decidan podrán construir, mediante el concubinato, lícitamente una familia.

[14] Cfr. Sara Montero, *El concubinato. Análisis histórico jurídico y su problema en la práctica*, 2ª ed., Porrúa, México, 2000.

3. *Estado civil.* Este estado, también denominado *estado de familia*, implica una situación jurídica permanente que guarda una persona respecto de su familia y a través de la cual le da a cada persona la calidad de padre, hijo, nieto, hermano, etc., y las demás previstas en la ley en toda la serie de líneas y grados de parentesco.

   Es importante señalar que, en cuanto a la situación jurídica permanente que una persona tiene con su pareja heterosexual, con la cual funda una familia a través del matrimonio, se dice que es casada o casado. De la misma manera, en la práctica cotidiana se considera al concubinato un estado civil de las personas, aunque con frecuencia se confunde con la unión libre, lo cual no concuerda con lo que es el concubinato.
4. *Institución jurídica.* La figura del concubinato, desde su aparición en el Código Civil de 1928, ha ido estableciendo cada día consecuencias jurídicas más amplias para los hijos, la concubina y el concubinario; lo mismo está ocurriendo en el régimen patrimonial de quienes viven en concubinato.

   A lo anterior podemos agregar la existencia de normas jurídicas que han trascendido la esfera del derecho privado y que se encuentran en otras de derecho público, como el derecho social; por ello se puede afirmar, en opinión de Galván, que el concubinato actual en México tiende a convertirse en una auténtica institución jurídica.
5. *Acto jurídico de derecho familiar.* Al concubinato se le puede considerar como naturaleza jurídica la de ser un acto jurídico unilateral plurisubjetivo de derecho familiar, entendido como la manifestación o exteriorización de la voluntad con la intención de generar consecuencias de derecho; sin embargo, la legislación no llega hasta esto.

Con base en lo anterior, Galván concluye que no es factible satisfacer con una sola respuesta todos los cuestionamientos que surgen en torno a la naturaleza jurídica del concubinato y que para dar una respuesta correcta e integral es indispensable analizar el concubinato desde tres puntos de vista diferentes, pero vinculados y complementarios entre sí.

I. El primer aspecto se refiere al origen del concubinato, es decir, al momento y la causa de la que surge esta forma de organización familiar analizada como el acuerdo de voluntades de un solo hombre y una sola mujer, con la intención común de unir sus vidas, sus recursos económicos y sus esfuerzos para fundar una familia.

   En este sentido, resulta claro que el concubinato es *un acto jurídico unilateral plurisubjetivo* de derecho familiar.

II. El concubinato como la consecuencia que trae consigo el acuerdo de voluntades de la pareja heterosexual, es decir, el concubinato no como origen, sino como resultado, como la situación jurídica permanente que el citado acuerdo de voluntades trae a la pareja concubinaria, independientemente del referido estado civil o familiar que la legislación puede o no establecer en forma expresa, pero que con certeza existe, tanto para la concubina como para el concubinario, para algunas y excepcionales consecuencias de derecho; en este sentido, es indudable que la referencia se hace precisamente al estado civil o familiar.

III. Por último, si se alude al conjunto sistematizado de normas que tiene por objeto la regulación o, si se considera el concubinato, como la idea de obra que se realiza, permanece en el tiempo y en el espacio social, además de estructurarse con órganos de poder, se hace referencia al concubinato *institución*.

En conclusión, al tratar de explicar la naturaleza jurídica del concubinato, afirma Galván, para que la exposición resulte sistemática e integral se debe hacer referencia a los tres aspectos mencionados:

- Al *concubinato fuente*, entendido como un *acto jurídico unilateral plurisubjetivo de derecho familiar.*
- Al *concubinato efecto*, es decir, como *estado civil o familiar* de las personas unidas por este vínculo de derecho, y
- Al *concubinato como institución jurídica*, tanto en el aspecto normativo como desde el punto de vista de su existencia socio-jurídica.[15]

Concluimos este apartado diciendo que, en nuestra opinión, es Galván quien mejor desarrolla la naturaleza jurídica del concubinato. Al respecto hay otras posturas, pero la mayoría descalifican y denuestan este tipo de relación, emitiendo juicios lapidarios que, en mi opinión, no vienen al caso; ¿quiénes son ellos para juzgar y en ocasiones expresarse con desprecio y soberbia sobre este asunto? Por eso decidí no exponer estas opiniones.[16]

Además de lo expuesto por Galván y de acuerdo con los recientes cambios legislativos, el concubinato va evolucionando, como lo hemos dicho, y jurídicamente se va equiparando con el matrimonio.

5.5.3 Reflexión sobre la naturaleza jurídica del concubinato

Incorporamos en este apartado algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica del concubinato, a semejanza de juristas como el recién expuesto Flavio Galván y Chávez Asencio, entre otros. Ciertos juristas, aun sin pronunciarse respecto de la naturaleza jurídica del concubinato, destacan en él aspectos que pudieran incidir sobre su naturaleza. Estos aspectos son los siguientes:

a) Institución. En la actualidad el concubinato se encuentra reglamentado en el CCDF; también se refieren a él otras disposiciones en materia laboral y de la seguridad social.

[15] Flavio Galván Rivera, *El concubinato en el vigente derecho mexicano*, Porrúa, México, 2003, pp. 133-137.

[16] Sobre el particular incorporo en esta nota una opinión de Güitrón Fuentevilla, aparecida en un diario. Sin duda es un experto en la materia, pero demasiado soberbio y de opinión bastante hiriente y, en ese sentido, poco académica, pero sí ofensiva para los concubinos y para los académicos que no son sabios como él. Aunque estamos de acuerdo en que, de conformidad con lo que legalmente es un acto jurídico, es claro que el concubinato no lo es.

Dice: "Específicamente, sería una aberración jurídica sostener que el concubinato es un acto jurídico, porque en realidad se trata de una unión de hecho, en la cual no se manifiesta la voluntad, como sí se hace en el acto jurídico para crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones. Por el contrario, en el hecho jurídico concubinato, insistimos en la terminología para que no haya lugar a dudas ni equívocos sobre esta figura, la voluntad de los concubinos no se expresa para celebrar el acto jurídico matrimonio, tampoco quieren ellos que se les trate como cónyuges mucho menos, porque hubieran procedido de otra manera, que se considere la expresión de su voluntad para crear el acto jurídico solemne, institucional y contractual que es el matrimonio. Imagínense ustedes, distinguidos lectores, que alguien dijera que el concubinato es un acto jurídico, argumentando que hay como elementos esenciales el consentimiento y el objeto y de validez, la capacidad de las partes, la ausencia de vicios de la voluntad, que el motivo o fin del concubinato sea lícito y que se ha manifestado la voluntad de crearlo en la forma en que la ley lo establece. Nada sería más aberrante que pretender aplicar la teoría de las nulidades al concubinato y se le ocurriera a alguien pedirle a un Juez Familiar la declaratoria de inexistencia, nulidad absoluta o relativa de esta figura. Más simple todavía. Las lagunas legales mexicanas en esta figura, no tienen principio ni fin, no hay forma alguna de inscribirlo y mucho menos vías para su disolución, no hay sociedad concubinaria, ni siquiera supletoriamente separación de bienes, lo que sí ocurre en el matrimonio, porque en aquél, en el concubinato, cada concubino es dueño de lo propio, lo que debe acreditarse con los títulos de propiedad respectivos. Por no ser acto jurídico, el concubinato no puede sujetarse a término o condición suspensivos, ni prórroga o indemnización alguna, por ello, quienes afirman, exhibiendo una ignorancia crasa o enciclopédica, que el concubinato es un acto jurídico, no tienen idea ni de lo que enseñan ni de lo que saben."

Si atendemos a que existe un conjunto de normas que rigen el concubinato, podemos considerar que está en la senda de ser una institución jurídica, pues es de todos sabido que una institución jurídica se entiende precisamente como el conjunto de normas que son de igual naturaleza, regulan un cuerpo organizado y persiguen la misma finalidad. Nuestra opinión es que aún falta legislación más precisa, más orgánica, para ser considerado una institución; por eso no pensamos que ésta sea su naturaleza jurídica.

b) Contrato ordinario. Si bien es cierto que el contrato es un acuerdo de voluntades, al concubinato no se le puede atribuir que tenga como naturaleza jurídica ser un contrato ordinario, pues su contenido no es de naturaleza patrimonial. No todos los acuerdos de voluntades son contratos. Por otra parte, como sucede en el matrimonio, dentro del concubinato muchos de los derechos y las obligaciones quedan establecidos por la propia ley, incluso al margen de la voluntad de los concubinos.

Definitivamente, es más congruente afirmar que el concubinato se va a convertir en una institución jurídica, pero nunca en un contrato ordinario.

c) Acto jurídico. Por cierto, tampoco es un acto jurídico, ya que —al igual que en el contrato— si bien parte de un acuerdo de voluntades, no basta sólo esto para ser considerado un acto jurídico: en éste se requieren ciertos elementos de existencia, como la manifestación de la voluntad; el objeto, que la ley exige que sea física y jurídicamente posible; que sea lícito, amén de la consideración del objeto como cosa; la formalidad, que en el caso del matrimonio es elevada a solemnidad; asimismo, se deben cumplir los requisitos de validez. En el caso del concubinato, es simple: quienes deciden vivir de esa manera lo hacen y ya, sin dar cumplimiento a ninguno de los elementos de existencia y requisitos de validez; simplemente se unen en una expresión de libertad y a querer o no asumen las responsabilidades que la misma ley les impone.

d) Situación de hecho. La mayoría de los autores consideran que dado que en el concubinato no hay formalidades, éste se convierte en una situación de hecho o en un hecho jurídico que la ley reconoce para la protección de los concubinos y, de manera especial, para la protección de los hijos habidos en el concubinato.

De acuerdo con lo anterior, lo definen como un hecho jurídico *sui generis*. El concubinato es un hecho del ser humano que genera consecuencias de derecho, aun cuando dichas consecuencias no sean deseadas por sus autores. En particular, la ley no ha reconocido plenamente al concubinato como acto jurídico ni como contrato, pero tampoco lo considera a plenitud una institución jurídica.

Para nosotros el concubinato, tal como ahora se encuentra en la ley, efectivamente es un hecho jurídico, pero dadas sus modificaciones legales tiende a consagrarse como una institución jurídica, equiparable para todos los efectos jurídicos a la del matrimonio, pues implica derechos inherentes a la familia.

Lo anterior se puede constatar en las disposiciones legales: de acuerdo con el art. 291 bis, simplemente se reconoce que cuando, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años, que preceden a la generación de derechos y obligaciones, o cuando antes de este periodo se ha tenido un hijo en común, se generan entre estas personas derechos y obligaciones recíprocos; entre éstos, de conformidad con otras disposiciones del CCDF, se encuentran los derechos alimentarios y sucesorios. Por otra parte, y a mayor abundamiento, según el art. 291 ter, rigen al concubinato todos los derechos y

obligaciones inherentes a la familia (pero desgraciadamente agrega) en lo que fueren aplicables.

e) *Hecho social.* Hemos dejado este aspecto para el último punto, pues aunque consideramos que ya ha sido superado, explicamos que de acuerdo con la tendencia de nuestra legislación, al menos la anterior al Código Civil de 1928, al concubinato se le consideraba fuera de la ley, derivado de una conducta despreciable, por lo que para el derecho no tenía mayor trascendencia como no fuera su reprobación; absurdamente, no le reconocían ningún efecto jurídico, lo cual iba en menoscabo y violentaba derechos fundamentales de las personas, sobre todo de los hijos tenidos dentro de él. Por fortuna, esto ha sido más que superado y cada día el concubinato se acerca a pasar de un simple hecho social (incluso despreciable) a un hecho jurídico, como lo considera la mayoría de los autores, acercándose a convertirse en una institución jurídica similar o igual al matrimonio.

5.5.4 Características del concubinato

Con base en las reflexiones anteriores, y particularmente con fundamento en el CCDF, podemos desprender las siguientes características:

1. *La temporalidad.* Para que se pueda tipificar el concubinato y, por ende, para que la ley reconozca sus efectos, es indispensable que los concubinos vivan juntos, es decir, que lleven vida en común, como si fueran esposos, por un periodo de dos años; este requisito se puede salvar si antes de este periodo de convivencia los concubinos tienen un hijo en común.
2. *La procreación.* Esta característica se asocia a los requisitos para que se dé por constituido el concubinato, pues éste puede ser plenamente reconocido si, antes del tiempo que fija la ley de convivencia o vida en común, se procrea un hijo, aunque en nuestra apreciación no es necesario.
3. *La permanencia.* Es importante precisar que la ley dice que la convivencia entre los concubinos debe ser permanente y constante, no ocasional o furtiva, pues es evidente que un hijo se puede concebir en algún encuentro furtivo u ocasional y no por ello nos encontramos frente a la figura del concubinato. La convivencia constante y permanente, pensamos, es un elemento esencial del concubinato.

   Esta característica de ninguna manera significa que no puedan separarse por algún tiempo, siempre que se tenga el *animus* de vivir unidos, pues puede presentarse el caso de ausencias por motivos de trabajo u otras razones, como ocurre en el matrimonio; sin embargo, aun en la ausencia se puede estar al pendiente de las responsabilidades para con la concubina, para con los hijos o el sostenimiento del hogar, etc. Por supuesto que, si éste es el caso, no se interrumpe la continuidad o la permanencia de la convivencia.
4. *La monogamia.* Explicamos ya que el concubinato es monógamo, igual que el matrimonio, pues la ley dispone de manera expresa que si se establecen varias uniones como el concubinato, en ninguna se reputará el mismo. Incluso prevé que quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios.
5. *La heterosexualidad.* Sin duda que el concubinato es una relación entre personas de distinto sexo, pues distintos numerales del CCDF mencionan a la concubina y al concubinario, aunque es importante señalar que a la luz de que, por un lado, la ley haya reconocido las sociedades de convivencia, y por otro, que reconozca el matrimonio entre homosexuales, expresa la salvedad de que pudiera haber concubinato entre homosexuales.
6. *La publicidad.* Alude a que, de acuerdo con las disposiciones legales, el concubinato consiste en una vida en común en forma constante y permanente, lo que hace suponer que esta convivencia se debe ostentar públicamente y no ser una relación oculta, pues justamente el hecho de vivir como si fuera matrimonio implica la publicidad.
7. *La ausencia de impedimentos para contraer matrimonio.* El multicitado art. 291 bis dice que los concubinos deben carecer de impedimentos legales para contraer matrimonio; estos impedimentos son particularmente los establecidos en el art. 156 y en sus 12 fracciones.

Algunos autores agregan como característica del concubinato la fidelidad, pero pensamos que ésta, al igual que en el matrimonio, queda reservada al ámbito moral de la pareja. Independientemente de que su ausencia pueda ser invocada de manera legal, la fidelidad queda implicada en el carácter permanente de la relación y puede ser precisamente uno de los elementos de una relación firme; sin embargo, sólo señalamos que es reprobable, siempre que se alude a la fidelidad, hablar de cierta conducta en la mujer que manifieste afecto hacia su amante o una aparente infidelidad, para calificarla como una conducta infiel.

Otros más señalan que en el concubinato no hay tal deber de fidelidad porque en él no hay compromiso de permanencia e indisolubilidad, ya que es una unión libre que puede terminar en cualquier momento, voluntaria o arbitrariamente; también considero esto un absurdo, pues la fidelidad va más allá de deberes o derechos jurídicos: puede haber tanta o más fidelidad dentro del concubinato que en el matrimonio; es más un asunto dependiente del respeto y el estamento moral de cada persona.

Finalmente, hay también quienes mencionan la relación sexual a la par que la fidelidad, sobre el particular pensamos que la primera queda implícita en el vivir como si fueran esposos y pertenece al ámbito de la intimidad de la pareja, como sucede en el matrimonio, pues somos de la opinión de que ya no podemos hablar del débito conyugal, ya que las relaciones sexuales quedan sujetas a muchos factores relacionados con la propia convivencia.

5.6 Efectos del concubinato

Consideramos que la ley es ambigua cuando se refiere a los efectos del concubinato, lo que se puede apreciar fácilmente, pues el Código Civil que venimos citando sólo dedica *ex profeso* cuatro artículos al concubinato.

De los artículos que tratan el concubinato, el 291 ter expresa que se regirá por todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, pero aclara: *en lo que fueren aplicables*, de lo que resulta la pregunta: ¿y quién nos va a indicar en qué aspectos son aplicables?; no obstante, dado el reconocimiento que la ley hace del concubinato, es necesario mencionar y estudiar sus efectos de acuerdo con ella.

El concubinato, como es de suponerse, tiene efectos jurídicos, por ende, reconocidos legalmente; estos efectos son fundamentalmente para proteger a los que se ven involucrados en esa relación, como son los propios concubinos. Utilizamos este vocablo porque no estamos de acuerdo en que la ley se refiera a la concubina y al *concubinario*, pues no decimos, permítaseme la expresión, esposa y "esposario". Quizá el término obedeció a una errónea concepción

del concubinato; según el DRAE, *-ario* es un sufijo de adjetivos y sustantivos. En los adjetivos indica relación con la base derivativa: *bancario, embrionario*. En los sustantivos significa, entre otras cosas, profesión: *boticario, ferroviario*; persona a quien se cede algo: *concesionario*; lugar donde se guarda lo significado por el primitivo: *campanario, relicario*.

Es denigrante para la mujer, aun cuando se pudiera discutir y comprobar la precisión lingüística del término, referirse a ella como concubina y al concubino decirle concubinario, como si fuera el usuario de la concubina. Esta terminología y este significado son de uso frecuente en el derecho; así nos referimos al arrendatario, donatario, depositario, mandatario, usufructuario. No soy precisamente un feminista, pero agravia a la persona, cualquiera que sea su preferencia sexual o género, tratarla como objeto. Dicho esto, en la obra hablamos de concubina, concubino o concubinos, para referirnos a las personas que deciden vivir en concubinato.

Hecha la aclaración, inicio el tratamiento de los efectos jurídicos del concubinato.

5.6.1 Efectos jurídicos del concubinato entre los concubinos

En estos efectos nos referimos a los que cada uno de los concubinos adquiere de manera estrictamente personal y por su calidad de concubinos. Estos efectos, como es de esperarse, dada su reciente incorporación en nuestra legislación, se han ido ampliando (recordemos que los códigos civiles de 1870 y de 1884 no reconocieron ningún derecho a quienes vivían de esa manera); aun en la actualidad muchos de los derechos no son tan explícitos, pero podemos mencionar, de acuerdo con el CCDF, los derechos entre concubinos siguientes:

1. De conformidad con el art. 291 bis, los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, obviamente cumpliendo para tal efecto con las condiciones que indica la ley: que han vivido en forma constante y permanente por un periodo de dos años, sin impedimentos legales para contraer matrimonio; no es necesario este periodo cuando tengan un hijo.
2. Entre concubinos hay derechos y obligaciones como los que se dan entre los esposos, pues según el art. 291 ter, rigen al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que fueren aplicables.

   De acuerdo con lo anterior, y dada la equiparación con los derechos inherentes a la familia, podemos mencionar que el concubinato implica la cohabitación y, como efecto normal de ésta, la relación sexual, aunque en este aspecto la legislación no lo expresa, y según lo explicamos en el apartado de la familia, no podemos hablar propiamente de un derecho o de una obligación, sino más bien reflexionar que el ejercicio de la sexualidad dentro del concubinato, como en la familia, pertenece a la intimidad de la pareja. Lo mismo podemos decir de la fidelidad, la cual queda más a consideración de la moral de la pareja.
3. Derivado también del derecho de familia y de lo establecido en los arts. 138 quintus y 138 sextus, apuntamos como efectos del concubinato entre los cónyuges la consideración, la solidaridad y el respeto recíprocos, igualdad y ayuda mutua. Así lo expresan estos artículos:

   Artículo 138 quintus. Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

   Artículo 138 sextus. Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

4. Como sucede en la familia y con fundamento en el art. 4º de la CPEUM, los concubinos deben tener autoridad y consideraciones iguales, es decir, el mismo rango de autoridad, guardarse recíprocamente consideraciones y respeto iguales; por tanto, deben decidir ambos de común acuerdo y en un plano de igualdad todo lo relativo a su vida en común, esto es, su persona, sus hijos, sus bienes, etcétera.

   Reiteramos lo afirmado con anterioridad, precisamente por el plano de igualdad en que se encuentran quienes viven en concubinato: es preferible la referencia a ambos como concubinos y no como lo hace la ley, que llama *concubina* a la mujer que vive en concubinato y *concubinario* al hombre que vive en concubinato, como si éste fuera el beneficiario y quien goza de un derecho. Insistimos en que ambos se denominen *concubinos*, lo cual es más congruente con la igualdad, la reciprocidad y el respeto a la dignidad humana de quienes viven en concubinato.
5. Obligación recíproca de proporcionarse alimentos. En el art. 291 quáter del CCDF se establece que el concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios; de la misma manera, el art. 302 del mismo ordenamiento expresa: "Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior."

   De conformidad con estas disposiciones, también podemos señalar que se desprende el derecho a pensión en el supuesto de que cese la convivencia y alguno de los concubinos carezca de ingresos para su sostenimiento.
6. Entre los concubinos existe el derecho de heredarse recíprocamente, obviamente sujetándose a las disposiciones relativas a la sucesión entre cónyuges, siempre que se reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este código, como lo dispone el art. 1635 del citado ordenamiento.
7. Estos derechos sucesorios entre concubinos se repiten, como es de suponerse, en deposiciones laborales y de seguridad social. Así, la *Ley Federal del Trabajo* (LFT) reconoce que cualquiera de los concubinos tiene derecho a recibir indemnización. El art. 501 de la LFT establece:

   Tendrán derecho a recibir indemnización en los casos de muerte:

   I. La viuda, o el viudo que hubiese dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de cincuenta por ciento o más, y los hijos menores de dieciséis años y los mayores de esta edad si tienen una incapacidad de cincuenta por ciento o más;
   II. Los ascendientes concurrirán con las personas mencionadas en la fracción anterior, a menos que se pruebe que no dependían económicamente del trabajador;
   III. A falta de cónyuge supérstite, concurrirá con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores, la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.
   IV. A falta de cónyuge supérstite, hijos y ascendientes, las personas que dependían económicamente del trabajador concurrirán con la persona que reúna los requisitos señalados en la fracción anterior, en la proporción en que cada una dependía de él; y
   V. A falta de las personas mencionadas en las fracciones anteriores, el Instituto Mexicano del Seguro Social.

   De igual forma se refieren a los derechos de los concubinos, más o menos en los mismos términos, la *Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social*, la *Ley del Instituto de Seguridad y*

Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado y la *Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.*

Sin duda hay también efectos patrimoniales, al igual que en la familia, por ejemplo, para constituir el patrimonio familiar y para administrar los bienes que se tengan o se adquieran durante el concubinato; sin embargo, sobre éste y otros aspectos más nuestra ley no es clara, pero como lo afirmamos, se aplica todo lo referente a la familia en "lo que es aplicable".

Comentamos que a partir de la incorporación del concubinato en el Código Civil de 1928 los derechos que se le han otorgado a los concubinos y, en general, a las familias derivadas del concubinato, se han ido equiparando a los derivados del matrimonio, por lo que algunos autores consideran al concubinato un matrimonio de hecho.

5.6.2 Efectos jurídicos del concubinato en relación con los hijos

Podemos aseverar que los efectos jurídicos del concubinato en relación con los hijos se equiparan totalmente a los que existen en la relación matrimonial, pues estos efectos, más que obedecer a la relación jurídica existente entre sus progenitores, obedecen a la relación paterno-filial que existe entre ellos y sus hijos; por eso es importante precisar quiénes se consideran hijos de los concubinos. Ahora bien, entre los efectos jurídicos del concubinato en relación con los hijos podemos señalar los siguientes:

1. *Filiación y parentesco.* Como lo expresamos, el tratamiento que se da a los hijos habidos en el concubinato es análogo al que se otorga a los hijos tenidos dentro del matrimonio, por ello es importante identificar a quienes se considera hijos. De acuerdo con nuestra legislación, debemos señalar lo siguiente:

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

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

Al respecto, es importante indicar que los hijos de los concubinos deben ser reconocidos expresamente por sus padres, debiendo acudir para tal efecto ante el juez del Registro Civil, como lo estipula el art. 369 del Código Civil que venimos citando, el cual señala:

El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:

I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
II. Por acta especial ante el mismo juez;
III. Por escritura Pública;
IV. Por testamento;
V. Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.

De conformidad con el Código Civil citado, se prevé la investigación de la maternidad y de la paternidad en los términos establecidos en los arts. 385 y 388 del CCDF, que sucesivamente disponen:

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

Artículo 388. Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.

Una vez que se ha establecido la paternidad y la maternidad por cualquiera de las formas a las que hemos aludido, se da por probado el parentesco y se produce la filiación y se establecen entre padres e hijos todos los derechos, deberes y obligaciones respecto de los hijos sin limitación derivada de la situación de sus padres. Así pues, de acuerdo con el art. 389:

El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:

I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley;
IV. Los demás que se deriven de la filiación.

Los mismos derechos del concubinato en relación con los hijos se extienden a los hijos adoptivos, pues de acuerdo con la ley vigente los concubinos pueden adoptar, de conformidad con lo siguiente (art. 391):

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.

Ahora bien, aunque después trataremos el tema de la adopción, complementamos lo anterior con lo previsto en el art. 390, en el que se establecen los requisitos para adoptar.

El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trate de adoptarse, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;
II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo el interés superior de la misma, y
III. Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente.

2. *Alimentos.* Establecido el parentesco y la filiación correspondiente entre padres e hijos, se establece la obligación de alimentos.

Sobre esta obligación, las reglas básicas quedan comprendidas en los artículos siguientes:

Artículo 301. La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez derecho de pedirlos.

Artículo 302. Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior.

Artículo 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

3. *Nombre.* Derivado también de la filiación se origina el derecho a llevar el apellido de los progenitores o ambos apellidos de quien lo reconozca.
4. *Sucesión.* Además del derecho entre los concubinos para heredarse, este derecho lo tienen los hijos habidos dentro del concubinato.
5. *Patria potestad.* Ésta se ejerce por ambos progenitores y deriva de la filiación; aun cuando la disposición legislativa no menciona en forma expresa a los concubinos, estas reglas les son aplicables, pues la ley no distingue y donde ésta no distingue, el intérprete no tiene por qué distinguir. Al respecto citamos los numerales siguientes, aunque posteriormente estudiaremos la patria potestad.

Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

5.6.3 Efectos jurídicos del concubinato en relación con los bienes y las sucesiones

Podemos advertir que en materia de concubinato, aun cuando se ha avanzado a partir de su incorporación en el Código Civil de 1928, se ha legislado tímidamente, pues los derechos derivados del mismo se tienen que deducir de lo aplicable a la familia; esto mismo ocurre y tal vez con mayor incidencia sobre los efectos del concubinato en relación con los deberes y derechos de contenido económico. Urge, pues, legislar explícitamente en esta materia.

Aquí nos podemos referir al patrimonio de familia y al derecho a heredar. Sobre el primer punto, nuevamente haciendo extensible lo aplicable en el matrimonio, podemos decir que los concubinos tienen derecho a constituir el patrimonio de familia, recordando que de conformidad con el art. 723:

> El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar. El patrimonio familiar puede incluir la casa-habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad, siempre y cuando no exceda su valor, de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento.

En el caso del concubinato, el art. 724 extiende este derecho a los concubinos: "Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, cualquiera de los cónyuges o ambos, cualquiera de los concubinos o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia."

Ahora bien, respecto de los efectos jurídicos del concubinato en relación con los bienes, señalamos que le son aplicables, al igual que en otros derechos, todos los efectos jurídicos relacionados con la familia. Bien haría el legislador en hacerlos explícitos y denominar al concubinato por su nombre en lo que respecta a los distintos efectos jurídicos.

Finalmente, en lo que concierne a los efectos jurídicos del concubinato en relación con las sucesiones, podemos señalar lo siguiente:

1. Los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen derecho a exigir alimentos, si el testador no se los dejó. Al respecto, el art. 1368 del CCDF señala:

   El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

   I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;
   II. ...
   III. ...
   IV. ...
   V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los dos años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tengan bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;
   VI. ...

2. De acuerdo con el art. 1602:

   Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

   I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635.
   II. ...

3. Sobre los efectos del concubinato en relación con las sucesiones la ley es poco explícita, como ya lo expresamos; de conformidad con el art. 1635, los concubinos tienen derecho a heredarse recíprocamente; sin embargo, hace pocas alusiones a los concubinos y a los hijos tenidos dentro del concubinato.

Como conclusión de este apartado afirmamos que si bien a partir del Código Civil de 1928 se incorporó el concubinato a la legislación y ha ido ganando terreno, la ley aún es omisa en mu-

chos aspectos, por lo que sobre todo los juzgadores tienen que deducir de lo establecido para la familia lo aplicable al concubinato.

Es necesario y urgente que los legisladores incluyan en el CCDF, y cuando llegue el caso en el código de familia, todo lo relativo al concubinato, pues esas familias no son familias de segunda y los hijos tenidos en el concubinato no son hijos que sus padres deban ocultar; tienen derecho como cualquier hijo y estas familias tienen prerrogativas como cualquier familia.

Para concluir este apartado señalamos que, por fortuna, entre los ordenamientos civiles de la República Mexicana se ha dado reconocimiento al concubinato de manera paulatina. Así lo hicieron Hidalgo y Zacatecas en 1997. Algunos ni siquiera han definido el concubinato, aunque reglamentan algunos de sus efectos; por ejemplo, Tlaxcala reconoce el derecho de alimentos entre concubinos, como ya ocurría en Baja California, Chiapas, Chihuahua y Coahuila, entre otros.

Finalmente, a partir del año 2002 se reconoce prácticamente en todos los estados de la República y se comprenden los derechos de filiación y la sucesión. Otros códigos de manera particular amplían esos derechos; tal es el caso de Coahuila, que autoriza dentro del concubinato el uso de técnicas de reproducción asistida y se sanciona la violencia familiar entre concubinos.

No obstante, al margen de cualquier juicio moral o religioso, comprendemos que el concubinato es una realidad y que esas familias son como las demás y esos hijos nacidos dentro del concubinato son igualmente dignos e igual de humanos que los hijos nacidos dentro del matrimonio.

5.7 Las sociedades de convivencia

Aun cuando ya hicimos referencia en el primer capítulo a las sociedades de convivencia, ahora corresponde profundizar en algunos aspectos con los cuales buscaremos esclarecer qué son, cuál es su naturaleza jurídica, cuáles los requisitos para su inscripción y, sobre todo, cosa muy importante, cuáles son sus efectos jurídicos.

5.7.1 Concepto de sociedad de convivencia

¿Qué es una sociedad de convivencia? Como sucede con muchas otras figuras e instituciones jurídicas, la sociedad de convivencia primero se establece en la ley y posteriormente los juristas se hacen añicos para dar una explicación coherente de la creación legislativa, recurriendo a una serie de argumentos y pseudoargumentos para justificar tal o cual creación legal. En el afán de lograr lo anterior somos capaces de justificar cualquier cosa; sin embargo, es así y no podemos proceder de otra manera. Independientemente de ello, podemos ser críticos y, con base en la insistencia, incidir en cambios legislativos.

En efecto, la *Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal* (LSCDF) se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de noviembre de 2006; fue el preámbulo para la modificación posterior del CCDF en la búsqueda del reconocimiento legal de matrimonios entre personas del mismo sexo, pues recordemos que en la LSCDF se regularon por primera vez las uniones entre homosexuales.

Ahora bien, ¿qué es una sociedad de convivencia? De acuerdo con el art. 2 de la propia ley de la materia, los legisladores tuvieron a bien o quizá tuvieron a mal decir lo siguiente: "La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua." De la definición anterior podemos destacar:

1. El concepto legal considera a la sociedad de convivencia *un acto jurídico*, es decir, una manifestación o acuerdo de voluntades realizada con la intención de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

   Podemos apreciar que no se anduvieron con rodeos. En este sentido, consideraron a la sociedad de convivencia por encima del concubinato; sin embargo, es cuestionable, aunque lo diga la ley, que se trate de un acto jurídico, pues no es posible que en la sociedad las partes acuerden absolutamente el contenido obligacional; en muchos aspectos la ley lo señala, tal como lo hace con el concubinato y con el matrimonio.
2. De acuerdo con el artículo comentado, las sociedades de convivencia se constituyen *entre dos personas físicas de diferente o del mismo sexo*; con esto los legisladores cumplieron el objetivo que se habían trazado: permitir las uniones entre personas del mismo sexo, independientemente del nombre asignado.

   Al respecto, es común relacionar las sociedades de convivencia con una unión sexual entre convivientes, que por cierto la ley no señala. Asimismo, se las relaciona como la unión entre personas del mismo sexo; esto es impreciso: en primer lugar, una sociedad de convivencia puede surgir entre personas simplemente con la finalidad de ayudarse mutuamente, como lo dice la ley, aunque la relación sexual pudiera suponerse, pero esto no es ni requisito, ni condición. Por otra parte, cuando se dice que la sociedad de convivencia puede ser entre personas del mismo sexo, la mayoría lo asocia a la homosexualidad; si bien la sociedad de convivencia puede ser, de acuerdo con la ley, entre personas del mismo sexo, no necesariamente éstas tienen que ser o son homosexuales.
3. La finalidad de la sociedad de convivencia es el establecimiento de un hogar común y la voluntad de permanencia. Pareciera que el primero implica al segundo: la fundación del hogar común da por instaurada la sociedad de convivencia; por lo que toca a la permanencia, se ignora qué es, pues la ley no señala alguna temporalidad para presumirla, como sucede por ejemplo en el concubinato, o bien el establecimiento del hogar común hace presumir la intención de permanecer juntos. La verdad es que no se trata de una convivencia ocasional, sino presumiblemente con la intención de permanecer unidos; lo que busca la disposición legal es la estabilidad de la unión, derivada no sólo de vivir en el mismo lugar, sino del deseo de llevar una vida en común.
4. Por lo que respecta a su finalidad, la *ayuda mutua*, es prácticamente igual que en el matrimonio y en el concubinato. Precisamente en razón de todo lo anterior (la voluntad de permanencia, la ayuda mutua y el establecimiento del hogar común) es que los convivientes quedan obligados. Dice el art. 3:

   "La Sociedad de Convivencia obliga a las o los convivientes, en razón de la voluntad de permanencia, ayuda mutua y establecimiento del hogar común; la cual surte efectos frente a terceros cuando la Sociedad es registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo correspondiente."

   Lo anterior es muy discutible, pues, en estricto sentido, vivir juntos, tener voluntad de permanencia y brindarse ayuda mutua no necesariamente implica el deseo de establecer una sociedad de convivencia.

5.7.2 Naturaleza jurídica de las sociedades de convivencia

Aun cuando la ley le atribuye el ser un acto jurídico, la naturaleza jurídica de la sociedad de convivencia es discutible, habida cuenta de que el surgimiento de los efectos queda supeditado al establecimiento del hogar común; tratándose de efectos contra terceros, éstos surgen cuando la sociedad es registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo correspondiente.

Se puede señalar que las consecuencias jurídicas se actualizan por ministerio de ley; por esta razón es que a la sociedad de convivencia —al margen de que la ley dice que es un acto jurídico— se le atribuye como naturaleza jurídica ser un hecho jurídico voluntario. Podemos decir que éste es más o menos el criterio que prevalece entre los juristas.

En esta ley, de sólo 25 artículos y tres transitorios, nos parece que hubo mucha precipitación; por ello ha generado una serie de confusiones y muchos cuestionamientos. Es verdad que vivir en común, con la finalidad de ayudarse mutuamente, muchas personas lo hacen; tal es el caso que puede darse entre amigos, compañeros, estudiantes, personas mayores o de cualquier edad que desean compartir gastos y acompañarse. Recordemos que el hombre es social y gregario y no demanda mayores explicaciones, y no por ello ha de querer formalizar una sociedad de convivencia.

La ley tiene muchas indefiniciones: no precisa qué es la permanencia, qué tiempo se requiere, cómo se dividen las cargas habidas durante la vida en común o cómo se administran los bienes; en caso de cesar la vida en común, si se debe liquidar la sociedad, cómo se hace, qué derechos y obligaciones otorga, si éstos son los mismos del matrimonio, del concubinato o son otros. En fin, se pueden formular muchas preguntas.

Parece que los legisladores de la Asamblea Legislativa tenían prisa por crear las sociedades de convivencia. No sabemos los motivos, pero podemos presumir que fue con el propósito de preparar el terreno para los matrimonios entre personas del mismo sexo o, como afirman otros, una ley aprobada por simples fines electoreros, que no electorales. Por ello esta ley ha recibido muchas críticas, unas más apasionadas que otras, unas más objetivas, otras menos, unas más sensatas y otras donde falta la serenidad.[17]

En conclusión, sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de convivencia, la mayoría de los autores coincide en señalar que se trata de un hecho jurídico voluntario, aun cuando la ley expresamente dice que es un acto jurídico bilateral.

Es más urgente legislar sobre el concubinato que andar inventando leyes en forma precipitada, cuya intención, sin poderlo comprobar, era dar oportunidad a la unión entre parejas de homosexuales, independientemente del nombre que se le dé y de la naturaleza jurídica que se

17 Güitrón Fuentevilla se expresa de la manera siguiente:
Aberración jurídica de la *Ley de sociedad de convivencia*. El más grave error cometido por el legislador de la Asamblea Legislativa, creadores de la ley supracitada, es haber creado o pretendido haberlo hecho, que en torno al concubinato, giraran las uniones de homosexuales o lesbianas. La reiteración de que a estas sociedades se les aplicará, en lo que fuere posible, el régimen jurídico del concubinato es la expresión más absurda y la ignorancia única, porque, como se constata fácilmente en este artículo, no existe en el Código Civil comentado supuesto jurídico alguno que hable de concubinato de dos personas del mismo sexo, ergo, si ante un juez familiar se presentare, verbigracia, el caso de una sucesión legítima de dos lesbianas que hubieren vivido juntas y que en un momento dado, cualesquiera de ellas fallezca sin otorgar testamento, sería imposible que la otra se erigiera en heredera universal de la lesbiana fallecida, sólo porque la Ley de Sociedades de Convivencia dice que se crean derechos sucesorios en esta hipótesis, porque es innegable que esta figura sólo se da entre concubinos, cónyuges o parientes por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grado y en la colateral desigual hasta el cuarto grado, quedando excluida cualquier hipótesis de heredar legítimamente por el vínculo del parentesco por afinidad.

le pudiera atribuir. No negamos el derecho a las minorías, pero ahora, dado que existe el concubinato y ya se permite legalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo, esta ley resulta innecesaria. Las cifras no mienten, prácticamente no hay sociedades de convivencia. Veamos las tablas 5.1 y 5.2.[18]

Tabla 5.1 Depósitos de sociedades de convivencia por tipo de pareja.

Tipo	Número de depósitos de marzo de 2007 a diciembre de 2007	Número de depósitos de enero de 2008 a diciembre de 2008	Número de depósitos de enero de 2009 a diciembre de 2009	Número de depósitos de enero de 2010 a diciembre de 2010	Número de depósitos de enero de 2011 a diciembre de 2011	Total
Parejas de hombres	147	130	122	20	1	420
Parejas de mujeres	90	121	84	18	2	315
Parejas de hombre-mujer	20	17	8	3	3	51
TOTAL	257	268	214	41	6	786

Por último, el art. 4 de la LSCDF menciona quiénes tienen impedimento para constituir una sociedad de convivencia:

> No podrán constituir Sociedad de Convivencia, las personas unidas en matrimonio, concubinato y aquellas que mantengan vigente otra Sociedad de Convivencia.
>
> Tampoco podrán celebrar entre sí Sociedad de Convivencia, los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado.

5.7.3 Requisitos para su inscripción

La LSCDF exige para su registro, de acuerdo en el art. 6, lo siguiente:

1. Se haga constar por escrito.
2. Que sea ratificada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del órgano político administrativo del domicilio donde se establezca el hogar común, instancia que actuará como autoridad registradora.

   La ratificación y registro del documento deberá hacerse personalmente por las o los convivientes acompañados por las o los testigos. La autoridad registradora deberá cerciorarse fehacientemente de la identidad de las o los comparecientes (art. 8).

18 http://www.infodf.org.mx/pdfs/resoluciones/recur11/RR.1154-2011.pdf

Tabla 5.2 Depósitos de sociedades de convivencia por delegación y por año.

Delegación	2007	2008	2009	2010	2011
Álvaro Obregón	10	22	12	4	0
Azcapotzalco	4	7	10	0	1
Benito Juárez	30	28	23	7	0
Coyoacán	28	34	14	3	0
Cuajimalpa	4	1	1	0	0
Cuauhtémoc	53	44	45	11	1
Gustavo A. Madero	23	30	27	3	0
Iztacalco	15	7	14	1	0
Iztapalapa	40	33	16	1	1
Magdalena Contreras	4	5	0	0	0
Miguel Hidalgo	14	28	32	6	0
Milpa Alta	0	0	0	0	0
Tláhuac	1	1	1	0	0
Tlalpan					
Venustiano Carranza	15	20	7	2	3
Xochimilco	3	2	4	1	0
Total	257	268	214	41	6
Gran total					786

3. Por otra parte, el documento por el cual se constituya la sociedad de convivencia debe contener los requisitos siguientes (art. 7):

I. El nombre de cada conviviente, su edad, domicilio y estado civil, así como, los nombres y domicilios de dos testigos mayores de edad;
II. El domicilio donde se establecerá el hogar común;
III. La manifestación expresa de las o los convivientes de vivir juntos en el hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua; y
IV. Puede contener la forma en que las o los convivientes regularán la Sociedad de Convivencia y sus relaciones patrimoniales. La falta de este requisito no será causa para negar el Registro de la Sociedad, por lo que a falta de éste, se entenderá que cada conviviente conservará el dominio, uso y disfrute de sus bienes, así como su administración.
V. Las firmas de las o los convivientes y de las o los testigos.

En numerales subsecuentes se establece:

1. Que se pueden hacer las modificaciones y adiciones que consideren los convivientes sobre cómo regular la sociedad y las relaciones patrimoniales, sin haber hecho antes alusión a estos aspectos (art. 9).
2. La forma en que se hace la ratificación (art. 10).
3. El otorgamiento de copias certificadas (art. 11).

Obviamente, de acuerdo con la misma ley, este requisito es importantísimo, pues a partir de su registro es que surte efectos frente a terceros.

5.7.4 Efectos jurídicos de la sociedad de convivencia

Sobre los efectos jurídicos de la sociedad de convivencia, podemos decir que de conformidad con el art. 5 de la LSCDF, en principio surte efectos semejantes a los del concubinato y las relaciones que se deriven del mismo se producirán entre convivientes. Ahora bien, podemos señalar los siguientes efectos jurídicos:

5.7.4.1 Efectos jurídicos entre los convivientes

Respecto de los efectos jurídicos entre los convivientes, con todas las deficiencias de la ley, señalamos los siguientes:

- Establecimiento de un hogar común (arts. 2 y 7).
- La ayuda mutua (art. 2). Tanto el establecimiento del hogar común como la voluntad de permanencia y la ayuda mutua son los fines de la sociedad de convivencia, aun cuando la ley no entra a explicar qué es la formación de un hogar común o cómo es que éste se da por establecido; es decir, no explica de cuánto tiempo ha de ser la permanencia. Además, cabe la posibilidad de abandonar el hogar común, lo que de acuerdo con el art. 20 implica la terminación de la sociedad de convivencia.
- La igualdad de derechos (art. 17, segundo párrafo): "Serán nulos y se tendrán por no puestos los pactos limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente y los contrarios a la Constitución y a las leyes."
- El desempeño de la tutela en caso de estado de interdicción de cualquiera de los convivientes (art. 15), siempre que los convivientes hayan vivido juntos por un periodo inmediato anterior a dos años a partir de que la sociedad de convivencia se haya constituido.

Es importante señalar que al parecer la sociedad de convivencia no afecta el estado civil de los convivientes, dado que ante el Registro Civil no se lleva a cabo ningún tipo de inscripción.

Podemos observar, de acuerdo con estas disposiciones, que la legislación sobre sociedades de convivencia fue hecha al vapor, por lo que carece de consistencia y deja muchas cosas en la indefinición. Un tanto en broma, pero también en serio, podemos decir que los legisladores son menos peligrosos cuando no legislan, pues cuando legislan lo hacen, como lo hemos visto, sin responsabilidad.

5.7.4.2 Efectos sobre los bienes

Los efectos jurídicos entre los convivientes que tienen implicaciones sobre los bienes son:

- La obligación recíproca que de conformidad con el art. 13 tienen los convivientes de proporcionarse alimentos. La ley incluso especifica sobre los alimentos que si hubiera un tercero que fuese acreedor alimentario tendrá derecho a recibir la pensión alimenticia que en derecho le corresponda, subsistiendo la sociedad de convivencia en todo lo que no contravenga a este derecho (art. 17).
- Derechos sucesorios. Estos derechos operan entre convivientes en términos de la sucesión legítima entre concubinos, en caso de fallecimiento, durante la vigencia de la sociedad de convivencia.
- Subrogación en los derechos y obligaciones del contrato de arrendamiento del inmueble en que se encuentra establecido el hogar común, en caso de fallecimiento del otro conviviente. En este caso en particular ignoramos a quién quiso proteger la ley; tal vez al arrendador, pues al conviviente supérstite le agravia, ya que lo obliga a continuar con el arrendamiento.

5.7.4.3 Efectos jurídicos derivados de la terminación de la sociedad de convivencia

- Derecho a pensión alimenticia, de acuerdo con el art. 21 de la mencionada ley, a favor del conviviente que carezca de ingresos y bienes suficientes para su sostenimiento, pero sólo por la mitad del tiempo que haya durado la sociedad de convivencia y siempre que no viva en concubinato, contraiga matrimonio o suscriba otra sociedad de convivencia.
- Sobre el hogar común, en caso de disolución de la sociedad de convivencia, si dicho hogar común se ubicaba en un inmueble cuyo titular de los derechos sea uno solo de las o los convivientes, el otro deberá desocuparlo en un término no mayor a tres meses. Dicho plazo no aplicará si median situaciones que pongan en riesgo la integridad física o mental del titular; en este caso, la desocupación deberá realizarse de manera inmediata.
- Se puede entender también que al cesar la sociedad de convivencia deben liquidarse los bienes comunes, aplicando lo correspondiente al concubinato.
- Avisar a la autoridad registradora en términos del art. 24 de la citada LSCDF, que al efecto señala:

> En caso de terminación de una Sociedad de Convivencia, cualquiera de sus convivientes deberá dar aviso por escrito de este hecho a la autoridad registradora del Órgano Político Administrativo del hogar en común, la que deberá hacer del conocimiento de dicha terminación al Archivo General de Notarías. La misma autoridad deberá notificar de esto al otro conviviente en un plazo no mayor de 20 días hábiles, excepto cuando la terminación se dé por la muerte de alguno de las o los convivientes en cuyo caso deberá exhibirse el acta de defunción correspondiente, ante la autoridad registradora.
>
> En caso de que la terminación de la Sociedad sea por la ausencia de uno de las o los convivientes, la autoridad procederá a notificar por estrados.

5.7.5 Forma de terminación de la sociedad de convivencia

Sobre la terminación de la sociedad de convivencia, la ley en comento señala:

> **Artículo 20.** La Sociedad de Convivencia termina:
>
> I. Por la voluntad de ambos o de cualquiera de las o los convivientes.
> II. Por el abandono del hogar común de uno de las o los convivientes por más de tres meses, sin que haya causa justificada.
> III. Porque alguno de las o los convivientes contraiga matrimonio o establezca una relación de concubinato.
> IV. Porque alguno de las o los convivientes haya actuado dolosamente al suscribir la Sociedad de Convivencia.
> V. Por la defunción de alguno de las o los convivientes.

Sobre las fracciones del art. 20 citado, es necesario decir que dejan muchos vacíos, pues en el caso de la fracc. I no señala cómo se hace, mediante qué instrumento o ante qué autoridad se realiza el aviso de no querer continuar la sociedad de convivencia.

Sobre el abandono del hogar común de uno de las o los convivientes por más de tres meses sin causa justificada, también hay un vacío, pues la ley tampoco señala cuáles serían las causas que justificasen el abandono; por otra parte, se indica que la sociedad puede terminar por voluntad de cualquiera de las o los convivientes. Definitivamente, los asambleístas andaban muy confundidos.

Finalmente, en la fracc. II se menciona que la sociedad de convivencia termina cuando alguno de las o los convivientes contrae matrimonio, lo que es contradictorio, pues debería establecerse como uno de los impedimentos para contraer matrimonio el que se tenga una sociedad de convivencia.

5.8 Conclusión

En el contexto previo a la *Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal* y antes de la existencia en la legislación del matrimonio entre personas del mismo sexo, el reconocimiento de estas sociedades pudo tener alguna razón.

Debemos entender, nos guste o no, estemos de acuerdo en ello o no, que las relaciones homosexuales han existido a lo largo de la historia. En nuestro país, de profunda orientación cristiana, estas relaciones han sido calificadas como pecaminosas, e incluso en el mundo la homosexualidad llegó a considerarse una enfermedad; no fue sino hasta 1981 cuando la Organización Mundial de la Salud afirmó que no lo era, y entonces se inició un movimiento mundial para ver en los homosexuales personas dignas de respeto, por lo cual no deben ser discriminadas.

Obviamente, este cambio se fue fraguando en el colectivo social y representó un problema para el derecho, que tuvo que ver la manera de establecer el reconocimiento legal de las uniones de hecho homosexuales y, asimismo, las consecuencias derivadas de este reconocimiento, como las obligaciones entre convivientes, la administración y propiedad de los bienes, derechos alimentarios, derechos sucesorios, la adopción y el acceso de técnicas de fecundación asistida, entre otros.

Se ha señalado que la base del respeto a los homosexuales es la misma para todas las personas, ya que todas gozan de los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones y uno de ellos es el derecho a concretar su vida, sus deseos y buscar su felicidad.

Algunos de los temas aún se discuten, pero ya no en el contexto de las sociedades de convivencia, sino en el marco legal del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

Concubinato y sociedad de convivencia

- Concubinato en el derecho romano
- Concubinato en el derecho francés
- Concepto de concubinato
- Evolución del concubinato en la legislación del Distrito Federal
- Naturaleza jurídica del concubinato
  - Tesis de Sara Montero
  - Tesis de Flavio Galván
- Reflexión sobre la naturaleza jurídica del concubinato
- Características del concubinato
- Efectos del concubinato
  - Efectos jurídicos del concubinato entre los concubinos
  - Efectos jurídicos del concubinato en relación con los hijos
  - Efectos jurídicos del concubinato en relación con los bienes y las sucesiones
- Las sociedades de convivencia
  - Su concepto y su naturaleza jurídica
  - Requisitos para su inscripción
  - Efectos jurídicos de la sociedad de convivencia
    - Efectos jurídicos entre los convivientes
    - Efectos jurídicos sobre los bienes
    - Efectos jurídicos derivados de la terminación del concubinato
  - Forma de terminación

II. Realiza las actividades siguientes:

1. ¿Cuál es tu opinión sobre el concubinato? ¿Piensas que los concubinos y los hijos tenidos dentro del concubinato deben tener los mismos derechos que los esposos y los hijos tenidos dentro del matrimonio?
2. Elabora un pequeño escrito con tu opinión acerca de las sociedades de convivencia, ¿piensas que hizo bien el legislador con esta ley?
3. ¿Conoces a alguien que viva en sociedad de convivencia?
4. ¿Piensas que quienes viven en sociedad de convivencia pudieran adoptar? Da tus argumentos.
5. ¿Consideras que vivir en concubinato trae consigo una desventaja legal o es igual que vivir en matrimonio? Explica tus argumentos.

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente:

1. En el derecho romano, la declaración expresa en el concubinato era:
   a) La *affectio maritalis.*
   b) La *testatio.*
   c) La *inaequale coniugim.*
2. Indica si las afirmaciones siguientes son verdaderas (V) o falsas (F):
   ( ) La *affectio maritalis* identificaba al matrimonio.
   ( ) En Roma el matrimonio era ya un acto solemne.
   ( ) La edad para contraer matrimonio en Roma era de 14 años.
   ( ) La *lex Julia et Papia Poppaea* hizo del matrimonio una unión estable.
   ( ) En el derecho romano no existían formalidades para la celebración del matrimonio.
   ( ) En el derecho francés se prohibía el concubinato.
   ( ) Algunas sentencias conceden a la concubina, cuando hay muerte por accidente del concubino, la acción para demandar daños y perjuicios.
   ( ) En el derecho francés, en caso de concubinato notorio, la ley del 16 de noviembre de 1912 autoriza la investigación de la paternidad.
   ( ) A la concubina, en casos de arrendamiento, no se le concedía el derecho de prórroga.
   ( ) El concubinato, a partir de las últimas reformas, sólo se da entre parejas del mismo sexo.
3. Define el concubinato de acuerdo con el CCDF:

   _____

   _____

4. Menciona tres elementos con los que puedes identificar el concubinato:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
5. El tiempo mínimo de vida en común, con las características mencionadas en el CCDF, es:
   a) De cinco años si tienen hijo en común.
   b) De dos años si tienen hijo en común.
   c) De dos años aunque no tengan hijo en común.
   d) De cinco años si no tienen hijo en común.
6. Menciona cuatro derechos entre los concubinos:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
7. Define el concubinato:

   _____

   _____

8. De acuerdo con la manera como la ley define el concubinato, explica los requisitos del concubinato:

9. Explica lo que decía la *Ley de Relaciones Familiares* de 1859 acerca del concubinato:

10. Señala tres elementos del concubinato de acuerdo con el Código Civil de 1928:
    a)
    b)
    c)
11. En la reforma del CCDF del 25 de mayo de 2000, el art. 291 bis define el concubinato. Elabora en hoja aparte una síntesis de su contenido.
12. En el CCDF vigente se consideran hijos de los concubinos:
    a) Solamente los nacidos después de 360 días de iniciada la vida en común entre los concubinos.
    b) Sólo los tenidos por los concubinos antes de dos años.
    c) Sólo los hijos tenidos después de cinco años.
    d) Los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la fecha en que cesó la vida en común entre los concubinos.
13. Menciona cuatro posturas sobre la naturaleza jurídica del concubinato.
    a)
    b)
    c)
    d)
14. Para Sara Montero, ¿cuál es la naturaleza jurídica del concubinato?:
15. Menciona y explica los tres aspectos que, de acuerdo con Flavio Galván, se deben referir para que la exposición resulte sistemática:
    a)

    b)
    c)
16. Explica por qué afirmamos que el concubinato va en camino a convertirse en una institución.
17. Menciona las siete características del concubinato:
    a)
    b)
    c)
    d)
    e)
    f)
    g)
18. Explica qué es la publicidad en el concubinato:
19. Menciona tres efectos del concubinato entre los concubinos:
    a)
    b)
    c)
20. Menciona tres efectos del concubinato en relación con los hijos:
    a)
    b)
    c)
21. Explica la naturaleza jurídica de la sociedad de convivencia:
22. Señala tres efectos jurídicos de la sociedad de convivencia:
    a)
    b)
    c)

23. Explica la definición de la sociedad de convivencia establecida en la propia ley:

_____

_____

24. Explica los requisitos para formar una sociedad de convivencia:

_____

_____

25. Señala los efectos jurídicos de la sociedad de convivencia entre los convivientes:

_____

_____

6

Parentesco

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Conocerá el concepto de parentesco.
- Comprenderá la utilidad del parentesco en los actos civiles familiares y hereditarios.
- Identificará las distintas clases de parentesco.
- Señalará las diferentes líneas y grados de parentesco.
- Construirá diferentes grados y líneas de parentesco.

En el primer capítulo, al estudiar la familia aludimos a las relaciones familiares; sin embargo, éstas no sólo comprenden las relaciones paterno-filiales, sino que son más amplias, pues comprenden a todas las personas que denominamos *parientes*. Esta palabra procede del latín *parens, tis*, que significa progenitor, padre o madre, pl. los padres. A su vez, el vocablo latino *parens* es el participio del verbo *pario, is, peperi, partum, ere*, que significa dar a luz.

Desde el punto de vista lingüístico significa vínculo por consanguinidad o afinidad.[1] Desde el punto de vista jurídico se dice que el parentesco es la unión que existe entre personas por vínculos de sangre, es decir, se da entre personas que descienden unas de otras. En este sentido, el parentesco se asocia con la relación familiar, es lo que distingue y caracteriza al grupo denominado *familia*.

Realmente, el concepto parentesco tiene en latín varias formas de expresarse: *propinquitas, atis, necessitudo, inis* (por parte de padre), *consanguinitas, atis* (por parte de madre), *cognatio, onis*, por matrimonio; precisamente en estos términos es como los romanos se referían al parentesco. De esta manera, en Roma se hablaba de *adgnatio, cognatio* y afinidad.

6.1 Parentesco en Roma

La *adgnatio* es el vínculo jurídico que une a los parientes por vía masculina, es decir, a las personas que se encontraban bajo la potestad de un mismo paterfamilias.

La *cognatio*, a diferencia de la *adgnatio*, era el vínculo de sangre que unía a las personas que descendían de un tronco común; podía darse tanto en la línea masculina como en la femenina. Se puede apreciar que la *adgnatio* y la *cognatio* podían coincidir, pues los hijos de un

[1] Cfr. DRAE.

mismo paterfamilias son entre ellos, al mismo tiempo, *adgnati et cognati*. Sin embargo, hay casos en los que no es de otra manera: por ejemplo, la mujer *in manu* es *cognata* respecto de su familia original y *adgnata* en relación con el marido.

Cabe suponer que el parentesco en Roma, tal como sucede en la actualidad, producía efectos jurídicos y se tomaba en cuenta, por ejemplo, para determinar derechos hereditarios o los impedimentos para contraer matrimonio. Así, de acuerdo con la *adgnatio*, la sucesión legítima y el llamamiento a la tutela eran regulados por el código civil. En cambio, la *cognatio* era tomada en cuenta por el código civil en materia de impedimentos para contraer matrimonio.

La familia está conformada por ascendientes, descendientes y colaterales. Los ascendientes y descendientes forman la línea recta, es decir, son personas que descienden unas de otras: padres, hijos, nietos, etc.; la línea colateral, en cambio, es la que une entre sí a los descendientes de otro pariente común, hermanos, primos, etcétera.

Tal como ocurre ahora, en ambas líneas el grado de parentesco se determina contando las generaciones. Dice el Digesto:

> *Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferiores, alii ex transverso sive a latere. Superioris ordinis sunt parentes; inferioris liberi; ex transverso sive a latere fratres et sórores liberique eorum.* (Los grados de cognación unos son del orden de ascendientes, otros de los descendientes y otros de los transversales o laterales. Del orden de ascendientes son los padres, abuelos, etc.; del de descendientes los hijos, nietos, etc.; del de los transversales, los hermanos, hermanas y los hijos de éstos.)[2]

La afinidad, en cambio, es la relación que media entre un cónyuge y los *cognati* del otro cónyuge. Sobre los parientes por afinidad expresa el Digesto:

> *Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod due cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alteriurs cognationis finem accedit; namque coniungendae affinitatis causa fit ex nuptiis.* (Afines se llaman los parientes del marido y de la mujer, se llaman así porque dos cognaciones que entre sí son diversas, se unen por el matrimonio, y la una se une a la otra, y la causa de esta unión procede del matrimonio.)[3]

Así continúa el Digesto explicando los nombres de padre, madre, abuelo, abuela, nieto, nieta, suegro, suegra, yerno, nuera, madrastra, padrastro, entenado, entenada, como actualmente se acostumbra y conserva.

6.2 El parentesco en el derecho francés

En el derecho francés poco se agrega al parentesco romano, incluso poco se ha agregado hasta nuestros días. Para Bonnecase, el parentesco *es la unión entre dos personas que descienden una de otra o de un autor común*.[4]

Repite el concepto de líneas de parentesco. La recta referida a las personas que descienden unas de otras, como abuelo, padre, nieto. La línea colateral, en cambio, se forma por personas que descienden de un autor común: hermanos, primos, etcétera.

Explica Bonnecase, siguiendo los numerales 735, 737 y 738, del Código Civil francés, los grados de parentesco: en la línea recta se cuentan tantos grados como generaciones hay entre las personas. En la colateral los grados se cuentan por generaciones, desde uno de los parientes hasta el otro, no comprendiendo al autor común; de esta manera, dos hermanos están en segundo grado; los primos hermanos en cuarto y así sucesivamente.

[2] D. 38, 11, 1.
[3] D. 38, 11, 4, 3.
[4] Cfr. Julien Bonnecase, op. cit., pp. 257 y 258.

Después relaciona algunos matices para precisar los grados de parentesco y señala las nociones de *parientes carnales*, que son los parientes por la línea materna y por la paterna, es decir, son hijos de los mismos padres a los que se denomina *hermanos carnales*, a diferencia de los *hermanos uterinos*, que son hijos de la misma madre, pero no del mismo padre, y de los *hermanos consanguíneos*, los que derivan del mismo padre, pero no de la misma madre. Por lo que respecta a los primos, se llaman *primos hermanos* cuando descienden de hermanos y hermanas, y *primos segundos* cuando descienden de primos.

Sobre los tipos de parentesco, más o menos repite los establecidos en el derecho romano y los que ahora tenemos, obviamente con algunas salvedades. Bonnecase menciona los siguientes tipos de parentesco: legítimo, natural y adoptivo:

- El *parentesco legítimo* tiene su fuente en el matrimonio de las personas de las cuales se deriva.
- El *parentesco natural* procede de la procreación fuera de matrimonio.
- El *parentesco adoptivo* procede de la institución de la adopción, que cuando se da crea artificialmente el lazo de la filiación entre dos personas.

De los tipos de parentesco anteriores el más cuestionable ha sido sin duda el parentesco natural; incluso en fechas recientes, sobre todo en nuestra legislación, se hacía distinción entre los hijos naturales y los legítimos, en detrimento de los primeros. Afortunadamente, este problema se ha superado; la ley ha tratado de resolverlo creando la figura de la legitimación, que recae sobre la filiación natural y cuyo objetivo es convertirla en legítima.

6.3 Concepto de parentesco

Existen muchos conceptos de parentesco, pero en el fondo todos son similares y siempre expresan los vínculos de sangre. Con base en el derecho romano y el derecho francés, podemos decir que:

> El parentesco es el vínculo jurídico que se establece entre personas ligadas entre sí por consanguinidad, afinidad o adopción.

En el concepto anterior queda implicado lo que la ley reconoce por parentesco, en el art. 292 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF), que textualmente dice: "La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil."

Prácticamente todas las definiciones mencionan los mismos rasgos; así, Sara Montero, en su obra *Derecho de familia*,[5] dice: el concubinato es la relación jurídica que se establece entre sujetos ligados por consanguinidad, la afinidad o la adopción. Hasta aquí todo parece normal y en orden; sin embargo, en la actualidad se presentan alrededor del parentesco muchas discusiones que trataremos más adelante.

Es indiscutible la importancia que tiene, dentro del derecho, determinar el parentesco de las personas, pues de esto dependen una serie de consecuencias jurídicas relacionadas con los actos civiles familiares y con los derechos hereditarios. Estos efectos o consecuencias los estudiaremos en apartado posterior.

[5] Cfr. Sara Montero Duhalt, *Derecho de familia*.

6.4 Clases de parentesco

De acuerdo con la definición de parentesco del CCDF, los tipos o clases de parentesco son: por consanguinidad, por afinidad y por adopción. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

6.4.1 Parentesco por consanguinidad

La palabra *consanguinidad* se forma de los vocablos latinos: *cum* y *sanguinis*, que significan "con sangre". Como su nombre lo indica, este parentesco se constituye por lazos de sangre, a través de quien o quienes te dan la vida; es decir, son parientes quienes llevan la misma sangre, esto da como resultado la vinculación entre padres e hijos o, como lo menciona el derecho romano, el parentesco entre ascendientes y descendientes; en otras palabras, identifica a quienes descienden de un mismo tronco común.

Sobre este parentesco, dice el art. 293 del CCDF: "El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común." Asimismo, continúa el Código —aquí es donde se presta a discusión—:

> 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.

Sobre este segundo párrafo del citado artículo se pueden hacer muchas observaciones, que estudiaremos con mayor profundidad en el capítulo 9, en el que abordaremos la filiación. De momento, destacamos lo siguiente:

1. La consanguinidad puede entenderse ahora en dos sentidos: por una parte, desde el punto de vista real o biológico, y por otra, la consanguinidad simulada, que en estricto sentido no existe y sólo es jurídica; es decir, hemos construido otra ficción jurídica, como abundan en el derecho. Sería mejor llamar a las cosas por su nombre y hablar, se me ocurre, del parentesco por fecundación asistida y no confundirse sacándose cosas de la chistera, como nos tiene acostumbrados el legislador. De esta manera los conceptos quedan vinculados a sus verdaderas situaciones fácticas, que reconoce el derecho y de las cuales surge una situación jurídica.
2. Al decir el desafortunado art. 293 que este parentesco se da entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o "sólo ésta", parece, de entrada, condenar al hijo a nacer sin padre; sobre todo, pensamos que viola el art. 4 constitucional, que expresa:

> En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. ... El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Sobre esto caben muchas preguntas: ¿En qué consiste el derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral que tienen los niños y niñas? El niño tiene derecho a saber de dónde proviene y quiénes son sus padres. ¿Cuál es el interés superior de la niñez? Los arts. 7 y 8 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* dicen:

> **Artículo 7**
> 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (...)
>
> **Artículo 8**
> 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. (...)

Apuntamos y dejamos para la reflexión una serie de preguntas: ¿el niño puede solicitar conocer a su padre biológico? ¿Debiera tener derecho a pensión alimentaria del padre biológico donante de material genético?

Pensamos que violenta de raíz el concepto de consanguinidad, pues ahora sucede que este parentesco deriva de la voluntad.

3. Ahora bien, ¿qué significa cuando el art. 293 dice que "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"? Sin duda falta precisión, pues alguien pudo haber procurado el nacimiento aportando recursos económicos e incluso apoyando a través de otros medios.
4. Cabe también preguntar qué significa "atribuirse el carácter de progenitores o progenitora", ¿es donar el material genético con ese fin? ¿Qué sucede si el material genético no es de ninguno de los que pretenden ser progenitores? ¿De quién es la intención de atribuirse el carácter de progenitores? ¿Cómo se prueba atribuirse ese carácter? Éstos y muchos otros problemas se pueden plantear, no sólo en torno al parentesco, sino a otros muchos temas vinculados con el derecho de familia, derivados de la fecundación asistida.
5. Finalmente, al parecer el parentesco sólo se da entre los hijos producto de la fecundación asistida y los "padres consanguíneos", pero de acuerdo con la ley no se extiende a la familia de los progenitores.
6. Qué decir de que "la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida". Esto es así porque la ley lo dispone, pero nos parece lesivo para el menor, pues tiene derecho a conocer a sus padres biológicos.

En fin, podemos continuar con un sinfín de interrogantes, pero la principal de todas es cómo resolver lo que en materia de familia estipula el art. 4º de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. De por sí ya apuntábamos, en el capítulo 1, lo absurdo que resulta el texto constitucional comparado con lo que sucede en la realidad y expresamos que dicho texto, respetuosamente, se convierte en poesía pura o mejor dicho en pura poesía, pues resulta una declaración de aspiraciones que en el mundo fáctico es de muy pobre realización, si no, preguntemos a los millones de niños que viven en pobreza extrema.

Salvo las precisiones u observaciones anteriores, el parentesco por consanguinidad es el constituido por los lazos de sangre, es decir, es el parentesco existente entre personas que descienden unas de otras.

6.4.2 Parentesco civil

El parentesco civil es el que se establece a través de la adopción; de conformidad con el art. 293 citado, se equipara al parentesco por consanguinidad. Este parentesco, de acuerdo con la disposición legal comentada, existe entre el adoptado y el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el hijo adoptado fuera consanguíneo.

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

6.4.3 Parentesco por afinidad

El parentesco por afinidad es la relación o vínculo jurídico que se da entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro o entre el concubino y los parientes consanguíneos de la concubina o viceversa. Los parientes por afinidad son los parientes que denominamos comúnmente *parientes políticos*. De esta manera, resulta que los padres de uno de los cónyuges o de uno de los concubinos son padres por afinidad del otro; los hermanos, tíos, etc., consanguíneos de uno de los cónyuges o concubinos, también lo son del otro.

Es importantísimo señalar —pues no se le da la importancia debida— que lo mismo ocurre con respecto a los descendientes, es decir, los hijos que haya tenido uno de los consortes en un matrimonio anterior son hijos por afinidad de su nuevo cónyuge. Decimos que esto es importante porque en ocasiones el padre, dentro de un segundo matrimonio, se convierte en agresor sexual de sus hijos por afinidad, incluso con soslayo o tolerancia de la propia madre; y aquí cabe nuevamente la pregunta: ¿dónde están los derechos del niño? ¿Dónde está su desarrollo sano y armónico? ¿Dónde quedan, en general, los derechos del niño y lo dispuesto por el art. 4º constitucional?

También podemos señalar que al interior de las familias llegan a coexistir hijos de matrimonios anteriores con hijos que actualmente tiene la pareja, lo que acarrea muchos problemas dentro de esas familias, pero lo más grave y preocupante es que en muchas ocasiones esos niños y niñas quedan a merced de quienes coloquialmente llamamos *padrastro* o *madrastra* e, insistimos, son agredidos de muchas y muy lamentables maneras. Definitivamente, la ley tiene que reconocer estos problemas y establecer normas más estrictas en la materia.

Por otra parte, es muy importante señalar que el parentesco por afinidad se da sólo entre uno de los cónyuges o concubinos y los parientes consanguíneos del otro. Es decir, los parientes consanguíneos recíprocos de uno y otro cónyuge o concubino no son parientes por afinidad; el matrimonio o el concubinato no crea lazos de parentesco entre las dos familias, estos lazos sólo se crean entre el cónyuge o concubino y la familia de su mujer y entre la cónyuge o concubina y los parientes de su esposo o concubino. Asimismo, los cónyuges o concubinos entre sí no adquieren parentesco, simplemente forman una familia como pareja.

El art. 294 menciona el parentesco por afinidad en los términos siguientes: "El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos."

Sobre el particular formulamos las preguntas siguientes: ¿habrá parentesco por afinidad derivado de la sociedad de convivencia? El citado artículo no lo señala. Ahora bien, dado que ya está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, dicho artículo queda rezagado, pues no indica si en este tipo de matrimonios se da el parentesco por afinidad; si bien dice que el parentesco por afinidad se adquiere por matrimonio o concubinato, sólo señala que entre un hombre y una mujer y sus respectivos parientes consanguíneos; debiera, en su caso, incluir entre hombres o entre mujeres y sus parientes consanguíneos. Definitivamente, *se le fueron las cabras* al legislador.

Todavía más impreciso es hablar del parentesco por afinidad entre concubinos, pues hay incertidumbre en la fecha de inicio y en la de terminación, simplemente porque el concubinato puede iniciar con un *vivamos juntos* o *me voy contigo*; puede transcurrir el tiempo que dice la ley o actualizarse el supuesto legal de tener un hijo antes de los dos años, pero la relación se termina prácticamente con un *adiós* o un *nos vemos*.

Estos cuestionamientos quedan establecidos para el debate.

Para concluir, sólo hacemos un comentario sobre el denominado y muy arraigado en nuestra sociedad *parentesco espiritual*, que la ley no reconoce; sin embargo, sí alude a él en el art. 170, fracc. III, del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*. Este artículo versa sobre los impedimentos de magistrados jueces o secretarios y dice:

> Todo magistrado, juez o secretario se tendrá por forzosamente impedido para conocer en los casos siguientes:
>
> I. (...)
> II. En los negocios que interesen de la misma manera a su cónyuge o a sus parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grados, a los colaterales dentro del cuarto grado, y a los afines dentro del segundo;
> III. Siempre que entre el funcionario de que se trate, su cónyuge o sus hijos y alguno de los interesados, haya relación de intimidad nacida de algún acto civil o religioso, sancionado y respetado por la costumbre;
> IV. (...)

