

Derecho familiar

María Claudina Treviño Pizarro

Colección textos jurídicos



Derecho familiar

Derecho familiar

María Claudina Treviño Pizarro

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TAMAULIPAS



Copyright © 2017 por **IURE editores**, S.A. de C.V. y
María Claudina Treviño Pizarro, respecto a la primera edición electrónica de la obra

DERECHO FAMILIAR, e-Book

Ninguna parte de esta obra podrá reproducirse, almacenarse o transmitirse en sistemas de recuperación alguno, ni por algún medio sin el previo permiso por escrito de

IURE editores, S.A. de C.V.

Para cualquier consulta al respecto, favor de dirigirse a nuestro domicilio ubicado en Antonio Caso núm. 142, Piso 3, Col. San Rafael, Deleg. Cuauhtémoc, C.P. 06470, Ciudad de México. Tel. 5280.0358, fax 5280.5997. www.iureeditores.com
Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana, registro núm. 3329.

ISBN 978-607-616-084-8 (libro electrónico, realizado con base en el
libro impreso, © 2014, **ISBN 978-607-616-023-7**)

Hecho en México - Made in Mexico

Dirección editorial:

Olga Arvizu Bonnells
Gustavo Arvizu Bonnells
Jaime Arvizu Bonnells

Diseño de portada:
Heriberto Gachuz Chávez

*Agradezco a la vida,
al Dios supremo,
a quien le debo lo que más amo, mi familia y mis hijos;
agradezco la oportunidad que tuve de formarlos
y forjarlos con principios y valores que los han convertido
en personas de bien —desempeñando, ahora, el papel de padres.*

*Agradezco la oportunidad de aportar mi experiencia docente
—y contribuir a la búsqueda de soluciones a la problemática
de la familia mexicana actual— con la pretensión de que
las nuevas generaciones de abogados sean cada vez más sensibles
a reconocer lo delicado de las relaciones familiares y,
por lo mismo, la necesidad de proteger a las familias, mediante
una legislación adecuada a la realidad nacional.*

*Confío que las semillas que hoy se siembran
caerán en tierras fértiles y producirán cosechas abundantes.*

Contenido

Presentación	xxiii
Abreviaturas y siglas	xxv

Unidad 1. **Introducción al estudio del derecho familiar** 1

1.1	Trascendencia del estudio de la historia del derecho familiar mexicano	1
1.1.1	Periodo prehispánico	1
1.1.1.1	Cultura maya	4
1.1.1.2	Cultura azteca	5
1.1.2	Periodo hispánico	7
1.1.3	México independiente	9
1.2	Concepto de derecho familiar. Elementos e instituciones que lo integran	12
	Concepto doctrinal de derecho familiar	14
1.3	El concepto de familia, en sus diversas acepciones	14
1.3.1	Etimológica	14
1.3.2	Sociológica	14

- 1.3.3 Gramatical 15
- 1.3.4 Jurídica 15
- 1.4 Fines y principios aplicables en derecho familiar 16

Unidad 2. **Naturaleza jurídica del derecho familiar** 17

- 2.1 Teoría de Antonio Cicú 18
- 2.2 Teoría de Roberto de Ruggiero 21
- 2.3 Tesis de Julien Bonnecase 25
- 2.4 Tesis de Julián Güitrón Fuentesvilla 26
- 2.5 José la Cruz y Manuel Albadalejo 28

Unidad 3. **Autonomía del derecho familiar** 30

- 3.1 Tesis de Guillermo Cabanellas de la Torre en relación con los criterios científicos para establecer la autonomía del derecho de la seguridad social frente al laboral 30
 - 3.1.1 Explicación del criterio legislativo 31
 - 3.1.2 Explicación del criterio científico 32
 - 3.1.3 Explicación del criterio didáctico 32
- 3.2 Teoría de Julián Güitrón Fuentesvilla 33
- 3.3 Tesis de José Barroso Figueroa sobre la autonomía del derecho familiar 36
 - 3.3.1 Explicación del criterio institucional 37
 - 3.3.2 Explicación del criterio procesal 38
- 3.4 Aplicación de los criterios legislativo, jurisdiccional, didáctico, científico, institucional y procesal, para fundamentar la autonomía del derecho familiar 39
 - 3.4.1 Aplicación del criterio legislativo 39
 - Derecho comparado 41
 - 3.4.2 Criterio jurisdiccional. Aplicación 42
 - 3.4.2.1 Especialización de los jueces 43
 - 3.4.2.2 Juicios orales en materia familiar. Principios rectores del juicio oral 44
 - 3.4.2.3 Formalidades de las audiencias de juicio oral 44
 - 3.4.2.4 Justicia alternativa: la mediación 47
 - 3.4.3 Aplicación del criterio procesal 48
 - 3.4.4 Características de un código procesal familiar 48

Unidad 4. **Esponsales y matrimonio** 52

- 4.1 Concepto de esponsales. Efectos del incumplimiento.
La ausencia de su regulación en el *Código Civil para el Distrito Federal* 52
- 4.2 Nueva concepción del matrimonio en el Distrito Federal 54
- 4.3 Concepto, naturaleza y fines del matrimonio 55
 - 4.3.1 Concepto doctrinal de matrimonio 57
 - 4.3.2 Concepto legal de matrimonio 59
 - 4.3.3 Naturaleza jurídica y fines del matrimonio 60
 - 4.3.3.1 Introducción 60
 - 4.3.3.2 El matrimonio como contrato 60
 - El matrimonio como contrato de adhesión 61
 - 4.3.3.3 El matrimonio como acto jurídico 61
 - El matrimonio como acto mixto 61
 - 4.3.3.4 El matrimonio como institución 62
 - 4.3.3.5 El matrimonio como estado jurídico 63
 - 4.3.3.6 Posición ideológica 63
 - 4.3.3.7 Fines del matrimonio 65
- 4.4 Requisitos para contraer matrimonio 65
 - 4.4.1 Requisitos esenciales del matrimonio (arts 102 y 103, CCDF) 66
 - A. El consentimiento en el matrimonio 66
 - B. El objeto 67
 - C. La diversidad sexual 67
 - 4.4.2 Las solemnidades en el matrimonio (CCDF) 68
 - 4.4.3 Requisitos de validez 70
 - 4.4.3.1 La capacidad de los contrayentes 70
 - 4.4.3.2 Ausencia de vicios en el consentimiento 71
- 4.5 Impedimentos para contraer matrimonio 73
 - 4.5.1 Introducción 74
 - 4.5.2 Estudio específico de los impedimentos dirimentes 75
- 4.6 Formalidades para contraer matrimonio 79
- 4.7 Efectos jurídicos del matrimonio 81
 - 4.7.1 En relación a la formación de la familia 81
 - 4.7.1.1 Principio de igualdad 82
 - 4.7.1.2 Principio de reciprocidad 82
 - 4.7.1.3 Principio de equidad 82
 - 4.7.1.4 Derecho a la libre procreación 82
 - 4.7.2 Efectos jurídicos con relación a los hijos 83

X CONTENIDO

- 4.7.3 Efectos jurídicos entre los cónyuges 84
 - 4.7.3.1 El deber-derecho de cohabitación 84
 - 4.7.3.2 El deber-derecho de relación sexual 85
 - 4.7.3.3 El deber-derecho de fidelidad 86
 - 4.7.3.4 El deber-derecho de ayuda mutua 87
 - A. La ayuda mutua en el plano ético-jurídico 87
 - B. La ayuda mutua en el plano económico.
Alimentos 87
- 4.7.4 Efectos jurídicos del matrimonio en relación a los bienes de los cónyuges 89
 - 4.7.4.1 Introducción 91
 - 4.7.4.2 Capitulaciones matrimoniales 93
 - 4.7.4.3 Sociedad conyugal 95
 - A. Efectos jurídicos de la sociedad conyugal 96
 - B. Terminación de la sociedad conyugal 98
 - C. Liquidación de la sociedad conyugal 99
- 4.8 Los matrimonios nulos y sus efectos 100
 - 4.8.1 Concepto de nulidad de matrimonio.
Principios que la rigen 101
 - 4.8.1.1 Causas de nulidad del matrimonio 103
 - 4.8.1.2 La nulidad basada en el error sobre la identidad 104
 - 4.8.1.3 La nulidad proveniente de la existencia de un impedimento dirimente (arts 156-157, CCDF) 104
 - 4.8.2 Efectos jurídicos de la nulidad 108
 - 4.8.2.1 Efectos provisionales 108
 - 4.8.2.2 Efectos jurídicos definitivos 109
 - A. Con relación a los excónyuges 109
 - B. Con relación a los hijos 110
 - C. Con relación a los bienes 110
 - D. Devolución de donaciones 110

Unidad 5. El divorcio 112

- Introducción 112
- 5.1 Concepto y justificación 113
- 5.2 Clases de divorcio 115
 - 5.2.1 Divorcio voluntario administrativo 121
 - 5.2.2 Divorcio voluntario judicial (vigente en todas las entidades de la Federación) 121

5.2.2.1	La importancia de las juntas de avenencia	122
5.2.2.2	Requisitos del convenio en el divorcio voluntario	124
5.2 bis	Divorcio necesario vigente en los estados de la Federación	127
5.2 bis.1	Divorcio necesario	127
5.2 bis.1.1	Introducción al divorcio necesario	129
5.2 bis.1.2	Las causales de divorcio necesario	129
5.2 bis.1.3	Causas específicas de divorcio necesario	131
A.	El adulterio	131
B.	La separación del domicilio conyugal por más de seis meses consecutivos sin causa justificada	133
C.	Las injurias, la sevicia, las amenazas, de un cónyuge para el otro, siempre que éstas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común	137
D.	La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones alimentarias, así como el incumplimiento de la obligación de colaborar con las actividades domésticas sin justa causa	142
E.	La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena corporal	143
F.	Los hábitos de juego o embriaguez o el uso no terapéutico de enervantes, estupefacientes o psicotrópicos o de cualquier sustancia que altere la conducta o produzca dependencia, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal	144
G.	La incompatibilidad de caracteres	145
H.	La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual puede ser invocada por cualquiera de ellos	147

	I. Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos	149
5.2	<i>bis.2</i> Posición ideológica	151
5.3	Naturaleza jurídica del divorcio	153
5.4	Efectos jurídicos del divorcio	154
5.4.1	Efectos provisionales	155
5.4.1.1	Separación de los cónyuges	155
5.4.1.2	Situación en que quedarán los hijos	156
5.4.1.3	Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos (art 282 A, fracc II, <i>CCDF</i>)	157
5.4.1.4	Prevenir a ambos cónyuges que no se molesten uno a otro en ninguna forma	158
5.4.1.5	Dictar las providencias que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal	158
5.4.1.6	La prohibición de ir a un domicilio o un lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de intimidación, acoso o violencia familiar	158
5.4.2	Efectos definitivos del divorcio necesario (vigente en los estados)	159
5.5	Efectos jurídicos del divorcio en cuanto a los hijos	159
5.5.1	Efectos jurídicos personales del divorcio necesario con relación a los hijos (<i>CCDF</i>)	159
5.5.2	Custodia compartida por convenio de las partes. Situación de los hijos a falta de acuerdo (<i>CCDF</i>)	159
5.5.3	Derecho de convivencia	160
5.5.4	Efectos del divorcio en cuanto a considerar como hijos del matrimonio a los hijos de cónyuges divorciados	170
5.5.5	Efectos jurídicos en cuanto a los alimentos para los hijos (<i>Código Civil para el Distrito Federal</i>)	170
5.5.6	Efectos respecto al patrimonio de los hijos y su administración	172
5.6	Efectos jurídicos respecto a los divorciados	172

5.6.1	Disolución del vínculo matrimonial y aptitud para contraer nuevas nupcias	172
5.6.2	Derecho de alimentos del cónyuge sin recursos	173
5.7	Efectos jurídicos en cuanto a los bienes de los cónyuges.	
	La compensación económica	174
	Disolución de la sociedad conyugal	176
5.8	Efectos jurídicos del divorcio con relación a la familia	177
5.9	Reformas al <i>Código Civil para el Distrito Federal</i> vigente (efectuadas en 2008): divorcio incausado	178
5.9.1	Introducción	178
5.9.2	Concepto	178
5.9.3	Exposición de motivos	179
5.9.4	Observaciones al divorcio incausado	183
5.9 bis	Separación judicial de los cónyuges (vigente en Centro y Sudamérica)	189
5.9 bis.1	Introducción	190
5.9 bis.2	La separación judicial en el <i>Código Familiar de Sonora</i> de 2011	191
5.9 bis.3	La separación judicial de los cónyuges en Latinoamérica	192
	5.9 bis.3.1 <i>Código Familiar de Costa Rica</i> (separación judicial)	192
	5.9 bis.3.2 <i>Código Civil de Colombia</i> (separación de cuerpos)	193
	5.9 bis.3.3 <i>Código Familiar de Panamá</i> (separación de cuerpos)	193
	5.9 bis.3.4 <i>Código Civil de Chile</i> (separación judicial)	194
	5.9 bis.3.5 <i>Código Civil de Perú</i> (separación de cuerpos)	195
	5.9 bis.3.6 <i>Código Civil de Argentina</i> (separación personal)	195
	5.9 bis.3.7 <i>Código Familiar de Bolivia</i> (separación de los esposos)	196
5.9 bis.4	Necesidad de introducir en la República Mexicana la separación judicial	197

Unidad 6. El concubinato 198

- 6.1 Evolución 200
- 6.2 Concepto de concubinato 203
 - 6.2.1 Concepto doctrinal 203
 - 6.2.2 Concepto legal 204
- 6.3 Condiciones de existencia 205
- 6.4 Posición ideológica acerca de las formas de constitución del concubinato 208
- 6.5 Naturaleza jurídica 208
 - 6.5.1 Postura de Sara Montero Duhalt 208
 - 6.5.2 Tesis de Flavio Galván Rivera 209
- 6.6 El concubinato como fuente de la familia 212
- 6.7 Efectos jurídicos del concubinato con relación a los concubinos 213
 - Desglose de los efectos entre los concubinos. Derecho-deber de alimentos 214
- 6.8 Efectos jurídicos con relación a los hijos. *Código Civil para el Distrito Federal* 218
 - 6.8.1 Alimentos y formación integral 218
 - 6.8.2 Presunción legal de filiación 219
 - 6.8.3 La adopción en el concubinato 219
- 6.9 Efectos jurídicos en cuanto a los bienes y a las sucesiones 220
 - 6.9.1 Derecho a heredar en sucesión legítima. *Código Civil para el Distrito Federal* 223
 - 6.9.2 Testamento inoficioso por omitirse la pensión alimentaria 224
 - 6.9.3 Indemnización por daños y perjuicios (Distrito Federal) 225
- 6.10 Otros efectos jurídicos del concubinato 225
- 6.11 Causas de terminación y disolución del concubinato 225
 - Caducidad de la acción 227
- 6.12 Posición ideológica respecto al concubinato como fuente de la familia 227

Unidad 7. El parentesco como fuente de la familia 229

- 7.1 Introducción 230
- 7.2 El parentesco. Concepto 231
 - 7.2.1 Clases de parentesco 232
 - 7.2.2 Parentesco consanguíneo. Concepto 232
 - Su utilidad en actos civiles, familiares y hereditarios (efectos jurídicos) 234

- 7.2.3 Parentesco por afinidad. Efectos jurídicos 234
- 7.2.4 Parentesco civil. Efectos jurídicos 236
- 7.3 Grados y líneas de parentescos 237
 - A. Línea recta 237
 - B. Línea transversal (también llamada colateral) 238

Unidad 8. **Los alimentos** 240

- 8.1 Concepto 242
- 8.2 Fuentes de los alimentos 242
 - A. Parentesco consanguíneo 242
 - B. Parentesco civil 245
 - C. El matrimonio 246
 - D. Concubinato 248
 - E. Divorcio 249
- 8.3 Contenido de la palabra *alimentos* desde el punto de vista jurídico 250
- 8.4 Características de la obligación alimentaria 252
 - A. Reciprocidad de la obligación alimentaria 252
 - B. La obligación alimentaria es personal e intransmisble 252
 - C. La obligación alimentaria es divisible 253
 - D. La obligación alimentaria es proporcional 253
 - E. La obligación alimentaria es indeterminada y variable 254
 - F. La obligación alimentaria es imprescriptible 254
 - G. La obligación alimentaria es intransigible 255
 - H. La obligación alimentaria no es compensable 255
 - I. La obligación alimentaria no se extingue por su cumplimiento 256
- 8.5 Características del derecho a percibir alimentos 256
 - A. El derecho a percibir alimentos es inembargable 256
 - B. El derecho a percibir alimentos es personal e intransferible 256
 - C. El derecho a percibir alimentos es irrenunciable 256
- 8.6 Manera de cumplir con la obligación alimentaria 257
 - A. Incorporación 257
 - B. Pensión 258
- 8.7 Aseguramiento de los alimentos. Personas autorizadas 260
- 8.8 Procedimiento en materia de alimentos 263
- 8.9 Naturaleza jurídica de los alimentos 266
- 8.10 Causas que cesan o suspenden la obligación de dar alimentos 266

Unidad 9. **Violencia familiar** 270

- 9.1 Introducción 271
- 9.2 Concepto 272
- 9.3 Análisis de la violencia familiar. Clases 273
- 9.4 Diferentes leyes nacionales e internacionales aplicables 273
- 9.5 Efectos jurídicos de la violencia familiar 276
 - A. Pérdida de la patria potestad 276
 - B. Suspensión de la patria potestad 277
 - C. Limitación de la patria potestad 277
 - Otros efectos de orden civil 277

Unidad 10. La filiación 281

- 10.1 Concepto y antecedentes 285
- 10.2 Clases de filiación y de hijos 286
 - A. Filiación matrimonial 287
 - B. Filiación extramatrimonial 287
 - C. Filiación legitimada 288
- 10.3 Las fuentes de la filiación 288
- 10.4 Las presunciones legales favorables a los hijos de matrimonio contra las que no se rinda prueba en contrario 289
- 10.5 Impugnación de la paternidad.
Código Civil para el Distrito Federal 291
- 10.6 Las presunciones legales favorables a los hijos de concubinato 293
- 10.7 El nacimiento como fuente de la filiación 295
- 10.8 El reconocimiento como fuente de la filiación 297
 - 10.8.1 Concepto de reconocimiento 297
 - 10.8.2 Elementos constitutivos del reconocimiento 298
 - A. Elementos de existencia 298
 - B. Elementos de validez del reconocimiento 301
 - 10.8.3 Impugnación del reconocimiento 303
- 10.9 El progreso científico en materia de reproducción humana y sus consecuencias en el derecho familiar 305
- 10.10 La investigación de la paternidad o maternidad 305
 - A. Introducción 305
 - B. Concepto 305
 - 10.10.1 Las pruebas de la filiación. Prueba pericial en genética 309

10.10.2 *Código Civil del Estado de Nuevo León.*

Pionero en materia de ADN 313

10.11 Efectos jurídicos del reconocimiento (consecuencias jurídicas del reconocimiento voluntario o forzoso) 316

10.12 La posesión de estado de hijo 318

Unidad 10 bis. **El progreso científico en materia de reproducción humana y sus consecuencias en el derecho familiar 321**

10 bis.1 La bioética en la investigación. Su repercusión en el derecho familiar 323

10 bis.2 Control natal. Concepto 325

10 bis.3 Nuevas formas de fecundación: *in vivo* e *in vitro* 326

10 bis.3.1 Fecundación *in vivo*: inseminación artificial. Concepto 326

10 bis.3.2 Naturaleza jurídica 326

10 bis.3.3 Sujetos 327

10 bis.3.4 El objeto 327

10 bis.3.5 Formalidades 327

10 bis.3.6 Fundamento 328

10 bis.3.7 Tipos de inseminación 328

10 bis.3.8 Diversas hipótesis 329

10 bis.4 Consecuencias jurídicas en el derecho familiar 330

Derechos del menor 332

10 bis.5 Fecundación *in vitro* 333

10 bis.5.1 Fecundación *in vitro* en la *Ley General de Salud* 335

10 bis.5.2 Fecundación *in vitro*. Reglamento de la *Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud* 335

10 bis.5.3 Maternidad subrogada 337

10 bis.5.3.1 Concepto 337

10 bis.5.3.2 Naturaleza jurídica 337

10 bis.5.3.3 Posición ideológica 339

10 bis.5.4 La congelación de espermatozoides. El registro genético de espermatozoides 339

10 bis.5.5 Investigación para la salud en la *Ley General de Salud* vigente en México 340

Consecuencias jurídicas 341

- 10 bis.5.6 Investigación para la salud en el *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud* 342
- 10 bis.5.7 Problemas que plantea la regulación jurídica respecto a las técnicas reproductivas 343
- 10 bis.5.8 Nuestra realidad legislativa. Necesidad de legislar en México sobre esta materia 344
- 10 bis.5.9 *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* de España, de 1988, reformada en 2003 y modificada en 2006 345
- Aspectos sobresalientes de la *Ley de Reproducción Asistida* de España 347

Unidad 11. **Adopción** 348

- 11.1 Concepto y antecedentes de la adopción 349
 - 11.1.1 Antecedentes de la adopción 350
 - 11.1.2 Clases de adopción 351
 - 11.1.2.1 Adopción ordinaria 351
 - A. Características de la adopción ordinaria 352
 - B. Terminación de la adopción ordinaria 353
 - 11.1.2.2 Adopción plena 356
- 11.2 Requisitos para adoptar y ser adoptado (basados en el *Código Civil para el Distrito Federal*) 356
 - 11.2.1 Requisitos para ser adoptado 359
 - 11.2.1.1 Ser menor de edad o mayor incapacitado 359
 - 11.2.1.2 Que la adopción sea benéfica para el o los adoptados 360
 - 11.2.2 Requisitos del acto de adopción (basados en el *Código Civil para el Distrito Federal*) 360
 - 11.2.3 Impedimentos para adoptar 362
- 11.3 Naturaleza jurídica 363
 - 11.3.1 Tesis tradicional, que concibe la adopción como un contrato entre particulares 363
 - 11.3.2 Tesis que considera la adopción como un acto de poder del Estado 363
 - 11.3.3 La adopción como un acto jurídico mixto 364
- 11.4 Efectos jurídicos de la adopción (basados en el *Código Civil para el Distrito Federal*) 365

11.4.1	Otorgamiento del nombre propio y del patronímico	366
11.4.2	Irrevocabilidad de la adopción plena	366
11.5	Procedimiento de la adopción (basado en el <i>Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal</i>)	367
11.5.1	Derecho comparado sobre el procedimiento de adopción (<i>Código Familiar de Costa Rica</i>)	369
11.5.2	Posición ideológica	370
11.6	Adopción internacional (<i>Código Civil para el Distrito Federal</i>)	371
11.6.1	Convenciones y tratados internacionales aplicados a la adopción	373
11.7	La arrogación: <i>Código Familiar de Bolivia</i>	374
11.8	Hogar sustituto: <i>Código Familiar de Panamá</i>	375

Unidad 12. **Patria potestad** 377

12.1	Concepto y evolución de la patria potestad. Sus objetivos y fines	378
12.1.1	Fuente de la patria potestad	380
12.1.2	Sujetos a la patria potestad y personas que la ejercen	380
12.1.3	Normatividad respecto al ejercicio de la patria potestad cuando los padres no vivan juntos (<i>Código Civil para el Distrito Federal</i>)	381
12.1.4	Derecho de los menores a ser escuchados, en caso de desacuerdo de los padres (<i>Código Civil para el Distrito Federal</i>)	382
12.1.5	Derecho preferencial de la madre	383
12.2	Efectos jurídicos respecto a los hijos. (<i>Código Civil para el Distrito Federal</i>)	385
	Efectos de carácter personal	386
	A. Efectos de la patria potestad entre padres e hijos: respeto mutuo	386
	B. Deber del hijo de vivir al lado de sus padres, para proveerle lo necesario	386
12.3	Obligaciones de alimentar y formar a los hijos. Interés superior del menor	387
	A. Asistencia y protección de los hijos	388
	B. Educación, formación integral y corrección	389
	C. Derecho de custodia y de convivencia (<i>Código Civil para el Distrito Federal</i>)	391

- D. Síndrome de alineación parental
 (*Código Civil para el Distrito Federal*) 394
- E. La representación legal 396
 - 12.3.1 Efectos de carácter patrimonial. Administración de bienes.
 Usufructo legal 396
 - 12.3.2 Terminación o extinción del usufructo legal
 (*Código Civil para el Distrito Federal*) 399
 - 12.3.3 Rendición de cuentas de la administración
 (*Ley Familiar de Hidalgo*) 400
- 12.4 Restricciones de la patria potestad 401
 - 12.4.1 Terminación, suspensión y limitación de la patria potestad.
 Rendición de cuentas. Entrega de bienes
 (*Código Civil para el Distrito Federal*) 402
 - 12.4.2 Terminación de la patria potestad 403
 - 12.4.3 Suspensión de la patria potestad 404
 - 12.4.4 Limitación de la patria potestad 405
 - 12.4.5 Causas de pérdida de la patria potestad
 (art 444 del *Código Civil para el Distrito Federal*) 406
 - 12.4.6 Recuperación de la patria potestad
 (*Código Familiar de Sonora*) 413
- 12.5 Intervención del poder público como medida necesaria de
 protección (*Derecho latinoamericano*) 413

Unidad 13. **La tutela 415**

- 13.1 Concepto y evolución de la tutela 417
 - 13.1.1 Características 418
 - 13.1.2 Personas sujetas a la tutela 420
- 13.2 Tutela testamentaria 421
- 13.3 Tutela legítima de menores y mayores incapacitados;
 de menores abandonados y de los sujetos de acogimiento 423
 - 13.3.1 De la tutela legítima de los menores en situación de
 desamparo 425
 - 13.3.2 Representación legal 425
- 13.4 Tutela dativa 426
- 13.5 Tutela cautelar (instituida en el Distrito Federal en 2007) 427
 - 13.5.1 Concepto de tutela cautelar
 (*Código Familiar para el Distrito Federal*) 428
 - 13.5.2 Desempeño de la tutela. El tutor 430
- A. Representación legal del tutelado 431

B. Deberes del tutor respecto a la persona del tutelado	431
C. Deberes del tutor respecto al patrimonio del tutelado.	
Desempeño de la tutela	433
13.6 ¿Quiénes son inhábiles para desempeñar la tutela?	435
13.7 Excusas, garantías que deben prestar los tutores; su desempeño, fuentes de la tutela, extinción y entrega de los bienes	436
13.7.1 Rendición de cuentas de la tutela	436
13.7.2 Extinción o terminación de la tutela	437
13.7.3 Entrega de los bienes al concluir la tutela	437
13.8 Curatela	438
Función de los consejos de vigilancia y del juez familiar (Consejo Local de Tutelas)	439

Unidad 14. **Patrimonio familiar 441**

14.1 Concepto y evolución del patrimonio familiar	442
Contenido del patrimonio familiar	442
14.2 Características del patrimonio familiar	442
A. Inalienables	442
B. Imprescriptibles	443
C. No están sujetos a embargo ni gravamen alguno	444
Principios o condiciones para que se constituya el patrimonio familiar	445
14.3 Valor de los bienes afectos al patrimonio familiar	445
14.4 Formalidades para la constitución del patrimonio familiar	445
14.4.1 Representación legal de los beneficiarios del patrimonio familiar	445
14.4.2 Efectos jurídicos de la constitución del patrimonio familiar	446
14.5 Formas de terminación del patrimonio familiar	446
Efectos jurídicos de la terminación del patrimonio familiar	447

Unidad 14 bis. **El estado civil o estado familiar 448**

14 bis.1 Introducción	449
14 bis.2 Fuentes del estado civil o de familia.	
Consecuencias jurídicas	450
14 bis.3 Estado civil de derecho y estado civil de hecho (posesión de estado)	451
14 bis.4 Pruebas del estado civil o familiar	452

A.	Importancia de las pruebas del estado civil o familiar	452
B.	Las actas como pruebas para demostrar el estado civil o familiar. Otros medios de prueba	453
14 bis.5	El registro civil. Concepto	454
A.	Requisitos y características de las inscripciones	456
B.	Anulación o cancelación de actas. Rectificaciones y aclaraciones	457
C.	Pérdida o destrucción de actas. Ausencia de registro	460
14 bis.6	Libros que comprenden el Registro Civil	460
A.	Declaración de nacimiento. Actas de nacimiento	460
B.	Actas de reconocimiento	461
C.	Actas de adopción	462
D.	Actas de tutela	462
E.	Actas de emancipación	463
F.	Actas de matrimonio	463
G.	Anotaciones e inscripciones en las actas de divorcio administrativo	465
H.	Actas de divorcio incausado	465
I.	Actas de defunción	466
J.	De las inscripciones y las ejecutorias que declaran o modifican el estado	466
14 bis.7	Divorcio voluntario administrativo. Procedimiento	467

Bibliografía 469

Índice de materias 473

Presentación

Como parte de la primera generación de Posgrado de la Unidad Académica de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UAT, tuve el privilegio de haber tenido como maestros a connotados juristas de la UNAM, entre ellos, **Julián Güitrón Fuentevilla, Flavio Galván Rivera, Ignacio Galindo Garfias, José Barroso Figueroa, Jesús López Monroy, Guillermo Floris Margadant**, por mencionar algunos; cuyas cátedras magistrales influyeron en la decisión de iniciarme en el estudio de la investigación y, a la vez, me permitieron sensibilizarme en el apasionante tema del derecho familiar. En este caminar, y por medio de la docencia, se ha ido creando conciencia en los estudiantes de derecho de la necesidad de salvaguardar los derechos humanos de los miembros de la familia, sobre todo, de los que se encuentran en estado de indefensión.

A lo largo de los años se han advertido los cambios que gradualmente ha sufrido el derecho familiar, en cuyo lapso algunos juristas han defendido su postura tradicional de conservarlo como parte del derecho civil; mientras que otros, como algunos de los ya mencionados, han pugnado en sus cátedras y en sus tesis doctrinales por presentar suficientes argumentos para justificar la autonomía del derecho familiar.

Con esta premisa se pretende interesar al estudiante de derecho para encontrar mejores soluciones a la problemática familiar de nuestro país pues; como profesionales y especialistas en la materia, tenemos el deber de contribuir a que las legislaciones que regulen la vida de las familias, se adecuen más a su realidad.

El libro está dirigido a los alumnos de la licenciatura en derecho; por lo mismo, se procuró que el contenido estuviera a su alcance, mediante un lenguaje ameno y sencillo, pero sin descuidar los tecnicismos jurídicos; aprovechando el material científico, informativo y didáctico que se ha recopilado en más de 40 años dedicados a la docencia y a la investigación, con el objeto de fomentar en los estudiantes el interés por la investigación jurídica.

El texto se basa, fundamentalmente, en el programa de estudios de la Universidad Nacional Autónoma de México. Esta obra pretende incursionar en el estudio del derecho comparado, con el fin de que el alumno observe las diversas posturas que asumen algunas legislaciones ajenas a la nuestra, pero que en ocasiones coinciden en idiosincrasia con la realidad de la familia mexicana. Para lograr nuestro propósito, se han seleccionado tesis jurisprudenciales para que el alumno conozca el criterio que adoptan los Tribunales de la Federación y, a partir de su estudio, se dé cuenta de la forma como se resuelven en última instancia las controversias familiares más delicadas y, con ello, conducirlo a que forme su propio criterio jurídico.

Sin olvidar el aspecto didáctico, se incluyen mapas conceptuales sobre cada tema con el propósito de que los alumnos puedan adquirir una visión general del derecho familiar, sin que, de ninguna manera, se entienda que dicho material sustituya la explicación y el contenido de los temas tratados, sino más bien, que sean tomados como un instrumento de apoyo a la comprensión de los mismos.

Atendiendo a la realidad mexicana, es digna de reflexión la posibilidad de que las relaciones familiares —dada su importancia y trascendencia para la misma sociedad—, se regulen en una legislación familiar de orden federal, de manera que en toda la República se privilegien los delicados intereses de las familias mexicanas ya que, si bien es cierto que cada entidad tiene sus propias características y distintas problemáticas, es preferible crear un solo ordenamiento familiar para todo el país a que los derechos humanos de esas familias sigan desprotegidos.

LA AUTORA
Invierno de 2013-2014

Abreviaturas y siglas

ADN	Ácido Desoxirribonucleico
art, arts	artículo, artículos
CCA	<i>Código Civil de Argentina</i>
CCB	<i>Código Civil de Bolivia</i>
CCC	<i>Código Civil de Colombia</i>
CCCH	<i>Código Civil de Chile</i>
CCDF	<i>Código Civil para el Distrito Federal</i>
CCEC	<i>Código Civil del Estado de Coahuila</i>
CCEM	<i>Código Civil del Estado de México</i>
CCET	<i>Código Civil del Estado de Tlaxcala</i>
CCG	<i>Código Civil de Guerrero</i>
CCM	<i>Código Civil de Morelos</i>
CCNL	<i>Código Civil de Nuevo León</i>
CCP	<i>Código Civil de Perú</i>
CPCC	<i>Código de Procedimientos Civiles de Coahuila</i>
CCT	<i>Código Civil de Tamaulipas</i>
CFB	<i>Código Familiar de Bolivia</i>

CFCR	<i>Código Familiar de Costa Rica</i>
CFES	<i>Código Familiar de El Salvador</i>
CFM	<i>Código Familiar de Morelos</i>
CFP	<i>Código Familiar de Panamá</i>
CFS	<i>Código Familiar de Sonora</i>
CFZ	<i>Código Familiar de Zacatecas</i>
CPCDF	<i>Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal</i>
CPCNL	<i>Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León</i>
CPDF	<i>Código Penal para el Distrito Federal</i>
CPEUM	<i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>
DIF	Desarrollo Integral de la Familia
ed	edición
fracc, fraccs	fracción, fracciones
ibíd	ibídem (lat: en el mismo lugar; también ib.)
LDFT	<i>Ley para el Desarrollo Familiar de Tamaulipas</i>
LDNNDf	<i>Ley de los Derechos de los Niños y de las Niñas del Distrito Federal</i>
LFH	<i>Ley Familiar de Hidalgo</i>
LFS	<i>Ley Familiar de Sonora</i>
LFZ	<i>Ley Familiar de Zacatecas</i>
loc cit	lugar citado
LPACR	<i>Ley de Pensiones Alimenticias de Costa Rica</i>
LSTRAE	<i>Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de España</i>
núm, núms	número, números
ob cit	obra citada
ONU	Organización de las Naciones Unidas
pág, págs	página, páginas
s/f	sin fecha
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
t, ts	tomo, tomos
tít, títs	título, títulos
UAT	Universidad Autónoma de Tamaulipas
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
vol, vols	volumen, volúmenes

Derecho familiar

UNIDAD 1

Introducción al estudio del derecho familiar

1.1 Trascendencia del estudio de la historia del derecho familiar mexicano (véase cuadro sinóptico)

El estudio se realizará atendiendo a la tradicional división de la historia del derecho, es decir, periodo prehispánico, hispánico y el del México independiente.

1.1.1 Periodo prehispánico

La historia del derecho familiar se divide para su estudio en tres periodos: prehispánico, hispánico y época independiente.

Afirman los historiadores que en virtud de la gran variedad de pueblos indígenas existentes en el México antiguo, se ha dificultado el estudio de las reglas que ordenaban las relaciones civiles y familiares de nuestros antepasados, ya que éstas se regían por reglas consuetudinarias y creencias religiosas.

Mayas	Prevalencia el patriarcado. Se acostumbraba el matrimonio monogámico. Se le permitía al hombre tener cuantas mujeres pudiera mantener. Existió el precio de la novia. Existía el repudio a la mujer por esterilidad o vejez. En materia sucesoria, se repartían los bienes entre la descendencia masculina, aunque no fuera al primogénito.
	Prevalencia el patriarcado. La patria potestad la ejercían en forma muy rigurosa los padres y abuelos, los cuales podían vender a sus respectivos hijos como esclavos. Se extinguió la patria potestad con el matrimonio del hijo. Prevalencia la monogamia, pero se permitía excepcionalmente la poligamia, sobre todo a la nobleza. Se acostumbraba el precio de la novia y algunas veces la dote.
Aztecas	Tipos de relaciones conyugales <i>Justas nupcias</i> (matrimonio como acto formal). <i>Matrimonio a prueba</i>, sujeto a conyugales condición (nacimiento de un hijo). <i>Concubinato</i>: entre los macehuales prevalecía sobre el matrimonio.
	Disolución del matrimonio <i>Divorcio</i>: disolvía el matrimonio y dejaba a los conyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. <i>Repudio</i>: facultad concedida al hombre <i>Revocación</i>: por parte de los padres de la novia, cuando el esposo se negaba a hacer vida marital. <i>Necesario</i>, por causas graves <i>Voluntario</i> Imputables al hombre Imputables a la mujer Sevicia; incompatibilidad; incumplimiento económico. Pereza; impaciencia; descuido del hogar; que fuera sucia o pendenciera.
El sistema sucesorio era por vía legítima, según la clase social. <i>Entre los nobles</i>: por vía masculina a través del hijo mayor de la esposa principal. <i>Entre los macehuales</i> existía el derecho a la primogenitura.	
Conclusión El derecho familiar de los aztecas era patriarcal, clasista y rígido en cuanto a la patria potestad.	

Periodo prehispánico

No había uniformidad de criterios para regular las relaciones familiares, ya que se atendía a las costumbres y creencias religiosas, que variaban según la región. La historia ofrece datos más precisos de los pueblos azteca y maya, quizá por la preponderancia de estas civilizaciones sobre los demás grupos.

Ahora bien, las reglas variaban según la región, por lo cual no se dio la uniformidad de criterios entre los diversos pueblos en la forma de regular dichas relaciones, sin embargo, existe coincidencia de opiniones en que determinadas instituciones fueron generalmente admitidas en todos los grupos, como es el caso del matrimonio monogámico, el patriarcado y la esclavitud.

Dada la problemática de conocer con exactitud las reglas civiles y familiares de cada pueblo, los estudiosos de la historia del derecho nos ofrecen datos más precisos de los aztecas y de los mayas, por existir sobre ellos más fuentes de información y por la preponderancia de los aztecas sobre los demás grupos. En efecto, **Guillermo F. Margadant** nos ilustra en su cátedra y en su obra jurídica *Introducción a la historia del derecho mexicano*¹ sobre la cultura jurídica de estos pueblos aclarando que se han hecho estudios más profundos sobre la cultura azteca, seguramente porque ese pueblo a la llegada de los españoles ejercía el dominio sobre los demás, incluso en esa época buscaban aún su superación en los aspectos cultural, político y social; aunque advierte que cuando tuvo lugar la Conquista, los aztecas todavía no habían logrado un dominio jurídico, ya que permitían a los pueblos conquistados conservar su propio derecho y preferían ejercer la dominación mediante el cobro de tributo y el control militar.

1.1.1.1 Cultura maya

En el pueblo maya prevaleció el matrimonio monogámico, sin embargo, el marido tenía la libertad de repudiar a la mujer, lo cual originó una forma de poligamia sucesiva. Ahora bien, a los hombres de buena posición económica se les permitía tener tantas mujeres como pudieran mantener. En virtud de la monogamia y del hecho de permitirle sólo a los hombres tener varias parejas, tuvo lugar el patriarcado, de este modo, el poder del padre se volvió casi absoluto.

En relación a la interrogante de si se acostumbraba la dote o pactar el precio de la novia, **Margadant** nos refiere que el novio entregaba a la familia de ésta ciertos regalos, por tanto, en vez de la dote se acostumbraba pactar el precio de la novia; al respecto, eran los intermediarios los que arreglaban el matrimonio y pactaban dicho precio.

Sobre el divorcio sólo se conoce que existió la repudiación, la cual era facultad exclusiva del hombre, que la hacía valer por la esterilidad o la vejez de la mujer.

¹ **Guillermo F. Margadant S.**, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 3a ed, Editorial Esfinge, México, 1978.

El sistema sucesorio estaba íntimamente ligado al parentesco, de manera que los bienes se repartían entre la descendencia masculina. Respecto al hecho de que los primogénitos tenían preferencia sobre la herencia, se admite la posibilidad de que haya habido voluntad para testar en favor del hijo con mayor capacidad, aunque no fuera el primogénito.

1.1.1.2 Cultura azteca

Al igual que en la cultura maya, entre los aztecas tuvo lugar el patriarcado; la autoridad del padre en la familia era prácticamente incontrastable sobre la mujer y los hijos, llegando al extremo de poder reducir a éstos, en determinadas circunstancias, a la esclavitud.

En cuanto al matrimonio, la regla era la monogamia; no obstante, en Texcoco y Tacuba los nobles practicaban la poligamia. Reseña **José Vasconcelos** que las reservas femeninas de **Moctezuma** ascendían aproximadamente a mil. Una vez que elegía a una mujer, ésta ya no podía casarse ni ser de otro, y era común que ni el mismo rey volviera a verla. A pesar de la poligamia, una esposa era preferida sobre las demás, así como los hijos de ésta en lo concerniente a la repartición de los bienes del padre a su muerte.

Por otra parte, existía la costumbre de casarse con la viuda del hermano. Respecto a que si el matrimonio constituía un acto formal, puede decirse que había dos tipos de relaciones conyugales: las justas nupcias, es decir, el matrimonio como acto formal con infiltraciones religiosas, y el matrimonio a prueba o condicional, sujeto a condición resolutoria (por ejemplo, el nacimiento de un hijo), dándose la cual el matrimonio a prueba podía transformarse en justas nupcias, siempre y cuando no se negara a ello el marido.²

Además del matrimonio, existió el concubinato, a tal grado que entre los macehuales prevaleció éste sobre las justas nupcias, en virtud de que el matrimonio era un lujo reservado a los nobles.

La patria potestad se ejercía en forma muy rigurosa por los padres y los abuelos, sus efectos eran la educación y el sostenimiento de los hijos; ahora bien, en virtud de ella, los ascendientes podían vender al hijo como esclavo. En su cátedra advierte el maestro **Margadant** que quizá esa potestad no otorgaba el derecho de matar al hijo. La patria potestad se extinguía con el matrimonio del hijo (o hija); no obstante, era menester el consentimiento de los padres para celebrarlo. De no otorgarlo, el matrimonio se conside-

² Ibíd, pág 23.

raba ignominioso y era precisa la autorización de los padres para regularizarlo; sin embargo, por la tendencia en contra del celibato era difícil que no se otorgara dicho consentimiento.³

Con relación a la dote o al precio de la novia, se acostumbraba que el novio pagara a cambio de ésta, es decir, prevalecía pactar el precio de la novia, empero, a veces la esposa aportaba una dote al hogar. A la mujer casada se le permitía poseer bienes, celebrar válidamente contratos e intervenir en juicios.

Por otra parte, se permitía la disolución del matrimonio al reconocerse el divorcio vincular, toda vez que el mismo disolvía el matrimonio y dejaba a los esposos en aptitud para contraer justas nupcias; no obstante, la viuda tenía que esperar determinado tiempo antes de volverse a casar. Ahora bien, en virtud de que el régimen patrimonial bajo el cual se celebraba el matrimonio era el de separación de bienes, en caso de divorcio el cónyuge culpable perdía como sanción la mitad de sus bienes en favor del ofendido.

Los tipos de divorcio que se reconocieron fueron el voluntario y el necesario. Entre las causas de divorcio necesario imputables al hombre figuraban la sevicia; el incumplimiento económico y la incompatibilidad de caracteres. Respecto a la mujer eran la pereza, que fuera sucia, descuidada, pendenciera o impaciente. Evidentemente, la esterilidad sólo se consideraba una causa de divorcio imputable a la mujer, aunque es lógico que pudiera haberse dado el caso de que se dudara de la fertilidad de un hombre que después de haberse casado varias veces no hubiera tenido hijos.⁴ En cuanto a los efectos del divorcio, si era voluntario cada esposo recogía sus bienes; si era necesario, como ya se señaló, el culpable perdía la mitad de sus bienes. Por otra parte, los hijos pasaban a vivir al lado del padre y las hijas al lado de la madre.

Además del divorcio existió el repudio, facultad concedida sólo al hombre. Tuvo lugar también la revocación del matrimonio, llevada a cabo por los padres de la mujer, cuando el marido se negaba a hacer vida marital. En cuanto al procedimiento en el divorcio, se conoce que se acudía ante un juez para hacer valer la causal que se invocaba; ahora bien, el demandado tenía derecho de alegar en su defensa. No obstante, si se trataba de concubinato, el juez separaba a la pareja sin más trámite; pero si eran justas nup-

³ Loc cit.

⁴ **Beatriz Bernal**, conferencia dictada en los cursos de maestría impartidos en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Tamaulipas, 1980,

cias, la amonestaba y le pedía que reflexionara. En caso de reincidencia, el juez se negaba a resolver sobre el divorcio y esto se entendía como una sentencia tácita de divorcio.⁵

El sistema sucesorio era complejo y contradictorio, dependiendo fundamentalmente de la clase social. Los nobles tenían sucesión por vía masculina y era el hijo mayor de la esposa principal el que sucedía al padre, o bien, los nietos de ella. A falta de éstos les correspondía a los hermanos del *de cujus*. Por otra parte, entre los macehuales se reconoció el derecho de primogenitura. Respecto al tipo de sucesión, existió únicamente la sucesión legítima; aunque hay datos que demuestran que esa vía podía ser modificada por decisión del *de cujus* en los casos de conducta irrespetuosa, cobardía, crueldad, etcétera.⁶

En síntesis, los juristas e historiadores **Margadant** y **Bernal**, en sus cátedras sostienen que el derecho de familia de los aztecas era un derecho patriarcal, clasista y rígido en cuanto a la patria potestad.

Por otra parte, la causa principal de la esclavitud era la guerra (el captor se convertía en propietario del cautivo). Ahora bien, por deudas, un plebeyo podía autovenderse para pagarlas, pero la esclavitud no incluía a su familia; también podía darse la esclavitud por la venta de un hijo pactada por el padre, bajo el supuesto de encontrarse en la miseria y de probar la existencia de más de cuatro hijos. Algunos delitos daban lugar a la esclavitud de la víctima. No había esclavitud por nacimiento; el hijo de un esclavo nacía libre. Además, el esclavo no podía ser vendido en contra de su voluntad si se comportaba debidamente. El dueño del esclavo no tenía derecho de vida y muerte sobre éste, además, el esclavo no perdía sus bienes pese a su condición y podía comprar su libertad.

1.1.2 Periodo hispánico

Una vez lograda la colonización española, los conquistadores se encontraron con una realidad totalmente distinta a la que predominaba en la península, realidad que estaba regulada, como ya se ha mencionado, por reglas religiosas y consuetudinarias. Esto ocasionó que al principio la Corona permitiera que siguieran en vigor dichas reglas, pues había que resolver previamente problemas de castellanización, con el fin de lograr más tarde la cristianización plena. Sin embargo, los frailes franciscanos y dominicos no

⁵ **Guillermo F. Margadant S.**, ob cit, pág 23.

⁶ *Ibíd*, págs 14-15.

aceptaban algunas costumbres de los indígenas, debido a que contrariaban el derecho canónico, como el caso de que un indio tuviera varias esposas, situación que la Corona sí permitía, ya que a su criterio no había pecado, en consecuencia ordenaba que esas prácticas fueran toleradas; una vez lograda la castellanización se preocuparía por dichas costumbres. Esa doble tarea fue llevada a cabo por el clero; mientras tanto siguió vigente el derecho indiano, siempre que no contraviniera los preceptos de la Iglesia católica, ni fuera en contra de la moral.

De esta manera, se convenció a los indígenas de conservar sólo a una esposa, incluso se estableció este requisito para tomar el bautismo. Al respecto, se procuraba que la esposa que se conservara fuera la primera; no obstante, ante la resistencia del indio se acordó que fuera precisamente éste quien la escogiera, con lo cual se abatió la poligamia.⁷

Lograda la cristianización y ante una realidad distinta a la peninsular, el gobierno español procedió a fijar las nuevas reglas con el método de ensayo y error, tomando como base las instituciones españolas, las cuales incluso se aplicaron como derecho supletorio. Esto se refleja en todos los campos, los historiadores están de acuerdo, por ejemplo, en que el tratamiento de los indios presentó actitudes muy variadas, incluso contradictorias. En efecto, dada la gran cantidad de cédulas reales, ordenanzas, decretos, etc, enviados por la Corona, resultó que las nuevas disposiciones eran incongruentes con las primeras, lo que trajo consigo un verdadero caos jurídico.

Esta lluvia de leyes se debió, obviamente, a la preocupación española de regular las nuevas situaciones que se fueron suscitando con motivo de la Conquista. De esta manera, se establecieron preceptos que regulaban el matrimonio entre indios y españoles, y se introdujeron algunos otros que se referían a los bienes de los fallecidos en las Indias que tenían herederos en España; de igual modo se regularon las memorias testamentarias de los indios. En resumen, la legislación para las Indias fue verdaderamente copiosa y se caracterizó por ser un derecho casuista y detallista, impreciso, ya que constantemente variaba, lo que motivó que se hiciera urgente una ordenación de la misma, iniciándose una serie de intentos de recopilación de estas leyes. A fuerza de tantos intentos y trabajos frustrados e inconclusos, culminó el proceso de recopilación de leyes de Indias en 1680, con los trabajos de **León Pinelo** y **Antonio Solórzano**, que reducen varios cientos de miles de normas a 6 400.⁸ Esta recopilación disponía que como derecho

⁷ Ibíd, pág 41.

⁸ **Beatriz Bernal**, conferencia citada.

supletorio debía considerarse al español. En efecto, las leyes de las *Siete Partidas*, de **Alfonso X el Sabio**, y las *Ordenanzas de Bilbao* constituyen, según los historiadores, el derecho español vigente en la Nueva España. De lo anterior se deducen tres tipos de legislación vigente en la Colonia: la original de las Indias, la emanada de la Corona y el derecho castellano con carácter supletorio. Advierte el jurista **Margadant** que en las *Leyes de Indias* se encuentran reguladas casi únicamente relaciones de derecho público y que para regular las relaciones privadas había que recurrir al derecho español y **en materia familiar, al derecho canónico**.⁹

1.1.3 México independiente

Es natural que la sociedad mexicana posterior a la Independencia sea contemplada como una prolongación de la última fase del dominio español, pues la Independencia y la inestabilidad política no impidieron que se siguieran celebrando multitud de actos jurídicos, los cuales fueron regulados necesariamente por el **derecho privado colonial**, legislación que continuó vigente durante casi cincuenta años después de la declaración formal de independencia. Esto sucedió en virtud de que la actividad legislativa de los primeros años se centró en las materias constitucional y administrativa.

En efecto, ante la desorganización política y los problemas económicos y sociales que afrontaba el nuevo gobierno, era lógico que se dedicara a resolver tal situación, promulgándose sólo en materia civil algunas disposiciones sobre la igualdad de los ciudadanos. Entonces, ante la falta de códigos nacionales se recurrió al derecho colonial y en materia doctrinal a las obras de autores españoles. No obstante, encontramos importantes disposiciones civiles en las **leyes reformistas de Juárez** que prácticamente divorciaron al clero del gobierno. Efectivamente, estas leyes expedidas en Veracruz tuvieron como propósito castigar al clero por su intervención en la política y por haber ayudado con sus bienes al sostenimiento de la guerra favoreciendo a los conservadores.

De esta manera, **Juárez** despojó a la Iglesia de sus bienes declarándolos propiedad de la nación el 12 de julio de 1859. Esta misma ley establece la independencia del Estado respecto a la Iglesia y otras disposiciones que afectan considerablemente los intereses del clero. A estas leyes siguieron otras más cuya tendencia y espíritu eran análogos y se encaminaban a aca-

⁹Guillermo F. Margadant S., ob cit, pág 44.

bar con el predominio e influencia del clero en la sociedad de entonces, que no eran sino los residuos perjudiciales que dejara el sistema colonial.

Las leyes de importancia civil y familiar son las del 23 de julio de 1859 que contienen *la declaración del matrimonio como contrato civil*, suprimiendo así la intervención forzosa de los sacerdotes en ese aspecto y la *Ley del Registro Civil* del día 28 del mismo mes y año. Con éstas y otras disposiciones que se expidieron durante algunos años más se inició la modificación completa de la sociedad. Seguramente que cuando se dictaron las leyes reformistas, la mayoría del pueblo mexicano no estaba preparada para recibirlas y por eso encontraron tan fuerte resistencia de la población.

En 1862, el ministro de Justicia **Jesús Terán** creó una comisión para revisar el proyecto “Justo Sierra”, misma que continuó sus trabajos bajo el gobierno de **Maximiliano**. Restaurada la República, el ministro de Justicia **Antonio Martínez de Castro** formó una nueva comisión para proseguir los trabajos de codificación, solicitándole a la anterior los manuscritos de revisión, los cuales fueron entregados incompletos. La labor codificadora llegó a su fin cuando una comisión nombrada por **Juárez** revisó los trabajos de la anterior y elaboró el proyecto que fue sometido al Congreso, **promulgándose el primer Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, el 8 de diciembre de 1870.**¹⁰

En este código quedó separada claramente la jurisdicción civil de la eclesiástica; se otorgó al interés individual mayor importancia y se reconoció la libre manifestación de la voluntad como fuente de obligaciones y contratos. Esta legislación fue adoptada con ligeras variantes por la mayoría de los estados;¹¹ sin embargo, antes de que fuera publicado el Código de 1870, algunos de los estados se dieron a la tarea de codificar sus derechos civiles y en 1868 en Veracruz se declaró obligatorio el proyecto de **Jesús Corona** y el Estado de México promulgó su código unos meses antes de que se hiciera lo mismo con el del Distrito Federal.

El Código de 1870 fue adoptado sin modificaciones en Guanajuato el 20 de abril de 1871; Puebla, el 19 de mayo del mismo año; Durango, el 18 de mayo de 1873; Guerrero, el 1 de junio de 1872; San Luis Potosí, el 11 de diciembre de 1871; y Zacatecas, el 2 de diciembre de 1872. Con ligeras modificaciones: Chiapas, el 1 de marzo de 1872; Hidalgo, el 21 de septiembre de 1871; Michoacán, el 31 de julio de 1871; Morelos, el 28 de julio de 1871; Querétaro, el 16 de

¹⁰ **María del Refugio González**, *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*, Universidad Autónoma de México, 1981, pág. 111.

¹¹ *Ibíd.*

septiembre de 1872; Sinaloa, el 1 de enero de 1874; Tamaulipas, el 27 de junio de 1871; Sonora, el 11 de diciembre de 1871.¹²

Trece años después se expidió un nuevo código civil, el de 1884. Pocas modificaciones introdujo con relación a su antecesor, una de ellas fue la **supresión de la legítima** como consecuencia de la consolidación del modelo liberal. La comisión encargada muy especialmente al ministro de Justicia **Baranda** remitió a la Cámara el proyecto en cuestión, argumentando que se hacían necesarias unas reformas liberales al *Código Civil* como **la libertad para testar** que “no es más que el ensanche natural de la libertad individual y el complemento del derecho de propiedad”.¹³

Hubo quien se opuso a la supresión de la legítima argumentando que era suficiente modificar el sistema reduciéndolo de las cuatro quintas partes a la mitad de los bienes en uniones legales, y al tercio para los descendientes naturales si no había legítimos o legitimados.¹⁴ Finalmente, sobre la base de las reformas propuestas por la comisión de justicia, el nuevo código civil se promulgó el 21 de marzo de 1884.

Entre el Código de 1884 y el de 1928 tienen lugar dos legislaciones trascendentales en materia familiar; la primera de ellas fue la *Ley de Divorcio Vincular*, promulgada por el gobierno de **Venustiano Carranza** el 29 de diciembre de 1914, después de muchos años de cruentos debates en las cámaras entre diputados liberales y conservadores. Este ordenamiento autorizaba la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges. Tres años después, el 9 de abril de 1917, **entra en vigor la Ley de Relaciones Familiares** promulgada por el mismo gobierno como consecuencia de la Constitución de Querétaro del mismo año. La *Ley de Relaciones Familiares* autorizó también el divorcio vincular e implantó otras reformas trascendentales en materia de matrimonio y familia. Esta ley sustituye al *Código Civil* de 1884 en materia familiar, pero en la patrimonial siguió en vigor esta última codificación.

En la exposición de motivos del *Código Civil* vigente en 1932, la comisión redactora del proyecto que dio vida al código en cuestión manifiesta que tal legislación tiene por objeto armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso del individualismo imperante en el Código de 1884, ya que la tarea encomendada a la comisión no fue precisamente la de revisar este código, sino la de reformarlo.

¹² **M. R. González**, ob cit, pág 112; citando a **Pablo Macedo**.

¹³ *Ibíd*, pág 113.

¹⁴ *Loc cit*.

El Código Civil de 1928 con vigencia en 1932 sigue las ideas socialistas modernas como consecuencia de la revolución mexicana, por lo cual, a diferencia de los códigos anteriores profundamente individualistas, el corte socialista del código vigente contrasta con aquellos.

Las reformas al Código de 1928 más sobresalientes se efectuaron en 1975 con motivo de igualar la condición jurídica del hombre y la mujer, en virtud de la proclamación del Año Internacional de la Mujer. Estas reformas no fueron afortunadas, pues se equipararon en forma absoluta, sin distinción de sexo, los derechos de las personas, pues no hay mayor injusticia que tratar como iguales a quienes no lo son.

En 1983, el Congreso federal reformó nuevamente el *Código Civil* de 1928 haciendo interesantes cambios sobre todo en el aspecto familiar. En efecto, en materia de divorcio necesario incluyó como causal **la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo** que la haya causado. Igualmente, otorgó a la mujer divorciada por divorcio voluntario el derecho a recibir alimentos del exmarido, con la intención de proteger su estado de indefensión; con ese mismo propósito, le concedió derecho a los concubinos (hombre o mujer) de recibir alimentos.

En 2008, el Congreso del Distrito Federal instituyó el **divorcio incausado**, quedando a la libre potestad de uno solo de los cónyuges la disolución del vínculo matrimonial.

En marzo de 2010, también en el Distrito Federal, se permitió la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, y poco después se validó por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el derecho de esos matrimonios a adoptar.

1.2 Concepto de derecho familiar. Elementos e instituciones que lo integran (véase cuadro de página siguiente)

Los Tribunales Colegiados emiten el siguiente concepto de familia, **constituyendo jurisprudencia**:

Derecho de familia. Su concepto. En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y

Concepto doctrinal de derecho familiar

El derecho familiar es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los miembros de una familia y las que éstos tienen con otras familias, con la sociedad y el Estado. (**Julián Güitrón Fuentevilla**)

Es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares. (**Sara Montero Duhalt**)

Concepto de familia

Etimológico: el término *familia* procede del latín *familia*, 'grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la *gens*', derivado de *famulus*, 'siervo, esclavo', y éste, a su vez, del osco *famel*.

Sociológico: se refiere a la forma en que se organizan los conglomerados humanos para sobrevivir, entre ellos, el familiar.

Gramatical:

- Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.
- Hijos o descendencia.

Jurídico: En nuestro derecho, la familia, en sentido restringido, se constituye a partir de la pareja y mediante el desarrollo y desenvolvimiento de la misma; se extiende a los descendientes sin límite de grado. La familia, en sentido amplio, incluye a los demás ascendientes y a los parientes colaterales hasta el cuarto grado para los efectos jurídicos correspondientes.

Fines y principios del derecho familiar.

(art 138, *Código Civil para el Distrito Federal*)

Fines:

- Regular la constitución, organización, desarrollo y disolución de la familia.
- Establecer derechos, deberes y responsabilidades entre los miembros de la familia.

Principios:

- Es de orden público.
- Es de interés social.

también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.

Fuente: Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón.

Amparo directo 657/2010. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretaria: Carmina Cortés Pineda.

Amparo en revisión 257/2010. 11 de noviembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

Amparo directo 733/2010. 25 de noviembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco. Incidente de suspensión (revisión) 356/2010. 9 de diciembre de 2010.

Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco.

Concepto doctrinal de derecho familiar

El autor contemporáneo **Julián Güitrón Fuentesvilla** conceptúa: “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.”

Para la jurista **Sara Montero** el derecho familiar es “el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares”.

1.3 El concepto de familia, en sus diversas acepciones

1.3.1 Etimológica

El término *familia* procede del latín *famīlia*, que significa ‘grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la *gens*’, derivado de *famŭlus*, ‘siervo, esclavo’, que a su vez proviene del osco *famel*. El término amplió su campo semántico para incluir también a la esposa e hijos del páter familias, a quien legalmente pertenecían, hasta que acabó reemplazando a *gens*. Tradicionalmente se ha vinculado la palabra *famŭlus*, y sus términos asociados, a la raíz *fames* (hambre), de forma que la voz se refiere al conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa y a las que un páter familias tiene la obligación de alimentar.

1.3.2 Sociológica

Se refiere a la forma en que se organizan los conglomerados humanos para sobrevivir, entre ellos, el familiar, lo que nos coloca frente a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues desde esta perspectiva la familia no es una agrupación inmutable, sino un conjunto de individuos que se han organizado de diferente manera durante distintas épocas y lugares.

En nuestra sociedad, sobre todo en zonas urbanas, se destacan dos tipos de familias: la monoparental, que está compuesta únicamente por uno de los padres, y la reconstituida, que es el resultado de la unión de parejas en las que uno o ambos miembros con anterioridad ya habían formado otra familia.

1.3.3 Gramatical

La Real Academia de la Lengua Española define el vocablo *familia* de la siguiente manera:

- Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.
- Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.
- Hijos o descendencia.

1.3.4 Jurídica

En este concepto se atiende a las relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía del matrimonio o concubinato y la procreación, conocidas como parentesco, así como a las provenientes de las formas de constitución y organización del grupo familiar a las que la ley reconoce ciertos efectos: deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros hasta cierto límite.

Desde el punto de vista jurídico, la simple pareja forma una familia, porque entre ambos miembros se establecen relaciones jurídicas familiares que los rigen, ya que constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones recíprocos.

En nuestro derecho, el concepto de familia engloba a la pareja, sus descendientes y ascendientes, y cuando desciendan del mismo progenitor incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado; es decir, a los hermanos, medios hermanos, tíos, sobrinos, incluyendo a los primos (cuarto grado), en cuanto a derechos-deberes de alimentos, herencia legítima, y en ocasiones, incapacidad para contraer matrimonio.

1.4 Fines y principios aplicables en derecho familiar

Se encuentran contenidos en el siguiente apartado del *Código Civil para el Distrito Federal*:

Título Cuarto Bis De la Familia

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.

UNIDAD 2

Naturaleza jurídica del derecho familiar

Fundamentos doctrinales que justifican la separación del derecho familiar del civil

Tesis de Antonio Cicú: considera al derecho familiar como una disciplina aparte: al margen del derecho privado y al lado del derecho público, por los fines superiores que cada uno de éstos persigue.

Tesis de Roberto de Ruggiero: fundamenta su doctrina en el interés. El derecho privado protege el interés particular, mientras que en el derecho familiar éste es sustituido por un interés superior, que es el de todo el grupo familiar, sobre todo, el de los más indefensos.

Tesis de Julián Bonnetcase: para el autor no es discutible el inconveniente de sistematizar el derecho familiar como disciplina autónoma, pues sostiene que el derecho familiar debe seguir formando parte del derecho civil y, en consecuencia, del derecho privado.

Tesis de Julián Güitrón: el derecho familiar no forma parte del derecho público ni del privado, sino que tiene una fisonomía propia, independiente de éstos. La autonomía del derecho familiar está basada fundamentalmente en la preocupación del Estado por regular y proteger a la familia por medio de una legislación adecuada y de tribunales especiales, además de resolver controversias del orden familiar, mas no con la intervención estatal en el núcleo familiar.

La inestabilidad del matrimonio, la desorganización y desintegración de la familia, así como la paternidad irresponsable, entre otras causas, han moti-

vado desde hace más de dos siglos la inquietud de algunos juristas de estudiar la naturaleza del derecho familiar, con la pretensión de darle una fisonomía distinta a la del derecho civil, en virtud de los intereses superiores del grupo familiar tutelados por el derecho de familia.

En el campo doctrinal se han desarrollado seductoras tesis expuestas por eminentes juristas como **Antonio Cicú** —precursor de esta corriente—, **Roberto de Ruggiero**, **Guillermo Cabanellas**, **Julián Güitrón Fuentevilla**, **José la Cruz**, **Manuel Albadalejo**, entre otros. Esta preocupación doctrinal ha servido para que se sigan haciendo estudios científicos sobre la familia y acerca de la necesidad de una más eficaz tutela en el orden jurídico.

2.1 Teoría de Antonio Cicú

Para este autor, el derecho familiar no forma parte del derecho privado ni del derecho público, sino que es un nuevo género, autónomo e independiente. El autor divide su obra en dos partes: incluye en la primera, la relación entre el derecho familiar y el público, y en la segunda, la relación entre el derecho privado y el familiar; por otra parte, rechaza la idea de que el derecho familiar sea parte del derecho social, porque la teoría que distingue entre derecho individual y derecho social se separa de la concepción del derecho público y privado, en cuanto contrapone al individuo, no al Estado, no a un ente público en general, sino a toda colectividad organizada.¹

En efecto, **Antonio Cicú** considera al derecho familiar como una disciplina distinta, fuera del derecho privado y al lado del derecho público, pues afirma la gran similitud que existe entre la familia y el Estado, al grado de pretender que las relaciones jurídicas de cada ente son casi iguales. Para este jurista, en el derecho público lo mismo que en el derecho de familia, el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas para determinar los fines superiores, sean de la comunidad política o del grupo familiar; sin embargo, la familia tiene para este autor más importancia que el propio Estado, pues se presenta antes que éste y surge como producto natural y necesario.

Defendiendo su tesis, **Cicú** afirma que se interpretó su teoría sobre el derecho familiar en forma errónea, pues, según comenta, no se pretendió afirmar que el derecho familiar debe incluirse en el derecho público: “La

¹ **Antonio Cicú**, *El derecho de familia*, trad **Santiago Senties Melendo**, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1947, págs 40 y siguientes.

mayor parte de los autores que se ocupan de los problemas por mí planteados se mostraron poco propicios a admitir la separación del derecho de familia del derecho privado. Algunos de ellos me atribuyen erróneamente el propósito de incluir al derecho de familia en el derecho público; lo que en realidad he querido intentar es aproximar uno a otro, y a ese intento de aproximación me ha movido la identidad estructural de la relación jurídica en ambas esferas.”²

Afirma el jurista que lo que verdaderamente importa para los fines científicos es examinar si los principios jurídicos propios del derecho privado, y el espíritu que anima a éste y que debe presidir la interpretación de las normas y la resolución de los casos no previstos en la ley, son los mismos que gobiernan e inspiran al derecho de familia. Si no lo son, para mantener el derecho de familia dentro del derecho privado habría que dar a este último mayor amplitud. El autor no ve otra solución posible que la de atribuir a la expresión *derecho privado*, en la distinción entre derecho privado y público, un valor de exclusión, según el cual sería derecho privado todo lo que no fuera derecho público, así, sólo sería posible conservar el derecho de familia en el campo del derecho privado y contraponer a ambos el del derecho público, en tanto no se reconociera como base de todo el derecho público el concepto de interés superior. En suma, no puede negarse en modo alguno en el derecho de familia la idea del interés superior familiar y estatal que aquella debe satisfacer, pero advierte el autor que la mayoría de las corrientes consideran al derecho de familia como parte del derecho privado; no obstante, al derecho de familia no se le pueden aplicar los principios doctrinarios del derecho privado, por lo cual, a la familia se le debe estudiar con una disciplina autónoma.

Asimismo, señala que los individuos se encuentran en el Estado originalmente unidos entre sí por los fines por los que éste surge y vive, los cuales superan los fines del individuo como tal; éstos se ofrecen no como fines del individuo considerado aisladamente, sino del individuo como género, no como fines comunes a todo individuo, sino como **fines superiores** a los individuales.

Lo que el autor trata de explicar es que el individuo como tal en el derecho público no tiene mayor importancia, porque existe un interés superior, como es el del Estado. Por ende, la distinción entre derecho público y derecho privado se evidencia en dos posiciones que el individuo reconoce al

² Antonio Cicú, “La filiación”, trads Faustino Jiménez Arnau y José Santa Cruz Teijeiro, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1930, pág 14.

Estado: posición de dependencia respecto al fin en el derecho público y posición de libertad en el derecho privado.³

Por otra parte, **Antonio Cicú** manifiesta: “Si analizamos ahora las relaciones del derecho de familia en su estructura, será fácil convencerse de que en ellas no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, opuestos; ni se tutela tampoco una libertad de querer referente a estos intereses. En otras palabras, las relaciones familiares, concretamente el matrimonio, a pesar de ser algo de lo más privado en el hombre, el Estado interviene para regularlo en todos sus aspectos, pues no hay libertad alguna para su celebración o terminación, ya que el Estado determina todo en ese sentido. Esto significa que al derecho no le importan los fines personales de los sujetos de las relaciones familiares, sino se los impone, y los coloca en subordinación a esos derechos superiores; de donde se considera al derecho familiar semejante al público, y diverso del privado; por lo cual, es un error atendiendo a la estructura tan diversa, incluir al derecho de familia en el privado.”⁴

Con todo esto no queremos afirmar que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. Si el derecho público es el del Estado y de los demás entes públicos, el derecho de familia no es público. La familia no es un ente público, no porque no esté sujeta a la vigilancia y a la tutela del Estado, sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos, intereses de la generalidad, sino del núcleo familiar, por lo cual, la familia no está organizada como ente público. Por tanto, al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado. Es correcto considerar que el interés familiar tiene características especiales, y el interés estatal también; pero haciendo la distinción del interés general de este último y el interés no general del derecho privado.

Ahora bien, como afirma **Julián Güitrón**, en el tiempo en que **Cicú** sostuvo su teoría, el interés familiar no estaba garantizado frente al Estado, ni menos aún tenía una autonomía que le permitiera desenvolverse como tal; agregando el primer autor que en la actualidad los países han sentido la necesidad de proteger a la familia (núcleo de la sociedad) creando legislaciones familiares con autonomía absoluta.

Para **Antonio Cicú**, el interés protegido por el derecho familiar es superior al interés individual, el cual se subordina al interés superior del grupo

³ Ibíd, págs 4 y siguientes.

⁴ Ibíd, págs 11 y siguientes.

familiar. No cabe pues incluir al derecho familiar en el derecho privado, pero tampoco puede estar comprendido dentro del derecho público ni en el derecho social, porque la familia no es un ente público ni tampoco una colectividad organizada, de ahí que concluye diciendo que al lado de la división bipartita (público y privado) debe aceptarse la existencia de una tercera rama: el derecho familiar.⁵

Cicú y Güitrón afirman que la familia tiene más importancia que el propio Estado, y superan las discusiones existentes en torno a la autonomía del derecho familiar argumentando que éste es tan importante que debe revalorarse su reglamentación jurídica autónoma, es decir, separarse del Código Civil, que es el que regula las relaciones familiares, como ocurre en la República Mexicana.

Esa autonomía de la cual habla el último autor está basada en la preocupación del Estado por regular y proteger a la familia con una adecuada legislación y con tribunales especiales, sin que esto signifique la intervención del Estado en el núcleo familiar. Sin embargo, difícilmente podemos encontrar una relación jurídica de carácter familiar sin la participación del Estado, puesto que el poder público tiene un interés superior que limita la libertad individual. Para el derecho familiar existe no un interés general, sino un interés superior del núcleo familiar, sobre todo, de aquellos integrantes indefensos de la familia.

2.2 Teoría de Roberto de Ruggiero

De Ruggiero, desarrollando y complementando la teoría de **Cicú**, fundamenta su tesis en el interés al expresar que “mientras en las demás ramas del derecho privado, el ordenamiento lo que mira es el interés particular a un fin individual de las personas, y el derecho subjetivo se atribuye a ella y reconoce en función de la necesidad particular que debe ser satisfecha, de modo que a toda obligación se opone un derecho del titular, y mientras para ejercer tales derechos se conceden acciones 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 las necesidades de ésta y no a las del individuo subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar exige y recibe protección un interés más alto, el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad

⁵Ibíd, pág 9.

dependen de la solidez del núcleo familiar. Importa mucho al Estado que el organismo familiar sobre el que reposa el superior organismo estatal se encuentre regulado de conformidad con el fin universal común que persigue. Puesto que el fin de la familia no puede ser éste o aquel individuo, ni un fin querido libremente por el particular, sino el fin superior de la comunidad social que ha de conseguirse necesariamente, por lo cual, no puede abandonarse tal consecución 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 esto se derivan consecuencias notables que influyen de modo decisivo en la naturaleza y en la estructura interna de las relaciones”.⁶

Para este autor, el derecho familiar debe constituir un género con autonomía respecto a los derechos privado y público, y estar fundado **más en deberes que cumplir que en derechos que exigir**, y esto es así porque el derecho familiar tiene un interés superior a todos los demás, consistente en la protección de la familia. Entonces la diferencia deriva en que en la familia no rige la autonomía de la voluntad, sino que **la institución familiar se funda en la ética y en la costumbre**.⁷

Ruggiero considera que la voluntad de los particulares no significa nada para el derecho de familia, pues el fin perseguido es el de la comunidad social y sólo se puede alcanzar mediante el Estado, con una adecuada legislación protectora y reguladora de la familia en sus relaciones internas y externas: “La esfera de libertad concedida al particular es aquí nula o mínima; aquella autonomía de la voluntad que en las demás ramas del derecho civil constituye un principio fundamental no se aplica en ésta o sufre graves limitaciones que autorizan a afirmar su desconocimiento. Las normas de derecho familiar son todas o casi todas imperativas o inderogables; la ley exclusivamente, y no la voluntad del particular, regula la relación, determina en todos sus detalles el contenido y extensión de las potestades, la eficacia de la relación paternal, los efectos y el alcance patrimonial de un estado civil, sin que al particular le sea dado aportar modificación alguna. La potestad surge aunque el particular no quiera; el vínculo liga incluso contra la voluntad del obligado, y cesa aunque haya empeño en hacerlo pervivir; así, en el matrimonio, en la filiación legítima, en la tutela y lo mismo en las relaciones personales que en las matrimoniales. Y si bien se deja un margen de libertad y autonomía para que campee

⁶ **Roberto de Ruggiero**, *Instituciones de derecho civil*, t II, vol 2, cuarta edición italiana, trads **Ramón Serrano** y **José Santacruz Teijeiro**, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944.

⁷ *Ibid*, pág 10.

en él la iniciativa particular, ello sucede excepcionalmente y sólo cuando no se opone al interés general el otorgar al particular tal libertad.”⁸

De lo anterior surgen *cuatro principios* de derecho privado que no se pueden aplicar al derecho familiar, a saber:

1. Para el autor “no es aplicable el principio de la representación, por cuya virtud en los demás campos del derecho privado el interesado puede remitir a la voluntad ajena la determinación y declaración productiva de efectos jurídicos”.⁹
2. El segundo principio de derecho privado no aplicable al derecho familiar es el reglamentado para imponer modalidades a los negocios familiares, o sea, que no se pueden sujetar a término o condición suspensiva o resolutoria las relaciones familiares: “No puede contraerse matrimonio bajo la condición suspensiva o resolutoria o sujetándolo a término inicial o final. Tampoco puede ser reconocido de este modo el hijo natural, ni efectuar la adopción, la emancipación, etcétera. Pugna con la esencial naturaleza de estos actos su sujeción a condiciones y términos; se trata de actos generadores de estados personales, y éstos exigen certeza y duración, y a estas exigencias se oponen las modalidades de condición y término. Además, son actos en que interviene el poder público, y éste no tolera limitaciones que provengan de los particulares.”¹⁰
3. Ahora bien, otro principio no aplicable al derecho familiar es la irrenunciabilidad y no enajenación de los derechos subjetivos familiares: “No pueden transmitirse a otros la potestad paterna, la marital, la tutelar; no es apenas admisible la transmisión a otros del ejercicio de alguno de sus atributos (por ejemplo, función educativa encomendada a un preceptor). No son transmisibles tampoco los estados personales ni los derechos patrimoniales conexos a dichos estados; el derecho y el deber de administrar los bienes pupilares en el marido o tutor, el usufructo legal del padre, el derecho de alimentos, no se transfieren de una persona a otra, aunque a veces parece operarse esa transmisión, no se opera en realidad. Así por ejemplo, cuando el padre muere y ejerce la patria potestad en la obligación alimentaria, que cesa o se extingue si el pariente más próximo muere o es pobre, surgiendo en cambio en el pariente más remoto. Lo mismo puede decirse de la renuncia; no son renunciables los

⁸Ibíd, pág 11.

⁹Loc cit.

¹⁰Ibíd, pág 12.

poderes familiares, y tampoco las atribuciones inherentes a éstos, porque tales poderes son creados por la ley, y subsisten independientemente de la voluntad del investido con éstos, ya que no se crean para servicio o utilidad de éste, sino para un fin superior, el del padre, el del marido, el del tutor, no pueden despojarse de los poderes que les corresponden, porque le son atribuidos para servir a un interés que trasciende del suyo particular. Y si en algunos casos se autoriza la renuncia como ocurre con la acción de desconocimiento de la paternidad, impugnación del matrimonio, acción de separación personal de los cónyuges, es porque el interés familiar resulta protegido merced a la renuncia; por esto dicho interés viene a ser mejor protegido, porque con ello se mantiene firme aquel vínculo, aquella relación que de otro modo (de no mediar la renuncia) se hubiera disuelto”.¹¹

4. El cuarto principio consiste en la enorme intervención estatal en las relaciones de derecho familiar, pues en el privado se deja que las partes decidan a su libre arbitrio cómo será su conducta. **De Ruggiero** dice, en relación con lo antes expresado, que “en algunos casos la voluntad del particular es un mero supuesto de hecho en cuanto vale como iniciativa o como incitación a la autoridad, de modo que el acto es creador, la relación se constituye por voluntad de esta última. Esta autoridad es la judicial en la adopción o en la separación judicial, el poder real en la legitimación de los hijos por decreto o un órgano administrativo especial, como el funcionario del estado civil llamado a intervenir en el matrimonio, esto demuestra que la voluntad privada es por sí sola impotente para crear la relación, y ello lo constituye la prueba más palmaria de que la relación familiar es distinta de las demás relaciones”.¹²

Para **Roberto de Ruggiero** todo el derecho familiar reposa en la idea de que la finalidad de los vínculos que se establecen y los poderes que se otorgan **no es tanto crear derechos, sino más bien imponer deberes**; lo cual se manifiesta claramente 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 éstas, de manera que los poderes se pierden si se ejercitan mal, y, en 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 familiar**, precisamente porque se trata de un

¹¹ Ídem.

¹² *Ibid.*, pág. 13.

interés superior, como es el del reducido círculo de la familia estricta y de las personas incapaces, a cuya protección responden muchas instituciones familiares. Todas estas peculiaridades llevan a la conclusión de que el derecho de familia se distingue de las demás partes del derecho privado y se aproxima al derecho público. No se puede decir, sin embargo, que sea verdadero derecho público, pero sí que se separa del resto del derecho privado y que constituye una rama autónoma.¹³

En conclusión, **De Ruggiero** centra su tesis **más en deberes por cumplir que en derechos que exigir**, y esto es así porque el derecho familiar tiene un interés superior a todos los demás, consistente en la protección de la familia.

2.3 Tesis de Julien Bonnecase

Julien Bonnecase, antiguo profesor de la Facultad de Derecho de Burdeos, define al derecho familiar como el “conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”.

Este autor, en su obra *La filosofía del Código Napoleón aplicada al derecho de familia*, afirma: “La familia ha sido objeto en Francia, en el último cuarto del siglo XIX, de una abundante legislación, y, en apariencia, enteramente independiente, de todo plan de conjunto; aun desde el punto de vista del derecho positivo de la familia, es interesante intentar hacer una sistematización de los principios del *Código Civil*. Es evidente que, en el lenguaje usual, y bajo la influencia inconsciente del orden y del plan del *Código Civil*, se tiende a no ver en el derecho de familia sino reglas de orden personal. Pero exponamos la verdad: el término *derecho de familia* no es, por decirlo así, usado en las obras francesas de derecho civil, ni aun en las más modernas; en dichas obras, se trata, en esta parte, del estado de las personas, del matrimonio, de la filiación y nada más. Explicase eso —concluía— en las obras de la Escuela de la Exégesis, pero no es compatible con la tendencia actual a la sistematización. No es discutible el inconveniente de tal procedimiento; repetimos que, en parte, a él se debe la tendencia de limitar el dominio del derecho de familia a reglas de derecho de orden personal, lo que es contrario a la naturaleza de la familia, a la cual debe regir.”

¹³ *Ibíd.*, pág 14.

En conclusión, **Bonnecase** considera al derecho de familia como parte del derecho civil; lo mismo ocurre con los reconocidos autores **Rafael de Pina Vara** y **Rafael Rojina Villegas**. El primero, después de analizar el pensamiento de **Cicú**, sostiene que “el derecho de familia es una parte del derecho civil, considerándolo como la rama del derecho a la que pertenece, según el pensamiento tradicional, es decir, se encuentra situada en el campo del derecho privado”. Por su parte, **Rojina Villegas** critica la teoría de **Cicú**, concluyendo que el derecho de familia “pertenece por entero al derecho privado, aunque tutela intereses generales o colectivos [...] sin embargo, atendiendo a las características del derecho de familia, en lo que se refiere a su aspecto no patrimonial, y por lo que atañe a su carácter de estatuto imperativo, fuera del campo de la autonomía de la voluntad, e integrado por normas de interés público y superior, consideramos que debe separarse del derecho civil patrimonial, para integrar una rama autónoma dentro del derecho privado”.

2.4 Tesis de Julián Güitrón Fuentevilla

Güitrón refiere que el tema central de su investigación es “determinar la naturaleza jurídica del derecho familiar, y sobre este objeto trataremos de fundar nuestro criterio sostenido a lo largo de este estudio; mi teoría consistente en sustentar que el derecho familiar no forma parte del derecho público ni del privado, sino que tiene una fisonomía propia, autónoma e independiente de los primeros”, para lo cual, frecuentemente expone los diversos tópicos que trata **Antonio Cicú** en su obra *El derecho familiar*, pues es uno de los precursores que ha sostenido su autonomía.

Estamos de acuerdo con **Cicú** en considerar que todo el derecho es social, porque su objeto fundamental es la conducta del hombre, cuando produzca consecuencias jurídicas; sin embargo, negamos que el derecho familiar sea social, ya que éste no toma en cuenta la diversidad de la estructura de las relaciones respectivas que es esencial para la distinción entre derecho individual y derecho social, porque la teoría que distingue entre derecho individual y derecho social se separa de nuestra concepción del derecho público y privado, en cuanto contrapone al individuo no al Estado, no a un ente público en general, sino a toda colectividad organizada. Con esto concluimos que el derecho familiar, además de no ser parte del privado ni del público, tampoco lo es del social por las anteriores razones.¹⁴

¹⁴ **Julián Güitrón Fuentevilla**, *Derecho familiar*, Producciones Gama, México, 1972, pág 181.

Como el objetivo fundamental de la investigación de **Güitrón** es en parte distinto al del estudio realizado por **Cicú**, es necesario examinar esencialmente la naturaleza jurídica del derecho familiar.

Coincidimos con **Antonio Cicú** en la importancia de la familia como núcleo social, al grado de que tiene más importancia que el propio Estado, además, es un producto natural y necesario. No nos interesa aquí indagar cómo y de qué maneras ese núcleo se ha formado; solamente nos interesa observar que los elementos constitutivos del hecho jurídico-social de la familia no se agotan únicamente en la necesidad sexual y en la necesidad de la crianza de la prole. Indudablemente, aquellas necesidades operan como fuerza primaria y superior al arbitrio humano, pero no es en esas necesidades donde única ni principalmente debe situarse la necesidad del agregado familiar. Ya hemos observado que en tiempos primitivos es predominantemente el requerimiento del sustento común y de la defensa lo que determina la organización jurídico-social de la familia; y también aquí puede considerarse que esa necesidad no haya operado con motivo de la libre determinación voluntaria, y de ahí precisamente el carácter político de la constitución interna del grupo. Si hoy en la necesidad de la defensa de la familia se ha sustituido el Estado y en las necesidades económicas de la familia se ha sustituido el individuo, no por eso puede decirse que haya desaparecido para ella el carácter de agregado necesario, y tampoco puede decirse que su carácter constitutivo sea sólo y principalmente la necesidad sexual y la conservación de la especie. Insistimos sobre este último punto porque estamos convencidos de que no se puede entender de otra manera la regulación jurídica de la familia. Convencidos, además, de que frente a una tendencia a reducir aquellos datos primitivos la esencia de la familia, legisladores e intérpretes deben reaccionar, siendo su cometido, en cuanto a la familia lo mismo que en cuanto al Estado, no el de limitarse a adaptar la norma al hecho social, sino ante todo el llevar a cabo una función preventiva y educativa.¹⁵

Afortunadamente, como ya se ha dicho, en la actualidad existe en la doctrina y en las legislaciones de avanzada un movimiento tendente a la organización jurídica familiar, desde un punto de vista autónomo y trascendente, y ya se han elaborado códigos y proyectos de códigos específicos de la familia, sobre todo, como medidas esforzadas para la protección o conservación del grupo familiar, pues en última instancia significará también el beneficio del individuo y del Estado.

Señala **Güitrón Fuentevilla**: “Para nosotros, la autonomía del derecho familiar está basada en la preocupación del Estado por regular y proteger con

¹⁵ *Ibíd.*, pág 184.

legislación adecuada y tribunales especiales para resolver controversias del orden familiar, mas no con la intervención estatal en el núcleo familiar.”¹⁶

El citado jurista se adhiere al pensamiento de **Cicú**: “Estamos plenamente de acuerdo con **Cicú** para separar el derecho de familia del privado y formar con él un tercer género autónomo, en el más amplio sentido de la palabra, atendiendo además del interés de la agrupación familiar, a las consecuencias inherentes a una mala reglamentación familiar, que desgraciadamente nos pueden llevar a un estancamiento en el progreso del país, pues no debemos olvidar que la familia ha sido la semilla originadora de todas las formas de gobierno pasadas y presentes; además, tenemos como ejemplo países como Suecia, totalmente socializados y con una organización familiar ejemplar, siendo esto lo que les ha permitido alcanzar su desarrollo actual. En fin, una legislación autónoma para la familia, a nadie perjudica, y sí beneficiará a todo el país, claro, es una tarea dura, sin embargo, el bienestar redituado permitirá el mejor desarrollo de la institución familiar.”¹⁷

En resumen, **Güitrón Fuentevilla** enfatiza la necesidad de evitar la intervención estatal en el seno familiar protegiendo a la familia con una legislación especial, autónoma, teniendo en cuenta que las instituciones que comprenden el derecho familiar son tan ambiguas y complejas que necesitan sus propias reglas y proyecciones, es decir, lo fundamental para él es proteger a la familia con la intención de que la sociedad y el Estado no se vean debilitados en su estructura, pues en última instancia, y según lo demuestra la historia, la decadencia de todos los pueblos ha empezado cuando se debilitan los núcleos familiares. Los argumentos que hace valer el autor se fundan en que al derecho familiar se le debe considerar como autónomo del privado, primero, y del civil después, pues el interés que se protege es tan fundamental a la misma organización social, que necesita otorgársele su propia legislación, lo cual, consecuentemente, evitará su inexorable desmembramiento y permitirá su cohesión.¹⁸

2.5 José la Cruz y Manuel Albadalejo

Estos autores desarrollan una interesante tesis al expresar que **el derecho familiar tiene un contenido marcadamente ético**, en virtud de que la fa-

¹⁶ Ibíd, págs 188 y siguientes.

¹⁷ Ibíd, pág 202.

¹⁸ Ibíd, págs 324-325.

milia antes que un organismo jurídico es un organismo ético; **de la ética —afirman— proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándolos y transformándolos en preceptos jurídicos**, lo que explica el fenómeno peculiar en el derecho de familia **de haber preceptos sin sanción**, o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coacción la observancia de dichos preceptos o considera más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre o a otras fuerzas que aún actúan en el ambiente social.

Por otra parte, arguyen que en el derecho familiar la autonomía de la voluntad está más limitada que en el civil, ya que la ley familiar constituye una forma de tutelar intereses superiores, pero siempre existirá autonomía privada. Estos autores hacen un verdadero estudio al hablar de la potestad como característica del derecho de familia, argumentando que lo propio de este derecho es la potestad, posteriormente, a la facultad, y al final, el derecho subjetivo.¹⁹

Cuánta razón tienen estos autores sobre el carácter ético de las relaciones familiares y sobre los poderes —que al mismo tiempo constituyen deberes— que entraña la patria potestad.

¹⁹ **José la Cruz y Manuel Albadalejo**, *Derecho de familia*, Editorial Heroldo de Aragón, Barcelona, 1963, págs 19 y siguientes.

UNIDAD 3

Autonomía del derecho familiar

3.1 Tesis de Guillermo Cabanellas de la Torre en relación con los criterios científicos para establecer la autonomía del derecho de la seguridad social frente al laboral

Tesis de Guillermo Cabanellas de la Torre

Para que una disciplina jurídica se considere autónoma es necesario que se justifiquen los siguientes criterios:

- *Legislativo*: que exista regulación jurídica sobre la materia.
- *Científico*: que al respecto haya una producción bibliográfica suficiente.
- *Didáctico*: que en la educación superior y en posgrado se impartan cátedras sobre la materia.
- *Jurisdiccional*: que existan tribunales especializados en el área.