La importancia de la determinación del parentesco radica en los efectos jurídicos que produce, por ello es importante analizar cómo se establecen las líneas y grados de parentesco, pues existen infinidad de referencias al mismo en distintas legislaciones, ya para atribuir derechos y obligaciones o para fijar impedimentos.

6.5 Líneas y grados de parentesco y generaciones

¿Cómo se determina o se mide el parentesco? El parentesco se determina atendiendo a los grados y líneas. Por cada grado se entiende una generación; por ejemplo, entre padres e hijos hay una generación, es decir, entre padres e hijos hay parentesco de primer grado.

Según el art. 296 del CCDF: "Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco." De acuerdo con esto, la línea se constituye por una serie de grados. Tenemos las clases de líneas siguientes:

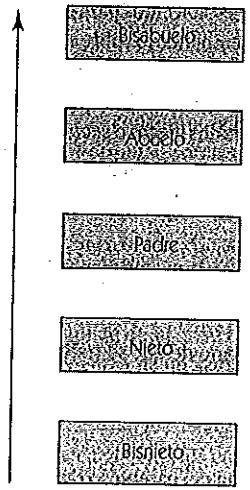
a) *Línea recta*: queda constituida por las personas que descienden unas de otras. Dice el art. 299 del CCDF: "la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras"; esta línea puede ser:

1. Línea recta ascendente: esta línea liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede, subiendo (ascendente) del hijo al padre, y de éste al abuelo.
2. Línea recta descendente: esta línea liga al progenitor con los que proceden de él, bajando (descendente) del abuelo, al hijo, al nieto.

3. Se puede apreciar que se trata de la misma línea, según suba, por ejemplo, del nieto al abuelo, o baje del abuelo al nieto.

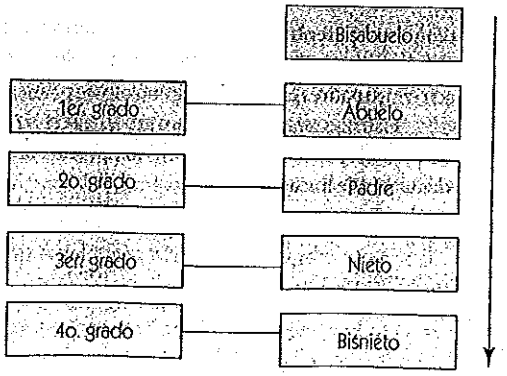
En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, excluyendo al progenitor. La línea recta no tiene limitación de grados, se llega hasta el ascendiente o descendiente más lejano.

Veamos algunos ejemplos. Para determinar el parentesco entre el bisnieto y su bisabuelo, que, de conformidad con lo anterior, es parentesco por consanguinidad, considerando la rama ascendente, tenemos:

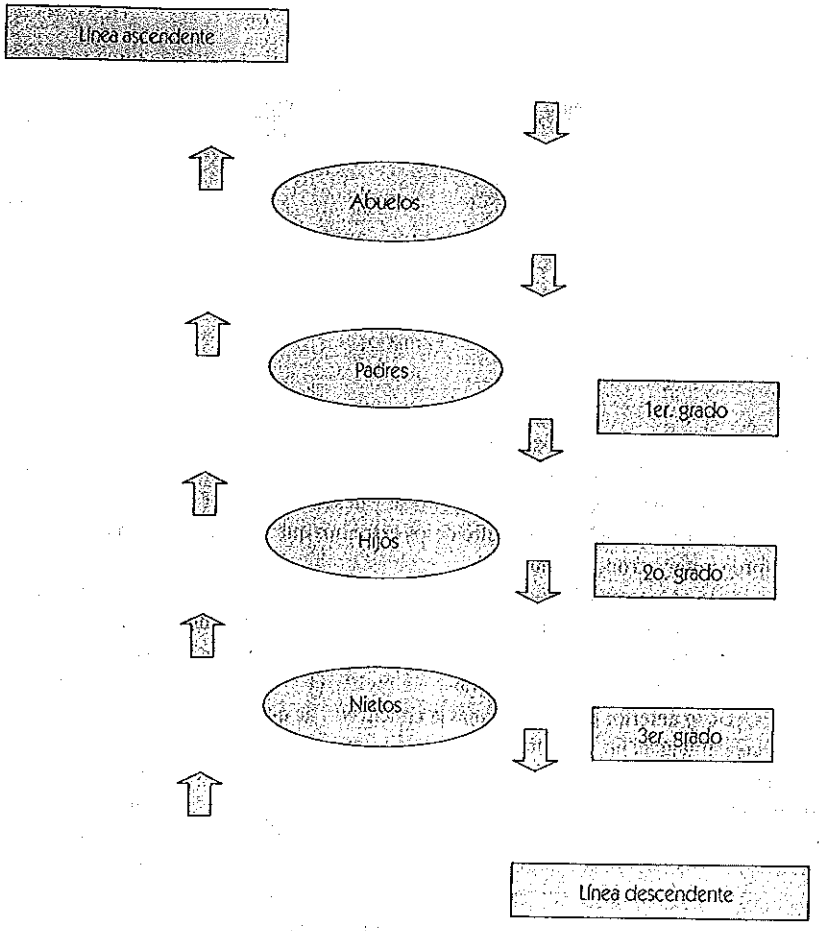


De conformidad con el art. 299: "En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor."

Ahora bien, bajando del bisabuelo al parentesco con el bisnieto, nos encontramos con el parentesco por consanguinidad en línea recta descendente.



Parentesco consanguíneo en línea recta de tercer grado.

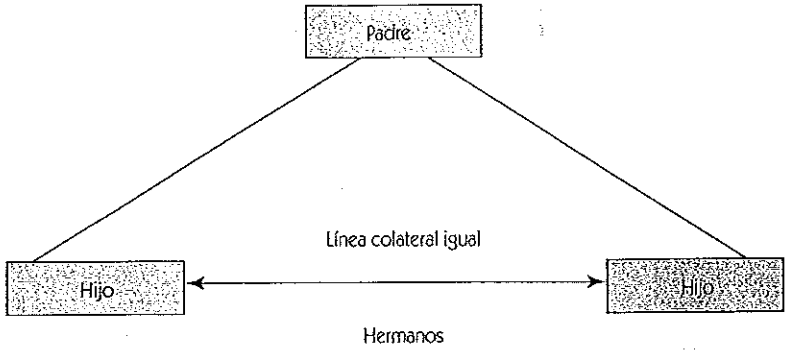


Parentesco en la línea colateral igual (por consanguinidad).

Recordemos que sobre este tipo de parentesco el CCDF dice que la línea transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común (art. 297).

Si se trata de personas que pertenecen a una misma generación, el parentesco es colateral igual.

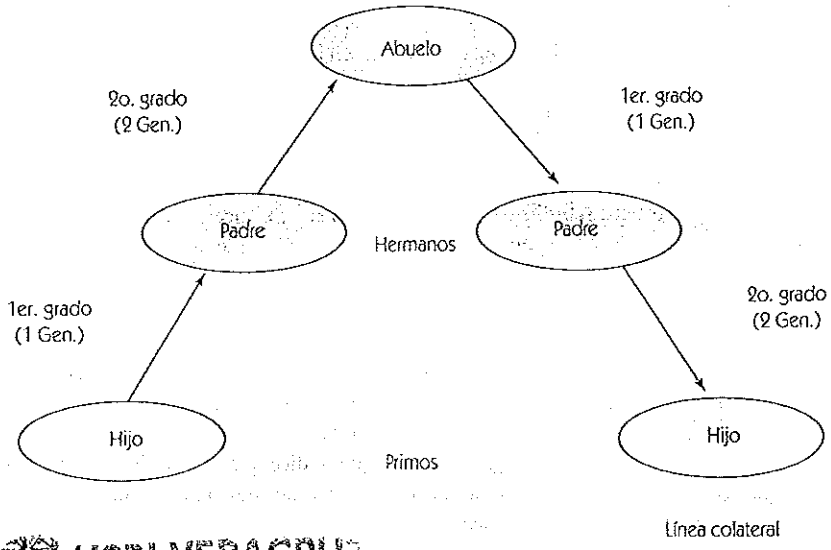
En el ejemplo siguiente, podemos observar que el parentesco entre dos hermanos (obviamente, proceden de un progenitor o tronco común) es en la línea transversal o colateral igual.



En este caso se trata de parentesco colateral igual de segundo grado. Al efecto recordemos (art. 300) que: "En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno y otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común."

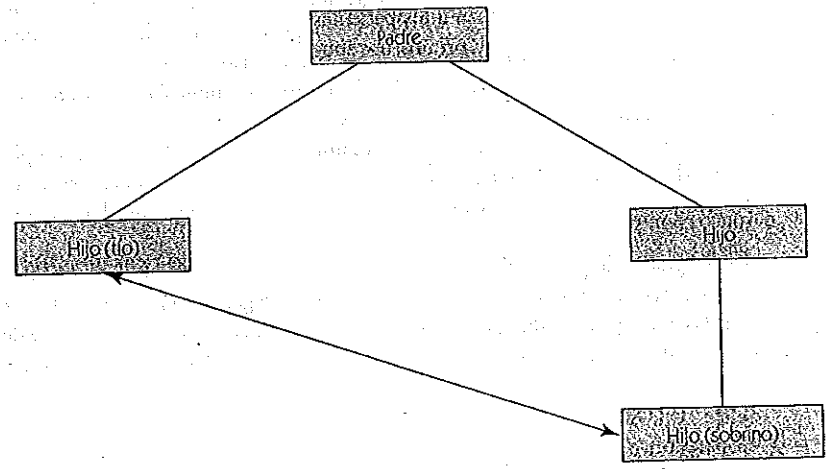
Esto es así porque, si contamos las generaciones subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, tenemos dos; o bien, contando el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, es tres, pero excluyendo al progenitor o tronco común, tenemos dos.

De lo anterior tenemos además la conclusión de que en el parentesco transversal o colateral igual no hay primer grado. Analicemos el ejemplo siguiente, que es más complejo. En él se presenta el caso de parentesco en la línea colateral igual de cuarto grado:

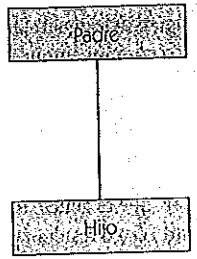


USBI-VERACRUZ

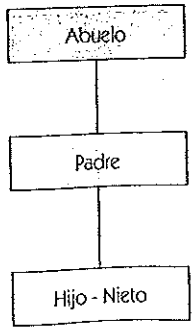
Parentesco en línea colateral desigual:



Parentesco por consanguinidad, línea descendente, primer grado:



En este caso, el parentesco entre abuelo y nieto es por consanguinidad en línea recta descendente de segundo grado.



b) *Línea colateral o transversal*: se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común (art. 297 *in fine*).

Es la serie de grados que unen a los parientes que descienden de un progenitor común: hermanos, tíos, sobrinos, primos, tíos abuelos, sobrinos nietos.

Comprende las personas que descienden de un tronco común sin descender unas de otras; es el parentesco entre primos, entre tíos y sobrinos, etcétera.

En esta línea los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o de otra manera, por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo al progenitor o tronco común.

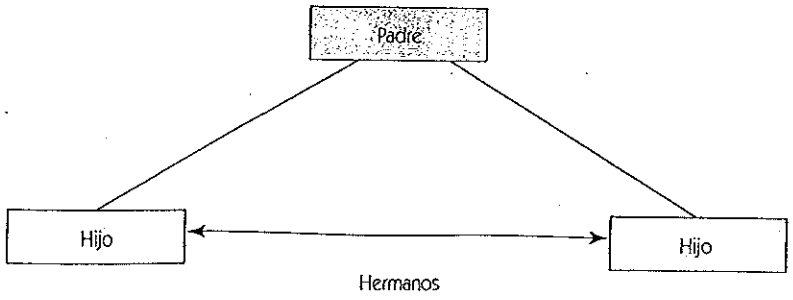
De los grados de parentesco en la línea colateral, el art. 300 del CCDF dice: "En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno y otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común."

Sobre el parentesco en la línea colateral vale hacer algunas precisiones:

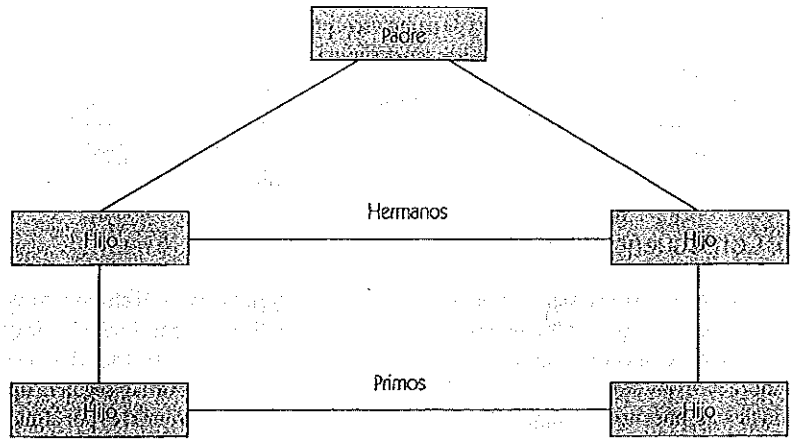
- El parentesco más cercano es de segundo grado: los hermanos y medio hermanos, pues el parentesco se cuenta, como lo dijimos, subiendo un escalón hacia el progenitor y descendiendo otro hacia el hermano; o si atendemos a las personas, son tres: los dos hermanos y el progenitor, que es excluido, quedando dos personas, esto es, segundo grado.
- La línea colateral puede ser igual o desigual si los parientes tienen el mismo número de grados respecto del tronco común; entonces hay que subir y bajar el mismo número de escalones si la línea es igual, o subir una escalera de más escalones y bajar por una de menos escalones en la línea desigual. De esto resulta que los hermanos y los primos son colaterales en la línea igual, de segundo y cuarto grado, respectivamente; pero los tíos y sobrinos son colaterales en la línea desigual porque el tío sube un solo escalón hacia su padre, que es abuelo de su sobrino, y por ello se han de descender dos escalones; sumando éstos resultan parientes de tercer grado.

Veamos algunos ejemplos para comprender lo anterior:

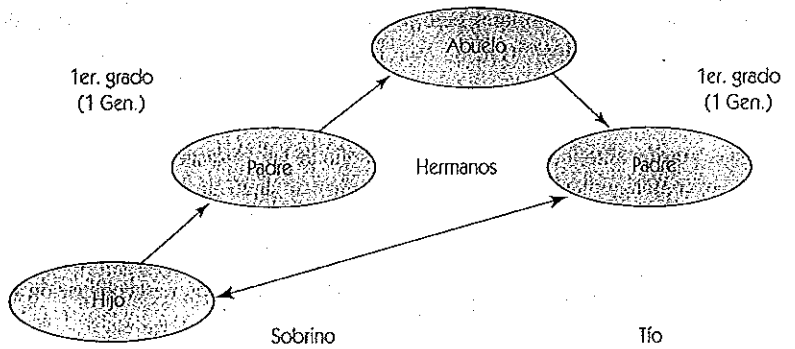
Parentesco entre hermanos; en este caso, como ya lo explicamos, se trata de parentesco consanguíneo en línea colateral igual de segundo grado:



En este ejemplo tenemos el parentesco por consanguinidad en línea colateral igual de cuarto grado.



Veamos ahora un ejemplo de parentesco en línea colateral desigual de tercer grado:



c) *Línea paterna o materna*: se considera que la línea es paterna o materna según que sea el padre o la madre el progenitor común. Ordinariamente se denomina *parientes por parte de padre* o *parientes por parte de madre*. Todos tenemos dos líneas de parentesco derivadas de nuestros dos progenitores; aunque se dice que pudiera haber personas que no tengan, es más exacto decir que hay personas que desconocen o no reconocen alguna de estas líneas de parentesco.

Sobre el particular analicemos los siguientes casos:

- Cuando se nace de personas unidas por matrimonio, las líneas de parentesco son: paterna y materna.
- Los hijos nacidos fuera de matrimonio y cuya paternidad no esté establecida legalmente tendrán una sola línea de parentesco, por lo general la materna.
- Los hermanos —como sabemos, pues sucede en muchos casos— pueden ser: hermanos de padre y madre, hermanos sólo de padre, o hermanos sólo de madre, que comúnmente se llaman *medios hermanos*.

Las consecuencias o efectos jurídicos en este caso son diferentes respecto de hermanos y medios hermanos, tanto en las sucesiones como en la obligación alimentaria.

6.6 Consecuencias jurídicas del parentesco en diversos actos civiles familiares y hereditarios

La determinación del parentesco no es mera curiosidad, sino que desde el punto de vista jurídico su importancia y utilidad es para vincularlo con deberes y derechos que emergen de él.

Ahora bien, los derechos u obligaciones que surgen del parentesco varían según el tipo y grado de éste, pues no son los mismos si el parentesco es consanguíneo que si es por afinidad; por ejemplo, el parentesco en línea recta de primer grado produce consecuencias diferentes a los otros tipos y grados de parentesco.

En este apartado veremos las consecuencias jurídicas generales del parentesco. Estudiaremos algunas de las consecuencias específicas en otros capítulos de esta obra, en tanto que las consecuencias jurídicas del parentesco que pertenecen a otros cursos de derecho no serán estudiadas aquí. Por ejemplo, al estudiar la patria potestad, la tutela, el derecho a los alimentos, se estudiarán en capítulos posteriores, pero el derecho al nombre, el derecho hereditario, etc., son objeto de estudio de otros cursos.

6.6.1 Consecuencias jurídicas del parentesco por consanguinidad

Hecha la aclaración anterior, iniciemos por el estudio de las consecuencias jurídicas del parentesco por consanguinidad. Las agrupamos de la manera siguiente:

a) El derecho de alimentos. Precisamente al estudio de los alimentos dedicaremos el capítulo siguiente; aquí señalamos que este derecho es recíproco, pues quien tiene el derecho de recibirlos también tiene la obligación de suministrarlos, y esta obligación atañe a los parientes más próximos en grado.

b) El derecho a heredar por sucesión legítima. El derecho hereditario en particular es objeto de otras obras jurídicas, donde se estudia en detalle; sin embargo, para efectos del parentesco en materia de sucesiones, cuando el de *cuius* no dejó testamento, los parientes más próximos, y en el orden en que lo señala el CCDF en el apartado de sucesiones, tienen derecho a heredar.

c) Derechos relacionados con la tutela. Sobre la tutela, el CCDF señala la obligación de desempeñar la tutela legítima a los parientes más próximos, en el orden de parentesco que señala la ley.

d) Derechos relacionados con la patria potestad. El ejercicio de la patria potestad corresponde al ascendiente respecto de su descendiente hasta el segundo grado, es decir, ejercerán la tutela en primer lugar los padres respecto de sus hijos y, a falta de éstos, la ejercerán los abuelos, de conformidad también con el CCDF.

e) Algunas prohibiciones. Las prohibiciones derivadas del parentesco por consanguinidad se encuentran dispersas en muchas disposiciones legislativas; aquí señalamos, a modo de ejemplo, las siguientes:

- Prohibición de, o impedimento para, contraer matrimonio entre parientes consanguíneos sin limitación de grado, y en la colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan tenido dispensa (art. 156, fracc. III).
- Prohibiciones para intervenir en ciertos actos jurídicos en los que esté involucrado. Ejemplo de estas prohibiciones son las siguientes:

a) Prohibición al juez del Registro Civil en actos del estado civil de sus ascendientes o descendientes.

Artículo 49. Los actos y actas del estado civil del propio juez, de su cónyuge, ascendientes y descendientes de cualquiera de ellos, no podrán autorizarse por el mismo juez, pero se asentarán en las formas correspondientes y se autorizarán por el juez de la adscripción más próxima.

b) Tiene incapacidad para heredar el médico que haya asistido al testador durante su última enfermedad, si en ese tiempo hizo su disposición testamentaria; lo mismo aplica para el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo, a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos (art. 1323).

c) Prohibición para heredar al notario y los testigos que intervinieron en el testamento así como a sus cónyuges, descendientes y descendientes o hermanos (art. 1324).

d) Prohíbe ser testigos del testamento a los descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos de los herederos o legatarios (art. 1502, fracc. VI).

e) Prohíbe a los hijos sujetos a la patria potestad vender a sus padres los bienes que no sean producto de su trabajo (art. 2278).

f) Finalmente, en materia procesal existen abundantes prohibiciones, como la impuesta a magistrados, jueces y secretarios para conocer casos en los que intervengan sus parientes; en términos análogos se prohíbe la intervención de peritos.

g) En materia penal el parentesco puede ser excluyente de responsabilidad o agravante de la misma en los delitos de corrupción, violación, incesto, infanticidio, parricidio, etcétera.

6.6.2 Consecuencias jurídicas del parentesco por afinidad

Recordemos que, según la ley, el parentesco por afinidad deriva del matrimonio o del concubinato entre el hombre y la mujer y sus respectivos consanguíneos; faltó al legislador contemplar que ya existe el matrimonio entre personas del mismo sexo. De acuerdo con la redacción del art. 294 del CCDF, parece que lo excluye.

Por otra parte, ¿qué decir del parentesco por afinidad en el concubinato? Pues que muchos autores, y nosotros al igual que ellos, nos pronunciamos en contra del mismo, particularmente por el hecho de su difícil determinación, ya que al carecer de formalidades, resulta problemático establecer cuándo existe el concubinato y de qué manera pudiera constar esta existencia.

Las consecuencias jurídicas o efectos del parentesco por afinidad prácticamente se reducen a prohibiciones, ya que, en sentido estricto, no concede derechos; sus efectos se reducen a ser un impedimento para contraer matrimonio, pues el art. 156, fracc. IV, dice que es impedimento para celebrar matrimonio el parentesco de afinidad en línea recta sin limitación de grado.

De esta manera, los parientes por afinidad no tienen derecho a alimentos, no son contemplados como herederos en la sucesión legítima y tampoco son tomados en cuenta en la tutela. Sobre el particular, vale la pena cuestionar qué sucede respecto de los padres por afinidad que hayan sido dependientes económicos e incluso que hayan compartido el hogar conyugal de uno de los miembros de la pareja matrimonial; tal vez no se debe descartar del derecho de los alimentos a ciertos afines, como en este caso.

6.6.3 Consecuencias jurídicas del parentesco civil

Este parentesco nace de la adopción. Las consecuencias jurídicas son prácticamente idénticas a las que origina la filiación consanguínea, pero sólo se dan entre el adoptante y el adoptado; en este sentido, el que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y los bienes de los hijos.

El adoptante dará su nombre y sus apellidos al adoptado, salvo que, por circunstancias específicas, no se estime conveniente (art. 395). En correspondencia, el adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo (art. 396).

Finalmente, sobre los efectos de la adopción el art. 410-A señala:

> El adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.
>
> La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.
>
> La adopción es irrevocable.

Aun cuando el artículo transcrito alude a la adopción plena, es preciso señalar que es la única que existe en nuestra legislación, pues la adopción simple no existe, ya que se regulaba en los arts. 402 a 410 del CCDF, los cuales han sido derogados.

El parentesco, como lo pudimos apreciar, tiene sus fuentes en el matrimonio, el concubinato y la adopción; la importancia de determinar el parentesco en sus respectivas líneas y grados se encuentra en los diversos tipos de derechos que otorga y, por supuesto, en las obligaciones que derivan de él; a estos efectos o consecuencias jurídicas nos hemos referido brevemente, pues de otros derechos y obligaciones en específico nos ocuparemos en otros capítulos, como el siguiente. Otros más son objeto de estudio de diferentes materias jurídicas.

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

- **Parentesco**
  - Parentesco en Roma
  - Parentesco en el derecho francés
  - Concepto de parentesco
  - Clases de parentesco
    - Parentesco por consanguinidad
    - Parentesco civil
    - Parentesco por afinidad
  - Líneas y grados de parentesco
  - Utilidad del parentesco
    - Consecuencias jurídicas del parentesco por consanguinidad
    - Consecuencias jurídicas del parentesco por afinidad
    - Consecuencias jurídicas del parentesco civil

II. Realiza las actividades siguientes:

1. Identifica los tipos y grados de parentesco entre los miembros de tu familia.
2. Elabora con tus compañeros un esquema de líneas y grados de parentesco que consideres complicados.
3. Busca en distintas leyes artículos relacionados con el parentesco.
4. Busca en el CCDF el apartado de las sucesiones y encuentra los artículos que se refieran al parentesco.

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente:

1. Era el vínculo jurídico que unía a los parientes por vía masculina:
   a) *Affectio maritalis.*
   b) *Cognatio.*
   c) *Adgnatio.*
   d) *Propinquitas.*
2. De acuerdo con ella, el CCDF regulaba la sucesión legítima y el llamamiento a la tutela.
   a) *Afinidad.*
   b) *Cognatio.*
   c) *Adgnatio.*
   d) *Propinquitas.*
3. Era tomada en cuenta por el CCDF para regular en materia de impedimentos para contraer matrimonio:
   a) *Afinidad.*
   b) *Cognatio.*

c) *Adgnatio.*
d) *Propinquitas.*

4. En el derecho francés, este parentesco tiene su fuente en el matrimonio de las personas de las cuales se deriva:
   a) Parentesco natural.
   b) Parentesco adoptivo.
   c) Parentesco legítimo.
5. Indica las clases de parentesco en nuestra legislación:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
6. Define el parentesco por afinidad:

_____

_____

_____

7. Define el parentesco por consanguinidad:

_____

_____

_____

8. Explica el llamado *parentesco espiritual* y qué dice sobre el particular el art. 170, fracc. III, del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*:

_____

_____

_____

9. Explica cómo se establecen las líneas de parentesco:

_____

_____

_____

10. ¿Qué es la línea recta ascendente?

_____

_____

_____

11. ¿Qué es la línea colateral desigual?

_____

_____

_____

12. Explica los derechos hereditarios que surgen del parentesco por consanguinidad:

_____

_____

_____

_____

13. Menciona cuatro consecuencias o efectos jurídicos del parentesco por consanguinidad:
   a) _____

_____

   b) _____

_____

   c) _____

_____

   d) _____

_____

14. Para Sara Montero cuál es la naturaleza jurídica del concubinato:

_____

_____

_____

_____

15. Explica tres prohibiciones del parentesco por consanguinidad:
   a) _____

_____

   b) _____

_____

   c) _____

_____

16. Explica las consecuencias jurídicas del parentesco por afinidad:

_____

_____

_____

17. Elabora un diagrama del parentesco en línea recta descendente de cuarto grado:

18. Elabora un diagrama de parentesco en la línea colateral igual de segundo grado:

19. Realiza un diagrama de parentesco en línea colateral desigual de cuarto grado:

20. Diagrama una línea descendente de parentesco materna de tercer grado:

7

Alimentos

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Conocerá las diversas acepciones de los alimentos.
- Comprenderá la evolución de los alimentos.
- Analizará el contenido de los alimentos, desde el punto de vista jurídico.
- Identificará las características de los alimentos.
- Caracterizará la naturaleza jurídica de los alimentos.
- Señalará las diferentes maneras de cumplir con los alimentos.

En este capítulo estudiaremos los alimentos. Como ya lo expresamos en capítulo anterior, es una obligación que deriva del matrimonio y un efecto directo del parentesco; sin embargo, debemos profundizar en su análisis, ya que sobre los alimentos se suscitan muchas controversias en la vida diaria de las familias y se tiene que acudir ante las instancias judiciales para demandarlos. Esto representa trabajo para los abogados.

El tratamiento legal de los alimentos parece sencillo, pero se pueden plantear o hacer cuestionamientos sobre las disposiciones legales, pues con mucha frecuencia se presenta la evasión de esta obligación por los deudores alimentistas. Advertimos desde ahora que la ley es demasiado laxa en esta materia y se requiere un mecanismo más eficiente para asegurar su cumplimiento.

7.1 Los alimentos en el derecho romano

Los antecedentes de los alimentos, así como de muchas instituciones y figuras jurídicas, los encontramos en el derecho romano: en el Digesto, en su libro 34, encontramos la discusión sobre su contenido: *Si alimenta fuerint legata, dici potest, etiam aquam legato inesse, si in ea regione fuerint legata, ubi venundari aqua solet.* (Si se legaron alimentos, se puede decir que también se comprende el agua en el legado, si se hubiesen legado en país en donde se acostumbraba vender el agua.)[1]

Así, el Digesto continúa cuestionando si en los alimentos se comprenden los vestidos o cuánto se debe dar si son varios los herederos; de la misma forma se cuestiona qué se debe

[1] D. 34, 1, 1.

entender por alimentos cuando el testador indicó dar alimentos o si, por el contrario, dejó dicho que se den alimentos y vestido. Finalmente, el Digesto al parecer resuelve el problema de qué comprenden los alimentos mediante la fórmula de Javoleno, redactada en los términos siguientes:

> *Legatis alimentis, cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his alimenta corpus non potest; cetera, quae ad disciplinam pertinent, legato non contenitur. Nisi aliud testatorem sensisse probetur.* (Si se legaron alimentos, se debe la comida, vestido y habitación, porque sin éstos no puede alimentarse el cuerpo; lo demás que corresponde a la enseñanza no se comprende en el legado. A menos que se pruebe que el testador quiso otra cosa.)[2]

En el texto del Digesto citado se puede apreciar que la discusión en torno a los alimentos derivaba del legado, no era tanto una obligación que tuviera el *paterfamiliae*. Por lo anterior, podemos afirmar que la obligación de los alimentos aparece tardíamente en el derecho romano; por ejemplo, se encuentra como obligación en la *Lex julia adulterii*. Aparece en tiempos de Antonio Pío y de Marco Aurelio para casos especiales y poco a poco se generaliza, hasta que el derecho justinianeo la admite, como consta en el siguiente pasaje del Digesto:

> *Si autem in saevissimo furore muliere constituta maritus dirimere quidem matrimonium calliditate non vult..., tunc licentiam habeat vel curator furiosae, vel cognati adire iudicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito, omnem talem mulieris sustentationem suferre, et alimenta praestare, et medicinae eius succurrere...* (Pero si la mujer padeciese un gran furor, y el marido con engaño no quisiese que se disolviera el matrimonio... en este caso tiene licencia el curador de la furiosa, o sus parientes, para recurrir al juez competente, que mande le suministre el marido cuanto sea necesario para su alimento, cuidado y medicinas.)[3]

De la misma manera, el derecho justinianeo reconoce la obligación recíproca de los alimentos entre ascendientes y descendientes (D. 25, 3, 5, 1).

De esta manera y paulatinamente se fue configurando la esencia de los alimentos; con el paso de los años, la evolución del derecho fue incorporando o complementando el contenido de los alimentos: primero en el derecho romano, como lo hemos visto; luego en el derecho canónico; después en el derecho francés, para pasar, en fechas recientes, a nuestra propia legislación.

En los códigos civiles de nuestro país y, para el caso que nos ocupa, en el *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF), se han ido agregando a los alimentos otros aspectos relacionados con la salud, el bienestar, el desarrollo y la atención de las personas a quienes asiste el derecho de recibirlos y a cargo de quienes tienen la obligación de proporcionarlos.

Los alimentos, como ya lo hemos expresado, son una obligación fundamental y principalísima dentro del derecho familiar y son una consecuencia inmediata, como lo podemos advertir, del matrimonio, del concubinato y ahora de la sociedad de convivencia o, en general, son consecuencia directa del parentesco.

Con base en lo anterior elaboraremos el concepto de alimentos, aclarando que cada autor hace su propuesta, aunque diferentes coinciden en su esencia, pues tienen como fundamento el deber natural y moral de los padres para alimentar y asistir a los miembros de la familia, especialmente a los hijos que nacen en su seno, hasta su incorporación en la sociedad como hombres útiles y buenos ciudadanos.

[2] D. 34, 1, 6.
[3] D. 24, 3, 22, 8.

7.2 Concepto de alimentos

¿Qué son los alimentos? Para elaborar el concepto de alimentos los juristas recurrimos al concepto clásico de obligación, conceptuando los alimentos como un deber jurídico; así lo hace Sara Montero, para quien los alimentos: "Es el deber jurídico que tiene un sujeto llamado deudor alimentario de ministrar a otro, llamado acreedor, de acuerdo con las posibilidades del primero y las necesidades del segundo, en dinero o en especie, lo necesario para subsistir."[4]

En este concepto podemos señalar que, como en toda obligación, existen un deudor y un acreedor; por otra parte, destacamos también la proporcionalidad que los alimentos deben guardar, entre la posibilidad que tiene el deudor para ministrarlos y la necesidad que tiene el acreedor de recibirlos.

Sin embargo, no estamos de acuerdo en que los alimentos son *lo necesario para subsistir*; debería decir, en su caso, que los alimentos son, de acuerdo con las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor, aunque, pudiera darse el caso de que a ninguno le alcance para subsistir, como es el caso de muchísimas pensiones de alimentos en nuestro país.

Por otra parte, aun cuando mencionamos que los alimentos son una obligación, comentamos que este concepto está más relacionado con la naturaleza contractual; ya en el primer capítulo señalamos que en el derecho de familia, más que hablar de obligaciones, debemos referirnos —al igual que otros juristas— a potestades o facultades. Pero las leyes, y nosotros en el texto, también le denominaremos *obligación*.

Al tenor del comentario anterior, Chávez Asencio define los alimentos como: "La facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para vivir en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio, en determinados casos del concubinato."[5] Esta definición, a diferencia de la anterior, contiene lo siguiente:

1. Se refiere a los alimentos como facultad, evitando con ello darle el trato de obligación.
2. Como consecuencia, no menciona a las partes como deudores y acreedores: prefiere la denominación de *alimentista*.
3. Hace alusión a las fuentes de donde procede la facultad, es decir, el parentesco; no lo señala derivado del matrimonio, del divorcio y del concubinato, aunque dice *en determinados casos*.
4. Sobre el contenido, expresa que es lo necesario para vivir.

Sobre el particular comentamos: ojalá las pensiones comprendieran lo necesario para vivir; la verdad es que cientos de millones de personas no viven ni sobreviven con una pensión. Desgraciadamente, los juristas no vemos la realidad: vemos el texto de la ley, que se encuentra muy lejos del mundo concreto. En mi opinión, podemos definir el derecho de alimentos como:

> La *facultad jurídica* de *interés público* que tiene un acreedor para exigir a un deudor, en virtud de la relación jurídica familiar, lo necesario para *ayudar a su subsistencia*, en los términos y parámetros que fija la ley.

[4] Sara Montero, op. cit., p. 60.
[5] Manuel Chávez Asencio, op. cit., p. 467.

De la definición anterior destacamos lo siguiente:

1. Se trata de una *facultad jurídica*, es decir, no podemos hablar en sentido estricto de una obligación, dado que las relaciones familiares no son de naturaleza contractual; tampoco podemos decir que los alimentos son una relación jurídica, es más exacto afirmar, en todo caso, que son una facultad jurídica que nace precisamente porque hay una relación familiar o de parentesco entre el acreedor y el deudor, en los términos que por supuesto dice la ley.
2. Los alimentos son de *interés público*. Ya explicamos en los primeros capítulos que las normas del derecho de familia son de interés público; el art. 138 ter señala que las disposiciones sobre la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto precisamente proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a la dignidad. Debemos recordar que incluso la defensa y el sustento del propio Estado radican en la defensa y la protección de la familia. Este artículo no está mal como aspiración, aunque dista mucho de ser una realidad.
3. El contenido de la obligación alimentaria es *ayudar a la subsistencia*. Aquí nos alejamos de la fórmula repetida por la mayoría de que la pensión de alimentos comprende lo necesario para subsistir. Por supuesto que en la mayoría de las pensiones, con los índices de pobreza que vive el país, con la ineficiencia del Estado para hacer efectivas las pensiones, entre otras cosas, no es verdad que cubra lo necesario para subsistir, en todos los sentidos, incluso en los términos que acota la ley; se apega más a la realidad la afirmación de que los alimentos sólo ayudan a la subsistencia del acreedor alimentista.

Sobre los alimentos concluimos que al menos existen dos conceptos: el común y el jurídico; respecto del primero, todos sabemos que los alimentos son lo que seres humanos y animales comen y beben para subsistir; pero desde el punto de vista jurídico, lo veíamos ya desde los tiempos de Roma, los alimentos se extienden para comprender la comida, la habitación, el vestido, etc. Dentro de la evolución que los alimentos han tenido hasta la fecha, la mayoría de las legislaciones, además de lo anterior, han agregado la educación y la preparación para adquirir un oficio, arte o profesión que permita a la persona procurarse su propio sustento por sí misma.

7.3 Fundamento y justificación de los alimentos

Independientemente de si los alimentos son una obligación jurídica, una relación o una facultad jurídica, lo cierto es que alimentarse es una necesidad básica del ser humano y que durante toda nuestra vida, aunque se nos olvida, dependemos y necesitamos de los demás. Hablando de los alimentos, es evidente que en tanto no podamos o no seamos capaces de adquirirlos por nosotros mismos, alguien nos los tiene que proporcionar; esta responsabilidad recae en nuestros parientes consanguíneos, independientemente del tipo de relación que exista entre ellos; necesitamos, pues, el auxilio de otras personas, en razón de no bastarnos a nosotros mismos por distintas circunstancias.

Antes que obligación jurídica o como le podamos denominar, es un asunto ético que radica en la solidaridad. Los alimentos no son caridad, sino una cuestión más humana; por ello hemos sido cuidadosos en no mezclar en esta obra reflexiones teológicas, bíblicas, etc., las cuales tienen su lugar. El tema de la familia y, en este caso, de los alimentos, obedece a las leyes que nos hemos dado y al estamento ético que hemos construido. El fundamento y la justificación de los alimentos radica en que son un asunto ético y un deber de solidaridad, por ello son de interés público e interés social.[6]

7.4 Contenido de los alimentos

Para determinar el contenido de los alimentos desde el punto de vista jurídico, debemos acudir a la ley, y para aplicar sus distintos supuestos, es indispensable considerar quiénes son los sujetos y las diferentes situaciones en que los mismos se encuentran; en función de ello es que se determinará. Jurídicamente, podemos identificar que, de acuerdo con las distintas situaciones y sujetos, los alimentos comprenden lo siguiente, de conformidad con el CCDF:

1. *Para los sujetos menores y mayores de edad*, en términos generales comprenden:
   - *a)* La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y, en su caso, los gastos de embarazo y parto (art. 308, fracc. I). En este caso cabe señalar que, en relación con el monto de los alimentos —situación siempre muy controvertida—, el juez de lo Familiar resolverá con base en la capacidad económica y el nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado durante los dos últimos años (art. 311 ter).

     Por otra parte, también quienes hubieren tenido la obligación de alimentar a otra persona toda la vida deberán cubrir los gastos funerarios proporcionados a la condición de la persona y a los usos de la localidad (art. 1909).
   - *b)* Cuando se trate de menores, comprenden además los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales (art. 311, fracc. II). Sin embargo, sobre este particular el Código Civil citado, en el art. 314, expresamente señala que la obligación de dar alimentos no comprende la de proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubieren dedicado.
2. *Para quienes se encuentran con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción*, comprenden lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo (art. 308, fracc. III).
3. *Para los adultos mayores que carezcan de capacidad económica*, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que se les proporcionen los alimentos, integrándolos a la familia (art. 311, fracc. IV).

Sobre lo anterior podemos señalar que la obligación alimentaria, si bien es jurídica, tiene un profundo fundamento ético-filosófico; incluso de esta manera lo ha señalado, desde el punto de vista del derecho positivo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

También debemos señalar que en materia de alimentos aún queda mucho por hacer, sobre todo para hacerlos efectivos, pues fácilmente se evade este deber, facultad u obligación, porque los mecanismos jurídicos para hacerlos efectivos no son eficientes; por otra parte, dadas las condiciones económicas, resulta oneroso, en especial para las clases sociales más necesitadas, acudir a los tribunales para procurar su efectividad.

Ahora bien, los adultos mayores —generalmente los padres— rara vez demandan alimentos a sus hijos y en muchos casos éstos, aun teniendo recursos económicos suficientes, no

[6] Jurisprudencia 37, sexta época, p. 105, 3ª sala, cuarta parte, p. 18, Apéndice 1917-1975.

cumplen de ninguna manera lo que ya señalamos se encuentra establecido en la ley; apuntamos que las instancias del Estado deben ser más estrictas para hacer cumplir las disposiciones legales de la materia.

Abundamos para concluir que, en materia de alimentos, existen muchos rezagos, los mecanismos para hacerlos efectivos son poco eficientes y la obligación de dar alimentos es de las más fáciles de evadir y, en consecuencia, de las más evadibles.

7.5 Características de los alimentos

Sobre las características de los alimentos, nos vamos a encontrar, como en muchas de las instituciones y figuras del derecho familiar, que gozan de ser actos u obligaciones personalísimas.

Para el caso particular de los alimentos, sus características son las siguientes: es una obligación *recíproca, sucesiva, divisible, personal e intransmisible, indeterminada y variable, alternativa, imprescriptible* y *asegurable*; su incumplimiento es sancionable; como consecuencia de esto, el correspondiente derecho se considera también *personal e intransferible, inembargable, irrenunciable, imprescriptible, intransigible, irrenunciable, proporcional* y *divisible; crea un derecho preferente, no es compensable, ni renunciable, y no se extingue por el hecho de que la obligación sea satisfecha.*

7.5.1 Recíproca

La obligación de dar alimentos es recíproca, pues el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos, de acuerdo con el art. 301 del CCDF. Esto supone que el sujeto activo puede convertirse en sujeto pasivo o el acreedor puede, en un momento dado, convertirse en deudor y viceversa; ya que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos (art. 311).

Se puede advertir que en un momento dado el que tenía la posibilidad de darlos puede caer en la situación de necesitarlos y, a su vez, quien tenía la necesidad de recibirlos puede caer en la posibilidad de darlos. Sin embargo, debemos señalar que la reciprocidad admite excepciones, por ejemplo, cuando los alimentos se otorgan por acto testamentario, en el cual, por su propia naturaleza, no puede existir posibilidad de reciprocidad.

7.5.2 Sucesiva

La ley establece el orden de quienes son los sujetos obligados a ministrar alimentos, y ante la imposibilidad de los primeros obligados, entrarán a cubrir esta obligación los subsiguientes. De esta manera, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos; a falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado (art. 303). Este artículo revela la importancia de conocer las líneas y grados de parentesco. Por otra parte, los hijos están obligados a dar alimentos a los padres; a falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado (art. 304).

Ahora bien, a falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre o en los que fueren solamente de madre o padre. Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado (art. 305).

Para resumir, de conformidad con las disposiciones legales citadas, la obligación de ministrar alimentos se da en el orden siguiente:

1. Cónyuges y concubinos entre sí.
2. Padres y demás ascendientes.
3. Hijos y demás descendientes.
4. Hermanos en ambas líneas.
5. Hermanos de madre.
6. Hermanos de padre.
7. Demás colaterales hasta el cuarto grado.

Sobre este particular caben las precisiones siguientes:

a) Los parientes consanguíneos no están obligados simultáneamente sino en forma sucesiva, es decir, unos después de otros, en el orden que establezca la ley.

b) La obligación deja de ser sucesiva y se convierte en mancomunada —te sugerimos indagar qué es una obligación mancomunada— cuando los parientes están en el mismo grado y tienen igual posibilidad económica para ministrarlos; siendo éste el caso, deberán dar alimentos ambos parientes que se encuentren en esta situación.

7.5.3 Divisible

Para afirmar que la obligación de dar alimentos es divisible, debemos comprender primero que las obligaciones divisibles son aquellas que "tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente" (art. 2003); a *contrario sensu*, es indivisible la que debe cumplirse por entero.

Ahora bien, afirmamos que la obligación de dar alimentos es divisible porque puede ser fraccionada o repartida entre diversos deudores, si los hubiera, y que igualmente están obligados con un mismo acreedor. En general, las obligaciones de alimentos consisten en una suma de dinero, es decir, tienen por objeto prestaciones de carácter pecuniario, por lo que pueden ser perfectamente divisibles entre diversos deudores.

7.5.4 Personal e intransmisible

Existen muchos elementos para afirmar que la obligación de dar alimentos no sólo es personal, sino personalísima, pues depende exclusivamente de las circunstancias individuales del acreedor y del deudor; surgen además de la relación familiar existente entre los sujetos de la obligación. Según lo anterior, los alimentos se confieren exclusivamente a persona determinada y se imponen también a persona determinada, ello, en consideración a su carácter de parentesco, cónyuge o concubino. Este carácter se puede desprender de los numerales siguientes del CCDF: 302 al 305 que ya hemos citado, así como del 312.

Por lo que atañe a la intransmisibilidad de la deuda de alimentos, en vida del obligado es absoluta, pues quien tiene la obligación de dar alimentos no puede hacer cesión de esa deuda a un tercero, y por disposición de la ley, a falta o por imposibilidad del obligado en primer lugar, la obligación recae en forma sucesiva en los demás. Respecto de la intransmisibilidad

de la deuda de alimentos por causa de muerte se ha generado discusión; sobre este particular existen dos posturas:

a) La mayoría se inclina por afirmar que la deuda de alimentos desaparece con la muerte del deudor y, en consecuencia, no se transmite a los herederos. Éstos argumentan en su favor que se trata de una obligación personal, surgida de los lazos familiares, y aducen que muerto el deudor quedan extinguidos los lazos familiares y, por ende, las obligaciones derivadas de los mismos.

b) Otros sostienen que la deuda de alimentos, al igual que cualquier otra, debe transmitirse a los herederos y sucesores a título universal de los deudores de alimentos. Los partidarios de esta postura afirman que dicha deuda es, sobre todo, de carácter patrimonial y que el deudor debe responder con su patrimonio de todas sus deudas, principalmente de la alimentaria.

Aunque en el apartado correspondiente a los alimentos el CCDF es omiso sobre este particular, si nos remitimos al Libro Tercero, Título Segundo, Capítulo Quinto de las sucesiones es claro que nuestra legislación adopta el segundo criterio; esto se puede verificar en el art. 1368 y sus distintas fracciones, que disponen que el testador debe dejar alimentos; en complemento, el art. 1374 manifiesta que es inoficioso el testamento en que no se deje pensión alimenticia.

7.5.5 Indeterminada y variable

De acuerdo con las disposiciones legales a las que ya hemos hecho referencia, los alimentos han de ser proporcionados según las posibilidades de quien debe darlos y las necesidades de quien debe recibirlos.

Cuando los alimentos hayan sido determinados por convenio o sentencia, tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente (art. 311).

Según esto, la obligación alimentaria es indeterminada, primeramente porque la ley no puede fijar un monto, dadas las múltiples necesidades del alimentista, y también en consideración a las posibilidades de los deudores de alimentos. En su caso, la cuantía tendrá que ser determinada por los tribunales, quienes tienen poder discrecional, de lo que se desprende incluso que:

- Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria, o en la definitiva.
- Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente (art. 94, CPCDF).

Por lo anterior, para el caso que nos ocupa, en materia de alimentos no puede existir cosa juzgada, pues el monto de los alimentos queda sujeto a posibles aumentos o disminuciones, según varíen las circunstancias económicas de los deudores y las necesidades de los acreedores. Con base en lo anterior, es evidente que la obligación de alimentos es indeterminada y variable.

7.5.6 Alternativa

El CCDF dedica varios de sus numerales a las obligaciones alternativas, que recomendamos leer o consultar, pero en general se dice que una obligación es alternativa cuando tiene varios objetos y el deudor cumple entregando cualquiera de ellos.

Sobre los alimentos y en relación con esta característica de los alimentos, el art. 309 del CCDF dice: "El obligado a proporcionar alimentos cumple su obligación, asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia. En caso de conflicto para la integración, corresponde al Juez de lo Familiar fijar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias."

Según esto el deudor, para cumplir con la obligación de dar alimentos, puede optar, de acuerdo con la disposición citada, por darle una pensión suficiente al acreedor o por incorporarlo a la familia, de modo que nos encontramos frente a una obligación alternativa; ésta se presenta, como lo hemos afirmado, cuando en una obligación existe un objeto plural o múltiple y el deudor cumple con la obligación prestando cualquiera de los hechos o cosas a las que se ha obligado.

El código citado, en su art. 1962, se refiere a la obligación alternativa en los términos siguientes: "Si el deudor se ha obligado a uno de los hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho."

Queda claro que en efecto la obligación de dar alimentos es alternativa, con la salvedad o excepción establecida en el art. 310 del CCDF, que señala: "El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro o cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación."

7.5.7 Imprescriptible

En términos generales, el derecho para exigir alimentos se considera imprescriptible; correlativamente, si decimos que la obligación es imprescriptible, el derecho del acreedor también lo será; de esta manera lo dispone el art. 1160 del CCDF que venimos citando.

De hecho, según lo que hemos estudiado, la obligación de alimentos no tiene tiempo fijo de nacimiento ni de extinción. En su naturaleza está surgir cuando coinciden el elemento de la necesidad de quien tiene derecho de recibirlos y el elemento de quien tiene la posibilidad de prestarlos, ambos sujetos relacionados por lazos de parentesco o familiares; por ende, la obligación de alimentos subsistirá en tanto se encuentren estos factores relacionados con ella, sin importar el transcurso del tiempo.

Ahora bien, debemos complementar el comentario sobre la transacción de las pensiones alimenticias ya vencidas. Como regla general, de conformidad con el art. 2950, fracc. IV, será nula la transacción que verse sobre el derecho a recibir alimentos; sin embargo, podrá haber transacción sobre las cantidades ya vencidas por alimentos, según el art. 2951. Derivado de esta transacción permitida por el numeral citado, se puede aplicar lo relativo a la prescripción y lo establecido en el art. 1162 del ordenamiento citado, según el cual las prestaciones periódi-

cas prescriben en cinco años: "Las pensiones, las rentas, los alquileres y cualesquiera otras prestaciones periódicas no cobradas a su vencimiento, quedarán prescritas en cinco años, contados desde el vencimiento de cada una de ellas, ya se haga el cobro en virtud de acción real o de acción personal."

En este caso cabe la prescripción de la prestación de los alimentos cuando se trata de prestaciones ya vencidas, en los términos explicados.

7.5.8 Asegurable

La finalidad de los alimentos es asegurar (o, como lo hemos afirmado, contribuir) la subsistencia y con ella la vida del alimentista; por tal razón, la ley prevé el aseguramiento de los alimentos a través de los medios necesarios para tal fin. Así, de acuerdo con el art. 315 del CCDF:

> Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:
>
> I. El acreedor alimentario;
> II. El que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor;
> III. El tutor;
> IV. Los hermanos, y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado;
> V. La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario; y
> VI. El Ministerio Público.

Ahora bien, la persona que conozca la necesidad de otro de recibir alimentos y pueda aportar los datos de quienes estén obligados a proporcionarlos, podrá acudir ante el Ministerio Público o juez de lo Familiar, indistintamente, a denunciar dicha situación (art. 315 bis). Esto parece magnífico; por desgracia, en la realidad esto prácticamente nunca sucede, por ello decimos que la obligación de dar alimentos se evade con facilidad y es poco eficiente su cumplimiento.

Llegado el caso los alimentos, se pueden asegurar mediante hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente, a juicio del juez (art. 317).

7.5.9 Sancionado su incumplimiento

Cuando el que tiene la obligación de dar alimentos no cumple, el acreedor tiene acción para reclamarle judicialmente su cumplimiento; en su caso, el incumplimiento de la obligación de dar alimentos queda tipificado dentro del Título Séptimo del *Código Penal para el Distrito Federal* (CPDF), "Delitos que atentan contra el cumplimiento de la obligación alimentaria", en su capítulo único.

Al efecto consideramos importante transcribir los numerales referidos a los alimentos del citado CPDF.

> **Artículo 193.** Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de tres a cinco años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño a las cantidades no suministradas oportunamente. Si el adeudo excede de noventa días, el Juez ordenará al Registro Civil el ingreso de los datos del sentenciado en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.
>
> Para los efectos de este Artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero.

> Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, para efectos de cubrir los alimentos o la reparación del daño, se determinarán con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años.
>
> Una vez que el sentenciado cumpla con la reparación del daño, el Juez a petición de parte deberá ordenar al Registro Civil la cancelación de la inscripción.
>
> **Artículo 194.** Al que renuncie a su empleo o solicite licencia sin goce de sueldo y sea éste el único medio de obtener ingresos o se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá pena de prisión de uno a cuatro años y de doscientos a quinientos días multa, pérdida de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente.
>
> **Artículo 195.** Se impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión y de doscientos a quinientos días multa a aquellas personas que obligadas a informar acerca de los ingresos de quienes deban cumplir con todas las obligaciones señaladas en los Artículos anteriores, incumplan con la orden judicial de hacerlo o haciéndolo no lo hagan dentro del término ordenado por el Juez u omitan realizar de inmediato el descuento ordenado.
>
> **Artículo 196.** Para el caso de que la persona legitimada para ello otorgue el perdón, sólo procederá si el indiciado, procesado o sentenciado paga todas las cantidades que hubiere dejado de proporcionar por concepto de alimentos y otorgue garantía cuando menos por el monto equivalente a un año.
>
> **Artículo 197.** Si la omisión en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias ocurre en incumplimiento de una resolución judicial, las sanciones se incrementarán en una mitad.

Parecen atinadas estas disposiciones del CPDF, pero es una lástima que los delitos previstos, específicamente en el título citado, se persigan por querella, lo cual hace que aquéllas pierdan eficacia.

7.6 Características del derecho a recibir alimentos

Dada la bilateralidad que sabemos caracteriza al derecho, es importante ver los alimentos, como ya lo hemos hecho, desde el punto de vista de la obligación; pero veámoslos ahora desde la perspectiva del derecho de recibirlos. De esta manera encontramos que coinciden algunas características, entre ellas el ser recíprocos, sucesivos, divisibles, personales e intransferibles, así como indeterminados y variables. Sin embargo, el derecho a percibir alimentos presenta otras características que le son propias, como la *inembargabilidad, irrenunciabilidad e intransigibilidad*, entre otras.

7.6.1 Derecho personal e intransferible

Respecto del derecho de percibir alimentos queda claro que es un derecho personal, pues deriva de las características propias del sujeto, precisamente por tener parentesco o ser familiar del deudor; también por esa misma razón es intransferible, tanto durante la vida de la persona como por causa de muerte. El derecho a percibir alimentos desaparece totalmente a la muerte de la persona que tiene derecho a recibirlos, así como con la muerte del deudor; en este caso se necesita causa legal para exigir alimentos a otros parientes, que serán llamados por ley para

cumplir ese deber jurídico. No obstante esto, afirmamos que nuestro sistema legal se estará a lo establecido en materia de sucesiones en los arts. 1368 a 1377 del CCDF.

> **Artículo 1368.** El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:
>
> I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;
> II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;
> III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;
> IV. A los ascendientes;
> V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los dos años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tengan bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;
> VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

Este artículo establece con claridad el deber de dejar alimentos a determinados parientes, así como al cónyuge y a la concubina.

> **Artículo 1369.** No hay obligación de dar alimentos, sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado.

De acuerdo con esta disposición, la obligación de dar alimentos subsiste, a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado. En algunas situaciones se otorgan alimentos a los ascendientes cuando éstos concurren con hijos y los padres adoptantes cuando concurren con descendientes del adoptado; de igual manera sucede cuando se reconoce un hijo y con la viuda que queda encinta (arts. 1611, 1613, 1623 y 1643 del CCDF).

7.6.2 Inembargable

La naturaleza jurídica del derecho familiar y de la que gozan los alimentos es de orden público e interés social; ello hace que los alimentos sean inembargables.

Lo anterior también obedece a que tienen por objeto la subsistencia del alimentista y es a través de los alimentos como se asegura su derecho a la vida; por ende, no pueden ser objeto de comercio y, por supuesto, son inembargables. Permitir el comercio de los alimentos o su embargo sería tanto como privar a la persona de lo necesario para vivir.

De acuerdo con lo anterior, los alimentos no pueden ser objeto de transacción (art. 321). Asimismo, el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* (CPCDF), en su numeral 544, excluye del embargo los bienes que son necesarios para el trabajo y la subsistencia del deudor. Es evidente que en ellos quedan incluidos los alimentos. Lo mismo sucede cuando los

alimentos se proporcionan a través de la renta vitalicia, según lo señalado en los numerales 2785 y 2787 del CCDF que a la letra señalan:

> Solamente el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta a embargo por derecho de un tercero.
>
> Si la renta se ha constituido para alimentos, no podrá ser embargada sino en la parte que a juicio del juez exceda de la cantidad que sea necesaria para cubrir aquéllos, según las circunstancias de la persona.

7.6.3 Irrenunciable

Otra característica muy importante del derecho de recibir alimentos es que no es renunciable ni puede ser objeto de transacción. Dice el art. 1372: "El derecho de percibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción. La pensión alimenticia se fijará y asegurará conforme a lo dispuesto en los artículos 308, 314, 316 y 317 de este Código..."

Asimismo, el art. 2950, fracc. V, declara nula toda transacción que verse sobre el derecho a recibir alimentos. Y el numeral siguiente precisa, como ya lo afirmamos, que podrá haber transacción sobre las cantidades que ya sean debidas por alimentos. Es importante decir que los alimentos que no se dieron a tiempo, por lo cual el acreedor adquirió deudas para sobrevivir, deben ser pagados mediante reclamación judicial, pero la transacción sobre ellos no implica peligro para la subsistencia del alimentista, ya que de alguna manera los devengó y sobrevivió.

Finalmente, debemos argumentar a favor de la irrenunciabilidad de los alimentos que si éstos fueran renunciables o prescriptibles se pondría en riesgo la subsistencia y la vida misma del alimentista; aceptarlo sería condenarlo a morirse de hambre.

7.6.4 No susceptible de compensación

Para comprender esta característica del derecho de alimentos es importante explicar o conocer mínimamente qué es la compensación. Según el art. 2185, es una de las modalidades de las obligaciones; tiene lugar cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho.

Por otra parte, el efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor (art. 2186).

Ahora bien, en materia de alimentos existe disposición expresa sobre la compensación y dice que la misma no podrá tener lugar si una de las deudas fuere por alimentos (art. 2192, fracc. III). Es fácil advertir que la compensación se prohíbe porque no se puede dejar a una de las partes, en este caso al alimentista, en una situación de carecer de lo necesario para subsistir.

Aun cuando ya lo hemos dicho de alguna manera, enunciaremos a continuación las fuentes de la obligación de alimentos.

7.7 Fuentes de la obligación de alimentos

Es obvio pensar que la fuente de la obligación de dar alimentos se encuentra en la relación familiar, es decir, en el matrimonio, el concubinato y en general en el parentesco, esto es por lo que corresponde al origen legal de los alimentos; por otra parte, también puede surgir por

voluntad: en este caso los alimentos surgen con independencia de la relación familiar y se pueden dar por testamento o por contrato de renta vitalicia, sobre la cual dice el art. 2774 del Código Civil: "La renta vitalicia es un contrato aleatorio por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble a raíz estimadas, cuyo dominio se le transfiere desde luego."

7.8 Sujetos de la obligación

¿Quién tiene la obligación de proporcionarlos y el derecho de recibirlos? La obligación de dar alimentos deriva de la relación familiar, como ya lo hemos dicho, y corresponde a los parientes, pero el meollo del asunto estriba en determinar hasta qué grado de parentesco existe esa obligación.

Legalmente podemos afirmar que las personas obligadas a darse alimento recíprocamente son: cónyuges, concubinos, ascendientes y descendientes sin limitación de grado, colaterales consanguíneos hasta el cuarto grado, adoptante y adoptado; sin embargo, es oportuno señalar que el parentesco por afinidad no da derecho a alimentos.

Al respecto podemos hacer las reflexiones siguientes: por una parte, consideramos una omisión grave que la ley niegue alimentos a los afines en línea recta, es decir, niega alimentos a los padres y a los abuelos de los cónyuges cuando en muchos casos, por fortuna, viven con alguno de sus hijos y los lazos afectivos son muy fuertes.

Por otra parte, la ley otorga alimentos a parientes colaterales hasta el cuarto grado (primos, tíos abuelos y sobrinos nietos) y se los niega al padre o la madre por afinidad del yerno, a la nuera o al hijo de uno de los cónyuges que también, en la mayoría de los casos, comparten el mismo techo, son parientes muy cercanos y al vivir juntos de hecho ya reciben los alimentos en forma natural y espontánea.

Hecha la observación anterior, procedemos a indicar quiénes son los sujetos de la obligación:

1. *Los cónyuges.* Están obligados a darse alimentos entre sí (art. 302); esto deriva de la naturaleza misma del matrimonio y de sus fines, consistentes en prestarse socorro y ayuda mutua. Sobre este particular debemos considerar dos situaciones:

   a) En caso de separación, la obligación de alimentos subsiste, pues cuando el deudor alimentario no estuviere presente, o estándolo, rehusare entregar los alimentos a que está obligado, será responsable de las deudas que los acreedores contraigan para cubrir sus exigencias (art. 322).

   b) En caso de divorcio, aun cuando se extingue la relación matrimonial, queda subsistente la obligación de proporcionar alimentos en ciertas circunstancias establecidas en el art. 288 del CCDF, según los términos siguientes:

> En caso de divorcio, el juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las siguientes circunstancias:
>
> I. La edad y el estado de salud de los cónyuges;
> II. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
> III. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
> IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
> V. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y
> VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.
>
> En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.
>
> Es evidente que han mejorado las condiciones para la mujer divorciada y ahora se valora el hecho de su dedicación al hogar.

2. *Los concubinos.* En materia de alimentos, los concubinos reciben el mismo tratamiento como si fueran esposos, pues tienen derechos y obligaciones recíprocos (art. 291 bis).

   Específicamente sobre los alimentos, aun cuando ha habido avances, la legislación tiene oportunidad de mejora, ya que al cesar la convivencia entre concubinos, el art. 291 quintus dice:

> 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 sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

   Observamos que en materia de alimentos la ley limita el derecho de los concubinos, los discrimina en perjuicio del bienestar de los hijos; parece además un tanto contradictorio con lo establecido en el art. 291 ter, el cual dice que regirán el concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que fueren aplicables. Tal vez da pie a considerar a la familia derivada del concubinato como una familia de segunda.

3. *Los ascendientes y descendientes.* Como ya sabemos, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

   Los hijos, a su vez, están obligados a dar alimentos a sus padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado (arts. 303 y 304, respectivamente).

   Hasta aquí todo está muy bien, existen cantidad de argumentos en el sentido de que se debe alimentar a los seres a quienes diste la vida y ellos, a su vez, tienen que dar alimentos a quien les dio la vida, por razones de amor, cariño, respeto, solidaridad y otros argumentos éticos, etcétera.

   Pero lamentablemente hay cantidad de hijos que no reciben la pensión que debieran de sus padres y, más aún, cantidades mayores de padres que ni por asomo reciben un céntimo de sus hijos como pensión alimenticia. Estos hechos no se pueden soslayar.

   Hay miles de niños cuyos padres se desentienden no sólo de dar una pensión, sino totalmente de su cuidado; hay también miles de padres de familia adultos que viven en el más absoluto abandono de sus hijos, llevan una vejez de soledad, de miseria, algunos incluso no sólo no son alimentados por sus hijos, sino que incluso son explotados por ellos.

   Sin duda esto es una realidad triste, pero objetiva, donde el texto de la ley es, como lo afirmamos antes, pura poesía, y la autoridad tolera esa situación de manera omisa e irresponsable; muy poco hace para que se cumplan las disposiciones.

4. *Los colaterales.* Éstos tienen la obligación de proporcionar alimentos cuando el alimentista carece de parientes en línea recta. Según esto, a falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre o en los que fueren solamente de madre o padre. A falta de hermanos o medios hermanos, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.
5. *El adoptante y el adoptado.* Expresamos que entre ellos existe la obligación de darse alimentos recíprocamente, como si se tratase de padres e hijos (art. 307).

Vistos los sujetos de la obligación de dar alimentos, pasemos a analizar cuándo puede cesar esta obligación o facultad.

7.9 Cuándo cesa el deber o la obligación de otorgar alimentos

Como lo hemos afirmado, una de las características de los alimentos, entre otras, es la imprescriptibilidad; sin embargo, existen causas legales por las cuales puede cesar la obligación de dar alimentos. De conformidad con el art. 320 del CCDF:

> Se suspende o cesa, según el caso, la obligación de dar alimentos, por cualquiera de las siguientes causas:
>
> I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
> II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
> III. En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos;
> IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad;
> V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables; y
> VI. Las demás que señale este Código u otras leyes.

Expliquemos el artículo transcrito:

- Para el caso de las fraccs. I y II, realmente se trata de una suspensión temporal, en tanto existen o desaparecen las circunstancias relacionadas con la necesidad de quien debe recibirlos y la posibilidad de quien tiene la obligación de proporcionarlos.
- Las fraccs. III y IV sí son causa de cesación de la obligación de dar alimentos; en la primera estamos frente a la ingratitud del acreedor y en la segunda es evidente que los alimentos no tienen la finalidad de mantener a un holgazán ni de pagar los vicios del acreedor de alimentos.
- Finalmente, sobre la fracc. V, es evidente que cesa la obligación, pues se estaba cumpliendo en el momento de integrar al acreedor al domicilio del deudor de los alimentos.

7.10 Cuantía de los alimentos

Para concluir este capítulo debemos analizar un tema ciertamente controvertido que gira en torno a la pregunta: ¿cuánto se debe fijar de pensión alimenticia? Esta pregunta, aparentemente fácil, en la práctica suscita muchos problemas, pues no existe una normatividad específica acerca de la cuantía o el modo de determinar el monto.

La regla general establecida en el Código Civil, si la podemos denominar así, es que los alimentos deben ser proporcionales a las posibilidades de quien debe darlos y a las necesidades de quien tiene el derecho de recibirlos; sin embargo, desde el punto de vista práctico podemos cuestionar: ¿y cuánto es esa cantidad?

Sin duda que la cuantía de la pensión alimenticia afecta tanto a los deudores como a los acreedores de alimentos, lo cual pone también en serios problemas al juez, tomando en cuenta que en muchos casos las partes no tienen o no quieren aportar los elementos de prueba para establecer dicha cuantificación.

Ahora bien, atendiendo a lo que comprenden los alimentos —comida, vestido, habitación, atención médica y hospitalaria y, en su caso, gastos de embarazo y parto—, en el caso de los menores cabe agregar además los gastos para su educación y para proporcionarles un oficio, arte o profesión; por lo que hace a los adultos mayores, se les debe proporcionar todo lo necesario para su atención geriátrica (art. 308). En consecuencia, podemos afirmar que no hay dinero que alcance, pero vayamos más allá: prácticamente 50% de la población vive en alguna situación de miseria, y considerando que la mayoría gana entre uno y cinco salarios mínimos, esto es, unos ocho mil pesos mensuales antes de impuestos, y si a esto agregamos que el deudor suele volverse a casar, resulta que lo dispuesto en el artículo citado no deja de ser bello, pero desastrosamente irrealizable y parece más un cuento macabro.

La pensión debe cubrir lo necesario y, según el art. 311 ter, se determinará con base en la capacidad y de acuerdo con el nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años, lo cual explica que la mayoría tenga pensiones alimentarias de miseria, dadas las condiciones económicas de la población; sólo una minoría podría aspirar a una pensión más razonable y, sobre todo, que le permita conservar su nivel de vida cuando éste haya sido realmente superior.

De lo anterior se puede apreciar que determinar una pensión alimentaria no es cosa sencilla, pues debe tomarse en cuenta una serie de circunstancias tanto del deudor como del acreedor; es decir, el juez debe valorar exhaustivamente no sólo el salario, sino todas las demás condiciones económicas del primero y, por otra parte, evaluar en forma detallada las necesidades del segundo, en consecuencia con el art. 308 del código citado, procurando, hasta donde sea posible, cumplir con los anhelos de dicha disposición.

7.10.1 Fijación de la pensión

Establecer la cuantía de los alimentos corresponde al juez de lo Familiar, con base en las disposiciones que ya comentamos a lo largo de este capítulo; si consideramos (art. 940 del CPCDF) que todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, corresponderá a él velar por que la pensión sea la adecuada, a fin de asegurar lo necesario para vivir.

Por tal motivo, nos parece oportuno recordar las facultades previstas expresamente en la materia a efecto precisamente de velar por los intereses de la familia:

> **Artículo 941** (Reformado el primer párrafo, DOF, 30 de diciembre de 1997). El juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

(Reformado, DOF, 27 de diciembre de 1983). En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

(Reformado, DOF, 27 de diciembre de 1983). En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

Artículo 941 bis (Reformado, GO, 2 de febrero de 2007). Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el Juez de lo Familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la Institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez y el Ministerio Público adscrito.

El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de este ordenamiento.

Artículo 941 ter (Reformado, GO, 2 de febrero de 2007). El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando éstos ya acudan a centros educativos.

El Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor. En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, pudiendo solicitar valoración psicoemocional que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos.

En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los Centros e Instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.

Las convivencias de manera provisional no se otorgarán por el Juez de lo Familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.

La disposición citada significa que el juez, en defensa del orden público y en todo lo relacionado con la familia, deberá intervenir de oficio para tomar las medidas necesarias a fin de tutelar los derechos de los menores o en general de la familia; el único límite que en este caso tiene el juez es que no sean contrarias a la moral o se encuentren prohibidas por la ley.

Es evidente que dentro de la protección, para el caso que nos ocupa, destacan los alimentos.

Asimismo, el juez debe suplir las deficiencias de las partes, es una obligación que busca corregir las imperfecciones de las partes en su defensa y particularmente en lo relacionado con los alimentos.

Es importante señalar, de acuerdo con el art. 943 del CPCDF, que: "Tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los que se deban por contrato, por testamento, o por disposición de la ley, el juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio."

No obstante, sobre la situación jurídica de los alimentos, que parece indiscutible, giran controversias muchas veces inexplicables, desgastantes e interminables, con afectación sobre todo de los menores. Falta cultura para cumplir las obligaciones y respetar la ley; desgraciadamente, en materia de alimentos, se busca por todos los medios —legítimos e ilegítimos— incumplir con esa obligación, además, con el contubernio de abogados y autoridades carentes de ética. Afirmamos categóricamente que en esta materia se cometen verdaderos atentados en contra de los derechos fundamentales de la familia y, en especial, de los menores hijos.

Finalmente, comentamos que es importante conocer las disposiciones legales existentes en la materia que nos ocupa, pero también es indispensable analizar la realidad: muchas veces los textos legales se convierten en fantasías de los legisladores, pues la realidad dista mucho y es diametralmente opuesta a la ley. Esto sucede lamentablemente en materia de alimentos, por ello termino con algunas interrogantes que dejo para la reflexión: ¿cuántos de los obligados a dar alimentos cumplen realmente con el pago de los mismos? ¿Cuántos de los acreedores reclaman pensión? ¿Con cuánta facilidad se evade la obligación de dar alimentos? ¿Qué porcentaje de las pensiones de alimentos son suficientes para cubrir las necesidades que manda la ley?

Con las condiciones de pobreza que vivimos en el país, ¿cuál será el monto promedio de una pensión alimentaria? ¿Qué necesidades se pueden cubrir realmente con ella? ¿El monto promedio de las pensiones será suficiente para cubrir lo que dice el art. 308 del CCDF?

Comentario y preguntas aparte: ¿qué decir de las pensiones de los adultos mayores? Muchos de ellos terminan abandonados, otros en verdadera situación de calle, otros más en condiciones deplorables de miseria, muchos de ellos con hijos que, por supuesto, tienen más que sobrada posibilidad de dar alimentos y los ancianos notoria e indiscutible necesidad de recibirlos. ¿Cuántos hijos incumplen la obligación de dar alimentos a sus padres? ¿Cuántos padres demandan pensión de alimentos a sus hijos? Y la autoridad, como en muchos casos de la vida nacional, totalmente ausente e irresponsable, una autoridad ofensivamente despreocupada y desinteresada, omisa, corrupta y coludida.