Guillermo Cabanellas al titular su obra *Los fundamentos del nuevo derecho* se refería a la autonomía que había logrado el derecho de seguridad social frente al derecho laboral: “El derecho, creación viva, en plena y constante evolución, no puede permanecer impasible ante los nuevos problemas, ante las distintas situaciones que se producen y, al aparecer desconocidos fenómenos, los juristas deben analizar sus consecuencias. De esta manera, brotan otras ramas del derecho que le otorgan frondosidad y progresiva riqueza; más que constituir en sí un nuevo derecho, se refiere a las transformaciones del derecho concebido como unidad.”¹

Ahora bien, las consideraciones planteadas por el autor para justificar la autonomía del derecho de seguridad social las podemos hacer válidas en cuanto al derecho de familia, por lo cual, aplicando sus criterios, coincidiríamos con el autor en que para considerar a una disciplina jurídica autónoma es necesario satisfacer cuatro criterios: el legislativo, el científico, el didáctico y el jurisdiccional.

3.1.1 Explicación del criterio legislativo

El criterio o autonomía legislativa se manifiesta cuando la rama del derecho que se pretende separar tiene sus propias leyes y códigos, es decir, que su legislación, aun cuando haya formado parte de otra, sea en un momento dado independiente y autónoma, con principios básicos propios y exposición de motivos: “Entendemos que en algunas épocas y países la autonomía legislativa varía, pues con la evolución de la humanidad se hace necesario un estudio especializado de cada una de las disciplinas rectoras; así sucede en el campo del derecho, por lo que los juristas no debemos asombrarnos, y por el contrario, enfrentar esa realidad, para resolver mejor los problemas planteados por ese avance de la humanidad. Así, en el campo del derecho civil, que desde su primera codificación moderna (Código Napoleón de 1804) dejó de legislar en materia familiar, excepción hecha con algunos aspectos del matrimonio, lo cual permite advertir que el legislador francés no se preocupó por la familia, ni en su regulación jurídica ni social; sin embargo, posteriormente (1939), se promulgó una ley llamada *Código de Familia*, la cual reguló aspectos familiares matrimoniales y de natalidad.”²

En suma, se puede afirmar que el criterio legislativo de una rama jurídica se presenta cuando ésta tiene sus propias leyes y códigos.

¹ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t VII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, pág 650.

² *Ibid*, pág 690.

3.1.2 Explicación del criterio científico

Para que exista autonomía científica de una disciplina jurídica debe haber una producción literaria y bibliográfica especializada al respecto, la cual debe surgir con independencia a cualquier otro género del derecho, es decir, debe haber libros, ensayos y artículos originados independientemente de la rama del derecho que los haya creado, en este caso, del derecho civil.

Como en otras disciplinas de reciente formación, en el derecho familiar existe una gran producción doctrinal, lo cual evidencia un gran interés de los juristas por fundamentar doctrinalmente la necesidad de una legislación familiar autónoma.

A pesar de lo anterior, consideramos que la autonomía científica no se ha logrado plenamente, pues todavía encontramos resistencia al cambio por parte de los autores conservadores, postergando el reclamar en sus obras al órgano legislativo la necesidad inminente de reglamentar todo lo referente a las relaciones familiares, limitándose los doctrinarios en sus libros de derecho civil a incluir capítulos especiales dedicados a tratar con cierta indiferencia (y algunos, con criterios privatistas), las relaciones familiares.

3.1.3 Explicación del criterio didáctico

Para que una disciplina jurídica se considere autónoma se requiere que su contenido se enseñe de manera independiente a la de aquél del que formó parte, por ejemplo, en el caso del derecho familiar es necesario que esta materia se imparta con independencia del derecho civil.

En la actualidad no existe uniformidad de criterios en cuanto a los programas de estudio del derecho familiar en la enseñanza universitaria, pues en algunas universidades desde la licenciatura se imparte el curso de derecho familiar separadamente de la materia civil; en cambio, en otras instituciones se incluye el estudio del derecho familiar en el curso de Personas. Sin embargo, a nivel posgrado sí se da en su totalidad el criterio didáctico, pues al derecho familiar se le trata separadamente, es decir, como materia autónoma.

3.2 Teoría de Julián Güitrón Fuentevilla

Teoría de Julián Güitrón Fuentevilla

La mejor manera de lograr la autonomía del derecho familiar es elaborando un código familiar federal con tribunales de familia, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, médicos, etc, todos ellos agrupados en torno al juez que atienda exclusivamente asuntos familiares.

Lo fundamental es proteger a la familia, con la intención de que la sociedad y el Estado no se debiliten en su estructura, pues es necesario recordar que la familia es el fundamento y núcleo de la sociedad.

Hemos analizado las corrientes más completas para sostener que el derecho familiar es, doctrinalmente, una disciplina autónoma tanto del derecho privado como del derecho civil. Sostenemos la tesis de **Cicú**, pero con razonamientos diferentes, esencialmente en lo que para él significa la familia y su regulación.

Afirma el autor en estudio que “el derecho familiar debe agruparse bajo un género diferente al privado y al público; pues la familia como generadora de todas las formas actuales de sociedad y de gobierno tiende a desaparecer, no tanto por la desmembración constante de ella, sino por **la intervención, cada día más penetrante, del núcleo familiar por el Estado**. Ésta es nuestra verdadera preocupación. **Es la intervención estatal la que debemos evitar en el seno familiar**; entiéndase bien, estamos de acuerdo con la protección estatal a la familia, pero no en su intervención, estamos conscientes de que el Estado, a través de sus órganos, proteja los derechos familiares; y la mejor manera de hacerlo es **elaborando un código familiar federal con tribunales de familia, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadoras sociales, psiquiatras, médicos, etc, todos ellos agrupados en torno al juez** que atienda exclusivamente asuntos familiares, con objeto de orientar y solucionar adecuadamente esos problemas, los cuales muchas veces se resolverían con un consejo o una orientación bien intencionada. Estamos de acuerdo en que el Estado propicie la protección familiar, considerando al derecho familiar como rama independiente del dere-

cho público y privado, atendiendo fundamentalmente a la importancia de conservar e incrementar la unidad familiar”.³

Agrega el jurista que las instituciones comprendidas en el derecho familiar son tan ambiguas y complejas que necesitan sus propias reglas y proyecciones, sin apartarse del derecho familiar, es decir, para el autor lo fundamental es proteger a la familia, con la intención de que la sociedad y el Estado no se debiliten en su estructura, pues, según lo demuestra la historia, la decadencia de todos los pueblos ha empezado al debilitarse los núcleos familiares. Fundamenta su tesis considerando al derecho familiar como autónomo del derecho privado, primero, y del civil después, pues el interés que se protege es tan fundamental a la misma organización social, que necesita darle su propia legislación, lo cual evitará su desmembramiento y propiciará su cohesión.

“Debemos los juristas, hacernos una pregunta: ¿Es tan importante la familia y las instituciones derivadas de ella que debemos procurarle sus propias leyes y tribunales o, por el contrario, continuar en la situación en que está, con las consecuencias naturales? Nuestra respuesta, sin vacilaciones, es en sentido afirmativo, pues debe darse un código de familia, debe protegerse, porque ella, en última instancia, ha sido la semilla generadora de todas las organizaciones estatales de todas las épocas.”⁴

Las concepciones sostenidas, entre otros, por **Cicú**, respecto al derecho de familia y su autonomía, están superadas, pues ya la discusión no debe basarse en saber si el derecho de familia es de orden público o privado, lo más importante es luchar por su protección, lo cual sólo puede hacerse a través de una **legislación autónoma** adecuada, con **tribunales familiares** abocados especialmente a evitar disgregaciones familiares hasta donde sea posible, e implantar **cátedras sobre derecho familiar**, con objeto de despertar las aletargadas conciencias de futuros abogados, con el propósito de difundirlas, y proteger a la familia, en el desarrollo de sus labores familiares, profesionales y sociales.

Además, afirma el autor, “se debe propiciar, y éste es uno de los objetivos de este estudio, **la investigación y el estudio de todo lo referente a la familia; escribir tratados y monografías**, siempre con el objeto de proteger a la familia, cuidar sus intereses y tratar a toda costa de impedir la intervención estatal dentro del seno familiar, de ahí que nuestra preocupación se complementa al abogar por la **no intervención estatal en la fa-**

³ **Julián Güitrón Fuentevilla**, *Derecho familiar*, Producciones Gama, México, 1972, pág 188.

⁴ Ob cit, pág 325.

milia, sino promulgando leyes adecuadas y funcionales, con tribunales y sanciones efectivamente aplicadas al violarse los sagrados derechos familiares; de esa manera, garantizamos la estabilidad de la familia y repelemos, al mismo tiempo, la cada día mayor injerencia del Estado en las relaciones familiares”.⁵

La tesis de **Julián Güitrón** respecto a la autonomía del derecho familiar se reduce en pocas palabras a lo siguiente: independientemente del criterio público o privado que se quiera dar al derecho de familia, debe ordenarse un código de familia federal, cátedras en la universidad, tribunales familiares e investigaciones sociales, **para darle un criterio científico y humano** a la disciplina tantas veces mencionada.

La autonomía del derecho familiar no debe crear fantasmas alrededor de los conservadores en el derecho civil. No deben asustarse los civilistas porque haya la inquietud en los maestros jóvenes por separar del derecho civil al derecho familiar, pues queremos recordarles que desde sus orígenes el derecho civil ha ido creando casi todas las diversas ramas del derecho moderno; así, el derecho mercantil, el fiscal, el laboral, etc, los cuales tuvieron sus bases en el derecho civil. Entonces, ¿por qué ahora algunos se inquietan al conocer la intención de separar al derecho familiar del derecho civil? Ojalá y todo sea en función de beneficiar a la familia y de lograr los civilistas ponernos de acuerdo sobre este difícil tema y juntos lanzarnos a la elaboración del derecho familiar como disciplina autónoma.⁶

Al respecto, el jurista contemporáneo **Flavio Galván Rivera** considera que si la idea de la autonomía del derecho familiar se encuentra fundamentada, con bases científicas y doctrinales, en el ánimo de proteger a la familia y no en el propósito de lograr un mayor intervencionismo estatal con disposiciones que atentan contra la integridad familiar, se encuentra justificada la separación del derecho familiar del civil.

Dicho autor afirma que es correcto que el Estado intervenga en favor de la familia capacitando a jueces familiares, legislando sobre educación sexual, orientando sobre planificación familiar, etc, pero no está de acuerdo con la injerencia del Estado cuando éste ordena, por ejemplo, que la mujer que ya tenga hijos sea esterilizada. Para **Galván Rivera**, el derecho familiar tiene su propia problemática, por tanto, debe ser autónomo.⁷

⁵ *Ibíd*, pág 326.

⁶ *Ibíd*, pág 528.

⁷ **Flavio Galván Rivera**, *Apuntes de cátedra sobre derecho familiar. Especialidad en derecho privado*, Facultad de Derecho, UAT, marzo de 1992.

Por su parte, **Güitrón Fuentevilla**, en su obra, agrega un **anteproyecto de Código Familiar Federal**, cuyas características son justo las que fundamentan su teoría, además, desarrolla ampliamente los criterios sostenidos por **Guillermo Cabanellas** que justifican la autonomía del derecho familiar, mencionando los países, por lo general socialistas, que han cumplido a cabalidad con los mencionados criterios y que fueron los primeros en promulgar legislaciones familiares autónomas.

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

Tesis de José Barroso Figueroa

Para que una disciplina se considere autónoma es necesario que se cumplan dos criterios:

- **Criterio institucional:** el derecho familiar constituye una institución con perfiles propios, que se aparta sensiblemente, en su regulación, de cualquier otra área del derecho. Las instituciones que integran el derecho de familia han cobrado características propias, que se rigen por principios generales, pero exclusivos de la familia, que están animadas por un idéntico e inconfundible espíritu y que giran en torno a un objeto (el grupo familiar), que no es materia de otra disciplina.
- **Criterio procesal:** este criterio se cumple cuando existe una reglamentación jurídica procesal familiar que permite dar un tratamiento al grupo familiar que se adapte a su naturaleza y que no lo coloque en la misma situación que la correspondiente a las relaciones de orden patrimonial. Se justifica pues que las relaciones resultantes de la familia tengan un contenido esencialmente ético y natural que el derecho no puede ignorar.

El profesor de derecho civil de la UNAM **José Barroso**, coincide con **Cabanellas** en lo referente a la determinación de si la rama jurídica que persigue su autonomía posee instituciones propias distintas a las de aquél del que pretende separarse. El autor aclara que no es preciso que se trate de instituciones totalmente novedosas, sino que basta que a las ya conocidas se les

imprima un sentido y una 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 tiene un espíritu opuesto al contrato de derecho civil, donde las partes se obligan en los términos en que consta que quisieron obligarse. Aquí la ley no protege a ninguno de los contratantes, por el contrario, busca su igualdad.

Barroso agrega a los criterios sostenidos por **Guillermo Cabanellas**, a los que nos hemos referido en el punto anterior, dos criterios más: el institucional y el procesal.

3.3.1 Explicación del criterio institucional

Para **Barroso**, este criterio es el más importante, porque mientras los demás se refieren a cuestiones externas o incidentales haciendo depender de su eventual acontecer la autonomía del derecho de familia, él se refiere al aspecto sustantivo, al contenido mismo de la disciplina en cuestión. Es decir, no se queda en el examen periférico, sino que va a la médula del problema y se cuestiona lo siguiente: ¿Tiene el derecho de familia instituciones propias?

La perspectiva histórica del derecho familiar demuestra que desde hace mucho tiempo tiene características especiales que han hecho de éste un sector muy particular del derecho civil, al cual se le ha adscrito tradicionalmente; ello obedece a que —como han repetido casi todos los autores que tratan la materia— las relaciones familiares tienen un contenido ético y natural antes que uno jurídico. Esto no es ninguna novedad, hasta principios del siglo xx las relaciones de índole familiar eran consideradas más bien de derecho privado, pues el Estado vacilaba en cruzar el umbral del hogar e intervenir en su organización. Hoy esa inhibición estatal ha sido superada, y es notable y creciente su injerencia, que por otra parte, tanto jurídica como filosóficamente es justificada. Todo ello ha desplazado al derecho de familia si no precisamente hacia el derecho público, al menos rumbo a la esfera cuyos límites y contenidos **no han sido suficientemente definidos**. Encontramos pues, un cambio profundo de espíritu entre el derecho familiar tradicional y el nuevo, donde el Estado se arroga cada vez mayores funciones, antiguamente encomendadas al grupo familiar. De esta manera, el Estado impone o vigila la educación de los hijos, a veces los alimenta y cuando menos obliga a los padres a proporcionarles alimentos; en ocasiones los cuida, aun durante todo el día (guarderías infantiles); tra-

tándose de menores carentes de ascendientes, vigila la designación de los tutores y el cumplimiento de las obligaciones a cargo de éstos; sanciona, incluso con prisión, al cónyuge que abandone a su esposa e hijos sin medios para subsistir.

Si bien esta razón de índole general bastaría por sí sola para justificar la autonomía institucional del derecho familiar, la dirección particular de cada una de sus instituciones fortalece estas conclusiones:

Contemplemos el acto básico a partir del cual se sustenta la organización familiar: el matrimonio. Se trata de un acto sui géneris que precisamente por este rasgo ha dado origen a numerosas tesis que pretenden explicar su naturaleza. En nuestra legislación, la doctrina estima de manera unánime que se trata de un acto jurídico solemne. El hecho de que se le considere solemne lo aparta totalmente del consensualismo que anima nuestro código; agreguemos a esto la forma tan especial como se constituye el consentimiento en el acto matrimonial, aquí no es el acuerdo de dos voluntades, sino de tres: la de los cónyuges y la del Estado, personificado por el oficial del registro civil. Estamos pues en presencia de una institución con perfil propio, que se aparta sensiblemente, en su regulación, de cualquier otra.

Sería absurdo comparar el divorcio con la rescisión o la revocación de los contratos, la tutela con el mandato y así sucesivamente; añadamos a esto que la patria potestad se ha convertido en una verdadera magistratura y tendremos un cuadro de instituciones de naturaleza muy particular, cuya evolución las ha transformado de raíz hasta otorgarles un matiz completamente especial.

De lo anterior puede apreciarse que poco a poco las instituciones que integran el derecho de familia han cobrado características propias, que se rigen por principios generales, pero exclusivos de la familia, que están animadas por un idéntico e inconfundible espíritu y que giran en torno a un objeto (el grupo familiar), que no es materia de otra disciplina. El derecho familiar tiene en síntesis principios, espíritu común y definido y objeto de conocimiento exclusivo. Basta ello para **consagrar su autonomía institucional**.

3.3.2 Explicación del criterio procesal

Al respecto, **José Barroso Figueroa** se pregunta: “¿Tiene la materia familiar procedimientos propios? No cabe duda de que el derecho de familia tiene procedimientos particulares, si bien frecuentemente se tramitan ante

tribunales que no conocen exclusivamente de cuestiones relativas a la familia, de ahí la tendencia doctrinal a crear ciertos principios en la reglamentación jurídica procesal familiar, que permiten dar un tratamiento al grupo familiar que se adapte a su naturaleza y que no lo coloque en la misma situación que la correspondiente a las relaciones de orden patrimonial. **Esto se justifica, pues las relaciones resultantes de la familia tienen un contenido esencialmente ético y natural que el derecho no puede ignorar;** por eso es preciso que los procedimientos que se empleen en esta materia se afinen al máximo, pues no están en juego intereses únicamente económicos, sino otros más altos, de jerarquía espiritual.”⁸

3.4 Aplicación de los criterios legislativo, jurisdiccional, didáctico, científico, institucional y procesal, para fundamentar la autonomía del derecho familiar

A continuación se abordará lo relativo a la aplicación de los criterios defendidos por **Guillermo Cabanellas de la Torre** y **José Barroso Figueroa**.

3.4.1 Aplicación del criterio legislativo

Aplicación del criterio legislativo

Códigos familiares

- En 1986, en Zacatecas se instituye el *Código Familiar*.
- En 1986, en el estado de Hidalgo se promulga el *Código Familiar* y el *Código de Procedimientos Familiares*.
- En 2006, en el estado de Morelos se promulga el *Código Familiar y de Procedimientos Familiares*.
- En 2008, en San Luis Potosí se promulga el *Código Familiar*.
- En 2011, en Sonora se promulga el *Código Familiar*, el cual está considerado una de las legislaciones más avanzadas del país.

continúa

⁸José Barroso Figueroa, “Autonomía del derecho familiar”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm 68, UNAM, México, págs 835 y siguientes.

continuación

Códigos civiles de corte familiar

- *Código Civil de Nuevo León*
- *Código Civil de Coahuila*
- *Código Civil para el Distrito Federal*

En México se requiere mayor intervención del poder público para llevar a cabo lo siguiente:

- Promulgar un código familiar federal y de procedimientos familiares.
- Instituir la intervención obligatoria del ministerio público como *parte* en todos los procesos en que se afecten intereses de menores.
- Instituir los juicios orales en materia familiar donde no existan.
- Instituir instrucción prematrimonial como requisito para contraer matrimonio.
- Instruir a los jóvenes sobre sexualidad y paternidad responsable.
- Regular integralmente el concubinato registrándolo.

Con relación al criterio legislativo, y refiriéndonos propiamente al derecho familiar en la República Mexicana, podemos afirmar que actualmente en el Distrito Federal no existe ni legislación familiar ni de procedimientos familiares, por lo cual las relaciones familiares se encuentran reguladas en el Código Civil y en el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*. No obstante, es justo reconocer que a la primera codificación se le agregó un nuevo título denominado “De la familia”, que establece varios **principios básicos**, a saber:

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.*

El *Código Civil para el Distrito Federal* ha instituido además importantes reformas relativas a los miembros más indefensos de la familia, preocupándose, entre otras cosas, por la regulación (parcial) del concubinato; sin embargo, las relaciones familiares se siguen regulando en el propio Código Civil.

En las entidades federativas, las relaciones familiares son reguladas por los códigos civiles respectivos. Sin embargo, **Zacatecas** cuenta desde 1986 con un código familiar; mientras que **Hidalgo**, además de tener un código de la familia, cuenta con un código de procedimientos familiares, promulgados ambos en 1986. En esta entidad, los jueces tienen como apoyo a los **consejos familiares** que los auxilian en la investigación de campo, indispensables para dictar resoluciones justas y humanas; pues en estos juicios no se trata de resolver conflictos patrimoniales, sino aquellos que entrañan sentimientos, consanguinidad, parentesco, principios éticos, valores familiares, etcétera.

Otros estados de la República se encuentran regidos por un código familiar y de procedimientos familiares, por ejemplo, **Morelos** y **San Luis Potosí**, desde 2006; aunque este último tiene únicamente código familiar. Por otra parte, Michoacán desde 2008 lo contiene en un solo cuerpo legal, es decir, en su código familiar se incluyen los procedimientos familiares. La última entidad que ha promulgado su código familiar es **Sonora**, en 2011.

En **Tamaulipas** se promulgaron en 2004 la *Ley para el Desarrollo Familiar* y la *Ley de Paternidad Responsable*, sin embargo, las relaciones familiares siguen regidas por el Código Civil de 1986, siempre que no contravenzan las disposiciones de las dos recientes legislaciones, en el entendido de que ambas leyes familiares son especiales y el Código Civil constituye una ley general, por tanto, supletoria a falta de texto expreso en dichas leyes especiales.

Derecho comparado

Legislaciones promulgadas
en Latinoamérica en materia
familiar

Código Civil de Chile (1857)
Código Civil de Argentina (1871)
Código Familiar de Costa Rica (1974)
Código Familiar de Cuba (1975)
Código Civil de Perú (1984)
Código Familiar de Bolivia (1988)
Código Familiar de Panamá (1994)
Código Familiar de El Salvador (1994)

En efecto se promulgaron legislaciones relativas a la familia en algunos países. Por otra parte, en Guatemala se instituyó la jurisdicción familiar en 1964; en Cuba, en 1975; en Bolivia, en 1988; en Costa Rica, Honduras, El Salvador y Panamá en 1977, 1984, 1993 y 1994, respectivamente.

3.4.2 Criterio jurisdiccional. Aplicación

Aplicación del criterio jurisdiccional

El criterio jurisdiccional funciona en la mayoría de las entidades de la República, pues en ellas existe la jurisdicción familiar, de manera que los jueces resuelven exclusivamente controversias de orden familiar. Sin embargo, sólo podrá funcionar con eficacia dicha jurisdicción cuando se logre la especialización de los jueces familiares, así como del personal que colabora en el juzgado, todos ellos auxiliados por los consejos familiares, aunque éstos últimos no funcionan, pues no están reglamentados.

Acontecimientos recientes en el país relacionados con el derecho familiar

- En 1971, en el Distrito Federal se instituye la jurisdicción familiar.
- En 29 estados de la República funciona la jurisdicción familiar.
- Tamaulipas suprime la jurisdicción familiar en 1987 y la restituye en 2003.
- En 2000, en el Distrito Federal se admite la prueba de ADN para confirmar la filiación; en caso de negarse a proporcionar la muestra, se presumirá la paternidad.
- En 2003, Nuevo León autoriza la prueba de ADN como acto prejudicial.
- En 2006, Nuevo León instituye los juicios orales en materia familiar, lo mismo ocurre en el Distrito Federal en 2009.
- En 2007, Hidalgo instituye el registro del concubinato.
- En 2008, el Distrito Federal instituye el divorcio incausado, suprimiendo así las causales de divorcio necesario.
- En 2010, el Distrito Federal permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y hace posible que adopten.

La autonomía jurisdiccional se refiere a la existencia de tribunales autónomos para resolver controversias de orden familiar. Actualmente, Hidalgo, no obstante que cuenta con legislación familiar y de procedimientos familiares, carece de juzgados familiares.

Estos tribunales deben estar a cargo de jueces especializados en la materia, con nivel de posgrado y que hayan cursado previamente la carrera judicial.

3.4.2.1 Especialización de los jueces

Condiciones para que funcione eficazmente la jurisdicción familiar

Que el juez de la causa:

- Esté especializado, a nivel posgrado, en materia familiar y, de preferencia, que sea sensible a la problemática familiar.
- Conozca exclusivamente de asuntos familiares.
- Haya cursado la carrera judicial.
- Haya obtenido el cargo en concurso por oposición.
- Tenga vocación de servicio y sea reconocido por su honestidad.
- Esté casado y tenga hijos (debe conocer la vida familiar por experiencia propia).
- Sea auxiliado por un órgano especializado (consejo familiar) que lleve a cabo investigaciones de campo en el ambiente familiar en conflicto.

Ahora bien, es importante para una eficaz impartición de justicia familiar la especialización del juez. Los problemas familiares son difíciles de resolver, pues comprenden cuestiones tan delicadas como sentimientos, afectos, principios, costumbres, educación, trato, relaciones familiares, etc; con el fin de proteger esos intereses superiores del núcleo familiar, dichos problemas deben ser resueltos por jueces especializados en la materia, que tengan nivel de posgrado y, por supuesto, que hayan cursado la carrera judicial, lo cual significaría una mayor capacitación.

El juez debe ser una persona muy selecta que ofrezca no únicamente capacidad, sino trato humano, tiempo, vocación de servicio, etc; debe estar casado y tener hijos, pues es aconsejable que conozca la vida familiar por experiencia propia; además, debe ser de reconocida honestidad, haber obtenido el cargo en concurso por oposición e incluso, para algunos juristas, ser egresado de los centros de estudios judiciales.

Partiendo de la preparación académica de los jueces familiares, no sólo éstos o los aspirantes a serlo deben recibir capacitación, sino todo el personal que labora en los juzgados familiares, a fin de que sean habilitados en ciencias auxiliares, como la psicología, la pedagogía y el trabajo social, para hacer investigaciones de campo en el ambiente familiar o llevar a cabo estudios psicológicos sobre los miembros de la familia en conflicto.

3.4.2.2 Juicios orales en materia familiar.

Principios rectores del juicio oral

- **Oralidad:** fundamentalmente debe darse en el desahogo de las pruebas, en los alegatos de las partes y en el dictado de la sentencia. En realidad, el procedimiento es mixto, pues la etapa postulatoria se lleva a cabo de forma escrita.
- **Inmediación:** el juez, las partes y demás personas que intervienen en el procedimiento deben estar presentes en forma simultánea en todas las audiencias.
- **Abreviación:** el juez evitará todo tipo de dilaciones o prolongaciones del procedimiento. Este principio se encuentra vinculado con el de concentración.
- **Concentración:** todos los actos procesales de preferencias se verificarán en una sola audiencia.
- **Continuidad:** los hechos controvertidos deben tramitarse en audiencias continuas y la sentencia definitiva debe pronunciarse después de concluida la presentación y la controversia de las pruebas y los alegatos.
- **Publicidad:** los debates tendrán lugar en una audiencia a la cual toda persona podrá asistir.

3.4.2.3 Formalidades de las audiencias de juicio oral

- Serán presididas por el juez bajo pena de nulidad.
- Serán públicas.
- Será obligación de las partes asistir a las audiencias.
- El juez determinará el inicio y conclusión de cada etapa.
- Para dar cumplimiento al principio de continuidad, al terminar cada audiencia se fijará la fecha y hora de la siguiente.
- Las audiencias se registrarán por videgrabación, audiograbación o cualquier medio idóneo a criterio del juez, para producir fe que permita garantizar la fidelidad e integridad de la información.

El estado de **Nuevo León** ha sido el pionero en esta materia, pues a partir de 2006 parte importante de los problemas familiares ocurridos en la entidad se han resuelto oralmente; lo mismo sucede en el **Distrito Federal** desde 2009.

En efecto, en el área metropolitana de Nuevo León se sujetan a procedimiento oral, entre otros, los siguientes asuntos:

- Controversias sobre los alimentos.
- Controversias sobre convivencia entre padres separados e hijos.
- Controversias sobre posesión interina de menores.
- Divorcios por mutuo consentimiento.
- Acciones de divorcio establecidas en las fraccs I (adulterio), XI (sevicia, amenazas, injurias graves) y XII (negativa a proporcionar alimentos) del art 267 del código civil de dicha entidad, siempre que no se hagan valer con alguna diversa de éstas. Las demás causas de divorcio se tramitan por la vía ordinaria (art 989, *CPCNL*).

Ahora bien, como ya se mencionó, el procedimiento en estos casos es oral y se lleva a cabo con base en los principios antes definidos de inmediatez, abreviación, publicidad, concentración y continuidad (art 990, *CPCNL*). Otra característica de estos juicios consiste en que las promociones de las partes deben formularse oralmente durante las audiencias (art 991, *CPCNL*). Con el mismo criterio, el juez proveerá en el momento y oralmente toda cuestión que le sea planteada durante el desarrollo de las audiencias (art 992, *CPCNL*).

En cuanto al procedimiento de alimentos definitivos, no se admitirá ninguna discusión sobre el derecho a percibirlos. Cualquier reclamación deberá intentarse en juicio ordinario (art 1074, *CPCNL*). Llama la atención una regla específica sobre alimentos: “El que exige los alimentos tiene a su favor la presunción de necesitarlos, por tanto, no requiere prueba” (art 1068, fracc II, *CPCNL*).

Respecto a los casos de convivencia y posesión interina de menores, éstos se resuelven en juicio oral. Cuando haya menores de 12 años deberán permanecer bajo la custodia de la madre (salvo excepciones), debiendo el juez escuchar la opinión de los menores que hayan cumplido 12 años.

Sobre la convivencia entre padres e hijos sujetos a patria potestad, la ley establece que el juez, una vez contestada la demanda y establecida la litis, fijará un régimen de convivencia provisional con el demandante, ya sea de manera libre, asistida o supervisada, según el caso y el interés superior del

menor, pudiendo negar dicha convivencia si existe peligro para éste (art 1077, *CPCNL*). Ahora bien, la sentencia que declare procedente la acción mandará amparar o restituir la custodia o posesión, o bien, el juez señalará en dicha sentencia los días y horas para la convivencia, mencionando los apercibimientos y las providencias necesarias para su cumplimiento (art 1079, *CPCNL*).

Uno de los grandes beneficios del sistema oral es que **el juez tiene que estar presente en las audiencias, lo que permite que exista una interacción directa entre éste y las partes**, lo cual se traduce en una mejor visión de la problemática y, sobre todo, en **la humanización del juez** ante el conflicto familiar.

Respecto a la funcionalidad del procedimiento oral familiar en Nuevo León, **María Guadalupe Balderas A. de Garza**,⁹ juez quinto de juicio familiar oral del primer distrito judicial comenta: “Lo que se busca en el procedimiento oral en Nuevo León es salvaguardar los derechos de los hijos, **tanto de orden físico como emocional**, que les permitan alcanzar una vida sana en el presente, como en su edad adulta, cumpliendo con la obligación constitucional de que el Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y al ejercicio pleno de sus derechos. Estoy convencida de que la justicia oral ha venido a traer grandes beneficios a las personas que tienen que promover un procedimiento judicial, pues a través de la oralidad **se simplifica el procedimiento y se soluciona en el menor tiempo posible**. Es importante resaltar que la mayoría de las contiendas familiares se resuelven mediante convenio. **Es significativo que el juez y su personal constantemente se actualicen y preparen profesionalmente**, puesto que el conocimiento y entendimiento de la sociedad van de la mano con la función que desempeña, obedeciendo a los continuos cambios sociales y atendiendo a la fisonomía de cada una de las familias involucradas en los procesos familiares. La **sensibilidad del juzgador** es trascendental en los juicios orales, pues es cierto que la mayoría de los asuntos poseen trasfondo que no se reluce en la demanda, correspondiéndole al juez, al tener a las personas frente a él, desentrañar el verdadero conflicto, para poder ofrecerles diversas alternativas que se ajusten a sus circunstancias; por lo cual, **es su obligación tener prudencia en su actuar, pues en esta materia se manejan personas y sentimientos**.”¹⁰

⁹ Pionera en el juicio oral; fue la primera jueza en realizar un juicio oral en materia familiar en México.

¹⁰ **María Guadalupe Balderas A. de Garza**, videoconferencia, enero de 2007.

3.4.2.4 Justicia alternativa: la mediación

La mediación se puede definir como el procedimiento voluntario por el cual un profesional cualificado, imparcial y sin facultad para sustituir las decisiones de las partes asiste a las personas involucradas en un conflicto con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda de un acuerdo en común (art 3o, fracc VI, *Ley de Justicia Alternativa de Zacatecas*).

En efecto, esta figura es un procedimiento alternativo por medio del cual las partes que intervienen en un conflicto, asistidas por un tercero neutral (preparado para conducir una mediación), intentan encontrar soluciones y asumir compromisos con el ánimo de lograr un acuerdo que ponga fin a aquél.

Este tipo de justicia alternativa surge como una forma realista de que las partes en conflicto lleguen a una solución justa, con la certeza de quedar satisfechas con el resultado. Es importante aclarar que el mediador no decide por las partes, sino que **su función es ayudar a encontrar opciones para resolver el conflicto**, mas no impone una solución.

El procedimiento alternativo en la solución de conflictos familiares ayuda a la impartición de justicia al evitar juicios contenciosos, por lo cual, se ha implementado en gran parte de las entidades federativas como forma de aliviar la carga de trabajo de los juzgados. Con lo anterior, se pretende crear una nueva **cultura de negociación** para llegar a acuerdos satisfactorios para las partes, **lo cual evita las contiendas prolongadas y el gasto no solo de recursos económicos, sino de las relaciones familiares de las partes en conflicto, y, además, ahorra tiempo y esfuerzo a los juzgadores.**

Uno de los estados de la República en los que se utiliza la mediación es **Zacatecas**, cuyo código familiar la establece como medio para resolver las diferencias surgidas con motivo de la custodia de los hijos o nietos menores de edad, o bien, en la fijación de un régimen de convivencia o para que las partes lleguen a un acuerdo en cuanto a la educación de los hijos (arts 373 y 381, *CFZ*). Igualmente, faculta al juez para remitir a las partes a un procedimiento de mediación con el fin de alcanzar un acuerdo satisfactorio.

En la actualidad, la mayoría de los estados de la Federación cuenta con leyes de mediación, siendo los precursores Oaxaca, Sonora y Querétaro.

Consideramos que lo ideal sería acudir a la mediación antes de iniciar un juicio, ya que ésta debe ser una actividad prejudicial. Sin embargo, en cualquier momento del proceso judicial las partes tienen la oportunidad de hacer uso de la mediación y evitarse así largos y costosos juicios. En los juicios contenciosos, generalmente se invita a las partes a hacer uso de este método alternativo para que se les oriente y puedan resolver su conflicto.

to mediante un “convenio”, el cual deberá ser sancionado por el juez declarándolo **cosa juzgada**.

3.4.3 Aplicación del criterio procesal

En relación al criterio procesal, el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* continúa regulando los procedimientos en controversias del orden familiar, aunque es de reconocer que a esa legislación se le adicionó el Título Décimo Sexto, denominado “De las controversias del orden familiar”, en un capítulo único, ponderando a la familia como base del conglomerado social: “Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de **orden público**, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad” (art 940, *CCDF*).

3.4.4 Características de un código procesal familiar

En esa línea de ideas, se estima necesario que tanto la Asamblea Legislativa del Distrito Federal como el congreso de los estados miembros de la Federación se aboquen a crear un cuerpo de leyes procesales específicas para los juicios del orden familiar; de no existir un procedimiento especial para estos asuntos, la jurisdicción familiar dejaría de estar justificada.

Se requiere una codificación con características propias. La oralidad, celeridad, actuación de oficio, la concertación y la continuidad deben constituir las notas distintivas del procedimiento familiar, también se justifica instituir un trámite conciliatorio previo, como ya lo han hecho algunas entidades federativas; esto daría como resultado una justicia familiar rápida y expedita, así como un menor desgaste en las relaciones familiares.

Ahora bien, un mayor arbitrio judicial en cuanto a la aceptación y apreciación de las pruebas es igualmente importante en el procedimiento familiar. Es necesario confiar en los jueces y que éstos asuman la responsabilidad (civil y penal) cuando no cumplan cabalmente su función.

En México, las únicas entidades que cuentan con un código de procedimientos familiares son **Hidalgo** y **Morelos**, sin embargo, **Nuevo León**, a pesar de no contar con un código procesal especial sobre la materia, incluye un procedimiento oral con las características propias de los procedimientos familiares.

En el **Distrito Federal** y en **Coahuila** ocurre lo mismo, pues en sus códigos de procedimientos civiles se ha instituido un capítulo único denominado “**De las controversias de orden familiar**”. A continuación mencionaremos los principios básicos del Capítulo Único del citado código para el Distrito Federal:

- La familia constituye la base de la integración de la sociedad, por lo cual todos los problemas inherentes a ella se considerarán de orden público (art 940).
- 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 la violencia familiar (art 941).
- En todos los asuntos del orden familiar, los jueces y tribunales estarán obligados a **suplir la deficiencia de las partes** (art 941).
- 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 (art 941).
- Para resolver sobre la custodia y la convivencia provisional de los menores con sus padres, los hijos, apoyados por el asistente de menores, serán presentados en audiencia que se efectuará dentro de los quince días siguientes, para que sean escuchados por el juez y el ministerio público. El juez escuchará a la representación social y valorará los elementos que tenga a su disposición, incluyendo la valoración psicológica de los padres y de los menores, para determinar a quién le corresponderá la custodia (que incluso puede recaer en los abuelos) teniendo como principio fundamental el interés superior del menor (art 941 bis).
- El ascendiente al que no le sea otorgada la custodia podrá convivir con los menores diversos días de la semana fuera del horario escolar, tal como lo fije el juez, considerando la edad de éstos. Asimismo, en forma equitativa se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados y periodos de vacaciones (art 941 ter).
- El juez buscará proteger la integridad física y psicológica de los menores, por ello, la convivencia provisional no se otorgará cuando exista peligro para la integridad física, sexual o psicológica de éstos (art 941 ter).
- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar. Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad. Tratándose de violencia familiar, el juez exhortará a los involucrados, en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar, en caso de que no lo hicieran, el juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida (art 942).
- En casos urgentes, como el de violencia familiar, podrá recurrirse al juez de lo familiar por escrito o compareciendo personalmente ante él, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate, así como

los medios de prueba correspondientes. El juez debe informarle al interesado que puede contar con la asesoría de un **defensor de oficio**; además, procederá a correr traslado a la parte demandada para que comparezca a una audiencia (cuya fecha se determinará en el emplazamiento), en la cual las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas, en el entendido de que tratándose de alimentos provisionales o establecidos por convenio el juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y con base en la información que se haya recabado, una pensión alimentaria mientras dure el juicio (art 943).

Respecto al **código procesal de Coahuila** —que incluye también un título sobre juicios de orden familiar—, éste sigue la línea del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* en cuanto a la intervención oficiosa del juez, su obligación de suplir oficiosamente las deficiencias de las partes y la libertad en la forma de algunos procedimientos familiares, sin embargo, **agrega principios** que deberán normar los procedimientos del orden familiar, a saber:

Artículo 552 del Código Civil de Coahuila.
[...]

- I. *Las reglas sobre la repartición de la carga de la prueba no tendrán aplicación.*
- II. *Para la investigación de la verdad, el juzgador podrá ordenar cualquier prueba, aunque no la ofrezcan las partes.*
- III. *El principio preclusivo en cuanto signifique un obstáculo para el logro de la verdad, no tendrá aplicación.*
- IV. *La admisión de hechos y el allanamiento no vinculan al juzgador.*
- V. *El juzgador **podrá auxiliarse** de licenciados en **trabajo social** o profesionales de otras disciplinas, y de autoridades **que presten sus servicios dentro de la administración pública.***

Esta disposición procesal crea principios muy significativos respecto de juicios específicos, por ejemplo, en materia de divorcio necesario, **en la sentencia, el juez resolverá de oficio** lo relativo al cuidado de los hijos, patria potestad, división de los bienes de la sociedad conyugal, alimentos de los cónyuges y de los hijos, aun cuando las partes no lo hubieran solicitado; para ello, **el juzgador desde el inicio del procedimiento deberá recabar de oficio** los medios de prueba para decidir sobre estas cuestiones (art 594, *CPCC*).

Cerramos este tema con el siguiente comentario sobre las últimas tendencias en materia de legislación procesal familiar: “El juez y los magistrados competentes para conocer de la materia familiar están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia. Más aún, no solo están facultados, además, están obligados a suplir las deficiencias de las partes en sus planteamientos de derecho. Lo que reduce en grado superlativo la posibilidad de que una asesoría legal deficiente trastoque o limite los derechos de los miembros de la familia. Las secuelas de la negligencia en el patrocinio legal serían, en todo caso, menos perniciosas para el patrocinado, gracias a la potestad que la ley civil adjetiva confiere a los jueces y magistrados para suplir las carencias del abogado patrono. Podemos colegir pues que esta vía procesal está diseñada para motivar la observancia de la hipótesis legal incluso por encima de variables impredecibles como la mala asesoría legal.”¹¹

¹¹ **Juan Antonio Castillo López**, *Algunas reflexiones acerca de las controversias de orden familiar*. Profesores investigadores de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, Departamento de Derecho. Juicios orales en materia familiar, México, septiembre de 2001.

UNIDAD 4

Esponsales y matrimonio

4.1 Concepto de esponsales. Efectos del incumplimiento. La ausencia de su regulación en el *Código Civil para el Distrito Federal*

Esponsales

Esta figura comprendía la promesa de matrimonio futuro mediante un acuerdo entre aquellos que pretendían contraerlo, sin embargo, los esponsales desaparecieron de nuestra vida jurídica y actualmente se encuentran derogados.

En la antigua Roma existieron los esponsales como un acuerdo prenupcial, de tal manera que antes de la celebración de un matrimonio se tenía necesariamente que celebrar un acuerdo. Si el matrimonio no se efectuaba, había una acción de reclamación denominada *actio sponsalia*, la cual cayó

en desuso quedando sólo vigente una obligación moral, pues no se podía exigir la celebración del matrimonio.

Hoy en día, la figura de los esponsales consiste en la promesa de matrimonio. Aquella es un convenio mutuamente aceptado por quienes pretenden contraer nupcias, sin embargo, al igual que en la antigua Roma, dicha figura ha desaparecido de nuestra vida jurídica y se encuentra totalmente en desuso.

Jurídicamente, los esponsales han sido considerados un contrato de naturaleza preparatoria, ya que su finalidad es la de llegar al matrimonio. En la actualidad, como mencionamos, debido a la liberalización de costumbres y a la disminución de la importancia social del matrimonio, los esponsales han dejado de tener relevancia en el mundo del derecho. La normatividad de los esponsales indicaba que estando vigente un contrato de esponsales no podía ser celebrado otro con persona distinta; o bien, si estando vigente el contrato se efectuaba un matrimonio con persona distinta, esto acarrearía una declaratoria de infamia, lo cual era un impedimento para contraer nupcias.

Los esponsales dejaban de tener vigencia por varias causas, entre ellas, por su cumplimiento, por la muerte de una de las partes, por mutuo acuerdo, por decisión de una de las partes o por sobrevenir un impedimento para el matrimonio, por ejemplo, que una de las partes perdiera el *jus connubium*, que era la aptitud civil para contraer matrimonio (*justae nuptiae*) y para permanecer en éste.

El fundamento de los esponsales era el asegurar, principalmente, la transmisión del patrimonio y el establecimiento de lazos políticos.

Esta institución se encuentra en desuso según lo establecido por la ONU en la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1962), en donde se acordó prohibir totalmente el matrimonio de los niños y la práctica de los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil por considerarlos prácticas reprobables de la sociedad.

En el *Código Civil para el Distrito Federal* se regulaba esta institución como una forma de convenio a futuro, sin embargo, éste no generaba obligaciones a futuro de contraer matrimonio, pues el acto matrimonial sólo adquiere validez al celebrarse con las debidas solemnidades y requerimientos de ley, es decir, hasta su celebración. No obstante, antes de su derogación, los esponsales generaban obligaciones de orden económico, consistentes en el pago indemnizatorio en el caso de incumplimiento de la promesa, siempre que se hubieran causado daños morales o económicos al

prometido inocente, debiéndose tener en cuenta para el monto de la indemnización lo siguiente: la duración del noviazgo, la intimidad de la relación, la publicidad que se le haya dado, la gravedad del perjuicio causado, la proximidad del matrimonio y los recursos del prometido culpable.

4.2 Nueva concepción del matrimonio en el Distrito Federal

En el Distrito Federal, a partir de febrero de 2010 el “matrimonio es la unión de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambas se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua” (art 146, CCDF). Con este nuevo concepto de matrimonio, el legislador del Distrito Federal no le da al matrimonio homosexual licitud, sino únicamente le otorga legalidad.

Concepto doctrinal de matrimonio

Rafael de Pina considera al matrimonio un acto bilateral solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación aceptada de manera voluntaria por los contrayentes.

Sara Montero Duhalt afirma: “El matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.”

Galindo Garfias sostiene que lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que sólo mediante éste la familia, como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica.

En el Distrito Federal, a partir de febrero de 2010, el “matrimonio es la unión de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambas se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua...” (art 146, CCDF). *Con este nuevo concepto de matrimonio, el legislador del Distrito Federal al instituir el matrimonio homosexual no le está dando a éste licitud, sino únicamente legalidad.*

En efecto, al ser humano le corresponde por naturaleza discernir el bien del mal. Cada grupo social tiene el compromiso de, con la participación de todos sus miembros, conformar los principios éticos y jurídicos que regulen la organización y el desarrollo de la familia y, por ende, de la sociedad, para lo cual, se tendrá en cuenta su idiosincrasia, costumbres, tradiciones, valores familiares y que mediante su cuerpo legislativo cree un sistema jurídico coherente, para fortalecer dichas tradiciones y costumbres, y no para confundirlas, desequilibrarlas y, a la postre, destruirlas.

Terminaremos el tema con esta reflexión: “El amor humano pleno es el amor honesto, que busca el bien integral del otro, y del cual derivan la unión, el gozo y la paz. La entrega corporal sólo es lícita conforme con la dignidad de la persona humana, cuando es entre varón y mujer, y como consecuencia de una previa entrega recíproca de todas sus personas por toda la vida; la ley no hace lícito lo que es ilícito, sólo lo hace legal.”¹

Cabe considerar que los derechos de orden patrimonial de las uniones homosexuales (alimentos y herencia legítima, entre otros) ya estaban protegidos por la *Ley de Convivencia para el Distrito Federal* de 2007, por lo cual no tuvo justificación el matrimonio homosexual, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia no sólo avaló esta figura, sino permitió la posibilidad de la adopción.

4.3 Concepto, naturaleza y fines del matrimonio

Diversas tesis acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio

El matrimonio como contrato ordinario (tesis clásica)

Se basa en que los elementos esenciales y de validez del contrato se encuentran en el matrimonio, fundamentalmente el consentimiento inicial de los contrayentes, la existencia de un objeto, la capacidad exigida por la ley, la ausencia de vicios en la voluntad y la exigencia de formalidades.

continúa

¹ Jorge Adame Goddard, “Análisis y juicio de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal” [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://es.scribd.com/doc/63751723/ANALISIS-Y-JUICIO-DE-LA-LEY-DE-SOCIEDADES-CONVIVENCIA-PARA-EL-DISTRITO-FEDERAL> [Consulta: 12 de mayo de 2013].

continuación

Observación: No basta el acuerdo de voluntades para sostener que el matrimonio sea un contrato; pues en éste no se pueden estipular condiciones y términos, ni adicionar cláusulas o regular las relaciones conyugales de modo contrario a la ley. Los esposos tampoco pueden por sí solos crear el vínculo conyugal, pues se requiere la intervención del oficial del registro civil.

El matrimonio como contrato de adhesión, en virtud de que los esposos no son libres para estipular los derechos y las obligaciones, sino que éstos se encuentran preestablecidos por el legislador y la pareja simplemente se adhiere al régimen impuesto por el Estado.

Observación: No es una de las partes la que impone su voluntad, sino que la voluntad que prevalece es la del Estado.

El matrimonio como acto jurídico

El matrimonio es un acto jurídico, sobre todo en el momento de su constitución, pues los contrayentes manifiestan su voluntad para producir consecuencias jurídicas (derechos y deberes conyugales).

El matrimonio como acto mixto, pues participan en éste no sólo los particulares, sino el juez del registro civil, y no en forma declarativa, sino constitutiva.

Observación: Esta tesis sólo es aplicable a la celebración del matrimonio y no tiene en cuenta la trascendencia del acto una vez celebrado.

El matrimonio como institución (Julien Bonnecase)

Recibe ese nombre porque está regulado por un conjunto de reglas jurídicas cuyo objeto es dar a la unión de sexos y, por lo mismo, a la familia, una organización social y moral que le permita llevar a cabo un estado de vida permanente y la realización de sus finalidades comunes.

El matrimonio como estado jurídico

El matrimonio se inicia con un acto jurídico mixto, pero se perfecciona mediante la vida en común, pues crea entre los esposos una situación jurídica permanente que rige toda la vida matrimonial, originando deberes y derechos conyugales constantes y renovables.

Posición ideológica

El matrimonio es una institución de orden público y de interés social originada por un acto jurídico bilateral y solemne que produce entre los casados un estado jurídico permanente.

Etimológicamente, *matrimonio* se deriva de la raíz latina *matris* y *munium*, por lo cual, etimológicamente significa ‘carga, gravamen o cuidado de la madre’. Por su parte, la palabra *patrimonio*, derivada de *patris* y *munium*, se refiere a “la carga del padre”. El sentido de ambas expresiones no es sino el resultado del papel que la madre y el padre han desempeñado a lo largo de la historia: el padre, encargado tradicionalmente de conseguir el sustento de la familia, correspondiéndole también la protección de ésta, y la madre, en quien ha recaído la carga de conservar el orden del hogar y el cuidado y la educación de los hijos.

El matrimonio, tan antiguo como el hombre, tiene un significado que el común de la gente puede inferir sin dificultad. En efecto, se intuye, se advierte lo que tal figura significa, y es que de alguna manera la humanidad desde su origen ha tenido la vivencia matrimonial, pues ha girado en torno a ella. Sin embargo, es imprescindible conocer la gran trascendencia de dicha institución y el cúmulo de responsabilidades morales y jurídicas que entraña, sobre todo, en la actualidad, dada la crisis cultural y de valores que sufre el país.

4.3.1 Concepto doctrinal de matrimonio

Rafael de Pina considera el matrimonio como un acto bilateral solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación aceptada de manera voluntaria por los contrayentes.²

Sara Montero Duhalt afirma: “El matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.”³

Ahora bien, retornando al campo doctrinal, el jurista **Ignacio Galindo Garfias** —al hacer observaciones a la mayor parte de las definiciones del matrimonio elaboradas por la doctrina y la legislación— advierte que si bien la constitución de una familia, la ayuda recíproca entre los cónyuges y el destino común comprenden los motivos del matrimonio, todos ellos pue-

² **Rafael de Pina**, *Elementos de derecho civil mexicano*, ts I y II, 6a ed, Editorial Porrúa, México, 1972, pág 316.

³ **Sara Montero Duhalt**, *Derecho de familia*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1985, pág 97.

den realizarse en forma satisfactoria fuera del mismo; por lo cual, *lo esencial en el matrimonio desde el punto de vista jurídico radica en que sólo a través de él la familia, como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica*. El estado de matrimonio mediante la seguridad y certeza que le otorga el derecho fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales y éticas en la comunidad.⁴

En efecto, *el fin esencial del matrimonio es proporcionar seguridad jurídica al núcleo familiar*. Es obvio que en muchas uniones extramatrimoniales pueden darse los otros aspectos que comprende el matrimonio, como tener hijos, ayudarse recíprocamente y hacer vida en común; no obstante, si bien son admirables estas uniones porque se mantienen por convicción, también se observa en muchas de ellas irresponsabilidad, violencia y abandono familiar, hasta terminar en la absoluta desintegración; por ello la necesidad del matrimonio civil como forma de proporcionar estabilidad y certidumbre a la familia. Mientras seamos una sociedad mediocrementemente cultivada y no estemos conscientes de nuestros deberes éticos conyugales y filiales se requerirá de la institución matrimonial, por lo cual es muy difícil que a corto o mediano plazo el matrimonio sea desplazado por otro tipo de organización.

Efectivamente, *el concepto intrínseco del matrimonio es inmutable y los valores éticos que encierra siguen y seguirán siendo los mismos*. En este orden de ideas, el matrimonio no puede cambiar, ya que desde que el hombre tiene un comportamiento consciente ha considerado tal unión como un vínculo perenne y estable que le otorga solidez y certeza jurídica al núcleo familiar. La pareja para que se realice como tal necesita constituir su propio hogar, “los casados, casa quieren”.

Cuando hablamos de esta concepción del matrimonio no ignoramos la realidad, es decir, el gran número de familias desintegradas por el divorcio, o peor aún, por la más cruel desorganización familiar, como es el caso de algunas parejas que aparentando una relación armónica viven la más triste de las tragedias y arrastran con ello a sus hijos, predominando en ese núcleo familiar el odio, el resentimiento y la violencia, conservándose el matrimonio sólo por convencionalismos sociales o en razón de los bienes, o simplemente porque no se tienen recursos para vivir separados. A pesar de que abundan estos casos, también existen matrimonios en los que prevalece la armonía, el amor, el respeto y la responsabilidad paterna. De no ser

⁴Ignacio Galindo Garfias, *Derecho civil. Primer curso*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1976, pág 461; citando a John L. Thomas, S.J., *Catholic View point on marriage and family*, Nueva York, 1965, pág 22.

así, ¿podríamos justificar el desarrollo y el progreso de la humanidad? La respuesta negativa es obvia, pues aunque haya mucha degradación y podredumbre, siempre será menos si se tiene en cuenta a la gran mayoría de padres amorosos que prodigan cuidados y atenciones a sus hijos, quienes serán los que guíen los destinos del orbe.

4.3.2 Concepto legal de matrimonio

Las últimas legislaciones familiares en nuestro país conceptúan la unión conyugal, por ejemplo:

- a) El *Código Civil para el Distrito Federal* establece que el “matrimonio es la unión de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua....”.
- b) El *Código Familiar de Zacatecas* de 2007 define al matrimonio como la unión jurídica de un hombre y una mujer, donde ambos, mediante una comunidad de vida y procurándose respeto, igualdad y ayuda mutua, constituyen una familia, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada (art 100).
- c) Para el *Código Familiar de Sonora* de 2011 “el matrimonio es la unión legítima de un hombre y una mujer, con el propósito expreso de integrar una familia, el respeto recíproco y la protección mutua, así como la eventual perpetuación de la especie” (art 11).
- d) El derecho latinoamericano define el matrimonio como la base esencial de la familia, cuyo objeto es la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio; ejemplo de ello es el art 11 del *Código Civil de Costa Rica*.

En conclusión, admitiendo que el matrimonio es el estado jurídico que le da solidez y seguridad jurídica a la familia y que, por otra parte, el amor conyugal es el ingrediente espiritual y físico que le otorga autenticidad y plenitud a ese vínculo, proponemos el siguiente concepto: *El matrimonio es una institución del derecho familiar originada por un acto jurídico consensual entre dos personas de distinto sexo que, en igualdad de condiciones, se unen para constituir legalmente una familia y compartir en forma auténtica, plena y responsable un destino común.*

4.3.3 Naturaleza jurídica y fines del matrimonio

4.3.3.1 Introducción

Determinar la naturaleza jurídica del matrimonio constituye uno de los temas más debatidos en la doctrina, pues no existe uniformidad de criterio sobre la materia. En efecto, para conocer lo intrínseco al matrimonio se ha elaborado gran variedad de tesis; examinemos algunas de ellas.

4.3.3.2 El matrimonio como contrato

La concepción del matrimonio como contrato constituye la tesis tradicional, la cual adquiere fortaleza al instituirse el matrimonio como contrato civil en la Constitución francesa de 1791, y mucho tiempo después, en la Constitución Política de México de 1917. Efectivamente, nuestra Carta Magna no pudo sustraerse a la influencia de esta postura, ni a la de las *Leyes de Reforma* expedidas por Juárez, que declaraban el carácter contractual del vínculo matrimonial. A raíz de estas legislaciones, la tesis objeto de estudio ha encontrado no sólo fundamento doctrinal, sino incluso legal.

La razón principal que sustenta esta tesis es el considerar que los elementos esenciales y de validez de los contratos se encuentran en el matrimonio, sobre todo, *el consentimiento inicial de los contrayentes para llevarlo a cabo, la existencia de un objeto, la capacidad de los contrayentes, la ausencia de vicios en la voluntad y la exigencia de formalidades*. Se esgrime también que así como los contratos pueden terminar por acuerdo de las partes, existe la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial mediante el divorcio. Se argumenta además que la intervención del Estado por medio de un funcionario, la exigencia de ciertas solemnidades, la restricción de la libertad de los contrayentes y la prohibición de crear términos y condiciones, entre otros aspectos, son consecuencia de la naturaleza de la convención y no destruyen la esencia contractual de la misma.

Contra esta doctrina clásica se levanta **Roberto de Ruggiero**, profesor de la Universidad de Nápoles, el cual construye toda una crítica para negar el carácter contractual del matrimonio. El mencionado jurista sostiene que *no basta el acuerdo de voluntades para demostrar que el matrimonio sea un contrato*: “Precisamente las normas que no sólo limitan, sino aniquilan toda autonomía de la voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos, ni adicionar cláusulas o mo-

dalidades, ni mucho menos disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley. La libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales y aún en todo caso está muy limitada.”⁵

Para este autor, el matrimonio es un negocio jurídico complejo, formado mediante el concurso de voluntades de los particulares y del Estado.

El matrimonio como contrato de adhesión

Una versión distinta de la tesis contractual sostiene que el matrimonio no es un contrato de los llamados ordinarios, sino un contrato de adhesión, en virtud de que los esposos no son libres para estipular los derechos y obligaciones que se generan con la unión matrimonial, sino que tales efectos se encuentran preestablecidos por el legislador y la pareja simplemente se adhiere al régimen legal impuesto por el Estado.

No se puede aceptar como válida la teoría objeto de estudio porque en el caso del matrimonio no es una de las partes la que impone su voluntad —como en los demás contratos de adhesión—, sino que la voluntad que prevalece es la del Estado. Por otra parte, la mencionada tesis no tiene en cuenta el papel que desempeña el juez del registro civil, pues, como se ha dicho, su intervención no sólo es declarativa, sino constitutiva del matrimonio.

4.3.3.3 El matrimonio como acto jurídico

Si bien la mayor parte de la doctrina se inclina por desechar la tesis contractual, sí admite uniformemente que el matrimonio es ante todo un acto jurídico, sobre todo, en el momento de su constitución. En efecto, el matrimonio es un acto jurídico, pues al celebrarlo se manifiesta la voluntad de producir consecuencias jurídicas previamente establecidas por el legislador. Ahora bien, la polémica se presenta al determinar el tipo de acto que lleva a cabo la pareja al contraer matrimonio, así surgen distintas opiniones: el matrimonio como acto mixto, como acto bilateral, etc; a continuación se expondrán brevemente algunas de ellas.

El matrimonio como acto mixto

El jurista **Rafael Rojina Villegas** niega también el carácter contractual del matrimonio y lo considera un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los contrayentes, sino también por la intervención del juez del registro civil. Este funcionario desempeña un papel constitutivo

⁵ **Roberto de Ruggiero**, *Instituciones de derecho civil*, trads **Ramón Serrano** y **José Santa Cruz Teijeiro**, t II, Madrid, s/f, pág 68.

y no simplemente declarativo, pues si se omitiera en el acta de matrimonio su declaración respecto a considerar unida a la pareja en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

Afirma **Rojina Villegas** que “los mismos autores que han admitido la existencia del matrimonio como contrato, no han podido negar la característica que tiene como acto jurídico mixto y el papel esencial que juega el juez del registro civil”.⁶ Advierte el citado autor que aun cuando la Constitución Política de México y los diversos códigos civiles de las entidades federativas le han dado al matrimonio carácter de contrato, tal situación tuvo originalmente por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que otorgó carácter de sacramento al matrimonio; por eso, en el art 130 de la Constitución se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil.

4.3.3.4 El matrimonio como institución

Julien Bonnecase, destacado civilista francés, critica también la postura de los redactores del Código Napoleón, que aceptan la idea de que el matrimonio es un contrato, ya que incluso al reglamentar la unión matrimonial no le dan el mismo tratamiento que a los contratos basados en el principio de la autonomía de la voluntad, lo cual no ocurre en el matrimonio, toda vez que los consortes no pueden alterar el régimen del mismo estipulando derechos y obligaciones distintos de los que determina la ley. En este orden de ideas, serán nulos los pactos que hagan los contrayentes en contravención al respeto, la igualdad y la ayuda mutua que se deben los cónyuges (art 147, *CCDF*).

En cuanto a la constitución del matrimonio, el citado autor considera que el juez del registro civil no tiene como función completar la voluntad de los contrayentes, sino intervenir constituyendo el matrimonio. Además, afirma que “en resumen no es exagerado afirmar que desde el punto de vista de su formación, el matrimonio nada tiene de común con el contrato. La misma observación ha de hacerse en lo que se refiere a su objeto. El matrimonio no tiende a apropiarse de las riquezas ni al aprovechamiento de los servicios de valorización pecuniaria”.⁷ Con estas bases, **Bonnecase** se inclina por considerar al matrimonio como una institución.

⁶ **Rafael Rojina Villegas**, *Derecho civil mexicano*, ts I y II, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1986, págs 220 y siguientes.

⁷ **Julien Bonnecase**, *Elementos de derecho civil*, trad **José María Cajica Jr**, t II, México, Puebla, 1945, pág 182.

En efecto, este autor sostiene que el vínculo conyugal es una institución porque está regulado por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de sexos, y por lo mismo a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción del derecho.⁸

El jurista **Rafael Rojina Villegas** al comentar esta tesis manifiesta que tiene la ventaja de comprender no sólo el aspecto inicial del matrimonio, sino también el estado de vida que le da significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa mediante la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimiento de la institución misma.⁹

4.3.3.5 El matrimonio como estado jurídico

Para los partidarios de esta tesis, el matrimonio constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los esposos y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

El matrimonio constituye un estado jurídico entre la pareja, pues crea para los casados una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes (derechos y deberes conyugales) quedando reguladas todas las situaciones que se presentan en la vida matrimonial. El matrimonio es un estado de derecho porque tiene como origen un acto jurídico, a diferencia del concubinato, que se presenta como un simple estado de hecho. Sin embargo, entre ambos existe analogía, en virtud de que constituyen estados del hombre debidos a la unión sexual permanente; pero mientras que en el matrimonio, como estado jurídico, están regulados por un orden normativo los derechos y obligaciones inherentes al mismo, en el concubinato, si bien no encontramos equiparación absoluta con el matrimonio, se producen ciertos efectos jurídicos, por lo cual recibe la calificación de estado jurídico de hecho.

4.3.3.6 Posición ideológica

Si lo que se pretende es conocer la naturaleza jurídica del matrimonio, es evidente que deben tenerse en cuenta todos los aspectos intrínsecos a la figura, aunque con ello se llegue a conclusiones en las que se conjuguen

⁸ Loc cit.

⁹ **Rafael Rojina Villegas**, ob cit, págs 212-213.

quizá varias tesis. Por tanto, *se debe considerar al matrimonio como acto jurídico y como institución de orden público de derecho familiar*, ya que el primero se refiere sólo al momento en que se contrae la relación, mientras que como institución alude al estado jurídico que produce tal acto, el cual crea consecuencias de derecho constantes entre los cónyuges.

Efectivamente, vamos a partir de la premisa de que el matrimonio es un acto jurídico bilateral, por existir la manifestación de las voluntades del hombre y la mujer encaminadas a producir consecuencias jurídicas muy singulares, pues los derechos y deberes de los casados son recíprocos, es decir, mutuos, de manera que la fidelidad y la relación sexual son al mismo tiempo derechos y deberes. Por otra parte, esa suma de voluntades de los contrayentes de unirse en matrimonio se puede considerar una convención, más no un contrato, pues en el matrimonio no existe la autonomía de la voluntad característica de los contratos. Ahora bien, se observa el marcado interés público en el matrimonio, al configurar el legislador todo un sistema de derecho para conservar y salvaguardar el interés familiar, cuyo núcleo es, entre otros, el matrimonio; por lo cual se debe considerar esta figura como una institución de orden público que protege intereses superiores de orden familiar.

En virtud de que la intervención y declaración del juez del registro civil es constitutiva del matrimonio, el carácter de este acto es mixto, es decir, solemne, porque no es únicamente solemne la intervención de ese funcionario, sino todo el ritual que establecen al respecto los arts 102 y 103 del *Código Civil*, es decir, la declaración de matrimonio que hace el juez a nombre de la ley y de la sociedad, la acostumbrada exhortación a los contrayentes sobre las finalidades del matrimonio y el levantamiento del acta matrimonial, en la que se harán constar los nombres, apellidos y firmas de los contrayentes y del juez del registro civil.

Ahora bien, la naturaleza del matrimonio no se agota con la celebración del acto, sino que se consuma y perfecciona con la vida en común de la pareja. En efecto, la plenitud de las consecuencias jurídicas, *el cumplimiento de los deberes conyugales, la realización de los fines jurídicos y morales del matrimonio, la constitución de una familia y el cuidado de los hijos dependen fundamentalmente del estado matrimonial, lo cual sólo puede darse mediante la vida en común*.

Con base en este discernimiento, concluimos que el matrimonio es una institución de derecho familiar originada por un acto jurídico bilateral y solemne de un marcado interés público, por el cual se produce un estado jurídico permanente entre los contrayentes, cuyos derechos y obligaciones conyugales se encuentran preestablecidos por el orden jurídico.

4.3.3.7 Fines del matrimonio

Naturalmente, la pareja busca compartir en forma auténtica y responsable un destino común y, eventualmente, constituir una familia. El cumplimiento cabal de los deberes y derechos conyugales hará posible la consecución de los fines del matrimonio, es decir, que los cónyuges compartan responsablemente un destino común y tengan las bases legales y morales para constituir una familia.

4.4 Requisitos para contraer matrimonio

Elementos esenciales o de existencia
(la falta de alguno de ellos provoca la **nulidad absoluta** del matrimonio).

Consentimiento: es la suma de voluntades del hombre y la mujer para concretar la unión. Debe manifestarse por escrito (en el acta) y oralmente ante el oficial del registro civil.

Objeto directo: consiste en la creación de derechos y deberes conyugales, cuyo cumplimiento hará posible que el hombre y la mujer compartan un destino común y tengan las bases legales y morales para constituir una familia.

Diversidad sexual: sólo mediante ésta se puede dar la procreación. El matrimonio entre homosexuales es nulo, con excepción del Distrito Federal, donde se permite.

Solemnidades: le dan existencia jurídica a la unión (arts 102 y 103, *CCDF*)

—La intervención y declaración del juez del registro civil, que tienen efectos constitutivos del matrimonio.

—Que se otorgue el acta matrimonial.

—Que se haga constar en el acta el consentimiento de los contrayentes y la manifestación del juez del registro civil declarándolos unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

Elementos de validez
(la ausencia de alguno de ellos provoca la **nulidad relativa** del matrimonio).

Capacidad

De ejercicio, que se adquiere al cumplir la mayoría de edad, sin embargo, se permite que los varones mayores de 16 años y las mujeres mayores de 14 se casen con la autorización de sus representantes legales.

Ausencia de vicios en la voluntad: el consentimiento debe ser puro, libre, espontáneo, sin error, miedo o violencia.

Licitud en el objeto: para que se celebre el matrimonio no debe haber impedimentos dirimentes.

Formalidades: otorgan al matrimonio la perfección requerida por la ley.

—Anteriores al matrimonio (arts 97 y 98, *CCDF*).

—Simultáneas al matrimonio (arts 101, 102 y 103, *CCDF*).

4.4.1 Requisitos esenciales del matrimonio (arts 102 y 103, CCDF)

La gran importancia y trascendencia del matrimonio en el orden jurídico, social y moral ha justificado la postura del legislador de determinar con todo rigor los requisitos para contraer matrimonio válidamente. *En ninguna otra relación son estos requisitos tan numerosos y complejos, ya que no hay otro vínculo jurídico que exija las garantías que reclama el matrimonio, pues de éste depende la prosperidad familiar y en última instancia la estabilidad de la sociedad y del Estado.*

Para determinar los elementos de esta unión legítima debemos partir de la base de considerar al matrimonio como un acto jurídico con los elementos esenciales y de validez que lo hacen tener una existencia perfecta. En efecto, hay requisitos indispensables —también llamados *elementos de existencia*— para que la unión tenga vida jurídica, éstos corresponden a las finalidades y caracteres propios del vínculo conyugal, como en el caso del consentimiento de los contrayentes para constituir el matrimonio y el objeto que persigue dicha unión. La diversidad sexual también debiera ser un elemento esencial, pues constituye un verdadero supuesto del matrimonio. No menos importantes son las solemnidades, que le dan existencia jurídica a la relación, como son la intervención y la declaración del juez del registro civil, así como el levantamiento del acta matrimonial, en la que se asientan la voluntad de los contrayentes y los nombres y firmas de ellos y del juez. Podemos en consecuencia definir los *elementos esenciales* como *aquellos que le dan existencia jurídica a la relación conyugal, sin los cuales el acto jurídico no tiene vida*, provocándose con ello fatalmente la inexistencia del acto.

Ahora bien, *para que el matrimonio tenga una existencia perfecta se requiere de ciertos elementos de validez*, a saber: la capacidad, la licitud en el objeto, la ausencia de vicios en la voluntad y las formalidades. Consideramos como elementos de validez a aquellos que si bien no son necesarios para la existencia del matrimonio sí son determinantes para su existencia perfecta, ya que su inobservancia trae como consecuencia la nulidad absoluta o relativa del acto. Examinemos cada uno de esos elementos.

A. El consentimiento en el matrimonio

El consentimiento en materia de matrimonio no es sino la suma de voluntades para crear el vínculo, es decir, la voluntad del hombre más la voluntad de la mujer dan lugar al consentimiento; por tanto, una de las características del matrimonio es la bilateralidad. Ahora bien, el consentimiento, además de constar por escrito, debe manifestarse oralmente y de forma inequí-

voca. Si en una ceremonia civil uno o ambos contrayentes guardaran silencio y se condujeran en forma pasiva, no se tendrá por manifestada su voluntad y el juez del registro civil no podrá continuar con la celebración del acto; si prosiguiera la ceremonia, ese matrimonio no produciría efecto jurídico alguno. En conclusión, la voluntad interna de casarse debe coincidir con la declaración externa.

Por otra parte, el consentimiento tiene que ser además solemne, es decir, manifestarse ante el juez del registro civil en respuesta a la pregunta que éste formula a los contrayentes: si es su voluntad unirse en matrimonio. Asimismo, el consentimiento debe hacerse constar en el acta correspondiente mediante la firma de los contrayentes; sin este requisito no tendrá existencia jurídica el matrimonio.

Con sobrada razón se afirma que el consentimiento se manifiesta en dos momentos: primero, en la solicitud del matrimonio que se presenta ante el juez del registro civil; segundo, en la ceremonia misma de las nupcias al contestar afirmativamente a la pregunta planteada por dicho funcionario: si es su voluntad unirse en matrimonio. Por tanto, aun habiéndose expresado el consentimiento en la solicitud de matrimonio es necesario consentir nuevamente en el momento mismo de la celebración; si no hubiera esta última manifestación de la voluntad, no existiría propiamente el matrimonio.

B. El objeto

La naturaleza del matrimonio lo hace ser un acto jurídico complejo, cuyo objeto directo consiste en la creación de derechos y obligaciones conyugales, tales como la cohabitación, la ayuda mutua, la fidelidad, la relación sexual, entre otros. El cumplimiento cabal de estos deberes-derechos hará posibles los fines del matrimonio, es decir, que los cónyuges compartan responsablemente un destino común y tengan las bases legales y morales para constituir una familia.

C. La diversidad sexual

Hemos definido el matrimonio como la unión jurídica de un hombre y una mujer, es decir, el vínculo existente entre dos personas de distinto sexo; en consecuencia, si no se diera la diversidad sexual, el acto jurídico sería inexistente, se reduciría a “la nada jurídica” por faltar un elemento esencial, consistente en un objeto jurídicamente posible. La diversidad sexual constituye en la mayoría de los países civilizados un verdadero requisito del matrimonio.

Efectivamente, en nuestro país, todo el contenido de la legislación relativa al matrimonio parte de la diversidad sexual y, por ende, si falta un elemento esencial no puede haber matrimonio. Al respecto, el art 2224 del *Código Civil para el Distrito Federal* regula perfectamente la situación al establecer: “El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de convalidarse por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”, es decir, la inexistencia hará que el matrimonio en caso de celebrarse no produzca consecuencia alguna como acto jurídico.

Ahora bien, en el año 2006, con vigencia en 2007, se instituyó en el Distrito Federal la llamada *Ley de Sociedad de Convivencia*, que autoriza el registro de un vínculo entre dos personas, no importando su sexo, para crear derechos y deberes jurídicos de alimentos y de herencia legítima, entre otros. Siguiendo la postura del Distrito Federal se instituyó en el *Código Civil de Coahuila* la figura jurídica del *Pacto Civil de Solidaridad*, en 2007, el cual considera otros efectos jurídicos, como el derecho a la seguridad social. Ahora bien, no obstante que ya estaban protegidos los intereses económicos de los homosexuales en las citadas legislaciones, en 2010 se instituyó en el Distrito Federal el matrimonio civil entre personas del mismo sexo originándose con ello un verdadero retroceso jurídico.

4.4.2 Las solemnidades en el matrimonio (CCDF)

Con anterioridad se ha explicado la importancia de *la intervención del juez del registro civil*, pues tiene efectos no únicamente declarativos del matrimonio, sino constitutivos del mismo. De modo que sin la participación de ese funcionario no se verificaría la unión jurídica, es decir, un juramento de amor eterno hecho ante testigos en presencia de un ministro religioso, o bien, ante la fe de un notario público no constituye matrimonio; incluso cuando haya habido posesión de estado (trato y fama de casados), dicha unión estará equiparada al concubinato, de reunirse los requisitos legales.

Con este planteamiento, “la nulidad que se funde en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio puede alegarse 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” (art 249, CCDF).

Atendiendo al precepto transcrito, la falta de solemnidades en el matrimonio traerá como sanción la nulidad absoluta del mismo, ya que aparte

de no señalar el legislador tiempo de prescripción, faculta a todo interesado a promover la acción de nulidad, incluyendo al ministerio público.

Otra solemnidad la constituye *el levantamiento del acta de matrimonio* en el libro correspondiente, en donde conste el nombre y la firma de los contrayentes y del juez del registro civil.

El art 102 del *Código Civil para el Distrito Federal* regula algunas solemnidades del matrimonio, al determinar lo siguiente: “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.”

Los arts 102 y 103 del *Código Civil para el Distrito Federal* consideran solemnidades y formalidades; citaremos las primeras a continuación:

Artículo 103. *Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:*

- 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. *El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores o de 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;*
- [...]
- 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.

La ausencia de estas solemnidades traerá como consecuencia la nulidad absoluta del matrimonio: “La nulidad que se funde en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse 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” (art 249).

4.4.3 Requisitos de validez

4.4.3.1 La capacidad de los contrayentes

Mencionamos antes que para que el matrimonio tenga una existencia perfecta es necesario que se cumplan ciertos requisitos de validez, los cuales le darán al acto una existencia válida y eficaz con efectos plenos. Analizaremos la capacidad como requisito de validez.

En nuestro país es criterio preponderante establecer como edad mínima para casarse en el hombre dieciséis años y en la mujer catorce, por ende, constituye una prohibición para celebrar nupcias el tener menos de esa edad. No obstante, existe la posibilidad de conceder autorización a los menores de esa edad cuando exista causa justificada para llevar a cabo la unión, por ejemplo, que la pareja hayan tenido hijos o que estén en vísperas de tenerlos. En estos casos, la autoridad judicial puede otorgar la llamada *dispensa*, es decir, la autorización para contraer nupcias.

Si bien sólo se exigen dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer para contraer matrimonio, es indispensable la autorización de los que ejercen la patria potestad sobre los menores de dieciocho años. *La mayoría de edad hace al individuo plenamente capaz para disponer de su persona y de sus bienes*, y, por tanto, para celebrar matrimonio válido. La capacidad de ejercicio constituye entonces un verdadero elemento de validez, por lo cual el contraer nupcias sin la edad mínima (14 y 16 años) o sin la autorización de los ascendientes siendo aún menores, dará lugar a la nulidad del matrimonio.

En relación al mínimo de edad exigido por la ley, en la actualidad es necesario un cambio de criterio, en virtud de que está por demás justificado el imperativo de aumentar la edad, pues las estadísticas muestran que el matrimonio entre muy jóvenes está destinado a fracasar. Es evidente que esas parejas desconocían las responsabilidades inherentes al matrimonio.

El *Código Familiar de Sonora* de 2011 equipara la edad exigida a los contrayentes a los 16 años: “Es impedimento para celebrar matrimonio la edad menor a dieciséis años en la mujer y en el varón, cuando no haya sido dispensada por el juez de primera instancia” (art 22, fracc I).

Por último, insistimos en la importancia de establecer como requisito para contraer nupcias el haber recibido constancia de una **preparación pre-nupcial**, en la que a los pretendientes se les instruya sobre las responsabilidades (efectos jurídicos) que produce la relación conyugal.

4.4.3.2 Ausencia de vicios en el consentimiento

La manifestación de la voluntad para contraer matrimonio no debe estar afectada de vicios; este imperativo constituye un requisito de validez en cualquier acto jurídico, razón de más en el acto matrimonial, el cual constituye una de las bases en que se sustenta la familia. Efectivamente, el consentimiento debe ser ante todo libre, puro, espontáneo; el matrimonio ha sido a través de su historia una unión perenne que requiere espontaneidad, certidumbre, libertad, por tanto, el consentimiento debe manifestarse en forma cierta y libre.

El consentimiento externado con libertad, es decir, sin vicios en la voluntad, dará validez y perfección al acto matrimonial; no así cuando se expresa con miedo o por intimidación, caso en que si bien hubo consentimiento, estuvo viciado y por ende es susceptible de decretarse la nulidad del acto a petición de la parte afectada y dentro del término establecido por la ley. En el matrimonio, los vicios en la voluntad pueden ser el error, el miedo y la violencia.

- a) **El error:** el consentimiento debe manifestarse en forma cierta, de tal manera que no exista error acerca de la persona con quien se contrae matrimonio. *La ley se refiere no a cualquier clase de error, sino únicamente al error de identidad, no así al que recae sobre las cualidades del cónyuge.*

Al respecto, el art 235 del *Código Civil para el Distrito Federal* establece lo siguiente:

Son causas de nulidad de un matrimonio:

- I. *El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra [...].*

Ahora bien, el error de identidad sólo ocurre en el matrimonio por apoderado, situación que en nuestro medio no se acostumbra.

Por otra parte, no puede alegarse error en las cualidades de la persona por creer que su cónyuge tenía tal o cual virtud, carácter, riqueza, poder, etcétera. Al respecto, afirma **Sara Montero**: “Es bien sabido que la etapa del noviazgo está en muchísimos casos matizada de ficciones, cada prometido quiere ser agradable a los ojos del otro y ello conduce a que las conductas

de ambos no sean siempre espontáneas ni correspondan a la auténtica personalidad de los novios.”¹⁰

Sin embargo, el destacado jurista **Antonio de Ibarrola** se muestra partidario de reformar el sistema adoptado por la legislación mexicana acerca del error sobre la persona, ya que para él existen hechos graves que seguramente hubieran disuadido al contrayente de su proyecto de casarse de haber conocido la verdad (por ejemplo, que la otra persona fuera expresidiaria, divorciada, que tuviera hijos, etcétera). Al respecto, hace alusión a la jurisprudencia francesa, que acepta la posibilidad de admitir el error sobre las cualidades de la persona como causa de nulidad.¹¹

- b) **La violencia:** el consentimiento debe expresarse en forma libre, por tanto, toda manifestación de violencia física, moral o psicológica, que implique peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, la familia o los bienes viciará el consentimiento y dará lugar a la nulidad del acto.

En efecto, en todo matrimonio que se celebre habiendo de por medio violencia física (por la cual el sujeto se vea obligado a actuar por la fuerza), o bien, violencia moral o psicológica (ante el temor nacido de una amenaza), habrá vicios en el consentimiento.

Se requiere además que la violencia haya sido causada en agravio del contrayente mismo o en contra de quienes ejercen sobre éste la patria potestad o la tutela. Cabe señalar que a la ley se le escapa regular el caso de violencia en contra de los hijos.

- c) **Licitud del matrimonio:** de acuerdo con el contenido de la legislación civil, todo acto ilícito en el objeto, motivo o finalidad del matrimonio dará lugar a la nulidad del mismo. Sin embargo, ante la importancia de la institución matrimonial y su trascendencia en la familia y en la sociedad, el legislador ha preferido nulificar no la unión sino aquel pacto al cual llegó la pareja: “Serán nulos los pactos que hagan los contrayentes en contravención a lo señalado en el artículo anterior” (art 147, CCDF), es decir, los acuerdos en contra de la ayuda mutua, de la igualdad jurídica y del respeto y la consideración que se deben los casados.

¹⁰ Sara Montero Duhalt, ob cit, pág 126.

¹¹ Antonio de Ibarrola, *Derecho de familia*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1981, pág 211.

El matrimonio debe tener como característica ineludible la licitud; en consecuencia, en su celebración deben cubrirse todos los requisitos legales que le otorguen validez y perfección. En el art 156 del *Código Civil* se establece una serie de prohibiciones denominadas *impedimentos para contraer matrimonio*.

Un matrimonio es lícito cuando en el momento de su celebración la pareja no tiene impedimento legal para llevarlo a cabo. En la doctrina sólo se mencionan como matrimonios ilícitos los siguientes: el adulterio habido entre personas que pretendan contraer matrimonio, el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el otro, el rapto, la bigamia y el incesto. En los cinco casos anteriores se nulifica el matrimonio por originarse en hechos ilícitos, que incluso pueden constituir delitos.

4.5 Impedimentos para contraer matrimonio

Impedimentos para contraer matrimonio

Concepto: situaciones o causas por las que se prohíbe la celebración del matrimonio.

Origen: se encuentra en el derecho canónico, el cual fue adoptado por la legislación al establecer las prohibiciones para contraer matrimonio.

Clasificación de los impedimentos según el derecho canónico

Dirimentes e impedientes: los primeros establecen prohibiciones graves e impiden que se contraiga matrimonio válidamente; si éste se celebrara, sería nulo. Los impedientes se oponen al perfeccionamiento de un matrimonio lícito; pero si éste se contrajera, no se anularía.

De derecho divino y de derecho humano: los primeros derivan de una prohibición divina (el parentesco consanguíneo en línea recta); los segundos, de una disposición eclesiástica (parentesco colateral en tercer grado).

Absolutos y relativos: los primeros se presentan cuando existe la prohibición para casarse con cualquier persona (por estar ya casado); los segundos sólo prohíben hacerlo con persona determinada (como la prohibición respecto a los parientes).

De grado mayor y menor: los primeros prohíben casarse a los parientes cercanos; los segundos, a los colaterales en tercer grado (dispensable).

Impedimentos dirimentes:
provocan la nulidad
del matrimonio
(arts 156 y 157, CCDF)

- Falta de edad (14 y 16 años); es dispensable.
- Falta de autorización de los representantes legales.
- Parentesco de consanguinidad y afinidad sin límite de grado en línea recta y en el colateral hasta el tercer grado (dispensable).
- Adulterio entre los que pretenden casarse.
- Atentado contra la vida de uno de los casados.
- Fuerza o miedo grave (intimidación).
- Ciertas enfermedades, vicios, impotencia, idiotismo, etcétera.
- Falta de formalidades.

En virtud de la trascendencia del matrimonio y con el objeto de tutelar el núcleo familiar, el legislador crea un régimen singular de nulidad, por el cual, ante la presencia de prohibiciones menos graves (impedimentos impedientes), prefiere seguir considerando al matrimonio como válido y sólo dará lugar a una sanción administrativa (multa).

**Impedimentos
impedientes:** sólo provocan
sanción administrativa

- Cuando está pendiente de resolver un impedimento dispensado (falta de edad o parentesco colateral).
- Cuando está pendiente la dispensa al tutor para casarse con la pupila (art 159, CCDF).

4.5.1 Introducción

Hemos insistido en que el derecho a contraer matrimonio consiste en el derecho natural de la persona a elegir libremente a un cónyuge. Por lo cual sólo puede impedirse su celebración por razones graves y justas; por ende, las leyes limitativas deben interpretarse estrictamente, y en caso de duda, debe prevalecer el derecho natural de contraer nupcias y de elegir libremente al cónyuge.

El sistema de impedimentos seguido por nuestra legislación tiene sus raíces en el derecho canónico. El jurista mexicano **Felipe López Monroy**, en su cátedra, afirma que la Iglesia católica creó la doctrina de los impedimentos para evitar que continuara la práctica de “vender” el padre a las hijas mediante el matrimonio, volviéndose éste una unión forzada. De esta manera, se crearon los impedimentos del dolo, la violencia, la fuerza y el miedo; en consecuencia, la figura del matrimonio se convirtió en un acto con-

sensual, de voluntad. No obstante lo anterior, el jurista aludido considera que los impedimentos en sí son más bien el resultado de una cultura.¹²

No cabe duda de que la influencia del cristianismo ha subsistido a pesar de la separación del clero y el Estado. En efecto, a lo largo del contenido de la legislación civil, en nuestro sistema jurídico encontramos los resabios del derecho canónico. De esta manera, en materia de prohibiciones para contraer matrimonio, la ley los llama *impedimentos*, vocablo empleado por los canonistas para denominar a las prohibiciones legales para contraer matrimonio.

La clasificación doctrinal de impedimentos se fundamenta en los efectos que producen, *distinguiendo los impedimentos dirimentes de los impedientes*: los primeros establecen prohibiciones graves para contraer matrimonio e impiden que se contraiga válidamente; los segundos no provocan la nulidad si se contrae el matrimonio a pesar del impedimento. Se llama *dirimente* al impedimento que consiste en una situación personal de uno o de ambos pretendientes, la cual es obstáculo para el matrimonio y en vista de ella, éste no puede celebrarse.

Con estos argumentos podemos apreciar la necesidad de que en materia de nulidad de matrimonio el legislador deba ser expreso, ya que la nulidad de cualquier acto jurídico —como el de una compraventa— no tiene la misma importancia ni trascendencia que la nulidad de un matrimonio, pues esta última provoca la desintegración de la familia. En tal virtud, la estabilidad del matrimonio, indispensable para la sociedad, obliga al legislador a crear un régimen singular de nulidad, diferente al sistema aplicable al derecho civil patrimonial.

Podríamos concluir que *en nuestro derecho no hay nulidad del matrimonio sin texto que la imponga*, es decir, *la validez del matrimonio se presume, la nulidad del mismo tiene que ser declarada en sentencia judicial*.

4.5.2 Estudio específico de los impedimentos dirimentes

Los impedimentos dirimentes están contenidos en los arts 156 y 157 del *Código Civil para el Distrito Federal*, a saber:

- a) *La falta de edad requerida por la ley cuando no haya sido dispensada* (art 156, fracc I). Los contrayentes deben tener la edad núbil, es decir, el

¹² Felipe López Monroy, apuntes de cátedra impartida en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Tamaulipas, 1979.

hombre, 16 años y la mujer, 14. Por otra parte, el *Código Familiar de Sonora* exige 16 años para ambos contrayentes.

Si el matrimonio se celebra sin que la pareja tenga la edad requerida por la ley y sin previa dispensa otorgada por la autoridad correspondiente, ese matrimonio es susceptible de declararse nulo.

- b) *La falta de consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, del tutor o del juez de lo familiar, en sus respectivos casos* (art 156, fracc II). Por consiguiente, constituye un requisito indispensable para contraer matrimonio el que los padres, los abuelos, tutores o el juez, en su caso, autoricen al menor de dieciocho años a celebrar nupcias. No se entienda con esto que los que deben manifestar la voluntad en el matrimonio son los padres, el tutor o el juez; la voluntad requerida en forma expresa y espontánea debe ser la de los contrayentes, independientemente de su edad. En el matrimonio no se suplirá la voluntad de los contrayentes, simplemente se autorizará que se efectúen las nupcias en virtud de su minoría de edad.
- c) *El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendente* (art 156, fracc III). 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. Ahora bien, la obligación del juez del registro civil de exigir el acta de nacimiento de los pretendientes (art 98, CCDF) permite a dicho funcionario conocer no sólo la edad de los interesados en contraer nupcias, sino también verificar las condiciones de parentesco.

En realidad, la justificación de la prohibición objeto de estudio es impedir por razones éticas y genéticas que personas de la misma sangre constituyan un matrimonio incestuoso y formen con él una familia. De no respetarse tal prohibición, el matrimonio estará por supuesto afectado de nulidad.