¿Dónde están los responsables de los niños y niñas de la calle, de los niños y niñas miserables, abandonados, abusados sexualmente, víctimas del crimen organizado, explotados en

todas las formas posibles, que caen en las redes de la pornografía? ¿Dónde están los responsables? ¿Dónde están los padres de estos niños? ¿Quién castiga a todos esos criminales? ¿Dónde está el Estado?

Sin duda en México tenemos una gran deuda con la sociedad, con las familias, pero sobre todo tenemos una deuda de proporciones descomunales con la niñez, porque todos somos cómplices de los males que la aquejan, de su ¿educación?, de su desnutrición, de su miseria económica, de su abandono notorio, de su explotación sexual, del tráfico de infantes, etc. Les hemos robado su inocencia, les hemos privado de sus mejores años; como decía Miguel de Unamuno, tenemos un letrero en la frente que dice: ¡Eres reo de muerte!

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

- **Alimentos**
  - Los alimentos en el derecho romano
  - Concepto de alimentos
  - Fundamento y justificación de los alimentos
  - Contenido de los alimentos
  - Características de la obligación de alimentos
    - Recíproca
    - Sucesiva
    - Divisible
    - Personal e intransferible
    - Indeterminada y variable
    - Alternativa
    - Imprescriptible
    - Asegurable
    - Sancionado su incumplimiento
  - Características del derecho de alimentos
    - Personal e intransferible
    - Inembargable
    - Irrenunciable
    - No susceptible de compensación
  - Fuentes de la obligación de alimentos
  - Sujetos de la obligación de alimentos
  - Cesación de la obligación de alimentos
  - Cuantía de los alimentos

II. Realiza las actividades siguientes:

1. Elabora una propuesta para hacer más eficiente el cumplimiento de la pensión alimentaria.
2. Una persona que tiene 20 años y está estudiando su licenciatura, ¿tendrá derecho a recibir alimentos? Explica la razón o razones de tu respuesta.
3. ¿Conoces a alguien que reciba pensión de alimentos? ¿Piensas que lo recibido es suficiente? Expresa tus argumentos.

4. Si conoces a alguien que, teniendo derecho a recibir pensión alimentaria, no la recibe, investiga por qué y, si es el caso, ¿qué le sugieres para hacer efectiva su pensión?
5. Si una hermana de tu papá ya no tiene ascendientes, no es casada y, en consecuencia, no tiene hijos, quiénes consideras que están obligados a proporcionarle alimentos. Explica tu respuesta.

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente.

1. Los alimentos, de acuerdo con el Digesto, comprendían:
   a) El vestido pero no la alimentación.
   b) El vestido y la alimentación.
   c) El vestido, la alimentación y la habitación.
   d) El vestido, la alimentación, la habitación y la enseñanza.
2. Es una facultad jurídica de interés público que tiene el acreedor para exigir de un deudor, en virtud de la relación jurídica familiar, lo necesario para ayudar a su subsistencia, en los términos y parámetros que fija la ley:
   a) Concepto del derecho de alimentos.
   b) Concepto de alimentos del derecho romano.
   c) Concepto de obligación de alimentos.
   d) Concepto de pensión.
3. Sobre el monto de los alimentos el juez de lo Familiar debe considerar:
   a) El sueldo del deudor y su nivel de vida en el último año.
   b) La capacidad económica y el nivel de vida del acreedor en los últimos dos años.
   c) La capacidad económica del deudor y del acreedor en los últimos dos años.
   d) La capacidad económica y el nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años.
4. Los alimentos también comprenden:
   a) Capital para que los hijos ejerzan oficio, arte o profesión.
   b) Cuando los hijos son menores, además de los gastos de educación, los necesarios para proporcionarles oficio, arte o profesión.
   c) Sólo los alimentos, casa y educación.
   d) Ayuda para ejercer algún arte, oficio o profesión.
5. La persona que da los alimentos tiene a su vez el derecho de recibirlos; ésta es la característica de:
   a) Bilateralidad.
   b) Reciprocidad.
   c) Transmisibilidad.
   d) Divisibilidad.
6. La ley establece el orden de quienes son los sujetos obligados a ministrar alimentos y, ante la imposibilidad de los primeros obligados, entran a cubrir esta obligación los subsiguientes. Por ello se dice que la obligación de dar alimentos es:
   a) Bilateral.
   b) Recíproca.
   c) Personal.
   d) Sucesiva.

7. Menciona el orden en que se da la obligación de dar alimentos:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
   e) _____
   f) _____
   g) _____
8. Explica por qué se dice que la obligación de dar alimentos es indeterminada y variable:
   _____
   _____
9. Menciona, de acuerdo con el art. 3089 del Código Civil, de qué manera el deudor, puede cumplir con la obligación de dar alimentos:
   a) _____
   b) _____
10. El derecho a recibir alimentos tiene las características siguientes:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
11. Menciona tres sujetos de la obligación de dar alimentos:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
12. Menciona, en caso de divorcio, cuáles son las circunstancias que el juez debe tomar en cuenta para el pago de alimentos a favor del cónyuge, que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos y que esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
    e) _____
    f) _____
13. Explica cuándo cesa o se suspende la obligación de dar alimentos:
    a) _____
    b) _____

    c) _____
    d) _____
    e) _____
    f) _____
14. Explica cuándo los colaterales tienen la obligación de dar alimentos:
    _____
    _____
    _____
15. Para los adultos mayores, ¿qué comprenden los alimentos?:
    _____
    _____
    _____
16. Para quienes se encuentren con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, ¿qué comprenden los alimentos?:
    _____
    _____
    _____
17. Explica por qué nos hemos referido en este texto al derecho de alimentos como una facultad jurídica:
    _____
    _____
    _____
18. ¿Por qué decimos que la obligación de dar alimentos es personal e intransferible?:
    _____
    _____
    _____
19. Los alimentos se pueden asegurar mediante:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
20. Menciona la multa que establece el Código Penal al que incumpla la obligación de dar alimentos (art. 193 del CPDF):
    _____
    _____

8

Violencia familiar

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Conocerá el concepto de violencia familiar.
- Comprenderá las diferentes acepciones de la violencia y los campos de aplicación.
- Analizará la violencia familiar como problema jurídico y social.
- Identificará los efectos jurídicos de la violencia familiar.

La familia, como grupo social primario, es la encargada de brindar protección a sus integrantes, por ello le corresponde velar por el desarrollo y formación de sus miembros; particularmente es obligación de los padres educar a sus hijos en la armonía, el respeto, la tolerancia y la aceptación de los demás, así como brindarles apoyo sólido para asegurar que se integren a la sociedad, ya mayores de edad, como ciudadanos respetuosos de los demás, de la autoridad y de la ley. Si en la sociedad no encontramos lo anterior, simplemente significa que la familia ha faltado a su responsabilidad, pues la formación ciudadana en general es producto de la educación recibida básicamente en la familia y subsidiariamente en la escuela.

El tema de la violencia familiar que trataremos en este capítulo desgraciadamente es de suma importancia en la actualidad, pues es un problema que nos aqueja brutalmente, lo que significa que la familia y la escuela han fallado.

Por desgracia la violencia, en sus distintas manifestaciones, ha invadido todos los ámbitos de la vida ciudadana y está presente en todos los grupos, niveles o clases sociales; la violencia, podemos afirmarlo, se ha apoderado del mundo y tal vez nunca como ahora sus manifestaciones son más dramáticas y horrendas.

En la familia, para nuestra desgracia, tenemos ejemplos terribles de padres que maltratan e incluso matan a sus hijos, a la vez que hijos que maltratan y matan a sus padres; en las escuelas sucede lo mismo: maestros que maltratan a sus alumnos, alumnos que maltratan a sus compañeros y a sus maestros.

En nuestro país, por desgracia, la violencia ha llegado a extremos inimaginables; hay ciudades enteras secuestradas por el crimen y en consecuencia víctimas de la violencia; desafortunadamente también miles de familias han sido víctimas de la violencia, pero lo más lamentable, si las cifras no mienten, es que cientos de miles de familias padecen violencia en su interior, en sus diferentes manifestaciones.

Podemos concluir, sin temor a equivocación, que vivimos en una sociedad que ha hecho de la violencia su forma de ser.

En el ámbito familiar que nos ocupa, aunque por mucho tiempo se soslayó, la violencia ha estado presente durante siglos, y por diferentes circunstancias hasta estos últimos años es que se han promulgado leyes para tratar de paliar el problema; aunque, insistimos, su solución pasa por la educación, también debemos decir que la marginación y la pobreza son generadoras de violencia.

En este capítulo nos ocuparemos del tema de la violencia familiar; además señalamos que la violencia al interior de la familia se da, generalmente, en contra de la mujer, e incluso fuera del ámbito familiar es frecuente escuchar alusiones a la violencia contra las mujeres, a tal punto que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, el 5 de noviembre de 1999, la resolución que designa el 25 de noviembre como el Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres. Muy bien que se haya hecho, pues es un problema de extrema gravedad, tan grande que la Organización Mundial de la Salud reporta que casi la mitad de las mujeres que mueren por homicidio son asesinadas por sus esposos o parejas actuales o anteriores.

No obstante, también existe una violencia en la que el sujeto activo es la mujer, como lo veremos cuando hablemos de las cifras acerca de este lamentable problema.

Sobre esta última afirmación, lo veremos en su momento, existen jefes de familia que sufren violencia ejercida por sus esposas. Por ello, aunque las leyes sobre el particular se refieren fundamentalmente a la mujer, preferimos hablar de violencia familiar, como lo hace la *Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar* (LAPVF).

Ahora bien, para entrar en materia iniciaremos por acotar el concepto de violencia familiar, pues en torno a la violencia se han fabricado muchos conceptos: se habla, por ejemplo, de *violencia contra la mujer, violencia estructural, violencia intrafamiliar, violencia doméstica* y hasta de *terrorismo patriarcal*. Como se ve, la imaginación no tiene límite, pues algunos conceptos resultan novelescos; en nuestra opinión, y así lo hace la ley, nos referiremos a la violencia familiar, pues este término es el menos sesgado. En algunos de los términos citados anteriormente existe una carga ideológica.

La violencia familiar es un hecho, nadie lo duda, y como lo veremos al final de este capítulo las cifras son lamentables; las víctimas de la violencia al interior de la familia son todos los integrantes de la misma, independientemente de quién sea el sujeto activo de la misma. Lo cierto es que al presentarse la violencia se victimiza a todos los integrantes del núcleo familiar, pero lo realmente lamentable y profundamente doloroso es la afectación sobre los menores hijos, que en sus propios padres encuentran a sus agresores; se les victimiza a tal extremo que la huella psicológica les dura toda la vida, y los propios hijos que sufrieron esa violencia son proclives a reproducir esas conductas vividas durante su infancia. La violencia les arrebata su niñez y los sumerge, desde sus primeros años, en el abismo de la desesperación, el ultraje y la impotencia.

8.1 Concepto de violencia familiar

El concepto de violencia familiar se ha ido desarrollando en la medida en que el tema se ha puesto en el debate y la reflexión. En nuestro país, aunque hay otros antecedentes, podemos ubicar el reconocimiento de la violencia en 1975, en el marco del llamado Año Internacional

de la Mujer. A partir de este acontecimiento y de una serie de conferencias celebradas en nuestra patria se producen las primeras reformas legislativas, en particular la reforma del art. 4º constitucional, así como el reconocimiento de la igualdad entre el hombre y la mujer en nuestro Código Civil.

No obstante, hasta ahora, es decir, 38 años después, la igualdad entre el hombre y la mujer, a la que se refiere el art. 4º constitucional, empieza a ser realidad y a reflejarse en la participación de la mujer en las distintas actividades de la vida nacional. Esta participación, lamentablemente, sólo se hace realidad en el Distrito Federal y en algunas de las grandes ciudades de nuestra patria. En general al interior de los hogares la mujer sigue, por desgracia, sometida, sojuzgada y oprimida, pero no sólo al interior de la familia, sino por toda la sociedad. Hay zonas de nuestro país donde las mujeres viven prácticamente en condiciones de esclavitud, se trafica con ellas y se les trata, en las propias familias y por sus propios padres, como si fueran mercancías. Es un hecho vergonzante, aunque lo tratamos como curiosidad antropológica y lo atribuimos a los usos y costumbres; así sucede en Chiapas, donde la mujer es objeto de trueque por una caja de refrescos (si bien le va), y en Oaxaca, donde en ciertas zonas el hombre vive "en familia" con más de una mujer, pero casos similares se presentan en otras regiones del país.

En este largo proceso de desarrollo sobre la violencia familiar, el 9 de julio de 1996 se expidió la *Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal*; el 2 de julio de 1998 se incorporaron algunas nociones sobre la violencia en el Código Civil, pero no fue sino hasta el año 2000 cuando se agregó, al Título Sexto del Libro Primero, el Capítulo III ("Violencia familiar"), que comprende los arts. 323 ter al 323 sextus y cuya última modificación fue el 17 de enero de 2007.

En este mismo año se expidió, en el ámbito federal, la *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (LGAMVLV), en la que se estableció un sistema general de protección a las mujeres víctimas de todas las formas de violencia; luego, en concordancia con esta ley general, el 29 de enero de 2008 se expidió la *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal* (LAMVLVDF).

Bajo estas disposiciones se construye el concepto de violencia familiar y, de conformidad con ello, tenemos y desarrollamos las nociones siguientes:

- Primeramente, de conformidad con la LAPVF, podemos entender por violencia familiar:

  Aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño...

- Por su parte, la LGAMVLV señala que la violencia familiar es:

  Es el acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, cuyo Agresor tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho.

Un concepto de violencia similar maneja la LAMVLVDF, que en su art. 7, fracc. I, dice: "Violencia familiar: es aquella que puede ocurrir dentro o fuera del domicilio de la víctima, cometido por parte de la persona agresora con la que tenga o haya tenido parentesco por consanguinidad o por afinidad, derivada de concubinato, matrimonio, o sociedad de convivencia."

- Para los efectos de esta obra y de conformidad con el art. 323 quáter del CCDF, entendemos por violencia familiar "aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño..."

En el artículo anterior se precisan las siguientes clases de violencia:

I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;
II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;
III. Violencia económica: a los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en este Código tiene obligación de cubrirlas, y
IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.

No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia las niñas y niños.

Para efectos de este artículo, se entiende por integrante de la familia a la persona que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como de parentesco civil.

Nuestro Código Civil, en el art. 323 quintus, extiende el concepto de violencia para proteger a las personas que, sin tener relación de parentesco, para los efectos de la ley se consideran integrantes de la familia en los términos siguientes: "También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa."

Cabe la observación de que aun cuando el Código Civil no lo menciona, la LAMVLVDF protege también a los miembros integrantes de las sociedades de convivencia.

La violencia, se puede apreciar fácilmente, se produce por el maltrato, de ahí que, en concordancia con las anteriores disposiciones, la *Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar* (LAPVF) del Distrito Federal menciona como clases de violencia familiar los actos de maltrato siguientes:

a) Maltrato Físico: todo acto de agresión intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, encaminado hacia su sometimiento y control.

b) Maltrato Psicoemocional: al patrón de conducta consistente en actos u omisiones repetitivos, cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas actitudes devaluatorias, de abandono y que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a su estructura de personalidad.

Todo acto que se compruebe que ha sido realizado con la intención de causar un daño moral a un menor de edad, será considerado maltrato emocional en los términos de este artículo, aunque se argumente como justificación la educación y formación del menor.

c) Maltrato Sexual: al patrón de conducta consistente en actos u omisiones reiteradas y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño. Así como los delitos establecidos en el Título Quinto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es decir, contra la libertad y la Seguridad Sexuales y el Normal Desarrollo Psicosexual, respecto a los cuales la presente Ley sólo surte efectos en el ámbito asistencial y preventivo.

La LAMVLVDF, en su Título Segundo, Capítulo Primero, art. 6, menciona los tipos de violencia contra las mujeres de la manera siguiente:

Los tipos de violencia contra las mujeres son:

I. Violencia Psicoemocional: Toda acción u omisión dirigida a desvalorar, intimidar o controlar sus acciones, comportamientos y decisiones, consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, indiferencia, descuido reiterado, chantaje, humillaciones, comparaciones destructivas, abandono o actitudes devaluatorias, o cualquier otra, que provoque en quien la recibe alteración autocognitiva y autovalorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de su estructura psíquica;

II. Violencia Física: Toda acción u omisión intencional que causa un daño en su integridad física;

III. Violencia Patrimonial: Toda acción u omisión que ocasiona daño o menoscabo en los bienes muebles o inmuebles de la mujer y su patrimonio; también puede consistir en la sustracción, destrucción, desaparición, ocultamiento o retención de objetos, documentos personales, bienes o valores o recursos económicos;

IV. Violencia Económica: Toda acción u omisión que afecta la economía de la mujer, a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, en la restricción, limitación y/o negación injustificada para obtener recursos económicos, percepción de un salario menor por igual trabajo, explotación laboral, exigencia de exámenes de no gravidez, así como la discriminación para la promoción laboral;

V. Violencia Sexual: Toda acción u omisión que amenaza, pone en riesgo o lesiona la libertad, seguridad, integridad y desarrollo psicosexual de la mujer, como miradas o palabras lascivas, hostigamiento, prácticas sexuales no voluntarias, acoso, violación, explotación sexual comercial, trata de personas para la explotación sexual o el uso denigrante de la imagen de la mujer;

VI. Violencia contra los Derechos Reproductivos: Toda acción u omisión que limite o vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y voluntariamente sobre su función reproductiva, en relación con el número y espaciamiento de los hijos, acceso a métodos anticonceptivos de su elección, acceso a una maternidad elegida y segura, así como el acceso a servicios de aborto seguro en el marco previsto por la ley para la interrupción legal del embarazo, a servicios de atención prenatal, así como a servicios obstétricos de emergencia; y

VII. Violencia Feminicida: Toda acción u omisión que constituye la forma extrema de violencia contra las mujeres producto de la violación de sus derechos humanos y que puede culminar en homicidio u otras formas de muerte violenta de mujeres.

Por otra parte, el art. 7 de la LAMVLVDF menciona modalidades de la violencia contra las mujeres de la manera siguiente:

Las modalidades de violencia contra las mujeres son:

I. Violencia Familiar: Es aquella que puede ocurrir dentro o fuera del domicilio de la víctima, cometido por parte de la persona agresora con la que tenga o haya tenido parentesco por consanguinidad o por afinidad, derivada de concubinato, matrimonio, o sociedad de convivencia;

II. Violencia Laboral: Es aquella que ocurre en cuando se presenta la negativa a contratar a la víctima o a respetar su permanencia o condiciones generales de trabajo; la descalificación del trabajo realizado, las amenazas, la intimidación, las humillaciones, la explotación y todo tipo de discriminación por condición de género;

III. Violencia Docente: Es aquella que puede ocurrir cuando se daña la autoestima de las alumnas o maestras con actos de discriminación por su sexo, edad, condición social, académica, limitaciones y/o características físicas, que les inflingen[1] maestras o maestros;

IV. Violencia en la Comunidad: Es aquella cometida de forma individual o colectiva, que atenta contra su seguridad e integridad personal y que puede ocurrir en el barrio, en los espacios públicos o de uso común, de libre tránsito o en inmuebles públicos propiciando su discriminación, marginación o exclusión social;

V. Violencia Institucional: Son los actos u omisiones de las personas con calidad de servidor público que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia. El Gobierno del Distrito Federal se encuentra obligado a actuar con la debida diligencia para evitar que se inflija violencia contra las mujeres.

Para efectos de nuestro trabajo nos interesa el concepto de *violencia familiar*, cuyas definiciones ya hemos expresado de conformidad con las leyes federales y locales del Distrito Federal, en las que hallamos algunas diferencias; sin embargo, queremos hacer hincapié en las distintas acepciones de violencia familiar que se encuentran en las siguientes leyes locales: *Código Civil para el Distrito Federal*, art. 323 quáter; *Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar* del Distrito Federal y la *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal*, art. 7, que transcribimos a continuación para el análisis y comentario.

[1] Existe un error grave en el texto legislativo: la palabra "inflingen" no existe. El verbo correcto es infligir, del latín *infligere*, que significa herir, golpear. En este caso debe decirse "que les infligen maestras o maestros".

Código Civil para el Distrito Federal, art. 323 quáter:	*Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar*, art. 3, fracc. III:	*Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal*, art. 7:
La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño (...)	Para los efectos de esta Ley se entiende por: I. (...) II. (...) Violencia Familiar: Aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, (...)	Violencia Familiar: Es aquella que puede ocurrir dentro o fuera del domicilio de la víctima, cometido por parte de la persona agresora con la que tenga o haya tenido parentesco por consanguinidad o por afinidad, derivada de concubinato, matrimonio, o sociedad de convivencia;

Sobre los conceptos anteriores emitimos las observaciones siguientes:

1. En el caso del art. 323 quáter del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) y el art. 3 de la LAPVF, observamos que los conceptos prácticamente coinciden, pero el CCDF dice: la violencia familiar es el ***acto u omisión intencional***, en tanto que la LAPVF se refiere a la violencia familiar como el ***acto de poder u omisión intencional***. Cabe preguntar: ¿cuál es la diferencia entre un acto simple y un acto de poder?
2. El CCDF, en el mismo numeral, dice que la violencia puede dirigirse *a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar*, y que tiene por efecto causar daño. La LAPVF, por su parte, dice: *a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho*, y que tiene por efecto causar daño. Parece que esta disposición es más completa; luego habría que completar el Código Civil, pero se puede cuestionar: ¿cómo se puede tipificar la violencia familiar contra quienes hayan tenido parentesco por afinidad, civil?
3. Para el caso del art. 7 de la LAMVLVDF, comentamos que atiende a los sujetos, tanto activo como pasivo, del acto de violencia y el lugar donde se puede cometer, pero no define qué es la violencia; más bien atiende a la conducta realizada por cualquier miembro del núcleo familiar, por lo que no se puede considerar un concepto de violencia, aunque podemos señalar que se refiere expresamente al concubinato y la sociedad de convivencia: *Es aquella que puede ocurrir dentro o fuera del domicilio de la víctima, cometido por parte de la persona agresora con la que tenga o haya tenido parentesco por consanguinidad o por afinidad, derivada de concubinato, matrimonio, o sociedad de convivencia.*

Bien harían los legisladores, dado lo grave del problema de la violencia familiar, en unificar dichos conceptos.

También podemos señalar que la *Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar* parece creada más bien para generar más burocracia que para atender realmente el problema de la violencia familiar, pues prácticamente no ha hecho nada en materia de asistencia ni en materia de prevención.

Ahora bien, dado que estamos tratando la violencia familiar y no la violencia en contra de la mujer, es importante clasificarla en función de la relación existente entre los agresores o sujetos activos y los agredidos o sujetos pasivos sobre quienes recae la violencia. Respecto de los sujetos pasivos o agredidos, tenemos la clasificación siguiente:

a) Violencia sobre menores: sin duda la más grave, no porque otros tipos de violencia no sean graves, sino por el estado de vulnerabilidad en que se encuentran dichos menores, quienes, sin deberla ni temerla, son las víctimas más débiles y necesitadas.

De conformidad con el concepto de violencia, se entiende como violencia sobre menores la acción u omisión intencional que causa daño físico o psicológico a un menor de edad por sus padres, custodios, tutores o en general por sus cuidadores.

b) Por violencia entre los miembros de una pareja, ya sean esposos, concubinos o convivientes, debe entenderse cualquier acción u omisión intencional dirigida a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente y que ocurre entre cónyuges, concubinos o convivientes.

Esta violencia puede revestir cualquier cantidad de formas, y en muchos casos sólo quienes la viven saben de sus manifestaciones. En casos graves puede desencadenar hasta conductas consideradas delitos.

c) Violencia sobre ancianos: este tipo también reviste múltiples formas y va dirigida contra los mayores de 60 años. Por ella entendemos los actos u omisiones de los que habla la ley que pueden concretarse en agresiones verbales, maltrato físico o psicológico, descuido de su alimentación y cuidado, abuso o amenazas de todo tipo por parte de los descendientes u otros miembros de la familia.

8.2 Análisis de la violencia familiar como problema jurídico y social

No hace falta mucha investigación para darse cuenta de que la violencia familiar y la violencia de género se presentan en todos los estratos socioeconómicos, pero ciertamente la miseria o extrema pobreza, que causa depresión, angustia y deterioro de la vida social y personal, se puede identificar no como causa directa de la violencia —pues ciertamente los problemas sociales no se explican causalmente—, aunque sí como determinante de la violencia.

Las consecuencias de la violencia son muchas y muy desagradables, pero es verdad que la violencia al interior del núcleo familiar lastima mucho más que la violencia infligida por extraños, ya que en la violencia al interior de la familia se vive con el enemigo.

Es notorio cómo en el fenómeno de la violencia familiar participan tanto el hombre como la mujer. Actualmente, la agresión física es mayoritariamente hecha por el hombre, aunque las cifras se cierran cada día más, pues por desgracia la mujer va ganando terreno en la violencia familiar y los porcentajes donde es la agresora se han ido incrementando. También es verdad que el descuido o maltrato infantil es hecho mayoritariamente por la mujer.

La violencia familiar la padecen todos los integrantes de la familia, independientemente de quién sea el agresor; pero las principales víctimas de la violencia, aunque ésta no vaya estrictamente dirigida contra ellos, son los hijos y, sobre todo, los menores de edad.

Se menciona con frecuencia que en el hogar donde hay violencia familiar normalmente la pareja lleva una relación que se dice *patológica*, sin que exista en la mayoría de los casos una psicopatología diagnosticable.

También podemos afirmar que el abuso del alcohol y las drogas exacerba la violencia familiar, sobre todo cuando ambos padres de familia hacen uso de ellos, pero la violencia se hace más grave en contra del cónyuge o miembro de la pareja que es abstemio, que normalmente es la mujer; por desgracia, como lo demuestran estudios recientes, también se ha incrementado en forma considerable el alcoholismo en las mujeres. Estas conductas han impactado en la violencia familiar, en la integración y en última instancia en el tejido social; por ello, atender el fenómeno se vuelve complejo, pues hay que hacer labores de asistencia para quienes se encuentran en estas circunstancias y actividades de prevención para evitar que más familias sean afectadas por este flagelo. Las dos formas de prevenir y corregir este problema pasan por la educación y la generación de empleos, pues sólo de esa manera se abatirían el rezago social y el atraso económico, que si bien no podemos decir que sean la causa directa de la violencia familiar y social que padecemos, sí son motivos determinantes y detonantes de la misma.

Con base en las afirmaciones anteriores podemos decir que la violencia es, sin duda, uno de los males de nuestro tiempo; aunque sabemos que siempre ha existido, ahora, por vivir en una sociedad más abierta, se habla del tema sin empacho y estamos enterados de inmediato.

Es claro que el problema de la violencia ha existido como problema social desde hace siglos; sin embargo, hasta tiempos recientes, particularmente en nuestro país, ha merecido la atención y ha sido objeto de regulación legal. Es claro que la atención del problema de la violencia familiar ha llegado de manera tangencial vía la violencia hacia las mujeres; claro que ellas han sufrido violencia, han sufrido en prácticamente todas las formas la violación de sus derechos y otra serie de vejaciones, pero pensamos que al interior de la familia siempre ha habido otras víctimas, más vulnerables, todavía más indefensas y que son usadas, tanto por el hombre como por la mujer, para dirimir sus conflictos y diferencias. Me refiero, por supuesto, a los menores.

Notoriamente, las leyes sobre violencia se han centrado en la mujer como sujeto pasivo de la violencia, y por supuesto que en muchos casos ella es la víctima, pero también son cada vez más abundantes los casos en que la mujer se convierte en sujeto activo de la violencia y las víctimas son sus esposos, sus concubinos y, sobre todo, sus menores hijos, aunque, como ya afirmamos, cuando hay violencia en la familia todos los miembros de la misma sufren, independientemente de quién sea el agresor.

Las mujeres saben —y lo saben muy bien— cuáles son sus formas de violencia, mucho más sutiles e hirientes que las empleadas por el hombre, y van en aumento cada día los casos de violencia familiar realizada por la mujer.

Para bien o para mal, pensamos que para bien, la imagen de la mujer sumisa, abnegada y sacrificada ha terminado: la mujer ahora tiene un papel más protagónico en las actividades sociales, económicas, científicas, artísticas, deportivas, políticas, culturales, empresariales, laborales, etc.; en general, su participación es a la par que la del hombre en todas las actividades humanas e incluso participa, desgraciadamente a la par que el hombre, hasta en actividades delincuenciales. Ya se encuentra en abierta y franca competencia con los hombres, tiene acceso a todo sin distingo de sexo, género, edad, estado civil y otros factores, ya no hay actividades reservadas para tal o cual sexo o tipo de género.

Es evidente, y se tiene que decir con claridad, que las mujeres también son sujetos activos de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones y en todas sus modalidades: violencia física, psicoemocional, económica, patrimonial, sexual, familiar, contra los derechos reproductivos del hombre, homicida, laboral, docente y en la comunidad. En algunos años las cifras lo demostrarán.

Las mujeres también acosan sexualmente, prostituyen, delinquen como el peor de los hombres, se suicidan, engañan, son alcohólicas, son drogadictas, son infieles a sus parejas con otros hombres o con otras mujeres, trabajan, tienen ingresos, estudian, son brillantes. Las mujeres, al igual que los hombres, son seres humanos en toda la extensión de la palabra y para todos los efectos.

Debemos, pues, luchar por erradicar la violencia de nuestras vidas, del trabajo, de las escuelas, de las colonias, de todas las comunidades, de todas las religiones, de todos los estratos sociales; debemos aprender a respetar a las minorías, al otro, respetar su pensamiento, su preferencia sexual, las diferencias; debemos aprender a respetar a la autoridad y ésta debe aprender a respetar al ciudadano; debemos aprender a vivir bajo una cultura de legalidad; debemos aprender a convivir. Si aprendemos esto disminuye la violencia, construimos el tejido social, construimos la familia, construimos ciudadanía, construimos Estado.

La violencia no es exclusiva de nadie, pues no sólo ocurre entre cónyuges, concubinos o entre quienes viven en uniones de hecho; también existe entre padres e hijos, entre hermanos y, en general, entre quienes conviven en el mismo techo. La violencia familiar es una espiral sin límite, ya que cualquiera que sufre violencia física al interior de la familia se ve afectado emocionalmente; los golpes o el maltrato físico a un menor marcan su vida para siempre. Me atrevo a decir que no hay terapia psicológica que lo haga olvidar esa situación.

En el núcleo familiar, cualquier forma de violencia hecha en contra de alguno de sus miembros de inmediato se traslada a los demás; el padre alcohólico hace rehenes de su vicio y de la violencia derivada a todos los que están a su alrededor; no es raro que la mujer golpeada se convierta en agresora de sus hijos y el hogar sea un infierno. Este escenario lo reproducirán quienes se encuentran en proceso de desarrollo.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que si bien se han hecho agregados al CCDF, no se ha legislado ni total ni debidamente como corresponde al tamaño del problema de la violencia, pues no para ahí: después de la infancia, el individuo se integra como un ciudadano violento al gran infierno de la ciudad, lo que en última instancia refleja que no estamos educados ni capacitados para dirimir nuestras diferencias o desavenencias racionalmente.

8.3 Efectos jurídicos de la violencia familiar

El problema de la violencia familiar se ha atendido parcialmente, pues lo que se ha hecho, si bien es loable, dista mucho de ser una solución plausible al problema.

Por ejemplo, ante la presión y valentía de las mujeres, quienes pusieron el dedo en la llaga sobre la violencia de género, se produjo un movimiento serio en pro de una legislación para detener la violencia en contra de las mujeres y se dieron los hechos siguientes:

1. En la mayoría de los estados de la República se incorporaron disposiciones legislativas que comprenden:
   - *a)* La creación de apartados en el código civil de las distintas entidades federativas para definir la violencia familiar, establecer medios para combatirla y recursos legales para denunciarla, así como hacer cumplir ciertas obligaciones derivadas de la misma.
   - *b)* Aun cuando en la mayoría de las legislaciones ya aparecía, se hizo explícita la violencia familiar como causal de divorcio.
   - *c)* Se tipificó en los códigos penales la violencia familiar.

d) Recientemente se expidieron leyes específicas en la materia, por desgracia con un sesgo hacia la violencia en contra de las mujeres (lo cual estuvo muy bien) y no en concreto sobre la violencia familiar, que pensamos es indispensable que se considere; lo anterior, por la materia que nos ocupa.

2. En el caso particular del Distrito Federal:

a) Se incorporó en el Libro Primero, Título VI, el Capítulo III ("De la Violencia Familiar"), que comprende escasos cuatro artículos —aunque es un avance— insuficientes y superficiales, ya que el más extenso de ellos (art. 323 quáter) es definitorio, lo mismo que el 323 quintus; los dos restantes mencionan que quienes incurran en violencia familiar deberán reparar los daños con independencia de otro tipo de sanciones, como lo expusimos líneas arriba.

Por lo que toca a las controversias derivadas de la violencia familiar, el art. 323 sextus *in fine* dispone que el juez dictará las medidas de la fracc. VII del art. 282 de este código, pero —sorprendámonos por la barbaridad— el art. 282 carece de fracc. VII. Sin comentarios. (Por ello lo transcribimos.)

Artículo 323 sextus. Los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan.

En todas las controversias derivadas de violencia familiar, el Juez dictará las medidas a que se refiere la fracción VII del artículo 282 de este Código.[2]

[2] Cfr. *Código Civil para el Distrito Federal*, en la página de la Asamblea Legislativa. De esta misma fuente transcribimos el art. 282 con todas sus fracciones:
Artículo 282. Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:
A. De oficio:
I. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;
II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;
III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;
IV. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;
B. Una vez contestada la solicitud:
I. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.
II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio.
En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.
Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

Concluimos que esto es insuficiente y, al parecer, los señores asambleístas lo hicieron con los pies.

b) En el *Código Penal para el Distrito Federal* se abre, dentro del Título Octavo, un Capítulo Único sobre violencia familiar en los términos siguientes:

CAPÍTULO ÚNICO

VIOLENCIA FAMILIAR

Artículo 200. A quien por acción u omisión, ejerza cualquier tipo de violencia física, psicoemocional, sexual, económica, patrimonial o contra los derechos reproductivos, que ocurra o haya ocurrido dentro o fuera del domicilio o lugar que habite, en contra de:

I. El o la cónyuge, el o la ex-cónyuge, la concubina, ex-concubina, el concubinario o ex-concubinario;
II. El pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin límite de grado, o el pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado;
III. El adoptante o adoptado; y
IV. El incapaz sobre el que se es tutor o curador;
V. La persona con la que se haya constituido sociedad en convivencia.

Se le impondrá de uno a seis años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima incluidos los de carácter sucesorio, patria potestad, tutela y alimentos, y se decretarán las medidas de protección conforme a lo establecido por este Código y el Código de Procedimientos Penales, ambos para el Distrito Federal; además se sujetará al agente a tratamiento especializado que para personas agresoras de violencia familiar refiere la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, el que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por cualquier otro delito.

En caso de que la víctima padezca algún trastorno mental diagnosticado, se aumentará en una mitad la pena que corresponda, para lo cual el juzgador valorará el tipo de rehabilitación o tratamiento médico al que estuviere sujeta la víctima para la imposición de las sanciones.

Este delito se perseguirá por querella, salvo que la víctima sea menor de edad; o incapaz.

No se justifica en ningún caso como tratamiento médico o rehabilitación la violencia hacia cualquier persona con algún trastorno mental, ni como forma de educación o formación hacia los menores.

Artículo 200 bis. El delito a que se refiere el artículo anterior se perseguirá por querella, excepto cuando:

I. La víctima sea menor de edad, incapaz o no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho.

III. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;
IV. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y
V. Las demás que considere necesarias.

II. La víctima presente una discapacidad sensorial, física o mental, total o parcial, temporal o permanente.
III. (Derogada)
IV. La víctima sea una mujer en estado de embarazo o durante los tres meses posteriores al parto.
V. Se cometa con la participación de dos o más personas.
VI. Se cometa con el uso de armas de fuego o punzocortantes.
VII. Se deje cicatriz permanente en alguna parte del cuerpo.
VIII. Se tengan documentados antecedentes o denuncia de violencia familiar cometidos por el mismo agresor contra la víctima, y
IX. Exista imposibilidad material de la víctima de denunciar.

Artículo 201. Para los efectos del presente capítulo se entiende por:

I. Violencia física: A todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;
II. Violencia psicoemocional: A toda acción u omisión que puede consistir en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, indiferencia, descuido reiterado, chantaje, humillaciones, comparaciones destructivas, abandono o actitudes devaluatorias, entre otras, que provoquen en quien las recibe alteración autocognitiva y autovalorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de la persona;
III. Violencia Patrimonial: A todo acto u omisión que ocasiona daño ya sea de manera directa o indirecta, a los bienes muebles o inmuebles, en menoscabo de su patrimonio; también puede consistir en la perturbación a la posesión, a la propiedad, la sustracción, destrucción, menoscabo, desaparición, ocultamiento o retención de objetos, documentos personales, bienes o valores, derechos patrimoniales o recursos económicos;
IV. Violencia Sexual: A toda acción u omisión que amenaza, pone en riesgo o lesiona la libertad, seguridad, integridad y desarrollo psicosexual de cualquier persona;
V. Violencia Económica: A toda acción u omisión que afecta la economía del sujeto pasivo, a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas y puede consistir en la restricción o limitación de los recursos económicos, y
VI. Violencia contra los derechos reproductivos: A toda acción u omisión que limite o vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y voluntariamente sobre su función reproductiva, en relación con el número y espaciamiento de los hijos, acceso a métodos anticonceptivos de su elección, acceso a una maternidad elegida y segura, así como el acceso a servicios de aborto seguro en el marco previsto en los ordenamientos relativos para la interrupción legal del embarazo, a servicios de atención prenatal, así como a servicios obstétricos de emergencia.

Artículo 201 bis. Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con las mismas penas y medidas de seguridad, al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado o con quien tenga una relación de hecho o la haya tenido en un período hasta de dos años antes de la comisión del acto u omisión.

Se entenderá por relación de hecho, la que exista entre quienes:

I. Haga la vida en común, en forma constante y permanente, por un período mínimo de seis meses;
II. Mantengan una relación de pareja, aunque no vivan en el mismo domicilio;

III. Se encuentren unidos por vínculos de padrinazgo o madrinazgo;
IV. Se incorporen a un núcleo familiar aunque no tengan parentesco con ninguno de sus integrantes;
V. Tengan relación con los hijos de su pareja, siempre que no los hayan procreado en común, y
VI. Tengan relación con la pareja de alguno de sus progenitores.

Este delito se perseguirá por querella.

Artículo 202. En los casos previstos en este Título, el Ministerio Público apercibirá al inculpado para que se abstenga de ejecutar cualquier tipo de violencia contra la víctima y decretará, de inmediato, bajo su más estricta responsabilidad, las medidas precautorias necesarias para salvaguardar la integridad física y psíquica de la víctima durante la integración de la averiguación previa y hasta la conclusión de ésta.

En caso de determinarse el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público solicitará al Juez la confirmación, ampliación o cancelación, en su caso, de las medidas precautorias referidas en el párrafo que antecede, quien deberá resolver lo conducente sin dilación.

Podemos concluir, no obstante las deficiencias o críticas que se pueden señalar, que a partir de 1998 se produce un movimiento nacional en pro del abatimiento de la violencia familiar. Ojalá sigamos avanzando.

c) Para el caso del Distrito Federal, se publica la LAPVF con 29 artículos y cinco transitorios originales. A esta ley, en reforma del 2 de julio de 1998, se le agregaron transitorios consistentes en cambiar el término *Violencia intrafamiliar* por el de *Violencia familiar.*

Posteriormente se publicaron nuevos transitorios (el 15 de mayo de 2007), donde se reformaron los arts. 3, 5, 6 y 17. Entre lo más destacado de esta ley tenemos lo siguiente:

Artículo 1. Las disposiciones contenidas en la presente ley son de orden público e interés social, y tienen por objeto establecer las bases y procedimientos de asistencia para la prevención de la violencia familiar en el Distrito Federal.

- Los arts. 2 y 3 definen algunos términos a los que ya nos hemos referido.
- Los arts. 6, 7 y 8 se refieren a la creación de órganos de coordinación y concertación y sus facultades.
- Los arts. 9 y 10 aluden a la atención especializada y los arts. 11 a 16 describen las funciones de las delegaciones, de la Secretaría de Gobierno y de la Secretaría de Seguridad Pública.
- El art. 17 habla de las funciones que competen a la Secretaría de Educación, Salud y Desarrollo Social en materia de prevención de la violencia familiar.
- Los arts. 18 a 23 mencionan los procedimientos para resolver las diferencias en los conflictos familiares, que son: el procedimiento de conciliación y el de amigable composición o arbitraje.
- Los arts. 24 a 28 tratan de las infracciones y sanciones. Para tener una idea más clara los transcribimos a continuación:

Artículo 24. Se consideran infracciones a la presente Ley:

I. El no asistir sin causa justificada a los citatorios de las Delegaciones que se señalan en el artículo 12 fracción II de la Ley;

II. El incumplimiento al convenio derivado del procedimiento de conciliación;
III. El incumplimiento a la resolución de la amigable composición a la que se sometieron las partes de común acuerdo; y
IV. Los actos de violencia familiar señalados en el artículo 3 de la Ley, que no estén previstos como infracción o como delito por otros ordenamientos.

Artículo 25. Las sanciones aplicables a las infracciones serán:

I. Multa de 30 a 180 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de cometer la infracción.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador no asalariado, la multa será equivalente a un día de su jornal, salario o ingreso diario; o
II. Arresto administrativo inconmutable hasta por 36 horas.

Artículo 26. Se sancionará con multa de 30 a 90 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal por el incumplimiento a la fracción I del artículo 24 y que se duplicará en caso de conducta reiterada hasta el máximo de la sanción establecida.

El incumplimiento a la resolución a que se refieren las fracciones II y III del citado artículo, se sancionará con multa hasta de 90 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y en todo caso se procederá conforme a lo previsto por el artículo 23 de la Ley.

Artículo 27. La infracción prevista en la fracción IV del artículo 24 de la Ley, se sancionará con multa hasta de 180 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

La reincidencia se sancionará con arresto administrativo inconmutable por 36 horas.

Artículo 28. Para la acreditación de las infracciones o de la reincidencia a que hacen mención los artículos anteriores, se citará nuevamente a las partes para que éstas manifiesten lo que a su derecho convenga, antes de que el amigable componedor sancione dicho incumplimiento, sin mayor justificación.

3. De manera similar, prácticamente todos los estados de la República emitieron sus correspondientes leyes entre 1999 y 2004. Destacamos las leyes de Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas, que con distintos nombres se refieren a la violencia familiar.
4. Finalmente, destacamos las leyes a las que ya hemos hecho referencia, como la LGAMVLV, publicada el 1 de febrero de 2007 en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF); en ella destaca la determinación de los principios de la igualdad entre el hombre y la mujer, la dignidad de las mujeres, la no discriminación. Define los tipos de violencia y otros aspectos que ya hemos expuesto a lo largo de este capítulo.

Sin duda, lo hecho en esta materia es insuficiente para abatir el terrible mal de la violencia, sobre todo al interior del núcleo en el cual por definición debemos ser protegidos, como es la familia, en cuyo seno nos educamos y bajo cuya influencia aprendemos nuestros comportamientos para integrarnos como adultos a la sociedad en la que conviviremos con los demás el resto de nuestras vidas.

8.4 Cifras de la violencia

Para tener una idea clara del problema de la violencia intrafamiliar y de su magnitud exponemos las cifras respectivas, de acuerdo con distintas fuentes, precisando que existe cantidad de casos de violencia intrafamiliar que no figuran en las estadísticas.

Según estudios, como ya lo hemos afirmado, la violencia se presenta en todos los estratos sociales, e incluso la violencia entre familiares puede llegar a ser más grave; por ejemplo, en Estados Unidos más de 80% de todas las agresiones cometidas por cónyuges resultan lesiones, en comparación con 54% de las agresiones por parte de extraños.

Las mujeres también pueden agredir y ser violentas, pero la mayor parte de la violencia física, sexual y emocional o psicológica es cometida por el hombre contra la mujer. En general, en los países entre 60% y 90% de los agresores de mujeres son hombres. Por lo que se refiere al descuido y maltrato infantil, la agresora suele ser la mujer; en cambio, respecto del abuso sexual infantil, el agresor es generalmente el hombre.

He aquí algunas cifras de la Organización Mundial de la Salud sobre la violencia:[3]

- Una de cada cuatro mujeres sufre violencia doméstica.
- El 25% sufre una violación o intento de violación.
- El 25% de las niñas es objeto de algún tipo de intromisión en su intimidad durante la niñez.
- El 25% de las mujeres es acosada sexualmente en el trabajo o en espacios públicos.

Según datos que aporta la Encuesta sobre Violencia Intrafamiliar (Envif) de 1999, de los 4.3 millones de hogares del área metropolitana de la ciudad de México, uno de cada tres sufre algún tipo de violencia intrafamiliar, con lo que podemos decir que este fenómeno afecta a 5.8 millones de personas. Esta misma encuesta reveló que los miembros de la familia más agresivos son el jefe de familia, con 49.5%, y la cónyuge, con 44.1%; las víctimas más frecuentes —aquí radica su gravedad— fueron los hijos y las hijas, con 44.9%, en tanto que la cónyuge lo fue en 38.9%.

Asimismo, de los hogares con jefe hombre, se reportó la existencia de violencia en 32.5%; en los hogares dirigidos por mujeres fue de 22%.

De acuerdo con la Secretaría de Salud, en el año 2001 se atendieron 855 000 casos por lesiones: 1.7% correspondieron a lesiones por violencia intrafamiliar. El 60% de las atenciones por violencia intrafamiliar correspondió a mujeres.

8.4.1 Atención de la violencia familiar en las 16 unidades en el año 2009

Durante el periodo que se informa —enero a diciembre de 2009— acudieron a las Unidades de Atención y Prevención de la Violencia Familiar (UAPVIF) 23 126 personas: 19 340 (83.6%) mujeres y 3 786 (16.4%) hombres para solicitar información y orientación (I y O) o para ser atendidas por primera vez como probables receptoras o receptores; generadores o generadoras, de violencia familiar.

[3] http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/

Tabla 8.1 Servicios realizados por la Red UAPVIF.

Servicios	Mujeres	%	Hombres	%	Total	%
I y O	6 920	82%	1 548	18%	8 468	37%
Receptoras	12 010	97%	349	3%	12 359	53%
Generadores	410	18%	1 889	82%	2 299	10%
Total	19 340	84%	3 786	16%	23 126	100.0

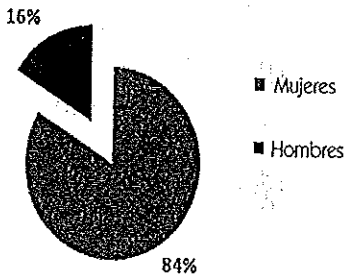


Figura 8.1 Porcentaje de mujeres y hombres atendidos en 2009.

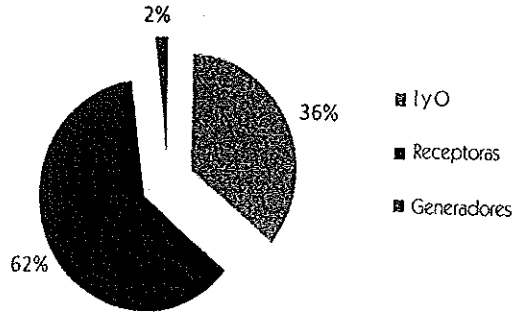


Figura 8.2 Porcentaje por característica del servicio en 2009.

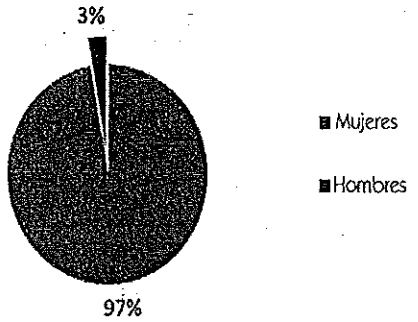


Figura 8.3 Porcentaje de receptores de violencia por género.

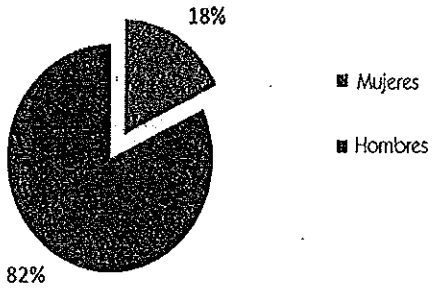


Figura 8.4 Porcentaje de generadores de violencia por género.

Del total de personas atendidas, 8 468 (37%) llegaron o fueron canalizadas para recibir Información y Orientación.

Por otra parte, 12 359 personas (53%) iniciaron su atención como probables receptoras, de las cuales 97% fueron mujeres y 3% hombres. En este periodo también se atendió a 2 299 personas (10%) como probables generadores, de los cuales 82% fueron hombres y 18% mujeres. Porcentaje de mujeres y hombres atendidos en 2009: 84% mujeres y 16% hombres.

La distribución de los servicios por delegación en el 2009 fue de la siguiente forma: en el caso de Información y Orientación, se ubican principalmente las zonas este y suroeste de la capital:

Tabla 8.2 Distribución por UAPVIF en Información y Orientación.

Unidad	Personas	%
Tláhuac	213	2
Milpa Alta	217	2
Benito Juárez	274	3
Venustiano Carranza	329	4
Cuauhtémoc	338	4
Tlalpan	440	5
Azcapotzalco	515	6
Álvaro Obregón	532	6
Gustavo A. Madero	568	6
Iztapalapa	573	6
Miguel Hidalgo	591	6
Coyoacán	616	7
Iztacalco	696	8
Magdalena Contreras	775	8
Xochimilco	1 036	11
Cuajimalpa	1 549	17
Total	**9 262**	**100**

Las personas que se entrevistaron como receptoras superaron considerablemente a las generadoras en el 2009. Durante este periodo, el mayor número de receptoras fueron mujeres; de acuerdo con su edad, la mayor parte de ellas se situó entre 21 y 40 años, siendo los rangos más altos el de 21 a 30 y el de 31 a 40, situando la línea ascendente a partir de los 10 años y finalizando en los 99 años.

De acuerdo con lo anterior y haciendo la distribución por delegación, las unidades que atendieron principalmente en este rango de edad fueron, Azcapotzalco, Coyoacán, Gustavo A. Madero, Iztapalapa y Tláhuac; esta situación se mantiene en el rango de 31 a 40 años.

El lugar de nacimiento de las mujeres que viven algún tipo de violencia familiar o de género se distribuyó principalmente en el Distrito Federal y el Estado de México, con 82.9%; las nacidas en otras entidades de la República Mexicana en conjunto constituyeron 16.6%, destacando Puebla, con 2.6%; Oaxaca, 2.2%; Veracruz, 2.1%; Michoacán, 1.6%; Hidalgo, 1.5% y Guerrero, 1.3%. Por otra parte, las mujeres de origen extranjero que asistieron a la Red de Unidades fueron 0.4% y las de origen desconocido alcanzaron 0.1%.

Tabla 8.3 Lugar de nacimiento de las mujeres que padecieron violencia familiar.

Lugar de nacimiento	%
Resto del país	16.6
Distrito Federal y Estado de México	82.9
Otros países	0.4
Desconocido	0.1
Total	100.0

El tiempo de residencia confirma el dato anterior: 92% de las mujeres tienen más de 10 años de residencia en el Distrito Federal, es decir, cuanto mayor sea el tiempo de residencia de las mujeres en la ciudad, mayor será su consideración para acudir a las unidades a denunciar algún tipo de maltrato. De esta forma, la construcción del sentido del tiempo en la subjetividad de las usuarias que padecen violencia y su correlación con el espacio denominado *ciudad* permite visualizar lo nocivo de vivir la violencia.

En relación con el nivel escolar de las mujeres receptoras de violencia familiar y/o de género (tabla 8.4), cerca de 68% de ellas reportaron haber concluido algún grado escolar, en tanto que 32% aproximadamente comentaron que no habían terminado el ciclo escolar en el que se encontraban. En este rubro destaca que 0.78% es alfabeto y 1.48% analfabeta; este dato posiblemente se encuentre correlacionado con el lugar de nacimiento y el tiempo de residencia en la ciudad.

Tabla 8.4 Grado de estudios completos e incompletos de las mujeres receptoras.

Completa	%	Sin estudios o incompleta	%
		Alfabeto	0.78
		Analfabeta	1.48
Primaria	11.92	Primaria	6.05
Secundaria	26.70	Secundaria	7.29
Carrera comercial	4.81		
Técnica	8.32	Técnica	1.89
Media superior	9.00	Media superior	10.39
Superior	6.42	Superior	4.51
Posgrado	0.43		
Total	67.60		32.40

Al realizar una comparación distributiva entre el grado de estudio y la actividad económica de las usuarias al momento de la entrevista, se pudo observar que el mayor porcentaje de las mujeres se dedican a los quehaceres del hogar (5), tanto en el rubro de grado de estudios completos como en el de incompletos, siendo este último grupo quien más se dedica a esa actividad (tabla 8.5).

Tabla 8.5 Comparativo porcentual de mujeres que viven violencia familiar entre grado de estudio completo e incompleto y ocupación actual.

NI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
% Completa										
Carrera c.	**4.80%**	3.90	4.30	5.10	1.20	48.20	8.20	2.80	1.40	2.50	22.40
Media s.	**8.99%**	3.15	3.73	5.89	2.65	45.36	9.87	0.75	3.15	1.82	23.63
Posgrado	**0.43%**			10.53	7.02	17.54	3.51	1.75	1.75	1.75	56.15
Primaria	**11.92**	1.81	7.07	3.50	0.25	53.88	6.82	0.69	1.94	10.14	13.90
Secundaria	**26.70%**	2.77	5.45	4.33	0.87	52.84	8.30	0.39	2.49	5.90	16.66
Superior	**6.42%**	2.44	0.93	6.16	3.02	29.97	5.81	3.25	2.56	0.23	45.63
Técnica	**8.32%**	3.05	3.68	4.13	1.35	42.51	8.52	0.99	3.32	1.43	31.02
% Incompleta											
Alfabeta	**0.78%**	2.61	11.30	4.35	1.74	46.09	2.61			6.96	24.34
Analfabeta	**1.48%**	0.50	11.56	4.20		47.74	4.52	0.50	0.50	19.10	11.38
Media s.	**10.39%**	2.51	4.88	4.59	10.05	48.38	6.75	0.43	2.08	2.01	18.32
Primaria	**6.05**	2.10	8.01	2.10	0.62	52.90	5.30	1.36	1.36	14.30	11.95
Secundaria	**7.29%**	2.87	5.83	3.07	2.35	55.58	6.96	0.20	2.46	7.06	13.62
Superior	**4.51%**	1.16	2.65	4.64	18.05	34.93	8.61	0.83	3.64		25.49
Técnica	**1.89%**	2.77	3.56	3.95	7.51	49.41	5.53		3.95	3.16	20.16
Total		**31.64**	**72.95**	**66.54**	**57.18**	**625.33**	**91.31**	**13.94**	**30.60**	**76.36**	**334.65**

1) Comerciante establecida, 2) Comerciante no establecida, 3) Desempleada, 4) Estudiante, 5) Hogar, 6) Hogar y empleada, 7) Jubilada o pensionada, 8) Trabajadora asalariada, 9) Trabajadora doméstica, 10) Otro.

Resalta también que las mujeres que lograron terminar algún grado escolar y se dedican al hogar son más susceptibles a tener otra actividad económica (6). Otro dato importante surge de la comparación entre comerciantes establecidas y comerciantes no establecidas, donde las mujeres que no han terminado algún grado escolar son más propensas a tener una actividad económica como comerciantes no establecidas (2). En este sentido, también resalta el hecho de que quienes concluyen algún grado escolar es menos probable que estén desempleadas (3). En relación con las estudiantes (4), se observa que las usuarias que no han concluido algún

tipo de grado escolar continúan estudiando, situación que disminuye cuando lo han terminado. De acuerdo con esto, el ingreso de las usuarias se situó en su mayoría en 30%, correspondiente al rubro no especificado, situación que concuerda con los resultados de la tabla 8.5, ya que en su mayoría se dedican al hogar, están desempleadas, son comerciantes no establecidas o continúan estudiando.

Tabla 8.6 Porcentaje de asalariadas.

Ingresos en salario mínimo	%
1 hasta 2	7
Menos de 1	26
2 hasta 5	15
No especificado	30
Más de 5	22

Por su parte, la mayoría de las que reciben un salario de forma continua se encuentran en el rubro menor a un salario mínimo, situación que contrasta con aquellas que reciben más de cinco salarios mínimos. El entorno donde habitan las mujeres receptoras de violencia se distribuyó de la manera siguiente: 40% de ellas viven en un lugar donde hay de uno a dos cuartos, 33% tienen en su domicilio de tres a cuatro cuartos y 18% habitan donde las construcciones tienen más de cinco cuartos; la mayoría ocupa viviendas donde el campo de movilidad es limitado.

En lo referente al estado civil (tabla 8.7) de las receptoras de violencia atendidas en el 2009 en la Red de Unidades, 47.6% refirieron estar casadas, 26.7% eran solteras y vivían en unión libre 19.9%.

Tabla 8.7 Estado civil de las receptoras de violencia.

Estado civil	%
Amasiato	0.8
Viuda	1.2
Relación de H.	1.9
Divorciada	1.9
Unión libre	19.9
Soltera	26.7
Casada	47.6

Asimismo, 51.1% de las receptoras de violencia familiar y/o género reportaron que la violencia había iniciado por lo menos 15 años atrás y 27.8% refirieron que desde hacía cinco años eran víctimas de la violencia por parte de su pareja o algún familiar; son pocas las mujeres que denuncian la violencia familiar menos de un año después de sucedido el primer evento.

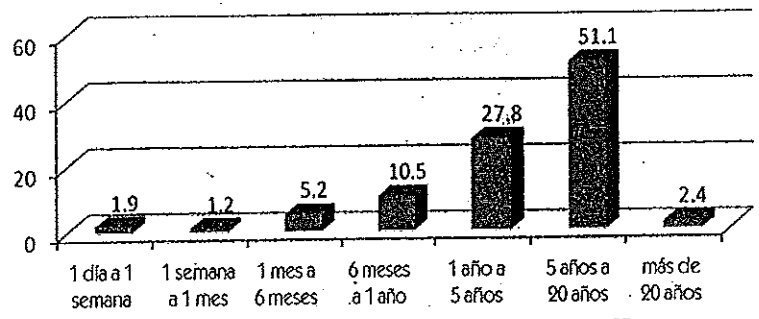


Figura 8.5 Inicio de la situación de violencia.

En relación con el tipo de maltrato (tabla 8.8), existe uniformidad en los porcentajes: 34% reportó maltrato psicológico al tiempo que recibió violencia física; en la misma proporción, las usuarias informaron de maltrato psicológico, físico y sexual al mismo tiempo. Cabe destacar que en la mayoría de los casos el tiempo transcurrido a partir de que se inician los eventos de violencia es amplio; esto permite que la violencia tenga diferentes perfiles, lo cual conlleva a que en un momento dado confluyan en un solo evento. Por otra parte, la violencia psicológica y sexual alcanzó 32%. La uniformidad de los resultados tiene que ver con varios factores: la característica del agresor, la relación, el tiempo que pasa entre el primer evento de violencia y la denuncia.

Tabla 8.8 Tipo de maltrato.

Tipo de maltrato	
Característica	%
Psicofísico	34
Psicosexual	32
Psicofisicosexual	34

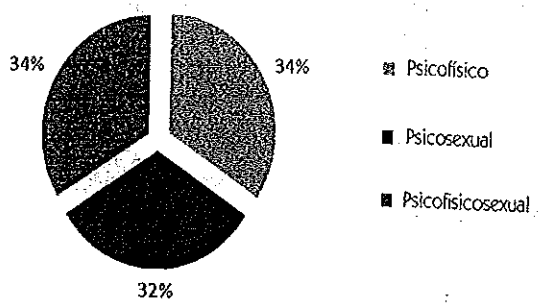


Figura 8.6 Tipo de maltrato reportado por mujeres en el 2009.

La dinámica familiar se estandariza al ritmo de las actividades semanales, sin dejar de lado la problemática. Las mujeres receptoras reportaron que el día en que sucedió el último evento de violencia se inició el viernes, incrementándose hasta el domingo, cuando llegó a su máximo; posteriormente comenzó un decrecimiento no muy significativo al inicio de la semana, repuntando a mitad del periodo, lo que dio indicios de un nuevo ciclo de violencia.

La violencia reportada en relación con el parentesco que existe entre las personas que viven algún tipo de violencia familiar y el generador (tabla 8.9), en su mayoría se atribuyó a algún tipo de pareja (89%), seguido de algún familiar de origen (6.9%), es decir, de los parientes cercanos de la receptora, seguido de algún hijo o hija (3.0%) y al final un miembro de la familia de su agresor (1.0%).

Tabla 8.9 La violencia en relación con el parentesco.

Parentesco	%
Algún tipo de pareja	89.0
Hijos	3.0
Familia de origen	6.9
Familia del agresor	1.0
Otros	0.1

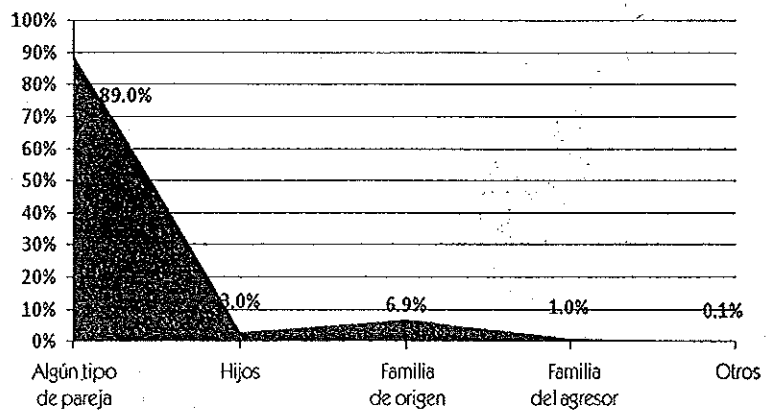


Figura 8.7 Porcentaje en parentesco entre la receptora y la o el generador (2009).

La distribución de algún tipo de pareja fue la siguiente: es el cónyuge (44.2%), seguido del concubino con 29.4%; resaltan los agresores que ya no están de manera formal o informal con la receptora, que en conjunto hacen 11.5% (tabla 8.10).

Tabla 8.10 Distribución del rubro "Algún tipo de pareja".

Parentesco	%
Cónyuge	44.2
Concubino	29.4
Ex concubino(a)	8.7
Amasiato	2.3
Ex cónyuge	1.8
Ex novio(a)	1.0
Novio(a)	1.5

En este sentido, las receptoras que reportaron violencia familiar por parte de su familia de origen, se refirieron principalmente a la madrastra (2.1%) y algún hermano o hermana con 1.8%.

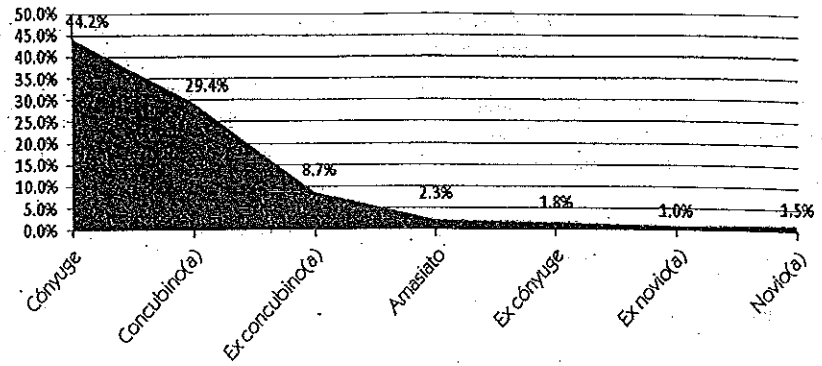


Figura 8.8 Porcentaje de algún tipo de pareja.

Tabla 8.11 Violencia de la familia de origen.

Parentesco	%
Padrastro	0.1
Madrastra	2.1
Madre	1.7
Padre	1.2
Hermano(a)	1.8

En México tenemos un problema severo con las estadísticas, por lo cual debemos hacer algunas precisiones sobre la violencia contra las mujeres y sobre la violencia intrafamiliar. Las fuentes de información en materia de violencia contra las mujeres en México son los registros administrativos y las encuestas.

8.4.2 Registros administrativos

Los registros administrativos se realizan con la información de las mujeres víctimas de violencia que solicitaron atención en algún servicio (médico, de procuración de justicia, legal, etc.), por lo que no se contabiliza a quienes, siendo víctimas, no acudieron a solicitar atención; esto significa que los registros existentes no son exactos, por lo cual no reflejan la realidad.

Ahora bien, la atención a las víctimas de violencia es ofrecida por diferentes instituciones a través de servicios generales o especializados, o en colaboración con organizaciones de la sociedad civil. En cada entidad federativa varían las instancias de atención, por lo que, para co-

nocer el número exacto de asuntos atendidos, es necesario hacer una indagación directa en cada entidad.[4]

La LGAMVLV contempla, como parte del proceso de atención a las mujeres víctimas de violencia, la creación de un Banco Nacional de Datos e Información sobre Casos de Violencia contra las Mujeres, a cargo de la Secretaría de Seguridad Pública; dicho banco tiene el objetivo general de: "Proporcionar y administrar la información procesada de las instancias involucradas en la atención, prevención, sanción y erradicación de la violencia de género, con el fin de instrumentar políticas públicas desde la perspectiva de género y de derechos humanos de las mujeres."

Conforme a lo que reporta la Secretaría de Seguridad Pública, actualmente el Banco se encuentra en proceso de implementación, por lo que no es posible tener acceso a la información citada.

Cuando de la acción de violencia se produce un hecho delictivo, la denuncia penal correspondiente se realiza únicamente ante las instituciones encargadas de la procuración de justicia; el registro de casos se encuentra en las procuradurías generales de justicia de cada entidad federativa, las cuales reportan al Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) información sobre presuntos delitos registrados en averiguaciones previas iniciadas por las agencias del Ministerio Público del fuero común. Esta información la reportan también al Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP).

Con esta información, publicada anualmente en los Anuarios Estadísticos Estatales (INEGI) y mensualmente en el reporte de incidencia delictiva del SESNSP, es posible aproximarse a la incidencia de algunos delitos como homicidio, violencia familiar, violación y otros delitos sexuales. Para quienes tengan interés en profundizar y buscar cifras, en la nota al pie de página encontrará las ligas correspondientes, con la salvedad de que, como se puede apreciar, no existe uniformidad en la información y por ello resulta difícil cuantificar con exactitud las cifras de la violencia, tanto en contra de las mujeres como la violencia intrafamiliar.[5]

[4] Ver Cuaderno de trabajo sobre género núm. 17: *Mapeo de procesos de atención y construcción de indicadores sobre casos de violencia contra las mujeres*, en http://inmujeres.gob.mx/index.php/biblioteca-digital/cuadernosgenero

[5] Consulta de los *Anuarios Estadísticos Estatales*. Los anuarios estadísticos estatales son elaborados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) para cada una de las 32 entidades federativas, en un trabajo coordinado con los gobiernos de éstas. A esta información se puede acceder a través de la liga:

http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/biblioteca/Default.asp?accion=1&upc=702825001994

Y ahí seleccionar la entidad federativa y el año de los que se requiere información.

Una vez seleccionado lo anterior, se despliega en una ventana nueva el "Sistema para la consulta del anuario estadístico de (entidad) (año)", y dentro del mismo hay que seleccionar el capítulo "Seguridad y orden público". Es ahí donde se encuentran los indicadores que dan cuenta de:

I. Delitos registrados en averiguaciones previas iniciadas por las agencias del Ministerio Público del fuero común por municipio de ocurrencia según principales delitos.

II. Víctimas de robo, lesiones, homicidio y delitos sexuales registradas en averiguaciones previas iniciadas por las agencias del Ministerio Público del fuero común por municipio de ocurrencia del delito y sexo. No obstante, para algunas entidades federativas no se encuentra el segundo indicador en las estadísticas que publica el INEGI. Cabe mencionar que la información de estos dos indicadores es reportada directamente al INEGI por la Procuraduría General de Justicia de la entidad respectiva (o del Distrito Federal). Consulta del registro del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP). En la *Incidencia Delictiva Nacional y por Estado* que presenta mensualmente el SESNSP es posible consultar las denuncias presentadas ante agencias de Ministerio Público para seis delitos del fuero común en particular, entre ellos homicidio, lesiones, violación y otros delitos sexuales, más la suma total de los otros delitos. Se ofrecen datos desde 1997 hasta enero de 2012, desagregados por mes. Desafortunadamente, el SESNSP no presenta el registro por sexo, *por lo que es imposible estimar desde esta fuente cuántas víctimas de ese delito fueron mujeres*. Esta información está disponible para su consulta pública en: http://www.secretariadoejecutivosnsp.gob.mx/ siguiendo la ruta: Incidencia delictiva -> Incidencia delictiva nacional, fuero común. O bien, directamente en la liga:

http://www.secretariadoejecutivosnsp.gob.mx/es/SecretariadoEjecutivo/Incidencia_Delictiva_Nacional_fuero_comun

8.4.3 Encuestas

Otra fuente de información sobre la violencia se encuentra en las encuestas, que nos proporcionan una estimación confiable de la ocurrencia de los eventos cuando no se cuenta con un registro puntual de ellos.

Para conocer y analizar información sobre violencia de todos los tipos contra la mujer, a nivel nacional y por entidad federativa, la mejor aproximación es la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) 2006. Esta encuesta nos permite un acercamiento a los distintos tipos de violencia contra las mujeres mayores de 15 años —emocional, económica, física y sexual—. Nos ofrece datos adicionales sobre su ocurrencia en diversos ámbitos: de pareja, escolar, laboral y comunitario; asimismo, indaga sobre las características de las mujeres que han sido víctimas de violencia y las consecuencias derivadas de estos actos.

De acuerdo con los resultados de la ENDIREH 2006, en México 43.2% de las mujeres de 15 años y más sufrió algún incidente de violencia por parte de su pareja (esposo o pareja, ex esposo o ex pareja, o novio) durante su última relación. El porcentaje fluctúa entre 54.1% en el Estado de México y 33.7% en Coahuila de Zaragoza. De estas mujeres, 37.5% declaró haber padecido agresiones emocionales que afectaron su salud mental y psicológica; 23.4% recibió algún tipo de agresión para controlar sus ingresos y el flujo de los recursos monetarios del hogar, así como cuestionamientos con respecto a la forma en que gastaba dicho ingreso.

Dos de cada diez mujeres dijeron haber sufrido algún tipo de violencia física que les provocaron daños permanentes o temporales. Los contrastes por entidad federativa son notables: en Tabasco, 25.7% de las mujeres vivió este tipo de violencia, y en Tamaulipas alcanzó 13%. Las mujeres víctimas de violencia sexual cometida por sus propias parejas representan 9%.

Consulta de estadísticas judiciales. La publicación *Estadísticas judiciales en materia penal de los Estados Unidos Mexicanos 2010*, editada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) con información proporcionada por los juzgados de primera instancia en materia penal, contiene información que permite una aproximación a lo que diferentes enfoques criminalistas identifican como cifra legal de la delincuencia, su volumen, distribución espacial en el país y delitos que por su frecuencia la caracterizan.