- d) *El parentesco de afinidad en línea recta sin limitación de grado* (art 156, fracc IV). Resulta obvio que si lo que originó el parentesco de afinidad es la existencia de un matrimonio, la disolución del mismo mediante la nulidad, el divorcio o la muerte, hará que desaparezca fatalmente tal parentesco. Sin embargo, la ley establece la prohibición para contraer nupcias a los que fueron parientes afines en línea recta. Indudablemente fueron razones de orden moral las que tuvo en cuenta el legislador para considerar tal impedimento; no así en el parentesco consanguíneo, que se fundamenta básicamente en causas biológicas.

El maestro **Rojina Villegas** y el jurista contemporáneo **Flavio Galván** sostienen como criterio personal la idea de que en caso de concubinato uno de los que fueron concubenarios debe estar igualmente impedido para casarse con los parientes consanguíneos en línea recta del otro, y en caso de que se lleve a cabo la unión deberá prosperar la nulidad de matrimonio.

- e) *El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado* (art 156, fracc V). El caso se presenta obviamente cuando estando vigente un matrimonio uno de los cónyuges comete adulterio con un tercero. Ahora bien, al disolverse ese matrimonio por divorcio, por muerte o por nulidad, los adúlteros están impedidos para casarse. Esto no significa que se le esté prohibiendo al que fuera cónyuge culpable contraer matrimonio con un tercero, sino únicamente con aquel que fue coautor del adulterio. Se trata de una sanción impuesta a los autores de la desintegración de un matrimonio y quizá de una familia. Ahora bien, la condición que exige la ley es que el adulterio haya sido probado en juicio, por ejemplo, que precisamente el adulterio haya sido la causa del divorcio.
- f) *El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre* (art 156, fracc VI). El *Código Civil* no exige que un tercero haya privado de la vida a uno de los casados, sino que basta el atentado contra la misma para que tenga lugar la prohibición.
- g) *La violencia física o moral para la celebración del matrimonio* (art 156, fracc VII). Puede existir consentimiento aparente, porque el consentimiento real no haya sido dado libremente, se dice entonces que el consentimiento está viciado. En esta materia, el legislador se ha basado en la teoría de los vicios del consentimiento desarrollada en los arts 1812 y 1819 del *Código Civil para el Distrito Federal*, los cuales establecen que el consentimiento puede ser invalidado en los casos de error, dolo, mala fe, violencia o lesión.
- h) *La impotencia incurable para la cópula* (art 156, fracc VIII). Se discute en la doctrina si un padecimiento congénito, como malformaciones orgánicas en la mujer, o bien, enfermedades psíquicas, como la frigidez, constituyen impedimentos para las nupcias; al respecto la jurisprudencia nada determina. En relación a este impedimento es evidente que la ley no se está refiriendo a una impotencia natural producto de la senectud, en forma de insuficiencia sexual, sino a la impotencia, enfermedad o padecimiento.

- i) *Padecer alguna enfermedad crónica e incurable, que además sea contagiosa o hereditaria* (art 156, fracc VIII). Respecto a este impedimento, podemos decir que se encuentra un buen número de enfermedades que reúnen tales características, como los padecimientos bronquiales, asmáticos, las alergias y la diabetes, las cuales obviamente no constituyen impedimentos, por ende, es necesario establecer una característica más: la gravedad, es decir, que la enfermedad sea tan grave a criterio del juez (apoyado por un consejo técnico), que haga imposible cumplir los fines del matrimonio.
- j) *Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracc II del art 450 del Código Civil para el Distrito Federal* (art 156, fracc X). Están impedidos para contraer nupcias 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.*
- k) *El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer* (art 156, fracc XI). Éste es un impedimento de los llamados absolutos y es una consecuencia del régimen monogámico adoptado por todos los pueblos occidentales. El juez del registro civil debe cerciorarse de que los contrayentes estén libres de cualquier relación jurídica anterior y verificar la disolución de ésta. De celebrarse el matrimonio existiendo un primer vínculo se configurará la bigamia, la cual producirá la nulidad absoluta del segundo matrimonio a pesar de existir buena fe de parte de uno o de ambos cónyuges.
- l) *El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado en los términos señalados por el art 410-D del Código Civil para el Distrito Federal.* El parentesco civil bajo el régimen de adopción: el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes (art 157, CCDF).
- m) *El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado bajo su guarda a no ser que obtenga dispensa después de aprobadas las cuentas de la tutela* (art 159, CCDF). Si el matrimonio se celebrare en contravención a esto último, el juez nombrará un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtenga la dispensa (art 160, CCDF).

Respecto al art 156 son dispensables los impedimentos mencionados en las fraccs III, VIII y IX. En el caso de la fracc III, sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual. La fracc VIII es

dispensable cuando la impotencia a que se refiere sea conocida y aceptada por el otro contrayente. La fracc 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.

4.6 Formalidades para contraer matrimonio

A diferencia de las solemnidades, que constituyen verdaderos elementos esenciales sin los cuales no habría propiamente matrimonio, las formalidades se manifiestan como elementos de validez y hacen que éste nazca en forma perfecta, con todos los requisitos exigidos por la ley.

Existen formalidades anteriores y simultáneas al matrimonio. El *Código Civil para el Distrito Federal* regula las formalidades anteriores al matrimonio de la siguiente manera:

Las personas que pretenden contraer matrimonio presentarán solicitud al juez del registro civil del domicilio de cualquiera de ellas, en la cual expresarán: *a)* los nombres, apellidos, edades, ocupación y domicilio de los pretendientes, y los nombres y apellidos de sus padres; *b)* que no tienen impedimento legal para casarse; y *c)* que es su voluntad unirse en matrimonio. (Art 97, CCDF).

De conformidad con el art 98 del citado código, a dicha solicitud deben agregarse otros documentos:

- a)* El acta de nacimiento de los pretendientes.
- b)* La constancia de que los representantes legales presentan su consentimiento para que el matrimonio se celebre.
- c)* 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.
- d)* El convenio que los pretendientes deberán celebrar respecto 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 celebra-

ción del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio, ni aún con el pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio.

- e) Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido, si alguno de los contrayentes es viudo; o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente.
- f) 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.
- g) Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.

El juez del registro civil ante quien se presente la solicitud de matrimonio con los requisitos legales hará que los pretendientes y sus representantes legales reconozcan ante él, y por separado, sus firmas. Las declaraciones de los testigos serán ratificadas bajo protesta de decir verdad ante el mismo juez, quien, cuando lo considere necesario, se cerciorará de la autenticidad de las firmas del certificado médico presentado, solicitando su ratificación (art 100, *CCDF*).

El matrimonio se celebrará dentro de los ocho días siguientes en el lugar, día y hora al efecto señalados (art 101, *CCDF*). A estos elementos comúnmente se les ha denominado *formalidades simultáneas al matrimonio*: “... se presentarán al juez del registro civil los pretendientes o su apoderado especial, constituido en la forma prevenida en el artículo 44 y dos testigos por cada uno de ellos que acrediten su identidad [...]” (art 102, *CCDF*).

Se ha hecho una costumbre el que sea la pareja, y no el juez del registro civil, quien fije el día, hora y lugar del matrimonio. Algunas familias estiman más fastuoso celebrar el acontecimiento en el domicilio de la novia, o bien, en elegantes salones en donde después del acto solemne se brinda por la dicha eterna de la pareja. Esta costumbre tenderá si no a desaparecer, sí a disminuir debido a las fuertes erogaciones que implican estos festejos.

El art 103 del *Código Civil para el Distrito Federal*, antes transcrito, mezcla formalidades con solemnidades, por tanto, todo aquello no considerado como solemnidad será, por exclusión, formalidad.

Independientemente de los requisitos esenciales que se elevan al rango de solemnidades, sin los cuales el matrimonio sería inexistente, la ley exige otras condiciones menos importantes, pues si faltaran el acto sería imper-

fecto. La presencia de testigos, sus nombres y firmas, la constancia de la edad de los contrayentes (si son mayores o menores de edad) son requisitos que darán al matrimonio plena validez. Sin embargo, si no se cumplen no se invalida el matrimonio, de acuerdo con lo estipulado por el *Código Civil para el Distrito Federal*. Con estas bases, “no se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades [sic] 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” (art 250, *CCDF*).

Del precepto transcrito se infiere que se celebró el acto matrimonial y el juez del registro civil levantó el acta correspondiente, pero no se observaron algunas formalidades, por ejemplo: no hubo testigos o faltó el acta de nacimiento de los cónyuges para acreditar su edad, etcétera. En esos casos, si la pareja ya había iniciado su vida matrimonial, no prosperará la nulidad de la unión, que algún interesado pudiera demandar, pues con la posesión de estado de casados se ratificaría la voluntad de la pareja de continuar unida en matrimonio.

4.7 Efectos jurídicos del matrimonio

Principios en que se basan los efectos del matrimonio	<i>Reciprocidad e igualdad</i>: los cónyuges gozan de la misma dignidad humana en su calidad de personas y, por tanto, tienen iguales derechos y deberes entre sí, hacia sus hijos y hacia la sociedad (arts 164 y 168, <i>CCDF</i>). <i>Principios éticos</i>: los cónyuges deben guardarse fidelidad, asistirse en toda circunstancia y tratarse con afecto, consideración, respeto y tolerancia, de acuerdo con las buenas costumbres.

4.7.1 En relación a la formación de la familia

Efectos jurídicos con relación a los cónyuges:

constituyen propiamente el estado matrimonial, es decir, los *derechos-deberes recíprocos* que más que de carácter jurídico son de contenido ético. Se parte de los principios de igualdad y de reciprocidad

- De contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio (art 162, *CCDF*).
- Derecho a la libre procreación: decidir los hijos que procrearán y el espaciamiento entre uno y otro (art 162, *CCDF*).
- De cohabitación indispensable: los esposos vivirán juntos en el domicilio conyugal (art 163, *CCDF*).
- De relación sexual, para cumplir los fines del matrimonio.
- De fidelidad: observar una conducta inequívoca; significa actuar con lealtad, respeto y decoro.
- Ayuda mutua:
 - a) En el aspecto moral: el socorro mutuo que se deben los cónyuges (art 162, *CCDF*).
 - b) En el aspecto económico: los cónyuges deben contribuir al sostenimiento del hogar, a su alimentación, a la de sus hijos y a la educación de éstos, en proporción a sus posibilidades. Si uno de los esposos carece de medios económicos, la obligación recaerá totalmente en el otro (art 164, *CCDF*).

El matrimonio, como núcleo y fuente de la familia, se sustenta en los siguientes principios que constituyen auténticos valores éticos, para efecto de que ésta cumpla su función formadora de cada uno de sus miembros. Estos principios han sido recogidos por el propio *Código Civil para el Distrito Federal*.

4.7.1.1 Principio de igualdad

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, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el juez de lo familiar (art 168, *CCDF*).

Asimismo, los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior (art 169, *CCDF*).

4.7.1.2 Principio de reciprocidad

Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. El único acto donde los efectos jurídicos son los mismos, es decir, son mutuos, es el matrimonio, pues simultáneamente *se constituyen para ambos cónyuges derechos-deberes, como ocurre con la cohabitación, la fidelidad, la relación sexual y la ayuda mutua, entre otros* (art 162, *CCDF*).

4.7.1.3 Principio de equidad

El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento de éste (art 164 bis, *CCDF*).

4.7.1.4 Derecho a la libre procreación

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 (art 4o, *CPEUM*).

A pesar de que el derecho a la libre procreación lo tienen ambos esposos, resulta clara la necesidad de la pareja de llegar a un acuerdo al respecto; de otra manera, no podría haber la posibilidad de preservar la armonía conyugal. Abundan los casos de fracasos matrimoniales por el desacuerdo de la pareja en la determinación de tener hijos. Éste es uno de los casos en que

el derecho se manifiesta impotente para regular decisiones tan íntimas de la pareja y evitar las desavenencias; en consecuencia, si no se resuelve tal situación en la más perfecta armonía, puede originarse el rompimiento de la relación afectiva, acabando en la separación, o bien, en el sometimiento de un cónyuge a los deseos del otro, lo cual provocaría una paternidad o maternidad no deseada.

4.7.2 Efectos jurídicos con relación a los hijos

Efectos jurídicos en relación a los hijos

- Se les facilita la prueba de la filiación que los vincula jurídicamente con sus padres.
- El matrimonio establece la presunción legal a favor de los hijos, para considerar como hijos de cónyuges a los nacidos dentro del matrimonio y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de éste, ya sea que la disolución se deba a la nulidad del mismo, a la muerte del marido o al divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge (art 324, CCDF).

A los hijos habidos de matrimonio se les facilita la prueba de la filiación que los vincula jurídicamente a sus padres, pues se presumen hijos de los cónyuges los hijos nacidos dentro de matrimonio y aquellos que nazcan dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial (art 324, CCDF).

En otras legislaciones, el matrimonio de los padres concede el derecho a los hijos nacidos antes de la celebración de éste a ser reconocidos por uno de los progenitores, probándose con ello la filiación respecto al otro. En efecto, el *Código Civil de Tamaulipas* admite la posibilidad de que se reconozca a un hijo en el acta de matrimonio de los padres (art 331). Ahora bien, si ambos padres se hubieren casado, en el acta de reconocimiento que haga uno de ellos podrá asentarse el nombre del otro consorte como coprogenitor. En este caso, quedará probada la filiación del hijo respecto a ambos, aunque al contraer matrimonio no hubieren reconocido a sus hijos y sin perjuicio de que el cónyuge que no haya estado presente en el acto pueda contradecir la imputación que se le haga dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que se hubiere enterado de la misma (art 334).

Esta postura resulta interesante, sobre todo, para aquellas parejas que teniendo hijos, sin haberlos registrado, han decidido celebrar matrimonio, dándosele la oportunidad a uno de los padres de registrar posteriormente a sus hijos, con efectos jurídicos para ambos progenitores. No obstante que se pretende la protección de los hijos nacidos antes del matrimonio, no está contemplada la notificación que en todo caso se debiera hacer al marido

para que a partir de esa fecha empiece a correr el plazo de los sesenta días en caso de impugnación.

4.7.3 Efectos jurídicos entre los cónyuges

4.7.3.1 El deber-derecho de cohabitación

Cohabitar significa habitar una misma casa, vivir bajo el mismo techo. El deber jurídico de cohabitación constituye al mismo tiempo el derecho a la vida en común, de tal suerte que encontramos nuevamente a la **reciprocidad** como característica de este singular derecho-deber.

La cohabitación es indiscutiblemente el principal de todos los efectos jurídicos del matrimonio, pues sólo mediante ésta pueden cumplirse los fines del matrimonio. La vida en común implica la relación jurídica fundante, porque si no se realiza no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas.¹³ Efectivamente, para que pueda darse ese estado matrimonial, esa comunidad de vida que perfecciona al matrimonio, es menester que la pareja conviva, es decir, cohabe, sólo así podrán cumplirse los demás fines y objetivos del matrimonio. Sin tal condición sería prácticamente imposible o cuando menos muy difícil de realizar la ayuda mutua, la fidelidad, la relación sexual, etc. Al respecto, el art 163 del CCDF establece lo siguiente:

Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales. Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud e integridad.

Esta disposición se encuentra vigente en todos los estados de la República, por lo cual, la separación del domicilio conyugal constituye causa de divorcio en todos ellos, excepto en el Distrito Federal, donde rige el divorcio incausado.

Al respecto, la SCJN ha emitido criterios para evitar que se pretenda considerar como domicilio conyugal la casa de familiares o amistades de los cónyuges en donde éstos viven en calidad de arimados. Veamos la siguiente **jurisprudencia** sobre este punto.

¹³ **Rafael Rojina Villegas**, *Derecho civil mexicano*, t II, 30a ed (concordada con la legislación vigente), Editorial Porrúa, México, 2008.

Divorcio. Abandono del domicilio conyugal cuando los cónyuges viven en calidad de arrimados. Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar, y **éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres**, de otros parientes o de terceras personas en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio.

Fuente: Apéndice 1917-1985, novena parte, tesis 205, pág 318.

Por otra parte, es oportuno aclarar que **en México los jueces familiares no pueden autorizar la separación de los cónyuges**, a menos que se haya iniciado un procedimiento de divorcio, lo que no ocurre en otros países latinoamericanos, como Costa Rica, Bolivia, Argentina, Chile, Panamá, entre otros, los cuales regulan simultáneamente divorcio y separación judicial de los cónyuges por las mismas causas tradicionales. En nuestro país, el *Código Familiar de Sonora*, de 2011, es la única legislación que regula ambas figuras: divorcio y separación judicial.

4.7.3.2 El deber-derecho de relación sexual

A pesar de que uno de los fines naturales del matrimonio, aceptado universalmente, constituye la relación sexual, el *Código Civil* no lo establece específicamente; sin embargo, se infiere tal efecto jurídico del contenido de las normas reguladoras de la institución matrimonial.

En efecto, sin la relación sexual evidentemente no se podría cumplir uno de los fines primordiales del matrimonio, como es la procreación. Ahora bien, el art 162 del *Código Civil para el Distrito Federal* obliga a los cónyuges a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, precepto que tácitamente contempla el cumplimiento del débito carnal.

Se trata entonces no sólo de dar satisfacción a una función biológica, sino también a una función jurídica-moral, para dar cumplimiento a uno de los fines fundamentales del matrimonio, como es el de tener hijos. Cuando definimos al matrimonio, lo consideramos como la forma ideal de constitución de una familia. La doctrina nacional y extranjera coincide en este punto, lo mismo sucede con las legislaciones de todas las épocas y lugares.

Siguiendo este orden de ideas, para las legislaciones en donde se encuentra vigente el divorcio necesario, la negativa sistemática a la relación sexual sin causa justificada, debe entenderse como una falta grave de un cónyuge a otro, pues es manifiesto el desprecio, el rechazo, el desamor, y si bien ello no se configura como causal específica de divorcio, *es criterio defi-*

nido por la SCJN que se trata de un caso de injuria grave. Sin embargo, es necesario para que prospere esta causal, evidenciar en el juicio que tal conducta del cónyuge demandado está dirigida a causarle al otro un daño o una ofensa, y que este daño moral es tan grave que hace imposible la vida en común.

Quizá un porcentaje considerable de divorcios voluntarios tengan como causa íntima una incompatibilidad sexual que aleja profundamente a la pareja al punto de llegar a la separación.

4.7.3.3 El deber-derecho de fidelidad

Se ha asentado que es en el campo del derecho familiar donde se encuentran más conjugados los principios éticos y jurídicos. Definitivamente, no se puede asegurar en esta materia dónde se inicia y dónde termina el campo del derecho para internarse en la esfera de lo moral.

Es la exclusividad sexual el elemento indispensable en el matrimonio para que éste tenga un desarrollo basado en la consideración, el respeto y el decoro recíprocos. Este deber, que simultáneamente constituye un derecho, se funda de manera necesaria en la naturaleza monogámica de la institución, que protege la dignidad y el honor de los casados y asegura la consolidación de la familia y de la sociedad.

En efecto, el concepto de fidelidad tiene un contenido amplio, pues no sólo implica la abstención de relaciones sexuales extramatrimoniales, sino que comprende, además, abstenerse de realizar todos aquellos actos que aun cuando no lleguen al adulterio impliquen actitudes que de alguna manera lesionen gravemente el honor, la dignidad y la reputación del otro cónyuge. Es importante entonces enfatizar la naturaleza del deber de fidelidad, pues a diferencia de la cohabitación, de la ayuda mutua y de la relación sexual, que implican hechos, acciones, *la fidelidad supone abstenciones*, un no hacer, un no lesionar los valores morales del otro cónyuge; por lo cual, insistimos en el carácter preponderantemente ético del mencionado deber.

Algunas legislaciones contemplan la fidelidad como efecto jurídico del matrimonio. En nuestro país, la *Ley para el Desarrollo Familiar de Tamaulipas* al respecto señala: “Por la peculiar comunidad de vida que se establece entre los cónyuges, deben vivir estable e integradamente juntos, *guardarse fidelidad*, asistirse en toda circunstancia, tratarse con afecto, consideración, respeto y tolerancia, de acuerdo a las buenas costumbres y a su dignidad de personas” (art 18 bis, fracc II).

Por otra parte, en el derecho extranjero se encuentra el *Código Familiar de Costa Rica*, el cual contempla entre los deberes inherentes al matrimonio

el guardarse fidelidad: “Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente, deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo, están obligados a respetarse, *a guardarse fidelidad* y a socorrerse mutuamente” (art 34).

4.7.3.4 El deber-derecho de ayuda mutua

Respecto a este efecto jurídico, destaca la *Ley Familiar de Zacatecas*: “El matrimonio es la unión jurídica de un hombre y una mujer donde ambos, mediante una comunidad de vida, y procurándose respeto, igualdad y ayuda mutua, constituyan una familia, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada” (art 100).

En la definición de matrimonio transcrita es importante distinguir entre la ayuda muta en el campo de la ética y en el plano económico.

A. La ayuda mutua en el plano ético-jurídico

El deber de ayuda mutua se encuentra regulado en el código civil vigente: “Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a *socorrerse mutuamente*” (art 162, CCDF).

Esta expresión de *socorrerse mutuamente* o ayudarse a compartir el peso de la vida es el elemento espiritual del matrimonio y constituye la esencia misma de la unión. Es el amor conyugal lo que le da consistencia a la relación sexual. El derecho se manifiesta impotente para obligar a los casados a cumplir con este deber ético que entraña el socorro mutuo, la asistencia en caso de enfermedad, el respeto, la consideración y las demás conductas de entrega generosa que hacen que la pareja se necesite, se busque y se mantenga unida. Cualquier matrimonio en donde los esposos son extraños, en cuanto a que no se da esa armonía espiritual, no tendrá valor intrínseco alguno; sólo será formalmente válido, pero en su aspecto interno no constituirá un auténtico matrimonio.

B. La ayuda mutua en el plano económico. Alimentos

La ayuda mutua se presenta también en el campo económico o patrimonial y se manifiesta en conductas solidarias entre los cónyuges.

Al respecto, el art 164 del *Código Civil para el Distrito Federal* establece lo siguiente:

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 térmi-

nos 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.

Asimismo, el art 164 bis del CCDF establece que el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se considerará como contribución económica al sostenimiento de éste.

En este último precepto instituido en 2010, el legislador ha tenido en cuenta el trabajo de la mujer en el hogar, pues le adjudica un valor pecuniario, porque al llevar a cabo ella estas labores se evita que la familia se empobrezca, ya que se ahorran recursos económicos que de otra manera se destinarían al pago de personal doméstico.

Respecto a dignificar el trabajo doméstico de la mujer, el *Código Civil de Tlaxcala* fue la primera legislación que la favoreció, al eximirla del deber de contribuir en forma económica con los alimentos, no sólo cuando no tenga bienes, sino cuando por convenio tácito o expreso se ocupe de las labores del hogar o de la atención de los hijos, dándole la responsabilidad económica al marido (art 54), sin perjuicio de disminuir los demás derechos y deberes que la ley concede por igual a los cónyuges en el matrimonio (art 55).

Otras disposiciones relativas al aspecto patrimonial del matrimonio son las siguientes:

- Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita (art 169, CCDF).
- Los cónyuges mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite uno de los cónyuges el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes (art 172, CCDF).
- Los cónyuges menores de edad tendrán la administración de sus bienes, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales (art 173, CCDF).
- El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes (art 176, CCDF).

- Los cónyuges, durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro, pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio (art 177, *CCDF*).

4.7.4 Efectos jurídicos del matrimonio en relación a los bienes de los cónyuges

Regulación jurídica: arts 178-234 del *CCDF*

Regímenes matrimoniales.

Al contraer matrimonio se debe manifestar su acuerdo sobre el régimen patrimonial (arts 98, fracc V, y 99, *CCDF*)

Sociedad conyugal

- Requiere de **capitulaciones matrimoniales** y se rige por ellas (art 183, *CCDF*).
- Nace la sociedad al celebrarse el matrimonio o durante éste, y podrá comprender los bienes de que sean dueños los otorgantes (art 184, *CCDF*).
- Los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal salvo pacto en contrario (art 183, *CCDF*).

Sociedad conyugal.

Exige capitulaciones matrimoniales, éstas consisten en los pactos que celebra la pareja que tienen por objeto establecer y regular el régimen patrimonial al que habrá de sujetarse el matrimonio (art 179, *CCDF*).

Elementos que deben contener las capitulaciones matrimoniales donde se constituya la sociedad conyugal (art 189, *CCDF*).

- Inventario de bienes de cada cónyuge, su valor y su gravamen.
- Lista de bienes muebles e inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten.
- Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada contrayente al casarse, con expresión de quién responderá de ellos, así como de los frutos y productos.
- La declaración de quien administrará la sociedad.
- La declaración de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes o parte de ellos.
- La declaración de a quién le pertenecerán los bienes futuros.
- La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte le corresponderá a quien lo ejecutó o si le dará participación al otro.
- La declaración de si los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna formarán parte de la sociedad.
- Bases para liquidar la sociedad.

Forma

(art 185, *CCDF*)

Las capitulaciones en que se constituya la sociedad conyugal constarán en escritura pública, cuando los otorgantes pacten ser copartícipes de bienes inmuebles.

Nulidad

Son nulas las capitulaciones en las que uno de los cónyuges perciba todas las utilidades o sufra todas las pérdidas (art 190, *CCDF*).

Son propios de cada cónyuge
(art 182 *quintus*, *CCDF*)

- Los bienes que le pertenezcan al celebrarse el matrimonio.
- Los bienes que adquiriera ya casado, por donación, herencia, legado o don de la fortuna.
- Los bienes que adquiriera con el producto de la venta de sus bienes propios.
- Los frutos y productos de bienes propios.
- Los instrumentos para el ejercicio de la profesión, arte u oficio.
- Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de casarse.

Forman el fondo de la sociedad legal
(art 183, 2o párr, *CCDF*)

- Los bienes adquiridos durante el matrimonio, salvo pacto en contrario en las capitulaciones matrimoniales.
- Los bienes que provengan de herencia, legado o donación. Si no hubiere designación de partes, sólo serán comunes los frutos.

Terminación de la sociedad conyugal
(arts 187 y 197, *CCDF*)

- Por disolución del matrimonio: en caso de divorcio, muerte o nulidad del matrimonio.
- Por voluntad de los consortes al cambiar el régimen al de separación de bienes (art 187, *CCDF*).
- Por presunción de muerte del cónyuge ausente.
- A petición de uno de los cónyuges (art 188, *CCDF*):
 - a) Por mala administración del otro.
 - b) Por cesión de bienes que hace el cónyuge administrador.
 - c) Por declaración de quiebra del administrador.
 - d) Por cualquier otra razón que lo justifique a criterio del juez.

Efectos de la disolución de la sociedad conyugal
(arts 203-204, *CCDF*)

- Disuelta la sociedad se formará un inventario de bienes y deudas.
- Se pagarán las deudas con los bienes de la sociedad conyugal (liquidación).
- El sobrante se dividirá en los términos de las capitulaciones. Si hubiere pérdidas, se pagarán con el haber patrimonial de cada cónyuge.

Separación de bienes
(arts 207-212, *CCDF*)

Se constituye por capitulaciones matrimoniales:

- *Separación absoluta*: cada cónyuge conservará la propiedad y administración de sus bienes, así como de sus frutos (art 212, *CCDF*). Los bienes de cada quien serán exclusivos del dueño de ellos, pero deberán emplearse para la satisfacción de los alimentos.
- Serán bienes de cada cónyuge los salarios y ganancias por el desempeño de un empleo, oficio o profesión (art 213, *CCDF*).
- *Separación parcial*: los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación serán objeto de sociedad conyugal.
- *Forma*: no es necesario escritura pública si la separación de bienes se pacta antes de la celebración del matrimonio (art 210, *CCDF*).
- Las capitulaciones contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo, así como de *las deudas adquiridas antes de casarse*.

**Normatividad en
caso de disolución
del matrimonio
si el régimen es de
separación de bienes**

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 a 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, (art 267, fracc VI, CCDF).

Para efectos del divorcio, siempre el cónyuge sin recursos dedicado al hogar o a los hijos tendrá participación de los bienes adquiridos por el otro, aun en caso de que el régimen pactado sea el de separación de bienes.

4.7.4.1 Introducción

El *Código Civil para el Distrito Federal* ordena a los que pretenden contraer matrimonio pactar expresamente la mancomunidad o la separación de bienes, es decir, obliga a los cónyuges a resolver lo relativo a sus bienes mediante convenio expreso al que se denomina *capitulaciones matrimoniales*. A pesar de que en la exposición de motivos de la comisión redactora del anteproyecto del código civil de 1928 se manifieste que “esto es una medida altamente educadora de la mujer, ya que la obliga a que al contraer matrimonio cuide de sus intereses presentes y futuros y a que no abandone enteramente su destino en manos del que va a ser su marido”, estos argumentos resultan una utopía, pues suponen que la mujer mexicana tenga la preparación suficiente para estar consciente de las características de uno u otro régimen, lo cual no ocurre.

Las personas que pretenden contraer matrimonio deberán presentar un escrito ante el juez del registro civil, acompañado del convenio que están obligados a celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En dicho convenio (capitulaciones matrimoniales) se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. *No puede dejar de presentarse este convenio* ni aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, el convenio versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. El juez del registro civil deberá tener especial cuidado en este punto y *explicará a los interesados todo lo que necesitan saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado* (art 98, fracc V, CCDF).

Ahora bien en el caso de que los pretendientes, por ignorancia, no puedan redactar el convenio mencionado, tendrá obligación de redactarlo el juez del registro civil con los datos que los mismos pretendientes le sumi-

nistren (art 99, *CCDF*). Esta regulación ha provocado que en las oficinas del registro civil se encuentren a disposición de los contrayentes formatos distintos según el régimen que deseen celebrar, es decir, el de sociedad conyugal o el de separación de bienes. El *Código Civil* advierte que no es necesario que consten en escritura pública las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes si dicho pacto se celebra antes del matrimonio (art 210, *CCDF*), esto ha motivado que las parejas se decidan por este régimen, sobre todo, si al casarse ninguno de los dos ha adquirido patrimonio, pensando además que en el futuro tampoco lo adquirirán.

En contraste, en otros estados de la República, entre ellos, Tamaulipas, no se exige la presentación de las capitulaciones matrimoniales, por ende, es opcional para los pretendientes presentar dicho pacto. En efecto, a lo único que se encuentra obligada la pareja es a manifestar el régimen a que se sujetará el matrimonio, para lo cual el oficial del registro civil requerirá a los contrayentes para que hagan dicha manifestación y la asentará en el acta de matrimonio. Sin embargo, se admite en esa entidad la posibilidad de que los contrayentes omitan lo relativo al régimen, entendiéndose entonces constituida una sociedad conyugal legal (art 172, *CCT*). En consecuencia, la obligación de manifestar el régimen a que se sujetarán los bienes propiamente no existe, es decir, cuando los esposos no celebran ningún convenio sobre sus bienes queda establecida la sociedad conyugal legal. Este criterio de algunas entidades fue tomado del *Código Civil para el Distrito Federal* de 1884, el cual fue sustituido por la *Ley de Relaciones Familiares* de 1917, en la que se adoptó el sistema de separación de bienes cuando los esposos nada pactaran sobre ellos.

Por su parte, el *Código Familiar de Sonora* de 2011 sigue un sistema similar al tamaulipeco, al determinar que “si al momento de contraer matrimonio no se especifica el régimen adoptado, se entenderá que los esposos aceptan tácitamente las disposiciones sobre la sociedad conyugal legal” (art 47, *CFS*), y agregan que forman parte del fondo social todos los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de su profesión, trabajo o actividad lícita (art 61, *CFS*).

En el código civil vigente en el Distrito Federal, como ya se mencionó, se ordena formular capitulaciones matrimoniales, para que sean los esposos los que determinen expresamente el régimen a que se sujetarán sus bienes.

Como se puede observar, el sistema seguido por las entidades federativas citadas es más congruente con la realidad mexicana, ya que la pareja en el momento de la celebración del matrimonio generalmente nada dice respecto a los bienes, quizá porque no los tenga y crea que no los va a

adquirir; lo más probable es que sus integrantes no piensen en bienes patrimoniales porque hay entre ellos sentimientos afectivos y es esto, y no los intereses económicos, lo que los lleva al matrimonio. Por consiguiente, el sistema que protege al núcleo familiar y al cónyuge económicamente indefenso es el régimen de sociedad conyugal legal.

En el *Código Civil para el Distrito Federal*, es la voluntad de las partes la que decide el destino de los bienes de cada quien; en consecuencia, es importante que la pareja presente las *capitulaciones matrimoniales*, en el entendido de que *lo que no estuviere regulado en ellas se regirá por las disposiciones generales de la sociedad conyugal*, además, *los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal salvo pacto en contrario* (art 183, CCDF). Igualmente, cuando habiendo contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal faltaren las capitulaciones matrimoniales o hubiera omisión o imprecisión en ellas, se aplicarán las disposiciones generales del matrimonio con relación a los bienes (art 182 bis, CCDF).

Con estas bases legales, el legislador admite la posibilidad de que los contrayentes no hayan presentado las mencionadas capitulaciones, por lo cual, las mismas no son precisamente obligatorias.

Algunos estados de la República prevén el caso de que los cónyuges al celebrar el matrimonio omitan presentar las capitulaciones matrimoniales, lo que traerá como consecuencia que el régimen del matrimonio sea el de sociedad conyugal legal. En este caso, el legislador determinará cuáles bienes constituirán el fondo de dicha sociedad y cuáles serán propios de cada cónyuge, estableciendo la regla de que los bienes que ya tenía cada quien antes de celebrarse el matrimonio les siguen correspondiendo en propiedad, usufructo y administración; en cambio, los bienes adquiridos durante el matrimonio por el esfuerzo personal de cualquiera de los cónyuges se compartirán en 50 % con el otro. Seguramente, el régimen de sociedad conyugal legal es el que más beneficia a la familia mexicana dado que la mujer por tradición se queda en el hogar.

4.7.4.2 Capitulaciones matrimoniales

Las capitulaciones matrimoniales son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario.

Estos pactos deberán otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante éste. Podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio ante el juez familiar o notario público (art 180, CCDF).

Efectivamente, el matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal y en su caso, por acuerdo de las partes, puede cambiarse al de separación de bienes o viceversa.

De acuerdo con el art 189 del *Código Civil para el Distrito Federal*, las capitulaciones matrimoniales pueden contener lo siguiente:

- 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.
- La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad.
- La nota pormenorizada de las deudas que tenga cada cónyuge 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.
- 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 han de entrar a la sociedad.
- La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes o solamente sus productos. En ambos casos se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge.
- 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.
- 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.
- La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio pertenecerán exclusivamente al adquirente, o si deberán repartirse entre ellos y en qué proporción.
- 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 las bases para liquidar la sociedad.

Con toda justificación es nula aquella capitulación en cuya virtud uno de los consortes haya de percibir todas las utilidades, así como la que establezca que alguno de ellos será responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades (art 190, *CCDF*).

4.7.4.3 Sociedad conyugal

El convenio llamado *capitulaciones matrimoniales* puede celebrarse adoptando cualquiera de estos regímenes: sociedad conyugal, separación de bienes o régimen mixto, donde se combinen los dos sistemas. En efecto, la ley establece varias alternativas dentro de las cuales los contrayentes o cónyuges se encuentran en libertad para adoptar el régimen que más se adecue a sus necesidades.

Estos pactos pueden otorgarse antes del matrimonio o durante éste y pueden comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al tiempo de celebrarlos, sino también los que adquieran después. No obstante, si se quiere hacer referencia a éstos, deberán determinar si pertenecerán exclusivamente al adquirente o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción (art 189, fracc VIII, CCDF).

Por otra parte, *los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal*, excepto si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que esos bienes pertenecerán únicamente al adquirente (art 183, CCDF).

Nuestra legislación establece una interesante presunción favorable al cónyuge que se queda en el hogar: “Mientras no se pruebe, en los términos establecidos por este Código, que los bienes y utilidades(gananciales) obtenidos por alguno de los cónyuges pertenecen sólo a uno de ellos, *se presume que forman parte de la sociedad conyugal*” (art 182 ter, CCDF).

En suma, la sociedad conyugal tiene lugar cuando los contrayentes presentan junto con la solicitud de matrimonio el convenio llamado *capitulaciones matrimoniales*, en el cual se establece el régimen de sociedad conyugal, o bien, cuando las capitulaciones sean omisas o imprecisas. También se origina cuando ya celebrado el matrimonio los esposos desean cambiar de régimen de separación de bienes a sociedad conyugal, debiéndose formular necesariamente las capitulaciones matrimoniales.

Mediante las capitulaciones matrimoniales, la pareja tiene plena libertad para estipular lo que más se acomode a sus propósitos o intereses. De esta manera, puede versar la sociedad sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros o sobre unos u otros, o bien, sobre parte de ellos y sus frutos, o solamente sobre éstos, según convenga a los interesados. Pueden pactar igualmente una comunidad de bienes presentes y reservarse los frutos adquiridos por el producto de su trabajo, tales como rentas, ganancias, sueldos, etc; en fin, pueden convenir una sociedad conyugal total o parcial. Será total cuando comprenda todos los bienes presentes y futuros de los consor-

tes, así como sus productos; y será parcial cuando se reserven en propiedad ciertos bienes, en este caso, se estará frente a un régimen mixto. Quedará también constituido este sistema cuando se estipule que la sociedad conyugal sólo comprenderá los bienes que en el futuro adquieran los consortes, en el caso de que uno o ambos tengan al casarse bienes propios.

En síntesis, *la voluntad de las partes es la que decidirá el destino de los bienes de cada quien, en consecuencia, es necesario que se cumplan los requisitos de las capitulaciones matrimoniales determinados en la ley, en la inteligencia de que todo lo que no estuviere expresado en ellas se regirá por los preceptos relativos a la sociedad conyugal.*

Las capitulaciones matrimoniales en que se constituye la sociedad conyugal constarán en escritura pública cuando los cónyuges pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida (art 185, CCDF).

De la misma manera, la alteración que se haga de las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, haciendo la respectiva anotación en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones y en la inscripción del registro público de la propiedad. Sin llenar estos requisitos, las alteraciones no producirán efectos contra tercero (art 186, CCDF).

A. Efectos jurídicos de la sociedad conyugal

De acuerdo con el art 182 *quintus* del Código Civil para el Distrito Federal, en la sociedad conyugal son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales:

- 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.
- Los bienes que adquiera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna.
- 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.
- Los bienes que se adquieran con el producto de la venta o permuta de bienes propios.
- Los objetos de uso personal.
- 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.

- Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio tendrán el carácter de privativos cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero propio del mismo cónyuge. Se exceptúan la vivienda, enseres y menaje familiares.

Por otra parte, todo pacto que signifique sesión de derechos de una parte de los bienes propios de cada cónyuge será considerado como donación (art 192, *CCDF*).

En cuanto a los gananciales de la sociedad conyugal, éstos no pueden renunciarse anticipadamente, pero una vez disuelto el matrimonio pueden los cónyuges renunciar a las ganancias que les correspondan (art 193, *CCDF*).

En esta línea de ideas, el dominio de los bienes de la sociedad conyugal reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal. En cuanto a la administración, ésta quedará a cargo de quien los cónyuges hubieren designado en las capitulaciones matrimoniales; sin embargo, dicho acuerdo podrá modificarse sin expresión de causa, y en caso de desacuerdo, el juez resolverá lo conducente (art 194, *CCDF*).

Ahora bien, 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. En caso de que los bienes dejen de formar parte de dicha sociedad, el cónyuge que haya procedido en los términos señalados 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, *CCDF*).

Por otra parte, el abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges hace cesar para éste, 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, *CCDF*).

Por último, ningún cónyuge podrá sin el consentimiento del otro vender, rentar o enajenar, ni en todo ni en parte los bienes comunes, 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, *CCDF*).

B. Terminación de la sociedad conyugal

La sociedad conyugal termina con la disolución del matrimonio; ahora bien, ésta puede tener lugar por divorcio, por nulidad de matrimonio o por muerte.

La terminación de la sociedad conyugal se justifica en estos casos porque si ya se ha disuelto el matrimonio no tiene sentido alguno la conservación de una comunidad de bienes entre extraños. En efecto, si la razón de su constitución fue precisamente el matrimonio y la comunidad de vida que se deriva de éste, si ese lazo jurídico se disuelve y se interrumpe la vida en común, no hay nada que justifique la conservación de la mancomunidad de bienes.

Termina también la sociedad conyugal por voluntad expresa de los consortes, como sería el caso de que durante el matrimonio acordaran cambiar al régimen de separación de bienes. Efectivamente, la separación de bienes hecha durante el matrimonio puede terminar, suspender o modificar la sociedad conyugal, según convengan las partes (art 187, CCDF). El trámite para cambiar de régimen de sociedad conyugal a separación de bienes se efectuará ante autoridad judicial en la vía de jurisdicción voluntaria; esto, obviamente, bajo el supuesto de una liquidación previa (pago de acreedores) de la sociedad conyugal. Termina también dicha sociedad por la declaración de presunción de muerte del cónyuge ausente (art 197, CCDF).

De acuerdo con el art 188 del *Código Civil para el Distrito Federal*, la sociedad conyugal puede terminar a petición de alguno de los cónyuges por los siguientes motivos:

- 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.
- Cuando uno de los cónyuges sin el consentimiento expreso del otro haga cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal a sus acreedores.
- Si uno de los cónyuges es declarado en quiebra o en concurso.
- Por cualquiera otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente.

Esta última disposición deja a la subjetividad del juez el considerar como causa de terminación de la sociedad conyugal otra situación distinta de las anteriores, hecha valer por el cónyuge a quien le interese la terminación de la sociedad conyugal, perjudicando quizá los intereses económicos del otro cónyuge, ya que cualquier razón intrascendente, por ejemplo, el hecho de

que no le rinda el cónyuge administrador al otro cuentas pormenorizadas en forma periódica sería causa suficiente para solicitar la terminación de la sociedad conyugal. Se entiende que las ideas de vanguardia son las de darle a los jueces mayor libertad de actuación, pero en casos como éste resulta incierta la estabilidad del mismo matrimonio, ya que podría quedar sujeta la disolución de aquélla al capricho de uno de los cónyuges y a un pobre criterio jurisdiccional, lo cual provocaría la falta de armonía conyugal, pues un cónyuge mal aconsejado podría solicitar a capricho la terminación de la sociedad conyugal, con el consecuente deterioro de las relaciones maritales.

Ahora bien, “el abandono injustificado por 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, CCDF). Esta disposición ha sido objeto de polémica, ya que se alega, con razón, que se atenta contra la garantía de legalidad contemplada en el art 14 constitucional. Es necesario, en consecuencia, reflexionar al respecto, pues nada justifica que cesen los efectos de la sociedad conyugal únicamente en los beneficios, no así en los perjuicios que el cónyuge culpable del abandono pueda sufrir.

Por otra parte, muerto uno de los cónyuges continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión mientras no se verifique la partición (art 205, CCDF).

C. Liquidación de la sociedad conyugal

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 obviamente de éstos (art 203, CCDF).

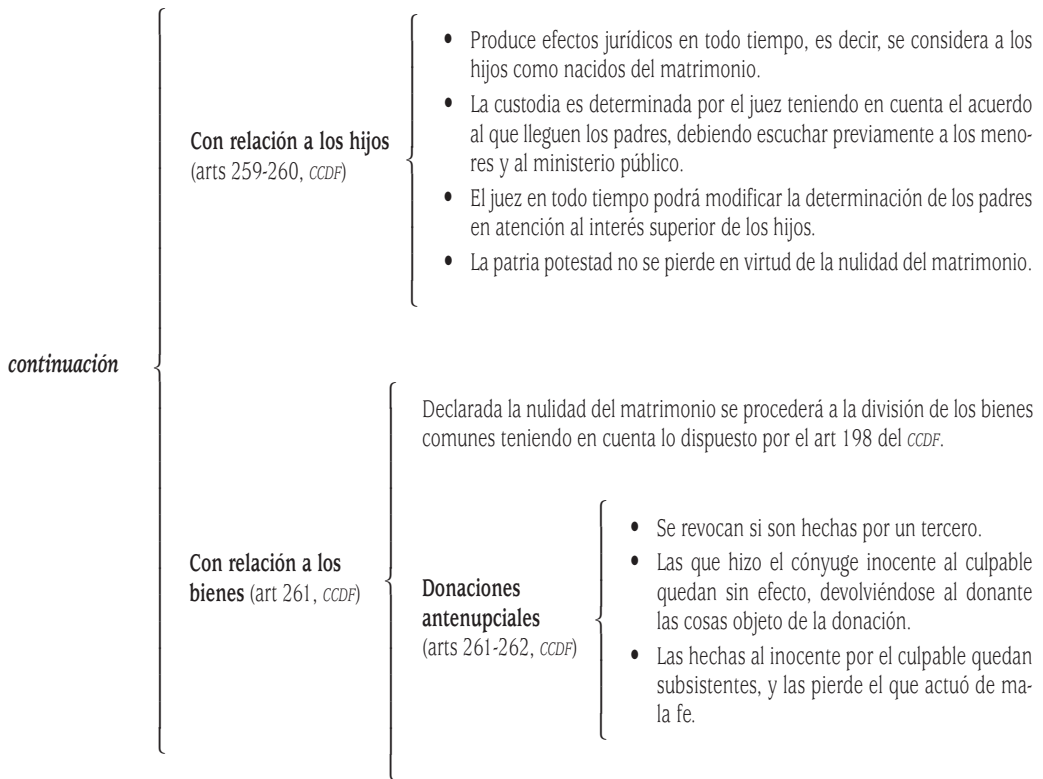
Terminado el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los cónyuges en los términos pactados en las capitulaciones matrimoniales, y a falta u omisión de éstas, a lo establecido en las disposiciones generales de la sociedad 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 solo llevó el capital, de éste se deducirá la pérdida total (art 204, CCDF).

4.8 Los matrimonios nulos y sus efectos

Regulación jurídica: arts 235-263 del CCDF

Concepto de nulidad: acto de autoridad jurisdiccional competente, por el que en vida de los cónyuges se disuelve un vínculo matrimonial no válido por alguna de las causales previstas en la ley.

Principios	- En materia de matrimonio, dada su naturaleza, la nulidad del mismo tiene que ser declarada judicialmente, por tanto, el matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido; sólo se considera nulo cuando así lo declare una sentencia. - Hay nulidad del matrimonio cuando se celebra existiendo una prohibición legal, es decir, cuando se contrae a pesar de la existencia de uno de los impedimentos dirimientes contenidos en los arts 156 y 157 del CCDF o porque en su celebración no se cumplieron las solemnidades legales (art 249, CCDF). - Los principios que rigen en materia de nulidad de los actos jurídicos se aplican por regla general al matrimonio, con las excepciones propias de la singular naturaleza de esta figura. - El matrimonio estará afectado de nulidad absoluta cuando se reúnan los requisitos que establece el art 1521 del CCDF, consistentes en la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad, en su carácter inconfirmable y en la posibilidad de que todo interesado puede hacer valer dicha acción. - El matrimonio estará afectado de nulidad relativa, cuando no se reúnan las características de la nulidad absoluta.
Causas de nulidad (art 235, CCDF)	- El error en la persona, no así en sus cualidades. - Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos mencionados en los arts 156 y 157 del CCDF. - Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto por los arts 102 y 103 del CCDF, es decir, cuando falte alguna solemnidad.
Clases de nulidad	<i>Absoluta:</i> de acuerdo con los principios señalados, están afectados de este tipo de nulidad los casos contemplados en los arts 241, 242, 248 y 249 del CCDF. <i>Relativa:</i> todos los demás casos de nulidad.
Efectos jurídicos de la nulidad	Con relación a los cónyuges (arts 255-256, CCDF) - Disuelve el vínculo matrimonial, pudiéndose contraer nuevo matrimonio. - Produce efectos jurídicos para el cónyuge que actuó de buena fe. En cuanto al otro, la nulidad operará retroactivamente, es decir, para él, nunca estuvo casado, y el matrimonio no produjo efectos jurídicos.



4.8.1 Concepto de nulidad de matrimonio. Principios que la rigen

La nulidad del matrimonio significa la invalidación del acto desde su celebración; de esta manera, los contrayentes se tendrán como si no hubieran estado casados.

En materia de nulidad de matrimonio existe un principio admitido por legislaciones europeas y americanas, y en particular por el derecho francés, resumido en los siguientes términos: *no existe nulidad de matrimonio sin un texto que lo pronuncie expresamente*. El Código Civil para el Distrito Federal contiene dicha regla: “El matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido, sólo se considera nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria” (art 253, CCDF).

Este sistema tiene en cuenta la naturaleza singular del matrimonio. En efecto, en materia matrimonial no se pueden seguir estrictamente las normas sobre la nulidad de los contratos, sino que es necesario atender los

preceptos concretos que lo regulan, para deducir, en cada caso específico, el sistema establecido por el legislador. La nulidad del matrimonio, dada su naturaleza, tiene que ser siempre declarada judicialmente con base en un precepto legal.

Con base en estos principios doctrinales, el criterio del legislador ha sido considerar nulo el matrimonio cuando se encuentre presente un impedimento dirimente o cuando no se reúnan los elementos de validez a que hemos hecho referencia, es decir, cuando se haya celebrado el acto por un incapaz; cuando hayan existido vicios en el consentimiento; o bien, por falta de formalidades necesarias para la validez del matrimonio. *En suma, la nulidad de matrimonio se refiere siempre a circunstancias que ocurrieron en el momento de su celebración.*

Si se analiza esta conclusión, se deducirá otro principio: *hay nulidad de matrimonio cuando se celebre existiendo una prohibición legal grave*, como sería el caso de haberse celebrado a pesar de la existencia de un impedimento de los llamados *dirimientes*, contenidos en los arts 156 y 157 del *Código Civil para el Distrito Federal*.

Ahora bien, por ser el matrimonio un acto jurídico, la legislación civil determina el tipo de nulidad que trae consigo cada caso, es decir, si la nulidad del acto matrimonial se presenta como absoluta o relativa, según concurren las características de una u otra. Veamos las características de ambas.

Nulidad absoluta (arts 2224-2226, CCDF)

- Es imprescriptible: el paso del tiempo no convalida el acto, es decir, la nulidad del matrimonio puede interponerse en cualquier tiempo.
- Es inconfirmable: la ratificación expresa o tácita de las partes no convalida el acto del matrimonio.
- Se puede intentar la nulidad del matrimonio por cualquier interesado.
- Debe ser declarada la nulidad del matrimonio por juez competente, produciendo entre tanto efectos jurídicos provisionales, excepto cuando la ley se oponga a ello.

Nulidad relativa (art 2227, CCDF)

- Es prescriptible: el paso del tiempo señalado por la ley convalida el matrimonio. La nulidad sólo puede reclamarse dentro del término legal.
- Es confirmable: el matrimonio puede convalidarse por ratificación expresa o tácita de las partes.
- La nulidad del matrimonio sólo puede intentarse por la persona afectada.
- Debe ser declarada la nulidad del matrimonio por juez competente, produciendo provisionalmente efectos jurídicos.

Por los argumentos anteriores, podemos afirmar que en nuestro derecho los principios que rigen en materia de nulidad de actos jurídicos se pueden aplicar por regla general al matrimonio, con las excepciones propias de la singular naturaleza de éste. Es decir, el matrimonio estará afectado de nulidad absoluta cuando se reúnan los requisitos que marca el art 2224 citado, consistentes en la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad, en la imposibilidad de convalidar el matrimonio por ratificación expresa o tácita y en la posibilidad de que todo interesado pueda hacer valer la acción de nulidad. En cambio, será nulidad relativa aquella que no reúna las tres características mencionadas.

Aun cuando se presente una sola de esas características, la nulidad seguirá siendo relativa; bastará, por ejemplo, que la ley señale un tiempo de prescripción, o bien, que el acto pueda ser convalidado por ratificación expresa o tácita, o que la acción de nulidad sólo se le conceda al afectado, para que la nulidad sea relativa. *En materia de matrimonio, en la mayoría de los casos, la acción de nulidad es prescriptible y esa sola característica bastará para que el acto del matrimonio esté afectado de nulidad relativa.*

4.8.1.1 Causas de nulidad del matrimonio

Son causas de *nulidad del matrimonio*, de acuerdo con el art 235 del *Código Civil para el Distrito Federal* las siguientes:

- El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada lo contrae con otra.

- Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el art 156 del *CCDF*; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda.
- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los arts 97, 98, 100, 102 y 103 del *CCDF*.

Examinemos a continuación cada caso de nulidad.

4.8.1.2 La nulidad basada en el error sobre la identidad

Se presentará al contraerse matrimonio con persona distinta de aquella con la que se pretendían las nupcias. Este caso, aunque posible, sería insólito, ya que sólo podría presentarse en matrimonios celebrados por poder, situación que si bien está permitida por la ley, carece totalmente de positividad, pues no se usa en nuestro medio. Es oportuno advertir que existe uniformidad de criterios, tanto en la doctrina como en la legislación, respecto a no considerar como error el suponer determinadas cualidades o atributos en un cónyuge, que en realidad no tiene, por ejemplo, el creer que la mujer era virtuosa o el hombre acaudalado.

4.8.1.3 La nulidad proveniente de la existencia de un impedimento dirimente (arts 156-157, *CCDF*)

Analicemos cada una de estas situaciones.

- **La falta de edad** requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada. Se está refiriendo obviamente a la edad de 16 años en el hombre y 14 en la mujer. Si se celebra el matrimonio sin la edad requerida, es susceptible de declararse nulo; no obstante, si el menor hubiere contraído matrimonio de mala fe omitiendo intencionalmente ese requisito, no podrá solicitar la nulidad del acto, por lo cual la nulidad en este caso no puede ser absoluta. Esta afirmación la corrobora el hecho de que el impedimento comentado pueda ser dispensado y, además, el que el matrimonio se pueda convalidar de acuerdo con el contenido del art 237 del *Código Civil*: “El matrimonio entre el hombre o la mujer menor de edad dejará de ser causa de nulidad cuando el menor hubiere llegado a los dieciocho años, y ni él ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad.”

Efectivamente, al reunirse la condición del precepto mencionado el matrimonio se convalida, y aquel acto que nació imperfecto se convierte en un acto válido, produciendo efectos jurídicos desde su celebración. La ley señala que puede prescribir; el tiempo de prescripción será, en todo caso,

el que medie entre la edad que tenía el menor al casarse y la mayoría de edad más treinta días. Por ejemplo, si un joven se casó a los 15 años, el tiempo de prescripción será de tres años y un mes; el hacer vida marital la pareja o el concebir o procrear hijos puede interpretarse como una ratificación tácita, sin olvidar que la ley sólo faculta a los casados (que son los interesados) a interponer la acción de nulidad; por tanto, este caso estará afectado de *nulidad relativa*.

- **La falta de consentimiento de los representantes legales** (padres, abuelos o tutores) o de la autoridad judicial en sus respectivos casos.

La existencia de este impedimento provocará *la nulidad relativa* del matrimonio, pues de la lectura de los arts 238, 239 y 240 del *Código Civil* se deducen las tres características de este tipo de nulidad. En efecto, la ley señala tiempo de prescripción, que es de treinta días contados desde que se tenga conocimiento de la celebración de las nupcias; además, admite la posibilidad de una ratificación expresa o tácita de parte de los representantes legales que son los afectados porque se omitió su autorización; y, por último, sólo faculta a éstos a interponer la acción de nulidad.

- **El parentesco de consanguinidad sin limitación de grado en la línea recta ascendente o descendente (incesto).** En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no se haya obtenido dispensa. *Si el matrimonio se celebra existiendo entre los contrayentes un parentesco consanguíneo no dispensado, estará afectado de nulidad absoluta.* El incesto es sancionado por la ley con este tipo de nulidad al determinar que se puede hacer valer la acción en cualquier tiempo e impedir la posibilidad de la convalidación del acto mediante la ratificación. Por otra parte, faculta a todo interesado, como los ascendientes de los cónyuges e incluso al mismo ministerio público, a interponer la acción de nulidad (art 241, *CCDF*).

Ahora bien, *tratándose de parentesco susceptible de dispensa, si ésta es concedida antes de declararse ejecutoriada la nulidad, quedará convalidado el matrimonio* y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que se contrajo (art 241, *CCDF*). Por tanto, *este tipo de nulidad es relativa*.

- **El parentesco de afinidad en línea recta sin limitación de grado.** La existencia de este impedimento, como el anterior, se sanciona con la *nulidad absoluta*, pues aparte de concederles acción a los ascendientes de los cónyuges y al ministerio público, no señala tiempo de prescripción ni la posibilidad de convalidar el acto por ratificación de las partes (art 242, *CCDF*).

- **El adulterio habido entre personas que pretendan contraer matrimonio**, cuando haya sido judicialmente comprobado.

La existencia de este impedimento está sancionada con la *nulidad relativa*, pues si bien la acción de nulidad puede intentarse incluso hasta por el ministerio público, si no se hace valer dicha acción dentro del término legal de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio, éste se convalida, es decir, se está dando la característica de la prescripción, propia de la nulidad relativa (art 243, CCDF).

Más justo sería que los seis meses comenzaran a correr no a partir del día del matrimonio, sino de la fecha en que el excónyuge ofendido se enteró de su celebración. Esta regulación inexacta ha provocado en la práctica el fraude a la ley, celebrándose matrimonios en lugares distintos del domicilio de los adúlteros, con la seguridad de que a los seis meses esas uniones originalmente ilícitas se convertirán en matrimonios convalidados.

• **El atentado contra la vida de alguno de los casados** para contraer matrimonio con el que quede libre. Si bien la ley faculta para deducir la acción de nulidad a los hijos de la víctima y al ministerio público, señala tiempo de prescripción de seis meses contados desde que se celebró el nuevo matrimonio (art 244, CCDF); por lo cual se infiere que el tipo de nulidad que provoca la existencia de este impedimento es *relativa*, pues basta que se dé una sola de sus características para que se produzca esta clase de nulidad.

• **La violencia física o moral para la celebración del matrimonio.** El art 245 del *Código Civil* aclara que el miedo, la violencia, así como cualquier otra circunstancia que impida la expresión espontánea de la voluntad, serán causas de nulidad del matrimonio si concurren algunas de las circunstancias siguientes:

- Que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes.
- Que hayan sido hechos al cónyuge o a la persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio.
- Que hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción que nace de esta clase de nulidad sólo puede ejercerse por el cónyuge agraviado dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia o la intimidación.

La nulidad que estará afectando un matrimonio en esas condiciones, será **relativa**, toda vez que la ley sólo concede derecho a reclamar la acción al cónyuge agraviado y dentro de sesenta días desde la fecha en que cesó cualquiera de las causas (art 245, CCDF).

- **La impotencia incurable para la cópula.** La acción de nulidad que se funde en alguna de las causas expresadas en las fraccs VIII y IX del art 156 sólo puede ejercerse por los cónyuges dentro de los sesenta días siguientes a la celebración del matrimonio (art 246, CCDF).

De acuerdo con este precepto son casos de nulidad relativa porque señalan tiempo de prescripción, que es de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio.

Es importante mencionar que la impotencia incurable para la cópula es un *impedimento dispensable* cuando la impotencia que padece un contrayente es conocida y aceptada por el otro (art 156, CCDF).

- **Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria.** Este impedimento 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.

- **Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracc II del art 450 del CCDF.** En estos casos, el juez del registro civil debe oponerse a la celebración del acto, cuando uno de los contrayentes padezca una enfermedad que le impida gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismo. No obstante, si se celebraran las nupcias, se estaría frente a un caso de nulidad absoluta.

- **El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraerlo (bigamia).** El tipo de nulidad con que se sanciona un matrimonio celebrado bajo estas circunstancias se deduce del art 248 del *Código Civil para el Distrito Federal*, que establece lo siguiente:

El vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, anula 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 deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos y por los cónyuges que contrajeron el segundo, no deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el ministerio público.

En este precepto, las características de la *nulidad absoluta* se encuentran presentes: el carácter imprescriptible, al no establecerse término para el ejercicio de la acción; la imposibilidad de convalidar el matrimonio con la ratificación de las partes; y la posibilidad de hacer valer la nulidad cualquier persona interesada, como los cónyuges del primero y segundo matrimonio, los hijos, los herederos e incluso el ministerio público.

• **El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado**, en los términos señalados por el art 410-D del *CCDF*. 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.

• **La nulidad del matrimonio por falta de solemnidades**. La nulidad que se funde en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse 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 (art 249, *CCDF*).

La falta de solemnidades contempladas en los arts 102 y 103 del *CCDF* traerá como sanción la *nulidad absoluta* del matrimonio, ya que aparte de no señalar el legislador tiempo de prescripción, faculta a todo interesado a promover la acción de nulidad, incluso el ministerio público puede denunciarla como representante social.

Por otra parte, 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 (art 250, *CCDF*). Esta disposición se refiere al caso de que se haya cumplido con todas las solemnidades legales y que sólo falten formalidades como las reguladas por los arts 97 al 101 del *Código Civil*. La ausencia de alguna de ellas provocará la *nulidad relativa* del matrimonio, pues el mismo se puede convalidar con la ratificación tácita mediante la *posesión del estado matrimonial*.

El derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quienes 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 aquél a quien heredan (art 251, *CCDF*).

4.8.2 Efectos jurídicos de la nulidad

4.8.2.1 Efectos provisionales

Desde la presentación de la demanda de nulidad se dictarán las medidas provisionales que establece el art 282 del *CCDF*, cuyos efectos durarán exclusivamente durante el juicio, y tienen por objeto salvaguardar la integridad y seguridad de la familia, incluyendo las medidas para evitar violencia familiar. Otra medida importante sería señalar y asegurar los alimentos para los hijos incluyendo al cónyuge acreedor, así como las medidas para evitar que

se puedan causar daños y perjuicios en los bienes propios y en los de la sociedad conyugal (art 258, CCDF).

Ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal, de oficio, enviará copia certificada de ella al juez del registro civil ante quien se celebró el matrimonio, para que al margen del acta ponga nota circunstanciada en que conste la parte resolutive 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, CCDF).

4.8.2.2 Efectos jurídicos definitivos

A. Con relación a los excónyuges

El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure, y en todo tiempo a favor de sus hijos (art 255, CCDF). Producir efectos civiles significa que si los cónyuges actuaron de buena fe, pues desconocían la existencia del impedimento dirimente cuando se casaron, aunque su matrimonio sea declarado nulo se considerará que estuvieron casados mientras duró el mismo. Si sólo en uno hubo buena fe, únicamente surtirá efectos para él (art 256, CCDF); en cuanto al otro, se entenderá que nunca estuvo casado, pues la nulidad operará de manera retroactiva. Esto es importante en materia de sucesiones, pues si el cónyuge supérstite (el que sobrevive) es el que actuó de buena fe, podrá heredar al otro, más no en el caso contrario. La buena fe se presume; para destruir esta presunción se requiere prueba plena (art 257, CCDF).

El *Código Familiar de Sonora* de 2011 instituye el derecho del cónyuge que actuó de buena fe de exigir alimentos al que fue su cónyuge, cuando aquél carezca de bienes o esté imposibilitado para trabajar: *“Sólo el cónyuge de buena fe podrá percibir alimentos a cargo del que conocía o provocó la causal de nulidad, por la cantidad y el tiempo que determine el juzgador, siempre que carezca de bienes y esté incapacitado para realizar actividades remuneradas. En caso de incapacidad para realizar actividades remuneradas del cónyuge que conocía o provocó la causal de nulidad, se aplicarán las reglas sobre alimentos entre parientes.* Esta obligación también termina cuando el acreedor contraiga nuevo matrimonio, se una en concubinato u observe mala conducta, siempre y cuando ésta no derive de incapacidad mental” (art 133, CFS).

B. Con relación a los hijos

El matrimonio nulo produce efectos civiles en todo tiempo a favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y dentro de los trescientos días después de la declaración de nulidad.

Ahora bien, como la nulidad separa física y jurídicamente a los padres, se tiene que determinar la situación en que quedarán los hijos, por lo cual, *el Código Civil faculta a los progenitores a proponer la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos, y el juez de la causa resolverá a su criterio atendiendo a las circunstancias del caso (art 259, CCDF)*. Esta determinación podrá ser modificada en cualquier tiempo por el juzgador considerando las nuevas circunstancias y *mirando en todo por el bien de los hijos (art 260, CCDF)*.

C. Con relación a los bienes

Declarada la nulidad del matrimonio, se procederá a la división de los bienes comunes, de conformidad con lo establecido en el art 198 del CCDF (art 261, CCDF).

El art 198 del CCDF establece que en caso de nulidad del 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 a 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.*

D. Devolución de donaciones

De conformidad con el art 262 del CCDF, declarada la nulidad del matrimonio se observarán respecto a las donaciones antenupciales las reglas siguientes:

- 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 fueron 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, y*
- IV. *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.*

El *Código Familiar de Sonora* regula la reparación del daño a que tiene derecho el cónyuge que actuó de buena fe: “El matrimonio inexistente o nulo no producirá efectos como acto, pero sí como hecho jurídico, con las consecuencias inherentes a esta categoría, incluyendo *el pago de daños y perjuicios a cargo del cónyuge de mala fe*, en los términos previstos para la reparación del daño derivada de hecho ilícito, sin perjuicio de fijar alimentos, liquidar el patrimonio social y demás efectos previstos para la nulidad del matrimonio” (art 98).

UNIDAD 5

El divorcio

Introducción

El matrimonio como figura universal que se manifiesta en todas las épocas y lugares, se ha caracterizado por constituir una unión estable y permanente. Aun en tiempo de crisis de valores existen innumerables parejas que contraen matrimonio por amor; es esa relación afectiva la que en todos los tiempos ha provocado que hombre y mujer decidan compartir sus vidas mediante el matrimonio.

Sin embargo, en los tiempos modernos es evidente e inobjetable la decadencia de la unión conyugal. No puede desconocerse que las nuevas generaciones han tomado a veces con demasiada ligereza el vínculo matrimonial, al contraerlo únicamente como medio para satisfacer apetitos sexuales, por convencionalismos sociales, para ocultar un desliz, para mejorar el nivel de vida o simplemente para no quedarse solteros.

Sobre el tema, coincidimos con el jurista **Antonio Cicú** en que es en el hecho psíquico en donde habrá de buscarse el fundamento del matrimonio;

el verdadero amor conyugal es el que crea el sentido de responsabilidad y de sacrificio entre los casados; es el que hace que la pareja una vez casada y transportada del sueño romántico al campo de la realidad pueda superar las vicisitudes propias y naturales del matrimonio. Si no existe ese sentimiento en la relación, difícilmente ésta podrá sobrevivir; de manera que es fácil que se hable de divorcio, de una separación de hecho o, en el peor de los casos, que la pareja decida continuar una vida de infierno con nefastas consecuencias para los hijos. Es en esas circunstancias donde el divorcio se presenta como el menor mal.

5.1 Concepto y justificación

Divorcio

Consiste en la terminación o ruptura del vínculo conyugal decretada por autoridad competente, siguiendo un procedimiento, y fundada en las causas específicamente señaladas por la ley, a excepción del divorcio incausado en el Distrito Federal.

El divorcio aparece en la historia de la humanidad coexistiendo con el matrimonio y se presenta como una institución universal reconocida por todos los pueblos de la tierra, como una manera de remediar los problemas conyugales graves. Lo que sí ha variado a través del tiempo han sido sus consecuencias jurídicas, en virtud de que en ocasiones el divorcio se presenta con efectos drásticos y rigurosos disolviendo totalmente el vínculo matrimonial, y en otros casos, esas consecuencias son menores, dejando subsistentes ciertos efectos del matrimonio.

Por lo anterior, *el divorcio desde el punto de vista jurídico consiste en la extinción o la ruptura de la vida matrimonial decretada por autoridad competente, no importando la causa (divorcio incausado), o bien, fundada en alguna de las causas específicamente señaladas por la ley, que significan formas de incumplir los deberes conyugales o por la imposibilidad de realizar los fines del matrimonio.*

Ahora bien, en la actualidad, el divorcio significa disolución del vínculo matrimonial válido, que deja en aptitud a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. No obstante, como ya se ha mencionado, no siempre a ese

vocablo se le ha dado ese significado, ya que en otras legislaciones se ha entendido el divorcio como una simple separación de cuerpos.

Sin importar los efectos jurídicos del divorcio, lo cierto es que su existencia se justifica cuando ha desaparecido la armonía conyugal y se han roto los lazos morales y afectivos que unen a la pareja; es entonces cuando surge la figura del divorcio como mal necesario, como la solución que causa el menor daño.

En efecto, es el divorcio un mal, porque, independientemente de que constituye la expresión de un fracaso de la pareja al sentirse incapaz de sostener una relación conyugal, en las personas de los hijos (víctimas del divorcio) causa verdaderos estragos, ya que sin duda la separación legal y física de los padres, y a veces hasta de los hermanos, provoca efectos nefastos, como la desintegración de su familia, y a la postre, angustias y sufrimientos con repercusiones irreversibles.

Se estima que *el divorcio es un mal necesario*, porque en ocasiones es el único medio para evitar problemas mayores, que seguramente se acarrearían al sostener una convivencia conyugal en donde ha desaparecido la relación afectiva y respetuosa que unía a la pareja. De esta manera, cuando el amor se convierte en desamor, la armonía en desarmonía, y el respeto y consideración en irreverencia, es cuando se advierte el peligro de ocasionar a los hijos y a los propios cónyuges un daño mayor que el mismo divorcio. En estos casos extremos, el divorcio se presenta como forma de solucionar conflictos tan profundos que sólo con la disolución del vínculo se mitigan.

Resulta oportuno reconocer a aquellos países cuyas legislaciones de orden familiar incluyen en su contenido no sólo el divorcio, sino *la separación judicial de los casados*. Insistimos en que esta figura jurídica es de sumo interés, porque la pareja tiene la oportunidad de hacer un alto en el camino para intentar vivir separadamente y palpar las consecuencias personales y familiares. Es importante darle a los cónyuges la oportunidad de rectificar su vida conyugal o, en su defecto, la de reclamar el divorcio vincular, pues en esas legislaciones que lo regulan, las causas de separación judicial de los cónyuges son simultáneamente causas de divorcio vincular.

Después de analizar algunas legislaciones familiares latinoamericanas, estamos convencidos de que las entidades federativas que integran la República Mexicana debieran asumir la misma postura, pues no cabe duda de que multitud de parejas optan por la separación física de hecho, sin resolver su estado jurídico, pues no desean divorciarse. *Si se regulara la separación judicial de cuerpos, podrían salvarse múltiples familias mexicanas*, al aprovechar, en su momento, la oportunidad de rehacer su vida conyugal.

Es oportuno subrayar que *en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, la separación de cuerpos se podrá demandar no solo por padecer enfermedades crónicas incurables y contagiosas, sino por todas aquellas causales tradicionales que dan lugar al divorcio necesario.*

5.2 Clases de divorcio

Divorcio por separación de cuerpos (art 277, CCDF)

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.*
- 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.

El cónyuge sano puede optar por este sistema o por el divorcio vincular.

Efectos de la separación	Cónyuges	— Desaparece el domicilio conyugal. — Subsisten los demás efectos, tales como alimentos, fidelidad y ayuda mutua.
	Hijos	Subsiste la patria potestad; la custodia le corresponde al cónyuge sano.
	Bienes	— Subsiste el régimen de sociedad conyugal; la administración le corresponde al cónyuge sano.

Divorcio vincular (por causa específica), vigente en los Estados de la Federación

Consiste en la disolución del vínculo matrimonial válido, decretado por autoridad competente, siguiendo un procedimiento donde se acredite alguna de las causales establecidas expresamente por la ley.

Voluntario o por mutuo consentimiento: lo que determina el divorcio es la voluntad de ambos cónyuges.

Necesario o forzoso: en este caso, el divorcio es determinado por una causa grave.

— **Administrativo:** conoce de él un órgano administrativo: el oficial del registro civil del domicilio conyugal, cuando se dan ciertas condiciones (art 272, CCDF)

— **Judicial:** el órgano competente es el juez familiar del domicilio conyugal.

- **Sanción:** la causa es imputable a los cónyuges; el divorcio aplica como pena al cónyuge culpable.

- **Remedio:** la causa es ajena a la voluntad de la pareja. El divorcio procede como medida preventiva para evitar peligros en la salud de la familia.

Divorcio incausado Regulación jurídica (arts 266-291, CCDF)

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo (art 266, CCDF).

El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar su solicitud con la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial (art 266, CCDF). En el convenio deberá proponerse:

- La persona que tendrá la custodia de los hijos menores o incapaces.
- La forma en que el otro cónyuge ejercerá el derecho de convivencia, estableciéndose las reglas de visitas.
- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, las del cónyuge que los requiera, especificándose la forma, lugar y fecha de pago de pensión; así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.
- Al cónyuge a quien corresponderá el uso del domicilio conyugal y el menaje de casa.

continúa

continuación

- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta su liquidación, presentando en su caso capitulaciones matrimoniales, inventario, avalúo y proyecto de partición.
- Si el matrimonio se celebró por separación de bienes, deberá señalarse la compensación (que no podrá ser superior a 50 % del valor de los bienes que hubieren adquirido) a que tendrá derecho el cónyuge que se haya dedicado al trabajo del hogar o al cuidado de los hijos, y que no tenga bienes propios o si los tiene, que éstos sean menores a los de la contraparte. El juez de lo familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

Medidas provisionales durante el juicio de divorcio incausado

Contestada la demanda, el juez determinará con audiencia de parte lo que más convenga a los hijos (art 282, *CCDF*) considerando lo siguiente:

- Quién de los cónyuges continuará con el uso de la vivienda (art 282 A, *CCDF*).
- Cuáles bienes ha de llevarse el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para su trabajo.
- La persona que se hará cargo del cuidado de los hijos, que de común acuerdo designen los cónyuges, quienes podrán compartir la custodia. A falta de convenio expreso, el juez resolverá escuchando a los menores.
- Los menores de doce años quedarán al cuidado de la madre, excepto que ésta dañe el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia de la madre el hecho de que ésta carezca de recursos económicos (art 282 B, *CCDF*).
- Las modalidades del derecho de visita de los padres.

Asimismo, el juez requerirá a los cónyuges para que exhiban un inventario de sus bienes, así como de aquellos que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, el avalúo de los mismos, un proyecto de partición y, en su caso, las capitulaciones matrimoniales.

Efectos definitivos del divorcio incausado

En la sentencia de divorcio el juez fijará la situación de los hijos menores, así como lo relativo a la división de los bienes comunes y el pago de alimentos para el cónyuge sin recursos y, en su caso, la compensación a la que tiene derecho (art 283, *CCDF*). Asimismo, la sentencia determinará lo siguiente:

- Lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria protestad, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.
- Las medidas para proteger a los hijos de actos de violencia.
- Las medidas para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, la cual sólo podrá ser limitada cuando exista riesgo para ellos.
- Lo relativo a la división de los bienes comunes. Además, el juez tomará las precauciones para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges y con los hijos.
- Que los excónyuges están obligados en proporción a sus recursos a contribuir al pago de alimentos de los hijos.
- Las medidas de seguridad, seguimiento y psicoterapia para corregir actos de violencia familiar.
- El pago de alimentos para el cónyuge que los necesite (art 288, *CCDF*).
- La compensación a que tiene derecho el cónyuge en caso de separación de bienes, siempre que se haya dedicado al trabajo del hogar, al cuidado de los hijos y que no tenga bienes propios o los que tenga sean insuficientes (art 267, fracc VI, *CCDF*).

Observaciones

- El legislador olvida que el matrimonio como fuente de la familia es de orden público e interés social (arts 138 *ter* y *quintus*, *CCDF*).
- No se regula una separación previa a la disolución del vínculo matrimonial, como plazo de reflexión y posible conciliación.

continúa

continuación

- No se precisa la naturaleza del juicio, si es contencioso o de jurisdicción voluntaria, pues en ocasiones al escrito inicial se le denomina *demanda* y en otras, *solicitud*.
- El art 266 del CCDF exige que haya transcurrido por lo menos un año desde la celebración del matrimonio para que se pueda promover el divorcio, no estableciendo como excepción a este requerimiento el caso de la violencia familiar.
- En caso de violencia familiar no puede reclamarse la pérdida de la patria potestad en el juicio de divorcio, y en todo caso, tendría que promoverse un juicio ordinario imponiéndose doble carga moral y económica para el cónyuge demandante.
- El legislador establece que en la sentencia de divorcio se resolverá todo lo relativo a la patria potestad, su *pérdida*, *suspensión* o *limitación* (art 283, fracc I, CCDF). No obstante, como ya se ha mencionado, en la sentencia de divorcio sólo se puede disolver el vínculo del matrimonio si se aprueba el convenio, no pudiendo resolver aspectos contenciosos sobre los hijos, por lo cual existe incongruencia en todo el régimen del divorcio incausado.
- Es mínima la intervención del ministerio público.
- El legislador no define si el divorcio se puede decretar en un auto o en una sentencia, pues usa indistintamente ambos términos.
- Se puede decretar el divorcio sin resolver previamente la situación jurídica de los hijos, pues en caso de apelación sobre el contenido del convenio propuesto por uno de los cónyuges se resolverá en la vía incidental, pudiendo dictarse sentencia sin estar resuelta la situación definitiva de los hijos.
- Se le priva a los hijos de gozar de sus garantías individuales, porque pierden su hogar, su hábitat, su ambiente, su espacio, y, en ocasiones, sus bienes y su familia.

Divorcio voluntario

Divorcio voluntario administrativo vigente en el Distrito Federal (art 272, CCDF)

Divorcio voluntario administrativo:

Conoce de éste una autoridad administrativa: el juez del registro civil donde se celebró el matrimonio (art 272, CCDF).

Condiciones

- Que los consortes convengan en divorciarse.
- Que los consortes sean mayores de edad.
- Que no haya hijos.
- Que no tengan bienes en común.
- Que el matrimonio haya durado un año.

Procedimiento

- Se presenta la solicitud al juez del registro civil de donde se celebró el matrimonio, anexándose el acta de nacimiento de los cónyuges para demostrar su mayoría de edad, acta de matrimonio para acreditar que tienen más de un año de casados y la manifestación de no tener hijos.
- Recibida la solicitud, el juez levantará un acta y citará a los cónyuges para ratificarla en un plazo no menor de diez días ni mayor de quince.
- Una vez ratificada la solicitud, el funcionario los declarará divorciados, levantando el acta de divorcio en presencia de dos testigos, haciendo la anotación para cancelar el matrimonio.

Divorcio voluntario judicial

vigente en toda la República, salvo en el Distrito Federal. Existe coincidencia en todas las legislaciones respecto a su tramitación

Divorcio voluntario judicial:

La autoridad competente es un juez familiar de primera instancia; procede cuando no se cumplen los requisitos del administrativo.

Requisitos del convenio que garantice la situación de los hijos y de los bienes de los cónyuges

- Se determinará la custodia y cuidado de los hijos.
- Se respetará el derecho de convivencia con ambos padres.
- Se establecerá el modo de satisfacer los alimentos para los hijos y la forma y garantía de hacer el pago.
- Se determinará la casa en que habitará cada uno de los cónyuges.
- Se fijarán los alimentos entre cónyuges, y el porcentaje sobre la compensación económica a que tenga derecho el cónyuge dedicado al hogar o a los hijos, en caso de separación de bienes.

Procedimiento

El procedimiento comprende dos juntas de avenencia a las que comparecen personalmente los cónyuges. La primera se celebrará después de los quince días y antes de los veinticinco de hecha la solicitud; y la segunda, después de los quince días y antes de los veinticinco de celebrada la primera junta.

Juntas de avenencia (finalidad)

- Ratificar el deseo de divorciarse.
- Exhortación del juez a la reconciliación.
- Si no se logra el avenimiento, se analizará el convenio con intervención del ministerio público en representación de los menores. En caso de garantizar los intereses de éstos, el convenio se aprobará provisionalmente; de lo contrario, puede el ministerio público proponer reformas al convenio.
- Una vez aprobado éste, el juez dictará sentencia.

Derecho a la compensación al cónyuge encargado del hogar y de los hijos, en caso de divorcio

En caso de disolución del vínculo matrimonial, cuando los cónyuges se encuentren bajo el *régimen de separación de bienes* y el cónyuge que se haya dedicado a la atención del hogar o al cuidado de los hijos carezca de bienes o ingresos o los que tuviere no sean equivalentes a los adquiridos por el otro cónyuge durante el matrimonio, el cónyuge dedicado al hogar o al cuidado de los hijos tendrá derecho a recibir hasta 50% de los bienes adquiridos por el otro cónyuge, a efecto de que los bienes adquiridos durante el matrimonio sean repartidos entre ambos en forma equitativa.

5.2.1 Divorcio voluntario administrativo

La razón de introducir este tipo de divorcio en México en el *Código Civil* de 1928, con vigencia hasta 1932, obedece a la idea de aligerar la tarea de los jueces cargados de innumerables juicios contenciosos, por lo cual se instituye en el art 272 del *Código Civil para el Distrito Federal*.

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, que la cónyuge no esté embarazada, que no tengan hijos en común o, teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. 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 el acta de matrimonio anterior. 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 (art 272, *CCDF*).

5.2.2 Divorcio voluntario judicial (vigente en todas las entidades de la Federación)

En México, en todos los estados de la Federación, cuando no se llenan los requisitos para que proceda el divorcio voluntario administrativo, es decir,

cuando la pareja que desea divorciarse tiene hijos, es menor de edad o tiene bienes en común, el trámite del divorcio voluntario ocurre ante el juez competente, estando obligados los consortes a presentar, junto con la solicitud de divorcio y con las actas de matrimonio y nacimiento de los hijos, un convenio donde se especifique como quedarán garantizados los intereses económicos de estos últimos y del cónyuge dependiente económico, así como las reglas sobre convivencia con los hijos, a lo cual tiene derecho el padre que no quede con la custodia, y la forma de administrar y liquidar los bienes de la sociedad conyugal.

El procedimiento comprende generalmente dos *juntas de avenencia*, cuya finalidad es conciliar los intereses de la pareja y lograr su avenimiento, tarea que le corresponderá al juez de la causa. Estas juntas también son importantes porque en ellas se deberá analizar y, en su caso, discutir el convenio antes aludido, el cual deberá garantizar los intereses morales y económicos de los hijos. De esta manera, hecha la solicitud en el mismo auto de radicación, el juez citará a los cónyuges y al ministerio público a una *primera junta*, que se efectuará dentro de los plazos legales que contarán una vez admitida la solicitud; y si el juez no logra la conciliación, podrá aprobar provisionalmente el convenio, escuchando previamente al ministerio público. Si este último está de acuerdo con el convenio, el juez citará a una *segunda audiencia* dentro de los mismos plazos y con iguales propósitos conciliatorios.

El *Código Familiar de Sonora* de 2011, en materia de divorcio voluntario establece que en el auto de radicación se hará del conocimiento de los divorciantes, que tienen la opción de acudir al *Centro de Justicia Alternativa*, informándoles sobre los beneficios de la *mediación y la conciliación*. Dicha información deberá ser reiterada por el juez a los cónyuges al inicio de la junta de avenimiento, en el entendido de que si la pareja acude a dicho centro y no fuera posible que los interesados llegaran a un acuerdo, se fijara fecha para la junta de avenimiento (art 143, *CFS*).

5.2.2.1 La importancia de las juntas de avenencia

El gran número de juntas de avenencia contempladas en el *Código Civil* de 1870 se han reducido a dos. Su celebración se efectuará con toda reserva; a éstas asistirán exclusivamente los cónyuges, el ministerio público, en representación de los hijos menores, y el juez; por tanto, quedarán excluidos los abogados asesores, padres, tutores o los hijos de la pareja. Esto se justifica en razón de que siendo el divorcio un acto personalísimo, son los

casados los que deberán decidir sobre el divorcio, sin presión o influencia externa. Sólo para el caso de que uno de ellos sea menor de edad, se le designará un tutor dativo, el cual deberá estar presente, pero únicamente cuando corresponda revisar el convenio con el objeto de representar los intereses económicos del incapaz.

Estas audiencias tienen varios propósitos: en primer lugar, el juez deberá cerciorarse, mediante identificación oficial, de que los presentes en las juntas son precisamente los esposos; no son pocos los casos en que fraudulentamente se ha suplantado a uno de los cónyuges para lograr un divorcio no deseado por el ausente. Ahora bien, una vez identificada la pareja, la autoridad judicial les cuestionará si ratifican la solicitud y si es su deseo disolver el vínculo. Ocurre a menudo que sólo uno de los casados es quien quiere divorciarse y el otro, a veces amenazado o confundido por su pareja, no tiene más recurso que firmar la solicitud; de ahí la importancia de que el juez se cerciore de que es deseo de ambos cónyuges disolver su matrimonio.

La reconciliación de los cónyuges es propósito insoslayable de las juntas; para lograrla, el juez debe estar consciente de la delicada tarea que tiene en sus manos, por lo cual, insistimos en que el juzgador debe ser un especialista en asuntos familiares, un verdadero conocedor de la problemática conyugal y familiar e incluso un auténtico consejero matrimonial que, con verdaderos deseos de lograr el avenimiento, se preocupe por exhortar a la pareja, haciéndolos reflexionar sobre las consecuencias funestas del divorcio para los hijos, recordándoles las satisfacciones incomparables y la seguridad que sólo proporcionan el matrimonio y la familia.

Otro de los propósitos de las audiencias es el de revisar el convenio que están obligados a presentar los cónyuges. En este aspecto, *la intervención del ministerio público es decisiva*. En efecto, el objeto principal del convenio aludido es garantizar los intereses morales y materiales de los hijos menores; por tanto, la representación legal de los mismos recae en el ministerio público, quien deberá cuidar que se encuentre garantizado su cumplimiento, *sobre todo, lo correspondiente al pago y aseguramiento de alimentos, así como lo relativo a proteger el derecho de convivencia y vigilancia del padre que no disponga de la custodia de los hijos*.

Al respecto, el *Código Familiar de Sonora* de 2011 acertadamente dispone: “El juez puede rechazar o el ministerio público, en su caso, puede oponerse al divorcio cuando el convenio no permita una adecuada vinculación entre padres e hijos o no queden garantizados los alimentos de estos últimos, o impugnar, en su caso, la custodia compartida cuando afecte los intereses de los hijos” (art 146, *CFS*).

5.2.2.2 Requisitos del convenio en el divorcio voluntario

Cuando los consortes que pretendan divorciarse por mutuo acuerdo tengan hijos o bienes en común o sean menores de edad, junto con la solicitud de divorcio deberán anexar un convenio.

La mayoría de las legislaciones civiles y familiares coinciden en que en dicho convenio debe mencionarse:

- La persona a quien serán confiados los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.
- El modo de satisfacer las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, así como el modo de hacer el pago y *la garantía* que debe darse para asegurarlo.
- La casa que servirá de habitación a cada uno de los esposos durante el procedimiento.
- La cantidad que por concepto de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y *la garantía* que deba darse para asegurarlo.
- La manera de asegurar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. Para este efecto, se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes y deudas de dicha sociedad.

Respecto al primer requisito, en virtud de tratarse de divorcio por mutuo consentimiento y de no haber una causa imputable a los esposos, *la patria potestad sobre los hijos no se pierde, ni se puede renunciar a ella*; no obstante, la custodia necesariamente deberá ser confiada a uno de los padres o a un tercero, por la inevitable separación física y jurídica de la pareja. Cabe advertir que este punto es uno de los más debatidos en la práctica, porque si bien es cierto que muchas parejas están de acuerdo sobre en quién deberá recaer la custodia, en algunas otras existen verdaderas disputas sobre las condiciones en que quedarán los hijos. Tratándose de divorcio voluntario, los esposos deberán estar de acuerdo en todas las cláusulas del convenio; de otra manera, no podrá aprobarse el mismo y, por ende, no procederá la disolución del matrimonio.

Es importante entender que se divorcian los cónyuges, no los padres de los hijos, por tanto, el padre que no tenga la custodia debe tener facilidad de acceso para continuar ejerciendo su derecho de convivencia y vigilancia,

pues, en realidad, con la lejanía se lesionan mayormente los intereses morales de los hijos que los del mismo progenitor. En consecuencia, para evitar el incumplimiento del convenio citado, éste deberá redactarse cuidadosamente, procurando *instituir todo un régimen de convivencia* a fin de garantizarle a padres e hijos un ejercicio efectivo de la patria potestad.

Al respecto existe texto expreso y jurisprudencia definida en el sentido de concederle al progenitor que no quede con la custodia *el derecho de vigilancia y convivencia, advirtiéndole que no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el menor, su progenitor y demás parientes.*

Otro de los requisitos del convenio es el concerniente a determinar la manera de satisfacer las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después del divorcio, así como el modo de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo.