Aquí es posible encontrar información sobre personas procesadas por delitos del fuero común y del fuero federal, y características de los delitos por los que se les acusa. Asimismo, ofrece información sobre personas sentenciadas por delitos de los fueros común y federal, características de los delitos motivo de la sentencia, y la situación jurídica en la que terminó el proceso (sentencia condenatoria o absolutoria y sobreseimiento). Este documento se encuentra disponible para su consulta pública en:

http://www.inegi.org.mx/sistemas/biblioteca/detalle.aspx?c=11043&upc=0&s=est&tg=30&f=2&cl=0&pf= EncH

O bien, desde la página inicial del portal del INEGI, www.inegi.org.mx, siguiendo la ruta: ESTADÍSTICA -> REGISTROS ADMINISTRATIVOS > ESTADÍSTICAS SOCIALES > JUDICIALES EN MATERIA PENAL > PRODUCTOS Y SERVICIOS > PUBLICACIONES

También se sugiere consultar esta información a través de la Consulta Interactiva de Datos del propio INEGI, en la liga: http://www.inegi.org.mx/inegi/default.aspx?s=est&c=15274, dado que esto permite afinar la información requerida seleccionando todas las variables de interés.

Adicionalmente, se sugiere consultar el Sistema de Indicadores de Género (SIG) del Instituto Nacional de las Mujeres, que se encuentra disponible a todo el público en el sitio: http://estadistica.inmujeres.gob.mx/formas/index.php

Siguiendo la ruta TEMAS > VIOLENCIA se pueden consultar varios indicadores sobre violencia contra las mujeres en México generados a partir de registros administrativos y de encuestas especializadas. En particular, se sugiere consultar el indicador "Lesiones por consecuencia de violencia familiar por grupo de edad según sexo", que muestra la población atendida en las instituciones de salud, por lesiones a consecuencia de violencia familiar.

También están disponibles en línea otras publicaciones y tarjetas temáticas acerca de la violencia, que se han realizado en el Instituto o solicitado a otras instituciones especializadas, en ellas se profundiza sobre las causas y consecuencias de la violencia contra las mujeres y la población infantil, y se presentan las características de quienes la padecen.

8.4.3.1 Denuncia de la violencia

Del total de mujeres que han sufrido violencia física y/o violencia sexual por parte de su pareja o de su ex pareja (23.2% entre las casadas o unidas, y 42.4% de las alguna vez unidas), sólo 17.8% de las casadas y 37.4% de las separadas denunciaron la agresión. Entre los principales motivos por los que las casadas no denuncian la violencia contra ellas por parte de su pareja se encuentra la creencia de que se trató de algo sin importancia (38.5%), por sus hijos (23.3%), por vergüenza (18.6%), por miedo (17.3%), porque no sabían que podían denunciar (10.5%) y porque no confían en las autoridades (8.4%).

Los motivos por los que no denunciaron los actos de violencia física o sexual por parte de su ex pareja, cuando estaban con ellos las ahora separadas, son un poco similares, aunque en porcentajes mayores: por miedo (31.9%), por sus hijos (29.6%), por vergüenza (26.1%), porque creyeron que se trataba de algo sin importancia (17.5%), por desconfianza en las autoridades (13.4%), porque no sabían que podían denunciar la agresión (15%), porque su ex esposo o ex pareja las amenazó (8.8%).[6]

8.4.3.2 Otras encuestas

En México se han realizado también otras encuestas para medir la violencia de género, entre las que podemos citar:

- El portal BD Social, directamente en la liga http://www.bdsocial.org/
- Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares, con dos levantamientos (2003 y 2006). En 2003 se explora la violencia de pareja en las mujeres de 15 años y más, casadas o unidas; en 2006, el universo se amplía a todas las mujeres de 15 años y más, sin importar su estado conyugal, y se explora, además de la violencia de pareja, la violencia en otros ámbitos (laboral, escolar, comunitario, familiar y patrimonial).
- *Encuesta Nacional sobre Violencia contra las Mujeres.* Realizada por la Secretaría de Salud en dos levantamientos (2003 y 2006), en la que se tuvo como población objetivo a las mujeres usuarias de los servicios de salud.
- *¿Cómo educamos a nuestros/as hijos/as? Encuesta de maltrato infantil y factores asociados 2006.* Encuesta realizada por el Inmujeres y el Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz en cuatro entidades federativas (Baja California, Sonora, Tlaxcala y Yucatán), con el objetivo de generar información estadística relacionada con el maltrato infantil y adolescente en México, en todas sus acepciones: físico, emocional, por abuso sexual y por descuido o negligencia.
- *Encuesta sobre la dinámica de las relaciones en el noviazgo entre las estudiantes de bachillerato y preparatoria de una escuela privada, 2006.* Permite conocer la prevalencia de las diversas formas de violencia en las relaciones de noviazgo, la severidad de éstas y los agentes que intervienen para perpetuarlas: sociodemográficos, socioeconómicos, hábitos saludables, consumo de alcohol, tabaquismo, estupefacientes, ejercicio de la sexualidad, vida reproductiva, situación de pareja, violencia intrafamiliar, niveles de autonomía y poder de decisión de las mujeres e ideología de roles de género.
- *Encuesta Nacional sobre Violencia en el Noviazgo 2007.* Encuesta realizada por la Secretaría de Educación Pública y el Instituto Mexicano de la Juventud, con el objetivo de identificar el contexto, la magnitud y los factores determinantes de los diferentes tipos de violencia que se presentan en una relación de noviazgo; conocer la percepción de las y los jóvenes respecto de la violencia y de su manejo para la resolución de conflictos; así como cuantificar la prevalencia de la violencia que se presenta entre jóvenes, mujeres y hombres, de 15 a 24 años de edad.
- *Informe Nacional sobre Violencia de Género en la Educación Básica en México 2008.* Investigación realizada en un esfuerzo conjunto de la Secretaría de Educación Pública y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), con el propósito de generar conocimiento estadístico que permita una aproximación a la comprensión del fenómeno de la violencia de género en las escuelas, a fin de orientar el diseño y desarrollo de políticas educativas con enfoque de género y derechos de la infancia que propicien un mayor y mejor equilibrio entre los sexos, además de contribuir de manera eficaz a garantizar los derechos de los niños y las niñas a la no discriminación.

En estas encuestas se captan datos sociodemográficos de las mujeres (sexo, edad, nivel de escolaridad, etc.), predisponentes y facilitadores de violencia, prevalencia de la misma, consecuencias en la mujer y en su entorno, personas o instituciones a quienes recurre, y su percepción ante las distintas situaciones.

Concluimos este capítulo insistiendo en que el problema de la violencia intrafamiliar es grave; aun cuando existen cifras, según lo que hemos visto, éstas son un tanto desordenadas.

[6] Sugerimos consultar el listado de indicadores de esta encuesta en las ligas siguientes:
Sistema de Indicadores de Género (SIG) del Inmujeres, siguiendo la liga:
http://estadistica.inmujeres.gob.mx/formas/temas_descripcion.php?IDTema=4
"Panorama de la violencia contra las mujeres", a cargo del INEGI. Se cuenta con una publicación para cada entidad federativa, una para el Distrito Federal y una a nivel nacional. Estas ediciones son públicas, y se pueden descargar en su versión electrónica directamente desde la liga:
http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/biblioteca/default.asp?accion=1&UPC=7028250 01382
También se sugiere consultar las siguientes publicaciones relacionadas con la ENDIREH 2006:
"Violencia en las relaciones de pareja. Resultados de la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares, 2006", que se encuentra disponible en versión impresa en el Inmujeres, y en versión electrónica en el micrositio de Estadística del Inmujeres: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100924.pdf
"Violencia de género en las parejas mexicanas. Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares 2006", que se encuentra disponible en versión impresa en el Inmujeres, y en versión electrónica en la página del Centro de Documentación del Inmujeres: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100925.pdf
Es importante destacar que a finales de 2011 se realizó el levantamiento de la ENDIREH 2011.

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

- **Violencia familiar**
  - Concepto de violencia familiar
    - Concepto de la *Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar*
    - Concepto de la *Ley General de Acceso de la Mujer a una Vida Libre de Violencia en el Distrito Federal*
    - Concepto según el *Código Civil para el Distrito Federal*
  - Clases de violencia
    - De acuerdo con el Código Civil
    - De acuerdo con la *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal*
  - Sujetos pasivos
    - Violencia sobre menores
    - Violencia entre miembros de una pareja
    - Violencia sobre ancianos
  - Análisis de la violencia como problema jurídico y social
  - Efectos de la violencia familiar
  - Cifras de la violencia

II. Realiza las actividades siguientes:

1. Conoces casos de violencia familiar en tu entorno, ¿qué clase de violencia es?
2. ¿En qué tipo de acciones se tipifica la violencia psicoemocional?
3. Elabora una lista de actos para cada uno de los tipos de violencia que señala la ley.
4. ¿Cómo piensas que sufren los hijos menores en un hogar donde los padres se agreden? Elabora un ensayo donde expliques cuáles piensas que son los efectos en su comportamiento.
5. Explica de qué manera los hijos pueden hacer violencia en contra de sus padres.

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente:

1. Es todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar y causar daño a la integridad física de otro:
   a) Violencia corporal.
   b) Violencia física.
   c) Violencia psicoemocional.
   d) Violencia familiar.
2. Es el acto u omisión intencional dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño:
   a) Violencia familiar según la LGAMVLV.
   b) Violencia física de acuerdo con el CCDF.
   c) Violencia familiar según el CCDF.
   d) Violencia corporal según el Código Penal.

3. Menciona cuatro tipos de violencia según la LAMVLVDF:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
4. Menciona tres tipos de violencia de acuerdo con el CCDF:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
5. Menciona cinco modalidades de la violencia de acuerdo con la LAMVLVDF:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
   e) _____
6. Explica qué es la violencia sexual, de acuerdo con el CCDF (art. 343 quáter):
   _____
   _____
   _____
7. Explica en qué consiste el maltrato psicoemocional:
   _____
   _____
   _____
8. Menciona quiénes pueden ser los sujetos pasivos de la violencia:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
9. Explica qué es la violencia sobre ancianos:
   _____
   _____
   _____
10. De acuerdo con el art. 200 del CPDF, la violencia puede ser en contra de:
    a) _____
    b) _____

c) _____
d) _____
e) _____
f) _____

11. Menciona cuatro casos de cuándo el delito que se refiere a la violencia familiar no se persigue por querella:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
12. Explica la conducta equiparable a la violencia familiar de acuerdo con el art. 201 bis del CPDF:

    _____

    _____

    _____
13. Menciona los tipos de violencia que menciona el art. 201 del CPDF:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
    e) _____
    f) _____
14. Explica cómo define el CPDF la violencia sexual:

    _____

    _____

    _____
15. Explica qué se entiende por violencia entre los miembros de una pareja:

    _____

    _____

    _____
16. De acuerdo con el art. 201 bis del CPDF, se entenderá por relación de hecho la que exista:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____

e) _____
f) _____

17. De conformidad con el art. 24 de la LAPVF, cuáles se consideran infracciones a la misma:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
18. De acuerdo con el art. 25 de la LAPVF, cuáles son las sanciones aplicables:
    a) _____
    b) _____
19. Explica qué es la violencia familiar de acuerdo con la LAPVF:

    _____

    _____

    _____
20. De acuerdo con la LAMVLVDF, explica qué es la violencia docente:

    _____

    _____

    _____

9

Filiación y fecundación asistida

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Conocerá el concepto y los antecedentes de la filiación.
- Explicará los tipos de hijos que regula nuestra legislación.
- Analizará el progreso científico en materia de reproducción humana y explicará las consecuencias jurídicas en el derecho familiar.
- Comprenderá las nuevas formas de fecundación.
- Identificará las consecuencias jurídicas de la maternidad subrogada, la congelación de esperma y el registro de espermatozoides.
- Conocerá la investigación de la maternidad y la paternidad a la luz de las diversas técnicas del avance científico sobre esta materia.

Tal vez el impacto más fuerte habido sobre el derecho de familia se relaciona precisamente con la filiación. El avance científico ha abierto una gama de posibilidades acerca de la fecundación que, dada la variedad de técnicas existentes, pone en aprietos a la legislación para determinar la filiación y otros derechos inherentes a ella que no pueden ser resueltos con los criterios anteriores, por lo cual las legislaciones se han tenido que adaptar a estas nuevas circunstancias. Sin embargo, en algunas ocasiones no lo han hecho de manera adecuada.

En este capítulo abordaremos los temas de la filiación y la fecundación asistida, pues se encuentran en íntima relación. Consideramos además que en la legislación actual existen muchas deficiencias sobre la materia; en algunos casos, estos nuevos problemas se enmarcan o tratan en las leyes de salud, por los aspectos que sin duda le corresponden, pero en materia del derecho familiar falta mucho por hacer.

9.1 Concepto y antecedentes de la filiación

La filiación es una de las instituciones más importantes del derecho de familia; más aún, debiera ser la institución más importante y la más trascendental. La filiación tradicionalmente ha estado ligada al hecho de la procreación, el cual, como dato biológico, se recoge en esta institución.

Es sabido por todos que no hay hijos sin padres; también es indudable que la mayor responsabilidad para los seres humanos es ocuparse de los hijos que han traído al mundo. Por

ello el derecho, asumiendo que todos queremos ser responsables en la paternidad y la maternidad, impone y determina la filiación; a través de ella regula los deberes que se pueden exigir coactivamente. Por cierto, no sólo son deberes que implican prestaciones materiales, sino que también impone obligaciones de carácter no pecuniario, como las éticas o morales.

El estudio de la filiación en la actualidad implica enfrentarse a las dificultades planteadas por el desarrollo de los conocimientos científicos aplicados en materia de fecundación asistida.

Para iniciar el estudio de la filiación partimos de los antecedentes romanos, de los cuales obtenemos la esencia de la misma; sin embargo, debemos precisar, mucho ha cambiado desde los tiempos de Roma, donde los hijos no sólo llevaban por ese hecho meramente biológico las condiciones genéticas de sus padres, sino que también heredaban una serie de condiciones de los propios padres. Así lo expresa el Digesto:

> *Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit, liberam, quae praegnans ultimo supplicio damnata est, liberum parere; et solitum esse servari eam, dum partum ederet. Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit, et in potestate patris.* (El emperador Adriano respondió a Publicio Marcelo que la mujer libre, que estando preñada fue condenada a muerte, paría libre al hijo o hija que daba a luz, y que se acostumbraba esperar a que pariese; y que si la que concibió de legítimas nupcias fue después desterrada, pare ciudadano romano y en potestad de su padre.)[1]

En Roma era importante la condición jurídica de los progenitores, así como la condición de relación que tenían los mismos; estas dos circunstancias eran determinantes para saber el estatus jurídico de los hijos. Sobre el particular, el Digesto dice: *Quum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur; vulgo quaesitus matrem sequitur.* (Los hijos que nacen de legítimas nupcias siguen al padre, y los que no son habidos de matrimonio siguen a la madre.)[2]

Con base en lo dicho anteriormente concluimos, en un primer acercamiento, que por filiación entendemos el vínculo de parentesco que hay entre el padre, la madre y los hijos. De este concepto se desprenden los nombres relativos a la filiación, en razón de la persona a quien se tome en cuenta para atribuirla; así, se le llama *paternidad* a la relación del padre con su hijo o hija, *maternidad* a la relación de la madre con su hijo o hija, y estrictamente *filiación* cuando se hace referencia del hijo o la hija con respecto a su padre o a su madre.

En sentido amplio, la filiación se refiere a la descendencia en línea recta, es decir, *es la relación jurídica existente entre los progenitores y sus descendientes o las relaciones que surgen entre el padre o la madre y sus respectivos hijos, derivada precisamente de esa paternidad o maternidad o por el hecho de la procreación.*

Hasta aquí todo parece marchar bien, pues queda claro que los hijos, por el solo hecho de la procreación, son hijos y los padres, por ese mismo hecho, son padres, y en el mismo orden de ideas es evidente que los hijos no pueden ser objeto de ningún convenio o transacción. Sin embargo, vale la pena profundizar en algunos aspectos:

a) La maternidad es un hecho indubitable, notorio, y para la propia madre un hecho irrefutable, pues el hijo o la hija nacen de su propio vientre; para la madre la duda no existe. De ahí el principio romano: *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta). Hasta hace pocos años esto era así.

[1] D. 1, 5, 18.
[2] D. 1, 5, 19.

No obstante, el hecho —al parecer irrefutable— de a quién atribuirle la maternidad ya no es tan evidente, dadas las posibilidades científicas actuales implícitas en los procesos de fecundación asistida o maternidad subrogada.

b) Por su parte, la paternidad había sido también una presunción *iuris tantum*, que admite siempre prueba en contrario, incluso dentro del matrimonio, pues no deja de tener una certeza relativa. *Pater est quem justae nuptiae demonstrat.* Fuera del matrimonio, la paternidad por principio es incierta y sólo se puede establecer mediante el reconocimiento voluntario que el padre haga de su presunto hijo o cuando por sentencia así se declare, con la observación de que ahora hay medios científicos de prueba irrefutable.

De acuerdo con lo anterior, para efectos de nuestro estudio, concluimos que la filiación:

Es la relación jurídica existente entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado. ■

Recogidos los principios procedentes del derecho romano por el Código Civil francés, Planiol y Ripert se refieren a la filiación en dos sentidos:

- En el sentido amplio, la filiación *es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada con tal o cual ancestro, por alejado que sea.*
- En el sentido estricto, se comprende exclusivamente por filiación *la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo.*

En conclusión, puede definirse la filiación como *la relación existente entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra.*[3]

Con base en los principios del derecho romano y los conceptos del derecho francés, prácticamente todos los juristas han definido la filiación, y el derecho mexicano no es la excepción. Para nuestro caso, el concepto legal de filiación lo establece el *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF), en su art. 338, de la manera siguiente: "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros."

Sobre este concepto señalamos, con base en el precepto anterior, que el concepto de filiación tradicionalmente se apoyó en el hecho de la procreación, que es como suele establecerse, pues sigue siendo así en la mayoría de los casos; sin embargo, en la actualidad el hecho de la procreación no necesariamente se corresponde con la filiación, pues el avance de los conocimientos científicos, reconocidos ya por la ley, abre una serie de problemas sobre la filiación.

9.2 Clases de filiación

A lo largo del desarrollo de las codificaciones, surgidas a principios del siglo XIX, aparecen distintas clases de filiación. Ya Planiol y Ripert hablaban de la filiación legítima, natural simple, natural adulterina o incestuosa y adoptiva; algunos de estos tipos fueron reproducidos en códigos posteriores (nuestro país no fue la excepción), como lo veremos más adelante. Lo anterior trajo la lamentable consecuencia de hablar de diferentes tipos de hijos, situación que, apenas recientemente, ha sido superada.

[3] Marcel Planiol y Georges Ripert, op. cit., p. 195.

Independientemente del tipo de relación que tengan los progenitores, la filiación surge de tres maneras: por matrimonio, extramatrimonial y la civil o adoptiva. Al margen de la filiación de que se trate, una vez establecida, surge la relación jurídica entre el hijo y sus progenitores y las consecuencias jurídicas derivadas de la filiación son iguales para todos. En la actualidad ya no hay distintas calidades de hijos en nuestro sistema legal; no existe discriminación, la diferencia entre los hijos es meramente accidental, pues sólo se refiere a la forma de establecer esos lazos de filiación.

9.2.1 Filiación matrimonial

Es aquella que se establece cuando el hijo nace de matrimonio dentro de los plazos determinados por la ley. La filiación, se asume, es un derecho surgido directamente del matrimonio, de tal manera que el plazo legal hace que el hijo se repute por nacido dentro de la unión conyugal.

Los plazos previstos por la ley, de acuerdo con el art. 324 del CCDF, quedan establecidos en los términos siguientes:

Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

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

Queda claro que la filiación surge directamente del matrimonio, por ello el nombre de filiación matrimonial; reafirma lo anterior el art. 345, que dispone: "No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al padre. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo."

El matrimonio trae como consecuencia directa la certeza de la filiación, tanto del hijo como del padre. De conformidad con las disposiciones legales transcritas, el marido de la mujer es padre de los hijos que la misma dé a luz durante el matrimonio, aunque lo anterior no es absoluto, pues admite prueba en contrario. También es necesario aclarar que hoy el avance de la ciencia proporciona elementos que han de tomarse en cuenta en materia de filiación, habida cuenta de que con los métodos actuales de reproducción asistida, no necesariamente la mujer que da a luz es la madre del hijo.

Respecto de la filiación matrimonial, debemos tomar en cuenta las siguientes disposiciones del CCDF (art. 360): "La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare." Esta disposición toma más sentido ahora por las posibilidades científicas que existen, tanto para hacer posible la procreación como para comprobar la filiación por medios que son prácticamente infalibles.

- Pruebas de la filiación matrimonial. La filiación matrimonial se comprueba con los elementos siguientes:

1. Con el acta de nacimiento (art. 340 del CCDF).
2. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario (art. 324):

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

3. Si llegase a faltar el acta de nacimiento, el art. 341 señala:

A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.

Asimismo, el art. 343 del CCDF señala:

Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;
II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.

Posteriormente volveremos sobre este tema; de momento, sólo comentamos la apertura que hace la legislación a las pruebas provenientes del avance científico, que ahora son contundentes. Sin embargo, se debe señalar que para el caso de que se alegue falsedad en el acta, son admisibles exclusivamente estas pruebas.

9.2.2 Filiación extramatrimonial

Este tipo de filiación deriva del reconocimiento voluntario que realice el presunto padre, a través de las formas y cumpliendo con los requisitos legales, o bien mediante sentencia derivada de la acción de reclamación de estado, interpuesta por el hijo o su representante legal. La filiación extramatrimonial, en consecuencia, se puede definir como:

> El vínculo jurídico que se establece entre los progenitores y el hijo nacido fuera de matrimonio. ■

Es claro que para determinar la filiación extramatrimonial son admisibles una serie de pruebas y se ha de seguir un procedimiento, al que aludiremos posteriormente.

9.2.3 Filiación civil o adoptiva

Este tipo de filiación, como es de suponerse, nace de la adopción, a cuyo estudio dedicaremos el capítulo siguiente, por lo que en este momento sólo la definimos. Dejamos establecido en este inciso que la filiación civil o adoptiva:

> Es la relación jurídica que se establece entre el adoptante y el adoptado; se establece, pues, como consecuencia del acto de adopción. ■

9.3 Efectos jurídicos

La filiación, afirmamos con base en lo anterior, constituye la forma de parentesco más cercana en grado; es el único parentesco en primer grado que reconoce la ley, por lo que impone deberes específicos, entre los que podemos señalar la obligación de alimentos, efectos sobre la sucesión legítima, la tutela, todos los derechos y deberes derivados de la patria potestad, además de efectos jurídicos particulares, entre ellos el derecho al nombre y la patria potestad ya mencionada y tomada en cuenta para ciertos delitos.

9.4 Diferentes clases de hijos que regulan algunas legislaciones mexicanas

La legislación mexicana desarrollada a partir del México independiente, como sucedió en las legislaciones del mundo occidental, poco a poco se fue abriendo en materia de filiación para dar mayor apertura y sobre todo para reconocer en los hijos los mismos derechos, al margen de la relación y las condiciones en que fueron procreados por sus padres.

De esta manera en nuestras leyes, a lo largo de la historia del derecho de familia, se han mencionado diferentes clases de hijos, derivadas fundamentalmente de la relación de sus progenitores, como lo afirmamos antes. Así, se mencionan hijos naturales, legitimados, incestuosos, mánceres, adulterinos y hasta sacrílegos. Pero más grave que el simple nombre que se les diera, lo que ya implicaba una carga de discriminación, era el hecho de que a las diferentes clases de hijos les correspondieran distintos derechos, lo cual resultaba verdaderamente injusto y discriminador, por decir lo menos.

A continuación señalamos la evolución de la legislación mexicana:

Nuestra legislación se refirió, al igual que muchas otras en el mundo, a las diferentes clases de hijos. Los códigos civiles de 1870 y 1884 determinaron las clases de hijos siguientes: legítimos, legitimados, naturales y espurios.

Se llaman *hijos legítimos* los nacidos de matrimonio celebrado con arreglo a las leyes y, por tanto, válido y verdadero, así como los nacidos de matrimonio putativo, que es el celebrado con impedimento dirimente que ignoraban los dos cónyuges o uno de ellos.

El Código Civil de 1884 decía en su art. 328: "Son hijos naturales los concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa." De manera similar lo regulaba el art. 355 del Código Civil de 1870. Estos códigos sólo aludieron además a los hijos adulterinos e incestuosos; no mencionaron a los sacrílegos, por no corresponder a las leyes civiles determinarlos; de la misma forma se desconocía a los mánceres (hijos de mujer pública), por no ser la condición de prostituta impedimento para contraer matrimonio.

En la doctrina jurídica, a los hijos espurios se les llamaba *de dañado ayuntamiento*, pero si la madre era casada, es decir, había incurrido en adulterio, se les llamaba *de dañado y punible ayuntamiento*. Como lo señalamos con anterioridad, la clase de hijo afectaba las consecuencias jurídicas; así, para la filiación natural, el Código de 1870 disponía que el

hijo natural tenía derecho a llevar el apellido de quien lo reconociera, a ser alimentado por él y a recibir la porción hereditaria que señalaba la ley (art. 378). Asimismo, el Código Civil de 1884 agregó el derecho de percibir la porción hereditaria que la ley señalaba en caso de intestado. Los hijos naturales tenían derecho a heredar, pero si concurrían con legítimos su porción era menor.

- La *Ley sobre Relaciones Familiares*, a la cual ya nos hemos referido, amplió la posibilidad de investigación de la paternidad, concediéndola en el supuesto de posesión de estado de hijo natural; y aunque le privó del derecho a alimentos y a heredar, le conservó el elevado honor de llevar el apellido del progenitor. Esta ley era verdaderamente abusiva y discriminadora con los hijos naturales, amén, como ya lo señalamos, de ser inconstitucional.
- El Código Civil de 1928, actualmente en vigor y de acuerdo con su última reforma, representa un avance en relación con los códigos civiles anteriores y respecto de la *Ley de Relaciones Familiares*. Para efectos prácticos, equipara las clases de hijos, tanto los nacidos dentro del matrimonio como los nacidos fuera de él, y les otorga derechos iguales.

Este Código Civil de 1928, como es de suponerse, ha sufrido muchas reformas. Citaremos algunos de sus artículos antes de las reformas del año 2000, así como el texto actual.

Decía el art. 324:

> 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 del contrato, 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.

Ahora bien, para impugnar la paternidad, el art. 328 del CCDF, derogado por la reforma del año 2000, decía:

> El marido no podrá desconocer que es el 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; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;
> 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;
> IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

De esta manera, el Código Civil de 1928 seguía con una serie de reglas sobre la filiación y la paternidad, así como pruebas de la filiación, ahora afortunadamente derogadas.

En materia de filiación, los códigos civiles de 1870 y 1884 establecían distintas clases de hijos, lo mismo que el CCDF antes de la reforma del año 2000, lo que nos da una idea clara de que en materia de filiación existía un verdadero retraso en nuestra legislación, como lo podemos ver en el cuadro 9.1.

Cuadro 9.1 Clasificación de los hijos en nuestros códigos civiles.

Los códigos civiles de 1870 y 1884	Código Civil de 1928 antes de la reforma del año 2000
Mencionan las siguientes clases de hijos: legítimos, legitimados, naturales y espurios (adulterinos e incestuosos).	Llama a la filiación natural "fuera de matrimonio" y no hace clasificación formal de los hijos, aunque menciona las clases siguientes: 1. Hijos de matrimonio 2. Hijos nacidos fuera de matrimonio 3. Hijos legitimados 4. Hijos adulterinos 5. Hijos incestuosos

Se puede apreciar por la breve exposición cómo ha evolucionado la legislación y, sobre todo, cómo ha cambiado la materia familiar, pues la ley resultaba verdaderamente insultante con los hijos. Desde todos los puntos de vista, éstos deben ser respetados, ya que son personas, poseen derechos, tienen dignidad; en pocas palabras, son seres humanos, independientemente de cuáles hayan sido las relaciones de sus padres. Pero continuando con nuestro recorrido a través del Código Civil, tenemos lo siguiente:

- A partir de la reforma al Código Civil de 1928, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 25 de mayo del año 2000, se ha dado cabida en materia de familia a modificaciones que podemos considerar trascendentales, al adaptar el CCDF a los requerimientos actuales; independientemente de cualquier juicio moral, se reconocen nuevas formas de relación que la sociedad ha ido incorporando de hecho en las relaciones familiares, como el reconocimiento pleno del concubinato, la investigación de la paternidad y la fecundación asistida. En esta reforma encontramos:

  a) Cerca de 400 modificaciones, entre preceptos derogados, reformados y adiciones, que van desde cambios de redacción o supresión de palabras hasta modificaciones sustanciales.

  b) Como lo explicamos en el capítulo correspondiente, se incorpora el Capítulo XI al Título Quinto del Libro Primero sobre el concubinato, que comprende los arts. 291 bis a 291 quintus.

  c) Antes de la reforma, la investigación de la paternidad y la maternidad era limitada, pues sólo se concedía en los presupuestos establecidos en el art. 382, que decía:

  > La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida:
  >
  > I. En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
  > 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;
  > IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

- A diferencia del anterior, el actual art. 382 dispone:

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.

El texto legal actual es claro, no sólo en cuanto a la permisión de las pruebas científicas, sino que incluso establece: si el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre. Esta disposición ha causado controversia, como se puede apreciar a continuación. Por desgracia, el criterio de los órganos jurisdiccionales es verdaderamente obsoleto, pues ellos viven su realidad, en su limbo, igual que los escribas y fariseos o que los antiguos pontífices romanos, como se aprecia en la siguiente contradicción de tesis:

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA. Cuando en un juicio ordinario civil en el que se ventilan cuestiones relacionadas con la paternidad, se dicta un acto por el cual se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial para determinar la huella genética, con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad, dicho proveído debe ser considerado como un acto de imposible reparación, que puede afectar los derechos fundamentales del individuo, por lo que debe ser sujeto a un inmediato análisis constitucional, a través del juicio de amparo indirecto, en términos de los artículos 107, fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo. Lo anterior es así por la especial naturaleza de la prueba, ya que para desahogarla es necesario la toma de muestras de tejido celular, por lo general de sangre, a partir de la cual, mediante un procedimiento científico, es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico) es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a este estudio, pero que nada tengan que ver con la Litis que se busca dilucidar y, no obstante puedan poner al descubierto, contra la voluntad del afectado, otro tipo de condición genética hereditaria, relacionada por ejemplo con aspectos patológicos o de conducta del individuo, que pertenezcan a la más absoluta intimidad del ser humano.[4]

Lamentable criterio del Poder Judicial.

d) Otra notable novedad en las reformas al CCDF versa sobre la fecundación asistida, cosa nueva en nuestra legislación, pero ya incorporada en otros países desde hace aproximadamente 20 años y sobre la cual hablaremos en el siguiente apartado de este capítulo.

Sin embargo, observamos que en el caso del Distrito Federal, aun cuando se puede señalar que es una legislación de avanzada en nuestro país, deja mucho que desear, pues aún presenta vacíos y sólo se alude en algunos artículos a la fecundación asistida, sin entrar en mayores explicaciones, como ocurre en los arts. 293, 326 y 329. Asimismo, el Código Penal, en el Título Segundo ("Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética"), dedica el Capítulo I a la "Procreación asistida e inseminación artificial" y el Capítulo II a la "Manipulación Genética"; sin embargo, como veremos, en esta materia queda mucho por hacer.

[4] 1ª./J. 17/2003. Contradicción de tesis 81/2002-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero del Vigésimo Tercer Circuito. 19 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto. Tesis aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión de diecinueve de marzo de dos mil tres. Semanario Judicial de la Federación, Novena época, tomo XVII, abril de 2003, p. 88.

El recorrido anterior por los códigos civiles muestra avances; sin embargo, aún queda mucho por hacer para adecuar nuestra legislación a los cambios sociales y, sobre todo, técnicos y científicos que impactan a las leyes en materia familiar.

9.5 El progreso científico en materia de reproducción humana y sus consecuencias en el derecho familiar

Los avances científicos recientes en materias biológica y genética, así como su aplicación a los seres humanos, despierta una serie de discusiones relacionadas particularmente con el campo de la ética y, sobre todo, con incidencia en el área jurídica; de manera más específica, podemos afirmar, impacta la materia del derecho familiar, poniéndole retos que hacen tambalear sus cimientos teóricos y criterios que ha sostenido durante siglos.

Sin duda, nuestro derecho familiar no está preparado para resolver una serie de problemas que se presentan en torno a la fecundación asistida y otros directamente derivados de ella; tampoco puede dar respuesta a cuestionamientos sobre otras figuras e instituciones jurídicas del derecho de familia que se ven trastocadas, primero, por las recientes reformas que hemos comentado y comentaremos a lo largo de este libro; por otra parte, el reconocimiento de los avances científicos que se han hecho en materia de fecundación y que ponen a la legislación en verdaderos aprietos para, por un lado, reconocer todas las posibilidades que existen y, por otro, incorporarlas en la legislación, ya sea permitiendo su uso, acotándolo o prohibiéndolo, pero no cerrando los ojos al problema, dejando los vacíos legales que en este momento tenemos.

Es evidente que la legislación positiva de nuestro país no está preparada para responder a las exigencias e interrogantes que se plantean en las diferentes áreas del derecho familiar sobre el matrimonio, el divorcio, la filiación, la adopción, las sucesiones, etc., aun cuando el CCDF alude tímidamente y en forma incompleta a algunos de estos aspectos, como las técnicas científicas modernas relacionadas con la fecundación asistida.

9.5.1 Reproducción asistida

Para el estudio de los problemas jurídicos derivados de la reproducción asistida, es importante hablar previamente de los aspectos científico-técnicos de la reproducción humana, tanto natural como artificial. Primero señalamos que en la literatura jurídica se plantea si se trata de una fecundación artificial o de una inseminación artificial; aun cuando no son lo mismo, ambas situaciones pueden presentarse, por lo que emplearemos ambos términos indistintamente. (Algunas legislaciones, como la española, la califican como *reproducción asistida*; la legislación mexicana se refiere a ella como *fertilización asistida*.)

Sobre la reproducción humana natural poco podemos explicar que no se contenga en un libro de biología humana. Sabemos que para que la reproducción humana se lleve a cabo es necesario:

- La producción, por parte del varón, de semen adecuado y en las condiciones propicias que hagan factible la fecundación.

- La existencia de un óvulo maduro producido por la mujer.
- Que el espermatozoide del semen se encuentre con el óvulo y lo fecunde.

Hasta aquí todo esto parece bien y es como sucede dentro de la normalidad general, pero existen anormalidades producidas por diferentes motivos que ocasionan esterilidad y, en consecuencia, no puede lograrse un embarazo normal.

La esterilidad es, en general, la incapacidad para concebir, misma que puede tratar de corregirse a través de procedimientos terapéuticos o quirúrgicos; cuando tales procedimientos resultan ineficaces se puede recurrir a alguna de las técnicas de inseminación artificial, dependiendo de cuál sea el motivo de la esterilidad. Sin entrar en demasiados detalles, pues esto queda fuera de los objetivos de esta obra, se distingue entre infertilidad (incapacidad para concebir) y esterilidad.

La esterilidad se considera una enfermedad o una consecuencia de la misma. Tanto la infertilidad como la esterilidad, independientemente de cualquier discusión, son un hecho y una realidad para millones de personas. Las parejas estériles pueden ser tratadas por inseminación artificial (IA), por fecundación *in vitro* (FIV) y por transferencia de embriones (TE). La esterilidad humana, es fácil advertirlo, puede ser de origen femenino, masculino o mixto y las causas son múltiples.

Las repercusiones de la esterilidad dentro del matrimonio o la pareja, ya sea por factores culturales o de cualquier otro tipo, son un elemento de frustración que puede modificar las relaciones y los comportamientos sociales. Tener descendencia constituye una esperanza humana, ya que los hijos son un vínculo importante no sólo en la familia, sino también en el ámbito social; la ausencia de hijos se puede convertir en una frustración que afecta la integridad psicofísica de la pareja y puede ser fuente de tensiones, reproches y discusiones.

Afortunadamente, en la actualidad existen diversos métodos para su tratamiento cuya finalidad es lograr descendencia o formar una familia en el mejor sentido de la palabra y restablecer el equilibrio personal y social de la pareja.

Esta realidad demanda al derecho la creación de leyes que atiendan ese problema, sobre todo porque la ciencia ya se ha ocupado de él; por tanto, el derecho enfrenta dos grandes retos: el primero, que no es motivo de este trabajo, *es la regulación de la actividad científica*, pues ésta puede manipular biológicamente al ser humano y no podemos imaginar las consecuencias de esta manipulación; sobre este particular sólo podemos verter cuestionamientos. El segundo reto es crear *la legislación que regule el uso de los descubrimientos científicos en pro de la fecundación* y resolver con ello los problemas de infertilidad y esterilidad, que son una realidad; pero esto mismo puede ser objeto de manipulación y su uso, en algunos casos, pone en entredicho el estamento moral, jurídico y social que hemos creado a lo largo de la historia humana.

Desde el punto de vista jurídico, en nuestros ordenamientos no existe una legislación *ad hoc* que regule la reproducción asistida, la cual debe estar incluida tanto en el derecho público como en el derecho privado, pues sus implicaciones afectan los ámbitos administrativos, familiares, sucesorios y por supuesto de la salud pública. Por ello, en su tratamiento se han de analizar diversas normativas, al parecer, algunas inconexas que pertenecen a diversas materias y distintos órdenes normativos.

Ahora bien, para iniciar el desarrollo de este tema debemos dejar asentado que por reproducción asistida entendemos:

El conjunto de métodos médico-quirúrgicos que tienen como finalidad lograr la fecundación humana.

Esta problemática puede atenderse en la actualidad con diferentes técnicas que desarrollaremos a continuación.

9.5.2 Inseminación artificial

En general las técnicas de reproducción asistida, como sucede en la mayoría de los casos de investigación médica, se empezaron a aplicar en los animales. En 1765 L. Jascobi las utilizó en salmones. A continuación señalamos los siguientes hitos sobre la inseminación artificial:[5]

- En 1776 Spallanzani estudió el efecto de la congelación sobre los espermatozoides.
- En 1799 Hunter obtuvo la primera gestación de una mujer con semen de su marido.
- En 1886 Montegazza propuso la creación de "bancos de semen congelado" y a finales del siglo XIX se practicó con mamíferos.
- En 1899 Dickinson practicó en Estados Unidos la inseminación artificial con semen de donante; de esta manera, dicha inseminación alcanzó difusión internacional. Se calcula que en ese país hay alrededor de un cuarto de millón de inseminaciones.
- En España hay bancos de semen desde 1978.
- En 1953 se dan a conocer inseminaciones artificiales con semen congelado.
- Fue hasta 1949 y 1950 cuando se pudo congelar semen de bovino y practicar inseminación artificial.
- En 1953 Sherman obtuvo embarazos humanos con semen congelado.
- El 25 de julio de 1978 nació Louise Brown, fruto de inseminación artificial *in vitro* (FIV), en el hospital de Manchester.
- En 1979 en Glasgow, Escocia, nace el primer varón: Eleaister Mongomery.
- Lo mismo ocurrió en Francia con Amandina, que nació el 13 de febrero de 1982 en el hospital Antoine Beclére de Clamart.
- En junio de 1984 nace en España Victoria Ana con los mismos métodos. Todos ellos fueron noticia y se les conoció en el mundo como *bebés de probeta*.

¿Qué es la inseminación artificial? Consiste en la fecundación del óvulo a través de instrumental que permite introducir el semen hasta la mucosa cervical o el útero de la mujer. La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga. Esta distinción se hace atendiendo a que la mujer sea casada, de tal manera que el semen que se le inocula puede ser de su marido o de un tercer donante.

9.5.3 Nuevas formas de fecundación *in vivo* e *in vitro*

La inseminación artificial, como lo acabamos de mencionar, puede ser:

1. *Inseminación artificial homóloga*: en este tipo de fecundación artificial el semen proviene del propio marido, concubino o pareja habitual (IAC). Se practica en los casos en que, a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual, debido a una serie de anomalías.

[5] Marciano Vidal, *Moral de actitudes* II, 1ª Parte (Moral de la Persona y Bioética Teológica), Covarrubias, Madrid, 1991.

2. *Inseminación heteróloga*: es la inseminación con semen aportado por un donante (IAD); se practica generalmente cuando el marido es estéril, cuando hay incompatibilidad o el marido es portador de anomalías. Para ello se acude a los bancos de semen, en los cuales se conserva fresco o congelado, clasificado de acuerdo con las características físicas del donante (fenotipo),[6] el esperma de donantes generalmente anónimos.[7]
3. *Fecundación extracorporal o fertilización in vitro* (FIV): en este caso la fecundación se obtiene en el laboratorio, por ello el nombre de *fecundación in vitro*, por existir la imposibilidad de que el semen lo fertilice normalmente. Este tipo de fecundación suele hacerse en los casos de obstrucción tubárica o de las trompas, que impide el encuentro de óvulo y espermatozoides durante el coito; en este caso se procede, previa una superovulación provocada en la mujer, a la extracción de los óvulos para su fecundación utilizando semen del marido o de un tercero.

   - Una variante de la técnica anterior es la *Transferencia Intratubaria de Gametos* (GIFT, por sus siglas en inglés), consistente en colocar dos óvulos en cada una de las trompas, también extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que naturalmente se produce la concepción.
   - Otra variante es la *Inseminación Intracitoplasmática* (ICSI, por sus siglas en inglés), que se desarrolla inyectando —con una aguja de un diámetro micronésimo— un solo espermatozoide directamente dentro del citoplasma del óvulo; también se conoce la técnica de transferir ovocitos pronucleados a las trompas de Falopio (en inglés: *pronuclear stage transfer*, o PROST) por medio de una laparoscopia.[8]

La fecundación extracorporal ha sido posible científicamente mediante la manipulación de espermatozoides y óvulos empleando técnicas de congelamiento, que origina a su vez los bancos de semen y de óvulos, o más ampliamente, los bancos de material genético. Esta conservación posibilita la fecundación *post mortem*. Sobre el particular caben las interrogantes siguientes: ¿quién es responsable de los embriones? ¿Deben desarrollarse y convertirse en seres humanos? ¿Es lícito que se destruyan? ¿Pueden ser objeto de experimentación o investigación científica?

Independientemente de cualquier juicio ético, el hecho es que nuestra legislación no está preparada para dar respuesta a los casos que se puedan presentar o que de hecho se presentan. Así pues, caben muchas posibilidades, por ejemplo:

[6] El fenotipo es el conjunto de *caracteres heredados*, como el color de la piel, los grupos sanguíneos, disposiciones constitucionales, etc. El fenotipo está determinado por los caracteres unitarios representados en los cromosomas de las células sexuales, ordenados —como se sabe— por pares (*genotipo*). La genética ha obtenido logros notables, con trascendencia para el derecho de familia también, al detectar proteínas antigénicas de histocompatibilidad que se heredan de padres a hijos a través de los genes que han codificado los antígenos y que se sitúan en el sexto par *cromosómico*. Mediante el estudio del sistema de histocompatibilidad y las pruebas de compatibilidad inmunogenética se ha posibilitado, en la actualidad, la determinación positiva de paternidad y maternidad con certeza prácticamente absoluta. Se trata de la hoy conocida prueba HLA —*Human Lymphocyte Antigen*— utilizada en las acciones de investigación de la filiación. Véase Verruno-Hass, *Manual para la investigación de la filiación*. Citado por Eduardo Zannoni, op. cit., tomo II, p. 514.

[7] Actualmente se está cuestionando el anonimato de los donantes, en el entendimiento de que —como ha ocurrido en la adopción— el niño debería estar en condiciones de conocer su origen biológico. Cfr. Andrews, "¿De quién soy hijo? Tuyo, mío, de ellos", *Psychology Today*, pp. 14 y siguientes.

[8] Ibídem, p. 515.

- Que una mujer, aportando un óvulo propio, como sería el caso típico, acuda a técnicas de fecundación artificial con semen proveniente del propio marido, concubino o pareja habitual (IAC).
- Que una mujer, aportando un óvulo propio, adquiera semen de un banco y se haga inseminar, sin importar de quién sea el semen, simplemente porque quiere ser madre.
- Que una pareja decida, por diferentes circunstancias, adquirir el material genético (un semen y un óvulo) en un banco y que además sea transferido al útero de otra mujer.
- Que un hombre, aportando su semen, adquiera un óvulo en un banco y con él se insemine a su propia esposa, concubina o pareja habitual.
- Que un matrimonio entre personas del mismo sexo (como ya existen en nuestro país) adquiera material genético para tener un hijo; si son mujeres, para inseminar a una de ellas; si son hombres, para adquirir óvulos y transferirlos al útero de una mujer.

Como se puede apreciar, caben muchas posibilidades. Estos fenómenos se pueden presentar no sólo por dificultades que tengan las parejas para procrear en forma natural, sino por otra serie de circunstancias de carácter personal de los propios involucrados.

9.5.4 La congelación del esperma

Las técnicas de reproducción humana artificial traen consigo la manipulación de los embriones obtenidos en virtud de la fertilización *in vitro* (FIV). La técnica supone la extracción de varios óvulos maduros logrados mediante la superovulación provocada y fertilizando todos; luego se transfieren al útero dos o tres, de manera que cabe la posibilidad de embriones sobrantes. Éstos se conservan congelados (esto se conoce como la *crioconservación de embriones*); si la mujer no queda gestante le pueden ser transferidos dos o tres meses después sin necesidad de una nueva laparoscopia.

Los embriones sobrantes de algún proceso de fertilización *in vitro* se donan a otras parejas o simplemente se conservan buscando otros fines. ¿Cómo se regula esta situación? ¿Cuánto tiempo se conservan? ¿Se donan o se venden? ¿Para qué se emplean? Se han presentado casos, por cierto cada vez más frecuentes, de embriones congelados que después se emplean con éxito; tal es el caso de una niña australiana nacida en 1984. Ese mismo año se presentó el caso de un matrimonio chileno, muerto en un accidente aéreo, que eran los padres o propietarios de embriones congelados con los mismos resultados.

Las técnicas de fertilización *in vitro* abren la posibilidad de la existencia de bancos de embriones que, mediante su congelamiento, pueden ser empleados posteriormente por sus propios aportantes o por otras parejas, e incluso pueden quedar abandonados. Ésta es una cuestión que debe ser atendida y regulada exhaustivamente por la legislación. En otros países, las leyes prevén el tiempo durante el cual se han de conservar los embriones congelados: en Austria y Dinamarca es de un año; Suecia y Noruega establecen tres años; Francia, cinco.

9.5.5 Maternidad subrogada y el arrendamiento de vientre

En muchos casos, y dependiendo de las diferentes circunstancias en que se lleven a cabo algunos procedimientos de inseminación y fecundación, se puede presentar la existencia de *madres biológicas y madres portadoras o subrogantes*.

Sobre este particular existen aún muchas dudas en las legislaciones. En países como Estados Unidos se ha promovido que la madre portadora se integre con los padres biológicos, pues es de suponerse que lo hace con fines altruistas; pero no se puede ocultar el hecho de que, a diferencia de las portadoras que aceptan llevar el embarazo por razones altruistas, muchas lo hacen por un precio, lo que se denomina *alquiler de vientre*, más estrictamente alquiler de útero. Al respecto dejamos planteadas las posibilidades siguientes:

1. Que una pareja adquiera un embrión y que además consiga el alquiler de un vientre o útero; en este caso podemos hablar de *una madre a la que biológicamente pertenece el material genético* (en este caso no se sabe quién es), *una madre que lo adquirió y finalmente una madre que alquiló su útero para portar el embrión.*
2. En este caso, visto por el lado de la paternidad, tenemos: el *padre que aportó el material genético* (no se sabe quién es) para el embrión y el *padre que adquirió dicho material genético.*
3. Finalmente, y para no seguir dando vuelo a la imaginación, tenemos el caso de una pareja del mismo sexo, *dos mujeres*, que, por así desearlo, adquieren un embrión, en el que ninguna de ellas aporta nada en el proceso, y además contratan los servicios de una *madre portadora*, en cuyo caso tenemos: la madre estrictamente biológica, la madre que adquirió el embrión y la madre portadora. En el caso de un matrimonio integrado por dos personas de sexo masculino, por obvias razones adquieren un embrión y, consecuentemente, consiguen los servicios de una madre portadora. Piénsese cuáles son las relaciones jurídicas derivadas de ello, pero sobre todo piénsese en el hijo o hija producto de esta relación.

9.5.6 Fecundación *post mortem*

La fecundación *post mortem* también se hace posible gracias al uso de las técnicas de la ciencia actual. Como su nombre lo indica, esta técnica hace posible la fecundación mediante el uso de semen congelado de un hombre ya muerto; aunque cuestionable desde el punto de vista ético por algunos juristas, es una realidad y de hecho existen leyes que lo consideran. Hay ordenamientos que establecen como destinatarias de estas técnicas sólo a parejas heterosexuales estables, casadas o no, y vivientes ambos.

Legislación sobre inseminación artificial la encontramos en Australia desde 1998; también existen la ley alemana de protección al embrión de 1990, la ley noruega de 1994, la ley danesa de 1997 y la ley federal suiza de 1998. Suecia, desde el primero de marzo de 1985, tiene legislación específica sobre inseminación artificial; de ella destacamos lo siguiente:

a) La inseminación es permitida tanto en el matrimonio como a las mujeres que viven en condiciones similares al matrimonio sin estar casadas, es decir, que vivan en concubinato o que sean parejas de hecho.
b) Los padres de un niño engendrado por inseminación artificial heteróloga se encuentran en situación similar a la de los padres adoptivos.
c) El hombre que ha estado de acuerdo en que su mujer se insemine con esperma de un donante será considerado padre legal del niño. Al donante, en cambio, no se le puede imponer ninguna responsabilidad por el niño.
d) Este procedimiento no les está permitido a mujeres que vivan solas o en relaciones lésbicas.
e) Los datos del donante no son proporcionados a los padres ni a ninguna persona ajena.

Sólo España, en la Ley 35/1998, habilita a la mujer como usuaria de estas técnicas. En cuanto a la fecundación *post mortem*, es frecuente el cuestionamiento sobre su permisión, porque de antemano se crea un niño huérfano de padre; además, puede cuestionarse por entrar en conflicto con la Convención sobre los Derechos del Niño que ya hemos citado, pues de acuerdo con el art. 7.1: "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."

Al respecto, las dos legislaciones más liberales son la española y la inglesa. La española autoriza la fecundación *post mortem* siempre que el hombre lo autorice mediante escritura pública o por testamento y que la fecundación hecha por la mujer se haga dentro de los seis meses del fallecimiento de aquél. Para mayor abundamiento, sugerimos leer la ley española del 26 de mayo de 2006, en la que se pueden apreciar una serie de detalles sobre la materia y nos da una idea de lo que se puede legislar al respecto.

Por su parte, la ley inglesa no prohíbe la técnica y exige autorización escrita del hombre, pero la priva de efectos jurídicos, pues no lo considera legalmente padre del hijo. El resto de las legislaciones, como la italiana de 2002, excluyen la fecundación *post mortem*. En América Latina, y sobre todo en México, prácticamente no hay novedades.

Sin duda que en materia de fecundación asistida y todo lo que conlleva seguirán surgiendo novedades legislativas, pues cada día se acude más a estas técnicas y procedimientos de fecundación y, por ende, la necesidad va en aumento; por ello, las legislaciones existentes se irán perfeccionando o complementando, y en los países donde la legislación es omisa se irán creando estas disposiciones.

Concluyamos este punto y dejemos estos cuestionamientos: una vez fallecido el dueño del semen congelado caben varias interrogantes: ¿a quién pertenece el semen congelado? ¿Es susceptible de herencia? ¿Cuál puede ser su uso? ¿Cuánto tiempo debe conservarse? ¿Qué usos puede tener?

9.5.7 Consecuencias jurídicas

En el caso de la inseminación artificial homóloga, es decir, cuando la mujer es fecundada con el semen de su marido, concubino o pareja de hecho, se presupone el consentimiento de ambos; en este caso no hay ninguna consideración de tipo legal, simplemente, de acuerdo con nuestra legislación, no debe presentar problemas de filiación.

Sin embargo, debemos atender algunas disposiciones legales sobre la materia: el *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud*, en su art. 43, establece:

> Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivo 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, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.
>
> El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer, o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.

a) En esta disposición particularmente destacamos que se requiere el consentimiento informado de la mujer y del cónyuge o concubinario, aunque no estamos de acuerdo con este término.

› Sobre el consentimiento informado debemos agregar lo dispuesto por el art. 21 del propio reglamento, que dice:

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

I. La justificación y los objetivos de la investigación;
II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;
III. Las molestias o los riesgos esperados;
IV. Los beneficios que puedan observarse;
V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;
VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;
IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;
X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y
XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.

› De la misma manera, el art. 22 del citado reglamento indica los requisitos que debe reunir el consentimiento informado, al cual le impone la formalidad siguiente:

El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;
II. Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud;
III. Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;
IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y
V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

b) En nuestro CCDF queda claramente preceptuado que los hijos habidos por técnica de fecundación asistida son hijos de matrimonio; al efecto, el art. 326 dice:

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.

Lo anterior, en atención a que la ley permite acudir a la técnica de fecundación asistida y a que la ley autoriza, para acreditar la paternidad, las pruebas que los conocimientos científicos ofrecen.

En conclusión, el hijo que nazca de la concepción artificial se considera hijo de matrimonio y le son aplicables los presupuestos del art. 324.

c) Respecto de la inseminación *post mortem*, el CCDF deja un lamentable vacío legal, pues con las disposiciones existentes no es posible su solución, amén de despertar muchas consecuencias jurídicas que con las reglas existentes no se solucionan, tanto en materia de filiación como en otras. El art. 324 del CCDF no es estrictamente aplicable, pues cabe la posibilidad de que en una fecundación *post mortem* el hijo no nazca en el plazo que marca la ley; lo mismo ocurre en materia de sucesiones, de acuerdo con el art. 1314 del mismo ordenamiento.

d) En cuanto a la inseminación heteróloga el asunto resulta aún más complicado; algunos juristas se pronuncian contra la fecundación *post mortem* y contra la inseminación heteróloga alegando aspectos éticos, morales o religiosos. Como lo hemos afirmado a lo largo de la obra, si bien tienen esas implicaciones, no corresponde pronunciarnos sobre ese particular; simplemente hay hechos innegables donde se evidencia que el fenómeno se da y debe ser motivo de regulación, para resolver estos problemas jurídicamente, y en este aspecto se debe tomar una posición, pues sus implicaciones son numerosas.

Para efectos de legislar podemos cuestionarnos, como ya lo hemos hecho: ¿a quién pertenece el semen congelado? ¿Es objeto de propiedad? ¿Es transmisible por herencia? Podemos afirmar que el semen, como los óvulos una vez extraídos, jurídicamente son cosas y en este caso pueden ser objeto de relaciones jurídicas, pero vale preguntar quiénes son los titulares del dominio de ese semen o de esos óvulos y, de hacerse transacción con ellos, si no se viola el principio que prohíbe todo acto que menoscabe el poder de disposición sobre el propio cuerpo; por otra parte, se debe considerar en forma análoga que las partes separadas del cuerpo humano pertenecen *ipso iure* a quien le fueron extraídas.

Entonces, ¿será posible lícitamente la contratación para la inseminación heteróloga? Por lo menos en materia de filiación, no puede haber transacción ni compromiso de árbitros; más aún, en consideración a lo dispuesto por el CCDF, dice el art. 338: "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros."

Podemos aducir, en este caso, que no debe haber contradicción en las disposiciones citadas, habida cuenta de que la paternidad y la maternidad se determinan con base en la concepción genética de los gametos de ambos; hay excepción cuando, existiendo

consentimiento de ambos, se celebra un acuerdo de voluntades (para algunos, un contrato) que permite la inseminación con semen masculino ajeno a la pareja que forma el matrimonio o que vive en concubinato.

En este sentido, la legislación considera de matrimonio al hijo producto de inseminación heteróloga, donde el cónyuge es el padre jurídico pero no el padre biológico. El problema jurídico parece resuelto, pero no queda ahí, pues la inseminación heteróloga lesiona o afecta los derechos del hijo y lo priva del conocimiento de sus orígenes, que según algunos autores (habría que probarlo) le causa problemas de identidad personal y puede afectar aspectos emocionales en su vida.

En conclusión, al igual que en la inseminación homóloga, también en la heteróloga se requiere el consentimiento de ambos cónyuges o de ambos concubinos en los términos apuntados en los numerales del reglamento citado. Asimismo, en caso de faltar el consentimiento al que nos hemos referido, caeríamos en los supuestos siguientes, establecidos en el Capítulo I ("Procreación asistida, inseminación artificial y esterilización forzada") del Título Segundo ("Delitos contra la libertad reproductiva") del Código Penal:

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

Artículo 150. A quien sin consentimiento, realice inseminación artificial en una mujer mayor de dieciocho años, se le impondrán de cuatro a siete años de prisión.

Artículo 151. Se impondrán de cuatro a siete años de prisión a quien implante a mujer mayor de dieciocho años un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente o del donante.

Si como consecuencia de este delito se produce un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años y se estará a lo dispuesto por el artículo 155 de este Código.

Artículo 151 bis. A quien sin consentimiento de persona mayor de dieciocho años realice en ella un procedimiento de esterilización, se le impondrán de cuatro a siete años de prisión.

Artículo 151 ter. Reglas generales para los anteriores delitos del Capítulo I.

Tratándose de incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, o de una menor de edad, aún con su consentimiento o de quien detente la guarda, custodia, atención o cuidado, tutela o patria potestad de la víctima, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes del delito básico.

Cuando el delito se realice valiéndose de medios o circunstancias que le proporcione su empleo, cargo o comisión públicos, profesión, ministerio religioso o cualquier otra que implique subordinación por parte de la víctima, la pena se aumentará en una mitad de la señalada para el delito básico.

En el supuesto de que el delito se realice con violencia física o moral o psicoemocional aprovechándose de su ignorancia, extrema pobreza o cualquier otra circunstancia que hiciera más vulnerable a la víctima, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Artículo 153. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querella.

Aparentemente con la legislación actual encontramos respuesta a estos supuestos, aunque debemos precisar que dicha respuesta no es muy clara, ya que es necesario establecer expresamente los distintos supuestos de la inseminación homóloga y la inseminación heteróloga.

Por lo que corresponde a las relaciones madre-hijo, padre-hijo, partiendo del supuesto de que se hizo con el debido consentimiento, es evidente que este consentimiento sirve como elemento para hacer la legitimación correspondiente, pero caben las preguntas siguientes: el hijo, ¿sería hijo carnal de su madre e "hijo adoptivo" de su padre? (algunos juristas piensan que la adopción es la alternativa adecuada para resolver el problema); lo anterior llenaría el vacío legal existente.

Con la legislación existente en la actualidad no hay base para determinar por qué el padre jurídico no aportó su gameto. Ahora bien, ¿el padre puede impugnar o desconocer la paternidad? ¿Qué sucede si la inseminación heteróloga se hace sin consentimiento del marido o concubino?

e) En la inseminación heteróloga cabe la posibilidad de que la mujer, ante su imposibilidad, pueda recibir un óvulo extraño fecundado con semen de su marido o concubino; en este caso, si hay consentimiento como lo establece la ley, valen los argumentos ya vertidos. Ahora bien, de conformidad con la legislación existente, no hay problema, dado que está permitida la reproducción asistida según el art. 162 del CCDF, que dice:

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

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

Lo anterior hace presumir que esta disposición permite tanto la inseminación homóloga como la heteróloga, pues no distingue, y donde la ley no distingue el intérprete no tiene por qué distinguir.

En caso de controversia se presume la maternidad si la madre no se quiere someter a la prueba biológica, de conformidad con el art. 382 del citado ordenamiento: "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 lo que respecta a la relación madre-hijo, queda claro que la mujer que recibe el óvulo extraño es la madre o al menos existe la presunción de que es la madre, bien porque lo hizo con el consentimiento del marido o concubino y adquirió el óvulo de una donadora, y sobre todo por el hecho de haber dado a luz (*Partus sequitur ventrem*); sin embargo, cabe la posibilidad de que la madre —aunque el supuesto es remoto— pueda contradecir la maternidad legalmente de conformidad con los arts. 336 y 337 del CCDF. En el caso de que se presentara la imputación falsa de maternidad, se estará a lo establecido en el art. 277 del Código Penal.

Finalmente, el caso de la donadora del óvulo queda en la misma circunstancia que el donador del semen, es decir, queda excluida de la patria potestad y, por supuesto, no puede reclamar maternidad. La ley debería regular estos casos en forma expresa y específica y no hacer las alusiones tímidas que hace el CCDF, que en la materia es el más avanzado dentro del país; imaginemos cómo están los demás.

f) Actualmente cabe la posibilidad, de acuerdo con nuestra legislación, de que acudan a técnicas de fecundación o inseminación asistida matrimonios entre heterosexuales, matrimonios entre homosexuales y parejas que viven en concubinato. Algunos autores critican este hecho cuando se da fuera de matrimonio y hacen fuertes críticas por considerarlo un acto de inmoralidad. Quizá lo sea, pero lo que corresponde al derecho es hacerle entender a quien realice cualquier tipo de conducta que la misma tiene consecuencias y señalarlas jurídicamente.

g) De prácticamente todos los casos señalados se puede derivar lo que ya hemos señalado como el alquiler de vientres, préstamo de útero o madres sustitutas. Este hecho se presenta cuando una mujer extraña a la pareja accede a que le sea implantado un óvulo fecundado o bien a ser inseminada por semen del marido o del concubino, se dice que en forma gratuita, pero la realidad es que en la mayoría de los casos es en forma remunerada, salvo verdaderas y honrosas excepciones.

El caso en particular presenta muchas aristas, entre las que podemos señalar las siguientes: difícilmente se celebra un contrato, y en caso de que así fuera, habría que discutir qué tipo de contrato sería. Nos guste o no, los casos serán cada día más frecuentes sobre este particular, así que de una vez por todas entrémosle al problema y establezcamos legalmente un contrato tipo para estas relaciones jurídicas, en donde se especifiquen de manera puntual las obligaciones de las partes y los alcances de estos acuerdos de voluntades, entre otros temas, y dejémonos de tonterías: estos contratos no serán gratuitos.

9.5.8 Reflexión final

El avance científico en materia genética, así como el desarrollo de técnicas que inciden sobre la fecundación humana y todo lo que de ellas se deriva, ha impactado brutalmente al derecho y en particular al derecho de familia. La falta de legislación o el poco desarrollo que ésta tiene deja abiertos muchos cuestionamientos que se habrán de resolver tarde que temprano, pues el peor escenario es que la legislación quede como está y, por este motivo, deje muchos casos a la interpretación.

Entre los problemas no atendidos, o atendidos pero escasamente regulados, podemos señalar los siguientes:

1. Como ya lo habíamos dicho, los óvulos y el semen, una vez extraídos, son cosas susceptibles de constituir objetos de relaciones jurídicas. En tratándose de su uso, puede aplicarse lo que la ley establece sobre el trasplante de órganos. Pero en el caso de óvulos o semen utilizado en la inseminación homóloga, el acto de disposición está determinado por el consentimiento de los esposos o concubinos, tendentes a la concepción de un hijo; no obstante, si el semen es aportado o adquirido en un banco, es evidente que en el acto priva un negocio o acto jurídico donde el donante transfiere el dominio de su material genético a favor del establecimiento, en este caso el banco, y es fácil entender que la intención es que dicho material tenga posterior utilización para la inseminación heteróloga. En este caso valen las preguntas: ¿cómo se hará o formalizará la transacción para autorizar su uso posterior?, ¿puede el dueño del material genético venderlo?, ¿puede limitar su uso?, ¿el banco cobrará por el material genético?, ¿lo donará?, ¿lo venderá?, en caso de cobrar, ¿qué cobra?, ¿cómo se determina?, ¿en dónde se regula?, y otras más que el lector se puede formular.
2. Queda claro que la manipulación genética demanda el consentimiento de las personas a quienes se les extrae el material, cuya finalidad, se supone, es su utilización en la inseminación artificial, por lo que se aprecia que tales acciones o actos son fuente de obligaciones. Nos parece que en este negocio, relativo a la utilización del material genético obtenido de ese modo y para dicho fin, deben prevalecer —como se hace ya en algunas legislaciones— ciertos presupuestos como *la gratuidad* y *la capacidad*, tanto desde el punto de vista médico, para asegurar que por afecciones de carácter genético no se vea afectada la salud del nacido, como desde el punto de vista jurídico, ya que contar con el consentimiento de su cónyuge o concubino afecta el interés jurídico familiar del donante casado, pues el material genético pertenece al patrimonio (genético) de la familia; además, debe llevarse un control estricto del material donado para evitar la posibilidad de incesto entre sus hijos.
3. Una situación más delicada se presenta respecto del *anonimato* de donadores y receptores, pues entran en colisión una serie de derechos: por una parte, parece evidente la recomendación de mantener en el anonimato a los donadores de material genético, y las razones parecen obvias: tanto la dación de gametos como su recepción pertenecen al ámbito de la intimidad de las personas; no es recomendable que los donadores conozcan quiénes son sus hijos ni que los padres de los hijos obtenidos por estos medios sepan quiénes son los padres biológicos. Lo anterior entra en colisión con el derecho del hijo a conocer quién fue su progenitor o tener ese dato en defensa de sus posteriores intereses jurídicos (como los relacionados con la salud).

   Algunas legislaciones en Europa prevén el registro y la conservación de los datos de los donantes, teniendo el hijo, en ciertas condiciones, el derecho a acceder a esos datos; ésta es la tendencia en la actualidad. Se puede apreciar que el anonimato de los donantes choca o colisiona contra el derecho a la identidad del hijo; véase al respecto la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 7.1), citada en los primeros capítulos.
4. Entre los juristas prevalece la opinión de que las técnicas de reproducción humana a través de métodos artificiales deben remediar la infertilidad sólo cuando, por diferentes circunstancias, el problema no pueda ser resuelto por otros medios. Esto es, no son técnicas alternativas de procreación, pues en este caso pudieran emplearse, combinadas con el alquiler de úteros, por comodidad de las parejas; esto, por supuesto, también es una situación que se presenta. De aquí las preguntas: ¿hasta dónde es lícito acudir a las técnicas de reproducción asistida? ¿Dónde se indican los casos lícitos para su empleo? ¿Cómo y dónde se sanciona el uso indebido de estas técnicas?
5. Es una realidad que la manipulación genética con fines científicos se lleva a cabo; de hecho, las técnicas de fecundación asistida se desarrollaron a partir de investigaciones y experimentos con material genético humano. Pero también es cierto que la investigación y la manipulación de material genético posibilitan la detección de enfermedades genéticas hereditarias, malformaciones, así como el sano desarrollo del futuro hijo; de esta manera se pueden prevenir enfermedades y evitar malformaciones, pero también es posible suprimir, alterar y mejorar genes, sustituyéndolos por genes mejores, llegando incluso a produ-

cir órganos con los respectivos bancos y a la posibilidad de la clonación humana. La pregunta es: ¿cuál es el límite? Aquí es donde chocan consideraciones jurídicas, éticas, sociales, religiosas, filosóficas, etcétera.

En este sentido prevalece la opinión de que por tales medios sólo debe permitirse la corrección de defectos genéticos específicos y excluirse de estos procedimientos técnicos y científicos la modificación de caracteres genéticos físicos o de cualquier otro tipo, evitando los procedimientos de modificación de la identidad genética del ser humano que no tengan fines terapéuticos y que sean contrarios a la dignidad de la persona.[9]

Sobre la procreación, el primer cuestionamiento es si existe el derecho a procrear. Para algunos, tal derecho no existe; se invoca falsamente cuando se trata de justificar el recurso a las técnicas de fecundación asistida. En oposición a esta respuesta, se habla del derecho a tener padre. Para las posturas que se autoproclaman progresistas, cuando se discute sobre las nuevas técnicas de reproducción asistida invocan el derecho a procrear como un derecho ilimitado; por tanto, es obvio pensar en tener un hijo a toda costa.

Por otra parte en las reflexiones éticas también se acude al derecho a la procreación, cuando se discute acerca del control de la natalidad. Sobre este particular, las posturas cambian de signo, así las tendencias denominadas conservadoras afirman un derecho y hasta un deber casi ilimitado a la procreación; en consecuencia, rechazan como inmorales las intervenciones limitadoras del ejercicio de la procreación (es decir, están en contra del control de la natalidad). Por lo contrario, las tendencias progresistas, cuando de control de natalidad se trata, aceptan todo tipo de intervenciones limitadoras de la reproducción humana. De lo anterior se derivan los cuestionamientos siguientes: ¿existe el derecho a procrear? ¿Cuál es su contenido? ¿Qué alcance tiene? ¿Quién lo establece?

En general, se habla del derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, pero en estricto sentido la categoría de derecho humano se refiere a las funciones de explicitar, proteger y dar cauce a los bienes exigidos por la condición humana. La procreación es un bien de la condición humana, pero su contenido no es la procreación como acción aislada y considerada exclusivamente en sí misma, sino en cuanto realidad encauzada dentro de las condiciones que la humanizan y, por consiguiente, el hecho meramente biológico lo convertimos en un bien humano. Por tal motivo, en la categoría del derecho humano no entra adecuadamente la simple procreación; lo que sí cabe en esa categoría de derecho humano es el ejercicio responsable de la función procreativa, que es el derecho a fundar una familia.[10]

En conclusión, desde el punto de vista ético y hablando con propiedad, no hay un derecho a la procreación. Pero sí existe un derecho a las condiciones que hagan posible que el ejercicio de la procreación sea un proceso humanizado y humanizador.

Finalmente, sobre la valoración moral del uso de técnicas de reproducción humana asistida, quedan algunas reflexiones y preguntas.

Primeramente, se ha de considerar que la esterilidad es un hecho, una carencia humana, y esta carencia no se reduce al simple hecho biológico, sino que repercute en la vida de pareja y en la vida social. En este sentido, la fecundación asistida tiene una perspectiva positiva, pues con ella se busca solucionar la esterilidad, y todos los esfuerzos encaminados a vencer esta dificultad son, en principio, dignos de elogio.

[9] Cfr. Eduardo Zannoni, op. cit., t. II, pp. 507-559.
[10] Marciano Vidal, op. cit., p. 569.

Por otra parte, en las prácticas de las técnicas de fecundación asistida se ha de considerar un conjunto de aspectos sociales que no pueden quedar de lado para hacer una correcta valoración ética. Entre estas implicaciones tenemos:

- *Aspectos económicos*: es decir, estos procedimientos han de ser pensados dentro de las prioridades del sistema asistencial-sanitario.
- *Aspectos culturales*: en estos procesos se han de tener presentes los conceptos de procreación y de familia, entre otros.
- *Aspectos científicos*: la ciencia en sí misma no tiene atributo moral, es un producto. Los aspectos morales derivan del empleo que hacemos de los conocimientos científicos; en todo caso, la ciencia nos dota de una serie de instrumentos que podemos emplear en nuestro beneficio o en nuestro daño.
- *Aspectos ideológicos*: toda valoración pasa por el tamiz de la ideología y con base en ella se da la aceptación o el rechazo.

Para el juicio moral correcto es necesario asumir una argumentación de carácter deontológico y otra de carácter teleológico. En el primer caso se debe valorar *la acción en sí misma*, en su materialidad y en relación con la objetivación del deber, de conformidad con una norma fija identificada como un imperativo. En el segundo se debe considerar, además de la materialidad, los distintos significados que lleva consigo la acción humana, como consecuencias, finalidades y circunstancias. Con base en esto y en su propia reflexión, cada persona puede formar su criterio ético sobre la fecundación asistida y determinar qué tipo y en qué condiciones la aceptaría éticamente.

De las técnicas de reproducción asistida de uso terapéutico derivan acciones vinculadas a ellas, por ejemplo, intervenciones sobre el embrión humano, como en el caso de los embriones sobrantes; acciones manipulativas del embrión con fines experimentales, entre otros, e intervenciones sobre el proceso reproductor, cuyo aspecto más dramático es el tema de la clonación humana, en algunas legislaciones expresamente prohibida.