En muchos casos, difícilmente puede hacerse efectivo el pago de alimentos, bien por ignorancia al no tomarse las precauciones necesarias en la elaboración del convenio y no garantizarse en él en forma eficaz dicho pago, o bien porque el marido encuentra por medios fraudulentos la manera de aparentar un estado de insolvencia para evadir la pensión. La realidad es entonces que con demasiada frecuencia los deudores irresponsables han encontrado la forma de evitar que se hagan efectivas dichas pensiones, convirtiéndose tal situación en una verdadera corruptela, por ser incluso los mismos abogados asesores los que en ocasiones aconsejan dichas prácticas. Como forma de remediar este problema, el legislador obliga a que se determine también en el mismo convenio *la forma en que deberá hacerse el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo.* Esta precaución nos parece afortunada, pero independientemente de esta medida de carácter civil, se ha configurado en los diversos códigos penales de los estados de la Federación el *delito de abandono de obligaciones alimenticias.*

Respecto a los alimentos entre cónyuges, el *Código Familiar de Sonora* de 2011 determina lo siguiente: “En el divorcio voluntario, *los cónyuges no están obligados a darse alimentos*, pero si se pactan, serán considerados como una liberalidad de quien los otorga y se debe cumplir a la letra” (art 168, CFS).

En otro orden de ideas, es necesario subrayar la importancia de que el convenio en el divorcio voluntario quede debida y minuciosamente redactado para evitar disputas entre la pareja y violaciones al mismo en perjuicio de la parte económicamente débil y de los hijos; recuérdese que la pareja en cuestión manifiesta generalmente incompatibilidad de caracteres y quizá detrás de ese divorcio voluntario, donde en apariencia la causa no se le

imputa a nadie, haya profundos rencores, resentimientos que mal canalizados causarían daños irreversibles en los hijos. Por eso, son también muy importantes las juntas de avenencia, para el efecto de concientizar a la pareja sobre la actitud positiva que debe asumir una vez divorciada en su propio beneficio y en el de sus descendientes; la cordialidad, la buena relación, son determinantes para causarles a los hijos el menor perjuicio posible.

Por otra parte, en la mayoría de las legislaciones, el ministerio público está facultado para oponerse a la aprobación del convenio e incluso para sugerir las modificaciones que estime pertinentes. Sin embargo, es el juez a quien le corresponde resolver en la sentencia lo conducente, procurando que los derechos de los hijos queden garantizados. Es oportuno advertir que de no aprobarse el convenio de referencia, la disolución del matrimonio no se decretará. En muchas ocasiones, la intervención del ministerio público no se efectúa con eficacia, pues invariablemente su intervención consiste en manifestar su conformidad en la aprobación del convenio. Esa intervención tibia de la representación social se podría subsanar como ya antes se señaló, si se lograra una nueva configuración del ministerio público, así como su especialización en materia familiar.

Respecto a la elaboración del convenio, la *Ley Familiar de Zacatecas* establece lo siguiente: “Si alguno de los cónyuges o ambos, tuvieran duda respecto de los términos en que se determinarán los derechos y obligaciones objeto del convenio, podrán acudir a la instancia de *mediación* del Poder Judicial del Estado para alcanzar acuerdos satisfactorios para ambas partes” (art 224, *LFZ*).

Por último, coincidimos con algunos autores en que la invitación a que la pareja reflexione podría tener resultados benéficos, si como condición para disolver el vínculo los cónyuges pasaran por una **prueba de separación**; para lo cual proponemos **la suspensión del procedimiento** por un término no menor de tres meses, ni mayor de seis, antes de dictarse la sentencia, siempre que haya hijos; transcurrido dicho plazo sólo se dictaría sentencia a instancia de uno de los cónyuges.

5.2 bis Divorcio necesario vigente en los estados de la Federación

5.2 bis.1 Divorcio necesario

**Divorcio necesario
vigente en todos los estados de la República,
salvo el Distrito Federal.**

Las diversas legislaciones coinciden en las causas de divorcio

Concepto: es la disolución del vínculo matrimonial válido, decretada por autoridad competente en virtud de un requerimiento inminente de la parte afectada, por el incumplimiento por parte de la otra, de los deberes conyugales o por la imposibilidad de cumplir los fines del matrimonio.

<i>Causas de divorcio sanción (se seleccionaron las que fundamentan mayor número de juicios de divorcio)</i>	<i>Deber incumplido</i>	<i>Origen</i>
Adulterio	Fidelidad.	cc (1870)
Propuesta de un cónyuge para prostituir al otro. La incitación para cometer un delito. Actos que corrompan a los hijos o la tolerancia de su corrupción.	Implican delito.	cc (1870)
Separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses consecutivos.	Cohabitación.	cc (1870)
Separación justificada del hogar conyugal por más de un año.	Cohabitación.	cc (1884)
Sevicia.		cc (1870)
Injurias.	Respeto	cc (1884)
Amenazas.	y consideración.	
Difamación.	Lealtad conyugal.	cc (1928)

continuación

<i>Causas de divorcio sanción (se seleccionaron las que fundamentan mayor número de juicios de divorcio)</i>	<i>Deber incumplido</i>	<i>Origen</i>
Incumplimiento de la obligación de contribuir al sostenimiento del hogar.	Ayuda mutua.	CC (1884), actualizado en 1975
Acusación calumniosa.	Lealtad conyugal.	CC (1870)
Cometer delito intencional con penalidad mayor de dos años. Hábitos de juego y drogadicción. Embriaguez habitual. Cometer delito contra el cónyuge.	Falta al elemento moral.	LRF (1917) CC (1928) LRF (1917) LRF (1917)
Bigamia.	Falta a la fidelidad.	CCT (1987)
Demanda injustificada de divorcio o desistimiento no consentido.	Implica injurias.	CC (1928)
Conductas de violencia familiar.	Pueden constituir delito.	Reformado en 1999
Incumplimiento de resoluciones ordenadas para corregir actos de violencia familiar.	Desacato a una orden de autoridad.	Reformado en 1999
<i>Causa sui generis (única en su género)</i> Separación de los cónyuges por más de dos años no importando la causa, por lo que cualquiera de los cónyuges puede demandar el divorcio.	Cohabitación y demás fines. Esta causa no se ubica en el divorcio sanción por faltar el elemento culpa.	Reformas al CC de 1928 efectuadas en 1987
Divorcio remedio: • Padecer enfermedades graves, crónicas o incurables, contagiosas o hereditarias.	Imposibilidad de cumplir con los fines del matrimonio.	CC (1884)
• Impotencia incurable que sobrevenga al matrimonio.	Imposibilidad de cumplir con los fines del matrimonio.	CC (1884)
• Enajenación mental, previa declaración de interdicción.	Imposibilidad de cumplir con los fines del matrimonio.	LRF (1917)

5.2 bis.1.1 Introducción al divorcio necesario

El matrimonio como estado de derecho produce desde su constitución una serie de efectos jurídicos de cuyo cumplimiento dependerá el éxito y la permanencia de la relación. La cohabitación, la fidelidad, la ayuda mutua, la relación sexual, el respeto y la consideración entre los cónyuges y de éstos a los hijos son deberes ineludibles de los casados; por lo cual, *las causas de divorcio necesario, vigente en todos los Estados de la República, obedecen al incumplimiento de los mencionados deberes, o bien, a circunstancias que imposibilitan los fines del matrimonio.*

En cuanto al divorcio unilateral o incausado vigente en el Distrito Federal desde 2008, se caracteriza por la desaparición de las causas tradicionales de divorcio necesario, permitiéndose la disolución del vínculo matrimonial por acto unilateral de cualquiera de los cónyuges. Al respecto, se afirma que tales reformas obedecieron a darle prontitud a los conflictos conyugales, evitando mayor desgaste en la relación familiar. Sin embargo, el legislador del Distrito Federal, pasó inadvertido el interés genuino del Estado de conservar el matrimonio, una de las bases de la familia; pues si bien existen personas casadas que no cumplen con los fines del matrimonio, también es cierto, que hay un sin fin de parejas que requieren y buscan atención especializada para salvar su relación. Este tema se abordará en el punto 5.9.

5.2 bis.1.2 Las causales de divorcio necesario

Las diversas legislaciones vigentes en las entidades federativas no emplean un criterio sistemático para reglamentar las causales de divorcio, simplemente las enumeran, a excepción del *Código Familiar de Sonora*, que destaca en la República como *la legislación más progresista en materia de divorcio.*

En el campo doctrinal, el jurista mexicano contemporáneo **Flavio Galván Rivera** distingue en su cátedra tres formas de enumeración de causales de divorcio: la primera, la denomina *exhaustiva*, en donde el legislador pretende agotar todas las posibilidades de incumplimiento de deberes conyugales y en donde —afirma el jurista— nunca serán suficientes, pues siempre se escapará alguna situación, como el caso de la homosexualidad, que escasas legislaciones en el país la contemplan; una segunda forma de enumeración es la llamada *ejemplificativa*, es generalmente reducida, dando margen a que el órgano jurisdiccional haga uso de la analogía o de la mayoría de razón para apreciar causas similares en gravedad a las enunciadas; la última forma es la denominada *única*, por ésta se inclina el mencionado jurista, quien afirma que *tendría lugar por cualquier motivo donde haya que-*

brantamiento de la vida conyugal que la haga imposible. Esta última postura sólo funcionaría con jueces honestos, capaces, con criterio jurídico, egresados de los centros de estudios judiciales, que hayan cursado la carrera judicial y obtenido el cargo en concurso por oposición. Además, el autor considera que *el juez debe contar con un consejo familiar compuesto por especialistas, que funja como órgano auxiliar y tenga como función primordial la conciliación de la pareja en todos los casos de divorcio.*¹

Con base en nuestra realidad, el divorcio sólo debería proceder por causas reales y justificadas que imposibiliten la vida en común; no puede considerarse una sola causal de divorcio y darle al juez la responsabilidad de apreciar la causa de desavenencia conyugal, porque esto supondría contar con jueces especializados y conscientes de lo delicado de su función; indudablemente, el juez debe usar su arbitrio para apreciar las causales en que se funde la demanda, como en el caso de las injurias graves, pero siempre debe atender a causas concretas de divorcio señaladas específicamente por el legislador.

Como ya se mencionó, el *Código Familiar del Estado de Sonora* de 2011 es, en nuestra opinión, el más avanzado en la República Mexicana en materia de divorcio, pues lo clasifica en separación judicial de cuerpos (única-mente se autoriza la separación), divorcio necesario unilateral sin culpa (por enfermedad), divorcio voluntario, divorcio necesario por causales objetivas (divorcio unilateral) y divorcio necesario por culpa.

En lo referente a la *separación de cuerpos declarada judicialmente*, dicho ordenamiento familiar es la primera legislación que la regula en México. Procede dicha separación no únicamente por enfermedades crónicas incurables, contagiosas, hereditarias o enajenación mental, sino también a solitud de los cónyuges y sin expresión de causa, siempre que éstos acuerden sobre la custodia de los hijos, los alimentos y la situación de los bienes, pero *transcurridos dos años* desde que se suspendió la cohabitación, *cualquiera de ellos puede solicitar, con audiencia del otro, la conversión a divorcio por causas objetivas*; entendiéndose que el término de la separación es prueba suficiente de que el matrimonio no puede cumplir sus fines esenciales (art 141, *LFS*).

En lo relativo al *divorcio unilateral sin culpa*, éste procederá cuando uno de los cónyuges contraiga durante el matrimonio una enfermedad grave e incurable, que sea además contagiosa, o manifieste una incapacidad mental o ésta sea declarada judicialmente (art 148, *LFS*).

¹ **Flavio Galván Rivera**, apuntes de cátedra (estudios de posgrado), Facultad de Derecho, UAT, marzo de 1992.

Con relación al *divorcio necesario por causas objetivas*, éste tiene lugar a los *dos años de separados*, por voluntad de ambos cónyuges; en estos casos, cualquiera de ellos puede invocar el divorcio, ya que el acuerdo de voluntades para suspender la cohabitación impide el cumplimiento de los fines del matrimonio (art 152, *LFS*).

Respecto al *divorcio necesario por culpa*, en esta clase se incluyen las causales tradicionales de divorcio que contemplan todas las legislaciones de la República, excepto el Distrito Federal (art 155, *LFS*).

5.2 bis.1.3 Causas específicas de divorcio necesario

Tradicionalmente, la doctrina ha admitido *dos tipos de divorcio forzoso: el divorcio necesario sanción y el divorcio necesario remedio*. El primero comprende aquellas causales en donde uno o ambos cónyuges faltan gravemente a sus deberes conyugales; en cuanto al divorcio remedio, contempla las causas que ponen en peligro la salud del cónyuge sano o de los hijos, por padecer uno de los cónyuges enfermedades graves, crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias o por incapacidades físicas o mentales: impotencia incurable, enajenación mental.

A continuación, se hará una breve referencia a las causales que fundamentan el mayor número de demandas de divorcio en el país.

A. El adulterio

Se puede definir como la relación sexual de cualquiera de los cónyuges con quien no es su consorte.

Uno de los fines del matrimonio es la fidelidad, es decir, la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí. Del contenido de la normatividad sobre el matrimonio se infiere la obligación recíproca de fidelidad, pues sólo así se puede entender la mutua consideración, el respeto y el esfuerzo de ambos por contribuir a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, según lo contemplan las legislaciones civiles y familiares de las diversas entidades de la Federación.

La obligación de fidelidad se instituye en nuestra época en forma recíproca, es decir, ambos esposos se deben lealtad mientras dure su estado matrimonial. La infidelidad obviamente presenta diversos grados, desde lo que puede constituir un fugaz pensamiento o un simple flirteo hasta el grado mayor que comprende el adulterio. Los grados menores de infidelidad generalmente no se encuentran tipificados como causas de divorcio, sin embargo, quizá puedan, según la naturaleza de la falta, catalogarse como

injurias graves, si se acredita en juicio que tales conductas fueron dirigidas con el ánimo de herir, menospreciar, ofender al otro cónyuge, y que el daño moral sea tan grave que haga imposible continuar con la vida en común.

Es oportuno hacer notar que el *Código Familiar de Sonora* de 2011, en forma por demás realista, contempla como causas específicas de divorcio “los actos preparatorios al adulterio, que de manera necesaria y directa tiendan al mismo; además, el habitual comportamiento de alguno de ellos, consistente en actos u omisiones contrarias a la fidelidad y respeto recíprocos entre los consortes, que fundamentalmente obligue a presumir la conducta adúltera de uno de ellos, si ésta se prolonga por más de un año” (art 150, fracc I, *CFS*).

Por otra parte, ante la dificultad de probar directamente el adulterio, por la intimidad en la que se efectúa, *los tribunales de justicia de la nación han determinado la admisión de la prueba indirecta*. Veamos el contenido de esta tesis jurisprudencial.

Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible **por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable**.

*Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Distrito. Amparo directo 84/91. Antonieta Agueda Torres. 3 de mayo de 1991. Unanimidad de votos.*²

En efecto, el criterio de *admitir la prueba presuncional* se ha sostenido repetidamente por nuestros tribunales, toda vez que los actos adulterinos se realizan clandestinamente, porque si para demostrarlos se admitiera únicamente la prueba directa, ello equivaldría a imponer al cónyuge ofendido una carga imposible de llevar a cabo.

Con base en este razonamiento, *se admiten otros medios de prueba tan veraces como la misma prueba directa, como en el caso de que un hombre casado reconozca a un hijo habido con mujer distinta a su esposa, o bien, cuando uno de los casados cohabita con persona distinta de su cónyuge*.

Examinemos jurisprudencia sobre el primer caso.

Divorcio, Adulterio como causal de. Pruebas. El adulterio que se invoca como causal para demandar el divorcio **es susceptible de probarse por medio del acta de nacimiento de un hijo natural de la cónyuge demandada habido con persona distinta a su esposo legítimo**, porque aun cuando se trata de un documento público que no constituye una prueba para demostrar directamente el adulterio, en cambio, **sí hace prueba plena en cuanto al nacimiento del menor y a lo decla-**

² Octava época; instancia: Tribunales Colegiados; fuente: *Semanario Judicial*; t IX; febrero de 1992; pág 179.

rado por quienes lo presentaron y reconocieron, y quedando demostrado el hecho relativo al nacimiento del hijo natural, cuando aún subsistía el vínculo matrimonial, queda deducida la existencia del adulterio, que es una consecuencia de aquel hecho, y establecida **la presunción** relativa a la existencia de la causal invocada.³

*A.D. 1431/1974. Faustino García Esteba, enero 23 de 1974. Unanimidad.
Ponente. Mtro. Ernesto Solís López.*

En otro orden de ideas, el adulterio, como cualquier otra causa de divorcio de realización momentánea, debe hacerse valer según las diversas legislaciones de los estados por el cónyuge presuntamente inocente *dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que tuvo noticia de la infidelidad*. Sin embargo, si se trata de un adulterio permanente y continuo, la acción de divorcio puede ejercerse mientras el adulterio perdure o dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que deje de subsistir dicha situación.

B. La separación del domicilio conyugal por más de seis meses consecutivos sin causa justificada

Una obligación fundamental del matrimonio, de la cual depende el cumplimiento de sus demás fines, es la cohabitación. El art 163 del CCDF establece que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, por tanto, la separación de este domicilio por parte de uno de los casados constituye una situación que afecta directamente el estado matrimonial e impide que se sigan dando los demás deberes conyugales de fidelidad, relación sexual, ayuda mutua, etcétera.

Esta causal de divorcio fue una de las más recurridas en los juicios de divorcio necesario, antes de que se instituyera la de la separación de los cónyuges por más de dos años no importando la causa, en virtud de la facilidad para acreditar esta última.

En cuanto a la causal en estudio, se refiere a la separación del domicilio conyugal, no así al abandono económico de un cónyuge por el otro, por lo cual, aunque no exista esta última situación en virtud de que el cónyuge que se separó siguiera contribuyendo al sostenimiento del hogar otorgando a la familia una pensión alimentaria, de todas maneras se configurará la causal de la separación del domicilio conyugal, pues lo que se está sancionando es el incumplimiento de la obligación de cohabitar.

³Séptima época; instancia: Tercera Sala; fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; vol 73; cuarta parte; pág 93.

Ahora bien, es factible configurarse simultáneamente ambas causales, como de hecho sucede, cuando ocurre la separación del domicilio conyugal sin causa justificada y al mismo tiempo, el incumplimiento de la obligación de contribuir al sostenimiento del hogar; si esto acontece, habrá doble causal de divorcio.

Para que prospere una demanda de divorcio con base en la causal en estudio, es indispensable que se acrediten todos sus elementos: a) La existencia del matrimonio, b) la existencia de un domicilio conyugal y c) La separación de uno de los casados del domicilio conyugal por más de seis meses consecutivos sin motivo justificado.

En esta línea de ideas, cabe señalar que se debe comprobar la existencia del domicilio conyugal. “Se considera domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales” (art 163, CCDF). En consecuencia, no cualquier lugar donde cohabiten los cónyuges será domicilio conyugal, porque puede ser que en ese lugar no tenga la pareja poder de mando y decisión, y en esa hipótesis, aunque uno de los casados se separe del otro, no se configurará la causal. El caso más frecuente se presenta cuando los cónyuges viven en casa de los padres o de los parientes de cualquiera de ellos.

La jurisprudencia en múltiples ocasiones ha aclarado dicha situación:

Divorcio. Abandono del domicilio conyugal cuando los cónyuges viven en calidad de arrimados. Para configurar la causal del divorcio consistente en el abandono de hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del mismo, y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio.⁴

*Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Amparo directo 1277/89. Juvenal González García. 28 de febrero de 1990. Unanimidad de votos.
Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretario: Fernando Lúndez Vargas.*

Además, es necesario demostrar que el domicilio conyugal subsistió durante los seis meses siguientes a la separación, para dar oportunidad al cónyuge a regresar al mismo. Si el cónyuge que permaneció en la casa común cambia de domicilio, no tendrá manera de acreditar la subsistencia del domicilio conyugal.

⁴ Véase jurisprudencia número 157/75, cuarta parte.

Por otra parte, se debe acreditar igualmente la fecha de la separación injustificada de uno de los casados del domicilio conyugal. Se requiere que el cónyuge que se separó no haya regresado a hacer vida marital, de tal suerte que no se interrumpa el término exigido por la ley. En otro orden de ideas, el derecho a reclamar el divorcio no caduca mientras que el cónyuge que se separó no regrese; de tal manera que prosperará igualmente una demanda que se entable a los seis meses un día de separados que la interpuesta después de un año de ocurrida la separación del hogar conyugal. Es importante, en consecuencia, precisar en el escrito de demanda la fecha de la separación, para efecto de computar el tiempo de la misma.

Sin embargo, los tribunales colegiados han sostenido que *si ha transcurrido en exceso el término de seis meses no se requiere precisar la fecha de la separación*:

Divorcio. Abandono del hogar conyugal. Cuando ha transcurrido en exceso el término que la ley señala para que opere éste, no se requiere precisar la fecha de separación. Cuando se demanda el divorcio con base en la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que debe precisarse la fecha de inicio de la separación. Sin embargo, tal obligación sólo debe regir en aquellos casos en que exista duda en cuanto a si transcurrieron o no los seis meses que la ley señala, puesto que esta exigencia únicamente sirve para poder efectuar el cómputo respectivo, en cambio, **cuando está probado que ha transcurrido en exceso el término citado, como en la especie, en que dicha separación data de años, es indudable que está plenamente justificado que el aludido abandono excede del plazo mínimo legal** aun cuando no se hubiera señalado exactamente el día y mes en que ocurrió. Por tanto, se reitera, **sólo cuando exista duda en cuanto a si ha transcurrido o no el lapso mencionado para que opere la causal indicada, sería aplicable el referido criterio de la Suprema Corte.**⁵

*A.D. 623/91. Olivia Castañeda Ochoa. 17 de octubre de 1991. Unanimidad.
Ponente: Jorge Figueroa Cacho.*

Divorcio. Abandono del hogar conyugal como causal de. Término para demandarlo. Según el artículo 262 del *Código Civil del Estado de México*, el término de seis meses para demandar el divorcio comprende únicamente aquellas causales que se basan en la realización de hechos instantáneos o únicos, mas no aquellos considerados como de tracto sucesivo, por tener implícita una situación permanente y de realización continua, como es el caso de la separación del hogar conyugal por más de seis meses, causal que por su propia naturaleza permite que la **acción de divorcio pueda ejercerse en cualquier tiempo, siempre y cuando las circuns-**

⁵ Octava época; instancia: Tribunales Colegiados; fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; t IX; marzo de 1992; pág 185.

tancias que la motivaron subsistan cuando se ejercita, pues el hecho del abandono se realiza de momento a momento.⁶

Amparo directo 554/95. Verónica Magda Díaz Gutiérrez de Rossano. 22 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente Fernando Narvárez Barrer. Secretaria: Gloria Burgos Ortega.

Ahora bien, continuando con la causal, se requiere además que no haya existido causa justificada para la separación. Si existiera justificación para el abandono, le corresponderá demostrarla en todo caso al cónyuge demandado, ya que si se obligara al demandante a acreditar la misma, se caería en el absurdo de forzarlo a probar hechos negativos.

Comparando el derecho nacional, encontramos que el *Código Familiar de Sonora* de 2011 conjuga las dos situaciones: la separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses, con abandono absoluto de las obligaciones inherentes al matrimonio (art 156, fracc XVI, *CFS*). También establece que dicha causal es permanente, es decir, de tracto sucesivo, sólo se interrumpe cuando el cónyuge abandonante regrese unilateralmente al hogar y cumpla plenamente las obligaciones inherentes al matrimonio, por lo cual, *el divorcio debe solicitarse dentro de los seis meses siguientes al abandono* (art 159, *CFS*).

A diferencia del resto de las legislaciones que regulan esta causal —la cual sólo puede demandarse transcurridos seis meses consecutivos desde que se efectuó la separación—, en Sonora, según lo preceptuado, debe demandarse precisamente dentro de los seis meses siguientes al abandono. Esto se justifica en virtud de que no sólo se está reglamentando la separación del domicilio conyugal incumplándose el deber de cohabitación, sino *incluye también el abandono absoluto de las obligaciones familiares*, como sería en todo caso el no proporcionar alimentos, que implica que la familia quede en pleno estado de indefensión.

Divorcio. Abandono del domicilio conyugal como causal de. La actual Suprema Corte de Justicia de la Nación no comparte el criterio que se había venido sosteniendo en el sentido de que para la procedencia de la causal de divorcio por la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal competía al actor demostrar, entre otros extremos, la separación injustificada del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos, y no comparte dicho criterio porque ello **equivaldría a obligar al actor a probar generalmente un hecho negativo, cual es que la separación no es justificada, y siendo un principio de derecho que el que afirma está obligado a probar, la conclusión que se impone es que si el cónyuge abandonante admite la separación del hogar conyugal, pero agrega que ésta**

⁶ Novena época; instancia: Primer Tribunal Colegiado en materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito; fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta; t II; 1995.

tuvo causa o motivo, como por ejemplo, que su consorte le golpeó o le corrió o le amenazó de muerte, etc, es al cónyuge abandonante a quien incumbe acreditar esos hechos que justificarían la separación. Así pues, para la procedencia de la causal de divorcio por la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal a que se refiere la fracción VIII del artículo 267 del *Código Civil* de los estados que tienen igual disposición, al actor sólo compete demostrar: 1. La existencia del matrimonio; 2. la existencia del domicilio conyugal; 3. la separación del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos. Acreditado el hecho de la separación o abandono del hogar conyugal, **corresponde al cónyuge abandonante demostrar que tuvo causa justificada para hacerlo.**

A.D. 5164/74, Antonio Calas Tlacuahuac. Unanimidad de 4 votos, séptima época, vol 85, cuarta parte, pág 17. A.D. 4590/74, Clementina Zúñiga López, 5 votos, séptima época, vol 86, cuarta parte, pág 21. A.D. 3922/75, Froylán Martínez Espinoza, 5 votos, séptima época, vol 87, cuarta parte, pág 19. A.D. 5722/74, Tomás Ramón Mojica. Unanimidad de 4 votos, séptima época, vol 87, cuarta parte, pág 29.

Ha resuelto la Suprema Corte la existencia de una causa justificada *cuando hubo mutuo acuerdo* entre los cónyuges para vivir separados. En este caso, *se requiere que el cónyuge que vive aún en el domicilio conyugal requiera al otro para reintegrarse al mismo. Criterio similar se aplica cuando el cónyuge que se separó no puede regresar al domicilio conyugal por la oposición del otro.* (J.152, Apéndice 1917-1975).

Si analizamos el derecho comparado en Sudamérica, encontramos que el Código Familiar de El Salvador respecto al tiempo exigido de seis meses hace una excepción, considera que son causas de divorcio las siguientes: “El abandono absoluto por parte del marido de sus deberes de esposo o de padre, y por parte de la mujer, de sus deberes de esposa o de madre, si al presentar la demanda de divorcio han transcurrido por lo menos seis meses, contados desde el día en que se originó la causal, *salvo que se trate del abandono de mujer embarazada, en cuyo caso el término será de tres meses*” (art 212, fracc VI).

C. Las injurias, la sevicia, las amenazas, de un cónyuge para el otro, siempre que éstas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común

Estas causales son autónomas, es decir, constituyen cada una situaciones diversas, las cuales pueden dar lugar por sí solas a declarar disuelto el vínculo matrimonial, siempre que se encuentren probadas en juicio.

Como dichas conductas son causales de la misma naturaleza, el legislador se inclinó en su regulación conjunta; esto no impide que se pueda invocar una sola y que prospere la demanda. En México como consecuencia

del machismo, abundan los juicios de divorcio con base en estas causales, por lo cual, la jurisprudencia ha sido copiosa para dar orientación al juez, sobre todo, en causales como la sevicia y las injurias, que por ser conceptos muy genéricos pueden caber distintos criterios de interpretación y valorización de ciertos hechos contrarios al estado matrimonial. Veamos a continuación cada una de estas causales:

c.1 Sevicia

Según criterio de la Suprema Corte, la sevicia la constituyen los malos tratos, es decir, *la crueldad excesiva* de alguno de los cónyuges hacia el otro, que haga imposible la vida en común. Sin embargo, todavía es objeto de polémica si para considerarlo sevicia el maltrato deba ser continuo, aun cuando no sea grave, de tal forma que por su constancia y repetición haga imposible llevar a cabo una vida conyugal armónica, o bien, si cabe la posibilidad de considerar como sevicia aquel acto tan grave y excesivo que aunque no se repita (como en el caso de un golpe ejecutado con fuerza) rompa definitivamente la armonía conyugal. Al respecto, veamos la siguiente tesis.

Divorcio. Sevicia como causal de. La sevicia como causal de divorcio **es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común** y no un simple altercado o un golpe aislado que puedan ser tolerados. Por tanto, **quien invoque esta causal debe detallar la naturaleza y modalidades de los malos tratamientos**, tanto para que la otra parte pueda defenderse como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal.

Novena parte, Apéndice 1985, tesis 224, pág 360.

Sostiene la doctrina que se debe entender la sevicia en razón de su finalidad, es decir, *que haga imposible la vida conyugal*, que los malos tratos de palabra o de obra que la constituyan den como resultado *que se rompa la armonía entre los cónyuges*.

Por otra parte, el juez que conozca del conflicto tendrá que tener en cuenta las condiciones sociales, culturales, costumbres, trato y forma de vida de la pareja, para determinar si verdaderamente se está dando la causal invocada o, por el contrario, es el trato de vida acostumbrado que se han dado recíprocamente los esposos.

Algunas legislaciones de los estados regulan esta causal como *extorsión moral*, como ocurre en el *Código Civil de Sonora* (art 156, fracc VII); otras, como el derecho estadounidense, la denominan *crueldad mental*.

En las legislaciones latinoamericanas de vanguardia estas causales son contempladas en forma similar. El *Código Civil de Perú* la regula como “la

imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial” (art 349, fracc II). El *Código Familiar de El Salvador* establece que por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges “se entiende que concurre este motivo, en caso de incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos, o cualquier otro hecho grave semejante” (art 106). El *Código Familiar de Panamá* señala como causal de divorcio “el trato cruel físico o psíquico, si con él se hace imposible la paz y el sosiego doméstico” (art 212, fracc II).

c.2 Injurias graves

Se entiende por *injuria* toda expresión proferida, toda acción ejecutada, incluso toda omisión dirigida, con el ánimo de manifestarle desprecio al otro cónyuge o con el fin de hacerle una ofensa.

La expresión *injuria* es un término muy amplio, de manera que la comprenden no sólo las expresiones y los actos ofensivos, sino incluso las omisiones *que lleven el ánimo de ofender, de herir moralmente, de denigrar, de menospreciar, de vejar, etc, en fin, actitudes activas o pasivas contrarias a la mutua consideración y respeto que se deben los cónyuges*. Con estas bases, podemos afirmar que en última instancia todas las causales de divorcio vienen a constituir injurias graves. Sin embargo, el legislador las contempla como causa específica de divorcio, en la inteligencia de que se trata de una causal de contenido variable, por lo cual el juez al que le corresponda calificarla deberá asegurarse de su gravedad a efecto de resolver si hace imposible la vida conyugal, esto último es lo que determinará la decisión del juzgador. En suma, el juez debe tener la certeza del desamor, del profundo alejamiento de un cónyuge del otro y del total rompimiento de la armonía conyugal.

La existencia de injurias se evidencia en el empleo de palabras o frases ofensivas, no necesariamente groseras u obscenas (por ejemplo, los reproches en público de adulterio); en acciones y actitudes que tengan el ánimo de herir, de dañar (flirteo de uno de los esposos con un tercero en público y con descaro); o de omisiones o conducta pasiva con la intención de ofender (como el hecho de que uno de los casados se niegue sistemáticamente y sin causa justificada a la relación sexual). Estos ejemplos sólo nos invitan a pensar en la imposibilidad de que el legislador haya contemplado la infinidad de actitudes injuriosas, prefiriendo una causal genérica; estableciendo los tribunales de la Federación abundante jurisprudencia para ilustrar al juez sobre el contenido, elementos, características y valorización de las injurias.

La calificación de la injuria corresponde obviamente al órgano jurisdiccional y no a las partes en contienda, por tanto, deben darle a conocer los hechos precisos, las palabras textuales, las actitudes u omisiones injuriosas específicas llevadas a cabo por el cónyuge demandado. Es importante presentar al juzgador los elementos de prueba suficientes que acrediten el ánimo de ofender, de vejear, y que el daño sea tan grave que haga imposible la vida en común.

Cuando el actor, por ejemplo, omite manifestar con textualidad en la demanda las palabras injuriosas y se limita a decir que fue injuriado, está privando al juez de la facultad que le corresponde de apreciar y calificar la gravedad de la injuria, dando como resultado la improcedencia del divorcio; lo mismo sucede cuando los testigos se limitan a decir que escucharon o presenciaron las injurias, pero no manifiestan las frases o hechos injuriosos referidos en la demanda, o bien, cuando declaran palabras o hechos injuriosos que no coinciden con los manifestados en el escrito de demanda. Estas situaciones han sido resueltas en forma por demás clara y precisa por los tribunales de la Federación, como se muestra en seguida.

Divorcio. Injurias como causal de. Si los testigos presentados por el actor en juicio de divorcio no expresaron las palabras constitutivas de las injurias imputadas en la demanda, la autoridad sentenciadora estaba imposibilitada para juzgar de la gravedad de tales injurias y, por ende, para considerar justificada la causal de divorcio de que se trata.⁷

Por otra parte, deben declararse y acreditarse *las circunstancias de modo, tiempo y lugar* en que se dieron los hechos, para que el juez esté en condiciones de calificar la gravedad de la injuria y conocer si los hechos narrados y comprobados configuran la causal, así como para que la otra parte pueda defenderse y, sobre todo, *verificar que los hechos en que se funda la demanda no hayan caducado*. Ahora bien, no dependerá de la subjetividad de las partes la apreciación de las injurias, sino que es al juez en forma objetiva a quien le corresponde su calificación; de esta manera, deberá de estimar *la clase social de la pareja, el grado de educación, sus costumbres, su trato cotidiano*. En efecto, lo que para un cónyuge refinado podría consistir una conducta o frase injuriosa, para otro sería sin lugar a duda su trato normal, acostumbrado y muchas veces afectuoso. *No es posible que prospere un divorcio basado en injurias, si las expresiones que se manifiestan como injuriosas son las que usa cotidianamente la pareja*.

⁷ Novena parte, *Cambio de Competencia. Apéndice 1985*, tesis 218, pág 349.

Es oportuno hacer notar que las injurias constituyen una causal de realización instantánea, por lo cual *basta que se cometan por una sola vez* si con ello se daña gravemente la relación conyugal. Veamos jurisprudencia al respecto.

Divorcio. Injurias graves singulares como causal de. (Legislación del estado de Puebla). No es verdad que las injurias graves deban reiterarse para que constituyan causa de divorcio, pues cumplido el requisito de gravedad nada impide que *aunque se cometan por una sola vez se relajen las relaciones conyugales al grado de hacerlas imposibles*; máxime que no existe precepto alguno que disponga que sólo con actos reiterados pueda configurarse la referida causal de disolución del vínculo matrimonial.

A.D. 194/90. María Graciela Bazán Yitani. 5 de septiembre de 1990. Unanimidad. Ponente: José Galván Rojas. Precedente: octava época, t VIII, noviembre, pág 205. Informe de 1977, segunda parte, Tercera Sala, tesis 94, pág 102. Semanario Judicial, octava época, t IX, enero de 1992, Tribunales Colegiados, pág 165.

Divorcio. Injurias graves como causal de. Tratándose de juicios de divorcio por causa de injurias graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador la certeza de la *existencia de un estado profundo de alejamiento de los consortes motivado por uno de ellos, que ha roto de hecho el vínculo de profunda consideración indispensables en la vida matrimonial*. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio es el índice que fija racionalmente el ánimo del juzgador.⁸

El *Código Civil de Perú* considera que esta causal consiste en “la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común” (art 349, fracc VI, CCP).

c.3 Las amenazas

Consisten en palabras o conductas mediante las cuales un cónyuge intimida, atemoriza al otro, advirtiéndolo de un daño o un mal futuro que le puede causar a él, a su familia o a su patrimonio.

Es frecuente, atendiendo a la idiosincrasia del pueblo mexicano, que los golpes proferidos del cónyuge físicamente fuerte al débil vayan acompañados de amenazas de causarle un daño mayor. De esta manera, la amenaza generalmente coincide con la sevicia, con la injuria, o bien, con el alcoholismo o la drogadicción. Sin embargo, todas son causales que pueden ser invocadas separadamente.

⁸ Novena parte, *Cambio de Competencia. Apéndice 1985*, tesis 217, pág 349. (J. 170. *Apéndice 1917-1975, Semanario Judicial de la Federación*).

Nuevamente estamos frente a una causal de divorcio que al mismo tiempo puede constituir un delito, pero que, como las otras de su misma naturaleza, no requiere para que prospere de una sentencia penal que declare la existencia de un hecho delictuoso. Lo explicado en la sevicia e injurias se aplica también en esta causal por ser las tres de realización momentánea y, por lo mismo, sujetas a caducidad.

D. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones alimentarias, así como el incumplimiento de la obligación de colaborar con las actividades domésticas sin justa causa

Para el *Código Civil de Nuevo León* dicha causal únicamente prospera cuando no pueda hacerse efectiva por la vía judicial la obligación alimentaria (art 267, fracc XII). Por otra parte, el *Código Familiar de Zacatecas* asume la misma postura (art 231, fracc XII); esta legislación incluye un interesante precepto: *la mujer tendrá siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos, por las cantidades que correspondan para la alimentación de ella y de sus hijos menores. También tendrá derecho preferente sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto. La mujer puede pedir el aseguramiento de bienes para hacer efectivos estos derechos* (art 165, CFZ). Este derecho le corresponderá también al hombre cuando tenga la necesidad y la cónyuge esté en condiciones de sostener el hogar (art 166, CFZ).

El *Código Familiar de Morelos* prefiere establecer un criterio general: el incumplimiento grave y continuado de las obligaciones derivadas del matrimonio (art 175, fracc IX). Este precepto permite considerar como causales de divorcio tanto la negativa de otorgar alimentos, como el incumplimiento de otras obligaciones, como la del débito carnal, o el de proporcionarse ayuda mutua. Este tipo de normatividad permitirá al juez determinar la gravedad de la obligación incumplida.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación con un claro sentido social ha determinado que *si bien la obligación de sostener el hogar es mutua, la mujer, en razón de su tradicional dependencia económica, tiene al igual que los hijos la presunción de necesitar alimentos; por lo cual, la obligación alimentaria generalmente le corresponde al marido, y sólo cuando aquélla tenga recursos propios y se niegue injustificadamente a contribuir al sostenimiento del hogar estará dando causa al divorcio*.

Al margen de que la negativa a dar alimentos constituya una causa específica de divorcio, penalmente, la mayoría de las legislaciones tipifica tal conducta como delito.

El art 193 del *CCDF* tipifica el delito que atenta contra el cumplimiento de la obligación alimentaria:

Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente. 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.

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 (art 194, *CCDF*).

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 (art 195, *CPDF*).

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 (art 196, *CPDF*).

Si la omisión en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias ocurre en incumplimiento de una resolución judicial, las sanciones se incrementarán en una mitad (art 197, *CPDF*).

E. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena corporal

Se entiende por *calumnia* la imputación que haga una persona a otra de un hecho determinado y calificado como delito por la ley, siempre que tal hecho sea falso o que el imputado sea inocente.

Los esposos se deben ante todo fidelidad, es decir, lealtad, aun en el caso de que realmente el delito imputado se hubiere cometido, con mayor razón si se es inocente. En esta hipótesis no hay la menor duda de que entre los cónyuges ha desaparecido la lealtad, el respeto, la estimación, en suma, el elemento fundamental del matrimonio —al que el derecho romano denominaba *affectio maritalis*—, el cual, así transcurran otros dos mil años, seguirá siendo el que fortalece y justifica la vida conyugal.

Esta causal de divorcio a diferencia de todas las demás que constituyen delito, requiere la terminación de un proceso penal en donde se dicte resolución declarando inocente al cónyuge acusado por el otro. La sentencia absolutoria será la prueba para demostrar la causal con base en calumnias, en la inteligencia de que esa resolución judicial deberá causar ejecutoria, es decir, convertirse en sentencia definitiva por no admitir recurso alguno que la modifique. En consecuencia, el término de la caducidad que opera a los seis meses, comenzará a correr el día en que causa ejecutoria la sentencia.

F. Los hábitos de juego o embriaguez o el uso no terapéutico de enervantes, estupefacientes o psicotrópicos o de cualquier sustancia que altere la conducta o produzca dependencia, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal

Esta causal, regulada originalmente en la *Ley de Relaciones Familiares*, fue adoptada por el *Código Civil de Tlaxcala*, esta legislación se caracteriza por incluir expresiones genéricas como *estupefacientes* y *psicotrópicos*, que implican cualquier sustancia que altere la conducta y produzca dependencia (art 123, fraccs XI-XII).

Los enciclopedistas definen el término *psicotrópico* como la sustancia que actúa sobre el psiquismo como calmante o estimulante, y el término *estupefaciente*, como la sustancia que hace perder la sensibilidad o estimula o produce alucinaciones, por ejemplo: marihuana, opio, morfina, heroína, cocaína, hachís, LSD, entre otras.

Esta causal está dirigida a proteger la institución familiar evitando la corrupción del otro cónyuge y fundamentalmente de los hijos. “El interés jurídico que se pretende garantizar en el matrimonio es la seguridad de la vida del hogar, base indispensable para que esta institución pueda realizar cumplidamente la función social y moral que le está encomendada”.⁹

⁹Ignacio Galindo Garfias, *Derecho civil. Primer curso*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1976, pág 593.

Por otra parte, para que la conducta viciosa constituya causa de divorcio se requiere cualquiera de estas dos condiciones: *que amenace causar la ruina de la familia, o bien, que constituya un continuo motivo de desavenencia conyugal*. No obstante, no es necesario que se den ambas situaciones, por tanto, es suficiente probar en juicio la existencia de una de ellas para que proceda la disolución del vínculo, en la inteligencia de que si tales vicios son tolerados por el otro cónyuge de manera que no provoque esa conducta una desavenencia conyugal permanente, no será causa de divorcio; sin embargo, si siempre han sido toleradas y después aparece el peligro de causar la ruina económica del hogar, sí se estará configurando dicha causal.

Ahora bien, puede darse el caso de que invariablemente los vicios hayan sido tolerados y después aparezca una situación contraria a los intereses del otro cónyuge, por lo cual, decide ejercitar la acción de divorcio; en ese caso, *la Corte ha sostenido que no debe prosperar dicha acción si de lo actuado en juicio se justifica que antes nunca fue motivo de desavenencia conyugal*.

Divorcio. Hábito de juego como causal de. Legislación de Nuevo León. Cuando se alega como causa de divorcio, el hábito de juego, deberá probarse que el demandado tuviese realmente el hábito del juego, que no puede consistir en otra cosa que en un vicio y **la reiterada práctica del juego a que se dedique la persona, de tal manera que no ejecute otras actividades tendientes a adquirir lo necesario para el sostenimiento del hogar y de su familia**, ni mucho menos se demostró que además de existir dicho hábito por parte del demandado, con esa conducta o actos ejecutados al practicarse el juego, amenazara causar la ruina de la familia, ni tampoco como consecuencia de ese hábito o vicio, viviera el matrimonio en una continua desavenencia conyugal, **pues no basta que existan desavenencias conyugales aisladas o en una o varias ocasiones, sino que debe haber una mortificación o continua desavenencia en el hogar entre los cónyuges, que realmente haga imposible la vida entre ellos y su familia.**¹⁰

A.D. 2502/1971. Manuel Rosas Muelo. Junio 16 de 1972. 5 votos.
Ponente Mariano Ramírez Vázquez.

G. La incompatibilidad de caracteres

El *Código Civil de Tlaxcala*, entre otras legislaciones, regula la incompatibilidad de caracteres como causa de divorcio (art 130, fracc XII). En esta causa no hay culpabilidad en los cónyuges al conceder la ley a cualquiera de ellos el derecho de ejercer la acción de divorcio; no obstante, la incompatibilidad de caracteres por su peculiar naturaleza ofrece serios inconvenientes planteados por la doctrina y por la jurisprudencia. Pese a sus desventajas, algu-

¹⁰Séptima época; instancia: Tercera Sala; fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, vol 92, Cuarta Parte; pág 167.

nos estados de la República la instituyen, como ocurre en Chihuahua y Campeche.

La incompatibilidad de caracteres entendida por la Suprema Corte como *la permanente intolerancia y aversión de los cónyuges* exteriorizada en diversas formas al grado de hacer imposible la vida en común, ha sido objeto de serias polémicas por el abuso que de ella en la práctica se ha originado, ya que cualquier desacuerdo ocasional o temporal de la pareja se ha querido utilizar como fundamento de una demanda; por lo cual, ese alto tribunal ha determinado que *dicha causal no se demuestra cuando el fundamento sean dificultades pasajeras o desavenencias eventuales, como disgustos ocasionales entre la pareja*.