Concluimos expresando algunos cuestionamientos sobre las distintas posibilidades que pueden presentarse:

1. Fecundar óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana.
2. Mantener *in vitro* óvulos fecundados y vivos más allá de los tiempos en que posiblemente se permita su uso o crioconservación.
3. Comerciar con embriones.
4. Utilizar preembriones industrialmente con fines cosméticos, semejantes o distintos a la procreación humana.
5. Implantar en el útero preembriones sin las garantías biológicas o de viabilidad.
6. Crear seres humanos por clonación en cualquiera de sus variantes.
7. Realizar intercambio genético humano o recombinando otras especies para producir seres híbridos.
8. Hacer, en general, manipulación genética para seleccionar la raza u otras características genéticas.[11]

[11] Sobre algunos aspectos enunciados el Código Penal (Capítulo II, "Manipulación genética") establece, aunque tímidamente, algunas sanciones:
Artículo 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

Se pueden formular muchos cuestionamientos sobre los avances científicos, que son retos a la legislación y que, en lugar de simplificarse, estamos seguros que se irán complicando. Las dudas y los retos del futuro no son sólo éticos, sino específicamente jurídicos, que el derecho positivo tiene que enfrentar y resolver. Es recomendable la elaboración de leyes que, partiendo del ser humano y del estamento ético y jurídico que nos hemos dado, resuelvan los cuestionamientos presentes y, sobre todo, futuros, derivados de estos avances.

9.6 Investigación de la paternidad y la maternidad

Finalmente, cuando una persona nace fuera de matrimonio y no es reconocida por sus padres voluntariamente, la ley otorga al hijo el derecho de pedir la imputación de paternidad o maternidad, debido a que ahora, de conformidad con el art. 385, se puede investigar la maternidad, pues ya no es tan cierto que *mater semper certa est*.

Así pues, por investigación de la paternidad o de la maternidad entendemos:

> El derecho que tienen los hijos de ejercitar acción para que, pruebas de por medio, valoradas suficientes a juicio del juez, se impute la paternidad o la maternidad a un determinado sujeto. ■

9.6.1 Evolución

En materia de filiación ha habido muchos avances. Debemos recordar que en Roma el vínculo del padre con el hijo sólo podía establecerse a través del matrimonio, de tal manera que el hijo tenido fuera de matrimonio no tenía ninguna relación con el padre ni con parientes por parte del padre; estos hijos sólo adquirían el vínculo de cognación con la madre. El Digesto se refiere a los hijos tenidos fuera de matrimonio de la manera siguiente:

> *Quum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur; vulgo quaesitus matrem sequitur.* (Los hijos que nacen de legítimas nupcias siguen al padre, y los que no nacen habidos de matrimonio a la madre.)[12]

> *Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.* (La ley de la naturaleza es esta: que el que no nace de legítimo matrimonio sigue a su madre, al no haber ley especial que determine otra cosa.)[13]

> *Vulgo concepti dicuuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet; qui et spurii appellantur a satione.* (Los que no pueden demostrar padre cierto, o los que pueden, pero le tienen tal que no le permiten las leyes tenerlo, se llaman espurios.)[14]

En el derecho francés, la ley permitía demandar la investigación de la filiación en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, pero no siempre era permitida. Dicen Planiol y Ripert:

> Se ha tomado sin gran utilidad, la costumbre de llamar reconocimiento forzado a este modo de prueba, expresión poco feliz, pues es el juez quien reconoce la filiación y no el padre o la madre, los que, lejos de reconocerla, discuten hasta el fin. Sin embargo es conveniente señalar este uso, al explicar el sentido de ciertos artículos que hablan de los hijos legalmente reconocidos (arts. 756, 913, etcétera).[15]

Respecto de la investigación de la paternidad en el derecho francés, el art. 340 la prohibía casi de manera absoluta; sin embargo, fue reformado por la Ley del 16 de noviembre de 1912. En ella se autoriza la investigación en cinco casos, manteniendo implícita la prohibición; los tribunales no podían declarar la filiación fuera de los casos previstos. Los casos en que la investigación de la paternidad estaba permitida en el derecho francés eran los siguientes:

1. *En caso de rapto y violación*: en un primer supuesto los autores de la ley pensaron que cuando el rapto hubiera sido seguido de un secuestro más o menos simulado, se hacía cierta la paternidad. En un segundo supuesto el cuestionamiento versaba sobre la distinción entre las mujeres mayores y las menores; la respuesta era negativa, pues la ley no distinguió (art. 340).
2. *En caso de seducción dolosa*: la ley de 1912, inspirada en la jurisprudencia, admitía que se investigara la paternidad en el caso de que la madre hubiera sido víctima de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas (como abuso de autoridad, la promesa de matrimonio o esponsales).
3. *En caso de confesión por escrito de paternidad*: la confesión del padre es una prueba directa. Según el art. 340-3, la confesión solamente sirve de base a la declaración judicial de paternidad. Debe hallarse contenida en una carta o documento privado que emane del padre, siendo necesaria la presentación de este escrito. Ningún valor tendría la sola confesión oral.
4. *En caso de concubinato notorio*: puede judicialmente declararse la paternidad si dos personas han vivido maritalmente en el periodo legal durante el cual ha sido posible la concepción.
5. *Caso de sostenimiento y educación del hijo*: se considera una confesión tácita de paternidad el hecho de proveer total o parcialmente, como padre, a los gastos de mantenimiento y educación de otra persona.[16]

En nuestro país, de acuerdo con la legislación, los aspectos más sobresalientes en la evolución de la investigación de la paternidad y la maternidad fueron los siguientes:

1. El Código Civil de 1870 prohibió la investigación de la paternidad en forma absoluta, tanto a favor como en contra del hijo (art. 370), pero el siguiente numeral (art. 371) establecía como excepción la posibilidad de reclamar la paternidad para el único caso de que el hijo se hallase en posesión de estado, de conformidad con el art. 335 del mismo ordenamiento legal; esto era la posesión de estado con los elementos de nombre, trato y fama.
2. En el Código Civil de 1884 permanecía la prohibición absoluta del Código de 1870, en su art. 343; sin embargo, el numeral siguiente (art. 344) abría la posibilidad de investigación en los casos de rapto o violación, de manera similar a la legislación francesa, es decir, cuando la época del delito coincidía con la concepción; en este caso se podía acudir a los tribunales para la investigación.

I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y
III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

[12] D. 1, 5, 19.
[13] D. 1, 5, 24.
[14] D. 1, 5, 23.
[15] Marcel Planiol y Georges Ripert, op. cit., p. 226.
[16] Ibídem, pp. 226-231.

3. En la *Ley de Relaciones Familiares* se repetía, como en el Código Civil de 1884, la posibilidad de investigación de paternidad en caso de rapto y violación, cuando la época del delito coincidía con la concepción. Asimismo, el art. 128 establecía la posesión del estado de hijo natural, que se justificaba mediante los hechos constitutivos de la misma, pero esas pruebas no eran admisibles si no había principio de prueba por escrito.
4. A partir del Código Civil de 1928 se ha ido abriendo la posibilidad de reconocer los hijos nacidos fuera de matrimonio, acentuándose con las reformas del año 2000 y, sobre todo, desde las reformas de 2007.

9.6.2 Investigación de la maternidad

La novedad en esta materia, en atención a lo expuesto sobre la fecundación asistida, es que la presunción de la certeza de la maternidad por el solo hecho del nacimiento ya no es posible, pues como vimos, cabe la hipótesis de que el óvulo no sea de la madre e incluso que tampoco ella sea quien dé a luz; luego, la presunción no existe más, por ello se abre en la ley la posibilidad de la investigación de la maternidad.

Actualmente, y de conformidad con el CCDF, puede investigarse tanto la paternidad como la maternidad. El art. 382 dice: "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."

Según esto, la investigación de la maternidad está abierta totalmente, de conformidad con los arts. 385 y 386, que establecen:

> **Artículo 385.** Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.
>
> **Artículo 386.** 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.

9.6.3 Investigación de la paternidad

Obviamente, para el efecto se permite la investigación de la paternidad y se admite cualquier medio de prueba, por ejemplo, haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge durante los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento; cabe destacar, en esta disposición sobre todo, la admisión de aquellas pruebas que el avance de los conocimientos científicos puede ofrecer (art. 325).

Como ya sabemos, la filiación se prueba con el acta de nacimiento (art. 340), pero a falta de ésta o si fuera defectuosa, incompleta o falsa, etc., para demostrar filiación, insiste la ley, son admisibles todos los medios de prueba que la propia ley autoriza y nuevamente recalca las que los conocimientos científicos ofrecen (art. 341).

Ahora bien, dada la contundencia de las pruebas científicas, pudiera darse el caso de que alguno de los progenitores se resistiera, obstaculizando el medio de prueba; en este caso: "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" (art. 382).

9.6.4 La acción de investigación de la paternidad y de la maternidad

Sobre la acción de investigación de la paternidad y de la maternidad y con fundamento en lo dispuesto en el CCDF, sabemos lo siguiente:

1. La acción sobre la investigación de la paternidad compete al hijo (art. 388):

   Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres.

   Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.

   La acción sobre investigación de la maternidad, de conformidad con el art. 385, pueden intentarla el hijo y sus descendientes: "Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada."

   En el texto de este numeral no se señala el orden o prelación en el ejercicio de la acción; es de suponerse que a los descendientes sólo les compete investigarla en caso de fallecimiento del hijo.
2. La acción de investigación de la paternidad no es transmisible a herederos; esto sólo sucede en la investigación de la maternidad, como lo expresamos anteriormente, pues la acción también la tienen los descendientes del hijo; si bien éstos pueden ser herederos, la acción les compete en tanto descendientes del hijo.
3. Los terceros tampoco pueden ejercer la acción de investigación de la paternidad, que es admitida sólo en interés del hijo, a diferencia de los hijos de matrimonio, donde se permite a acreedores, legatarios, donatarios y herederos reclamar el estado de hijo de matrimonio, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles (art. 350).
4. La acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes (art. 347).
5. Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que trata el art. 347 citado:

   I. Si el hijo ha muerto antes de cumplir veintidós años.
   II. Si el hijo presentó, antes de cumplir los veintidós años, incapacidad de ejercicio y murió después en el mismo estado (art. 348).

   Por otra parte, los herederos podrán continuar la acción intentada en tiempo por el hijo, y también pueden contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle su filiación. Ahora bien, las acciones de que hablan los tres artículos citados prescriben a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo (art. 351).
6. Por lo que se refiere al término para la acción de investigación de la paternidad, puede intentarse durante la vida de los padres; pero si hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos tienen derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayoría de edad (art. 388).

La legislación actual, para demostrar la paternidad o la maternidad, da cabida a las pruebas que el avance científico pueda ofrecer, de acuerdo con el art. 325 del CCDF. Es evidente que en la legislación actual, y dado que se autoriza la fecundación asistida, la paternidad o la maternidad son posibles de probar, pero también de impugnar, pues ya no es tan cierto que *Mater semper certa est*, ni que *Pater est quem justae nupatiae demonstrant*.

9.6.5 Las pruebas de filiación y las diversas técnicas del avance científico

Salvo la presunción establecida en el art. 324 citado, podemos decir que existen acciones para imputar o desconocer la maternidad o la paternidad de un hijo legítimo. De acuerdo con lo anterior, las acciones que pueden ejercitarse son:

1. *La acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad:* el padre tiene derecho a desconocer la paternidad cuando se cumple el supuesto de que el hijo nace dentro del plazo que establece el art. 324, haciendo valer *la acción desvirtuadora de presunción de la paternidad.*

   O bien cuando nace fuera del plazo de referencia, en cuyo caso se hará la *acción desvirtuadora de imputación de la paternidad.*

   Para el efecto de la acción desvirtuadora de presunción de la paternidad son aplicables los arts. 325 y 326 del CCDF, que al efecto establecen:

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

   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.

Ahora bien, dicha acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad puede ser ejercitada:

a) Por el cónyuge varón dentro de los 60 días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento (art. 330).
b) Por el tutor cuando el cónyuge varón está bajo tutela, dentro del mismo plazo a que se refiere el artículo anterior (art. 331).
c) Por los herederos del cónyuge varón si éste murió incapaz, en los casos en que podría hacerlo el padre (art. 332).
d) Por la persona a quien perjudique la filiación. La acción desvirtuadora de imputación de paternidad, es decir, cuando el hijo nace fuera de los plazos que señala el art. 364, puede ser ejercitada por cualquier persona a la que perjudique la filiación, de conformidad con el art. 329, que dice:

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.

9.6.6 Pruebas de filiación matrimonial

La prueba de filiación de una persona es trascendental para la vida jurídica, ya que es determinante, entre otras cosas, para la identificación del sujeto a través del nombre y para establecer sus relaciones de parentesco con sus progenitores y con otras personas de la familia, con las consecuencias jurídicas que la filiación y el parentesco consanguíneo implican.

La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento (art. 340). Cuando ésta falte o fuere defectuosa, incompleta o falsa, la filiación se probará con la posesión constante del estado de hijo y, en defecto de esta posesión, serán admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellos que el avance de los conocimientos científicos ofrece; pero la testimonial no será admisible si hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si faltare registro o estuviere inutilizado y exista el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba (art. 341).

9.6.7 La posesión de estado de hijo

Como es sabido, la posesión de estado es una de las pruebas de la filiación matrimonial. Los elementos que configuran la posesión de estado son:

a) El nombre: es decir, que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con anuencia de éstos.
b) El trato: que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.
c) El reconocimiento constante como hijo: es decir, que el hijo haya sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad.
d) La edad: que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el art. 361, es decir, la edad mínima para contraer matrimonio, que, como sabemos, es la mayoría de edad, de acuerdo con el art. 148.

Estos elementos los encontramos en el art. 343 del CCDF, que indica:

Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;
II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.

De esta manera queda claro que cuando una persona nacida de matrimonio carece del acta de nacimiento, tendrá que demostrar la posesión de estado a la que nos hemos referido. En este caso, la ley le otorga al hijo y a otros legalmente interesados la acción de reclamación de estado de hijo. Los sujetos a quienes compete ejercer la reclamación del estado de hijo de matrimonio son los siguientes:

a) El hijo y sus descendientes en términos del art. 347 del CCDF. Cabe señalar además que esta acción es imprescriptible.
b) A los demás herederos del hijo si éste murió antes de cumplir 22 años, o si antes de esa edad el hijo presentó incapacidad de ejercicio y murió después en el mismo estado (art. 348). Los herederos podrán continuar la acción intentada en tiempo por el hijo, y también pueden contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle su filiación (art. 349).
c) Los acreedores, legatarios y donatarios del hijo tendrán los mismos derechos que la ley concede a los herederos, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles (art. 350).

9.7 Filiación extramatrimonial

Como es de suponerse, la filiación extramatrimonial es el vínculo jurídico existente entre los progenitores y el hijo nacido fuera de matrimonio. Este tipo de filiación se prueba con los mismos medios que la filiación matrimonial o con el reconocimiento de padre, madre o ambos, o por sentencia ejecutoriada que así lo declare (art. 360).

9.8 Reconocimiento voluntario

El reconocimiento es el acto jurídico por el cual nace la filiación del hijo reconocido. Este acto jurídico, aun cuando puede ser emitido unilateralmente, requiere, para surtir efectos, ser consentido por hijo reconocido y, en su defecto, por un tercero, de conformidad con las siguientes disposiciones del CCDF:

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

Artículo 370. Cuando el padre o la madre reconozca separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 de este Código, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad.

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

Artículo 376. Si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra del reconocimiento cuando llegue a la mayor edad.

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.

De acuerdo con lo anterior tenemos:

1. **Requisitos esenciales para el reconocimiento**

- La edad: que es, como lo hemos afirmado con anterioridad, la edad mínima para contraer matrimonio.
- Consentimiento: esto es, si el hijo es mayor de edad, se requerirá consentimiento por el hijo reconocido o en su defecto por un tercero legitimado (véanse los arts. 375 y 376 del CCDF).

Por otra parte, si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayoría de edad (art. 376).

Cabe también precisar que cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, aquél quedará sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente (art. 379).

2. **Requisitos formales para el reconocimiento**

La ley establece las formas en que se puede hacer el reconocimiento; al efecto, el art. 369 señala:

El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:

I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
II. Por acta especial ante el mismo juez;
III. Por escritura pública;
IV. Por testamento;
V. Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.

3. **Características del reconocimiento**

La filiación surgida por el reconocimiento, a diferencia de la filiación matrimonial, tiene las características siguientes:

a) *Es anulable*: el reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayor edad (art. 363). Aun cuando este precepto se refiere al reconocido menor de edad, a los actos de reconocimiento, pensamos, les son aplicables las disposiciones del CCDF relativas a las nulidades, en lo que sean aplicables y contempladas en los arts. 2224 a 2242.
b) *Es impugnable*: este derecho asiste al hijo que fue reconocido siendo menor de edad. El término para deducir esta acción será de dos 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 (art. 377). También tienen derecho a esta acción:

- La madre, cuando no se obtuvo su consentimiento para efectuarlo (art. 379).
- La mujer que se ha portado como madre respecto del hijo reconocido (art. 378).
- El Ministerio Público cuando se hubiere efectuado en perjuicio del menor.
- El progenitor que reclame para sí tal carácter, con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebido o para el solo efecto de la exclusión.

- El tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado; este derecho lo tiene en vía de excepción (art. 368).

c) *Es irrevocable*: el reconocimiento, de conformidad con el CCDF, no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tendrá por revocado el reconocimiento (art. 367). Para dar cumplimiento se estará a la legislación referida a los diferentes tipos de testamento.

9.9 Consecuencias jurídicas del reconocimiento voluntario o forzoso de un hijo

Es indudable que la importancia del reconocimiento voluntario de un hijo radica en las consecuencias jurídicas que se derivan de dicho reconocimiento. Por otra parte, el efecto inmediato y directo del reconocimiento consiste en establecer el lazo de filiación entre los progenitores y sus hijos, lo cual implica que el hijo reconocido adquiere para todos los efectos legales, valga la redundancia, el carácter de hijo. Específicamente, el art. 389 del CCDF dice:

> El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:
>
> I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
> II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
> III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley;
> IV. Los demás que se deriven de la filiación.

Aun cuando lo dispuesto en el art. 389 es muy escueto, podemos afirmar que en general al hijo reconocido le son aplicables todas las consecuencias de la filiación establecidas en el CCDF y que se encuentran dispersas a lo largo de sus distintos numerales. En otro orden de ideas, cabe destacar lo siguiente:

- Aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde la fecha de nacimiento que consta en la primera acta (art. 353 bis).
- También pueden gozar del derecho del inciso anterior los hijos que ya hayan fallecido al celebrarse el matrimonio de sus padres, si dejaron descendientes (art. 353 ter).
- El mismo derecho asiste a los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada (art. 353 quáter).
- La condición de hijo sólo se pierde por sentencia ejecutoriada (art. 352).

USBI-VERACRUZ

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

- **Filiación y fecundación asistida**
  - Concepto y antecedente
  - Clases de filiación
    - Filiación matrimonial
    - Filiación extramatrimonial
    - Filiación civil o adoptiva
  - Efectos jurídicos
  - Clases de hijos en legislaciones mexicanas
  - Progreso científico en materia de reproducción asistida y consecuencias en el derecho
    - Reproducción asistida
    - Inseminación artificial
    - Nuevas formas de fecundación *in vivo* e *in vitro*
    - Congelación de esperma
    - Maternidad subrogada y arrendamiento de vientre
    - Fecundación *post mortem*
    - Consecuencias jurídicas
    - Reflexión final
  - Investigación de la paternidad y la maternidad
    - Evolución
    - Investigación de la maternidad
    - Investigación de la paternidad
    - Acción de investigación de la paternidad y de la maternidad
    - Pruebas de filiación y técnicas del avance científico
    - Pruebas de filiación matrimonial
    - Posesión de estado de hijo
  - Filiación extramatrimonial
  - Reconocimiento voluntario

II. Realiza las actividades siguientes:

1. Elabora en dos cuartillas tu opinión acerca del llamado *alquiler de vientres*.
2. Analiza la ley española del 26 de mayo de 2006 y discútela con tus compañeros.
3. ¿Piensas que debería haber bancos de material genético en el país? Explica tus argumentos.
4. ¿Conoces el caso de algún padre que no quiera reconocer a su hijo? ¿Qué le recomendarías?
5. ¿Qué impacto piensas que tiene en el derecho de familia la fecundación asistida? ¿Qué opinas de nuestra legislación sobre esta materia?
6. Explica con tus palabras si existe el derecho a procrear.

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente:

1. Es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada con tal o cual ancestro, por alejado que sea:
   a) El parentesco.
   b) La filiación en Roma.
   c) La filiación según el Código Civil.
   d) El concepto de filiación en sentido amplio, según Planiol y Ripert.
2. Menciona las clases de filiación para Planiol y Ripert:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
3. En la actualidad, ¿cuáles son los tres tipos de filiación?:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
4. De acuerdo con el CCDF (art. 324), ¿cuál es el plazo para que un hijo se considere nacido dentro de matrimonio?:
   a) Trescientos días siguientes a la disolución del vínculo.
   b) Doscientos ochenta días desde que se suspendió la vida en común.
   c) Ciento ochenta días desde que cesó la convivencia.
5. Cuando falta el acta de nacimiento o es defectuosa para demostrar la filiación, se hace:
   a) Sólo con copias del acta.
   b) Con cualquier prueba menos las científicas.
   c) Con pruebas testimoniales.
   d) Entre otras, con aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrece.
6. Es el vínculo jurídico que se establece entre los progenitores y el hijo nacido fuera de matrimonio:
   a) Filiación civil.
   b) Filiación matrimonial.
   c) Filiación extramatrimonial.
   d) Filiación adoptiva.
7. Define la filiación civil:
   _____
   _____
   _____
8. Define la filiación de acuerdo con el CCDF:
   _____
   _____
   _____

9. Señala cuatro efectos jurídicos de la filiación:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
10. Qué sucede si se propone una prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se niega a proporcionar la muestra necesaria:
    a) Se le obliga por ministerio de ley a proporcionarla.
    b) Se presume que es el padre o la madre.
    c) No puede ser obligado a proporcionarla.
    d) Sólo el padre está obligado a proporcionarla.
11. ¿Qué clases de hijo mencionaba el Código Civil de 1928 antes de la reforma del año 2000?:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
    e) _____
12. Define qué es la reproducción asistida:
    _____
    _____
    _____
13. Explica las diferencias entre la inseminación homóloga y la inseminación heteróloga.
    a) La inseminación homóloga:
    _____
    _____
    b) La inseminación heteróloga:
    _____
    _____
14. Menciona cuatro ejemplos que se pueden presentar de inseminación artificial, homóloga o heteróloga:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____

15. Menciona cuatro aspectos, de acuerdo con el reglamento de la materia, para que el consentimiento informado se considere existente:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
16. Menciona cuatro requisitos que debe reunir el consentimiento informado por escrito:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
17. Menciona tres delitos en contra de la libertad reproductiva:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
18. Explica, de acuerdo con el art. 385, la acción de investigación de la maternidad:

    _____

    _____

    _____
19. Menciona cuatro supuestos en los que se puede ejercitar la acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
20. Menciona cuatro elementos que configuran la posesión de estado:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
21. Menciona las tres circunstancias que deben concurrir para que quede probada la posesión de estado, además de lo establecido en el art. 343 del CCDF:
    a) _____
    b) _____
    c) _____

22. Explica a qué sujetos compete ejercer la reclamación de estado de hijo de matrimonio:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
23. Explica qué requiere el menor de edad para reconocer a un hijo, según el art. 362 del CCDF:

    _____

    _____

    _____
24. Explica los modos o formas en los que puede hacerse el reconocimiento, según el art. 369 del CCDF:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
25. Explica las siguientes características del reconocimiento:
    a) Es anulable:

    _____

    _____

    b) Es impugnable:

    _____

    _____

    c) Es irrevocable:

    _____

    _____
26. Menciona los derechos del hijo reconocido por el padre o por la madre, de conformidad con el art. 389 del CCDF:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____

Adopción

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Conocerá los antecedentes de la adopción.
- Explicará el concepto de la adopción.
- Comprenderá los requisitos para adoptar y ser adoptado.
- Identificará la naturaleza jurídica de la adopción.
- Analizará los efectos jurídicos de la adopción.
- Conocerá las convenciones y tratados internacionales sobre la adopción.

En este capítulo nos ocuparemos del tema de la adopción, quizás uno de los más importantes dentro del derecho de familia, primero porque trata de incorporar al adoptado en el seno de una familia que le provea de los medios necesarios para su sano desarrollo, por lo que lleva un alto sentido humanitario. Al mismo tiempo la adopción, debemos decirlo con claridad, por desgracia se presta para gran cantidad de violaciones en contra de las personas a ser adoptadas, pues son entregadas a individuos sin escrúpulos que las usan para otros fines y, en oposición, el proceso de la adopción se complica misteriosamente, tornándose imposible o de plano se les niega a personas que cumplen con todos los requisitos legales.

De esto deriva que muchas veces, a través de la adopción, se trafique con las personas y se favorezca que niños y niñas caigan en manos de traficantes de menores, independientemente de que los adoptados sean utilizados para otros fines; recordamos el caso, aún en controversia, de "Casitas del Sur".

10.1 Antecedentes de la adopción

Los orígenes de la adopción se encuentran en la India y a través de ella llegó a pueblos vecinos. Se conocen también antecedentes en Egipto. Podemos recordar que el *Código de Hammurabi* ya hacía referencia a la adopción. En Grecia la encontramos sobre todo entre los atenienses; algunas de las reglas que conocemos sobre este particular eran que:

1. El padre y la madre adoptiva debían ser atenienses.
2. La adopción se podía revocar por ingratitud del adoptado.
3. La adopción siempre requería la intervención de un magistrado.
4. Sólo quienes no tuvieran hijos podían adoptar.

Sin duda que, de la antigüedad, es en Roma donde encontramos más desarrollada esta institución. Por interés de nuestro estudio partiremos de la adopción en Roma, no sólo por la influencia que ha tenido en nuestro derecho, sino también porque ahí encontramos vestigios jurídicos más estructurados.

10.1.1 Adopción en el derecho romano

En Roma existían dos formas de entrar en la familia: por nacimiento y por acto jurídico mediante las formas de la adopción y la *conventio in manu*. Del hijo concebido en *justae nuptiae* dícese que es *justus*; los clásicos llaman *filii naturales* a los *iusti*, distinguiéndolos de esta manera de los adoptivos. Los hijos *non iusti*, es decir, los nacidos fuera de matrimonio, recibían la denominación de *spuri* o *vulgo concepti*; sin embargo, en el derecho de Justiniano se llama *legitimi* a los hijos *iusti*, en tanto que son naturales los habidos en concubinato y *spuri* los que nacen de uniones no estables.

Lo anterior era en cuanto al nacimiento; respecto de la adopción era un acto jurídico por medio del cual un extraño ingresa como *filius* en una familia. Pero según que el adoptado sea un *alieni iuris* o un *sui iuris*, se distingue la adopción de dos formas: *adoptio* y *adrogatio*. La adopción la trata el Digesto en el Libro I, Título 7, según lo hemos expresado, distingue lo siguiente:

> *Filiosfamilias non solum natura, verum et adoptiones faciunt.* (No sólo la naturaleza, sino también las adopciones, hacen hijos de familia.)
>
> *Quod adoptionis nomen est quidem generale; in duas autem sepecies dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera arrogatio. Adaptantur filiifamilias; arrogantur, qui sui iuris sunt.* (El nombre de adopción es genérico y se divide en dos especies: una de ellas se llama del mismo modo, adopción, y la otra, adrogación. Los hijos de familias se adoptan y los que no están sujetos a ajena potestad de adrogan.)[1]

Ya en la época de Justiniano se distinguen dos tipos de adopción: la *adoptio plena* y la *adoptio minus plena*. La primera es la hecha por un ascendiente del adoptado, produciendo los mismos efectos que la clásica; en ésta el hijo se desliga totalmente de su familia originaria para hacerse miembro de la nueva familia; la segunda deja al adoptado bajo la potestad de su padre natural, y sólo le otorga un derecho de sucesión legítima sobre los bienes del adoptante. En este último caso, dado que la *adoptio minus plena* no confiere la patria potestad, se permite que las mujeres puedan adoptar —*ad solacium amissorum liberorum*— para consuelo de la pérdida de sus hijos. Por último, sobre los modos de la adopción, dice el Digesto:

> *Generalis enim adoptio duobus modis fit: aut Principis auctoritate, aut magistratus imperio. Principis auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt; quae especies adoptionis dicitur arrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse, et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur. Imperior magistratus adopatamues eos, qui in potestate parentis sunt, sive primum gradum leiberorum obtineant, qualis est filius, filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis pronepos, proneptis.* (La adopción general se hace de dos modos: o con autoridad del Príncipe o el imperio del magistrado. Con autoridad del Príncipe adoptamos aquellos que no están sujetos a ajena potestad; y esta especie de adopción se llama adrogación; porque el que adopta es preguntado o rogado si quiere tener por hijo legítimo a aquel a quien ha de adoptar y el adoptado es preguntado si consiente en ello. Con autoridad del magistrado adoptamos a los que están

[1] D. 1, 7, 1 y D. 1, 7, 1, 1.

bajo la patria potestad o bien tengan el primer grado de parentesco en línea recta de los descendientes, como el hijo o la hija, ya sea que obtengan grado más remoto, como el nieto, nieta, bisnieto o bisnieta.)[2]

10.1.2 La adopción en el derecho francés

La adopción llega al derecho francés, en el cual se hacen algunas consideraciones respecto de la persona del adoptante.

Sobre la definición de la adopción, encontramos que en el derecho francés la adopción es un contrato solemne que requiere aprobación judicial y que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. La capacidad para adoptar la tenían, a diferencia del derecho romano, tanto hombres como mujeres. También los solteros podían adoptar; sin embargo, era un derecho civil negado a los extranjeros.

Ahora bien, sobre las condiciones exigidas al adoptante, tenemos las siguientes:

1. Llegar a una edad donde ya no pudiera tener hijos. Esta edad se estableció en principio a los 50 años cumplidos; en 1943 se redujo a 40 años.
2. No debía tener hijo o ascendiente legítimo.
3. Además de lo anterior, se exigía que tuviera buena reputación.

Es importante señalar que el obstáculo para la adopción es la existencia de un hijo legítimo o legitimado al día de la adopción, y el efecto era que la adopción en estas circunstancias era nula.

Se puede apreciar, por estas disposiciones, que la finalidad de la adopción en el derecho francés, aun cuando era en beneficio del adoptado, consistía en dar oportunidad de tener hijos a quien no los tenía. Precisamente en este sentido la orientó Napoleón apartándose de la tradición romana, con la intención de beneficiar a través de ella a los matrimonios que carecían de hijos, pero también para proteger a los menores carentes de familia.

En los inicios del Código de Napoleón esta institución no tuvo mucha demanda; sin embargo, después de la Primera Guerra Mundial, debido al gran número de huérfanos, la adopción tomó fuerza y los requisitos se flexibilizaron, dada la necesidad existente. Cabe hacer notar que en los primeros años de vigencia del Código de Napoleón los requisitos eran numerosos y las formalidades complejas.

De esta manera, la adopción se abrió sobre todo para extranjeros, mujeres y sacerdotes, aun cuando el requisito de edad y el hecho de no tener hijos se mantuvieron. Sobre quiénes pueden ser adoptados el derecho francés establecía:

a) Pueden ser adoptados tanto hombres como mujeres.
b) En principio, el Código de Napoleón exigía que el adoptado fuese mayor de edad, pues se requería su consentimiento; posteriormente cambió al considerar la adopción como una institución de caridad, destinada a asegurar el porvenir de los menores abandonados o de los hijos de padres pobres.
c) Ninguna persona puede ser adoptada por varias personas; sin embargo, la ley exceptúa a los esposos, pues dos cónyuges pueden adoptar como hijo a la misma persona, simultánea o sucesivamente.
d) El adoptado no necesariamente debe ser extraño al adoptante: puede ser pariente; sin embargo, un padre que adopta a su hijo natural generaba controversia. Este punto, aunque no profundizaremos en él, es célebre por los cambios de opiniones y jurisprudencia, aunque la mejora progresiva de la suerte de los hijos naturales hizo cada vez menos útil su adopción.

[2] D, 1, 7, 1, 2.

Finalmente, las consecuencias de la adopción, siguiendo a Planiol y Ripert, consisten en:

1. La transmisión de la patria potestad.
2. Una modificación del nombre del adoptado.
3. La creación de algunos impedimentos para el matrimonio.
4. El nacimiento de una obligación alimentaria.
5. La atribución del derecho de sucesión.

Aun cuando los derechos parecen similares a los que tiene el adoptado en la actualidad, lo cierto es que eran un tanto distintos, como se puede apreciar en las aclaraciones siguientes. Por ejemplo, en la ley del 19 de junio de 1923, el adoptado permanecía sometido a la patria potestad de sus padres, misma que fue modificada, otorgando al adoptante derecho de patria potestad y derecho a autorizar el matrimonio del adoptado; sin embargo, en caso de interdicción, de desaparición judicialmente comprobada o de defunción del adoptante, durante la minoría de edad del adoptado, la patria potestad vuelve de pleno derecho a los ascendientes de éste.[3]

10.1.3 La adopción en el derecho mexicano

En el caso de nuestro país, sobre todo en el México colonial, se adoptó la legislación proveniente de España, como el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, los Ordenamientos de Alcalá, la Recopilación de Indias, entre otras. Después de la Independencia, el Código Civil del Estado de Oaxaca de 1828 dedicaba 21 artículos a la adopción; establecía, entre otros puntos, los siguientes:

a) La edad del adoptante en más de 50 años, carecer de hijos legítimos, no ser sacerdote y tener 15 años más que el adoptado; si era casado, tener 15 años más que el adoptado.
Se puede apreciar la similitud con lo establecido en la legislación francesa de aquellos años.
b) Nadie podía ser adoptado por dos personas, salvo que fueran esposos.
c) El adoptado adquiría el apellido del adoptante, pero conservaba el de su familia de origen, no salía de ella y conservaba todos los derechos. Esto es lo que se conoce como la adopción simple.
d) A través de la adopción se adquiere la obligación recíproca de proporcionarse alimentos.
e) También mediante la adopción se adquirían derechos hereditarios.

Es sorprendente encontrar que en los códigos civiles de 1870 y 1884 la adopción no se menciona; por el contrario, en el art. 190 del Código Civil de 1870 y en el art. 181 del Código Civil de 1884 se señala expresamente que los únicos tipos de parentesco reconocidos son la consanguinidad y la afinidad. Sin embargo, la *Ley de Relaciones Familiares* de 1917, ya señalada en esta obra, retoma la adopción y la incorpora en su articulado, más o menos en los términos siguientes:

[3] Cfr. Marcel Planiol y Georges Ripert, op. cit., pp. 240-246.

a) Se refiere a la adopción como un acto jurídico mediante el cual, al recibir un mayor de edad como hijo a un menor, adquiere derechos y obligaciones de padre de un hijo natural.
b) No establece requisitos de edad para ninguna de las partes.
c) La mujer puede adoptar sólo con permiso de su marido, mientras que el hombre lo puede hacer sin consentimiento de su mujer, aun cuando no podía llevarlo al domicilio conyugal, lo cual ocultaba hipócritamente que se trataba, en muchos casos, de hijos tenidos fuera de matrimonio por el padre. Se podía revocar voluntariamente por las partes.

Finalmente, a lo largo de este capítulo trataremos la legislación actual sobre la adopción.

10.2 Concepto de adopción

¿Qué es la adopción? Vistos brevemente los antecedentes romanos y franceses de la adopción, incursionaremos en su concepto.

Desde el punto de vista etimológico, adopción se compone de la preposición de acusativo *ad*, que indica la dirección, en sentido propio y figurado, y del verbo latino *opto, avi, atum, are*, que significa escoger, elegir; es decir, la adopción significa elegir o escoger a alguien o ir hacia alguien que has elegido.

En su sentido más propio, significa escoger o elegir a alguien para integrarlo a la familia. Con base en este significado, podemos emitir el concepto jurídico de adopción en los términos siguientes:

> Es una institución jurídica de orden público mediante la cual se crean entre dos personas vínculos de relación de paternidad y maternidad y filiación como los existentes en la filiación legítima.

De la definición anterior destacamos lo siguiente:

a) *Se trata de una institución jurídica*: no cabe duda, de acuerdo con lo que explicamos en los primeros capítulos de esta obra, que la adopción es una institución jurídica, por contar con los requisitos de la misma.
b) *Es de orden público*: como todo lo referente al derecho de familia, sus disposiciones son de orden público e interés social.
c) *Establece vínculos de filiación*: a través de la adopción el adoptante es padre del hijo con todos los derechos y obligaciones, pues a través de la filiación se establece una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que se establece parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado (art. 390).
d) *Sus efectos son como los existentes en la filiación legítima*: a través de la filiación se da una constitución plena e irrevocable, entre adoptado y adoptante, de todos los derechos y obligaciones inherentes a la relación entre padre e hijos consanguíneos; así como la constitución del parentesco consanguíneo en los términos del art. 293 de este código; lo anterior significa que se establece el vínculo que existe entre personas que descienden de un tronco común (art. 395, fracc. I y II).

Ahora bien, el concepto legal de la adopción lo establece el *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF). En el art. 390 define:

> La adopción es el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado.
>
> Es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra, en el seno de una familia.

De este artículo nos interesa destacar, para nuestros propósitos lo que dice en el último párrafo:

a) *La adopción es un derecho del menor*: es verdad que pueden ser adoptados mayores de edad incapacitados y aun no incapacitados o mayores con capacidad jurídica plena y fundamentalmente todas aquellas personas que se encuentren en un estado de vulnerabilidad económica, intelectual o desamparo o carencia familiar; sin embargo, la ley consagra la adopción como un derecho del menor y no un derecho que tengan los mayores a adoptar, como afirman con frecuencia algunos sectores sociales. Recordemos que ya en el derecho francés se le daba ese giro a la adopción con los llamados *pupilos de la nación*: aun cuando tanto el adoptante como el adoptado resultan beneficiados, el primero satisface su deseo de ser padre o madre y el segundo, al ser integrado a una familia, se le dota de los elementos para su desarrollo íntegro, como dice la ley.
b) *La adopción es de naturaleza restitutiva*: significa que a través de ello se le restituye al menor, valga la redundancia, de una familia, de la que por distintas circunstancias carece y se le otorga nuevamente cuidado y cobijo.
c) El fundamento profundo de la adopción está en un hecho humano, humanizador y filantrópico a través del cual se le da una familia a quien carece de ella, con todas las características, ventajas y alcances que tener una familia brinda.
d) *La adopción garantiza al menor vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra, en el seno de una familia*: nadie duda que al brindarle al adoptado una familia tiene mejores posibilidades para vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra; no sólo se le acoge en una familia para darle satisfactores económicos, sino, sobre todo, para acogerlo, protegerlo y velar por su desarrollo integral, ser formado en el respeto de sí mismo y con ello para que aprenda el respeto por los demás, darle amor paterno y materno, pero también de ese modo el adoptante satisface su deseo de paternidad o maternidad y goza del amor filial del adoptado.

Para concluir este apartado, debemos decir que la adopción ha sido criticada, entre otros, por los motivos siguientes:

a) Se afirma que ha sido empleada para incorporar a una familia hijos tenidos fuera de matrimonio.
b) Que los motivos de los adoptantes no son desinteresados, sobre todo si el adoptado tiene bienes.
c) En algunos tiempos y circunstancias los hijos adoptivos han sido objeto de venta y uso en mendicidad, en beneficio de los adoptantes.
d) Se ha detectado, sobre todo en tiempos recientes en nuestro país, que los menores han sido empleados por redes criminales, que los venden, los explotan sexualmente, trafican con ellos redes de pederastas, todo esto disfrazado por instituciones privadas que dicen protegerlos.

Es verdad que éstos y otros hechos lamentables y muy graves han ocurrido; sin embargo, lo anterior no es un problema que sea causado por la adopción en sí misma, sino que sucede por la existencia de gente sin escrúpulos e incluso llega a ocurrir estando los menores bajo el cuidado de sus propios padres; más aún, son sus propios padres quienes los emplean de éstas y otras maneras. Por supuesto, también ocurre lo anterior por falta de supervisión y tolerancia de las autoridades, pues no se ocupan de los menores en situación de abandono.

Es un hecho que a personas que cumplen con todos los requisitos para adoptar y lo gestionan por las vías legales les resulta tortuoso el proceso de adopción y muchas de ellas fracasan en el intento, pero para otras, que resultan ser delincuentes y utilizan a estos menores con otros fines, la adopción de menores se les facilita y otorga. Esto sólo se explica diciendo que hay corrupción y autoridades coludidas, perjudicando con ello la noble institución de la adopción.

Explicado el concepto de adopción y para complementar el concepto, pasamos a tratar su naturaleza jurídica.

10.3 Naturaleza jurídica de la adopción

Sobre la naturaleza jurídica de la adopción, de la cual nosotros ya hemos tomado una postura, prevalecen entre los estudiosos del derecho las posturas siguientes:

1. *La teoría contractual:* quienes sustentan esta postura argumentan que la adopción se trata de un contrato solemne, por ser sometido a la aprobación de la autoridad judicial; asimismo, manifiestan que es un contrato por tratarse de un acuerdo de voluntades entre el adoptante y el adoptado. La solemnidad radica, como ya lo afirmamos, en la intervención indispensable de la autoridad judicial, cumpliendo además con las formalidades que la ley establece.

   Esta teoría ya era sostenida por los juristas franceses, pero si bien es verdad que hay un acuerdo de voluntades, no todos los acuerdos de voluntades son contratos, aunque todos los contratos son acuerdos de voluntades. Es muy importante dejar en claro que en la adopción las partes, particularmente el adoptante y el adoptado, no pueden acordar el contenido obligacional, como ocurre en los contratos; en todo caso, por ser de interés público, las obligaciones entre adoptante y adoptado las establece la ley y prácticamente poco o nada queda al acuerdo de las partes.
2. *La teoría del acto jurídico mixto*: esta teoría nos parece más acorde con lo que es la adopción, aun cuando no estamos de acuerdo con ella, pero explica la adopción diciendo que en ésta intervienen las voluntades de adoptante y adoptado, lo que constituye un elemento esencial de todo acto jurídico, con lo cual estamos de acuerdo; además, el art. 390, citado líneas arriba, expresa que la adopción *es el acto jurídico*... Por otra parte, se trata de un acto jurídico mixto porque en la adopción interviene la autoridad judicial en representación del poder estatal.
3. *La teoría de la institución:* para esta postura la adopción es una institución, pero además, por ser una institución del derecho de familia, es de interés público —recordemos que la propia ley expresa que todas las disposiciones sobre derecho de familia son de orden público—, de tal manera que esto supone que las partes, si bien es cierto que intervienen voluntariamente en su celebración, no acuerdan su contenido y sus efectos se producen incluso

en contra de la voluntad de las partes. Los particulares nada pueden hacer sobre los derechos, facultades u obligaciones que trae consigo el acto de la adopción.

Ahora bien, es verdad que la adopción deriva de un acto jurídico, pero afirmar que la naturaleza jurídica de la adopción es un acto jurídico, significa confundir el medio o elemento por el que se lleva a cabo dicha institución con la naturaleza de la institución.

En conclusión, como lo expresamos en el concepto que hemos propuesto sobre la adopción, nos acogemos a la defensa de que la adopción es una institución de orden e interés público, con base en los argumentos expresados en los primeros capítulos de esta obra sobre el derecho de familia.

10.4 Características del acto jurídico o medio que la constituye

Congruente con la postura adoptada sobre la naturaleza jurídica de la adopción y considerando algunos de los aspectos establecidos en la ley, analicemos ahora el medio por el cual se lleva a cabo la misma, que en efecto se trata de un acto jurídico cuyas características son las siguientes:

a) *Es un acto jurídico solemne*: como lo hemos afirmado y lo contempla la ley, la adopción se realiza mediante un acto jurídico, entre cuyas características está el ser un acto jurídico solemne. Esta solemnidad radica fundamentalmente en la intervención necesaria de la autoridad judicial facultada por la ley para tal efecto y, por supuesto, del poder estatal, lo que significa que la ley establece formalidades especiales para que se lleve a cabo la adopción; de tal manera que la ausencia de estas solemnidades la haría inexistente, como ocurre con cualquier acto jurídico.

b) *Es irrevocable*: como sabemos por el citado art. 390 del CCDF, la adopción constituye la relación de filiación entre el adoptante y el adoptado de manera irrevocable, sin duda todo esto si la misma cumplió con todos los requisitos establecidos en la ley, pues de ser violados los mismos, dependiendo en cada caso, puede ser impugnable.

c) *Es plurilateral*: desde el punto de vista del número de las voluntades que intervienen en la adopción, encontramos que ésta es plurilateral, pues intervienen al menos más de dos voluntades.

d) *Es creador de filiación y parentesco consanguíneo*: el acto jurídico de la adopción produce la filiación entre el adoptante y el adoptado, estableciendo por este motivo el parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante, así como entre éste y los descendientes del adoptado. Para efectos prácticos el adoptado se convierte en hijo consanguíneo; por tal motivo, es extintivo de la patria potestad respecto de los padres naturales del adoptado, pues por el acto jurídico de la adopción la patria potestad pasa a los padres adoptivos.

   Por virtud del acto jurídico mediante el cual se constituye la adopción es que a ésta se le atribuyen las características del acto; sin embargo, es importante asentar que una cosa es el acto jurídico por el cual se lleva a cabo y otra diferente es la adopción en sí misma.

Normalmente, los textos jurídicos mencionan los tipos de la adopción y señalan la adopción simple y la adopción plena; sin embargo, por reforma del CCDF del 25 de mayo del año 2000,

sólo queda vigente en nuestra legislación la adopción plena. En la actualidad, por reforma del 15 de junio de 2011, han quedado derogados los arts. 407 a 410-D y, por ende, todo lo relacionado con la adopción plena es lo actualmente en vigor.

10.5 Requisitos para adoptar y ser adoptado

Dado que la adopción es una institución trascendental dentro del derecho de familia, la ley exige determinados requisitos para adoptar y ser adoptado. A estos requisitos nos referiremos en seguida.

¿Cuáles son los requisitos para poder adoptar? De acuerdo con el art. 397 del CCDF y su última reforma del 15 de junio de 2011, son requisitos para adoptar:

1. *Que sea benéfica para la persona que pretende adoptarse*, es decir, para el adoptado. Es evidente que también el adoptante obtiene un beneficio, pero dado que la ley asume y expresa que la adopción es un derecho del menor o del incapacitado, sea mayor o menor de edad, por ello es un requisito que resulte en beneficio del adoptado; de otra manera perdería su finalidad.
2. *Que el adoptante tenga 25 años cumplidos al momento en que el juez emita la resolución que otorgue la adopción y tenga 17 años más que el adoptado.* Sobre el particular, comentamos que con el transcurso de los años la edad exigida al adoptante ha variado, pues se recordará que en el derecho francés se pedía que tuviera 50 años, es decir, una edad en la que prácticamente ya no podía procrear, lo que hace suponer que la adopción era más bien para beneficiar a quien no tenía o ya no podía tener hijos. Por fortuna esto ha cambiado en la actualidad, pues si bien puede cumplirse ese objetivo, lo cierto es que se piensa más en el beneficio del menor o del incapacitado.

   La edad de 25 años requerida implica que el adoptante, además de la mayoría de edad —que es a los 18 años—, goza de madurez suficiente, estabilidad emocional y sano criterio moral para entender la responsabilidad de adoptar a otra persona y velar por su desarrollo; por otra parte, la diferencia de 17 años entre el adoptante y el adoptado es para que aquél pueda fungir como verdadero padre de éste, pues si la diferencia de edad fuese mucho menor, pudiera prestarse para intereses mezquinos del adoptante y poner en riesgo al adoptado.

   Sobre el tema de la edad y la diferencia de la misma entre el adoptante y el adoptado, es importante señalar que, según el art. 392 *in fine* del CCDF, el juez de lo familiar puede dispensar tanto el requisito de edad como el de diferencia de edades entre el adoptante y el adoptado, previa motivación y siempre que se atienda al interés superior de la persona adoptada. Esperemos que realmente sean cuidadosos con esta dispensa, pues de otra forma el menor o mayor incapacitados quedan en notorio estado de vulnerabilidad.
3. *Que el adoptante tenga solvencia económica*, es decir, que cuente con los medios o recursos suficientes para proveer a la subsistencia y educación del menor, así como a todas las demás necesidades que se le presenten, como hijo propio que es por el efecto de adopción.
4. *Que exprese las razones de la adopción*: el solicitante de la adopción debe exponer en forma clara y sencilla las razones de la pretensión de adoptar; éste será uno de los elementos que el juez de lo Familiar debe considerar y valorar para decidir sobre la adopción. Es evidente que no basta sólo que las razones se expresen: el propio juez debe cerciorarse por los medios idóneos que el adoptante es apto, legal y moralmente, para desempeñar y ejercer con diligencia su papel de padre o madre.
5. *Que el solicitante de la adopción demuestre honestidad*: De hecho, el artículo citado expresa textualmente que el adoptante o solicitante de la adopción ha de demostrar un modo de vida honesto, con capacidad moral y social para procurar una familia adecuada al adoptado. Esto es muy delicado, por lo que el juez familiar ha de tener sumo cuidado para cerciorarse de que el adoptante cumple este requisito, el cual no sólo implica para el adoptante el compromiso de educar adecuadamente al adoptado y darle buen ejemplo, sino también asegurar que la adopción cumple con su cometido.
6. *Que el o los adoptantes no hayan sido procesados o se encuentren pendientes de proceso penal*; lo anterior, dice el artículo citado, por delitos contra la familia, sexuales o contra la salud. Este punto, relacionado con el anterior, es de extrema gravedad; lástima que la disposición legal sólo se refiera a estos delitos, pues existen otros que, sin ser de los mencionados, implican que el adoptante carece de honestidad y de capacidad moral y social para procurar una familia adecuada y estable al adoptado.

Como corolario, diremos que estos requisitos se exigen tanto a quien pretenda adoptar individualmente como a ambos adoptantes si la adopción se hace en forma conjunta. La disposición legal expuesta indica que la autoridad velará por que el adoptado goce de las garantías necesarias para su debida integración a una familia, sin que se ponga en peligro su libre y debido desarrollo o se atente contra sus derechos humanos.

Lo anterior se dice fácil, pero tiene muchos alcances; incluso podemos afirmar que en muchas adopciones este mandato no se cumple. Por desgracia, faltan personas, organizaciones e instituciones gubernamentales para velar seriamente por el cumplimiento de estos requisitos y de que la adopción cumpla los loables fines que la ley expresa.

Por desgracia, falta mucho por hacer a las instituciones gubernamentales encargadas de velar por la familia y por los menores en proceso de ser adoptados o ya adoptados, pues desgraciadamente caen en manos de personas que los emplean para otros fines. Todos tenemos la obligación de velar por inocentes que son vulnerables y por menores que desde su nacimiento ya son víctimas y se les llega a victimizar más por el poco cuidado que se tiene en el proceso de la adopción.

¿Cuáles son los requisitos para ser adoptado? Pasemos ahora a analizar quiénes pueden ser adoptados. Si bien es cierto suponer que pueden ser adoptados quienes no cuenten con una familia o carezcan de alguién que cuide de ellos, debemos precisar que de conformidad con el art. 393 del CCDF, según reforma del 15 de junio de 2011, pueden ser adoptados:

1. El niño o niña menor de 18 años:
   a) Que carezca de persona que ejerza sobre ella la patria potestad.
   b) Que sea declarado judicialmente en situación de desamparo o bajo tutela del Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal.
   c) Cuyos padres o abuelos hayan sido sentenciados a la pérdida de la patria potestad; y
   d) Cuyos padres o tutor o quienes ejerzan la patria potestad otorguen su consentimiento.
2. El mayor de edad incapaz.

3. El mayor de edad con plena capacidad jurídica. A juicio del juez de lo Familiar y en atención del beneficio del adoptante y de la persona adoptada, procederá la adopción.

10.6 ¿Quiénes pueden adoptar?

Pueden adoptar, de conformidad con el art. 391 del CCDF:

a) Los cónyuges en forma conjunta, siempre que tengan al menos dos años de casados. Por supuesto que debe haber acuerdo entre ambos para adoptar y considerar al adoptado como hijo. Sobre esto, cabe argumentar que en caso de no estar de acuerdo en la adopción, ésta se convertiría en un motivo de desavenencia entre los cónyuges y, más que unir a la familia, sería un motivo de separación o al menos de conflicto; por otra parte, si no están de acuerdo en considerar al adoptado como hijo, la adopción no cumpliría con su objetivo, pero además se expone al adoptado a sufrir una serie de consecuencias negativas sobre su educación, subsistencia, cuidado y protección, y su integración a la familia simplemente sería imposible.

b) Los concubinos en forma conjunta que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años. Hasta aquí y de conformidad con las últimas modificaciones del CCDF, los cónyuges y concubinos, sean del mismo o de diferente sexo, pueden adoptar, aun cuando este artículo no lo señala de manera textual. Sobre este particular haremos algunos comentarios posteriormente.

c) Las personas físicas solteras mayores de 25 años. Sobre este tipo de adopción, habrá de tenerse cuidado para cumplir lo dispuesto en el art. 390 *in fine* del CCDF, pues señala que la adopción es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra en el seno de una familia. En todo caso, sin entrar en mayores detalles, el juez de lo Familiar tendrá que analizar la idoneidad en cada caso, pues como hemos afirmado, la adopción se emplea, desgraciadamente, para cometer muchos abusos en contra de menores.

d) El tutor al pupilo, una vez aprobadas las cuentas de su administración; y

e) El cónyuge o concubino al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida de al menos dos años.

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla con el requisito de edad a que se refiere este capítulo, siempre y cuando la diferencia de edades entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años cuando menos. En todos los casos, ambos cónyuges o concubinos deberán comparecer ante la presencia judicial en el procedimiento de adopción.

De acuerdo con el CCDF y sus recientes —trascendentales— modificaciones en materia de familia, cabe que adopten parejas homosexuales, homosexuales que vivan solos, cónyuges separados, pues no existen más las causales de divorcio; en consecuencia, no se requiere el consentimiento del cónyuge, entre otros.

Como final de este apartado la ley prevé, en su art. 394, la posibilidad de adoptar dos o más hermanos o incapacitados simultáneamente por un solo matrimonio, concubinato o una sola persona. El juez valorará en todo momento la convivencia de los hermanos para darlos en adopción.

10.7 Nulidad de la adopción

Al acto jurídico que da origen a la adopción se le aplican las disposiciones que en materia de nulidades establece el CCDF. Específicamente, nos interesa destacar lo que de manera particular señala el CCDF sobre la nulidad. Dice el art. 404:

> Sin perjuicio de las nulidades que resulten por las contravenciones a las disposiciones de este Código, será objeto de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a los preceptos referentes a:
>
> *a)* La edad del adoptado;
> *b)* La diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado;
> *c)* La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo o sus padres; y
> *d)* La adopción simultánea por más de una persona, salvo en los supuestos permitidos por la ley.

10.8 Efectos de la adopción

Sobre los efectos de la adopción, señalamos que han sido derogados los arts. 410 A, B, C y D que se referían a ella, dado que ahora los hijos adoptivos gozan de todos los derechos y tienen todas las obligaciones inherentes entre padres e hijos consanguíneos. De conformidad con el art. 395 del CCDF, en su redacción actual, podemos señalar los siguientes efectos jurídicos producidos por la adopción:

1. La constitución plena e irrevocable de todos los derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado, inherentes a los habidos entre padres e hijos consanguíneos.
2. Por medio de la adopción queda establecido el parentesco consanguíneo en los términos del art. 293.
3. Produce la obligación de proporcionar al adoptado un nombre y los apellidos de los adoptantes, salvo que el juez lo considere inconveniente.
4. Por efecto de la adopción se extingue la filiación entre el adoptado y sus progenitores, así como el parentesco con la familia de éstos, con excepción de los impedimentos de matrimonio; por otra parte, si el adoptante está casado o tiene una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguen los derechos y obligaciones, así como las demás consecuencias resultantes de la filiación consanguínea.

Como consecuencia de la adopción, los hijos adoptivos y los consanguíneos, así como los hijos adoptivos entre sí, serán considerados en todo momento hermanos entre sí.

10.9 Procedimiento para tramitar la adopción

El procedimiento de la adopción, de conformidad con el art. 403 del CCDF, queda establecido en el Código de Procedimientos Civiles; asimismo, son aplicables los arts. 893 a 901 bis —sobre la jurisdicción voluntaria— y 923 a 925 de dicho ordenamiento. Por su relevancia, en los párrafos siguientes aludiremos a estos últimos artículos brevemente, aun cuando nuestra obra no es de derecho procesal.

1. Primeramente, para iniciar el procedimiento de adopción, enunciamos quiénes deben dar su consentimiento de acuerdo con el art. 398 del CCDF:

   a) Quienes ejerzan la patria potestad: es obvio pensar que pueden ser el padre, la madre o ambos, así como los abuelos del menor que se pretende adoptar. En caso de que existan estas personas y nieguen su consentimiento, la adopción caería en uno de los supuestos de nulidad tratados anteriormente.

   Lo anterior, salvo que los padres o quienes hayan tenido la patria potestad se encuentren privados legalmente de ella,[4] o cuando se trate de menores expósitos, abandonados o cuyos padres se desconozcan, lo mismo cuando se trata de un menor de edad emancipado.

   Ahora bien, en caso de que no se localice a quienes ejercen la patria potestad, previas diligencias, el juez puede decidir, tomando en cuenta el interés superior del menor.

   b) El tutor del menor que va a ser adoptado: en este caso se supone que el menor carece de padres, por lo que se encuentra bajo el cuidado de un tutor o una institución. En tal caso, si el tutor o Ministerio Público niegan el consentimiento, este hecho deberá sustentarse en un razonamiento claro en el que se expongan las causas de la negativa; sin embargo, el juez podrá suplir dicho consentimiento considerando en todo momento el interés superior del menor (art. 402 del CCDF).

   c) Finalmente, puede dar el consentimiento la propia persona que va a ser adoptada, siempre que tenga más de 12 años.

   Finalmente, sobre el consentimiento para que proceda la adopción, aunque obre por escrito, el juez solicitará la comparecencia personal de quien o quienes otorgaron el consentimiento a fin de que expongan las razones para concederlo. Asimismo, la ley señala que en todos los asuntos de adopción serán escuchados los menores en condiciones adecuadas conforme a su edad y grado de madurez (art. 399).

2. Cumplido el requisito del consentimiento para la adopción, de acuerdo con el art. 397 del CCDF, el adoptante deberá acreditar entre otras cosas que cuenta con los medios suficientes para proveer a la subsistencia y educación de menor, que tiene un modo de vida honesto, así como que cuenta con la capacidad moral y social para procurar una familia adecuada y estable al adoptado.

[4] Señalamos que de acuerdo con el art. 444 la patria potestad se pierde por resolución judicial en los casos siguientes:
I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.
II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de este Código.
III. En los casos de violencia familiar en contra el menor;
IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada.
El cónyuge o concubino que perdió la patria potestad por el abandono de sus deberes alimentarios, la podrá recuperar, siempre y cuando compruebe que ha cumplido con esta obligación por más de un año, otorgue garantía anual, se le haya realizado un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, así como un diagnóstico psicológico; dichos estudios serán realizados por personal adscrito a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o por perito en la materia en los términos del último párrafo del artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;
V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;
VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;
VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves; y
VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes.

Ahora bien, el art. 923 del CPCDF, reformado el 15 de junio de 2011, señala:

El que pretende adoptar deberá acreditar los requisitos determinados por el Código Civil, debiendo observar lo siguiente:

I. En la promoción inicial se deberá manifestar si se trata de adopción nacional o internacional, mencionándose, el nombre, edad y si lo hubiere, el domicilio del menor o persona con incapacidad que se pretenda adoptar, el nombre, edad y domicilio de quienes en su caso ejerzan sobre él la patria potestad o tutela, o de la persona o institución de asistencia social pública o privada que lo haya recibido y acompañar certificado médico de buena salud de los promoventes y del menor.

Los estudios socioeconómicos y psicológicos necesarios para efectuar el trámite de adopción deberán realizarse por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, o por quien éste autorice, siempre que se trate de profesionistas que acrediten tener título profesional y tener como mínimo dos años de experiencia en la atención de menores y personas susceptibles de adoptar.

También los podrán realizar la Secretaría de Salud, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal para los efectos de adopción nacional.

II. Cuando el menor hubiere sido acogido por una institución de asistencia social pública o privada, el presunto adoptante o la institución exhibirá, según sea el caso, constancia oficial del tiempo de exposición, la Sentencia ejecutoriada que haya decretado la terminación de la patria potestad o en su defecto, como consecuencia del abandono, la sentencia ejecutoriada que haya decretado la pérdida de este derecho.

III. Si hubieran transcurrido menos de los tres meses de la exposición, se decretará la guarda y custodia provisional de quien se pretende adoptar con el o los presuntos adoptantes, entre tanto se consuma dicho plazo;

IV. Si no se conociera el nombre de los padres o no hubiere sido acogido por institución de asistencia social, pública o privada, se decretará la custodia con el presunto adoptante, por el término de tres meses para los mismos efectos.

En el supuesto de que el menor haya sido entregado a dichas instituciones por quienes ejerzan en él la patria potestad, para promover su adopción, no se requerirá que transcurra el plazo de tres meses a que se refiere el presente artículo (...)

Ahora bien, continúa el art. 924 del CPCDF: "Rendidas las constancias que se exigen en el artículo anterior y obtenido el consentimiento de las personas que deban darlo, conforme al Código Civil, el Juez de lo Familiar resolverá dentro del tercer día, lo que proceda sobre la adopción. La sentencia consentida por los promoventes causará ejecutoria."

Finalmente, dada la importancia de la adopción y para mejor proteger los intereses superiores del menor, el CPCDF impone al juez la obligación siguiente:

> **Artículo 925.** Una vez iniciado el procedimiento de adopción, el Juez velará para que las actuaciones judiciales en todo momento sean continuas, evitando bajo su más estricta responsabilidad la inactividad procesal, quedando obligado a presenciar y dirigir de manera personal cada una de las diligencias y actuaciones que se practiquen en el proceso y no podrá delegar dicha obligación en persona alguna. El incumplimiento de tal obligación será causa de responsabilidad para el Juez.

Finalmente, de conformidad con la reforma del 15 de junio de 2011, a las instituciones que reciben un menor para ser adoptado les obliga de la manera siguiente:

La institución pública o privada de asistencia social que reciba a un menor para ser dado en adopción, deberá, en forma inmediata, presentar por escrito solicitud ante Juez Familiar, haciendo de su conocimiento esta circunstancia, acompañando a dicha solicitud el acta de nacimiento del menor. El Juez bajo su más estricta y personal responsabilidad ordenará, de manera inmediata, en un plazo que no exceda de cinco días hábiles, la comparecencia del representante legal de la institución y de la persona o las personas que ejerzan la patria potestad, con la intervención del Ministerio Público.

A efecto de que la comparecencia se lleve a cabo de manera pronta, el Juez dictará las medidas de apremio a que se refiere el artículo 973 del presente Código, que estime más eficaces, sin seguir orden alguno.

Ratificada que sea por las partes dicha solicitud, se declarará de oficio la terminación de la patria potestad y la tutela del menor quedará a cargo de la Institución.

10.10 La adopción internacional

Sobre la adopción internacional, podemos distinguir, de conformidad con el art. 410-E del CCDF, los siguientes tipos:

a) Adopción internacional promovida por ciudadanos de otro país con residencia fuera del territorio nacional: este tipo de adopción se regirá por los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano bajo el principio de bilateralidad y, en lo conducente, por las disposiciones del CCDF.

b) Adopción internacional promovida por ciudadanos de otro país con residencia permanente en el territorio nacional. Ésta se regirá por las disposiciones del CCDF.

Por último, sobre el procedimiento para la adopción internacional, además de lo ya expuesto en el CPCDF, es aplicable lo siguiente:

Artículo 923. (...)

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

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

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

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

VI. En el auto admisorio que le recaiga a la solicitud inicial de adopción, el Juez señalará fecha para la audiencia, la que se deberá desahogar dentro de los diez días siguientes al mismo.

Para concluir este apartado sobre la adopción internacional, mencionamos los tratados y convenciones aplicables a esta institución que han sido suscritos y ratificados por nuestro país y que, por tanto, según las disposiciones constitucionales, son de observancia obligatoria, pues nuestra Carta Magna, en su art. 133, ordena:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Dentro de estos tratados y convenciones mencionamos los siguientes:

- La Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada en capítulos anteriores, sobre todo en su art. 21, que dice:

  Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

  a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
  b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
  c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
  d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
  e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

- La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. Esta convención, en sus 29 artículos, reconoce las adopciones entre los países miembros; asimismo, menciona los derechos sucesorios de los adoptantes, entre otros.
- La Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de adopción internacional. Esta convención fue aprobada el 29 de mayo de 1993 en La Haya, Países Bajos; fue aprobada por el Senado el 22 de junio de 1994. La vinculación de México fue el 14 de septiembre de 1994; se publicó en el DOF el 6 de julio y el 24 de octubre de 1994, y entró en vigor para México el 1 de mayo de 1995. De esta convención destacamos lo siguiente:

  Artículo 1. El presente Convenio tiene por objeto:

  a) Establecer garantías para las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional;

b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

Artículo 4. Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

a) Han establecido que el niño es adoptable;
b) Han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;
c) Se han asegurado de que:

1) Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular con relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos entre el niño y su familia de origen,
2) Tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,
3) Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y
4) El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y

d) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que:

1) Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando éste sea necesario,
2) Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,
3) El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y
4) El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

Artículo 5. Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción:

a) Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar;
b) Se han asegurado que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y
c) Han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

Dada la importancia que tiene esta Convención, sugerimos consultar el texto íntegro de la misma.

10.11 La adopción por homosexuales: una reflexión y algunas cifras

Legalmente, en nuestro país, una persona homosexual puede adoptar, pues conforme a las modificaciones del CCDF, puede unirse en matrimonio, que según dicho código es la unión

libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. De acuerdo con la disposición legal, los homosexuales pueden contraer matrimonio; en consecuencia, pueden fundar una familia y, por supuesto, como ya lo afirmamos, pueden adoptar.

La adopción, como lo estudiamos en su evolución histórica, ha pasado de ser un medio para que los adultos satisfagan su necesidad o su capricho de ser padres a toda costa, para transformarse en un derecho de los menores que por diferentes circunstancias de la vida carecen de una familia o de alguien que les procure no sólo subsistencia y desarrollo material, sino además que mediante la adopción encuentren una garantía para vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra.

Sin duda que lo anterior tiene muchas consideraciones morales, del mismo modo que la adopción por homosexuales despierta juicios morales, que como lo hemos dicho, ya casi nadie, persona o institución, puede hacer, considerando que de los menores indefensos se ha abusado de las maneras más absurdas y degeneradas. Las cifras así lo demuestran: cientos de miles de menores en el mundo son traficados, abusados de todas las maneras y todas las esferas posibles. Ante ello se tiene que reaccionar, pero debemos hacerlo sin apasionamientos ni juicios lapidarios y desde la comprensión humana.

La homosexualidad es una realidad innegable, sus razones o causas no necesariamente se vinculan con la degradación moral ni con enfermedad alguna. Hay homosexuales que lo son porque así es su naturaleza, así nacieron; sin embargo, es válido preguntar: ¿habrá homosexuales que no lo sean por haber nacido así, sino por otras razones? Sobre la homosexualidad, debemos indicar, se toman posiciones que suelen referirse a comportamientos anómalos o que asumen connotaciones peyorativas, así que se justifica intentar una noción alejada de lo anterior, es decir, una noción más humana. Para ello debemos considerar:

- Que la homosexualidad es una condición humana.
- La homosexualidad no es sólo un fenómeno sexual, sino la condición antropológica de una persona.
- La condición del homosexual se caracteriza por saberse instalado en la atracción hacia el mismo sexo.
- Homosexual es, pues, el que lo es constitutivamente y no sólo en forma de comportamiento; homosexual es el que vive su real condición y no el que vive una situación de pseudohomosexualidad.
- En consecuencia, la homosexualidad no se entiende exclusivamente en términos de comportamientos homosexuales, sino de un ser humano que, mediante sus comportamientos, busca su realización personal.
- Hay que descartar nociones de la homosexualidad que dentro de esa condición son anómalas, como ocurre a menudo con la heterosexualidad.

Con base en lo anterior y dado que no hay una explicación satisfactoria sobre la homosexualidad, pues no se conocen los factores biológicos que la sustentan, no existe tampoco una explicación psicológica científica; los tratamientos experimentados no han conseguido develar el secreto de la homosexualidad de un determinado porcentaje de la población humana.[5] Debemos entender la homosexualidad como variante de la sexualidad y no como enfermedad;

[5] Marciano Vidal, *Moral de actitudes II-2ª Parte*, Moral del amor y de la sexualidad, Herder, Madrid, s/d, p. 262.

entenderla como la condición sexual de una persona que se detuvo en el proceso de diferenciación. El homosexual no puede vivir su sexualidad desde la diferencia hombre-mujer o varón-hembra, como lo vive el heterosexual, sino que lo hace desde otra situación que se denomina *homosexual*.

Debemos entender, pues, que el homosexual es una persona que, desde la perspectiva de la ley, tiene derechos y obligaciones; en otras palabras, el homosexual es hijo de Dios e hijo de la patria como cualquier heterosexual o como cualquier ser humano. Como lo hemos afirmado antes, para los efectos que nos ocupan sobre la adopción el homosexual, igual que el heterosexual, puede tener un comportamiento ejemplar y también ser capaz de conductas criminales; esto es, pueden ser padres o madres amorosos y también brutalmente desobligados con sus hijos.

En materia de adopción por homosexuales, no estamos de acuerdo en que lo esgriman como un derecho, pues la ley es clara al respecto; dice el art. 390 *in fine*: es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra en el seno de una familia.

Los niños no pueden ser usados como objetos, esto es, no pueden utilizarse para la reivindicación de derechos por grupo social alguno, ni pueden ser empleados por los gobiernos con fines políticos, como ha ocurrido en nuestro país; partimos, como lo expresa el citado art. 390, de que el niño es el centro de interés de toda ley o disposición sobre la adopción y tiene como aspiración dotarle de lo más parecido al hogar que no conoció e integrar a una familia.

Ahora muchas constituciones en el mundo, y particularmente la nuestra, han incluido el respeto a los derechos humanos y, por consiguiente, el principio de la no discriminación; sin embargo, cabe distinguir entre el trato desigual y la discriminación: ésta es un trato desigual injustificado, pero no se puede alegar discriminación cuando nos encontramos frente al rechazo de personas que no poseen características que se consideran relevantes para ocupar un determinado encargo, por ejemplo para ser miembro del ejército o profesor universitario, o para desempeñarse profesionalmente en una función si se carece de una cualidad relevante; en estos casos no se puede alegar violación de sus derechos humanos o discriminación de un profesor. En el caso que nos ocupa, podemos interrogar: ¿la homosexualidad es una característica relevante para la educación y el desarrollo de un niño?

Nuestra legislación hace pesar más el interés del menor que el de los padres, sean biológicos o adoptivos. Sin embargo, en el caso de la adopción homosexual, parece que pesa más la defensa del derecho de los homosexuales que el interés del menor. Esta argumentación de que los homosexuales poseen el mismo derecho de adoptar que los heterosexuales pasa por alto que la adopción es un derecho del menor de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra en el seno de una familia y no es para cumplir caprichos de los adoptantes.

Sobre el particular las opiniones se encuentran divididas; la verdad es que no se han realizado estudios suficientes para determinar si existen consecuencias de la adopción de niños por homosexuales. Pero veamos algunas cifras: Susan Golombok y Fiona Tasker[6] hicieron un seguimiento de varios niños hasta la edad adulta y encontraron que 56% de los adultos criados por parejas homosexuales consideraban la posibilidad de tener una relación homosexual, contra 4% de los niños criados por madre soltera; 24% tuvieron relaciones homosexuales, en

[6] Loc. cit.

comparación con el 0% de los que fueron criados por madre heterosexual; 36% presentó algún tipo de atracción sexual por el mismo sexo, contra 22% de los que fueron criados por una madre heterosexual.

Otros estudios muestran que puede haber un patrón de comportamiento que hace mayor el riesgo de abuso sexual cuando los padres son homosexuales. Un informe elaborado en Estados Unidos, a partir de expedientes de hijos adoptivos que fueron abusados sexualmente, muestra lo siguiente:

- Respecto de los niños abusados por hombres, en 63% de los casos el padre era homosexual, y en cuanto a los niños abusados por mujeres, en 75% de los casos la madre era lesbiana.[7]
- La probabilidad de abuso se multiplica por 40 cuando un niño varón queda al cuidado de varones homosexuales.
- Un niño abusado tiene más probabilidades de convertirse en abusador cuando llegue a adulto; hasta 70% de los padres que abusaron de sus hijos habían sido abusados ellos mismos durante su infancia.[8]
- La doctora Judith A. Reisman, de la American University, confirma que sólo 9% de la población es pederasta, a diferencia de la población homosexual, que alcanza 60%; es decir, 87% de la población pederasta es homosexual, mientras que el 13% restante es heterosexual.[9]

Sin duda el tema es polémico, pero formulemos algunas preguntas y comentarios para que cada quien forme su opinión y criterio, en el cual, con seguridad, tendrá que ver la experiencia de vida de cada persona, su educación e incluso su religión:

1. ¿Los hijos de padres homosexuales tendrán las mismas ventajas y expectativas de salud, adaptación y desarrollo que los hijos de heterosexuales?
2. ¿La aprobación de leyes sobre la adopción tomó en cuenta la experiencia científica?
3. ¿La adopción es un derecho del menor adoptado o del homosexual?
4. ¿Negar a las parejas homosexuales el derecho de adopción es una discriminación?
5. ¿Será relevante la preferencia de género o la homosexualidad de los adoptantes para la educación y el desarrollo de un niño?
6. ¿Los niños de hogares homosexuales serán más propensos a buscar su identidad sexual experimentando con algunas conductas homosexuales?
7. ¿Los niños de hogares homosexuales serán propensos a desarrollar una identidad sexual confusa?
8. ¿Es válido colocar a los niños en un estado de vulnerabilidad con tal de reafirmar socialmente los derechos de los homosexuales?
9. ¿Los niños necesitarán contar con modelos de identidad masculina y femenina para el buen desarrollo de su personalidad?
10. Los niños adoptados por homosexuales, ¿cómo podrán entender la complementariedad entre los sexos?
11. ¿Cómo vivirán su propia sexualidad?

[7] Paul Cameron, "Gay Foster Parents more Apt to Molest", *Journal of Family Research Institute*, vol. 17, núm. 7, noviembre de 2002.

[8] Gay Adoption Horror: Duke University official molested adopted African son, pled son to cop in web sting, *sfd*.

[9] Judith Reisman, "Crafting Gay Children", *Psychiatric Journal*, University of Ottawa, J. W. Bradford et al., 1988. Citado por Carlota de Barcino, *Adopción por homosexuales, ¿qué interés prevalece?*

12. ¿La crianza de niños por homosexuales es un acto contra la naturaleza?
13. ¿Existirán diferencias entre niños criados por homosexuales y niños criados por heterosexuales?
14. ¿Tendrá influencia la adopción homosexual en la orientación sexual futura del niño?
15. Para el crecimiento correcto de los menores, ¿importará el género de los padres o solamente el cariño dado a sus hijos?
16. ¿Serán necesarias las figuras de un padre y una madre para que los niños dispongan de modelos masculino y femenino a fin de desarrollar de manera integral una sana identidad sexual?
17. ¿La adopción de padres homosexuales traerá consecuencias psicopatológicas en el adoptado?
18. ¿Afectará a los niños saber por qué han sido entregados a una familia a la que siempre faltará un padre o una madre?

10.12 Reflexión final

El tema de la adopción entre homosexuales se debe estudiar con mucha seriedad y responsabilidad, pensando sobre todo en los niños. Es innegable, al menos hasta ahora, que mucha de nuestra conducta es aprendida; de esa manera aprendemos nuestras funciones y los roles que desempeñamos toda la vida. Los hijos nos identificamos con nuestros padres; no sólo heredamos características del fenotipo y del genotipo, sino que también heredamos tradiciones, comportamientos, etc. Así construimos nuestra personalidad.

La reflexión sobre la adopción no es un juego, tampoco lo es la legislación. Todos estamos obligados a prevenir posibles daños emocionales a los niños y, en caso de ser necesario, auxiliarlos para favorecer su desarrollo pleno. No podemos soslayar los problemas de la niñez en México, ya lo hemos dicho, los niños son agredidos por todos, incluso por sus propios padres, son explotados, traficados, agredidos por redes criminales, pero lo más grave es que quienes están obligados a velar por ellos y brindarles protección no cumplen con su responsabilidad; tenemos con los menores una deuda toda la sociedad, pero específicamente el Estado, un Estado ausente, un Estado omiso.

Ahora bien, a la luz de la legislación, debemos tomar en cuenta las disposiciones constitucionales ya expuestas en capítulos anteriores, sobre todo el art. 4°, así como la Convención sobre los Derechos del niño, también ya referida en esta obra. De estas disposiciones destacan, por un lado, el respeto a la diversidad y la no discriminación, pero por el otro, también el respeto a los menores.

De esta manera debemos dejar a salvo el derecho de los menores y evitar una serie de riesgos relacionados con ellos, entre los que destacan el de discriminar a los hijos por la preferencia sexual de sus padres cuando éstos son homosexuales, es decir, por tener como padres dos hombres o dos mujeres. Asimismo, cabe la posibilidad, no muy remota, de que ser hijo de homosexuales provoque marginación, exclusión, vergüenza, burla o, como lo hemos dicho, una confusión de roles en los menores, así como problemas con su identidad sexual. Es legítimo el cuestionamiento: ¿los hijos e hijas seguirán la tendencia sexual de los padres o madres adoptivos homosexuales?

Concluimos proponiendo la realización de estudios científicos desde distintas especialidades, como la sociología, la medicina, la psicología, entre otras, que nos indiquen los posibles

efectos de la adopción por parejas de homosexuales o lesbianas; pero estudios objetivos, realizados por instituciones y científicos imparciales, asegurando que quienes los efectúen no tengan una relación ni dependencia de los protagonistas principales, a fin de garantizar la confiabilidad de los mismos y evitar que los involucrados, personas o asociaciones, lleven agua a su molino.

Hay poca literatura sobre el tema de la adopción por parejas de homosexuales, pero algunos de los artículos y obras sobre este particular recogen testimonios de personas donde se aprecia el impacto negativo que sufrieron quienes vivieron y se desarrollaron en familias formadas por homosexuales. Sugerimos consultar estos testimonios, artículos y videos en internet.

Aceptamos a plenitud los derechos de los homosexuales, son personas tan dignas como los heterosexuales, dotadas como todos los seres humanos de inteligencia, cualidades invaluables, capaces de amar y odiar como cualquiera. Pero también aceptamos como superior e intransigible el derecho de los menores, como lo dice el texto constitucional:

Artículo 1°. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 4°. (...)

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. (...)

Sólo una pregunta final: ¿qué tomó en cuenta el legislador para aprobar la adopción por parejas del mismo sexo?

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

Adopción

- Antecedentes de la adopción
  - En el derecho romano
  - En el derecho francés
  - En el derecho mexicano
- Concepto de adopción
- Naturaleza jurídica
- Características del acto jurídico o medio que la constituye
- Requisitos para adoptar y ser adoptado
- Nulidad de la adopción
- Efectos de la adopción
- Procedimientos para tramitar la adopción
- Adopción internacional
- Adopción por homosexuales

II. Realiza las actividades siguientes:

1. ¿Conoces a alguna familia que tenga hijos adoptivos?, ¿cómo aprecias que es su relación?
2. ¿Conoces a alguien que sea hijo adoptivo y que además sepa que lo es?, ¿cómo fue su reacción al enterarse?
3. ¿Aceptarías tener padres homosexuales? Explica tu respuesta.
4. ¿Aceptaría tu círculo familiar una pareja de homosexuales?
5. Busca en internet artículos sobre la adopción por parejas homosexuales.
6. Busca videos sobre familias homosexuales que hayan adoptado hijos.

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente:

1. Ésta era hecha por un ascendiente del adoptado y producía los mismos efectos que la clásica, en la que el hijo se desliga totalmente de su familia originaria para hacerse miembro de la nueva familia:
   a) *Adrogatio.*
   b) *Adoptio plena.*
   c) *Adoptio minus plena.*
   d) *Adoptio legitimi.*

2. Escribe una V o una F si la aseveración es falsa o verdadera:
   ( ) Los atenienses sólo podían adoptar si tenían hijos.
   ( ) En Roma se podía entrar en la familia de dos formas: por nacimiento y por acto jurídico.
   ( ) En el derecho francés se podía adoptar a cualquier edad.
   ( ) En el derecho francés los adoptantes no debían tener hijo o ascendiente legítimo.
   ( ) En el derecho francés la adopción es un contrato que requiere aprobación judicial y que crea entre dos personas relaciones análogas a la filiación legítima.
   ( ) Después de la Independencia, el primer código que habló de la adopción fue el *Código Civil del Estado de Morelos.*
   ( ) La *Ley de Relaciones Familiares* del 1917, al hablar de la adopción, no establece requisitos de edad para ninguna de las partes.
   ( ) La adopción siempre es revocable.
   ( ) Uno de los requisitos para adoptar es que beneficie a las dos partes.
   ( ) Uno de los requisitos de adopción es que el adoptante tenga 25 años y que tenga 17 años más que el adoptado.
   ( ) Uno de los requisitos para ser adoptado es que la persona esté en situación de desamparo.
   ( ) Los cónyuges pueden adoptar sólo conjuntamente.
   ( ) Para adoptar los cónyuges deben tener al menos cinco años de casados.
   ( ) El tutor nunca puede adoptar al pupilo.
   ( ) La adopción es nula cuando el adoptado no tiene la edad requerida por la ley.
3. La persona que va a ser adoptada puede prestar su consentimiento:
   a) Si es mayor de edad.
   b) Si tiene menos de 17 años.
   c) Si es mayor de 16 años.
   d) Si tiene más de 12 años.
4. Menciona tres motivos de nulidad absoluta de la adopción:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
5. Menciona tres requisitos para adoptar:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
6. Menciona tres críticas a la adopción:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
7. Explica qué significa que la adopción es una institución de orden público:
   _____
   _____

8. Define el concepto de adopción:

9. Qué significa que la adopción es de naturaleza restitutiva:

10. Explica la teoría contractual sobre la adopción:

11. Define la adopción según el CCDF:

12. Sobre la naturaleza jurídica de la adopción, explica la teoría de la institución:

13. Explica por qué se dice que el acto jurídico que constituye la adopción es un acto solemne:

14. Menciona los requisitos para poder adoptar:
    a)
    b)
    c)
    d)
    e)
    f)

15. Menciona de acuerdo con el CCDF quiénes pueden adoptar:
    a)
    b)
    c)
    d)
    e)

16. Menciona cuáles son los efectos de la adopción:
    a)
    b)
    c)
    d)

17. Explica los dos tipos de adopción internacional:
    a)
    b)

18. Menciona tres aspectos del art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño:
    a)
    b)
    c)

19. Explica tres aspectos sobre el procedimiento para adopción internacional:
    a)
    b)
    c)

20. Explica brevemente el procedimiento para tramitar la adopción:

Patria potestad

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Conocerá el concepto y la evolución de la patria potestad.
- Analizará los objetivos y fines de la patria potestad.
- Identificará los efectos de la patria potestad respecto de los hijos.
- Identificará los efectos de la patria potestad en relación con los bienes del menor.
- Explicará las obligaciones de alimentar y formar a los hijos.
- Explicará los supuestos de:
  - La terminación de la patria potestad.
  - La pérdida de la patria potestad.
  - La suspensión de la patria potestad.
  - La limitación de la patria potestad.
  - La recuperación de la patria potestad.

La patria potestad, como otras instituciones del derecho de familia, deriva de la filiación. Podemos decir que la patria potestad, aunque no es el único, es uno de los efectos más importantes de la filiación, con todo lo que de ella deriva.

La patria potestad es lo que da sentido a la familia; por el efecto de la filiación es que los hijos ingresan bajo la patria potestad de sus ascendientes, con las facultades y prerrogativas que la ley señala. Por supuesto que implica deberes y derechos, incluso por encima de los que la ley indica, pues de la filiación y, por ende, de la patria potestad surgen lazos morales, afectivos y de respeto entre padres e hijos; obedecemos a nuestros padres no sólo porque la ley lo señala, sino sobre todo porque son nuestros padres y viceversa: amamos, respetamos y nos ocupamos de nuestros hijos no sólo por obligación legal, sino porque son nuestros hijos, por lo que, como se puede apreciar a lo largo de esta obra, el derecho de familia y todas las instituciones que de él emanan tienen un alto contenido ético o moral.

11.1 Concepto de patria potestad

¿Qué es la patria potestad? Etimológicamente, procede del vocablo *Pater*, que significa padre, y de ahí *patrius, a, um*, que quiere decir paterno, y de *potestas potestatis*, que quiere

decir poder, potestad, potencia, poderío, procedente a su vez del verbo latino *possum, potes, posse, potui*, que significa poder; según lo anterior, patria potestad significa poder o potestad del padre o de la cabeza paterna. Dice el Digesto:

> *Potestatis verbo plura significantur: im persona magistratuum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium. At quum agimus de noxae deditione cum eo, qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus. In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus el Cassius aiunt.* (La palabra potestad significa muchas cosas: en cuanto a la persona del magistrado, el imperio; en las personas de los hijos, la patria potestad; respecto de los siervos, el dominio; y cuando se trata de entregar el siervo en satisfacción del daño que causó, porque no lo defiende su señor, significa la facultad de entregarlo. En la ley Atinia se dice que vino la cosa hurtada a la potestad de su señor. Sabino y Casio dicen también, aunque hubiese derecho y potestad de vindicar.)[1]

En Roma, no cabe duda, la patria potestad se encontraba vinculada con la autoridad absoluta del padre de familia, un poder —podemos recordar— incluso de vida o muerte sobre sus hijos. Era para los padres una facultad amplísima, un poder absoluto. Algunos tratadistas, inspirados en el derecho romano, asocian la patria potestad con el poder que el padre de familia tiene sobre sus descendientes, pero con el transcurso del tiempo, como lo veremos más adelante en la propia Roma, estas facultades se fueron atenuando, como sucedió en la *Lex Caracalla* e incluso en la *Lex Julia adulterii*. Proponemos, para efectos de nuestro estudio, lo siguiente:

> La patria potestad es una institución jurídica que procede de la filiación, consistente en un conjunto de facultades y deberes que la ley señala a los ascendientes con respecto a sus descendientes y sus bienes mientras se encuentran en su minoría de edad.

Destacamos de este concepto lo siguiente:

a) La patria potestad es una institución jurídica. Como ya lo hemos visto, del derecho de familia surgen muchas instituciones que cuentan con un apartado normativo, tanto sustantivo como procesal, que les otorga el carácter de institución, como lo explicamos en los primeros capítulos.

b) Es un efecto directo e inmediato de la filiación.

c) Ha dejado de ser o estar concentrada en el marco del poder del padre de familia; por ello hemos preferido que conste en un conjunto de facultades y deberes, más que derechos y obligaciones, aunque los implica.

d) Estas facultades y deberes ya no se concentran en el poder del padre de familia, por lo que se ha alejado de ese concepto; ahora, por fortuna, la patria potestad corresponde a ambos ascendientes, ha dejado de ser patria potestad, pues ni se concentra en el padre ni es un poder. Podemos decir que se trata de una *conyugo-facultad* o *patria y matria facultad*; si se quiere conservar el término, podemos decir *patria y matria potestad*.

e) Es evidente que el ejercicio de la patria potestad, es decir, las facultades y deberes que implica, recaen sobre los menores hijos y sus bienes.

[1] D. 50, 16, 215.

11.2 Evolución de la patria potestad

Como lo hemos hecho en otros apartados de esta obra, desarrollaremos la evolución de la patria potestad, que como veremos pasa de ser considerada un poder desconsiderado en manos del *paterfamiliae*, hasta la consideración y protección de los menores hijos, como lo pensamos ahora.

11.2.1 La patria potestad en el derecho romano

Seguiremos en el estudio de este apartado las Institutas de Justiniano y el Digesto. Por virtud de la patria potestad el padre era propietario de los hijos y de los esclavos, lo que implicaba el derecho sobre sus personas y bienes. Cabe destacar que sobre sus personas tenía derecho de vida o muerte; sin embargo, podemos advertir cómo con el transcurrir de los años se fue atemperando ese poder, imponiéndose el amor paternal y las costumbres de la sociedad romana. Esto se puede apreciar en un pasaje del Digesto, cuando el emperador Trajano precisó al padre que trataba mal y contra la piedad a su hijo para que lo emancipase:

> *Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem afficiebat, coëgit emancipare, quo postea defuncto pater, ut manumisor, bonorum possessionem sibi competere dicebat; sed consilio Neratii Prisci et Aristonis et propter necessitatem solvendae pietatis denegata est.* (El emperador Trajano precisó al padre que trataba mal y contra la piedad al hijo, a que lo emancipase, el cual murió después, y el padre decía que le competía la posesión de los bienes por haberlo emancipado, pero, por consejo de Prisco y Ariston, se le negó por haber sido precisado a que lo emancipase.)[2]

Así hubo diversos avances. En el código se encuentra una Constitución de Constantino que condena a la misma pena que al parricida al padre que hubiese causado la muerte a su hijo. Cuando desaparece la república y con ella el derecho natural y el de gentes, se introdujo en la legislación el poder correccional de los padres sobre los hijos, pero contenido dentro de justos límites; de la misma manera, se limitó el derecho de disponer de ellos.

Lo mismo sucedió en tiempos de Gayo: aun cuando existía la venta de hijos, se llevaba a cabo para liberarlos de la potestad paterna; la entrega de hijos en reparación del daño se hacía formalmente, pero sólo respecto de los hijos y no de las hijas. Diocleciano y Maximiano, por un rescripto inserto en el código, dicen que no hay duda de que los padres no pueden dar a sus hijos, ni por venta, ni por donación, ni en prenda. En cambio, Constantino permite venderlos, pero al salir del seno materno y cuando a ello obliga la extrema miseria.

Sobre los bienes de los hijos, el poder del padre era muy extenso: el hijo no podía tener nada que no fuese de su padre, ni adquirir nada que no fuese para su padre. Como se ve, los efectos de la patria potestad sobre los hijos eran absolutos. Ahora bien, la patria potestad se adquiría: *a)* por justas nupcias, *b)* por legitimación, *c)* por adopción: *In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus.* (Bajo nuestra patria potestad se hallan nuestros hijos, a quienes procreamos en justas nupcias.)[3]

Recordemos que los romanos consideraban a las justas nupcias como propias y no de cualquier otro pueblo; asimismo, la patria potestad era de derecho civil y se precisaba ser ciudadano romano para adquirirla. Dice Gayo:

[2] D. 37, 12, 5.
[3] Joseph Ortolán, *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, t. I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 266.

> *Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est nepos tuus et neptis aequae in tua sunt potestate; et pronepos, et proneptis, et deinceps caeteri. Qui autem ex filia tua nascitu, in potestate tua non est, se in patris ejus.* (El que nace de ti y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto o tu nieta, y de la misma manera tu bisnieto o bisnieta y así los demás. Mas el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre.)[4]

El jefe de familia tenía bajo su patria potestad a sus hijos en primer grado; si éstos se casaban no se liberaban del poder de su padre, y si tenían hijos no asumían la patria potestad, sino que ésta recaía sobre el mismo jefe, el padre de familia, y se criaban bajo su autoridad hasta su muerte. Con respecto a las hijas, al casarse, no salían siempre de su familia paterna; en cambio, sus hijos no entraban nunca en ella: estaban bajo el poder de su padre o del jefe de familia a quien éste se hallaba sometido y no bajo el poder de su abuelo materno.[5]

11.2.2 Patria potestad en el derecho francés

Desde los tiempos de Roma la patria potestad se ha transformado paulatina pero inexorablemente, y con dicha transformación se ha debilitado el poder del padre de familia. En cuanto al derecho francés, según Marcel Planiol y Georges Ripert, en el art. 372 la patria potestad se atribuye conjuntamente al padre y a la madre; esta atribución era nominal respecto de la madre, pero a partir de la ley del 19 de junio de 1923 sobre la adopción se exige el consentimiento de la madre. Lo mismo sucede respecto del matrimonio, según la ley del 17 de julio de 1927. La transmisión de la patria potestad a la madre ocurre únicamente a falta del padre, convirtiéndose en una potestad materna. Esto sucede en los casos siguientes:

1. Por muerte del padre. En tal caso correspondía a la madre ejercerla por sí sola para el futuro, sin que este ejercicio se pudiera limitar por testamento del padre.
2. Por pérdida de la patria potestad del padre. Este hecho en general producía el mismo efecto que la defunción; sin embargo, quedaba reservado a los tribunales decidir si el ejercicio de la patria potestad debía atribuirse a la madre.
3. Cuando el padre no se hallase en capacidad de ejercer sus derechos, lo cual podía suceder como consecuencia de locura o de la ausencia. Así, el art. 141 de la ley del 17 de julio de 1927 establecía que la vigilancia de los hijos menores se transmitía a la madre, y que ésta ejercía *todos los derechos del marido*. En este caso observan Planiol y Ripert que se trata de una delegación, pues la madre obra en nombre de su marido ausente o enajenado y no en el suyo propio.

11.2.3 La patria potestad en nuestra legislación

Como lo hemos hecho en diferentes apartados de esta obra, analizaremos la evolución de la patria potestad en nuestra legislación siguiendo los códigos civiles y la *Ley sobre Relaciones Familiares*; veremos que contienen disposiciones prácticamente idénticas, con muy pequeñas variantes.

[4] Ibidem, p. 267.
[5] Ibidem, pp. 263-267.

11.2.3.1 La patria potestad en los códigos civiles de 1870 y 1884

El Código Civil de 1870, en su numeral 395, dispone: "Al que tiene al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarle convenientemente." Esta redacción es idéntica a la del art. 369 del Código Civil de 1884; por lo que se puede apreciar que ambos consideran la patria potestad como el deber que tienen los padres de educar y corregir a sus hijos. También coinciden, incluso en la actualidad, al decir que la patria potestad se ejerce sobre los menores de edad no emancipados; así, el art. 390 del Código Civil de 1870 dice: "Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de sus ascendientes a quienes corresponde aquella según la ley."

Por otra parte, ambos códigos establecen y mencionan en distintos numerales, de manera idéntica, a quienes deben ejercer la patria potestad y señalan que la misma se ejerce:

I. Por el padre.
II. Por la madre.
III. Por el abuelo paterno.
IV. Por el abuelo materno.
V. Por la abuela paterna.
VI. Por la abuela materna.

También en ambos códigos civiles se señala que el ejercicio de la patria potestad implica la obligación de educar convenientemente a los hijos y para ello faculta a quienes la ejercen para corregirlos, castigarlos de forma mesurada e impone a las autoridades la obligación de ayudarles en este cometido.

Así, los arts. 370 del Código Civil de 1884 y 396 del Código Civil de 1870 establecen en forma idéntica lo siguiente: "El padre tiene la facultad de corregir, castigar a sus hijos templada y mesuradamente." El art. 371 del Código Civil de 1884 añade: "Las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de ésta y las demás facultades que les concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas."

Ambos códigos (Código Civil de 1884, art. 374 y Código Civil de 1870, art. 400) señalan: "El que ejerce la patria potestad es el legítimo representante de los que están bajo de ella, y administrador legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código."

11.2.3.2 La patria potestad en la *Ley sobre Relaciones Familiares*

Destaca de esta ley, además de su inconstitucionalidad, a la cual ya nos hemos referido, el hacer bilateral el ejercicio de la patria potestad, a diferencia de los códigos civiles de 1870 y 1884, cuyo ejercicio era individual, habida cuenta de que la patria potestad no tiene por objeto beneficiar a quien la ejerce y en consideración a la igualdad entre el hombre y la mujer, juzga conveniente que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre, en su defecto por el abuelo y por la abuela, etc. Los preceptos de la *Ley sobre Relaciones Familiares* se redactaron de la manera siguiente:

Artículo 241. La patria potestad se ejerce:

I. Por el padre y por la madre;
II. Por el abuelo y la abuela paternos, y
III. Por el abuelo y la abuela maternos.

Artículo 242. Solamente por falta o impedimento de los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en el artículo anterior.

Sin embargo esta ley, respecto de la administración de los bienes, hace las precisiones siguientes:

Artículo 248. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo, pero consultará en todos los negocios a su consorte y se requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

El padre o el abuelo, en su caso, representará también a sus hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

11.2.3.3 El Código Civil de 1928

El Código Civil de 1928 que, con una serie de reformas, es el que nos rige en la actualidad, regula la patria potestad en los arts. 411 a 448 y fundamentalmente contempla los efectos de la patria potestad en relación con los descendientes, efectos en relación con los bienes de los mismos y las formas como se suspende o extingue. Sobre la evolución de este código haremos los comentarios siguientes:

a) Este código, al igual que los anteriores, no define la patria potestad; si bien es cierto que se deduce del contexto que legislativamente la contempla, en opinión nuestra bien haría en definirla. En el art. 411 su redacción actual queda como sigue:

> En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su edad y condición.
>
> Quienes detenten la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

b) Antes de su redacción actual fue objeto de tres reformas:

1. El texto original del Código Civil de 1928 decía: "Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes."
2. Tras la reforma del 30 de diciembre de 1997, el texto del art. 411 quedó así: "En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición."
3. En reforma del 6 de septiembre de 2004 se adicionó al art. 411 un segundo párrafo, para quedar como sigue:

   > En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.
   >
   > Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de manipulación, alienación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor.

4. Por reforma del 2 de febrero de 2007 se introdujo el art. 414 bis al *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF), en los términos siguientes:

Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y
IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

No se considera incumplimiento de estas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.

Otros aspectos sobre las reformas y el texto actual del CCDF serán tratados en apartados subsecuentes.

11.3 Objetivos y fines de la patria potestad

Los objetivos y fines de la patria potestad quedan específicamente establecidos en los arts. 413, 422 y 423 del Código Civil. El ejercicio de la patria potestad parece un asunto fácil a primera vista: nadie duda, como lo establece la ley, que corresponde a los ascendientes, es decir, a ambos cónyuges, quienes mientras viven unidos la ejecutan más o menos bien, en forma espontánea y sin mayores problemas, como no sean los derivados o considerados normales de la vida en común y presentes en cualquier familia; sin embargo, el ejercicio de la patria potestad se convierte en un grave problema cuando media una separación, pues ambos cónyuges o concubinos, aun separados, conservan y deben ejercer la patria potestad.

Sobre el aspecto anterior y sin entrar en mayores detalles, afirmamos que se obstaculiza su ejercicio, en muchos casos, por el cónyuge que tiene la custodia del menor, obviamente, como lo hemos dicho en otros aspectos a lo largo de esta obra, en perjuicio de los menores. Para ayudar a la reflexión sobre el particular es importante considerar y tener presentes cuáles son los objetivos y fines de la patria potestad; para ello analicemos los artículos mencionados:

Artículo 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Artículo 422. A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

Artículo 423. Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código.

Analicemos algunos alcances de estos numerales:

1. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos: esto significa ciertamente ejercer autoridad sobre los menores o personas sujetas a la patria potestad, no una *potestas* al estilo romano, sino una *autoritas*; parece fácil, pero en general ejercer autoridad sobre una persona no es cosa sencilla y tiene muchas implicaciones.

   Si por alguna circunstancia las personas sujetas a la patria potestad tienen bienes, el ejercicio de la patria potestad se complica aún más, pues en muchos casos esto genera disputas entre los cónyuges que llegan al divorcio, sobre todo si mal administran los bienes de los menores.
2. Implica la guardia y educación de los menores: la guardia de personas sujetas a la patria potestad significa velar por su cuidado y cumplir las obligaciones de crianza a las que ya nos referimos al citar el art. 414 bis. Respecto de la educación de los menores, resulta aún más complejo; es, como lo dice la ley, determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor. En general quienes fuimos y ahora tenemos hijos, si reflexionamos seriamente, sabemos que educar o que nos eduquen tiene su complejidad: se educa con energía, pero con suavidad; con firmeza, pero con amor; con afecto, pero con respeto; se educa con sabios consejos, pero sobre todo con buenos ejemplos.
3. Incumbe la obligación de educarlos en forma conveniente: esto significa una educación que satisfaga todas las áreas de la persona sujeta a la patria potestad, es decir, que sirva para que se desarrolle en los aspectos físico, intelectual, moral y espiritual. En este texto no entraremos en la discusión de si la ley debe incluir esos ámbitos de la vida; por fortuna la ley no entra en ellos y hace bien: tales aspectos quedan en el ámbito interno, pero quienes fuimos hijos y ahora somos padres entendemos la fuerza de una buena educación familiar y conocemos de sobra el impacto de una mala educación familiar. Aunque todos queremos a nuestras familias y a nuestros hijos, es indispensable cuestionarnos: ¿cómo estamos educando a nuestros hijos? ¿Qué personas estamos construyendo?

   No es una educación de conveniencia, de abuso, sino de respeto a los demás, para educarnos en el respeto a nosotros mismos; una educación en el respeto a la ley, una educación para la vida en comunidad, una educación que promueva ciudadanía, una educación de respeto a los derechos humanos, una educación que se aparte de usar a las personas, pues es un hecho que las usamos y nos usan. Ante este panorama es más fácil no educar, pues educar te confronta, te cuestiona, tanto con el otro como contigo mismo.
4. Comprende la facultad de corregirlos: ¡qué difícil es corregir a los hijos! Pero es un deber de ser padres y de ejercer la patria potestad; implica marcar límites a la conducta propia y a la de los que están sujetos a la patria potestad. Hay que hacerlo: no corregir la conducta es deteriorarla, aunque no se puede, en un afán de corrección, agredir a los sujetos a la patria potestad; corregir acota, moldea a la persona; el dejar hacer, dejar pasar, destruye paulatinamente. Se corrige con comunicación diaria, con amor a los hijos, con mucha comprensión y, sobre todo, con buen ejemplo.

5. Comprende la obligación de observar una conducta que sirva de buen ejemplo a los menores sujetos a la patria potestad: éste es el colofón que pone el art. 423 a quienes ejerzan la patria potestad, nada más, pero nada menos. La salida fácil es no involucrarse en la educación de los menores, mas debemos tener presente que si la familia y la escuela no educan, la sociedad se encarga de hacerlo, y el resultado puede ser monstruoso.
6. La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física y psíquica: es importante decir que en muchas familias, en un afán o alegando corrección a la conducta del menor, se cometen agresiones y abusos que ponen en riesgo la integridad de la persona en todos los aspectos; es tal el abuso que se comete con el pretexto de corregir que se llega la violencia e incluso a cometer actos criminales. Por lo anterior transcribimos a continuación el art. 323 ter, al que hace referencia el propio art. 423 que estamos comentando:

Artículo 323 ter. Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual y tienen la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.

11.4 Características de la patria potestad

La patria potestad, como toda institución derivada del derecho de familia y en general de toda institución jurídica, tiene las características que desarrollaremos a continuación.

11.4.1 Es de interés público

Como lo expresamos en el concepto de filiación, ésta es una institución de interés público, como otras instituciones del derecho de familia. Sabemos que los padres asumen las responsabilidades de educar, velar por el interés de sus hijos y procurar su bienestar; la mayoría lo hacen en forma espontánea y amorosa, pues se afirma incluso que es parte del instinto, con la diferencia de que los seres humanos lo hacemos conscientemente. Esta responsabilidad se toma sin siquiera cuestionar si es un mandamiento legal y si se trata de una obligación, deber o facultad.

Afirmamos que la patria potestad es la institución de interés público que regula las relaciones entre padres e hijos en tanto éstos no han alcanzado la mayoría de edad y no son capaces de bastarse a sí mismos. Los deberes de la patria potestad se consideran, por ley, de interés público, de donde emanan otras características que la definen.

11.4.2 Es irrenunciable

Precisamente por ser una institución de interés público, la patria potestad es irrenunciable. Este carácter lo explicita la ley en el art. 448 del CCDF, diciendo que la patria potestad es irrenunciable; sin embargo, el propio numeral indica que a quienes corresponde ejercerla pueden excusarse. Evidentemente que para excusarse se debe fundamentar en alguna de las causas establecidas en la ley, que, de acuerdo con el artículo citado, son las siguientes:

a) Cuando la persona a quien corresponde ejercerla tenga 60 años cumplidos.
b) Cuando por su mal estado de salud no pueda atender debidamente su desempeño.

El hecho de que la patria potestad pueda ser excusable no afecta a la irrenunciabilidad. Precisamente la ley prevé la excusa para asegurar el cumplimiento, por quienes ejercen la patria potestad, de los deberes que implica. Sobre la renuncia, no permitida por la ley, debemos recordar que sólo son renunciables los derechos privados cuando no afecten el interés público o bien cuando la renuncia no perjudique los derechos de tercero (art. 6 del CCDF).

Sin embargo, señalamos la irresponsabilidad de quienes no cumplen con los deberes de la patria potestad aun dentro del matrimonio, y qué decir de los hijos tenidos fuera de matrimonio, donde en la mayoría de los casos la patria potestad queda bajo la exclusiva responsabilidad de la madre, aun cuando ésta tenga los medios económicos para velar por los menores: los deberes de la patria potestad no son sólo económicos.

11.4.3 Es intransferible

Prácticamente todas las relaciones familiares son de carácter personalísimo, por ello no se pueden transferir de ninguna forma, ya sea onerosa o gratuita, ni ser objeto de acto de comercio. El único acto jurídico por el cual se transmite la patria potestad es por la adopción, cuando el adoptado se encuentra bajo la patria potestad y los que la ejercen, padres o abuelos, dan su consentimiento para que su hijo o su nieto sea dado en adopción.

La patria potestad no es delegable, pues es un deber, como ya lo expresamos, de carácter personalísimo, cuya función debe ser realizada por los padres o, a falta de éstos, por los abuelos. Finalmente, en caso de muerte de quienes deban ejercer la patria potestad o queden imposibilitados para cumplirla, la ley señala expresamente qué sujetos deben asumirla.

11.4.4 Es imprescriptible

Los deberes inherentes a la patria potestad no se adquieren ni se pierden por prescripción; quien está obligado a desempeñar la patria potestad y no lo hace, no pierde por ello el derecho de ejercerla aun cuando la haya dejado sin ejercicio por mucho tiempo, salvo que incurra en los supuestos de pérdida de la misma.

11.4.5 Es temporal

Los deberes de la patria potestad son temporales, pues el cargo se ejerce sobre los menores de edad no emancipados; dura cuanto dure la minoría de edad o hasta que el menor contraiga matrimonio antes de la mayoría de edad, pues por virtud del matrimonio aquél queda emancipado. Es evidente que aun cuando la edad para contraer matrimonio es de 18 años, el menor de edad puede hacerlo antes, siempre y cuando cuente con autorización de quienes ejerzan la patria potestad o, en su defecto, por quienes señala la ley, cumpliendo los requisitos que la misma indica.

11.4.6 Es excusable

La ley permite, como ya lo dijimos, que quienes deben ejercer la patria potestad se puedan excusar. Las circunstancias bajo las cuales se puede solicitar la excusa son las señaladas en el art. 448 del CCDF:

Artículo 448. La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;
II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

Lo anterior tiene el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, que sin duda son fatigosos y requieren energía, no sólo física, sino también emocional, y resulta altamente demandante cuando la persona está agotada por la edad o le aqueja mala salud, de ahí la permisión para excusarse de la misma. En caso de proceder la excusa, el juez de lo Familiar determinará quién debe entrar en el cargo si existe alguna de las personas que la ley señala como obligadas; si esto no es posible, se le nombrará tutor, legítimo o dativo.

11.5 Sujetos de la patria potestad

En el CCDF, después de la reforma del 25 de mayo del año 2000 y de conformidad con el art. 414, los padres ejercen la patria potestad sobre los hijos. Cuando por cualquier circunstancia alguno de ellos deje de hacerlo, su ejercicio corresponderá al otro. Como es de suponerse, a falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en la ley, ejercerán la patria potestad sobre los menores los ascendientes en segundo grado, en el orden que determine el juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Debemos señalar que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre; la ley prevé que en caso de imposibilidad de éstos la obligación recae en los abuelos, aunque debe interpretarse que para el buen desarrollo físico y psicológico del menor debe quedar restringida a una sola línea de parentesco, ya sea paterna o materna.

1. En caso de fallecimiento de alguno de los ascendientes, el que sobreviva de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, conforme al art. 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

   Si en el testamento se señalan personas distintas a las establecidas en la ley, debe prevalecer lo señalado en dicho testamento, quedando excluidos del ejercicio de la patria potestad los ascendientes de ulteriores grados, de conformidad con el art. 471 del CCDF.
2. Ejercicio de la patria potestad por uno solo de los padres. Como regla, según lo hemos afirmado anteriormente, la patria potestad corresponde a ambos progenitores; sin embargo, en torno a esto se pueden presentar circunstancias por las cuales el ejercicio de la patria potestad corresponda a uno solo de los progenitores y que señalamos a continuación:

   a) En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad será el juez de lo Familiar quien resuelva lo conducente; sin embargo, en este punto el CCDF se queda corto, pues el art. 168 dice: "Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar."

   Nuestra ley debiera ser más específica, pues a menudo existen desacuerdos o desavenencias en lo que corresponde al cuidado y educación de los hijos. Para enfrentar los problemas necesariamente debe haber acuerdo entre los padres, no se diga si éstos ya están separados; el caso contrario acarrearía graves problemas y trastornos en la educación de los hijos, por lo que no prevalecería el interés superior del menor que señala la ley.

   b) Puede ejercer la patria potestad uno solo de los padres cuando el otro progenitor no pueda ejercerla, por haberse excusado de conformidad con el art. 448 del CCDF, es decir, por mal estado de salud o por tener 60 o más años.

   c) Por habérsele suspendido el ejercicio de la patria potestad a uno de los ascendientes en los supuestos del art. 447.

   d) Por muerte de uno de los ascendientes o por declaración de presunción de muerte.
3. En el caso del hijo adoptivo, la patria potestad la ejercerán las personas que los adopten.

   Por otra parte, sólo son sujetos a la patria potestad los hijos o nietos menores de edad; no existe patria potestad sobre los mayores de edad, y si los menores no tienen padres o abuelos, tampoco estarán sujetos a la patria potestad: se les nombrará un tutor.

   Una vez que fue derogado el art. 415 del CCDF, los hijos extramatrimoniales tienen los mismos derechos y prerrogativas que los hijos de matrimonio, de tal manera que ya no existe diferencia y corresponde ejercer la patria potestad a ambos cónyuges, casados o no.

   En el caso de separación de los cónyuges o rompimiento de quienes ejercen la patria potestad, según el art. 416 del CCDF, ambos padres deberán continuar en el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Civiles.

   Por otra parte, el mismo artículo *in fine* señala que, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza, conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.
4. Finalmente, es importante señalar que, en caso de separación de los padres, por razones obvias y con base en el interés superior del menor, queda bajo la custodia de uno de ellos, pero la patria potestad sigue correspondiendo a ambos padres. Sobre el interés superior del menor al que alude el artículo citado, el CCDF señala:

Artículo 416 ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y
V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

Como consecuencia de lo anterior dice el art. 416 bis:

Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.

11.6 Efectos de la patria potestad

Son dos: efectos en relación con los menores y efectos en relación con los bienes de los menores sujetos a la patria potestad. Aunque parecen pocos, en realidad son variados, pues por una parte, todo lo que atañe a la persona del menor lo debe realizar quien ejerce la patria potestad; esto va desde la educación y deberes de crianza hasta su representación jurídica para todos los efectos. Lo mismo ocurre con respecto a sus bienes, sobre los cuales también hay muchos efectos, que van desde la administración hasta la disposición de los mismos por quienes ejercen la patria potestad, con las limitaciones que la ley impone para los diferentes tipos de bienes.

11.6.1 Efectos respecto de la persona de los menores

Los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los menores se pueden analizar de la manera siguiente:

a) *Deber de representación*: quienes ejercen la patria potestad de un menor serán sus representantes en juicio, habida cuenta de que los menores no tienen capacidad para hacer y tienen incapacidad natural por su minoría de edad. Al respecto, el art. 424 dice: "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez."

   Sobre la representación, el art. 427 del Código Civil estipula: "La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente."

   De la misma manera, el art. 425 señala que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella.

b) *Deber de educarlo convenientemente*: esto implica una educación adecuada a su edad y condición, de manera tal que se le prepare para poder vivir independientemente al llegar a su mayoría de edad. No sólo implica la formación escolar, sino también una educación humana que le permita desarrollarse socialmente; asimismo, es el deber de corregirlo y, sobre todo, de darle buen ejemplo, llevando una buena conducta.

   Artículo 422. A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

c) *Deberes de crianza*: es evidente que los deberes para con los hijos no sólo consisten en brindarles bienes materiales, sino sobre todo velar por su desarrollo armónico, darles afecto, enseñarles a tener límites en su conducta, etc., lo cual contribuirá a que sean mejores personas. Sobre este particular, la ley señala lo siguiente:

   Artículo 414 bis. Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

   I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
   II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
   III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y
   IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

   Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

   No se considera incumplimiento de estas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.

   Artículo 423. Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

   La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código.

   Se puede apreciar que los deberes de crianza son amplios, pero se pueden sintetizar en ser buenos padres, brindar a los hijos buen ejemplo y corregirlos diligente, pero amorosamente.

d) *Obligación del menor de vivir en la casa de quienes ejerzan la patria potestad*: así lo establece el art. 421: "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente." Esto tiene la finalidad de facilitar el ejercicio de la patria potestad, pues resultaría verdaderamente complejo cumplir con ella sin vivir en el mismo techo.

e) *Deber de la patria potestad de quienes se han separado*: el hecho de la separación o divorcio de quienes ejerzan la patria potestad no disminuye los deberes de la misma; aun en este caso sus deberes continúan.

   Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles

Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Artículo 416 bis. Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.

Artículo 416 ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y
V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

Las disposiciones relativas a la patria potestad no sufren menoscabo en caso de separación de quienes tienen el ejercicio de la misma. Podemos afirmar que todas las obligaciones derivadas de la patria potestad quedan totalmente vigentes en caso de separación de quienes la ejercen.

11.6.2 Efectos respecto de los bienes de los menores

Primeramente debemos tener presente la clasificación que hace la ley sobre los bienes del menor.

Artículo 425. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

Artículo 428. Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

I. Bienes que adquiera por su trabajo;
II. Bienes que adquiera por cualquiera otro título.

Artículo 429. Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

De acuerdo con lo anterior, los bienes adquiridos por el trabajo del menor, según el art. 429 citado, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo; sobre éstos nada podemos decir. Como regla general, el art. 425 señala que los que ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes que pertenecen a los menores que se encuentran sujetos a ella. Lo anterior, en virtud de que por su edad los menores se encuentran impedidos para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones derivadas de la propiedad de sus bienes.

Ahora bien, sobre los bienes adquiridos por el menor por cualquier otro título, el art. 430 dispone:

> En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

Sobre quienes pueden ejercer la administración de los bienes del menor sujeto a la patria potestad se deben considerar los supuestos siguientes:

a) La administración de los bienes corresponde a los padres, quienes podrán realizarla conjunta o separadamente.
b) Cuando falte uno de ellos el que quede será el administrador.
c) Faltando ambos padres los administradores serán los abuelos paternos o maternos, pero el que tenga dicha administración deberá consultar todos los actos de administración a su consorte y requerirá consentimiento expreso del otro. Lo anterior, de conformidad con el art. 426, que dice:

> Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

d) Cuando no hay acuerdo sobre quién deba ejercer la patria potestad, el juez resolverá conforme a lo que más convenga al interés superior del menor.

Las obligaciones de quienes administran los bienes son las siguientes:

a) Tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos (art. 439).
b) No pueden enajenar ni gravar los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, salvo absoluta necesidad o cuando haya evidente beneficio y previa autorización judicial.
c) Están obligados a no celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, a no recibir rentas anticipadas por más de dos años y a no vender valores en las condiciones que marca la ley.
d) No podrán hacer donación, remisión ni dar fianza en representación de los hijos. Lo anterior, de conformidad con el art. 436 del CCDF que transcribimos a continuación.

> Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos; ni dar fianza en representación de los hijos.

e) Deberán rendir cuentas de la administración, entregando, cuando los menores se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan, de conformidad con los numerales siguientes:

Artículo 439. Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

Artículo 442. Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

11.6.2.1 Usufructo de los bienes del menor

El usufructo, recordemos, es el derecho real temporal que otorga a su titular, denominado *usufructuario*, el derecho de usar y disfrutar de un bien o bienes ajenos sin alterar su sustancia.[6] En la patria potestad existe el usufructo legal del padre o usufructo paterno-filial, sobre el cual debemos atender las reglas siguientes:

a) El usufructo concedido a quien ejerce la patria potestad lleva consigo las obligaciones de cualquier usufructuario. Al respecto, el art. 434 señala lo siguiente:

El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del Título VI, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

I. Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados;
II. Cuando contraigan ulteriores nupcias;
III. Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

b) Los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, según el art. 431: "Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda."

c) La renuncia al usufructo por quien ejerce la patria potestad se considera donación (art. 432).

d) Las causas de extinción del usufructo son: por emancipación o mayoría de edad del hijo, por pérdida de la patria potestad o por renuncia.

Artículo 438. El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;
II. Por la pérdida de la patria potestad;
III. Por renuncia.

[6] Cfr. Carlos I. Muñoz Rocha, *Bienes y derechos reales*, Oxford University Press, México, 2010, p. 171.

11.7 Supuestos de terminación, pérdida, suspensión, limitación y recuperación de la patria potestad

Concluimos este capítulo con lo señalado en el CCDF sobre los supuestos de pérdida, suspensión, recuperación, limitación y terminación de la patria potestad, aun cuando afirmamos que la misma es irrenunciable; sin embargo, entremos a analizar los supuestos legales acerca de este particular.

11.7.1 Terminación de la patria potestad

Como es de suponerse, la patria potestad termina de pleno derecho al desaparecer los supuestos legales que la otorgan a quien la ejerce; entre estos supuestos tenemos los siguientes:

1. Al morir los progenitores, titulares de la misma, por lo que la patria potestad recae en los abuelos en el orden que la ley señala; y al no haber quién la ejerza, por haber muerto también quienes deben suceder a los progenitores.
2. Con la emancipación definitiva del menor, pues el efecto inmediato es que salga de la patria potestad y esto sucede cuando contrae matrimonio.
3. Por haber llegado el menor a la mayoría de edad. No obstante, la patria potestad se extiende cuando el menor se encuentra en estado de interdicción.
4. Finalmente, cuando el que ejerce la patria potestad entrega al menor a una institución, autorizada por la ley, para que sea dado en adopción.

El art. 443 lo dice de la manera siguiente:

La patria potestad se acaba:

I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
III. Por la mayor edad del hijo.
IV. Con la adopción del hijo.
V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.

11.7.2 Pérdida de la patria potestad

La patria potestad se pierde por resolución judicial, y esto ocurre, de acuerdo con el art. 444, de la manera siguiente:

La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.
II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de este Código.
III. En los casos de violencia familiar en contra el menor;
IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada.

El cónyuge o concubino que perdió la patria potestad por el abandono de sus deberes alimentarios, la podrá recuperar, siempre y cuando compruebe que ha cumplido con esta obli-

gación por más de un año, otorgue garantía anual, se le haya realizado un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, así como un diagnóstico psicológico; dichos estudios serán realizados por personal adscrito a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o por perito en la materia en los términos del último párrafo del artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;

V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;

VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves; y

VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes.

En los casos de la fracc. II, referida al divorcio, es importante recordar que de conformidad con el art. 283, la sentencia fijará la situación de los hijos menores de edad, para lo cual deberá contener las disposiciones siguientes:

I. Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.
II. Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.
III. Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.
IV. Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los ex cónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.
V. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
VI. Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los ex cónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección;
VII. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.
VIII. Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.

11.7.3 Suspensión de la patria potestad

La patria potestad se suspende, de conformidad con el art. 447:

1. Por incapacidad de quienes deben ejercerla, siempre que sea declarada judicialmente.
2. Por ausencia también declarada en forma. Sobre la declaración de ausencia a la que se refiere esta causa de suspensión, debemos considerar lo establecido en los artículos:

   Artículo 651. Si el ausente tiene hijos menores, que estén bajo su patria potestad, y no hay ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley, ni tutor testamentario, ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor, en los términos prevenidos en los artículos 496 y 497.

   Artículo 669. Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia.

3. Cuando el que ejerce la patria potestad consume alcohol, tiene el hábito del juego, usa sustancias ilícitas sin fines terapéuticos, que producen efectos psicotrópicos y amenazan causar algún perjuicio al menor.
4. Por sentencia ejecutoriada que imponga como pena la suspensión de la patria potestad.
5. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, es pariente consanguíneo o afín hasta el cuarto grado.
6. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.
7. En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de acuerdo con lo dispuesto en el CCDF y el art. 902 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*

Finalmente, la patria potestad se recupera cuando ha desaparecido la causa que originó su suspensión, siempre y cuando el hijo se conserve en la minoría de edad o se encuentre incapacitado.

11.7.4 Limitación de la patria potestad

El ejercicio de la patria potestad puede ser limitado en los casos de divorcio o separación, de acuerdo con el art. 444 bis del CCDF. La limitación de la patria potestad puede referirse a la convivencia, las visitas o en relación con los bienes, así como a otros aspectos. La limitación debe ser decretada siempre por el juez de lo Familiar.

11.7.5 Recuperación de la patria potestad

Finalmente, la patria potestad se recupera en los casos que la ley prevé. Estos supuestos son los siguientes:

1. En caso de que regresen el padre, la madre o ambos, cuando se había declarado su desaparición, ausencia o muerte.

2. Cuando los que la ejercen —padre, madre o ambos— fueron declarados incapaces por enfermedad física o mental y posteriormente recuperan sus facultades y condiciones para volverla a ejercer, en cuyo caso deberán reclamar que se les restituya la patria potestad.
3. En términos generales, cuando desaparezca lo que originó la pérdida o privación de la patria potestad, siempre que el hijo siga siendo menor de edad o esté incapacitado.

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

Patria potestad

- Concepto de patria potestad
- Evolución de la patria potestad
  - Patria potestad en el derecho romano
  - Patria potestad en el derecho francés
  - Patria potestad en nuestra legislación
- Objetivos y fines de la patria potestad
- Características de la patria potestad
  - Es de interés público
  - Es irrenunciable
  - Es intransferible
  - Es imperceptible
  - Es temporal
  - Es excusable
- Sujetos de la patria potestad
- Efectos de la patria potestad
  - Efectos respecto de los menores
  - Efectos respecto de los bienes de los menores
- Supuestos de terminación, pérdida, suspensión, limitación y recuperación de la patria potestad
  - Terminación de la patria potestad
  - Pérdida de la patria potestad
  - Suspensión de la patria potestad
  - Limitación de la patria potestad
  - Recuperación de la patria potestad

II. Realiza las actividades siguientes:

1. ¿Qué significa estar bajo la patria potestad?
2. Explica con tus palabras los efectos de la patria potestad.
3. Explica los efectos de la pérdida de la patria potestad.
4. ¿Conoces a alguien que, no siendo hijo, se encuentre bajo la patria potestad de otra persona?
5. ¿Conoces a alguien que haya perdido la patria potestad sobre un menor?

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente:

1. Define la patria potestad:

   _____

   _____

2. La patria potestad en la actualidad recae:
   a) En el padre.
   b) En la madre.
   c) En ambos ascendientes.
3. El ejercicio de la patria potestad recae:
   a) Sólo en los bienes de los menores.
   b) En los menores hijos y sus bienes.
   c) Sólo en los carentes de capacidad de ejercicio.
4. Explica los casos en el derecho francés en que la patria potestad corresponda a la madre:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
5. Contesta si es verdadero (V) o falso (F):
   ( ) Los códigos civiles de 1870 y 1884 no contemplaban la patria potestad.
   ( ) La *Ley sobre Relaciones Familiares* de 1917 sólo autorizaba la patria potestad por la madre.
   ( ) El Código Civil de 1870 y el de 1884 señalaban que el padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente.
   ( ) El CCDF define claramente qué es la patria potestad.
   ( ) Una de las obligaciones de crianza es demostrar afecto al menor y la aceptación de dicho afecto por el menor.
   ( ) La patria potestad se ejerce sobre el hijo, pero no sobre sus bienes.
   ( ) Una de las obligaciones de la patria potestad es la guarda y educación del menor.
   ( ) La patria potestad es transmisible por herencia.
   ( ) La patria potestad es renunciable pero intransferible.
   ( ) La patria potestad es inexcusable.
6. Explica brevemente las reformas sufridas por el CCDF sobre la patria potestad:
   a) _____

   _____

   _____

   b) _____

   _____

   _____

   c) _____

   _____

   _____

d) _____

_____

_____

7. Explica cómo se refiere el CCDF a la patria potestad en su art. 411:

_____

_____

_____

8. Explica cuándo se da el ejercicio de la patria potestad por uno solo de los padres:

_____

_____

_____

9. Explica las características siguientes de la patria potestad:
   a) Es temporal:

   _____

   _____

   _____

   b) Es imprescriptible:

   _____

   _____

   _____

   c) Es intransferible:

   _____

   _____

   _____

   d) Es irrenunciable:

   _____

   _____

   _____

10. Menciona las razones para excusarse de la patria potestad:
    a) _____
    b) _____
11. Explica de manera breve los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los menores:
    a) _____

_____

_____

b) _____

_____

_____

c) _____

_____

_____

d) _____

_____

_____

e) _____

_____

_____

12. Explica qué implica la facultad de corregir a los hijos que se encuentran bajo la patria potestad:

    _____

    _____

    _____

13. Explica qué significa decir que la patria potestad es una institución de interés público:

    _____

    _____

    _____

14. Menciona las obligaciones de quienes administran los bienes dentro de la patria potestad:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
15. Explica cuándo se extingue el derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad:
    a) _____
    b) _____
    c) _____

16. Menciona cuándo termina la patria potestad:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
    e) _____
17. Menciona los supuestos en que se pierde la patria potestad de acuerdo con el art. 444 del CCDF:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
    e) _____
    f) _____
    g) _____
    h) _____
18. Explica qué ocurre con la patria potestad en caso de separación de los padres:
    _____
    _____
    _____
19. Menciona tres causas de suspensión de la patria potestad:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
20. Explica las razones por las que se recupera la patria potestad:
    a) _____
    _____
    _____
    b) _____
    _____
    _____
    c) _____
    _____
    _____

12

Tutela

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Comprenderá el concepto de tutela.
- Analizará la evolución de la tutela.
- Distinguirá los tipos de tutela.
- Identificará a los inhábiles para desempeñar la tutela.
- Conocerá las garantías que deben prestar los tutores.
- Enumerará las excusas de la tutela.
- Identificará las causas de la extinción de la tutela.
- Distinguirá las funciones del curador.
- Conocerá los consejos de vigilancia.

La tutela, al igual que la patria potestad, es una institución jurídica muy importante dentro del derecho de familia; su finalidad es proteger, representar, asistir y administrar los bienes de los mayores de edad incapacitados y de los menores que carecen o no están sujetos a patria potestad, es decir, la tutela es supletoria de ésta.

12.1 Concepto de tutela

¿Qué es la tutela? Para introducirnos paulatinamente en la comprensión de lo que es la tutela, comenzaremos por identificar su etimología. Procede del verbo latino *tueo, is, ere*, cuyo significado es proteger, defender, guardar, salvaguardar, mirar por; de ahí se deriva el sustantivo latino *tutela*, que quiere decir "estar bajo la protección de alguien". Desde el punto de vista jurídico, la podemos definir en los términos siguientes:

> Es la institución de interés público que tiene como finalidad la representación jurídica, protección de la persona y administración de los bienes de los menores de edad no sujetos a la patria potestad y de los mayores de edad incapacitados.

Del concepto de tutela anterior podemos identificar los elementos siguientes:

- *Es institución de interés público*: este carácter se forma por el conjunto de normas jurídicas protectoras, asistenciales de las personas sujetas a ella. La tutela, a diferencia de la patria

potestad, que deriva de la relación paterno-filial, es una creación del derecho con la finalidad de proteger a los menores e incapaces que por diferentes circunstancias carecen de quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos.

En este sentido, el art. 452 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) expresa que la tutela es un cargo de interés público del cual nadie puede eximirse, sino por causa legítima.

- *Representa jurídicamente a la persona*: dado que los menores, por esa condición, carecen de capacidad de ejercicio, y los mayores de edad en estado de interdicción se encuentran en la misma circunstancia, a través de la tutela se les proporciona un representante jurídico que los asista en todos los derechos y obligaciones que les atañen o pertenecen legalmente.
- *Administra los bienes de los que están sujetos a ella*: precisamente derivado de lo anterior y por las circunstancias enumeradas, corresponde al tutor administrar los bienes de los sujetos a la tutela. Así, el art. 449 del CCDF estipula:

> El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.
>
> En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413.

Por lo anterior y para comprender mejor el concepto de esta institución, se verá a continuación quiénes son incapaces, de conformidad con la ley.

> **Artículo 450.** Tienen incapacidad natural y legal:
>
> I. Los menores de edad;
> II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Por tanto, estarán sujetos a la tutela los mayores de edad incapacitados, lo mismo que los menores de edad, pero sólo cuando no se encuentren sujetos a la patria potestad, pues en primer lugar quienes deben proteger a sus hijos, protegerlos y administrar sus bienes, son los padres, como lo vimos en el capítulo anterior.

12.2 Evolución de la tutela

Es importante conocer, en palabras breves, la evolución histórica de la tutela para formarnos una idea de sus cambios legislativos y comprender mejor esta institución importante dentro del derecho de familia.

Sabemos que la familia, como ahora la concebimos, tardó en constituirse y la historia humana tuvo que superar una serie de cambios hasta crear una forma ordenada de organización familiar, como lo indicamos al inicio de esta obra; por ello consideramos que la tutela, en términos históricos, es reciente. Al igual que otras instituciones del derecho de familia, fue creada por el derecho romano y a partir del mismo es que arrancamos esta evolución.

12.2.1 La tutela en el derecho romano

En los tiempos antiguos de Roma la tutela era un atributo de la *manus* o *potestas*, demostrado por la falta de una denominación para distinguirla. Así, *paterfamiliae* y tutor constituían una misma persona: la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres no era más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe de familia.

De esta manera, lo que más tarde se llamaría *familia communi iure* seguía unida a la muerte del jefe y quedaba bajo la potestad del sucesor por él designado; si esto fue así, lo más probable es que la tutela no se configuraba como *vis ac pacis* subsistente por sí, sino como uno de los atributos de la *manus*. La diversificación debió de ocurrir en la época histórica.

La tutela y la herencia se encuentran íntimamente conectadas, pues ambas se conciben determinadas por la naturaleza del grupo familiar. De esta manera tutor es, en primer término, el *heres* designado en el testamento y, a falta de designación, o existiendo sólo impúberes o mujeres, asume la tutela el *proximus adgnatus*.

Paulatinamente, la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres se independizó de los poderes familiares para adquirir sus propios rasgos y denominación. En principio, la tutela no sirvió como función asistencial o protectora del incapaz; fue por el transcurrir del tiempo y la continua intervención estatal que la tutela perdió su carácter de potestad asociada al heredero varón del tutelado, convirtiéndose, en la época clásica, en un oficio oneroso y un poder público.

De esta manera la tutela adquiere su nota esencial y característica, que es la asistencia dada por el tutor a los actos jurídicos que celebre el pupilo, mientras que la curatela tiene como función la gestión o administración del patrimonio del menor, según la máxima: *tutor dator personae, curator rei*. Sobre este particular se lee en el Digesto: *Solet etiam curator dari aliquando tutoterem habenti propter adversam tutoris veltudinem, vel senium aetatis, qui magis administrator rerum, quam curator ese inteligitur.* (Se suele dar también curador al que tiene tutor, cuando por la enfermedad, o la mucha edad de éste, se entiende que el curador más bien es administrador de los bienes que curador.)[1]

Por lo anterior, no extraña que en el curso de la evolución histórica tutela y curatela hayan llegado casi a confundirse. Así, la tutela en Roma queda entendida en palabras de Servio, según lo dice el Digesto: *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit iure civil data ac permissa.* (La tutela, como la define Servio, es tener fuerza y potestad sobre un hombre libre, para defenderlo en las cosas en que él no se puede defender, dada y permitida por el derecho civil.)[2]

En Roma los tipos de tutela de los impúberes eran los siguientes:

- *La tutela testamentaria*: ordenada en el testamento, como es de suponerse, por el *paterfamiliae* respecto de los hijos que estando bajo su patria potestad se convertirán, luego de que él muera, en *sui iuris* de la voluntad del testador. Esta tutela se fue atenuando sucesivamente, pues se otorga validez al nombramiento hecho por la madre, los parientes próximos, el padre natural, el patrono y un extraño, siempre que instituyan heredero al impúber y sea confirmado el tutor previa investigación —*ex inquisitione*— por el magistrado.
- *La tutela legítima*: en principio procedía a falta de tutor testamentario, de acuerdo con el orden de llamamiento establecido en materia de sucesiones *ab intestato*. Las XII Tablas

[1] D. 26, 1, 13.
[2] D. 26, 1, 1.

conferían la tutela al *adgnatus proximus* y, en su defecto, a los gentiles; desaparecida la clase de los gentiles en la época clásica, sólo recayó en los *adgnatus proximus*. Justiniano encomendó la tutela a los cognados, de acuerdo con el orden sucesorio *ab intestato* establecido en las Novelas. La tutela legítima también puede ser:

a) *Tutela patronorum*: tiene su origen en la *interpretatio*, sobre la base de la relación entre tutela y herencia. Dado que las XII Tablas nombran sucesores *ab intestato* del liberto al patrono y a sus hijos, los juristas admiten que el patrono y sus hijos vengan llamados a la tutela de aquél.

b) *Tutela fiduciaria*: esta tutela, también legítima, opera cuando el que vende a un hijo o nieto impúber, con la condición de que luego le sea reemancipado y, una vez que esto ha ocurrido, lo manumite, se hace su tutor legítimo. Muerto el padre, la tutela es deferida a sus hijos, por ello el nombre de *tutela fiduciaria*.

- *La tutela dativa*: introducida por la *Lex Atilia* (anterior al año 186 a. C.), fue extendida posteriormente por las leyes *Iulia* y *Titia*, con la finalidad de atender los casos en que faltasen al impúber el tutor testamentario y el legítimo. El nombramiento del *tutor atilianus* (por proceder de la *Lex Atilia*) se hace por el pretor urbano, con la asistencia de la mayoría de los tribunos de la plebe o por el gobernador provincial.

  Posteriormente, por disposición de Claudio, se encomendó la designación a los cónsules. Otra disposición de Marco Aurelio y Lucio Vero creó un pretor especial, *praetor tutelaris*. El derecho justinianeo prevé que son competentes para designar tutor el *praefectus urbi* o el pretor, en la capital, y en las provincias los presidentes de las mismas, los magistrados locales o los obispos, si no son muchos los bienes del pupilo.

12.2.1.1 Tutela de las mujeres

En la época clásica las mujeres *sui iuris* estaban sometidas a la *tutela impuberum* (de los impúberes), si eran impúberes, o a la especial y perpetua *tutela mulierum*, si habían alcanzado la pubertad. Se exceptuaban las vestales, según precepto de origen antiguo, las ingenuas y libertas que, por tener tres o cuatro hijos, respectivamente, gozaban del *ius liberorum* conferido por la *lex Iulia*.

De la misma manera, la tutela de las mujeres podía ser testamentaria o legítima. Por lo que respecta a la tutela dativa, se introdujo más tarde y procedía a falta de tutor testamentario y del legítimo; sólo era conferida por el magistrado a instancia de la mujer, bajo exigencia de que el tutor propuesto se hallase presente.

Cabe señalar que en ningún caso el tutor actúa como *negotiorum gestor*, pues la mujer administra por sí su propio patrimonio. La función del tutor consistía sólo en prestar su *auctoritas* y siempre *in presenti* a los siguientes actos celebrados por la mujer: 1. Enajenación de *res mancipi*, 2. *In iure cessio*, 3. *Acceptilatio*, 4. *Aditio hereditatis*, 5. Testamento, 6. Manumisiones, 7. *Constitutio dotis*, 8. Asunción de toda clase de obligaciones, 9. *Legis actio et iudicium legitimum*, 10. *Conventio in manum* mediante *coemptio*, 11. Permiso a la liberta para quedar en contubernio con un esclavo ajeno.

La tutela de la mujer pronto entró en decadencia; en la época republicana se admitió la posibilidad de que el marido bajo cuya *manus* se encontraba la mujer confiase a ésta la facultad de elegir, luego de muerto aquél, su propio tutor, hasta que finalmente la *Lex Julia Papia Poppaea* declaró libres de tutela a las mujeres ingenuas que fuesen madres de tres hijos y a las libertas con cuatro.[3]

12.2.2 Tutela en el derecho francés

En el derecho francés, a diferencia de Roma, la tutela es una institución de derecho privado. La ley francesa emplea la tutela como medio de protección de los enajenados sujetos a interdicción. El papel de la tutela es esencialmente supletorio, pues busca la protección legal de los menores cuando no existe la patria potestad. El tutor está destinado a sustituir al padre y a la madre, que son los tutores naturales, los primeros y los mejores de todos.

Siguiendo la obra de Planiol y Ripert analicemos los términos de la tutela para los diferentes tipos de hijos.

- Para los hijos legítimos la defunción de uno de los padres es el hecho que abre de ordinario la tutela; sin embargo, sobre el particular es interesante analizar las siguientes hipótesis de acuerdo con el derecho francés:

  a) Tratándose de hijos legítimos, la defunción de los padres abre de ordinario la tutela; cuando así sucede, encuentra a su lado la patria potestad perteneciente al padre supérstite.

  b) Cuando se trata de hijos póstumos, la muerte del padre no abre inmediatamente la tutela, que no puede organizarse de inmediato puesto que no se sabe si aquel cuyo nacimiento se espera nacerá vivo y viable. La tutela se abrirá sólo a partir del nacimiento del hijo. La ley establece para este caso una institución especial: el consejo de familia debe nombrar un curador al vientre (art. 393).

  c) Pérdida de la patria potestad del padre. Esta pérdida debería tener por efecto la transmisión de la patria potestad a la madre. Sin embargo, la Ley del 24 de julio de 1889 exige que el tribunal examine si la madre puede ejercer esa potestad (art. 9); si el tribunal la juzga indigna de ello, se abre la tutela (arts. 10 y 11).

  d) La tutela no se abre inmediatamente después del divorcio de los padres, cuando se considera que uno de ellos es digno de conservar la patria potestad. En este caso, la tutela comienza exclusivamente cuando uno de los padres muera.

  e) La ausencia no puede abrir la tutela. Si desaparece la madre, nada cambia en el estado anterior: el padre continúa ejerciendo la patria potestad como antes; por el contrario, si quien desaparece es el padre, el ejercicio de la patria potestad se transmite a la madre y la tutela no se abre, salvo que haya muerto, por lo que hay que distinguir:

    1. Desaparición del padre cuando la madre ha muerto ya. En este caso la tutela está abierta y el padre es tutor legal de los hijos; su desaparición deja, de hecho, vacante la tutela. El art. 142 exige una espera de seis meses antes de proveer a ella; cuando este lapso haya expirado, el consejo de familia deferirá provisionalmente la tutela, ya sea a los ascendientes más próximos o a otra persona de su elección. También aquí caben dos supuestos:

       i. La transmisión provisional de la tutela a favor de los ascendientes no se realiza de pleno derecho; sin embargo, esto se debe —comentan Ripert y Planiol— a un cambio de redacción en la ley, olvidando modificar el art. 142 citado.

[3] Cfr. Juan Iglesias, *Derecho romano, Historia e instituciones*, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 542-552.

II. Dado que la tutela a favor de los ascendientes no se realiza de pleno derecho, la carga transmitida al ascendiente escogido por el consejo de familia, que la ley llamaba a la *vigilancia de los menores*, es una verdadera tutela provisional, como lo demuestran las últimas palabras del art. 142.

2. Defunción de la madre después de la desaparición del padre. En tanto que la madre vivía, ejercitó la patria potestad en lugar del padre, por lo que su defunción abre la tutela, la cual se atribuía al padre por ley; pero hallándose éste en estado de ausencia, procede la disposición para el caso anterior. Por lo demás, dicen Planiol y Ripert, el texto es el mismo para ambas hipótesis.

f) Incapacidad física. La incapacidad del padre, como consecuencia de locura o de enfermedades, sólo hace pasar a la madre el ejercicio de la patria potestad; constituye una causa de suspensión temporal que cesa por sí misma con las circunstancias que la han originado.

- Los hijos naturales, como era de esperarse, prácticamente no son tomados en cuenta. El Código de Napoleón es en general parco cuando se trata de los hijos naturales; en cuanto a la patria potestad, nada en absoluto establecía respecto de la tutela de los mismos, lo cual causó numerosas dificultades. Dado el silencio de la ley, los interesados se preguntaban en qué momento comienza la tutela de los hijos naturales. La doctrina generalmente decidía que los hijos naturales deberían quedar sujetos a la tutela desde su nacimiento.

  No obstante, en aquellos años como ahora ocurría de manera diferente en la vida cotidiana, pues en muchos casos a los hijos naturales se les nombra tutor. Sólo se les nombra cuando tienen bienes, ya que cuando esto sucede es indispensable organizar regularmente su administración. Lo anterior ocurre cuando uno de sus padres ha muerto, por lo general el padre, dejando al hijo toda o parte de su fortuna.

  Sobre el particular, la Corte de Casación se pronunció a favor de la práctica y en contra de la doctrina. Decidió que la ley no había fijado la apertura de la tutela de los hijos naturales a fin de dejar a los padres, a los interesados y al mismo juez de paz la tarea de organizar la tutela cuando lo exigieran los intereses del hijo o de los terceros. Ingeniosa la Corte de Casación, pero no sabemos que la ley haya dejado ese vacío con esa noble intención.
- La tutela de los hijos socorridos por la administración o por los particulares.

  Para finalizar este apartado comentaremos que cuando los hijos son recogidos por hospicios existe, cualquiera que sea su carácter, una causa particular de apertura de la tutela, que es el abandono de su persona por sus padres.

Existía la tutela oficiosa, constituida en vista de una adopción proyectada por una especie de convenio entre los padres del menor y el tutor oficioso (art. 361), pero fue suprimida por la Ley del 19 de junio de 1923.

12.2.3 Tutela en nuestra legislación

En este apartado mencionaremos particularmente los códigos civiles de 1870, 1884 y la *Ley sobre Relaciones Familiares*, como lo hemos hecho en otros apartados.

- El Código Civil de 1870, en materia de tutela, destaca por lo siguiente:

a) Establece como objetivo de la tutela la guarda de la persona y de los bienes de quienes no están sujetos a la patria potestad o tienen una incapacidad natural o legal que les impide gobernarse por sí mismos. En consecuencia, prevé en su art. 431 quiénes tienen incapacidad natural y legal, entre los cuales menciona a los hijos pródigos, entendidos y casi definidos en el sentido evangélico.

b) Menciona las clases de tutela: testamentaria, legítima y dativa, y prevé los presupuestos en que se establece cada una de ellas.

c) De acuerdo con la época, deja a la mujer prácticamente marginada de la tutela, pues el art. 546 establece que la tutela legítima corresponde a los hermanos varones. En forma explícita, el art. 562 de este código menciona que las mujeres no pueden ser tutoras, aun estando anuentes en recibir el cargo, salvo cuando se trate de esposos, en cuyo caso el marido es tutor de su mujer y ésta lo es de su marido. Asimismo, la madre que se conserve viuda será tutora de sus hijos, legítimos o naturales, reconocidos, solteros o viudos, que no tengan hijos varones que puedan desempeñar el cargo.

- Código Civil de 1884. En este ordenamiento, aun cuando conserva grandes similitudes con el anterior, podemos señalar:

a) Adiciona en el concepto de tutela la denominada *tutela interina*.

b) Elimina de los incapaces a los hijos pródigos, dada la dificultad para definirlos, pues la prodigalidad cae en aspectos subjetivos.

c) Reconoce, al igual que el Código Civil de 1870, los tres tipos de tutela ya citados: testamentaria, legítima y dativa.

- *Ley sobre Relaciones Familiares*: como pequeñas novedades destacan:

a) Adiciona a los casos de incapacidad, por consecuencia sujetos a la tutela, los de los ebrios habituales.

b) Suprime la expresión *hijos espurios* mencionada en el Código Civil de 1884.

c) Establece pequeñas diferencias en el procedimiento a seguir cuando se trate de enajenar, gravar o hipotecar, a título oneroso, bienes que pertenezcan al incapacitado.

d) También en materia de arrendamiento establece una diferencia respecto del código de 1884, en el que el tutor no podía arrendar los bienes del menor por más de cinco años, salvo las excepciones declaradas en el numeral 411, que prohíbe el arrendamiento por más de nueve años.

e) De manera similar ocurre con el cobro de rentas, pues en el art. 412 del Código Civil de 1884 se establecía la prohibición de recibir anticipos de rentas por más de dos años, en tanto que la *Ley sobre Relaciones Familiares* señalaba en el art. 525 que la prohibición de recibir rentas anticipadas era por más de nueve años.

f) La *Ley sobre Relaciones Familiares* establecía (art. 536), para el tutor de un demente, la obligación de presentar en enero de cada año al juez del domicilio un certificado en el que dos facultativos declaren el estado del demente.

g) En caso de matrimonio del hijo de un incapaz, la *Ley sobre Relaciones Familiares* da una solución más precisa, señalando en su art. 425:

> Cuando haya de contraer matrimonio el hijo de un incapacitado, el tutor de éste propondrá al juez lo que haya de dársele de los bienes del padre. También propondrá todo lo concerniente a las capitulaciones matrimoniales si se tratare de un hijo menor.

El juez, oyendo al hijo y al curador del incapacitado, resolverá lo que estime conveniente sobre el particular.

Cuando el hijo fuere menor, se oirá a su tutor; y si éste estuviere impedido o no lo hubiere, se le nombrará un tutor interino para el caso.

h) Los demás numerales son prácticamente idénticos.

12.3 Sistemas tutelares

Sobre los sistemas tutelares prevalecientes en el derecho actual encontramos tres sistemas básicos, que son el sistema de la tutela como institución familiar, la tutela como un cargo de carácter público y el sistema mixto.

12.3.1 La tutela como institución familiar

Este sistema era típico del Código de Napoleón; el órgano dirigente de la tutela era el Consejo de Familia, cuyos actos se llevaban a cabo a través del protutor, lo que significa que en estricto sentido no había órganos estatales que vigilasen el cumplimiento de las obligaciones de la tutela. El Consejo de Familia, dicen Planiol y Ripert:

> Es una asamblea compuesta, hasta donde es posible, de parientes por consanguinidad o afinidad del menor, y presidida por el Juez de paz. Solamente existe en relación a los hijos legítimos. (...)
>
> El consejo de familia no es un cuerpo permanente cuya composición sea fija, sino una reunión que se organiza, en vista de una sesión determinada. Por tanto, sus miembros pueden cambiar de una sesión a otra ya sea por efecto del desplazamiento del domicilio de uno de ellos, o por la variedad de elecciones operadas por el juez de paz, entre quienes reúnan las condiciones necesarias para formar parte de él.[4]

Este sistema ha decaído y en la actualidad se ha derogado en la propia Francia, introduciendo la curatela y el defensor judicial.

12.3.2 La tutela como institución de carácter público

Este sistema se caracteriza porque la tutela y, en consecuencia, el cuidado de la persona y de los bienes de los incapacitados o menores de edad, son vigilados por órganos estatales, tanto judiciales como administrativos. Corresponde a dichos órganos la organización, vigilancia y fiscalización del tutor; la autoridad, en conclusión, tiene un papel preponderante frente a la familia y los distintos sujetos de la tutela.

12.3.3 La tutela en el sistema mixto

En este sistema, acogido por nuestro país, la tutela puede ser desempeñada tanto por familiares como por instituciones u organismos públicos, ambos vigilados por la autoridad, pues siendo una institución de orden público, corresponde a los entes públicos su salvaguarda, regulación y vigilancia.

[4] Marcel Planiol y Georges Ripert, *Derecho civil*, Harla, México, 1997, pp. 278 y 279.

En este sistema la tutela es desempeñada idealmente por personas físicas a través de tutores y curadores, siempre mediante la intervención tanto del juez de lo Familiar como del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público.

12.4 La tutela en el *Código Civil para el Distrito Federal*

Como lo expresamos en apartados anteriores, el CCDF no define la tutela, pues en el art. 449 ya citado sólo establece el objeto de la misma: la guarda de la persona y de los bienes de todos aquellos que por diferentes circunstancias no están sujetos a la patria potestad y tienen incapacidad natural y legal o solamente la legal; asimismo, puede tener por objeto la representación interina del incapaz.

También establece la ley que la tutela es un cargo de interés público del cual nadie puede eximirse sino por causa legítima (art. 452), y de conformidad con el art. 453 del CCDF, el que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor será responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.

12.5 Características de la tutela

La tutela, con base en lo que ya hemos dicho de ella, tiene las características siguientes:

1. Es una institución de interés público. La ley expresa esta característica en forma explícita en el citado art. 452; está integrada, como lo dijimos al inicio del capítulo, por un conjunto de normas no sujetas a la voluntad de los particulares, pues son de estricta observancia y sobre ellas no puede haber acuerdo de particulares.
2. Es irrenunciable, pues por disposición de la ley quien es llamado a desempeñar la tutela no puede renunciar al cargo sino por causa legítima aceptada por el juez en los casos que la ley prevé; por ello, el que rehusare su desempeño será responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.
3. Es temporal, pues dura, en el caso de los menores de edad, hasta cumplir 18 años. Si la tutela es sobre un mayor incapacitado, se ejercerá mientras dure la incapacidad. En este caso dice el art. 466:

   > El cargo de tutor respecto de las personas comprendidas en los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450 durará el tiempo que subsista la interdicción cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes. El cónyuge tendrá obligaciones de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge. Los extraños que desempeñen la tutela de que se trata tienen derecho de que se les releve de ella a los diez años de ejercerla.

4. Es excusable: siendo la tutela irrenunciable, como ya lo expresamos, la ley señala los casos en que las personas se pueden excusar para ejercerla. Precisamente el art. 511 indica:

   > Pueden excusarse de ser tutores:
   >
   > I. Los servidores públicos;
   > II. Los militares en servicio activo;
   > III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;
   > IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;

V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;
VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;
VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;
VIII. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Se presume, según la fracc. VIII del artículo citado, que puede haber otras causas para excusarse de la tutela, quedando éstas a criterio del juez. Obviamente, si quien puede excusarse no lo hace en el término que establece la ley, se entiende que renuncia a excusarse.

5. Es un cargo unitario. Significa que sólo se puede tener un tutor a la vez. De conformidad con la ley (art. 455), la tutela sólo se ejercerá por un tutor, excepto cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del pupilo o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona de los bienes.

   En conclusión, se dice que el cargo de la tutela tiene como característica ser un cargo unitario, pero esto es con respecto a la persona del incapaz: el tutor si puede serlo de tres incapaces al mismo tiempo. Si éstos son hermanos o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y curador a todos ellos aunque sean más de tres (art. 456).

   También es importante lo señalado por la ley cuando se trata de un tutor persona moral:

   Artículo 456 bis. Las personas morales que no tengan finalidad lucrativa y cuyo fin primordial sea la protección y atención a las personas a que se refiere el artículo 450, fracción II de este Código, podrán desempeñarse como tutores del número de personas que su capacidad lo permita, siempre que cuenten con el beneplácito de los ascendientes del Pupilo o así lo determine el juicio de interdicción y que la persona sujeta a Tutela carezca de bienes.

   Cuando la Tutela se decida por medio de Juicio de Interdicción, se presentará, por parte de la persona moral, informe anual pormenorizado del desempeño del cargo conferido, ante el Juez, el cual se hará de forma individualizada por cada persona. De igual forma se presentará informe en los casos de Tutela Testamentaria o dativa a los ascendientes del Pupilo.

6. Es un cargo remunerado. Sobre la retribución, el art. 585 señala que el tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado y ésta la podrá fijar, en términos generales, el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento, pero para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez. Sin embargo, para la retribución es indispensable considerar lo siguiente:

   Artículo 586. En ningún caso bajará la retribución del cinco ni excederá del diez por ciento de las rentas líquidas de dichos bienes.

   Artículo 587. Si los bienes del incapacitado tuvieren un aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor, tendrá derecho a que se le aumente la remuneración hasta un veinte por ciento de los productos líquidos. La calificación del aumento se hará por el juez, con audiencia del curador.

   Artículo 588. Para que pueda hacerse en la retribución de los tutores el aumento extraordinario que permite el artículo anterior, será requisito indispensable que por lo menos en dos años consecutivos haya obtenido el tutor la aprobación absoluta de sus cuentas.

   Artículo 589. El tutor o los tutores no tendrán derecho a remuneración alguna, excepto en los casos de tutela cautelar; y restituirán lo que por este título hubiesen recibido, en los siguientes casos:

I. Si ambos tutores fuesen separados del cargo, y
II. Si contraviniese lo dispuesto en el artículo 159.

Si sólo uno fuese separado, el otro recibirá la totalidad de la retribución.

7. Es posterior a la declaración del estado de interdicción. El estado de interdicción tiene que ser declarado previamente por el juez en los términos dispuestos en el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* (CPCDF); derivado de dicha resolución se conferirá el tutor.

   Artículo 462. Ninguna Tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el estado y grado de capacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

   Tratándose de mayores de edad a que se refiere el artículo 450, fracción II de este Código, el Juez con base en dos diagnósticos médicos y/o psicológicos, escuchando la opinión de los parientes más cercanos de quien vaya a quedar bajo Tutela, emitirá la sentencia donde se establezcan los actos jurídicos de carácter personalísimo, que podrá realizar por sí mismo, determinándose con ello la extensión y límites de la Tutela.

8. Es sustitutiva de la patria potestad. Esta característica se desprende del hecho de que sólo entran bajo la tutela los menores o los mayores de edad incapaces que, por diferentes circunstancias, no están sujetos a la patria potestad; es decir, entran a la tutela quienes carecen de progenitores o ascendientes que puedan ejercer sobre ellos la patria potestad. Algunos juristas, tal vez sólo por diferenciarse, llaman a esta característica *supletoria o subsidiaria de la patria potestad*; pensamos que el término más adecuado es *sustitutiva de la patria potestad*.

12.6 Sujetos de la tutela

Dado el objetivo de la tutela, establecido en la ley, podemos determinar quiénes son los sujetos de la tutela o particularmente quiénes son los sujetos a los que está dirigida la tutela o, como señalan algunos, quiénes son los sujetos pasivos; prefiero denominarlos, como ya dije, *sujetos a quienes beneficia la tutela*.

12.6.1 Sujetos a quienes beneficia la tutela

Ahora bien, entre los sujetos a quienes beneficia o va dirigida la tutela, pues para ellos se creó, tenemos los siguientes:

I. Los mayores de edad incapacitados. Es evidente que éstos, dado el estado de incapacidad en que se encuentran, necesitan —por no poderse gobernar, obligar o manifestar su voluntad por sí mismos— del auxilio de un tutor, para que en su nombre y representación haga valer sus derechos y cumpla con sus obligaciones. Esto se desprende del art. 450 del CCDF, cuyo texto vigente dice:

   Tienen incapacidad natural y legal:

   I. Los menores de edad;
   II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional,

mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.
III. (Se deroga).
IV. (Se deroga).

Los mayores de edad incapacitados, es fácil advertirlo, requieren un tutor precisamente por el impedimento que tienen para disponer y expresar su voluntad.

II. Los menores de edad. Son sujetos a la tutela cuando por diversas circunstancias no están sometidos a la patria potestad, con la excepción de la tutela interina, en la que pudiera darse el caso de que el menor sujeto a ella también esté sometido a la patria potestad o a una tutela general.

Lo anterior, con las salvedades que la propia ley establece, como el menor de edad emancipado que por el hecho de la emancipación adquiere la capacidad para administrar sus bienes, aunque siempre requerirá, mientras esté en la minoría de edad, un tutor para atender asuntos judiciales, así como para enajenar o hipotecar sus bienes.

La ley también permite a los menores de edad, en ciertas circunstancias, realizar actos jurídicos válidos como hacer testamento, administrar los bienes que son producto de su trabajo, etcétera.

12.6.2 Sujetos que ejercen la tutela

Al igual que en el inciso anterior, nos referiremos ahora a los sujetos que ejercen la tutela, denominados por ello *sujetos activos* de la misma; sin embargo, para nuestros efectos les llamamos *sujetos que ejercen la tutela*. De acuerdo con el CCDF, en sus arts. 456 y 456 bis, pueden ser tutores las personas físicas y las personas morales, así que con base en estos dos supuestos, los sujetos que ejercen la tutela son:

I. La persona física. Al respecto dice el art. 456: "Las personas físicas podrán desempeñar el cargo de tutor o curador hasta de tres incapaces. Si éstos son hermanos o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y curador a todos ellos, aunque sean más de tres."

II. Las personas morales pueden ejercer la tutela en términos de lo señalado en el art. 456 bis:

> Las personas morales que no tengan finalidad lucrativa y cuyo fin primordial sea la protección y atención a las personas a que se refiere el artículo 450, fracción II de este Código, podrán desempeñarse como tutores del número de personas que su capacidad lo permita, siempre que cuenten con el beneplácito de los ascendientes del Pupilo o así lo determine el juicio de interdicción y que la persona sujeta a Tutela carezca de bienes.
>
> Cuando la Tutela se decida por medio de Juicio de Interdicción, se presentará, por parte de la persona moral, informe anual pormenorizado del desempeño del cargo conferido, ante el Juez, el cual se hará de forma individualizada por cada persona. De igual forma se presentará informe en los casos de Tutela Testamentaria o dativa a los ascendientes del Pupilo.

12.7 Clases de la tutela

Las clases de tutela que menciona la ley son: cautelar, testamentaria, dativa y de los menores en situación de desamparo. A continuación, siguiendo estas clases, desarrollaremos cada una de ellas.

12.7.1 Tutela cautelar

La tutela cautelar es la conferida por persona con capacidad para otorgar testamento y su finalidad es nombrar tutor o tutores y a sus sustitutos, quienes se encargarán de su persona y, en su caso, de su patrimonio, en previsión de su futura incapacidad. Con la salvedad de que dichos nombramientos excluyen a las personas a quienes pudiera corresponder el ejercicio de la tutela, conforme a lo dispuesto en el CCDF (art. 469 bis).

Podemos definir la tutela cautelar como:

> El nombramiento de tutor o tutores y sus sustitutos que hace una persona con capacidad, en escritura pública, quienes se encargarán de su persona y, en su caso, de su patrimonio, en previsión de su futura incapacidad. ■

Los nombramientos de la tutela cautelar sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura pública. Sobre este particular transcribimos el art. 469 ter:

> Los nombramientos mencionados en el artículo anterior, sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura pública, debiendo el notario agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse, siendo revocable este acto en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad.
>
> En caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien o quienes sean sustitutos.

En la escritura donde se haga constar la designación del tutor cautelar se podrán contener, de conformidad con el art. 469 quáter, expresamente las facultades y obligaciones del tutor:

> En la escritura pública donde se haga constar la designación, se podrán contener expresamente las facultades u obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, dentro de las cuales serán mínimo las siguientes:
>
> I. Que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado, y
> II. Establecer que el tutor tendrá derecho a una retribución en los términos de este código.
>
> El Juez de lo Familiar, a petición del tutor o del curador, y en caso de no existir éstos, los sustitutos nombrados por el juez tomando en cuenta la opinión del Consejo de Tutelas, podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.

Finalmente, el tutor cautelar que se excuse de ejercer la tutela, dice el art. 469 quintus, pierde todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz.

12.7.2 Tutela testamentaria

Es la que deriva del derecho que tienen las personas que ejercen la patria potestad de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerzan, con inclusión del hijo póstumo (art. 470). En otras palabras, la tutela testamentaria consiste en:

> El nombramiento de tutor que hace en su testamento, el que ejerce la patria potestad, para aquellos sobre quienes la ejerce, incluso al hijo póstumo. ■

Los efectos de la tutela testamentaria son:

a) Excluir de la patria potestad a los ascendientes de ulterior grado (a los abuelos). Dice el art. 471: "El nombramiento de tutor testamentario hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados."

Sin embargo, puede cesar el impedimento, de acuerdo con el art. 472: "Si los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela."

b) Excluir de la tutela legítima a los colaterales. ¿Quiénes pueden nombrar tutor testamentario?

- Los ascendientes que ejerzan la patria potestad, respecto de los menores sujetos a ella (art. 470).
- El ascendiente que ejerza la tutela de un hijo en estado de interdicción.

Artículo 475. El ascendiente que ejerza la Tutela de un hijo sujeto a interdicción en los supuestos de la fracción II del artículo 450 de este Código, podrá nombrar tutor testamentario, si el otro ascendiente ha fallecido o no puede legalmente ejercer la Tutela.

Podrán ser tutores testamentarios las personas morales sin fines de lucro y cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas con discapacidad intelectual o mental.

El que en su testamento deje bienes a un incapaz. Dice el art. 473: "El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje."

Se puede apreciar que el tutor testamentario designado sólo es para la administración de los bienes que deje al incapaz, con el requisito de que ese incapaz no esté bajo la patria potestad de alguna persona.

- El ascendiente que ejerza la patria potestad o tutela de una persona en estado de interdicción y que se presuma que su muerte está cercana.

Artículo 475 bis. El ascendiente que ejerza la patria potestad o Tutela de una persona a que se refiere el artículo 450, fracción II, de este Código, que se encuentre afectado, por una enfermedad crónica o incurable, o que por razones médicas se presuma que su muerte se encuentra cercana o cierta, podrá sin perder sus derechos, designar un tutor y un curador para el Pupilo, prevaleciendo dicha designación a todas aquellas hechas anteriormente, aún las que se encuentren realizadas en testamentos anteriores. Dicho tutor entrará en su encargo en cualquiera de los siguientes casos:

a) La muerte del ascendiente.
b) Discapacidad mental del ascendiente, o
c) Debilitamiento físico. En este supuesto será necesario el consentimiento del ascendiente.

Cuando se nombre a varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien sustituirán los demás por orden de nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción, salvo que el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela (arts. 477 y 478).

12.7.3 Tutela legítima

Es aquella que en ausencia de tutores cautelares o testamentarios recae sobre las personas expresamente señaladas en la ley. Podemos definirla como:

> Aquella que en ausencia de tutores cautelares y testamentarios recae en las personas que la ley indica expresamente. ■

La ley señala tres formas de la tutela legítima determinadas por el sujeto pasivo de la misma; las desarrollamos a continuación:

a) *Tutela legítima de menores de edad.* En este tipo de tutela cabe distinguir dos casos:

1. Cuando no hay tutor cautelar ni testamentario y, por supuesto, no hay quien ejerza la patria potestad.
2. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. Lo anterior, de conformidad con el art. 482, que señala:

   Ha lugar a tutela legítima:

   I. Cuando no hay quién ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario;
   II. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

   Esta tutela se desempeña, de acuerdo con el art. 483, en el orden siguiente:

   1°. Por alguno de los hermanos, prefiriéndose al que lo sea por ambas líneas.
   2°. A falta de éste la desempeñará el hermano que lo sea por una línea.
   3°. A falta de los anteriores la desempeñará uno de los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

   El juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela. También ha lugar a la tutela legítima:

   I. Cuando no haya tutor cautelar ni testamentario, y
   II. Cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos.

b) *Tutela legítima de mayores de edad incapacitados.* Al efecto de este tipo de tutela se desempeñará conforme a lo siguiente:

1°. La tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge.
2°. Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva con ellos.
3°. Siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca más apto.
4°. Los padres son de derecho tutores de sus hijos solteros, cuando éstos no tengan hijos para desempeñar la tutela, y deberán ponerse de acuerdo respecto de quién de los dos ejercerá el cargo.
5°. A falta de los anteriores, serán llamados a ella sucesivamente los abuelos, los hermanos del incapacitado y demás colaterales a que se refiere la fracc. II del art. 483; observándose en su caso lo que dispone el art. 484: "Si hubiere varios parientes del mismo

grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección."

c) *Tutela legítima de los menores en situación de desamparo.* Este tipo de tutela se originó por la reforma del 4 de enero de 2008 al CCDF y quedó regulada en los arts. 492 a 494-E.

A esta tutela algunos la llaman *tutela acogimiento*; nosotros seguiremos la denominación del código. Así, entendemos por tutela de los menores en situación de desamparo la impuesta por la ley a la persona física o moral que haya acogido a un menor abandonado o expuesto a su suerte por las personas a quienes correspondía protegerlo. Al efecto transcribimos el art. 492:

La ley coloca a los menores en situación de desamparo bajo la tutela de la institución autorizada que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores.

Se entiende por expósito, al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado.

Se considera como situación de desamparo, la que se produce de un hecho a causa de la imposibilidad, del incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la patria potestad, tutela o custodia de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia material o moral; ya sea en carácter de expósitos o abandonados.

El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor, si éste tiene bienes, el juez decidirá sobre la administración de los mismos.

En todos los casos, quien haya acogido a un menor, deberá dar aviso al Ministerio Público Especializado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, quien después de realizar las diligencias necesarias, en su caso, lo pondrá de inmediato bajo el cuidado y atención del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

¿Quién es el tutor del menor en situación de desamparo? De acuerdo con el CCDF, los responsables de las casas de asistencia privada u organizaciones civiles previamente autorizadas, donde reciben a los menores en situación de desamparo, desempeñarán la tutela de éstos con apego a las leyes. Respecto del Distrito Federal, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) ejercerá la tutela de los menores en situación de desamparo (art. 494-A).

Finalmente, en artículos subsecuentes (494-B y 494-C) establece reglas básicas del procedimiento para cumplir con lo previsto en el art. 494-A.

Apreciamos que la legislación sobre la tutela de los menores en situación de desamparo deja mucho que desear, pues entre otras cuestiones deja un vacío sobre el tutor: dice, en términos genéricos, que los tutores son los responsables de las casas de asistencia privada o, en el caso del Distrito Federal, que el DIF ejercerá la tutela. Nada dice sobre la administración de los bienes del menor, ni contempla a los mayores de edad incapacitados que también pueden quedar en situación de desamparo.

12.7.4 Tutela dativa

La tutela dativa es impuesta legalmente por las instituciones públicas o privadas autorizadas a los menores de edad acogidos, no sujetos a la patria potestad y que carecen de tutela cautelar, testamentaria o legítima. De acuerdo con el art. 495:

Ha lugar a tutela dativa:

I. Cuando no haya tutor cautelar, ni testamentario, ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima;
II. Cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos, y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.

A lo anterior hay que agregar que también es tutela dativa la nombrada a los menores emancipados para asuntos judiciales. Sobre el nombramiento del tutor dativo, precisamos los casos siguientes que distingue la ley:

1. Si el menor ha cumplido 16 años, en este supuesto designará al tutor de acuerdo con el artículo siguiente:

   Artículo 496. El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El Juez de lo Familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobarla. Para reprobar las ulteriores designaciones que haga el menor, el Juez oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, el Juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

2. Si el menor no ha cumplido 16 años, se estará a lo establecido en el artículo siguiente:

   Artículo 497. Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el Juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor.

   Artículo 498. Si el juez no hace oportunamente el nombramiento de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que se sigan al menor por esa falta.

12.8 Inhábiles para desempeñar la tutela

De acuerdo con la ley (art. 503), son inhábiles para desempeñar la tutela:

- Los menores de edad.
- Los mayores de edad que por alguna circunstancia se encuentren bajo tutela.
- Quienes hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal en su ejercicio.
- Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de la tutela e inhabilitados para ejercerla.
- El que haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso.
- Los que no tengan modo honesto de vivir.
- Los que al momento de deferirse la tutela tengan pleito pendiente con el incapacitado.
- Los deudores del incapacitado en cantidad considerable, a juicio del juez, salvo que quien nombre tutor testamentario lo haya hecho conociendo la deuda y lo haya declarado expresamente al hacer el nombramiento.
- Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia o del Consejo Local de Tutelas.
- Quien no esté domiciliado en el lugar donde deba ejercer la tutela.
- Los servidores públicos que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto.

- Quien padezca enfermedad que le impida el ejercicio de la tutela.
- Los demás a quienes la ley lo prohíba.

12.9 Excusas para el desempeño de la tutela, garantías que deben prestar los tutores, su desempeño, su extinción y la entrega de los bienes

En este apartado trataremos otros aspectos de la tutela relacionados con las excusas para su desempeño, pues la ley prevé circunstancias por las cuales se puede excusar; asimismo, las garantías que deben prestar los tutores para asegurar su manejo y el desempeño de la tutela, entre otros, todos ellos contemplados en la legislación vigente.

12.9.1 Excusas para el desempeño de la tutela

La tutela, una de las instituciones más importantes del derecho de familia, prevé que las personas llamadas a ella se puedan excusar de su ejercicio por circunstancias personales que de alguna manera podrían incidir en el incumplimiento o dificultad para su desempeño. Estas excusas, de conformidad con el art. 511 del CCDF, son:

1. Ser servidor público.
2. Ser militar en servicio activo.
3. Tener bajo su patria potestad tres o más descendientes.
4. Tener una situación socioeconómica que no les permita atender la tutela sin menoscabo de su subsistencia.
5. Tener un estado habitual de salud que les impida atender debidamente la tutela.
6. Tener 60 años cumplidos.
7. Tener a su cargo otra tutela o curaduría.
8. Tener inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estar en aptitud de desempeñar debidamente la tutela.

Si el motivo de la excusa no se hace valer y se acepta ser tutor, se renuncia por ese hecho a la excusa concedida por la ley (art. 512); lo mismo sucederá si la excusa no se propone dentro del término fijado por el Código de Procedimientos Civiles (art. 513). En los casos en que se haga valer una excusa, mientras ésta se califica, el juez nombrará un tutor interino (art. 515).

Ahora bien, cuando el tutor testamentario se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que hubiere dejado el testador por este concepto (art. 516). Finalmente, para el tutor que sin excusa, o desechada la excusa propuesta, no desempeña la tutela, el art. 517 dispone lo siguiente:

> El tutor que sin excusa o desechada la que hubiere propuesto no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al incapacitado que muera intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al mismo incapacitado. En igual pena incurre la persona a quien corresponda la tutela legítima, si habiendo sido legalmente citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz.

Pasemos al siguiente punto.

12.9.2 Garantías que deben prestar los tutores

¿Qué garantías deben prestar los tutores para asegurar el manejo de la tutela? De conformidad con el art. 519 del CCDF, el tutor, antes de que se le discierna el cargo, debe prestar caución para su manejo y ésta puede ser:

- Prenda o hipoteca.
- Fianza.
- Otro medio suficiente autorizado por la ley.

Tratándose de garantía prendaria, se depositarán las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos y, a falta de ella, se depositarán en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad. Sin embargo, la ley (art. 520) exceptúa de prestar garantía a los tutores siguientes:

1. A los tutores testamentarios, cuando hayan sido relevados expresamente de esta obligación por el testador. Los tutores testamentarios estarán obligados excepcionalmente a dar garantía cuando, después de su nombramiento, haya sobrevenido causa ignorada por el testador que, a juicio del juez y previa audiencia del curador, haga necesaria aquélla (art. 521).
2. Al tutor que no administre bienes.
3. Al padre, la madre y los abuelos cuando sean llamados a desempeñar la tutela, conforme a la ley, salvo que el juez lo crea conveniente.
4. A los que acojan a un expósito por más de 10 años, lo alimenten y eduquen convenientemente, salvo que hayan recibido pensión para cuidar de él.
5. Al cónyuge, los ascendientes o los hijos, cuando les recaiga tutela del incapacitado, salvo que el juez, con audiencia de curador y del Consejo de Tutelas, lo crea conveniente (art. 523).

Cabe preguntar a cuánto asciende la garantía que deben prestar los tutores; al respecto, la ley señala:

> **Artículo 528.** La hipoteca o prenda y, en su caso la fianza, se darán:
>
> I. Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;
>
> II. Por el valor de los bienes muebles;
>
> III. Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del juez;
>
> IV. En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos.

No obstante, vale precisar los casos siguientes:

- Si son varios los incapacitados y su haber consiste en bienes procedentes de una herencia indivisa, cuando son varios los tutores, se les exigirá la garantía de su misma porción hereditaria, a no ser que esta porción no iguale a la mitad de la porción del incapaz; en tal caso se integrará la garantía con bienes propios del tutor o con fianza (art. 524).

- Si son varios los incapacitados cuyo haber consista en bienes procedentes de una herencia indivisa, cuando son varios los tutores se exigirá a cada uno de ellos garantía por la parte que corresponda a su representado.
- Cuando los bienes que tenga no alcancen a cubrir la cantidad que ha de asegurar conforme al art. 528, la garantía podrá consistir: parte en hipoteca o prenda, parte en fianza, o solamente en fianza, a juicio del juez, y previa audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas (art. 527).
- Si los bienes del incapacitado aumentan o disminuyen durante la tutela, en la misma proporción podrán aumentarse o disminuirse la hipoteca, la prenda o la fianza, a pedimento del tutor, del curador, del Ministerio Público o del Consejo Local de Tutelas (art. 529).
- Si fueren dos los tutores, ambos otorgarán garantía por partes iguales, salvo que acuerden otra cosa, y responderán solidariamente ante el incapaz. En caso de que el juez no exija que se caucione el cargo, responderá subsidiariamente por los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido dicha caución (art. 530).

Cabe recordar que hay solidaridad pasiva o de deudores si el crédito o la deuda se considera dividida en tantas partes como deudores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distinto. Por otra parte, la responsabilidad subsidiaria del juez significa que las acciones se ejercen en contra del tutor, pero si éste no tiene bienes suficientes para resarcir los daños y perjuicios causados, entonces el juez es el responsable de cubrirlos por no haber exigido la caución.

Finalmente, en caso de que quien fue llamado a desempeñar el cargo de tutor no otorgue la garantía, siendo ésta un requisito previo para que el juez de lo Familiar pueda discernir el cargo, se le concederán tres meses para que otorgue la garantía, contados a partir de la aceptación, y si en ese plazo no logra otorgarla, el juez nombrará tutor interino, de acuerdo con las disposiciones siguientes:

Artículo 531. Si el tutor, dentro de tres meses después de aceptado su nombramiento, no pudiere dar la garantía por las cantidades que fija el artículo 528, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.

Artículo 532. Durante los tres meses señalados en el artículo precedente, desempeñará la administración de los bienes un tutor interino, quien los recibirá por inventario solemne, y no podrá ejecutar otros actos que los indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos. Para cualquier otro acto de administración requerirá la autorización judicial, la que se concederá, si procede, oyendo al curador.

12.9.3 Desempeño de la tutela

El tutor que va a administrar bienes podrá entrar a desempeñar la tutela una vez que haya otorgado las garantías suficientes para asegurar el buen desempeño de la administración de los bienes del pupilo, cuando el juez le haya discernido del cargo y se le haya nombrado un curador (art. 535), salvo que se trate de la tutela ejercida por una persona física o una institución autorizada que haya acogido al menor en situación de desamparo.

Si el tutor entra a ejercer la administración de los bienes sin que se haya nombrado curador, será responsable de los daños y perjuicios que cause al incapacitado y, además, será separado de la tutela; sin embargo, mientras ejerza el cargo sin curador, ninguna persona extraña podrá rehusarse a tratar con él judicial o extrajudicialmente, para la conservación y mantenimiento de los bienes del tutelado, alegando falta de curador (art. 536).

12.9.3.1 Obligaciones y contenido de la tutela

La tutela comprende la serie o conjunto de deberes, derechos y obligaciones legales resultantes del desempeño del tutor respecto del cuidado y la representación del pupilo, la administración de los bienes del incapaz y la conducta que éste debe adoptar para con su tutor. Estos deberes, derechos y obligaciones los desarrollamos con base en la legislación en los apartados siguientes:

1. *Obligaciones respecto de la guarda del menor.* La primera obligación que deriva de la guarda del menor, siendo la tutela sustitutiva de la patria potestad, de conformidad con el art. 537, fracc. I, es la de alimentar y educar al incapacitado.

   - Ahora bien, sobre esta obligación el CCDF dispone:

     Artículo 538. Los gastos de alimentación, educación y asistencia de la persona sujeta a tutela deben regularse de manera que nada necesario le falte, según sus requerimientos y su posibilidad económica.

     Artículo 539. Cuando el tutor entre en el ejercicio de su cargo, el juez fijará, con audiencia de aquél, la cantidad que haya de invertirse en los alimentos, educación y asistencia de la persona sujeta a tutela, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otras circunstancias. Por las mismas razones podrá el juez alterar la cantidad que el que nombró tutor hubiere señalado para dicho objeto.

   - Respecto de la educación de la persona sujeta a la tutela, el tutor deberá proveer la educación integral, pública o privada, incluyendo la especializada conforme a las leyes de la materia, de acuerdo con sus requerimientos y posibilidad económica, a fin de que aquélla pueda ejercer la carrera, oficio o actividad que elija; lo anterior incluye su habilitación o rehabilitación, si cuenta con alguna discapacidad, para que pueda actuar en su entorno familiar o social.

     Si el tutor infringe esta disposición, el curador, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público o el menor, siendo el caso, deben ponerlo en conocimiento del juez a fin de que dicte las medidas necesarias para su cumplimiento (art. 540).

     Pero si el que tenía la patria potestad sobre el menor lo había inscrito en alguna institución para su educación, o dedicado a algún oficio o actividad, el tutor no la podrá variar, ni prohibir su continuación, sin la aprobación del juez, quien previamente deberá oír al menor, al curador y al Consejo Local de Tutelas (art. 541).
   - También es obligación del tutor, de acuerdo con el art. 537, fracc. II, del CCDF, destinar, de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación derivada de éstas o del consumo no terapéutico de sustancias ilícitas a que hace referencia la *Ley General de Salud* y las lícitas no destinadas a ese fin, que produzcan efectos psicotrópicos;

   Es evidente que los gastos de educación, alimentos y asistencia del menor son a cargo de las rentas que produzcan sus bienes, pero si estas rentas no alcanzan a cubrir dichos gastos, el juez decidirá si ha de ponérsele a aprender un oficio o adoptarse otro medio para evitar la enajenación de los bienes y, si fuere posible, sujetará a las rentas de éstos, los gastos de alimentación (art. 542). En caso de que los pupilos no tengan bienes se aplicarán las reglas siguientes:

a) Si los menores o los mayores de edad, con algunas de las incapacidades a que se refiere el art. 450, fracc. II, fuesen indigentes o careciesen de suficientes medios para los gastos que demandan su alimentación y educación, el tutor exigirá judicialmente la prestación de esos gastos a los parientes que tienen obligación legal de alimentar a los incapacitados. Las expensas que esto origine serán cubiertas por el deudor alimentario. Cuando el mismo tutor sea obligado a dar alimentos, por su parentesco con su tutelado, el curador ejercitará la acción a que se refiere el art. 543.

b) Si los menores o mayores de edad con incapacidades como las que señala el art. 450, fracc. II, no tienen personas que estén obligadas a alimentarlos, o si teniéndolas no pudieren hacerlo, el tutor, con autorización del juez de lo Familiar —quien oirá el parecer del curador y el consejo local de las tutelas—, pondrá al tutelado en una institución de asistencia social pública o privada en donde pueda educarse y habilitarse. En su caso, si esto no fuera posible, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No por eso el tutor queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando a su tutelado para que no sufra daño por lo excesivo del trabajo, lo insuficiente de la alimentación o lo defectuoso de la educación que se le imparta (art. 544).

c) Finalmente, los incapacitados indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios previstos en los dos artículos anteriores, lo serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal; pero si se llega a tener conocimiento de que existen parientes del incapacitado que estén legalmente obligados a proporcionarle alimentos, el Ministerio Público deducirá la acción correspondiente para que se reembolsen al gobierno los gastos que hubiere hecho en cumplimiento de lo dispuesto por art. 545.

2. *Obligación de informar sobre el estado del incapaz.* El tutor está obligado a presentar al juez de lo Familiar, en enero de cada año, un informe sobre el desarrollo de la persona sujeta a su tutela. Para el caso del tutor de las personas que se encuentren en estado de interdicción, a que se refiere la fracc. II del art. 450 del CCDF, está obligado además a presentar al juez de lo Familiar, en enero de cada año, un certificado de dos médicos psiquiatras que declaren acerca del estado del individuo sujeto a interdicción, a quien para ese efecto reconocerán en presencia del curador. En todo caso, el juez se cerciorará del estado que guarda el incapacitado, tomando todas las medidas que estime convenientes para mejorar su condición.

   Aun cuando no se rindan las cuentas a que se refiere el Capítulo XI del Título Noveno, será obligatoria la presentación del informe y de los certificados médicos en los términos señalados por el art. 546. Igualmente, el tutor está obligado a tomar las medidas oportunas y necesarias para evitar el deterioro de la salud o para velar por el alivio y la mejoría de las personas a que se refiere el artículo anterior, previa la autorización judicial que se otorgará con audiencia del curador. Las medidas que fueren muy urgentes podrán ser ejecutadas por el tutor, quien dará cuenta inmediatamente al juez para obtener la debida aprobación (art. 547).

3. *Obligación de representar legalmente al incapaz.* El tutor es el representante legal del incapaz en todos los actos civiles judiciales y extrajudiciales, pues la tutela es sustitutiva de la patria potestad; es evidente que esta representación exceptúa aquellos actos que el tutelado puede realizar por sí mismo, por ser actos personalísimos, como la expedición de testamento, si ha cumplido 16 años, o como realizar actos de administración que el tutelado ha adquirido por su trabajo.

El tutor es, en principio, el representante del incapaz; le corresponde actuar por cuenta y en nombre de él, por lo que tiene mandato amplísimo para ejercer dicha representación y con ello poder ejecutar todos los actos necesarios para beneficiar al tutelado. Pero este poder se encuentra limitado a realizar determinados actos jurídicos, de conformidad con el art. 537, que establece que el tutor está obligado: "V. A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales", por ejemplo, para enajenar bienes del tutelado.

Por otra parte, el tutor tiene derecho a obligar al menor a habitar el mismo techo para poder cumplir con sus obligaciones de guarda y corrección de su conducta, de conformidad con el art. 577, que indica que el tutor posee, respecto del menor, las mismas facultades que el art. 423 concede a los ascendientes; esto significa también que el incapaz tiene la obligación correlativa de conducirse con respeto y obediencia para con la persona del tutor, dado que la tutela equivale a la patria potestad.

4. *Obligaciones respecto del inventario de los bienes.* En cuanto a esta obligación, se observarán las reglas siguientes:

a) La obligación de hacer inventarios no puede ser dispensada ni siquiera por los que tienen derecho de nombrar tutor testamentario (art. 548).

b) El inventario debe integrarse por todos los bienes o patrimonio del incapaz; debe contener en forma detallada y precisa las condiciones materiales y legales en que se encuentran todos los bienes, derechos y obligaciones. Lo anterior, de acuerdo con el art. 537, que dice:

> El tutor está obligado: (...)
>
> III. A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad.
>
> El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses.

c) De conformidad con el art. 551, los bienes que el incapacitado adquiera después de la formación del inventario se incluirán inmediatamente en él, con las mismas formalidades prescritas en la fracc. III del art. 537.

d) Mientras el inventario no esté formado, la tutela debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado (art. 549).

e) Hecho el inventario, no se admite al tutor rendir prueba contra él en perjuicio del incapacitado, ni antes ni después de la mayoría de edad de éste, ya sea que litigue en nombre propio o con la representación del incapacitado (art. 552).

f) Si se hubiere omitido listar algunos bienes en el inventario, el menor mismo, antes o después de la mayoría de edad, y el curador o cualquier pariente, pueden ocurrir al juez para pedir que los bienes omitidos se listen; y el juez, oído el parecer del tutor, determinará en justicia (art. 553).

g) El tutor está obligado a inscribir en el inventario el crédito que tenga contra el incapacitado; si no lo hace, pierde el derecho de cobrarlo. Se exceptúan de lo anterior los casos en que el error del inventario sea evidente o cuando se trate de un derecho claramente establecido (art. 550).

5. *Obligaciones sobre la administración de los bienes.* Sobre la administración de los bienes, el citado art. 537 dice que el tutor está obligado en principio:

> IV. A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años.
>
> La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor; (...)
>
> VI. A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.

Además de lo anterior, sobre la administración de los bienes del tutelado se estará a lo siguiente:

a) El tutor, durante el primer mes de ejercer su cargo, fijará, con aprobación del juez, la cantidad que haya de invertirse en gastos de administración y el número y sueldos de los dependientes necesarios. Ni el número, ni el sueldo de los empleados, podrá aumentarse después, sino con aprobación judicial (art. 554).

b) Lo dispuesto en el artículo anterior no libera al tutor de justificar, al rendir sus cuentas, que dichas sumas han sido gastadas efectivamente en sus respectivos objetos (art. 555).

c) Si el padre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el juez, con informe de dos peritos, decidirá si ha de continuar o no la negociación; a no ser que los padres hubieren dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad, en cuanto no ofrezca grave inconveniente a juicio del juez (art. 556).

6. *Obligaciones en caso de inversiones.* El tutor está obligado a hacer inversiones bajo las reglas siguientes:

a) El dinero que sobre después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, el que proceda de las redenciones de capitales y el que se adquiera de cualquier otro modo, será invertido por el tutor, dentro del mes siguiente a su obtención, bajo su más estricta responsabilidad (art. 557).

b) Si para hacer la inversión dentro del término señalado en el artículo anterior hubiere algún inconveniente grave, el tutor lo manifestará al juez de lo Familiar, quien podrá ampliar el plazo por otro mes (art. 558).

c) El tutor que no haga las inversiones dentro de los plazos señalados en los dos artículos anteriores pagará los réditos legales mientras los capitales no sean invertidos (art. 559).

d) Mientras se hacen las inversiones a que se refieren los arts. 557 y 558, el tutor depositará las cantidades que perciba en las instituciones de crédito destinadas al efecto.

7. *Obligaciones sobre la administración de los bienes inmuebles y muebles.*

a) El tutor, de acuerdo con el art. 561 del CCDF, tiene prohibido enajenar o gravar los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos, salvo causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor o del mayor con alguna de las incapacidades a que se refiere el art. 450, fracc. II, debidamente justificada y previa a la confirmación del curador y la autorización judicial.

b) El art. 562 establece que cuando la enajenación se haya permitido para cubrir con su producto algún objeto determinado, el juez señalará al tutor un plazo dentro del cual deberá acreditar que el producto de la enajenación se ha invertido en su objeto. Mientras que no se haga la inversión se observará lo dispuesto en la parte final del art. 437.

c) Ahora bien, cuando se trate de enajenar, gravar o hipotecar a título oneroso bienes que pertenezcan al incapacitado como copropietario, se comenzará por mandar justipreciar dichos bienes para fijar con toda precisión su valor y la parte que en ellos represente el incapacitado, a fin de que el juez resuelva si conviene o no que dichos bienes se dividan materialmente para que aquél reciba en plena propiedad su porción, o si, por el contrario, es conveniente la enajenación, gravamen o hipoteca, fijando en este caso las condiciones y seguridades con que deben hacerse, pudiendo, si lo estimare conveniente, dispensar la almoneda, siempre que el tutor y el curador consientan en ello (art. 564).

d) La venta de bienes raíces de los menores y mayores incapaces será nula si no se hace judicialmente en subasta pública. En la enajenación de alhajas y muebles preciosos el juez decidirá si conviene o no la almoneda, pudiendo dispensarla, acreditada la utilidad que resulte al tutelado. Los tutores no podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado, por un valor menor del que se cotice en la plaza el día de la venta, ni dar fianza a nombre del tutelado (art. 563).

e) El tutor requiere autorización judicial para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación, a excepción de los gastos médicos urgentes del pupilo, los cuales deberán comprobarse y detallarse en el informe que se estipula en el art. 546 de este código (art. 565).

f) El tutor no podrá transigir o comprometer en árbitros los negocios del incapacitado, sin autorización del juez, y el nombramiento de tales árbitros también deberá ser aprobado por el citado juez (arts. 566 y 567).

Cuando el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o valores mercantiles o industriales cuya garantía exceda de 2 500 veces el salario mínimo del Distrito Federal, el tutor necesita, para poder transigir, el consentimiento del curador y la aprobación judicial otorgada con audiencia de éste (art. 568).

g) El tutor no puede comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva (art. 569). Esta prohibición cesa, respecto de la venta de bienes, en el caso de que el tutor o sus parientes mencionados sean coherederos, partícipes o socios del incapacitado (art. 570).

h) El tutor no puede hacerse pago de sus créditos contra el incapacitado sin conformidad del curador y aprobación judicial (art. 571).

i) El tutor no puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado, por más de cinco años, sino en caso de necesidad o utilidad, previos el consentimiento del curador y la autorización judicial, observándose en su caso lo dispuesto en el art. 564. El arrendamiento hecho de conformidad con ese artículo subsistirá por el tiempo convenido aun cuando se acabe la tutela; pero será nula toda anticipación de renta o alquileres por más de dos años (arts. 573 y 574).

j) El tutor no puede aceptar para sí, a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado; sólo puede adquirir esos derechos por herencia. Tampoco puede, sin autorización judicial, recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato (arts. 572 y 575).

k) Durante la tutela no corre prescripción entre el tutor y el incapacitado (art. 578).

8. *Tutela entre cónyuges.* Para el caso de la tutela entre cónyuges, de acuerdo con el art. 581, se aplicará lo siguiente:

Cuando el tutor de un incapaz sea el cónyuge, continuará ejerciendo los derechos conyugales con las siguientes modificaciones:

I. En los casos en que conforme a derecho se requiere el consentimiento del cónyuge, se suplirá éste por el juez con audiencia del curador;
II. En los casos en que el cónyuge incapaz pueda querellarse del otro, denunciarlo o demandarlo para asegurar sus derechos violados o amenazados, será representado por un tutor interino que el juez le nombrará. Es obligación del curador promover este nombramiento y si no lo cumple, será responsable de los perjuicios que se causen al incapacitado. También podrá promover este nombramiento del Consejo Local de Tutelas.

Según el art. 582, cuando la tutela del incapaz recaiga en el cónyuge, sólo podrá gravar o enajenar los bienes mencionados en el art. 568, previa audiencia del curador y autorización judicial, que se concederá de acuerdo con lo dispuesto en el art. 561.

9. *Retribución del tutor.* Como es de suponerse, el tutor tiene derecho a una retribución por el ejercicio de la tutela, la cual se fijará de la manera siguiente: en ningún caso bajará de 5% ni excederá de 10% de las rentas líquidas de dichos bienes (art. 586).

En caso de que los bienes del incapacitado tuvieren un aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor, tendrá derecho a que se le incremente la remuneración hasta en 20% de los productos líquidos. El juez hará la calificación del aumento, con audiencia del curador (art. 587). Para dicho incremento será requisito indispensable que por lo menos durante dos años consecutivos el tutor haya obtenido la aprobación absoluta de sus cuentas (art. 588).

Finalmente, de conformidad con el art. 585 bis, en caso de existir dos personas que ejerzan el cargo de tutor, la retribución se dividirá entre ellos por partes iguales, salvo pacto en contrario, en cuyo caso deberá ser autorizado judicialmente. Por otra parte, según el art. 589, el tutor o los tutores no tendrán derecho a remuneración alguna —excepto en los casos de tutela cautelar— y restituirán lo que por este título hubiesen recibido, en los casos siguientes:

- Si ambos tutores fuesen separados del cargo, y
- Si contraviniese lo dispuesto en el art. 159.

Si sólo uno fuese separado, el otro recibirá la totalidad de la retribución.

10. *Rendición de cuentas de la tutela.* Una de las obligaciones fundamentales impuestas por la ley al tutor es la rendición de cuentas; para ello se estará a los aspectos siguientes:

a) Esta obligación, de acuerdo con el art. 590, debe cumplirse en enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se hubiese discernido el cargo. La falta de presentación de la cuenta en los tres meses siguientes al de enero motivará la remoción del tutor.

b) La obligación de rendir cuentas descrita anteriormente es genérica y ordinaria. Pero también el tutor tiene la obligación de rendir cuentas cuando, por causas graves que calificará el juez, la exijan el curador, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público, los propios incapaces señalados en la fracc. II del art. 450, o los menores que hayan cumplido 16 años de edad.

c) La rendición de cuentas comprende las cantidades en numerario que hubiere recibido el tutor como producto de los bienes y la aplicación que les haya dado; en general, todas las operaciones que se hubieren practicado, acompañadas de los documentos justificativos y de un balance del estado de los bienes (art. 592).

d) Las cuentas deben rendirse en el lugar donde se desempeña la tutela.

e) La obligación de dar cuentas no es dispensable, ni por contrato, ni en última voluntad, tampoco por el mismo tutelado, y si la dispensa de rendir cuentas se pusiere como condición en cualquier acto, se tendrá como no puesta (art. 600).

f) El tutor reemplazado por otro estará obligado, y lo mismo sus herederos, a rendir cuenta general de la tutela al que le reemplaza (art. 601).

g) El plazo para rendir cuentas, de acuerdo con el art. 602, es de tres meses contados desde el día en que fenezca la tutela; sin embargo, el juez podrá prorrogar este plazo hasta por tres meses más, si circunstancias extraordinarias así lo exigen (art. 602).

h) Finalmente, hasta pasado un mes de la aprobación de cuentas, será nulo todo convenio entre el tutor y el pupilo cuando desaparezca la causa que motivó su nombramiento, relativo a la administración de la tutela o a las cuentas mismas (art. 605).

11. *Responsabilidad del tutor por créditos y posesiones del incapaz.* Al respecto, el tutor se apegará a lo siguiente:

a) El tutor es responsable del valor de los créditos activos si dentro de 60 días, contados desde el vencimiento de su plazo, no ha obtenido su pago o la garantía que asegure éste, o no ha pedido judicialmente el uno o la otra (art. 593).

b) Si el incapacitado no está en posesión de algunos bienes a que tiene derecho, el tutor será responsable de la pérdida de ellos si, dentro de los dos meses contados a partir de la fecha en que el incapacitado tuvo noticia del derecho, no entabla judicialmente a nombre de éste las acciones conducentes para recobrarlos (art. 594).

c) Cabe aclarar que lo anterior, según el art. 595, se entiende sin perjuicio de la responsabilidad que, después de intentadas las acciones, puede resultar al tutor por culpa o negligencia en el desempeño de su encargo.

12. *Pago de gastos e indemnización del tutor.* Es evidente que el tutor, así como tiene obligaciones, le asisten derechos, y uno de sus derechos es que se le restituyan todos los gastos en que haya incurrido debida y legalmente; para tal efecto, de acuerdo con el CCDF, se estará a lo siguiente:

a) En principio, al tutor deben abonársele todos los gastos hechos debida y legalmente, como ya lo afirmamos, aun en el caso de que de ello no haya resultado utilidad a los menores y a los mayores de edad incapaces, obviamente si esto no ha sido con culpa del tutor (art. 597).

b) El tutor también tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos debido a la tutela y en desempeño necesario de ella, cuando no haya intervenido de su parte culpa o negligencia; lo anterior queda al prudente arbitrio del juez (art. 599).

12.9.4 Extinción de la tutela

El CCDF establece las causas de extinción de la tutela en el art. 606, de la manera siguiente:

La tutela se extingue:

I. Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad;
II. Cuando el incapacitado, sujeto a tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.

12.9.5 Entrega de los bienes de la tutela

El tutor, sus herederos o su representante, al extinguirse la tutela, debe entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada. La entrega de los bienes se deberá hacer en sus respectivos casos:

I. Tratándose de los menores, cuando alcancen la mayor edad;
II. Al menor emancipado, respecto de los bienes que conforme a la ley pueda administrar;
III. A los que entren al ejercicio de la patria potestad;
IV. A los herederos de la persona que estuvo sujeta a tutela; y
V. Al tutor que lo sustituya en el cargo.

Para llevar a cabo la entrega de los bienes se aplicará lo siguiente:

a) De conformidad con el art. 608 del CCDF:

- La obligación de entregar los bienes no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas.
- La entrega debe ser hecha durante el mes siguiente a la terminación de la tutela.
- Cuando los bienes sean muy cuantiosos o estuvieren ubicados en diversos lugares, el juez puede fijar un término prudente para su conclusión, pero, en todo caso, deberá comenzar en el plazo antes señalado.

b) El tutor que entre al cargo sucediendo a otro está obligado a exigir la entrega de bienes y cuentas al que le ha precedido. De no exigirla, será responsable de todos los daños y perjuicios que por su omisión se siguieren al incapacitado (art. 609).

c) Los gastos en que se incurra por la entrega de los bienes y la cuenta de la tutela, según el art. 610, se efectuarán a expensas del incapacitado. Si para realizarse no hubiere fondos disponibles, el juez podrá autorizar al tutor a fin de que se proporcione los necesarios para la primera, y éste adelantará los relativos a la segunda, los cuales serán reembolsados con los primeros fondos de que se pueda disponer.

d) Sin embargo, cuando el tutor actúe con dolo o culpa en la entrega de los bienes, correrán por su cuenta todos los gastos, así como el pago de la reparación de los daños y perjuicios que esto ocasione (art. 611).

e) El saldo que resulte producirá interés legal: si es en pro del tutor, correrá desde que, previa entrega de los bienes, se haga el requerimiento legal para el pago; si es en contra del tutor, desde la rendición de cuentas, si hubiesen sido dadas dentro del término designado por la ley; y si no, desde que expire el mismo término (art. 612).

f) Según el art. 613, cuando en la cuenta resulte alcance contra el tutor, aunque por un arreglo con el menor o sus representantes se otorguen plazos al responsable o a sus herederos para satisfacerlo, quedarán vivas las hipotecas u otras garantías dadas para la administración hasta que se verifique el pago, a menos que se haya pactado expresamente lo contrario en el arreglo.

g) Si la garantía otorgada por el tutor para asegurar la administración de los bienes consistió en una fianza, de acuerdo con el art. 614, el convenio que conceda nuevos plazos al tutor se hará saber al fiador; si éste consiente, permanecerá obligado hasta la solución; si no consiente, no habrá espera y se podrá exigir el pago inmediato o la subrogación del fiador por otro igualmente idóneo que acepte el convenio.

h) Según el art. 616, las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela que el incapacitado pueda ejercitar contra su tutor, o contra los fiadores y garantes de éste, quedan extinguidas por el lapso de cuatro años, contados desde el día en que se cumpla la mayor edad, o desde el momento en que se hayan recibido los bienes y la cuenta de tutela, o desde que haya cesado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley.

i) Sin embargo, si la tutela hubiera fenecido durante la minoridad, el menor podrá ejercitar las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le hubieren sucedido en el cargo, computándose entonces los términos desde el día en que llegue a la mayor edad. Tratándose de los demás incapacitados, los términos se computarán desde que cese la incapacidad (art. 617).

12.10 Del curador, los consejos de vigilancia y del juez familiar

Para finalizar este capítulo, trataremos en este apartado lo relacionado con la figura del curador, para después, siguiendo el CCDF, abordar las obligaciones del Consejo Local de Tutelas y de los jueces de lo Familiar.

12.10.1 El curador

El concepto *curador* procede del verbo latino *curo, avi, atum, are,* cuyo significado es: tener cuidado de, cuidar, ocuparse, preocuparse por. Para efectos de nuestro estudio entenderemos por curador, en un primer acercamiento, a la persona encargada de cuidar los intereses del pupilo; por ende, tiene facultades para vigilar el comportamiento del tutor.

> Jurídicamente, entendemos por curador la persona física o moral, sin fines de lucro, que protege al menor y vigila la administración de los bienes que el tutor tiene a su cargo. ■

Lo anterior, de conformidad con el art. 618 del CCDF, que dice:

> Todos los individuos sujetos a Tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además de tutor tendrán un curador, excepto en los casos de Tutela a los que se refieren los artículos 492 y 500 de este Código.
>
> La Curatela podrá conferirse a personas morales sin fines de lucro y cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas a que se refiere el artículo 450, fracción II de este Código. En ningún caso la Tutela y la Curatela podrán recaer en la misma persona.

Se puede apreciar que este artículo, en su parte final, se refiere a la actividad del curador como la curatela, por lo que consideramos importante decir que ésta es una institución cuyo objeto es vigilar al tutor en el desempeño del cargo y defender los intereses del pupilo.

12.10.1.1 La curatela en el derecho romano

Vale la pena abrir un paréntesis para mencionar algunos datos históricos acerca de la curatela. Encontramos estos antecedentes en el derecho romano; para dar una idea, seguiremos las Instituta del emperador Justiniano, las cuales mencionan que la Ley de las XII Tablas ponía bajo curatela de sus agnados (*in curatione, in cura*) a los que llamaba *furiosus* y *prodigus. Furiosus*, o furioso, designaba a aquel cuya demencia llegaba al exceso, pero no al loco ni al imbécil; en cuanto a la palabra *prodigus*, significaba en la Ley de las XII Tablas, por algún motivo particular que nos es desconocido, no cualquier especie de disipador, sino sólo el que habiendo sucedido a su padre *intestato*, disipaba los bienes paternos.

Resulta que los hijos, cuando habían sucedido a su padre en virtud de un testamento, y los emancipados, que nunca tenían bienes paternos, no eran puestos en curatela aunque disiparan su fortuna. Ulpiano manifiesta que los pretores remediaron esto último nombrándoles curadores. Extendieron del mismo modo las disposiciones de la Ley de las XII Tablas, que sólo habían hablado de los furiosos, a los locos, a los imbéciles y a los incapacitados por alguna enfermedad perpetua. Así, todas las personas se hallaron bajo el cuidado de curadores, que se llamaban legítimos (*legitimi*), cuando procedían de la Ley de las XII Tablas, y honorarios (*honorarii*), cuando eran dados por el pretor.[5]

De lo anterior resulta que las formas más viejas de curatela eran precisamente la *cura furiosi* y la *cura prodigi*. A falta de curador leal, o si éste era inepto, en la época clásica se provee al nombramiento por el magistrado. La curatela testamentaria no existe, pero si a un loco su padre le da curador en el testamento, el pretor puede confirmarlo. Al respecto señala el Digesto:

> *Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii Praetor administrationem dat, scilicet quum ille legitimum inhabilis ad eam rem vedeatur.* (Muchas veces, por la ley de las doce tablas, la curaduría del furioso o el pródigo pertenece a uno, y el pretor le da la administración a otro, esto es cuando el legítimo pareciese inhábil para ella.)
>
> *Si furioso puberi, quamquam maiori annis vigintiquinque curatoresm pater testamento dederit, eum Praetor dare debet secutus patris voluntatem: manet enim ea datio curatoris apud Praetorem, ut Rescriptio Divi Marci continetur.* (Si el padre nombró tutor en el testamento al púber furioso, aunque sea mayor de veinticinco años, lo debe dar el Pretor, según la voluntad del padre, pues permanece el nombramiento de curador del Pretor según expresa el rescripto del Emperador Marco.)[6]

En Roma también existía la *cura minorum* de acuerdo con la *lex Plaetoria* o *Laetoria de circumscriptione adolescentium*, que establecía una serie de sanciones contra los que engañan en los negocios a los mayores de 14 años y menores de 25; aun cuando no se sabe si la propia ley instauró el curador o si la creación de éste se debió al pretor, lo cierto es que se acostumbró requerir la asistencia de un tercero que garantizase moralmente a la otra parte contra el riesgo de una eventual impugnación del negocio.

A lo anterior se sumaría luego la del derecho honorario. El pretor concedió al menor la *exceptio legis Plaetoriae*, para el caso de que la parte contraria exigiera judicialmente el cumplimiento del negocio y que esto derivara en algún daño o desventaja para el menor, incluso sin mediar engaño intencionado; en este caso el pretor otorgaba una *integrum restitutio propter aetatem*.

El curador era solicitado voluntariamente por el menor para un negocio en particular, y sólo en el proceso podía exigir la parte contraria que se hiciera el nombramiento del mismo. De esta manera, poco a poco fue quedando instituido el curador. Parece que es en la época de Marco Aurelio cuando se instaura la figura del curador estable y se sustituye el designado para cada negocio. Sin embargo, durante la época clásica se mantiene firme la idea de que el menor tiene plena capacidad de obrar, considerándose el curador un gestor voluntario.

Será durante la época posclásica, y bajo la influencia de los pueblos helénicos, cuando se otorga a la función del curador un carácter permanente. En el derecho justinianeo, el curador es un administrador estable y el menor ha de contar con él en todo caso. De esta manera, cuando no es el curador el que concluye el negocio como representante legal del menor, sino el menor mismo, precisa éste de la cooperación de aquél.[7]

[5] Joseph Ortolán, *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, t. I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, pp. 407 y 408.

[6] D. 27, 10, 13.
D. 27, 10, 16.

[7] Cfr. Juan Iglesias, *Derecho romano*, Historia e Instituciones, Ariel, Barcelona, pp. 552-554.

12.10.1.2 Curatela en el derecho francés

En el derecho francés, Planiol y Ripert distinguen la naturaleza de las funciones del curador, que en nada se parecen a las del tutor: en tanto que éste administra obrando en nombre del pupilo y lo representa, el curador no administra y no realiza por sí mismo ningún acto, su papel es sólo asistir al menor en los casos en que sea necesaria la asistencia, por lo que parece que el menor siempre actúa personalmente.

En el derecho francés, salvo excepción, la curatela siempre es dativa, es decir, deferida por el Consejo de Familia. No existe la tutela testamentaria, pues la emancipación siempre se realiza intervivos; tampoco existe la curatela legal, ni siquiera en provecho del padre o de la madre. La excepción a la que nos referimos respecto de la curatela es la curatela legal, pues en este único caso se admite que el marido mayor es, de pleno derecho, curador de su mujer, cuando ella es menor. Ahora bien, dentro de los actos de asistencia del curador mencionamos los siguientes:

- Recepción de cuentas de la tutela, pues una vez aprobada libera al tutor, por ello la importancia de la asistencia del curador (art. 480).
- Asistencia del curador en los actos de partición de la sucesión: esta partición debe ser judicial, con las mismas formalidades que son necesarias cuando el menor no es emancipado.
- Aceptación de una donación conforme al art. 935, inciso 2, así como el art. 462 combinado con el inciso 1 del art. 484.
- Cobro de un capital mueble, esto es, cuando el deudor de un menor le ofrece el pago de su crédito; el menor carece de capacidad para recibirlo por sí solo: necesita la asistencia del curador.
- Inversión de los capitales: el papel del curador no termina cuando ha asistido al pago de los fondos y contrafirmado el recibo; debe además vigilar el empleo del capital recibido.
- Enajenación de los valores muebles: aun cuando en el Código Civil francés de los tiempos de Planiol y Ripert no se reglamentaba expresamente, se admitía en general que la asistencia del curador era necesaria para su validez.

- Conversión de los títulos nominativos en títulos al portador: en este caso es más que justificada la intervención del curador por las consecuencias de estos actos, relacionados con la enajenación de valores.
- Conversión de un embargo inmueble en venta voluntaria: dicen Ripert y Planiol: cuando un inmueble ha sido embargado por un acreedor, el deudor mayor y dueño de sus derechos puede demandar que la venta se realice no en las formas de los embargos inmuebles, sino en las más simples establecidas por las ventas de bienes pertenecientes a menores. Esto es lo que se llama *venta por conversión de embargo*. El menor emancipado puede formular la misma solicitud, asistido de su curador.
- Ejercicio de las acciones judiciales: en este caso, como es de suponerse, el menor nunca puede figurar en los juicios sino con asistencia de su curador.

Finalmente, cuando hay negativa del curador para recurrir a los actos que tiene que realizar, se le reconoce el derecho de recurrir al consejo de familia para pedirle el nombramiento de un curador ad hoc y, en caso de que se rechace su solicitud, pedir ante el tribunal la nulidad de la decisión del consejo.

Por lo que respecta a la terminación de la tutela, el derecho francés enumera las siguientes: *a)* por la mayoría de edad del menor, *b)* por su muerte, y *c)* por la revocación de la emancipación.

12.10.1.3 La curatela en México

Los primeros antecedentes de la curatela en México los encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1818. En ella se disponen tres tipos de curatela:

1. Curatela *ad bona*: podía ser testamentaria o dativa y se otorgaba a los púberes menores de 25 años.
2. Curatela ejemplar: era dada a todos los demás incapacitados y podía ser testamentaria o dativa.
3. Curatela *ad litem*: como su nombre lo dice, el juez asignaba curador expresa y exclusivamente para la representación en juicio.

- Curatela en el Código Civil de 1870. En este código se estructura la reglamentación de la curatela prevaleciente casi hasta nuestros días; de él cabe destacar lo siguiente:

  a) El curador se encarga de vigilar las acciones del tutor en el ejercicio de su cargo.
  b) Las personas sujetas a tutela deben tener además un curador.
  c) El cargo de curador es público y le son aplicables las mismas reglas que al tutor sobre impedimentos, remoción y excusas.
  d) El cargo de curador se extingue prácticamente por las mismas causas de la extinción del tutor.
  e) Entre las obligaciones que se le señalan, destacamos: *a)* defender los derechos del incapacitado, siempre que estén en oposición con los del tutor; *b)* vigilar el desempeño del tutor y hacer del conocimiento del juez cuando dicho desempeño pueda ser dañoso para el incapacitado; *c)* dar aviso al juez para el nombramiento del tutor, cuando éste falta.

- Curatela en el Código Civil de 1884. Este código no presenta ninguna novedad, simplemente repite las disposiciones del de 1870 ya señaladas.

12.10.2 La curatela en el *Código Civil para el Distrito Federal* vigente

En el CCDF vigente la figura del curador se encuentra regulada en los arts. 618 a 630. Como regla básica debemos señalar que, de acuerdo con la legislación actual, no pueden desempeñar el cargo de curador los que tengan parentesco consanguíneo con el tutor, en línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado; tampoco podrán desempeñar el cargo de curador quienes formen parte del juzgado de lo Familiar o del Consejo Local de Tutelas. Lo anterior, según los artículos siguientes:

> **Artículo 458.** Los cargos de tutor y de curador de un incapaz no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta, o dentro del cuarto grado de la colateral.
> **Artículo 459.** No pueden ser nombrados tutores o curadores las personas que se desempeñen en el Juzgado de lo Familiar y las que integren los Consejos Locales de Tutelas; ni los que estén ligados con parentesco de consanguinidad con las mencionadas personas, en la línea recta, sin limitación de grados, y en la colateral dentro del cuarto grado inclusive.

12.10.2.1 Curador interino

Ahora bien, los curadores pueden ser definitivos e interinos, de acuerdo con el art. 619 del CCDF. Cuando se nombre al menor un tutor interino, se le nombrará curador con ese mismo carácter, siempre que no lo tuviere definitivo, o si teniéndolo se hallase impedido. También se nombra curador interino cuando haya oposición de intereses del tutor y del incapacitado; cuando este caso se presente, el tutor deberá hacerlo del conocimiento del juez de lo Familiar para que éste nombre un curador interino que vigile los intereses del incapaz (arts. 620 y 457).

Finalmente, también puede haber curador interino cuando el que haya sido nombrado curador se encuentre impedido o se haya excusado, pues al igual que el tutor, el curador puede excusarse de la curatela. Lo anterior, con base en los artículos siguientes:

> **Artículo 621.** Igualmente se nombrará curador interino en los casos de impedimento, separación o excusa del nombrado, mientras se decide el punto; luego que se decida se nombrará nuevo curador conforme a derecho.
> **Artículo 622.** Lo dispuesto sobre impedimento o excusas de los tutores regirá igualmente respecto de los curadores.

12.10.2.2 Nombramiento del curador

El derecho de nombrar curador lo tienen las personas siguientes:

a) Todos los que tienen derecho de nombrar tutor, lo tienen también para nombrar curador (art. 623).
b) También podrán nombrar curador por sí mismos, con aprobación judicial, según el art. 624, los menores que hayan cumplido 16 años, a menos que el juez tenga causa justa para no aprobarlo. En su caso, oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas; de no aprobarse, el juez lo nombrará (art. 496).
c) Los menores de edad emancipados por razón de matrimonio, en el caso previsto en la fracc. II del art. 643.

d) El curador de todos los demás individuos sujetos a tutela será nombrado por el juez (art. 625).

Por último, señalamos que el cargo de curador tiene en esencia las mismas características que las del tutor: es personal, de interés público, gratuito, temporal, irrenunciable, excusable, removible y en algunos casos remuneratorio.

12.10.2.3 Obligaciones del curador

Según el art. 626 del CCDF, son obligaciones del curador las siguientes:

- Defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.
- Vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado.
- Dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela.
- Cumplir las demás obligaciones que la ley le señale.

El curador que no llene los deberes prescritos en el artículo precedente será responsable de los daños y perjuicios que resultaren al incapacitado (art. 627).

12.10.3 Consejo Local de Tutelas

El Consejo Local de Tutelas es el órgano de vigilancia en información coadyuvante de las autoridades administrativas y judiciales competentes, en lo relativo al ejercicio de la tutela. De acuerdo con el art. 631 del CCDF:

> En cada demarcación territorial del Distrito Federal habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto de un Presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o por quien él autorice al efecto o por los Jefes Delegacionales, según el caso, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que tengan un modo honesto de vivir y que se hayan destacado por su interés en la protección de los menores.
>
> Los miembros del Consejo no cesarán en sus funciones aun cuando haya transcurrido el término para el que fueron nombrados, hasta que tomen posesión las personas que hayan sido designadas para el siguiente período.

Son obligaciones del Consejo Local de Tutelas (art. 632) las siguientes:

> I. Formar y remitir a los Jueces de lo Familiar una lista de las personas de la localidad que, por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren a los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al Juez;
> II. Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación y asistencia; dando aviso al Juez de lo Familiar de las faltas u omisiones que notare;
> III. Avisar al Juez de lo Familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes;
> IV. Investigar y poner en conocimiento del Juez de lo Familiar qué incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos;

> V. Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 537;
> VI. Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma.

12.10.4 Jueces de lo Familiar

La autoridad Judicial competente en materia de tutela en el Distrito Federal son los jueces de lo Familiar, de acuerdo con la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* y con el art. 454 del CCDF, que señala lo siguiente: "La tutela se desempeñará por el tutor o los tutores con intervención del curador, del Juez de lo Familiar, del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público. (...)" Corresponde a los jueces de lo Familiar ejercer una sobrevigilancia sobre los actos del tutor, de acuerdo con los arts. 633 y 634 del CCDF, que dicen:

> **Artículo 633.** Los Jueces de lo Familiar son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una sobrevigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes.
>
> **Artículo 634.** Mientras que se nombra tutor, el Juez de lo Familiar debe dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses (art. 634).

Podemos apreciar, después del desarrollo de este capítulo, la importancia de la tutela como institución del derecho de familia; desgraciadamente, la manera como se manejan éstas y otras instituciones las hace ineficaces, ineficientes e inoperantes. Por ello observamos a cientos de miles de niños y niñas a lo largo de la república en total abandono, víctimas de criminales y gente sin escrúpulos que abusa de ellos, ante un Estado y una sociedad que parecen no darse cuenta del estado deplorable en que se encuentran o que soslayan la gravedad del problema de los menores en abandono.

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

- **Tutela**
  - Concepto de tutela
  - Evolución de la tutela
    - Tutela en el derecho romano
    - Tutela en el derecho francés
    - Tutela en nuestra legislación
  - Sistemas tutelares
    - La tutela como institución familiar
    - La tutela como institución de carácter público
    - La tutela en el sistema mixto
  - La tutela en el CCDF
  - Características de la tutela
    - Es de interés público
    - Es irrenunciable
    - Es temporal
    - Es excusable
    - Es un cargo unitario
    - Es un cargo remunerado
    - Es posterior a la declaración del estado de interdicción
    - Es sustitutiva de la patria potestad
  - Sujetos de la tutela
    - Sujetos a quienes beneficia la tutela
    - Sujetos quienes ejercen la tutela
  - Clases de tutela
    - Tutela cautelar
    - Tutela testamentaria
    - Tutela legítima
    - Tutela dativa
  - Inhábiles para desempeñar la tutela
  - Excusas para el desempeño, garantías que deben prestar los institutos, desempeño, su extinción y la entrega de bienes
  - El curador, los consejos de vigilancia y del juez familiar
    - El curador
      - Curatela en el derecho romano
      - Curatela en el derecho francés
      - Curatela en nuestra legislación
  - La curatela en el CCDF
    - Curador interino
    - Nombramiento del curador
    - Obligaciones del curador
    - Consejo Local de Tutelas
    - Jueces de lo familiar

II. Realiza las actividades siguientes:

1. ¿Conoces en tu entorno familiar a alguien que tenga o necesite un tutor?
2. ¿Qué opinas acerca de la eficiencia de la tutela?
3. ¿Sabes qué institución pública se ocupa de vigilar el desempeño de los tutores?
4. ¿Cuándo una persona necesita tutor?
5. ¿Conoces a alguien que sea tutor? De ser así, pregúntale sus obligaciones.

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente:

1. Explica quiénes son incapaces de acuerdo con la ley:
   a) _____
   b) _____
2. Explica los diferentes elementos que se identifican en la definición de la tutela:
   a) _____
   _____
   b) _____
   _____
   c) _____
   _____
3. Menciona los tres tipos de tutela de los impúberes en el derecho romano:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
4. Menciona tres puntos por los que destaca el Código Civil de 1870 en materia de tutela:
   a) _____
   _____
   b) _____
   _____
   c) _____
   _____
   _____
5. Menciona tres aspectos sobre la tutela en el Código Civil de 1884:
   a) _____
   _____
   _____

b) _____

_____

_____

c) _____

_____

_____

6. Menciona quiénes son los sujetos de la tutela:

a) _____

_____

_____

b) _____

_____

_____

7. Explica cuál es el objeto de la tutela:

_____

_____

_____

8. Define la tutela:

_____

_____

_____

9. Explica el sistema de la tutela como institución:

_____

_____

_____

10. Menciona las características de la tutela:

a) _____

b) _____

c) _____

d) _____

e) _____

f) _____

g) _____

h) _____

11. Menciona las clases de tutela:

a) _____

b) _____

c) _____

d) _____

e) _____

12. Explica la tutela *patronorum*:

_____

_____

13. Define la tutela cautelar:

_____

_____

14. Menciona quiénes pueden nombrar tutor testamentario:

a) _____

b) _____

c) _____

15. Menciona las tres formas de tutela legítima:

a) _____

b) _____

c) _____

16. Menciona cinco casos de inhábiles para desempeñar la tutela:

a) _____

b) _____

c) _____

d) _____

e) _____

17. ¿Cuál es la autoridad competente en materia de tutela en el Distrito Federal?

a) El juez civil.
b) El juez penal.
c) El juez del Registro Civil.
d) El juez familiar.

18. Explica la tutela fiduciaria:

_____

_____

19. Menciona cinco excusas para desempeñar la tutela:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
    e) _____
20. Menciona las garantías que deben prestar los tutores:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
21. Menciona a los tutores que la ley exceptúa de prestar garantía:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
    e) _____
22. Define la tutela cautelar:
    _____
    _____
23. A cuánto asciende la garantía que deben prestar los tutores:
    a) _____
    b) _____
    c) _____
    d) _____
24. Explica las obligaciones del tutor respecto de la guarda del menor:
    _____
    _____
25. Sobre los gastos de educación y asistencia del menor, explica qué reglas se aplican en caso de que los pupilos no tengan bienes:
    a) _____
    _____
    b) _____
    _____
    c) _____
    _____

13

Patrimonio familiar

Objetivos

Al finalizar este capítulo el alumno:

- Comprenderá el concepto de patrimonio familiar.
- Analizará la evolución del patrimonio familiar.
- Conocerá las formalidades para la constitución del patrimonio familiar.
- Identificará las formas de terminación del patrimonio familiar.
- Conocerá el valor de los bienes afectos al patrimonio familiar.
- Distinguirá las legislaciones de otros países para dar seguridad al patrimonio familiar.

Otra institución importante dentro del derecho de familia es el denominado *patrimonio familiar*. Aun cuando hay juristas que consideran poco afortunada la denominación, alegando primordialmente que no se trata de patrimonio y que no pertenece estrictamente a una familia, el patrimonio familiar es reconocido por gran número de legislaciones.

13.1 Concepto de patrimonio familiar

En general, el patrimonio familiar es el conjunto de bienes —entendemos los bienes en su acepción jurídica— indispensables para cubrir las necesidades materiales de una familia; de no constituirse o reconocerse el patrimonio familiar, la familia quedaría en el desamparo y en estado tal que no sería capaz de cubrir sus necesidades materiales. Jurídicamente, podemos definir el patrimonio familiar como:

> La institución de orden e interés público cuyo objeto es afectar los bienes suficientes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar. ■

Sobre la definición anterior, más o menos acorde con la definición de la ley, podemos hacer las observaciones siguientes:

a) ¿Cuáles y cuántos son los bienes suficientes para proteger económicamente a la familia? De acuerdo con el art. 4º constitucional, destacamos los párrafos siguientes que, en nuestra opinión, son la base para legislar y cuantificar el patrimonio familiar:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. (...)

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará. (...)

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

Es evidente que para dar cumplimiento a lo que indica el texto constitucional, es decir, para proteger la organización y el desarrollo de la familia; asegurar una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, y disfrutar de una vivienda digna y decorosa, el monto que indica el *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) resulta inapropiado, pues sin duda que el patrimonio familiar debe considerar el nivel de vida que tiene la familia y no limitarlo a la cantidad ahora establecida.

b) ¿Qué indica el sostenimiento del hogar? En nuestra opinión, el patrimonio de familia se establece para asegurar que ésta no vea afectado el nivel de vida que acostumbra, pues el sostenimiento del hogar implica la alimentación y el pago de los servicios necesarios para llevar una vida digna, como dice el art. 4° constitucional; asimismo, debe atender las necesidades de sus miembros en todos los rubros de su vida, es decir, salud, educación, esparcimiento, entre otras cosas con que se busca lograr el desarrollo sano de la familia.

Con posterioridad haremos los comentarios pertinentes sobre las anotaciones anteriores, cuando tratemos el valor máximo de los bienes afectados por el patrimonio familiar. Ahora bien, el CCDF define, en el art. 723, el patrimonio familiar de la manera siguiente:

El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar. El patrimonio familiar puede incluir la casa-habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad, siempre y cuando no exceda su valor, de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento.

Sobre el concepto de patrimonio familiar, tienen razón quienes afirman que el nombre no es muy afortunado, pues los únicos susceptibles de poseer patrimonio son las personas; además, dicho patrimonio, en estricto sentido, no pertenece a la familia, sino que se debe entender como patrimonio para la familia, sin embargo, a falta de mejor opción, nosotros hemos adoptado la denominación patrimonio familiar.

13.2 Evolución del patrimonio familiar

El antecedente de patrimonio familiar en la Nueva España lo encontramos en el Fuero Viejo de Castilla, que instruyó el patrimonio de familia en favor de los campesinos; lo constituían la casa, la huerta y la era; estos bienes eran inembargables, así como el caballo, las armas y la acémila; sin embargo, el antecedente inmediato del patrimonio familiar mexicano debemos señalarlo en el *homestead* de Estados Unidos de América, procedente a su vez de los escoceses, constituido sobre la propiedad urbana o rural. El fundamento de este patrimonio familiar se encuentra en la protección judicial que se le presta al jefe de familia para que los acreedores no puedan disponer de tal patrimonio, esencial para la subsistencia de la familia.

Para ello, el jefe de familia solicita a la autoridad competente la inmunidad de su casa o domicilio y que se declare a éste *homestead*. La autoridad accede y se da publicidad a la constitución mediante edictos y su correspondiente inscripción en el Registro. Desde el momento en que se declara el *homestead* la casa familiar es inembargable, inalienable intervivos y sólo el jefe de familia puede disponer de ella por testamento, con el consentimiento del otro cónyuge si fue fundador. Para evitar fraude a los acreedores y limitar el *homestead* a las necesidades estrictas de la familia, su valor económico está limitado.

El *homestead* rural está constituido por una parcela cultivable y goza de los mismos privilegios que el de la casa habitación. Respecto de la constitución del *homestead*, hay tres modalidades:

a) *Homestead preemption law.* Originado en la ley de 1862 que repartió grandes extensiones de tierras vacantes para dedicarlas a la colonización, cediendo a cada familia una extensión gratuita de 160 acres con la obligación de cultivarla durante cinco años y de formar ahí el hogar. Los beneficiarios fueron ciudadanos mayores de 21 años, los jefes de familia y los licenciados del ejército.

b) *Probate homestead.* Es un patrimonio que se concede a la viuda en el caso de que su marido no lo hubiese fundado en vida.

c) *Homestead donation de Texas.* Se constituye por la donación de 160 acres de tierra que el Estado hace a los jefes de familia carentes de patrimonio.

Cantidad de países conocen y regulan esta institución, aunque con denominaciones diferentes y características diversas; entre las naciones que lo regulan tenemos a Canadá (1878), Australia (1895), Francia (1894) y Alemania (1919). En nuestro país las disposiciones jurídicas sobre el patrimonio familiar son las siguientes:

a) El ya mencionado y comentado art. 4° constitucional.

b) El art. 27, fracc. XVII, de la Constitución federal, que dice en el último párrafo: "Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno."

c) El art. 123, fracc. XXVIII, de la Constitución federal que dice: "Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios."

d) La *Ley sobre Relaciones Familiares*, que sobre el patrimonio familiar decía, en su art. 284:

La casa en que esté establecida la morada conyugal y los bienes que le pertenezcan, sean propios de uno de los cónyuges o de ambos, no podrán ser enajenados si no es con el consentimiento expreso de los dos; y nunca podrán ser hipotecados o de otra manera gravados por los acreedores del marido o de la mujer o de ambos, siempre que dichos objetos no tengan en junto un valor mayor de diez mil pesos.

Si la residencia conyugal estuviere en el campo, ella y los objetos que le pertenezcan tampoco podrán ser enajenados sino con el consentimiento expreso de ambos consortes; y en ningún caso podrán ser hipotecados o de otra manera gravados juntamente con los terrenos que les correspondan, si no valen en conjunto más de diez mil pesos.

Cuando un matrimonio tuviere varias casas o propiedades en que resida en distintos períodos del año deberá designar ante la autoridad municipal del lugar en que esté ubi-

cada la residencia que quiera señalar, cuál es la que ha de gozar del privilegio que le concede esta disposición.

En caso de que no hiciere manifestación, a todas ellas se aplicará lo prevenido en este artículo para los casos de enajenación, hipoteca o gravamen; y, en caso de embargo, se respetará solamente la que ocupare el matrimonio en el momento de la diligencia.

Además de las críticas ya señaladas a esta ley en apartados anteriores, podríamos decir que este precepto está lleno de imprecisiones y no se refiere propiamente al patrimonio familiar, pero es un acercamiento a lo que después será dicho patrimonio.

e) El *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* (CPCDF), al referirse al embargo en su art. 544, señala lo siguiente:

Quedan exceptuados de embargo:

I. Los bienes que constituyen el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en los términos establecidos por el Código Civil;
II. El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles del uso ordinario del deudor, de su cónyuge o de sus hijos no siendo de lujo, a juicio del juez;

f) Finalmente, por lo que respecta al patrimonio familiar, el CCDF vigente lo regula en sus arts. 723 a 746 bis, cuyas disposiciones seguiremos en el desarrollo de este capítulo.

13.3 Características del patrimonio familiar

Las características del patrimonio familiar, desprendidas de lo establecido en la ley y de su naturaleza jurídica, son las siguientes:

a) *Es inembargable.* De conformidad con el art. 544 del CCDF, los bienes que constituyen el patrimonio familiar quedan exceptuados del embargo precisamente por ser de interés público; por ello se debe salvaguardar lo indispensable para la subsistencia de la familia.

b) *Es inalienable.* El patrimonio familiar se constituye mediante bienes destinados a un fin social determinado, para proteger a la familia y favorecer su desarrollo; en consecuencia, se ha de asegurar los medios necesarios para su subsistencia, los cuales no pueden ser enajenados por los beneficiarios.

c) *No es susceptible de gravamen.* Significa que los bienes pertenecientes al patrimonio familiar no pueden ser afectados con carga o gravamen alguno. El art. 727 del CCDF señala: "Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables, imprescriptibles y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno."

d) *Es imprescriptible.* Quiere decir que la propiedad de los bienes que integran el patrimonio familiar no puede ser adquirida por el transcurso del tiempo; aun cuando hayan sido adquiridos y poseídos de manera continua, pacífica y a título de dueño, sobre ellos no puede operar la prescripción positiva.

e) *Es único.* Cada familia puede constituir sólo un patrimonio. Los que se constituyan subsistiendo el primero no producirán efecto legal alguno (art. 729).

f) Sólo puede constituirse el patrimonio de la familia con bienes sitos en el lugar donde esté domiciliado el que lo constituya.

g) *Es traslativo de propiedad.* La constitución del patrimonio de familia hace pasar la propiedad de los bienes al que quedan afectos, a los miembros de la familia beneficiaria; el

USBI-VERACRUZ

número de integrantes de la familia determinará la copropiedad del patrimonio, señalándose los nombres y apellidos de los mismos al solicitarse la constitución del patrimonio familiar (art. 725).

13.4 Valor de los bienes afectos al patrimonio familiar

El valor de los bienes afectos al patrimonio familiar será la cantidad resultante de multiplicar el factor 10 950 por el importe de tres salarios mínimos generales diarios vigentes en el Distrito Federal en la época en que se constituya el patrimonio, autorizando como incremento anual el porcentaje de inflación que en forma oficial determine el Banco de México. Este aumento no será acumulable.

Algunos autores no están de acuerdo en el monto del patrimonio familiar, pues indican que sólo debería protegerse el mínimo indispensable para la subsistencia familiar; quizá no se ponen a pensar que ese mínimo indispensable podría condenar a la familia a una vida de miseria; tal vez ese mínimo no asegure lo que ordena el art. 4° constitucional, que es el derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, además de atender las necesidades de sus miembros en todos los rubros de su vida, es decir, salud, educación, esparcimiento, entre otras cosas que implica el sostenimiento del hogar para lograr el desarrollo sano de la familia.

13.5 Formalidades para su constitución

El patrimonio familiar puede constituirse de las maneras siguientes:

a) *Voluntariamente.* Éste se constituye por cualquiera de los miembros de la familia, entre los cuales se encuentra el propietario de los bienes; para su constitución debe tener capacidad jurídica y lo demandarán en una jurisdicción voluntaria a través de un representante común, por escrito, al juez de lo familiar, designando con toda precisión los bienes muebles e inmuebles, para la inscripción de estos últimos en el Registro Público. La solicitud contendrá:

1. Los nombres de los miembros de la familia.
2. El domicilio de la familia.
3. El nombre del propietario de los bienes destinados a constituir el patrimonio familiar, así como la comprobación de su propiedad y certificado de libertad de gravámenes, en su caso, excepto de servidumbres.
4. El valor de los bienes constitutivos del patrimonio familiar no excederán del fijado en el art. 730 de CCDF ya citado.
5. El juez de lo Familiar aprobará, en su caso, la constitución del patrimonio familiar y mandará que se hagan las inscripciones correspondientes en el Registro Público.

b) *Patrimonio familiar forzoso.* Las personas que tienen derecho a disfrutar el patrimonio de familia son las señaladas en el art. 725 y los hijos supervenientes. Éstos, así como el tutor de acreedores alimentarios incapaces, familiares del deudor o el Ministerio Público, pueden exigir judicialmente que se constituya el patrimonio de familia hasta por los valores fijados en el art. 730, sin necesidad de invocar causa alguna (art. 734). Cabe

agregar, de conformidad con el artículo citado *in fine*, que: "... En la constitución de este patrimonio se observará en lo conducente lo dispuesto en los artículos 731 y 732."

c) *Patrimonio familiar constituido administrativamente.* Este tipo de patrimonio familiar es el más parecido al *homestead* estadounidense; se regula en los artículos siguientes:

Artículo 735. Con el objeto de favorecer la formación del patrimonio de la familia, se venderán a las personas que tengan capacidad legal para constituirlo y que quieran hacerlo, las propiedades raíces que a continuación se expresan:

I. Los terrenos pertenecientes al Gobierno del Distrito Federal que no estén destinados a un servicio público ni sean de uso común;
II. Los terrenos que el Gobierno adquiera por expropiación, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y
III. Los terrenos que el Gobierno adquiera para dedicarlos a la formación del patrimonio de las familias que cuenten con pocos recursos.

Artículo 736. El precio de los terrenos a que se refiere la fracción II del artículo anterior se pagará de la manera prevenida en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En los casos previstos en las fracciones I y III del artículo que precede, la autoridad vendedora fijará la forma y el plazo en que debe pagarse el precio de los bienes vendidos, teniendo en cuenta la capacidad económica del comprador.

Artículo 737. La familia que desee constituir el patrimonio familiar con la clase de bienes que menciona el artículo 735, comprobará:

I. Que son mexicanos;
II. La aptitud de sus integrantes de desempeñar algún oficio, profesión, industria o comercio;
III. Que poseen los instrumentos y demás objetos indispensables para ejercer la ocupación a que se dediquen;
IV. El promedio de sus ingresos, a fin de que se pueda calcular, con probabilidades de acierto, la posibilidad de pagar el precio del terreno que se le vende;
V. Que carece de bienes. Si el que tenga intereses legítimos demuestra que quien constituyó el patrimonio era propietario de bienes raíces al constituirlo, se declarará nula la constitución del patrimonio.

Artículo 738. La constitución del patrimonio de que trate el artículo 735, se sujetará a la tramitación administrativa que fijen los reglamentos respectivos. Aprobada la constitución del patrimonio, se cumplirá lo que dispone la parte final del artículo 732.

- Al constituirse el patrimonio familiar, no se transmite el dominio de la casa o parcela al grupo familiar, ni a ningún miembro en particular del mismo. El constituyente sigue siendo el propietario y goza por sí mismo de los derechos de uso, usufructo y habitación del propio bien.
- Constituido el patrimonio familiar, la familia tiene la obligación de habitar la casa, de explotar el comercio y la industria y de cultivar la parcela. El juez de lo Familiar puede, por justa causa, autorizar para que se dé en arrendamiento o aparcería hasta por un año (art. 740).
- La constitución del patrimonio será nula cuando se haga en fraude de acreedores (art. 739).

13.6 Quiénes pueden constituir el patrimonio familiar

Pueden constituir el patrimonio familiar:

a) La madre, el padre o ambos.
b) Cualquiera de los cónyuges o ambos.
c) Cualquiera de los concubinos o ambos.
d) La madre soltera, el padre soltero, o ambos.
e) Los abuelos, las abuelas, las hijas y los hijos.
f) Cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a la familia (art. 724).

13.7 Formas de extinción del patrimonio familiar

El patrimonio familiar se extingue, además de las causas genéricas de la extinción de los derechos reales, en los casos siguientes:

I. Cuando todos los beneficiarios cesen de tener derecho de percibir alimentos;
II. Cuando, sin causa justificada, la familia deje de habitar por un año la casa que debe servir de morada, deje de explotar el comercio o la industria o de cultivar la parcela por su cuenta, siempre y cuando no haya autorizado su arrendamiento o aparcería;
III. Cuando se demuestre que hay gran necesidad o notoria utilidad para la familia, de que el patrimonio quede extinguido;
IV. Cuando por causa de utilidad pública se expropien los bienes que lo forman;
V. Cuando, tratándose del patrimonio formado con los bienes vendidos por las autoridades mencionadas en el artículo 735, se declare judicialmente nula o rescindida la venta de esos bienes (art. 741).

Por otra parte, el juez de lo Familiar hará la declaración de extinción del patrimonio mediante el procedimiento fijado en el CPCDF, y la comunicará al Registro Público para que se efectúen las cancelaciones correspondientes. Cuando el patrimonio se extinga por la causa prevista en la fracc. IV del art. 741, no habrá necesidad de declaración judicial, debiendo realizarse en el Registro la cancelación que proceda. Hecha la indemnización, los miembros de la familia se repartirán la misma en partes iguales (art. 742).

Extinguido el patrimonio familiar, los bienes se liquidarán y su importe se repartirá en partes iguales. Si alguno de los miembros de la familia muere, sus herederos, si los hubiere, tendrán derecho a una porción hereditaria al efectuarse la liquidación; si no hubiere herederos, el importe se repartirá entre los demás miembros de la familia (arts. 746 y 746 bis).

13.8 Disminución del patrimonio familiar

El patrimonio de la familia puede reducirse por las causas siguientes:

Artículo 744. Puede disminuirse el patrimonio de la familia.

I. Cuando se demuestre que su disminución es de gran necesidad o de notoria utilidad para la familia;
II. Cuando el patrimonio familiar, por causas posteriores a su constitución, ha rebasado en más de un ciento por ciento el valor máximo que puede tener conforme al artículo 730.

Artículo 745. El Ministerio Público será oído en la extinción y en la reducción del patrimonio de la familia.

Actividades

I. Estudia el cuadro sinóptico siguiente, correspondiente a este capítulo:

Patrimonio familiar
- Concepto de patrimonio familiar
- Evolución del patrimonio familiar
- Características del patrimonio familiar
  - Es inembargable
  - Es inalienable
  - No es susceptible de gravamen
  - Es único
  - Sólo se puede constituir con bienes sitos en el lugar del domicilio
  - Es traslativo de propiedad
- Valor de los bienes afectos al patrimonio familiar
- Formalidades para su constitución
  - Patrimonio constituido voluntariamente
  - Patrimonio familiar forzoso
  - Patrimonio familiar constituido administrativamente
- Quiénes pueden constituir el patrimonio familiar
- Formas de extinción del patrimonio familiar
- Disminución del patrimonio familiar

II. Realiza las actividades siguientes:

1. ¿Sabes si en tu familia se ha constituido el patrimonio familiar?
2. ¿Conoces a alguien que haya constituido el patrimonio familiar?
3. ¿Consideras importante constituir el patrimonio familiar?, ¿por qué?
4. ¿Recomendarías constituir el patrimonio familiar?, ¿por qué?
5. ¿Piensas que es suficiente para constituir el patrimonio familiar la cantidad que establece la ley?

III. Contesta el cuestionario de autoevaluación siguiente:

1. Explica el significado del ordenamiento constitucional al decir que "Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad...":

2. Define el patrimonio familiar:

3. De acuerdo con el concepto legal de patrimonio familiar, menciona qué puede incluir:
   a)
   b)
   c)
4. Menciona las tres modalidades del *homestead*:
   a)
   b)
   c)
5. ¿Cómo protege el CPCDF el patrimonio familiar?
6. Explica las siguientes características del patrimonio familiar:
   a) Inembargabilidad:
   b) Inalienabilidad:
   c) Imprescriptibilidad:
7. ¿Por qué se dice que el patrimonio familiar es traslativo de propiedad?
8. Define el *Probate homestead*:

9. Menciona cinco elementos que debe contener la solicitud para constituir el patrimonio familiar voluntariamente:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
   e) _____
10. ¿Qué propiedades puede vender el gobierno del Distrito Federal a las personas que quieran constituir el patrimonio familiar?
   a) _____
   b) _____
   c) _____
11. Menciona quiénes pueden constituir el patrimonio familiar:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
   e) _____
   f) _____
12. ¿En qué consistía el *homestead preemption law*?
   _____
   _____
13. Explica qué sucede con los bienes al extinguirse el patrimonio familiar:
   a) _____
   _____
   b) _____
   _____
14. Menciona cinco formas como se puede extinguir el patrimonio familiar:
   a) _____
   b) _____
   c) _____
   d) _____
   e) _____
15. Menciona cuándo se puede disminuir el patrimonio familiar:
   a) _____
   b) _____

Reflexión final
Vivir con dignidad

Concluimos este trabajo con una reflexión acerca del conflicto entre el morir dignamente y el respeto a la vida humana. Podemos preguntarnos por qué este tema como colofón en un libro de derecho de familia; la razón es sencilla: en términos generales —por desgracia, hay muchas excepciones— se llega a la muerte rodeado de la familia. Sin duda representa para ella un problema difícil de enfrentar, no sólo por los efectos jurídicos que la muerte trae consigo —como los sucesorios, cuya consecuencia, desafortunadamente, es en muchos casos la separación y el enfrentamiento de la familia—, sino por las decisiones que en ocasiones debe tomar la familia respecto de la condición de quien se encuentra en el lecho de muerte, cuya vida ya no se puede considerar digna; me refiero a la eutanasia, o morir dignamente, a la que preferimos denominarle *vivir con dignidad.*

Durante el siglo XX y lo que va del presente la reflexión sobre la muerte ha cobrado particular interés. El ruso E. Metchnikoff se refería en 1901 a la tanatología como la ciencia sobre la muerte; el tema ha despertado aún mayor interés recientemente y ha cambiado su enfoque, para ver este problema no desde la muerte, sino desde la vida, de ahí que le denominemos vivir con dignidad. Aun cuando el asunto tiene una profunda connotación ética, toma vigencia jurídica a la luz del surgimiento y existencia de leyes de voluntad anticipada, como la del Distrito Federal.

Sin embargo, no basta la existencia de este tipo de leyes: debemos al menos enunciar los aspectos, aun cuando son de carácter ético, más relevantes sobre el particular. En efecto, sobre el particular, podemos enunciar las áreas de interés siguientes:

- Diferentes modelos sociohistóricos del morir.
- La muerte como fenómeno cultural diversificado.
- Los condicionamientos actuales sobre la muerte.
- El morir como objeto de aproximaciones biológicas y psicológicas para captar el carácter humano de la muerte.
- La reflexión filosófica sobre el fenómeno de la muerte y su abanico de interpretaciones filosóficas sobre la muerte humana.

Independientemente de las áreas de interés mencionadas, afirmamos que el morir es tanto imposición como acto de libertad, pues ocurre o se realiza en la dialéctica de la necesidad y de la libertad. La experiencia de la muerte nos viene de fuera, pues carecemos de experiencia acerca de la propia muerte; no obstante ese carácter inexperimental de la muerte, existe una aproximación al fenómeno en el sentir y padecer la muerte del otro, sobre todo cuando el otro es un ser querido. El encuentro decisivo con la muerte es la muerte del ser amado, el padre, la madre, el hijo.

Ahora bien, aun cuando no podemos hablar de la muerte por experiencia directa, sí somos capaces de anticipar nuestra propia muerte a través de su representación en varios sentidos:

a) Representación coincidente con la interpretación cultural: el hombre es capaz de formalizar y representar su propia muerte. Ocurre un tránsito de la naturaleza a la cultura, particularmente en nuestro país, pues representamos la muerte de mil maneras y en casi todos los pueblos que integran nuestro mosaico cultural; entendemos la muerte, al margen de cualquier sentido religioso, no sólo como término, sino como cumplimiento.
b) La representación de la propia muerte consiste en entender la duración de la vida: la vida nos acerca inexorablemente a la muerte, minuto a minuto, hora tras hora, día a día...
c) La representación del morir como catarsis de la existencia mediante la fuerza del drama del morir.

Dado que la muerte es inevitable o que la vida es muerte, reflexionamos sobre el morir en cuanto acción humana, es decir, la muerte vista como acontecer inevitable o como representación, como una decisión que se enfrenta, por un lado, al valor de la vida, y por otro, al derecho a morir dignamente, o bien digo, el derecho a vivir con dignidad.

En efecto, la ciencia, en las condiciones actuales de desarrollo, puede determinar la muerte clínica de una persona e incluso mantener, en ciertas condiciones, una prolongación de la vida en forma artificial, que de ninguna manera se puede considerar una vida digna. De ahí el art. 1 de la *Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal*, que dice:

> La presente ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural.

Parece bien; sin embargo, ¿quién y cómo se determina ese momento? La ley española sobre expropiación y trasplante de órganos, en su art. 10, considera fallecida a una persona previa comprobación de la muerte cerebral, basada en la constatación y concurrencia, durante 30 minutos al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del coma de los signos siguientes:

- Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia.
- Ausencia de respiración espontánea.
- Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis.
- Electroencefalograma plano, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral.

Los signos citados no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema nervioso central.[1] Sin embargo, volviendo a nuestro tema, consideramos importante distinguir tres términos que implican también tres posturas éticas sobre el vivir con dignidad:

[1] BOE de 13 de marzo de 1980, núm. 63, p. 5706. Citado por Marciano Vidal, *Moral de la persona y bioética teológica. Moral de actitudes* II, 1ª parte, 8ª ed., Covarrubias, Madrid, 1991, p. 495.

- *Eutanasia*: aun cuando su significado en griego es "bien morir", se refiere a situaciones en las que no se respeta el valor de la vida humana y se impone la muerte a uno mismo o a otro en la fase final de la vida (eutanasia activa).
- *Distanasia*: se refiere a situaciones en las que se prolonga inhumanamente la vida y no se propicia la posibilidad de tener una muerte digna. La situación contraria es la *adistanasia*, coincidiendo ésta con el derecho a morir dignamente (eutanasia pasiva).
- *Ortotanasia*: se refiere a una situación ideal en la que se respeten los valores indicados: el respeto a la vida humana y el derecho a morir dignamente. Cuando no se puedan realizar en plenitud y sin conflictos, será ortotanasia la situación que realice la solución adecuada del conflicto entre los dos valores, según las leyes de la auténtica proporcionalidad humana.

La ortotanasia integra la situación ideal de la ética del morir que comprende el valor de la vida humana y el derecho a morir dignamente, o en otras palabras, tenemos derecho a vivir con dignidad. El problema toma vigencia en una época en que por el avance de la ciencia, sobre todo la medicina, la vida resulta a menudo prolongable varias décadas. Sin embargo, nos podemos preguntar: ¿hasta dónde, llegando el caso, podemos prolongar la vida humana? Hans Küng, refiriéndose a su amigo Walter Jens, dice:

> vive todavía entre nosotros y con nosotros. Pero encerrado en su propio mundo... Con este hombre de espíritu apenas es posible ya la comunicación intelectual, aunque sí la emocional: por ejemplo cuando le llevo de regalo su amado chocolate suizo y él sonríe.
>
> En el estado inicial de su enfermedad respondió a mi pregunta ¿Cómo te encuentras, viejo amigo?, "Mal. Esto es terrible. Me quiero morir"... en Alemania la realización práctica de semejante deseo resulta difícil. Por las mismas fechas oí contar a un médico de una localidad cercana que estaba comprando a tres o cuatro farmacéuticos conocidos de él pequeñas cantidades de medicamentos mortíferos a fin de ayudar a su madre, que padecía desde hacía tiempo intensos dolores, a tener la muerte digna que la buena mujer deseaba; aún tiene miedo de ser descubierto y llevado ante los tribunales...[2]

La pregunta sobre la muerte no es una cuestión de edad, sino una pregunta en medio de nuestra vida, una vida frenética que deja poco o nos roba el espacio para la reflexión, Pero, siguiendo la obra de Hans Küng, las preguntas nos acompañan siempre:

- ¿Cómo se envejece hoy, cómo se envejecerá mañana?
- ¿Qué significa saber que se es mortal, que se ha de morir?
- ¿Se tiene miedo a la muerte o simplemente miedo a morir?
- ¿Cómo se quisiera morir, si es que uno puede participar: se debe participar o incluso decidir personalmente?
- Muchos no deciden sobre su vida y no deciden sobre su muerte.

Sobre el particular podemos afirmar lo siguiente:

a) Se entiende que, en caso necesario, se deben poner en práctica todas las medidas médicas razonables para mantener la vida, si el paciente lo desea o si así lo ha dispuesto, pero este derecho a seguir viviendo no significa en todos los casos la obligación de seguir viviendo. El derecho a una muerte digna se niega a las personas manteniéndolas

[2] Hans Küng y Walter Jens, *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 2010, p. 11.

vivas a cualquier costa o cualquier costo; se les mantiene conectadas interminablemente a aparatos o suministrándoles medicamentos que les impiden morir, como fuera su deseo.

b) El deseo de morir se encuentra asociado no sólo a dolores interminables, sino también a la incesante pérdida de dignidad y el sentido de la vida; asimismo, a la falta de perspectivas de mejoría. Podemos preguntar si será una vida digna cuando somos incapaces de realizar autónomamente operaciones como comer, respirar u otras elementales. En estas circunstancias, muchas personas se imaginan la posibilidad de una eutanasia activa.

c) Sin duda que cuando la enfermedad deviene necesariamente en la muerte y lo único que se hace es demorar de manera innecesaria el momento de la muerte; cuando resulta imposible detener el curso de la enfermedad o, en caso contrario, cuando la atención médica deviene en sólo quedar atrapados en un sistema médico altamente tecnificado, la alternativa de decisión sobre la vida y la muerte ha de recaer en el paciente o en su familia y no en el facultativo.

De lo anterior y de otras consideraciones que resultarían abundantes, tenemos suficiente para justificar el derecho de los pacientes a la autodeterminación. Por ello es importante contar con manifestaciones previstas en la ley sobre la voluntad anticipada; estos deseos han de ser respetados, aun cuando sean contrarios a la implementación de mecanismos prolongadores de la vida, aun cuando los enfermos no llevan una vida autónoma, ni en las más elementales acciones humanas.

Sin duda, tener o ser un paciente terminal es doloroso para todos en el entorno familiar; supone además esclavizar a la familia y a los seres queridos. Tarde o temprano pueden renegar todos y cuestionarse si ésa es una vida digna.

Es importante entender qué es un enfermo terminal. La ley citada lo define de la manera siguiente (art. 3, fracc. VI):

> Enfermo en Etapa Terminal: es el que tiene un padecimiento mortal o que por caso fortuito o causas de fuerza mayor tiene una esperanza de vida menor a seis meses, y se encuentra imposibilitado para mantener su vida de manera natural, con base en las siguientes circunstancias:
>
> *a)* Presenta diagnóstico de enfermedad avanzada, irreversible, incurable, progresiva y/o degenerativa;
> *b)* Imposibilidad de respuesta a tratamiento específico; y/o
> *c)* Presencia de numerosos problemas y síntomas, secundarios o subsecuentes.

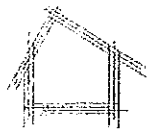
Las formalidades del documento de voluntad anticipada, de conformidad con el art. 8, son las siguientes:

1. Realizarse por escrito de manera personal, libre e inequívoca ante Notario;
2. Suscrito por el solicitante, estampando su nombre y firma en el mismo;
3. El nombramiento de un representante para corroborar la realización del Documento de Voluntad Anticipada en los términos y circunstancias determinadas en él; y
4. La manifestación respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados.

Finalmente, las personas que pueden suscribir el documento de voluntad anticipada son las siguientes:

a) Cualquier persona con capacidad de ejercicio;
b) Cualquier enfermo en etapa terminal, médicamente diagnosticado como tal;
c) Los familiares y personas señaladas en los términos y supuestos de la presente ley, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad; y
d) Los padres o tutores del enfermo en etapa terminal cuando éste sea menor de edad o incapaz legalmente declarado.

Para los efectos de los incisos *c* y *d*, el signatario deberá acreditar con el acta correspondiente el parentesco a que haya lugar.



Bibliografía

Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, *Derecho de familia,* Oxford University Press, México, 2009.

Barroso Figueroa, José, *La autonomía del derecho familiar,* www.jurídicas.unam.mx

Belluscio, Augusto César, *Manual de derecho de familia,* t. I, 7ª ed., Astrea-Depalma, Buenos Aires, 2002.

_____, *Manual de derecho de familia,* ts. I y II, Depalma, Buenos Aires, 1996.

Bonnecase, Julien, *Tratado elemental de derecho civil,* Harla, México, 1997.

_____, *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia,* tr. José M. Cajica Jr., Edit. José M. Cajica Jr., Puebla, 1945.

Borda, Guillermo A., *Manual de derecho familiar,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

Cameron, Paul, "Gay Foster Parents More Apt to Molest", *Journal of the Family Research Institute,* vol. 17, núm. 7, noviembre, 2002.

Cervera Rivero, Óscar y Óscar Barragán Albarrán, *Práctica forense en derecho familiar,* Doctrina, modelos, jurisprudencia y resoluciones, Interwriters, México, 2011.

Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho,* ts. I-III, Porrúa, México, 2004.

Chávez Castillo, Raúl, *Derecho de familia y sucesiones,* Porrúa, México, 2009.

Chávez Hayhoe, Salvador, *Historia sociológica de México,* t. I, s/ed., México, 1994.

Cicu, Antonio, *Derecho de familia,* Ediar Editores, Buenos Aires, 1947.

Corominas, J. y J. A. Pascual, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico,* Gredos, Madrid, 2002.

De Pina, Rafael y Rafael de Pina Vara, *Diccionario de derecho,* 27ª ed., Porrúa, México, 1999.

Di Pietro, Alfredo y Ángel Enrique Laspieza Elli, *Manual de derecho romano,* 4ª ed., Depalma. Buenos Aires, 1985.

Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa-UNAM, México, 1988.

Durán Acuña, Luis David, *Estatuto legal de la familia y el menor,* Compilación Legislativa, Universidad Externado de Colombia, 2000.

El Digesto del Emperador Justiniano, ts. I-III, tr. Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Madrid, 1878.

Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México,* t. III, Pólis, México, 1937.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo,* Trotta, Madrid, 2008.

Fleitas Ortiz de Rozas, Abel M., *Manual de derecho de familia,* Lexisnexis, Buenos Aires, 2008.

Fromm, Erich, *El miedo a la libertad,* tr. Gino Germani, Paidós, México, 1983.

Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil,* 3ª ed., Porrúa, México, 1982.

Galván Rivera, Flavio, *El concubinato en el vigente derecho mexicano,* Porrúa, México, 2003.

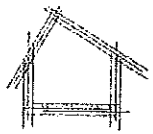
Gelsi Bidari, Adolfo, *Enfoque procesal de la familia,* MBA, Montevideo, 1958.

González Martín, Nuria, *El derecho de familia en un mundo globalizado*, Porrúa, México, 2007.
Güitrón Fuentevilla, Julián, *Derecho familiar*, 3ª ed., Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1988.
_____, *El orden público en el derecho familiar mexicano*, ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, México, 22 a 24 de noviembre, 2005.
_____ y Susana Roig Canal, *Nuevo derecho familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000*, Porrúa, México, 2003.
Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, Reus, Madrid, 1995.
Hernández López, Aarón, *Práctica forense de derecho familiar; el divorcio*, Porrúa, México, 2007.
Herrerías Sordo, María del Mar, *El concubinato, Análisis histórico jurídico y su problemática en la práctica*, 2ª ed., Porrúa, México, 2000.
Iglesias, Juan, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 10ª ed., Ariel, Barcelona, 1992.
Kipp, Theodor, Martin Wolff y Ludwig Enneccerus, *Tratado de derecho civil. Derecho de familia*. t. IV, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1981.
Küng, Hans y Walter, Jens. *Morir con dignidad. Un elogio a favor de la responsabilidad*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 2010.
Lasarte, Carlos, *Principios de derecho civil. Derecho de familia*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 2001.
_____, *Derecho de familia. Principios de derecho civil IV*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
_____ *Derecho de familia. Principios de derecho civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
Ley de las XII Tablas, 2ª ed. (estudio preliminar, traducciones y observaciones de César Rascón García y José María García González), Tecnos, Madrid, 1996.
Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 6ª ed., Nuevomar, México, 1993.
Lozano Ramírez, Raúl, *Derecho civil*, t. I, Derecho familiar, PAC, México, 2009.
Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, t. III, Porrúa, México, 2001.
Margadant S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 19ª ed., Esfinge, México, 1993.
Marx, Carlos y Federico Engels, *Obras escogidas*, Progreso, Moscú, 1980.
Mata Pizaña, Felipe de la, *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la legislación del D.F.*, Porrúa, México, 2008.
Mendieta y Núñez, Lucio, *El derecho social*, Porrúa, México, 1953.
Miguel, Raimundo de, *Diccionario latino-español etimológico*, 2ª ed., Visor libros, Madrid, 2003.
Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, 2ª ed., Porrúa, México, 1985.
Muñoz Rocha, Carlos I., *Bienes y derechos reales*, Oxford University Press, México, 2010.
O'Callaghan Muñoz, Xavier, *Compendio de derecho civil*, t. IV, Derecho de familia, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988.
Ortolán, Joseph, *Explicación histórica de las instituciones del Emperador Justiniano*, ts. I-II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.
Pérez Duarte, Alicia, *Derecho de familia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, Universidad, Buenos Aires, 1999.
Planiol, Marcel y Georges Ripert, *Derecho civil*, Harla, México, 1997.
Reisman, Judith, *Crafting Gay Children*, Psychiatric Journal, University of Ottawa, Bradford, J. W. *et al.*, 1998.

Roel Hoffmann, Carla de, *Introducción al estudio del derecho familiar*, Porrúa, México, 2008.
Ruggiero, Roberto de, *Instituciones de derecho civil*, ts. I-II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006.
Schulz, Fritz, *Derecho romano clásico*, trad. José Santacruz Teijeiro, Bosch, Barcelona, 1960.
Vidal, Marciano, *Moral de actitudes*, ts. I-IV, 8ª ed., Covarrubias, Madrid, 2001.
Villalobos Olvera, Rogelio, *Derecho de familia*, Universidad Autónoma de Chihuahua, 2ª ed., Chihuahua, 2006.
Volterra, Eduardo, *Instituciones de derecho privado romano*, Civitas, Madrid, 1991.
Zanoni, Eduardo A., *Derecho de familia*, ts. I-II, Astrea, Buenos Aires, 2002.
Zavala Pérez, Diego H., *Derecho familiar*, Porrúa, México, 2008.

Legislación consultada

Código Civil para el Distrito Federal.
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
Código Penal para el Distrito Federal.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal.
Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar.
Ley de Voluntad Anticipada del Distrito Federal.



Índice analítico

Absorción
  de bienes, 110
  régimen de, 109
Actividad científica, regulación de la, 278
Acto jurídico
  elementos esenciales del, 99
  modalidades del, 55
  objeto directo del, 99
  objeto indirecto del, 99
Actos
  consensuales, 99
  formales, 99
  inmorales ejecutados por el marido o por la mujer, 135
Acusación calumniosa, hecha por un cónyuge contra el otro, 136
Adgnatio, 191
Adhesión, contrato de, 90
Adopción, 306-331
  antecedentes de la, 306-310
  características del acto jurídico de, 313-314
  como acto jurídico, 307, 311, 313
  como derecho del menor, 311
  como institución jurídica de orden público, 310
  consecuencias de la, 309
  consentimiento para la, 318
  críticas contra la, 311
  definición de, 308, 310
  efectos de la, 317
  en el derecho francés, 308-309
  en el derecho mexicano, 309-310
  en el derecho romano, 307-308
  evolución histórica de la, 323
  finalidad de la, 308
  internacional, 320-322
  irrevocable, 313
  naturaleza jurídica de la, 312-313
  naturaleza restitutiva de la, 311
  nulidad de la, 317
  orígenes de la, 306
  por homosexuales, 322-326
  por parejas homosexuales o lesbianas, 327
  procedimiento para tramitar la, 317-320
  requisitos para la, 314-316
  teoría de la, 312
    contractual de la, 312
  vínculos de filiación por la, 310
Adoptado, requisitos para ser, 315
Adoptante, 308
  solvencia económica del, 314
Adoptio
  minus plena, 307
  plena, 307
Adrogación, 307
Adulterio, 135
Agredidos o sujetos pasivos, 241
Agresores
  o sujetos activos, 241
  y agredidos, relación entre, 241
Agua, derecho al acceso, disposición y saneamiento del, 23
Alimentación, derecho a la, 23
Alimentos, 211-233
  características de los, 216-221
  características del derecho a recibir, 221-223
  como cuestión de orden público, 38

como derecho personal e intransferible, 221-222
como facultad jurídica, 214
como obligación
alternativa, 219
fundamental en el derecho familiar, 212
recíproca, 216
sucesiva, 216-217
concepto de, 213-214
contenido de los, 215-216
controversia sobre la situación jurídica de los, 229
cuantía de los, 226-230
derecho de, 213
a recibir, 222-223
irrrenunciable a recibir, 223
derechos y obligaciones
de ascendientes y descendientes en relación con, 225
de concubinos en relación con, 225
del adoptante y del adoptado en relación con, 226
deuda de, 218
disposiciones legales acerca de, 229
en el derecho romano, 211-213
extinción del derecho a los, 225
fundamento y justificación de los, 214
obligación de, 223-224
obligación de colaterales en relación con, 226
obligación de dar, 175, 219-220, 224-226
divisible, 217
pago de, 131
para los adultos mayores sin capacidad económica, 215
para quienes padecen discapacidad, 215
para sujetos menores y mayores de edad, 215
Ámbito social, evolución de la familia en el, 12
Anonimato de donadores y receptores de gametos, 289
Ascendientes, descendientes y colaterales, 192
Asistencia, Ley de, y Prevención de la Violencia Familiar, 237
Autodeterminación, derecho de los pacientes a la, 410
Autonomía
criterio científico de, 70
criterio didáctico de, 70
criterio institucional de, 71-72
criterio jurisdiccional de, 70
criterio legislativo de, 69
criterio procesal de, 72-73
criterios de, 69
tesis de José Barroso Figueroa sobre la, 57-64
Autoridad igual de los cónyuges, 108

Banco Nacional de Datos e Información sobre Casos de Violencia contra las Mujeres, 260
Belluscio, derecho de familia según, 8
Bienes
adquiridos por el menor por cualquier otro título, 347
adquiridos por el trabajo del menor, 346
del menor, 348
del tutelado, 380
división de los, en el divorcio, 132
dominio y administración de, 114
efectos sobre los, 184
régimen de, 7
Bonnecase, Julien
derecho de familia según, 7
tesis de, 52-54

Capacidad de las partes para el matrimonio, 101
Capitulaciones matrimoniales, 111-113
Causas de divorcio, 124
Cicu, Antonio, teoría de, 44-47
Cognatio, 191
Cohabitación de los cónyuges, 109
Comunidad legal, régimen de, 111
Concubina y concubinario
con derecho a heredarse recíprocamente, 162

con derechos y obligaciones recíprocos, 156, 158
Concubinato, 7
características del, 170-171
como acto jurídico, 169
de derecho familiar, 167
como causal de divorcio, en el siglo XIX, 160
como contrato ordinario, 169
como hecho jurídico del hombre, 166
como hecho lícito, 154
como hecho social, 170
como hecho social o antijurídico, 166
como institución, 167-168
como intención o ánimo de permanecer unidos, 156
como manera peculiar de formar familia, 161
como matrimonio de hecho, 156
como situación de hecho, 169
como vida en unión, 157
con efectos jurídicos semejantes a los del matrimonio, 158
concepto de, 154-159
definiciones de, 154-156
efectos del, 171-178
patrimoniales en el, 174
en el derecho francés, 153-154
en el derecho romano, 151-153
equiparado al matrimonio, 163
establecido de facto, 158
evolución del, en la legislación del Distrito Federal, 159-164
naturaleza jurídica del, 154, 164-171
notorio, en el derecho francés, 153
posturas en el derecho acerca del, 164
reflexión sobre la naturaleza jurídica del, 168-170
requisitos de ley para establecer un, 159
requisitos del matrimonio extendidos al, en Roma, 152
y sociedades de convivencia, 151-190
Concubinos
con derechos y obligaciones recíprocos, 172
derechos alimentarios y sucesorios entre los, 163
efectos jurídicos del concubinato entre los, 172-174
obligación alimentaria de los, 162
Connubium, como capacidad jurídica en Roma, 95
Consanguinidad, 194
simulada, 194
Consentimiento
ausencia de vicios del, en el matrimonio, 101
como requisito para contraer matrimonio en Roma, 94
del jefe de familia en Roma, 95
Contrayente en estado de gravidez, 95
Convención sobre los Derechos del Niño, 25, 321
Convivencia
análisis de las sociedades de, 151
Ley de Sociedad de, 27
sociedades de, 28
Convivientes, efectos jurídicos entre los, 183-184
Cónyuges
ayuda mutua entre, 108
función social de los, 63
hijos de los, 271
o concubinos, 196
obligados a darse alimentos entre sí, 224
Cosa pública, 30
Crianza, deberes de, 345
Cuidado de menores de 12 años, 130
Cultura, derecho de acceso a la, 23
Cura
furiosi, 386
minorum, 386
prodigi, 386
Curador, 385-388
concepto de, 385
interino, 389
nombramiento del, 389
obligaciones del, 390
Curatela
ad bona, 388

ad litem, 388
ejemplar, 388
en el *Código Civil para el Distrito Federal*, 389-390
en el derecho francés, 387-388
en el derecho romano, 386-387
en México, 388

Débito conyugal, 109
Declaración Universal de los Derechos del Hombre, familia y, 17
Defunción de los padres, 361
Derecho
a morir dignamente, 408
a vivir con dignidad, 408
agrario, 61
civil, 55
como un producto social, 60
familiar mexicano, 4
fenómeno socializador del, 62-63
laboral, 61
socialización del, 60
sucesorio, 73
Derecho de familia. *Véase también* Derecho familiar
en sentido amplio, 52-53
en sentido estricto, 54
normas del, 9
Derecho familiar
afinidad entre derecho público y, 47
autonomía del, 43, 56-73
certeza y duración de los actos del, 55
como conjunto de normas jurídicas, 55
como derecho público, 46
como rama autónoma del derecho, 52
con principios propios, 21
concepto de, 55
definición de, 7
diferencia esencial del, 66
diferencias entre las otras partes del derecho privado y el, 57
efectos de los actos del, 55
elementos e instituciones que integran el, 10
importancia del, 55
individual, derecho social y, 45
infiltración del derecho público en el, 46
injerencia del Estado en los intereses del, 57
introducción al estudio del, 1-42
justinianeo, la familia en el, 48
naturaleza jurídica del, 55-73
y autonomía del, 43-77
normas del, 50
patrimonial, 56
preordenado a un fin superior, 66
primacía de las relaciones personales y no económicas en el, 49
principios aplicables al, 28-39
relaciones jurídicas en el, 65
sujetos del, 10
trascendencia del, 56
ubicación del, 57
Derecho privado
conceptos jusprivatistas del, 64
interés individual en el, 65
libertad en el, 65
límite entre el derecho público y el, 45
posición del derecho hereditario en el, 65
Derecho público
dependencia en el, 65
interés del individuo en el, 65
y derecho privado, 44
Derecho social, 57
como conjunto de nuevas ramas jurídicas, 61
como nueva rama fundamental del derecho, 62
proyecciones del concepto de, 60-62
y socialización del derecho, 58-60
Derechos
culturales, derecho al ejercicio de los, 23
familiares, 11-12
patrimoniales, 66
privados
enajenación, cesión, comercialización, venta o compra de, 55
renuncia de, 55

protegidos por la Constitución, en torno de la familia, 26
subjetivos, 11
sucesorios, 184
sucesorios, entre concubinos, 173
Descuido y maltrato infantil, 249
Dignidad, vivir con, 407
Distanasia, 409
Divorcio, 123-150
administrativo, 7, 127
adulterio de la mujer como causa de, 160
concepto de, 123-125
de los padres, 361
definición de, 125, 133
derogación de las causales de, 18
disolución del matrimonio anterior por, 104
efectos del, 131-133
efectos jurídicos del, 129
provisionales, 129-131
en el derecho francés, 124
en México, 124-125
en Roma, 123
evolución del, 133-136
falta de ministración de alimentos, como causal de, 35
necesario, 36
no vincular, 125
parejas con más de un, 145
por causa ajena al otro cónyuge, 123
por causa justa, 123
por común acuerdo, 123
por vía judicial, 127-128
reflexión ética sobre el, 137-138
vincular, 6, 63, 125-127
Divorcios
cifras de, 138-146
necesarios, 126
Divortium sine causa, 123
Donaciones
antenupciales, 116-117
entre consortes, 117
entre cónyuges, 117
inoficiosas, 116
Dote, institución de la, 109
Educación familiar
fuerza de una buena, 339
impacto de una mala, 339
Embrión, adquisición de un, por una pareja del mismo sexo, 282
Embriones
bancos de, 281
crioconservación de, 281
Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares, 261
Encuesta Nacional sobre Violencia contra las Mujeres, 262
Encuesta Nacional sobre Violencia en el Noviazgo, 263
Entorno familiar saludable, conservación de un, 38
Esperma, congelación del, 281
Esponsales
causas de disolución de los, 79
como figura obsoleta, 80
concepto de, 78-81
en la legislación mexicana, 80
incumplimiento de, 81
y matrimonio, 78-121
Esposos, comunidad de vida entre los, 84
Estado
civil, 167
para el individuo, 45
separación entre Iglesia y, 6, 89
Esterilidad, 278
como enfermedad o consecuencia de la misma, 278
repercusiones de la, 278
Eutanasia, 409
Evolución
del divorcio, 133-150
en materia de filiación, 292-294

Familia, 53
acepción etimológica de, 13
acepción jurídica de, 15-22
acepción sociológica de, 13-15
carácter de institución social de la, 16
como fin superior de la comunidad, 50

como fuente de formación intelectual y humana, 24
como grupo intermedio entre Estado e individuo, 67
como grupo social primario, 234
cualquier sociedad, 4
como institución
de interés social, 21
de orden público, 20
jurídica, 20, 22
de orden público, 91
natural, 20, 91
social, 14, 48
compuesta, 17
concepto de, 12-39
gramatical de, 14
jurídico de, 12
conceptos jurídicos insuficientes de, 19
consanguínea, 2
derecho de, 8
derecho de fundar una, 290
e interés social, 19
en el Código de Derecho Canónico, 16
en el derecho francés, 16
en sentido amplio, 19
en sentido restringido, 19
ensamblada o reconstruida, 18
estructura jurídica de la, 46
etapas de la, 2-4
evolución y estructura de la, 3
extendida, 17
extensa, 14
garantías o principios constitucionales acerca de la, 22-26
institución jurídica de la, 1
integrada por personas unidas por diversos lazos, 22
lazos conyugales en la, 3
manifestación de la, en la historia, 13
monogámica, 3
monoparental, 14, 18
no es un ente público, 65
nuclear, 14, 17
organización y desarrollo de la, protección de la, 23
origen de la, 2
potestad general y unitaria del jefe de, en Roma, 359
punalúa, 2
romana, 15
sindiásmica, 3
solidaridad, socorro y ayuda entre los miembros de la, 8
Familias
de parejas de personas del mismo sexo, 26-28
derechos de, 31
patricias, 15
plebeyas, 15
víctimas de la violencia, 234
Fecundación
asistida, 268
descubrimientos científicos en pro de la, 278
extracorporal, 280
in vitro, 280
in vivo e *in vitro*, 279-281
post mortem, 280, 282-283
problemas jurídicos en torno a la, 277
sin el consentimiento de su cónyuge, 136
técnicas de, 291
Fidelidad de ambos cónyuges, 108
Filiación, 269
antecedentes romanos de la, 269
civil o adoptiva, 272-273
clases de, 270-273
como descendencia en línea recta, 270
como institución importante del derecho de familia, 268
como relación inmediata del padre o la madre con el hijo, 270
como relación jurídica entre los progenitores y sus descendientes directos, 270
concepto y antecedentes de la, 268-270
efectos jurídicos de la, 273
estudio de la, 269
extramatrimonial, 272, 298
matrimonial, 271-272, 297
pruebas de, 296
y fecundación asistida, 268-305
y parentesco en el concubinato, 174
y paternidad, 274
Formalidad del matrimonio, 101

Galván Rivera, Flavio, tesis de, 166-168
Garantías
de derecho, 26
que deben prestar los tutores, 375-376
y derechos de hecho, 26
Gayo, Institutas de, 19
Guarda del menor, 377
Güitrón Fuentevilla, Julián
teoría de, 56-57
tesis de, 54-56

Herencia en el concubinato, 161
Hermanos
carnales, 193
consanguíneos, 193
uterinos, 193
Heterosexualidad, como característica del concubinato, 170
Hijo
reconocido, 298
derechos del, 300
posesión de estado de, 297-298
Hijos
adoptivos, 175
clases de, 273-277
compartida, 132
cuidado de los, 108
espurios, 273
guarda y custodia de los, 105
impugnación de la paternidad de los, 285
legitimados, 273
legítimos, 273
nacidos fuera de matrimonio, 177, 275
naturales, 273
Historia del derecho familiar mexicano, 1-4
Hogar, trabajo en el, 108
Hombre social, 64
Homestead, de Estados Unidos de América, 398
Homosexuales, adopción por, 324
Homosexualidad, como una condición humana, 323
como una situación normal y no como enfermedad, 27
Huella genética, prueba pericial para determinar la, 276

Identidad
genética del ser humano, 290
orientación sexual como parte de la, 86
personal y sexual, 86
Igualdad
de derechos de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, 92
entre el hombre y la mujer, 92, 236
Igualdad de derechos, deberes y obligaciones de integrantes de la familia, 33
Impúberes, tipos de tutela de los, en Roma, 359
Incapaz tutelado, 378
Incumplimiento de esponsales, efectos del, 81
Individualismo en el siglo XIX, crisis del, 58
Infidelidad conyugal, en el código de Napoleón, 3
Informe Nacional sobre Violencia de Género en la Educación Básica en México, 263
Inseminación
heteróloga, 280
homóloga, 283
Inseminación artificial, 279
consecuencias jurídicas de la, 283-288
consentimiento informado por escrito para la, 284
e inseminación heteróloga, 287
heteróloga, complicaciones con la, 285
homóloga, 279
legislación sobre, 282
Institución
como conjunto de principios o fundamentos del derecho, 19
uso jurídico del vocablo, 20
Interés
de la familia, 33

de los menores, 33
del niño, 25
familiar y estatal en el derecho de familia, 45
general de la sociedad, 30
individual, 30
superior, 45
Intereses colectivos, tutela de, 62
Intereses individuales, subordinación de los, 65
Ius
commune, 30
privatum, 30
publicum, 30

Jueces de lo Familiar, 391
Justiniano, Institutas de, 19

Lazos de unión entre las personas que integran la familia, 22
Legislación jurídica procesal familiar, 72
Legislaciones sin definición jurídica de familia, 18
Liberalismo, consagración del, con la Revolución Francesa, 58
Libertad
concepto de, 59
de cultos, 6
Licitud del matrimonio, 101
Línea paterna o materna, 203

Madre, transmisión de la patria potestad a la, 335
Madres
biológicas, 281
sustitutas, 288
Maltrato
físico, 238
infantil, 262
psicoemocional, 238
sexual, 238
tipo de, 256
Mandato, representación del, 55
revocación de, 129
Manipulación genética, 289
con fines científicos, 289
Maternidad, 269
como un hecho indubitable, 269
imputación falsa de, 287
investigación de la, 294
la donadora de óvulo no puede reclamar la, 288
subrogada y arrendamiento de vientre, 281-282
Matrimonio
asociado a la procreación, 83
asociado a la relación sexual entre parejas heterosexuales, 83
canónico, 83
carácter contractual del, 83
certeza de la filiación del hijo y del padre en el, 271
como acto condición, 90
como acto jurídico mixto, 90
como competencia exclusiva de la iglesia, 5
como contrato, 6
civil, 6, 88
de adhesión, 90
como estado civil, 90
como figura obsoleta, 82
como hecho jurídico en Roma, 87
como institución, 87
como sociedad
de hombre y mujer para perpetuar la especie, 83
legítima de un solo hombre y una sola mujer, 89
como unión libre de dos personas, 85
concepto de, 82-87
derecho a contraer, 290
disolución del, 37
efectos del, 107-117
en Roma, 94
entre personas del mismo sexo, 27
fines del, 91-93
formalidades para contraer, 99-101

impedimentos
para celebrar el, 97
para contraer, 95-98
natural, 82
naturaleza del
jurídica, 87-91
particular, 72
nueva concepción del, 81-107
otros fines y formas de, 83
promesa de, 79
requisitos para contraer, 93-95
según el derecho francés, 83
semítico por compra, 79
teoría contractual del, 88
tradición de la mujer en el, 93
uniones similares al, 82
validez del, 99
y la familia, 39
Matrimonios
celebrados en el extranjero, 106
con pareja del mismo sexo, 140
decrecimiento de los, 18
nulos, 102-105
México
colonial, 5
marco jurídico en el, 5
independiente, 5-7
indígena, 4-5
Monogamia, en el concubinato, 170
Montero, Sara, tesis de, 165-166
Moralidad intrínseca, 61
Muerte cerebral, 408
Mujer
como sujeto activo de la violencia, 242
papel más protagónico de la, 242
Mujeres, distribución del entorno donde habitan las, 255

Niñez
derechos de la, 23
desarrollo integral de la, 25
principio del interés superior de la, 23, 25
situación de la, en México, 25
Núcleo familiar, como organismo jurídico, 45
Nulidad
del matrimonio, 102, 105, 114
cese de la causa de, 103

Obligación alimentaria, 214
Obligación de otorgar alimentos, cese de la, 226
Obligaciones de protección, obediencia y respeto, 54
Orden público, 29-31
antecedentes del, 29
como límite a la autonomía de la voluntad, 20, 21
como lo que es impuesto por la autoridad, 21
como representante de la paz social, 20
definición de, 20, 29
e interés social como sinónimos, 30
en el derecho familiar mexicano, 30, 34-39
leyes de, 20
teoría del, 29
teorías del, 30
y leyes de interés o de orden privado, 20
Ortotanasia, 409
Óvulos y semen extraídos, 288

Paciente terminal, 410
Padre jurídico, pero no biológico, 286
Padres
convivencia de los hijos con sus, 132
no hay hijos sin, 268
obligados a dar alimentos a sus hijos, 176
Pareja, relación equitativa de la, 92
Parentesco, 191-210
adoptivo, 193
civil, 196, 206
clases de, 194-197
concepto de, 193
consecuencias jurídicas del, 204-206
de adopción, 96
de sangre o cognación, 96
derechos u obligaciones que surgen del, 204

desde el punto de vista jurídico, 191
desde el punto de vista lingüístico, 191
en el derecho francés, 192-193
en línea colateral desigual, 203
en Roma, 191-192
entre padre, madre e hijos, 269
grados de, 193
legítimo, 193
líneas y grados de, 197-204
natural, 193
originado en matrimonio, concubinato o adopción, 206
por afinidad, 96, 196-197, 205-206
por consanguinidad, 194-195, 204-205
por línea colateral o transversal, 202
por línea recta, 197
transversal o colateral igual, 200
Parientes
carnales, 193
políticos, 196
por afinidad, 192
Paternidad, 269
acción de desconocimiento o contradicción de la, 296
acción de investigación de la, 295
no transmisible, 295
acción desvirtuadora de imputación de la, 296
confesión por escrito de, 293
imputación de, 292
investigación de la, 294
responsable, 24
y maternidad, 292-298
Patria potestad, 38, 54, 332-356
características de la, 340-342
como efecto directo e inmediato de la filiación, 333
como institución jurídica, 333
concepto de, 332-333
de interés público, 340
definición de, 333
derechos y deberes inherentes a la, 132
derivada de la filiación, 332
efectos de la, 344-348
en la persona de los menores, 344-346
ejercicio de la, 342
ejercida en conjunto por el padre y la madre, 342
en el concubinato, 176
en el derecho francés, 335
en el derecho romano, 322-326
en la legislación mexicana, 335
en la *Ley sobre Relaciones Familiares*, 336-337
evolución de la, 334-338
excusable, 341-342
imprescriptible, 341
intransferible, 341
irrenunciable, 340-341
limitación de la, 351
objetivos y fines de la, 338-340
obligación de educar a los hijos como parte de la, 336
pérdida de la, 349-350
recuperación de la, 351-352
sobre el hijo adoptivo, 343
suspensión de la, 351
temporal, 341
terminación de la, 349
Patrimonio familiar, 397-406
características del, 400
concepto de, 397-398
definición de, 397
disminución del, 403
en el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, 400
en la *Ley sobre Relaciones Familiares*, 399
evolución del, 398-400
formalidades para la constitución del, 401-402
formas de extinción del, 403
forzoso, 401
imprescriptible, 400
inalienable, 400
inembargable, 400
no susceptible de gravamen, 400
personas que pueden constituir el, 403
traslativo de propiedad, 400
único, 400

valor de los bienes afectos al, 401
Pensión
alimenticia, 35, 163
cuantía de la, 227
derecho a, 173
fijación de la, 227
Pensiones alimenticias, 145, 213
Permanencia del concubinato, 170
Personas homosexuales
reconocimiento jurídico de las uniones de, 26
uniones de, 27
Personas que pueden adoptar, 316
Poligamia en el México indígena, 4
Potestad, 50
derechos de, 54
marital, 54
Potestades, contenido de las, determinado por la ley, 55
Prescripción no aplicable al derecho familiar, 56
Primos
hermanos, 193
segundos, 193
Procreación
como una posibilidad y no una finalidad, 84
derecho a la, 108, 290
en el concubinato, 170
Progenitores, condición jurídica de los, en Roma, 269
Propiedad individual, 58
Pruebas científicas para determinar la paternidad, 276
Pubertad, como requisito para contraer matrimonio en Roma, 94

Rapto y violación, 293
Reconocimiento, 298
características del, 299
requisitos para el, 299
voluntario, 298-300
de un hijo, 300
Reforma, leyes de, 6
Régimen dotal, 109, 111
Régimen sin comunidad, 111
Regímenes patrimoniales, 112
Reglas
familiares por encima de la voluntad de los particulares, 32
relativas al matrimonio, la paternidad y la filiación, 53
Relación
entre ascendientes y descendientes, 337
familiar, estructura orgánica de la, 47
Relaciones económicas patrimoniales, 49
Relaciones
familiares
contenido ético y natural de las, 71
Ley de, 6, 124, 161
materia de las, 91
particulares, no intervención del Estado en, 55
patrimoniales, subordinadas a las personales, 66
Reproducción
asistida, 85, 277-279
técnicas de, 291
humana
por métodos artificiales, 289
progreso científico en materia de, 277-292
Revolución Francesa, contra el absolutismo, 58
Ruggiero, Roberto de, teoría de, 47-52

Salud, derecho a la protección de la, 23
Seducción dolosa, 293
Seguridad social, derecho a la, 61
Sentencia judicial sobre el contenido de capitulaciones, 115
Separación
de bienes, 109, 110, 111, 115, 116
régimen de, 109, 115-116
Ser humano, como ser social y gregario, 13
Sevicia, amenazas o injurias graves de un cónyuge, 136
Sistemas tutelares, 364-365
Situación conyugal, cifras de, 139

Socialización del derecho en el derecho civil mexicano, 63-64
Sociedad conyugal
formas de terminación del régimen de, 113
régimen de, 112-115
Sociedad de convivencia
como acto jurídico, 179
concepto de, 178-179
efectos jurídicos por la terminación de la, 184
finalidad de la, 179
forma de terminación de la, 184
Sociedades de convivencia, 26, 171, 178-185
como hecho jurídico voluntario, 180
efectos de las, sobre los bienes, 184
naturaleza jurídica de las, 180-183
Solemnidad, nulidad del matrimonio por falta de, 101
Solidaridad, 62
social, 61
Sucesión, derecho de los hijos a la, 176
Sucesiones
partición forzosa en especie de las, 53
y donaciones, 53
Sujetos de la patria potestad, 342-344
Sustancias ilícitas, uso no terapéutico de, 136

Temporalidad del concubinato, 170
Tutela, 357-396
a quiénes beneficia la, 367-368
características de la, 365-367
causas para excusarse de la, 366
cautelar, 369
clases de, 368-373
como cargo
de carácter público, 364
remunerado, 366
unitario, 366
como institución
de carácter público, 364
de derecho privado, 361
de interés público, 365
familiar, 364
como oficio oneroso y poder público, en Roma, 359
concepto de, 357-358
dativa, 360, 372-373
de las mujeres, 360
de mayores de edad incapacitados, 371
deberes, derechos y obligaciones legales de la, 377
definición de, 357
desempeño de la, 376
educación de la persona sujeta a la, 377
en el *Código Civil para el Distrito Federal*, 365
en el derecho francés, 361-362
en el derecho romano, 359-360
en el sistema mixto, 364
en la legislación mexicana, 362-364
entre cónyuges, 382
entrega de los bienes de la, 384
evolución de la, 358-364
excusable, 365
excusas para el desempeño de la, 374
extinción de la, 384
incapacidad del padre y, 362
inhábiles para desempeñar la, 373
interina, 363
irrenunciable, 365
legítima, 359, 371-372
no forma parte del derecho de familia, 54
objetivo de la, 363
obligaciones y contenido de la, 377-383
rendición de cuentas de la, 382
sobre un mayor incapacitado, 365
sujetos de la, 367-368
sujetos que ejercen la, 368
sustitutiva de la patria potestad, 367
testamentaria, 359, 369-371
Tutelas, Consejo Local de, 390
Tutor
de menor desamparado, 372
de un demente, 363
retribución del, 382
Tutores, garantía que deben prestar los, 375

Ulpiano, concepto de familia de, 7
Unión libre
concepto de, 85
en el derecho francés, 153
Uniones entre parejas del mismo sexo, 14
Útero
alquiler de, 282
préstamo de, 288

Vida
comunidad de, 85
prolongación de la, 408
valor de la, 408
Vínculo agnaticio, 15
Violencia
al interior de la familia, 235
atención a las víctimas de, 259
cifras de la, 249-263
clases de, 237
como causa de nulidad del matrimonio, 104
como problema social, 242
consecuencias de la, 241
contra las mujeres, 238
contra los derechos reproductivos, 238, 246
denuncia de la, 262
docente, 239
económica, 237, 238
en la comunidad, 239
entre los miembros de una pareja, 241
erradicación de la, 243
familiar, 136
y de género, 241
feminicida, 239
física, 237, 238, 246
hacia niñas y niños, 237
hecho delictivo producido por, 260
incitación a la, 135
institucional, 239
laboral, 239
leyes sobre, 242
marginación y la pobreza generadoras de, 235
no exclusiva de nadie, 243
patrimonial, 246
por la pareja, 262
protección contra, 132
psicoemocional, 237, 238, 246
receptoras de, 255
registros administrativos de, 259-260
reportada en relación con el parentesco, 257
sexual, 237, 238, 246
sistema general de protección de las mujeres víctimas de, 236
sobre menores, 241
Violencia familiar, 234-267
atención de la, 249-259
como acto u omisión intencional, 240
como causal de divorcio, 243
como problema jurídico y social, 241-243
concepto de, 235-241
controversias derivadas de la, 244
definición de, 236-240
efectos jurídicos de la, 243-248
encuestas sobre, 261-263
exacerbada por abuso del alcohol y las drogas, 242
nivel escolar de las mujeres receptoras de, 253
pena de uno a seis años de prisión por, 245
Violencia Intrafamiliar, Encuesta sobre, 249
Voluntad
anticipada, leyes de, 407
autonomía de la, 31-32, 55
consagración de la, 58
de los particulares, 32
exteriorización de la, 55
individual, 58
principio de la autonomía de la, 89
privada, incapaz para crear relación familiar, 51
Voluntades, acuerdo de, 89