En lo que respecta a la causa de divorcio consistente en la separación de los cónyuges por más de dos años no importando la causa, se está presumiendo en muchos de los casos la misma incompatibilidad de caracteres, ofreciendo la primera *mayor certeza en cuanto a la prueba y menos riesgo de abuso*, ya que para que prospere el divorcio deberá probarse en juicio la separación de los cónyuges por más de dos años. Lo anterior, seguramente, fue la razón por la cual algunas entidades han decidido regular esta causal evitando otra tan ambigua y desdibujada como la incompatibilidad de caracteres.

Divorcio. Incompatibilidad de caracteres como causal de. Para que pueda prosperar la causal de divorcio basada en **la incompatibilidad de caracteres** es necesario que el cónyuge que la hace valer exprese en su demanda cuáles son los hechos que la constituyen, tanto para que el consorte demandado esté en posibilidad de formular su defensa y, en su oportunidad, el juez pueda apreciar si se han demostrado y si su naturaleza y gravedad hacen imposible mantener la vida en común y justificar la disolución del matrimonio, por ser una institución de orden público la sociedad está interesada en que se mantenga.

Amparo directo 203/90. Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Manuel García López. 3 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Mandujano Gordillo. Secretaria: Julieta María Elena Anguas Carrasco.

Divorcio, incompatibilidad de caracteres como causal de (legislación del estado de Tlaxcala). Para que prospere la demanda de divorcio por la causal de **incompatibilidad de caracteres**, establecida en la fracción XVII del artículo 123 del *Código Civil para el Estado de Tlaxcala*, es necesario que el actor manifieste de una manera explícita cuál es el carácter de su cónyuge, así como el suyo, de tal manera que de esa narración se desprenda que cada uno de ellos tiene una personalidad opuesta al otro, que, por sus características, hace imposible la vida en común. Si no se hace así, resulta evidente que el juzgador no tendrá elementos suficientes para analizar si entre los cónyuges realmente existe una permanente aversión que

hace imposible su mutua convivencia; además de que se dejaría en estado de indefensión al cónyuge demandado, pues no conocería los hechos constitutivos de la causal de divorcio.

Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 5/89. Saturnino Méndez Ortega. 31 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: Othón Manuel Ríos Flores.

H. La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual puede ser invocada por cualquiera de ellos

Esta causal ha sido considerada por parte de la doctrina como el primer paso del legislador del Distrito Federal para instituir el divorcio incausado, pues en ella lo que menos importa es la causa que motiva la separación, ya que si la hubo no se hizo valer en tiempo oportuno, por lo cual se infiere un perdón tácito de parte del afectado.

Esta causal también la incluye el *Código Familiar de Zacatecas*, en el cual se disminuye el tiempo de la separación a un año (art 231, fracc IX).

Ahora bien, sin desconocer que la institución matrimonial es digna de ser tutelada y fortalecida por el orden jurídico, y admitiendo, por otra parte, la preocupación permanente del Estado de evitar por todos los medios posibles la disolución del vínculo matrimonial, el legislador en esta causal considera al divorcio como un mal necesario tendiente a evitar daños mayores; sobre todo, ante separaciones de hecho que se han prolongado indefinidamente, causantes de la inseguridad jurídica permanente de los cónyuges, que los priva al mismo tiempo de la oportunidad de rehacer sus vidas.

Es obvio que cuando ya no existe ningún interés en la pareja de manifestarse como casados, porque la separación física prolongada por más de dos años terminó con la afinidad, la armonía, la compatibilidad y el afecto, se justifica la separación jurídica mediante el divorcio en virtud de la incertidumbre que tal situación irregular provoca. Por otra parte, el legislador pretende resolver un serio problema social de separaciones indefinidas.

Ahora bien, en donde se advierte inconformidad es en los efectos que acarrea para el cónyuge económicamente débil; por tanto, esta causal sin una correcta reglamentación puede resultar injusta y traer consigo problemas mayores que el que se pretende resolver.

En efecto, en virtud de que la ley concede el derecho de invocar la acción de divorcio a cualquiera de los cónyuges, no hay culpabilidad de parte de ninguno de ellos, por ende, el divorcio no procede como una sanción,

sino como un medio para legalizar una separación de hecho. En consecuencia, el cónyuge económicamente débil estará condenado a quedar en estado de indefensión, al no tener derecho a recibir alimentos del otro, y quizá sean frecuentes los casos de mujeres que, habiendo dedicado su vida al hogar y a los hijos, se encuentren de pronto divorciadas y sin medios de subsistencia. También seguramente habrá individuos que aprovechando esa oportunidad que les brinda la ley se separen de la casa conyugal dolosamente, sabedores de que a los dos años prosperará su demanda de divorcio. Estas razones son suficientes para considerar y *proponer se adicione la causal en cuestión, concediéndole el derecho de alimentos al cónyuge dependiente económico que fue abandonado*. Justo es que éste disfrute de la pensión el mismo tiempo que haya durado su matrimonio, siempre que no contraiga nuevas nupcias o viva en concubinato.

Ahora bien, *consideramos que debe reglamentarse como requisito para admitir una demanda de divorcio con base en esta causal, el comprobar que durante todo el tiempo de la separación el cónyuge demandante haya cumplido con la obligación del sostenimiento económico de su familia*. Con esta medida se frenaría el abuso del divorcio y el fraude a la ley. Este criterio lo asume el *Código Familiar de Morelos*, en la inteligencia de que si el divorcio lo invoca el cónyuge que se separó, deberá *acreditar el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias* (art 174, fracc XVIII, *CFM*).

En el derecho latinoamericano, se distingue en este tema el *Código Civil de Chile*, el cual en su art 55 establece lo siguiente:

Habrà lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.

Sobre esta causal se presenta la siguiente tesis:

Divorcio, separación de los cónyuges por más de dos años como causal del, con independencia de la causa que la motive (legislación del Estado de México). Para que prospere la causal de divorcio prevista en la fracción XVIII del artículo 253 del *Código Civil para el Estado de México*, no importa ni trasciende el motivo que haya originado la separación de los esposos; lo que interesa es que se justifique fehacientemente tal hipótesis de separación de los cónyuges, por más de dos años, así como que se hayan apartado de la vida en común por dejarse de perseguir los fines del matrimonio, aun cuando hayan mediado visitas relacionadas

con el pago de alimentos debidos y otros similares; de ahí que el solo transcurso del tiempo indiscutiblemente actualiza la aludida causal y origina su disolución.¹¹

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Amparo directo 1330/98.

Arturo Miranda Lozada. 27 de abril de 1999. Unanimidad de votos.

Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez González.

I. Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos

En julio de 1999, los estados de la República, siguiendo el ejemplo del *Código Civil para el Distrito Federal*, instituyeron dos causales más de divorcio en apoyo al criterio generalizado contra la violencia familiar.

En los últimos tiempos se ha podido comprobar el aumento de la violencia física y moral en el seno familiar, la cual siempre ha existido, pero se desconocía su magnitud, hasta que se inicia y florece el movimiento de defensa a los derechos humanos de los grupos más desprotegidos, como las mujeres y los niños; todo esto, aunado al aumento de la delincuencia, vagancia y drogadicción motivadas por la crisis de valores familiares, inspiraron al legislador a instituir en las diversas legislaciones de los estados todo un capítulo sobre violencia familiar.

En efecto, el *Código Civil para el Distrito Federal* determina que “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” (art 323, quáter, CCDF).

Otro concepto de violencia que tiene en cuenta aspectos que escapan al anterior, es el expresado por el *Código Familiar de Zacatecas* en el art 283, a saber:

Por violencia familiar se considera todo acto u omisión intencional, aislado o reiterado, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir, de manera mediante [sic] el uso de la fuerza verbal, física o psicológica, así como omisiones graves que se ejercen contra cualquier miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; ya sea que se realicen dentro o fuera del domicilio conyugal y se produzcan o no lesiones.

¹¹ Novena Época; instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta; t IX; junio de 1999; tesis: II.2°.C.177 C.

Asimismo, el art 283 ter de dicho ordenamiento establece lo siguiente:

También se consideran acciones de violencia familiar las previstas en este artículo, aun cuando el agresor y la víctima no habiten en el mismo domicilio, pero tengan o hayan tenido relación de parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio, concubinato u otra relación afín, o que convivan o que hayan convivido en el mismo domicilio y estén sujetos a patria potestad, tutela, guarda, protección, educación, cuidado, custodia, o que mantengan o hayan mantenido una relación afectiva, aun cuando no compartan el mismo domicilio.

El *Código Civil de Nuevo León* al referirse a la violencia complementa los anteriores conceptos con un precepto (art 267, fracc XVIII) basado en la realidad social, pues no es factible que el cónyuge afectado pueda llevar cuentas pormenorizadas de cada acto u omisión intencional que le cause daño a la familia:

[Son causas de divorcio] Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges que afecten al otro o a los hijos de ambos o de alguno de ellos, y cuando un cónyuge promueva el divorcio fundado en esta causal, deberá narrar en la demanda los hechos que pongan de manifiesto la violencia familiar imputada a la parte demandada, la afectación causada al demandante, así como el nexo causal entre uno y otro, sin que sea necesario especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada evento atribuido al demandado.

El *Código Civil de Coahuila* en su art 363, fracc XIII, desarrolla ampliamente el contenido del maltrato físico, psíquico o sexual:

- **Maltrato físico:** lo constituyen las acciones que perjudican la integridad corporal; que van desde sujeción, lesiones en el cuerpo producidas por puño, mano o pie, golpes con objetos, hasta uso de armas punzocortantes o de fuego. Las consecuencias pueden ir desde golpes simples, lesiones leves, lesiones graves, lesiones que dejan marca e incluso que producen incapacidad.
- **Maltrato psicológico:** todo acto u omisión consistente en cualquier clase de prohibiciones, condicionamientos, coacciones, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluativas de abandono, que provoquen en quien las recibe, un deterioro o disminución de la autoestima y devaluación del autoconcepto.
- **Maltrato sexual:** todo acto que inflige burla y humillación de la sexualidad, niega las necesidades sexoafectivas entre los cónyuges, coacciona

a realizar actos, o practicar la celotipia para el control de la persona, así como los delitos contra la libertad y el normal desarrollo de la psico-sexualidad.

En el derecho comparado, encontramos causales de divorcio basadas en conductas incompatibles con la naturaleza del matrimonio, que no se encuentran previstas en las legislaciones tradicionales:

El *Código Familiar de Morelos* incluye como causal de divorcio las alteraciones conductuales en la práctica sexual que sobrevengan después de celebrado el matrimonio (art 175, fracc VI, *CFM*), y agrega una causal muy singular: “Cuando uno de los cónyuges, por tratamiento médico o quirúrgico, intente cambiar o cambie de sexo” (art 175, fracc XX, *CFM*). Dicho ordenamiento contempla también la inseminación artificial heterogénea en la mujer, o la implantación en ella de un óvulo fecundado por personas ajenas al matrimonio sin el consentimiento del marido (art 175, fracc XVII, *CFM*).

Esta misma causa de divorcio la establece la *Ley Familiar de Hidalgo*: “Permitir ser instrumento de un método de concepción artificial, sin el consentimiento de su cónyuge” (art 103, fracc XVI, *LFH*).

En la legislación latinoamericana, el *Código Civil de Perú* contempla como causal de divorcio la homosexualidad sobreviniente al matrimonio (art 349, fracc II, *CCP*), a la que el *Código Civil de Chile* se refiere como *conducta homosexual* (art 54, fracc IV, *CCCH*).

También incluye esta última legislación la “transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio” (art 54, fracc II).

5.2 bis.2 Posición ideológica

Considerar al matrimonio indisoluble y obligar a la pareja a mantenerse unida, a pesar de su profundo alejamiento, es propiciar un mal mayor que el divorcio: el daño moral a los hijos. Esta situación indudablemente provocará una desorganización familiar mayor que el mismo divorcio; no olvidemos el compromiso que la pareja contrae al casarse y el estado de derecho que se crea entre los cónyuges con las consecuencias jurídicas establecidas por el legislador, de ayuda mutua, cohabitación, relación sexual, fidelidad y demás principios basados en la ética más que en el orden jurídico. Por ende, todas las causas de divorcio obedecen al incumplimiento de esos debe-

res-derechos conyugales o a la imposibilidad de cumplir con los fines del matrimonio.

Sin embargo, para no caer en el abuso del divorcio y en el relajamiento de las relaciones conyugales y familiares deben conservarse aquellas causas específicas de divorcio basadas en la realidad y necesidades actuales. En este orden de ideas, es necesario llevar a cabo en las legislaciones de los estados de la República, un nuevo análisis de las causales de divorcio, para eliminar las repetidas y perfeccionar las existentes e incluir algunas que se adecuen a la realidad social, como ya se ha hecho en algunas de estas codificaciones, entre ellas, el *Código de Familia para el Estado de Sonora*, o mejor aún, crear una codificación familiar de orden federal; pues si bien admitimos que cada entidad tiene su propia problemática, también es cierto que coincide la mayoría en idiosincrasia.

Establecer causas desdibujadas provocaría el abuso del divorcio con funestas consecuencias para la familia, y, si bien es cierto que *algunas legislaciones europeas adoptan ese sistema*, lo hacen con sumo cuidado y prevención, evitando que los intereses de los cónyuges y de los hijos se vean mayormente lesionados. También es verdad que *en esos ordenamientos se les otorga a los jueces un amplio arbitrio, basado en la capacidad y probidad que los caracteriza*; además de la profunda vocación por su carrera, que conlleva a allegarse todos los elementos posibles para conocer a fondo el problema conyugal y familiar, con el objeto de evitar perjuicios mayores a las personas más afectadas: los hijos. Para esto, *cuentan con el auxilio profesional de especialistas en trabajo social, psicología, pedagogía, entre otros, que efectúan una investigación de campo minuciosa para allegarle datos al órgano jurisdiccional*. Nuestra realidad es otra, carecemos de esa cultura, por eso, con un claro sentido de ella, se debe procurar formar jueces verdaderamente profesionales, antes de aspirar a seguir un sistema similar al europeo.

Por último, nos manifestamos partidarios de la saludable medida consistente en que *los cónyuges pasen por una prueba de separación previa al divorcio*, ya que está comprobado que la primera etapa posterior al mismo es la más difícil y dolorosa, pues el divorcio provoca generalmente un sufrimiento, una herida y una sensación de soledad y frustración, sobre todo, cuando lo que los lleva a la separación no es el desamor, sino dignidades y orgullos mal entendidos. Es innegable que un tiempo razonable (de tres a seis meses) sería oportuno para lograr la reflexión, la madurez y, a la postre, la reconciliación.

5.3 Naturaleza jurídica del divorcio

En la exposición de motivos del divorcio incausado presentada por la ministra **Olga Sánchez Cordero**, el respeto al libre desarrollo de la personalidad justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues aquella determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su demanda:

En la primera etapa del juicio, que es la no contenciosa, es innecesario que el otro cónyuge se excepcione, manifestando su oposición a la disolución del vínculo matrimonial; ello obedece a que el matrimonio es una institución de derecho civil (sic) que parte de la base de la autonomía de la voluntad de las personas; lo que implica una decisión libre de ambas para continuar o no unidas a ese vínculo y, por lo tanto, no se priva de defensa alguna al cónyuge que esté en desacuerdo, ya que si no existe voluntad del otro consorte para continuar con el matrimonio, el divorcio debe autorizarse, puesto que esa decisión les corresponde solamente a ellos, razón por la cual no puede ser motivo de controversia; además de que la resolución que la autoridad judicial llegue a pronunciar no será constitutiva de derechos, sino de carácter declarativo, pues sólo se limita a evidenciar una situación jurídica determinada, como lo es el rompimiento de facto de las relaciones afectivas entre los cónyuges, lo que no implica modificación alguna de derechos o de situaciones existentes.

Con estos argumentos podemos concluir que la naturaleza jurídica del divorcio incausado no se encuentra definida, además, en las reformas aludidas, al escrito inicial se le denomina *solicitud de divorcio* y en otros preceptos se hace referencia a éste como *demanda*; por lo cual, *no se entiende si se trata de un juicio contencioso o de un trámite sin contienda, de jurisdicción voluntaria*, donde simplemente se declare la disolución del vínculo matrimonial. Por lo anterior, *podemos deducir que se trata de un procedimiento sui generis*, el cual debe ser cuidadosamente revisado y quizá señalar alternativas en el procedimiento, pues si el cónyuge demandado una vez emplazado está de acuerdo con el divorcio, se convierte ipso facto en un divorcio voluntario. Ahora bien, si se emplaza al demandado y éste no dice nada, sería un procedimiento en rebeldía, y éste continuaría con una sola parte al no haber contienda. Recordemos que la familia es una institución de orden público de derecho familiar, que protege intereses superiores, por lo cual, en las contiendas de ese orden no pueden aplicarse reglas como las mencionadas, por ser éstas de contenido estrictamente Civil.

5.4 Efectos jurídicos del divorcio

Los efectos del divorcio son los mismos en la mayoría de los estados de la República

Medidas provisionales que dicta el juez durante el proceso (art 282, CCDF)

- *Separar a los cónyuges.* El juez atendiendo a lo que más convenga a los hijos determinará cuál de los cónyuges continuará con el uso de la vivienda, así como los bienes que continuarán en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge.
- Prevenir a ambos cónyuges de que no se causen molestias.
- Señalar y asegurar los alimentos que debe el cónyuge deudor al acreedor y a los hijos.
- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos por convenio compartir la guarda y custodia, escuchando la opinión de los menores. Los hijos hasta los 12 años quedarán al cuidado de la madre, aunque ella carezca de recursos.
- Evitar que los cónyuges puedan causarse perjuicios en sus bienes.
- Dictar las providencias para la mujer que se encuentre encinta.
- La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de intimidación, acoso o violencia familiar.
- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieren otorgado.
- El juez teniendo en cuenta el interés superior de los hijos —quienes serán escuchados— resolverá el derecho de visita o convivencia con sus padres.
- El juez requerirá a los cónyuges que exhiban un inventario de sus bienes y de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, así como un proyecto de partición.

Efectos definitivos respecto a los hijos

- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad en todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, la cual en virtud del divorcio no se pierde. Asimismo, se determinará la guarda y custodia de los hijos y las obligaciones de crianza.
- Se fijarán las medidas para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que obstaculice su desarrollo, y se llevará el seguimiento de las psicoterapias para corregir estos actos. El juez aplicará las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con ambos padres, la cual sólo puede ser limitada cuando exista riesgo de que sufran daño los menores.
- Los divorciados tienen el deber de dar alimentos a sus hijos.
- El juez aplicará las medidas necesarias para proteger a los hijos tratándose de violencia familiar.
- Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a los alimentos de los hijos.
- Adquieren la presunción de ser hijos de matrimonio los nacidos dentro de éste o durante los 300 días siguientes a su disolución.
- En caso de que los padres hayan convenido la guarda y custodia compartida, 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 de los hijos (art 283 bis, CCDF).

Efectos definitivos con relación a los divorciados

- El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.
- El derecho de alimentos del cónyuge sin recursos o del que se haya dedicado preponderantemente al cuidado del hogar y de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes, teniendo en cuenta la edad, el estado de salud, la posibilidad de acceso a un empleo, duración del matrimonio, la colaboración en las actividades del cónyuge, entre otros aspectos.

Efectos definitivos con relación a los bienes

- Se disuelve la sociedad conyugal, para tal efecto se procede a la liquidación de la misma cubriendo las deudas contraídas durante el matrimonio con el fondo social.
- En caso de que haya remanente, se dividen los bienes comunes.
- Obligación del culpable de pagar al inocente una indemnización por daños y perjuicios causados por el divorcio.
- El cónyuge culpable pierde lo recibido por donación del otro, y no puede reclamar sus donaciones.

Normatividad en caso de disolución del matrimonio si el régimen es de separación de bienes

- 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 a 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 (art 267, fracc VI, *CCDF*).
- Esta disposición se encuentra en varias legislaciones civiles y familiares del país y de otros países latinoamericanos.

En virtud de que se está tomando como legislación base de este texto al *Código Civil para el Distrito Federal*, en el cual han desaparecido las causales de divorcio necesario sustituyéndose por el divorcio incausado o unilateral, es importante estudiar los efectos jurídicos provisionales y definitivos del divorcio necesario, *pues las causales de divorcio necesario siguen vigentes en los estados de la Federación*. Para ello, nos referiremos a las legislaciones más avanzadas en materia familiar, como las de *Sonora, Zacatecas, Hidalgo y Nuevo León*, entre otras, mismas que coinciden con los criterios de otras legislaciones latinoamericanas que serán también objeto de comentario. *Obviamente, los efectos del divorcio necesario en ocasiones coinciden con los del divorcio incausado, con algunas variantes*, lo cual estudiaremos a continuación.

5.4.1 Efectos provisionales

5.4.1.1 Separación de los cónyuges

En el *Distrito Federal*, iniciado el juicio de divorcio incausado, *le compete al juez designar a quién le corresponderá el uso del domicilio conyugal* (art 267,

fracc IV, *CCDF*); asimismo, previo inventario, determinará 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 (art 282 B, fracc I, *CCDF*).

Ahora bien, en las legislaciones de los estados de la Federación sobresale el *Código Familiar de Zacatecas*, el cual preceptúa que iniciado el juicio de divorcio necesario se deberá proceder a la separación física de los cónyuges, si aún vivieran juntos; por lo cual *se faculta al juez a ordenar, en caso de violencia familiar, la salida del cónyuge agresor del domicilio conyugal y la prohibición de que regrese al mismo* (art 234, fracc VIII, inc b)).

Por su parte, el *Código Civil de Tamaulipas* determina que en los juicios de divorcio necesario *al cónyuge varón le corresponde salir necesariamente del domicilio conyugal*, para lo cual se le entregará su ropa y los bienes necesarios para su trabajo, oficio o profesión; si sobre esto se suscitare controversia, el juez decidirá por vía incidental (art 259, fracc I, *CCT*). Con base en este precepto legal, en Tamaulipas es la cónyuge la que continuará en el uso de la vivienda familiar, en virtud de que los hijos menores de 7 años quedan bajo su cuidado, salvo que se ponga en peligro la salud física o mental de éstos. El legislador tamaulipeco ha considerado más benéfico para la familia el que sea la mujer la que permanezca en la casa junto con los hijos, a quienes se molestará menos, pues aunque la mujer fuera la demandada no se ha acreditado aún su culpabilidad. Este criterio es novedoso y vanguardista, opuesto al tradicional, en donde el cónyuge demandante por disposición legal es quien conserva el domicilio conyugal, lo cual ocurre en legislación familiar de Hidalgo (art 108, fracc II, *LFH*).

5.4.1.2 Situación en que quedarán los hijos

El *Código Civil para el Distrito Federal*, ordenamiento que ha instituido el *divorcio incausado*, prefiere que lo relativo a la guarda y custodia de los hijos se resuelva mediante convenio de los padres, teniendo en cuenta la opinión de los hijos menores de edad.

En el caso de que no existiere acuerdo, *el juez resolverá escuchando a los menores de edad*, sobre todo, tratándose de violencia familiar, *prefiriéndose a la madre, a pesar de que carezca de recursos económicos, para que se quede con la custodia provisional de los menores de doce años* (art 282 B, fracc II, *CCDF*).

Derecho comparado nacional

Ahora bien, aunque la mayoría de los estados de la Federación conservan las causales tradicionales de divorcio necesario, no existe uniformidad de

criterios respecto a la situación en que quedarán los hijos durante el procedimiento de divorcio.

En efecto, en *Hidalgo y Zacatecas* los hijos quedarán en custodia y cuidado provisional de uno de los cónyuges o de ambos, de común acuerdo, previa su comparecencia ante el juez. De no ser posible, por una situación grave debidamente probada que no permita tener la custodia de los hijos al cónyuge que pide el divorcio, éste propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente. El juez con audiencia del otro cónyuge resolverá lo conveniente (arts 108, *LFH* y 234, fracc V, *CFZ*).

Existen otras legislaciones, como la de *Morelos*, donde se le otorga al juez *amplio arbitrio* para fijar las reglas para el cuidado de los hijos oyendo únicamente el parecer de los padres: “La sentencia, en los juicios de divorcio necesario, hecha la indagatoria necesaria, *resolverá de oficio* lo relativo al cuidado de los hijos, patria potestad, cuidado y subsistencia de los hijos, derecho de visita y todo aquello que el juez considere urgente y necesario para salvaguardar los intereses de los incapaces, *aunque las partes no lo hayan pedido*” (art 438, *CCM*). Con este fundamento legal, el estado de Morelos concede al juez de lo familiar *facultades de suplencia* cuando los cónyuges sean omisos al respecto.

Situación similar ocurre en el *estado de Hidalgo*: “Antes de proveer definitivamente sobre la custodia o la tutela de los hijos, el juez familiar *considerando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, podrá acordar de oficio*, o a petición de los abuelos, tíos, hermanos mayores de edad o el ministerio público cualquier medida que se considere benéfica para los menores” (art 114, *LFH*).

5.4.1.3 Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos (art 282 A, fracc II, *CCDF*)

Esta medida la debe dictar el juez incluso de oficio, por ser los alimentos una institución de orden público.

Una precaución importante para el aseguramiento de carácter personal en materia de alimentos la contiene el *Código Familiar de Morelos* en su art 434, el cual establece lo siguiente:

Al admitir la demanda de divorcio, el juez, de oficio, dictará las medidas provisionales urgentes que serán obligatorias mientras dure el juicio. El señalamiento y aseguramiento de alimentos para el cónyuge acreedor y los hijos, no podrán demorarse por el hecho de no tener el juez datos para hacer la fijación

del monto de la pensión, sino que se decretarán de oficio o tan pronto como se pida. La cuantía de la pensión puede ser modificada durante el juicio cuando cambien las circunstancias o el juez tenga mayores datos sobre las posibilidades económicas y posición de los cónyuges. A petición del ministerio público, de los abuelos, tíos o hermanos mayores de los consortes, el juez, en cualquier tiempo durante el juicio, puede dictar las providencias que se consideren benéficas para los hijos menores.

5.4.1.4 Prevenir a ambos cónyuges que no se molesten uno a otro en ninguna forma

Esta medida la adoptan la mayoría de las entidades de la República, la cual es verdaderamente realista y, por tanto, justificada, pues es factible que uno de los cónyuges (generalmente el demandado), trate de manifestarle al otro su enojo y desacuerdo con el divorcio ejecutando conductas que lesionan los intereses materiales y morales del cónyuge actor, por lo que resulta la medida precautoria francamente acertada.

5.4.1.5 Dictar las providencias 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 las entidades federativas donde prevalece el sistema de sociedad conyugal, la administración de los bienes comunes reside en ambos cónyuges, sin embargo, es al marido a quien por tradición le ha correspondido dicha actividad sin considerar el parecer de la esposa, no sólo en actos de administración, sino incluso de dominio, lo cual justifica la precaución objeto de estudio.

5.4.1.6 La prohibición de ir a un domicilio o un lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de intimidación, acoso o violencia familiar

Tales precauciones se instituyeron en el Distrito Federal en diciembre de 1997 en el art 282 del *Código Civil para el Distrito Federal*, como apoyo al criterio general contra la violencia familiar. Este precepto fue modificado en 2008 para adaptarlo al ahora vigente divorcio incausado.

5.4.2 Efectos definitivos del divorcio necesario (vigente en los estados)

En las últimas décadas, el legislador de todos los países latinoamericanos, por los acuerdos tomados en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1991, se ha preocupado por privilegiar el derecho de los hijos a su guarda, custodia, protección, desarrollo y, sobre todo, al derecho de convivencia con sus progenitores con independencia de que vivan o no juntos o que al respecto haya acuerdo o desacuerdo entre los mismos.

Estos efectos tienen lugar una vez que se declara disuelto el vínculo matrimonial, pues se debe definir la situación jurídica en que quedarán los hijos, los divorciados y los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal. A continuación, nos referiremos a estos derechos-deberes.

5.5 Efectos jurídicos del divorcio en cuanto a los hijos

5.5.1 Efectos jurídicos personales del divorcio necesario con relación a los hijos (CCDF)

Al respecto, en últimas fechas se ha avanzado notablemente privilegiando los derechos personales de los niños y niñas mexicanos, con base en los acuerdos internacionales sobre la materia.

5.5.2 Custodia compartida por convenio de las partes. Situación de los hijos a falta de acuerdo (CCDF)

Como ya se ha mencionado, en el *Distrito Federal* la custodia compartida está admitida únicamente *mediante convenio*. A falta de acuerdo de los padres, el juez de lo familiar teniendo en cuenta la opinión del menor, *confiará el cuidado de los hijos menores de doce años a la madre*, salvo el caso de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro para el normal desarrollo de los hijos; en el entendido de que no será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia el hecho de que la madre carezca de recursos económicos (art 282, fracc II, CCDF).

Derecho comparado

El *Código Familiar de Zacatecas* sigue un criterio similar al del Distrito Federal en cuanto a establecer que la custodia compartida se otorgará para pro-

teger el interés superior del niño y solamente *cuando exista común acuerdo entre los cónyuges, para lo cual éstos presentarán un plan de custodia compartida*, especificando en qué términos y condiciones se ejercerá el derecho de convivencia de los hijos, respetando los horarios de alimentación, estudio, descanso y condición de salud de los niños (art 234, fracc V, *CFZ*). Sin embargo, en algunos aspectos, estas dos legislaciones se separan. En efecto, en Zacatecas se privilegia el interés superior de los hijos, que quedarán bajo el régimen de custodia compartida, *salvo que no convenga a ese interés superior*; en ese caso, *el niño quedará bajo la custodia del cónyuge no culpable*. El juez, con el fin de proteger los derechos de los niños, podrá disponer lo que considere más beneficioso para ellos, teniendo en cuenta lo dispuesto en la fracción que precede (art 243 fracc V, *CFZ*) y por la *Ley Estatal de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes* de esa misma Entidad. *Si los dos cónyuges fueran culpables, los hijos quedarán al cuidado de los ascendientes a quienes corresponda la patria potestad*, en defecto de los padres; y si no los hubiere, se les nombrará un tutor (art 234, frac VII, *CFZ*).

5.5.3 Derecho de convivencia

Al respecto, el art 416 del *CCDF* determina lo siguiente:

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.

En este orden de ideas, *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 cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo a 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 (art 416 bis, CCDF).

Ahora bien, *se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto a los derechos de cualquier otra persona*, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal.
- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar.
- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos.
- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo con su edad y madurez psicoemocional.
- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables, (art 416 ter, CCDF).

En caso de desacuerdo sobre la convivencia o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo *deberá oírse a los menores*; a efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser auxiliado en la misma por el asistente de menores que designe el sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal (DIF-DF) (art 417, CCDF).

Se entenderá por *asistente de menores* al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía adscrito al DIF-DF u otra institución avalada por éste, que asista al menor sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicoemocional en las sesiones *donde el menor sea oído por el juez en privado*, sin la presencia de los progenitores. Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor cumplir los requerimientos del asistente (art 417 bis, CCDF).

Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserve la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodie al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia. La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial (art 418, CCDF).

En Tamaulipas, la *Ley para el Desarrollo Familiar* atinadamente señala lo siguiente: “Cuando el padre o la madre no convivan con su hijo, deberán mantener con él relaciones afectivas y trato personal. *También tienen derecho de convivir con el menor los abuelos y demás parientes*” (art 37, LDFT).

Este derecho de convivencia familiar es defendido también por los tribunales de la Federación. Veamos jurisprudencia al respecto.

Menores de edad. El derecho de convivir con sus progenitores debe ponderarse por el juzgador en todos los casos. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 123/2009, de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 97/2009, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010, página 176, de rubro: “Patria potestad. Su pérdida no conlleva indefectiblemente impedir que el menor ejerza el derecho de convivencia con sus progenitores”, se pronunció en el sentido de que el derecho de convivencia no es exclusivo de los padres, sino también de los hijos, pues de conformidad con el artículo 4o. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en relación con el 9, punto 3 y 10, punto 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, éstos tienen derecho a que se propicien las condiciones que les permitan un adecuado desarrollo psicológico y emocional, para lo cual, en la mayoría de los casos, resulta indispensable la convivencia con ambos progenitores independientemente de que ejerzan o no la patria potestad sobre ellos. Por ende, si en el juicio en el que está en disputa el ejercicio de esa institución en relación con uno de los progenitores, *obran elementos suficientes para advertir que no existe riesgo para que los menores convivan con él, que, además, es su deseo y voluntad tener cercanía con su padre ausente, así como también que la falta de convivencia repercute en detrimento de su desarrollo psicológico-emocional*, es claro que independientemente de lo que jurídicamente proceda resolver en relación con los derechos del padre respecto de sus hijos, *el juzgador debe ponderar todas esas circunstancias para decretar la convivencia*, en atención a la disponibilidad e intereses propios de los menores.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito. Amparo directo 184/2010. 11 de noviembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Ramírez Pérez. Secretaria: Abigail Cháidez Madrigal.

Menores de edad. El derecho de visita y convivencia con sus progenitores es de orden público e interés social y, en caso de oposición, el juzgador resolverá lo conducente en atención al interés superior de aquéllos. De una sana interpretación del artículo 417 del *Código Civil para el Distrito Federal* se aprecia que la eficacia del derecho de visita y convivencia contenido en ese numeral, que tiene por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor dándole afecto, 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 cau-

sas ajenas a su voluntad, vive separado de uno o ambos progenitores. Es por eso que el propio numeral contiene normas tendientes a lograr dicha función, ya que el goce y disfrute de esos derechos no podrá impedirse sin justa causa, *pero en caso de oposición de uno de los padres, la autoridad jurisdiccional 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 comentario, se encamina a la conservación de un entorno familiar saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional de los menores que, se reitera, por causas ajenas a ellos, viven separados de alguno de sus padres o de ambos, estableciendo que aun cuando no se encuentren 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 menor, *teniendo sólo como limitante para que se suspenda el ejercicio del derecho de visita y convivencia, que exista peligro para el menor*, caso en que el juzgador podrá aplicar las medidas correspondientes a fin de salvaguardar el interés superior del menor, contra alguno de los progenitores.

Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 3656/2003. 7 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Jorge Santiago Chong Gutiérrez. Amparo directo 2686/2004. 29 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca. Amparo directo 6066/2004. 9 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco. Amparo directo 2666/2005. 6 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco. Amparo directo 2716/2005. 12 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Alfonso Avianeda Chávez. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, abril de 2005, página 1469, tesis II.3o.C.62 C, de rubro: “Régimen de visita y convivencia con los padres. El juez debe resolver ese tema, aunque las partes no lo hayan planteado, atendiendo al interés superior del niño.” y tomo XIX, abril de 2004, página 1407, tesis I.11o.C.96 C, de rubro: “Convivencia familiar, en las sentencias que se dicten en los juicios de divorcio o de guarda y custodia de menores, es obligación del órgano jurisdiccional pronunciarse, aun de oficio, respecto a ese régimen (legislación del Distrito Federal)”.

Régimen de visita y convivencia con los padres. El juez debe resolver ese tema aunque las partes no lo hayan planteado, atendiendo al interés superior del niño. Tratándose de controversias del orden familiar, el principio fundamental que debe tener en cuenta el juzgador es el interés superior del niño, de manera que si en un juicio de divorcio quedó acreditado que los padres viven separados, es decir, no viven en el mismo domicilio conyugal, *aunque las partes no controviertan lo relativo al régimen de visita y convivencia, es menester que el juzgador resuelva lo correspondiente a esa cuestión, y no constreñirse a señalar que el tema no formó parte de las prestaciones demandadas en el juicio natural, pues no obs-*

tante que conforme al artículo 211 del *Código de Procedimientos Civiles del Estado de México* (anterior a la reforma del mes de julio de dos mil dos), la sentencia debe ocuparse exclusivamente de las acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio, sin embargo, *no debe soslayarse lo dispuesto por los artículos 9, 10 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevén el derecho que tiene el niño a la convivencia y contacto directo con ambos padres* y que éstos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. En razón de la responsabilidad de los padres en el cumplimiento de sus deberes para con sus hijos, que *comprende no sólo la formación corporal, sino espiritual, emocional y social que propicie el acrecentamiento de la capacidad del menor*, de ahí que la sociedad está interesada en que los menores puedan convivir con ambos padres cuando ello sea benéfico para éstos. Lo anterior es así porque esas disposiciones deben ser interpretadas acorde con la obligación que contrajo el Estado mexicano como parte integrante de la convención aludida, en el sentido de que los tribunales judiciales al resolver controversias que puedan afectar los derechos de los niños, están obligados a resolver sobre el régimen de visita y convivencia con sus padres, para tutelar ese interés superior, pues la convivencia es una relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Amparo directo 790/2002. 21 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Virginia Gutiérrez Cisneros. Amparo directo 695/2002. 18 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Benilda Cordero Román.

Asimismo, quien ejerza la patria potestad debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el padre o la madre que no quede con la custodia; en consecuencia, cada uno de *los padres debe evitar cualquier acto de alienación parental* encaminado a producir en los hijos rencor o rechazo hacia el otro progenitor. Esta figura jurídica se encuentra regulada en el art 411 del *Código Civil para el Distrito Federal*, antes transcrito.

Derecho comparado nacional

En materia de *patria potestad y custodia* sobresale en nuestro país el *Código Civil de Nuevo León*, el cual privilegia la protección integral de los menores en los aspectos de salud física, mental, moral y social, al determinar en su art 283 lo siguiente:

En la sentencia que decreta el divorcio, el juez determinará los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad y custodia que conservará cada uno de los cónyuges, respecto a la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y

conservación de su patrimonio. Para tal efecto, deberá el juez oír al ministerio público, a los cónyuges; y en caso de estimarlo necesario, a los abuelos, tíos o hermanos mayores, pudiendo, además, discrecionalmente acordar de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos.

Coincide con esta normatividad la *Ley Familiar de Hidalgo*, que en su art 114 impone al juez el deber de acordar de oficio cualquier medida precautoria que resulte favorable para menores cuya patria potestad y custodia estén pendientes de determinar:

Antes de proveer definitivamente sobre la custodia o la tutela de los hijos, el juez familiar considerando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes podrá acordar de oficio o a petición de los abuelos, tíos, hermanos mayores de edad o el ministerio público cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

En nuestro país, poco a poco se ha ido sensibilizando el legislador, al advertir que el efecto del divorcio es la disolución del vínculo y no necesariamente da lugar a la extinción del vínculo natural de la filiación, pues *más que un privilegio de los padres, constituye un derecho de los hijos el relacionarse con sus progenitores*. Éste es el criterio que priva en las legislaciones más progresistas del país, pues los efectos del divorcio no deben recaer en las relaciones paterno filiales; se divorcian los casados, no los progenitores de sus descendientes. Un cónyuge puede incumplir el deber de fidelidad o de cohabitación, pero eso no significa que sea necesariamente un padre o una madre irresponsable; además, recordemos que es *derecho de los hijos el conservar a ambos progenitores*.

Custodia, debe decretarse de oficio, al disolverse el matrimonio (legislación del Estado de México). Cuando se declare la disolución del matrimonio, *la autoridad, de oficio, debe decretar la custodia* por tratarse de una cuestión familiar, y en términos de los artículos 245, 246 y 267 del *Código Civil del Estado de México*, *deben determinarse las circunstancias bajo las cuales la contraparte deberá convivir con los menores*.

Amparo directo 1152/96. Roberto Camacho Crescencio. 5 de noviembre de 1996. Mayoría de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Enrique Pérez González. Secretaria: Elizabeth Serrato Guisa. Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, Febrero de 1997. Tesis II 1º. C.T. 121C. Pág 724.

Divorcio necesario. La sentencia que lo decreta debe resolver sobre pensión alimenticia, además de la patria potestad y custodia, aunque no haya sido motivo de reclamo (legislación del Estado de México). De conformidad con el artículo 267 del *Código*

Civil vigente en el estado, en la sentencia que decreta el divorcio, el tribunal determinará: los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservará cada uno de los cónyuges, respecto a la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. Pero, además, en dicho precepto legal se señala que *el juez podrá, discrecionalmente, acordar de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos.*

Amparo directo 522/97. Norma Silvia Ayanegui Suárez de Ibáñez. 25 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Novena época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Volumen: VI. Agosto de 1997. Pág 711.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XI. Febrero de 2000. Tesis: II.2º.C.209 C. Pág 1079.

Patria potestad, pérdida de la. No está sujeta a la procedencia de la causal de divorcio. (Legislación del Estado de México). El artículo 426 del *Código Civil para el Estado de México* señala específicamente los motivos por los cuales se pierde la patria potestad; por lo cual, el cónyuge que demande la pérdida de dicho derecho debe al ejercitar la acción respectiva especificar con claridad en qué hechos funda su pretensión. Ahora bien, si dicho precepto en ninguna de sus fracciones establece que la pérdida de la patria potestad dependerá de la procedencia de una causal de divorcio, *no debe considerarse como una causa directa e inmediata para perder aquella la disolución del vínculo, pues ambas acciones son independientes, y, por ende, deben probarse en forma autónoma;* por más que la causal de divorcio sea el abandono del domicilio conyugal y de la pérdida de la patria potestad sea el abandono de los deberes paternos, pues ambas descansan en supuestos distintos y comprometen diferentes bienes.

Amparo directo 353/98. Laura Cerón Martínez. 22 de septiembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Pablo Rabanal Arroyo. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena época. Segundo Tribunal Colegiado en la Materia Civil del Segundo Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Volumen VIII. Noviembre de 1998. Pág 555.

Derecho comparado en América Latina

Custodia definida por el juez al padre que ofrezca más garantías personales y materiales. El *Código Familiar de Bolivia* prefiere ampliar el arbitrio judicial para favorecer con la custodia al ascendiente que ofrezca mayores garantías a los intereses morales y materiales de los hijos menores o mayores incapaces, según se establece en su art 145:

El juez define en la sentencia la situación de los hijos, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. Las convenciones que celebren o las proposiciones que hagan los padres, pueden aceptarse, siempre que consulten dicho cuidado e interés y tengan bajo su patria potestad a todos los hijos. Todos los hijos menores de edad quedarán en poder del padre o de la

madre que ofrezca mayores garantías para el cuidado, interés moral y material de éstos, debiendo el otro cónyuge contribuir a la manutención de los mismos de acuerdo con sus posibilidades y en la forma que el juez señale. Por razones de moralidad, salud o educación puede confiarse la guarda a los abuelos paternos o maternos o entre hermanos de los cónyuges prescindiéndose de los padres. En caso necesario, la guarda puede ser confiada a terceras personas de conocida idoneidad.

La postura del legislador de Bolivia es perfectamente válida, pues prefiere que en los casos de divorcio los hijos permanezcan juntos con la madre o con el padre. Los especialistas en la materia afirman que los niños sufren más el apartarse de sus hermanos que el hacerlo de sus propios padres. No hay crueldad mayor que separar a niños que han crecido juntos.

El *Código Familiar de Costa Rica* se inclina también como el de Bolivia, al confiar la custodia de los hijos *al ascendiente que ofrezca mayores garantías de orden personal*. En efecto, al declarar el divorcio, el tribunal, teniendo en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes físicas y morales de los padres, determinará a cuál de los cónyuges confiará la guarda, crianza y educación de aquéllos; cualquiera que sea la persona o institución a cuyo cargo queden los hijos, los padres estarán obligados a sufragar los gastos que demanden sus alimentos, conforme a las disposiciones legales. Sin embargo, lo resuelto por el juez no constituye cosa juzgada y el tribunal podrá modificarlo por vía incidental, a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias (art 56, *CFCR*).

Por consiguiente, en Costa Rica, en caso de divorcio necesario, nulidad de matrimonio o separación judicial, el tribunal, teniendo en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá en la sentencia todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, así como a la administración de bienes, y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos. Sin embargo, su legislación *faculta al juez para rechazar el acuerdo de los padres separados, cuando no favorezca a los hijos*, improbando o modificando el convenio en beneficio de éstos (art 152, *CFCR*).

En el *Distrito Federal*, en un juicio de divorcio incausado no se puede demandar la pérdida de la patria potestad, porque en el mismo sólo se está solicitando la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la aprobación del convenio que verse sobre la situación en que quedarán los hijos, así como lo relativo a los bienes mancomunados de los cónyuges. En caso de oposición al proyecto de convenio, se ventilará en vía incidental, por lo

cual, si además del divorcio se quisiera demandar la pérdida de la patria potestad, habría necesidad de hacerlo en juicio ordinario demostrando algunas de las causales contempladas en la ley, es decir, acreditar que la conducta del padre o de la madre lesiona los intereses más preciados de los hijos.

Ahora bien, el *Código Civil para el Distrito Federal* determina que en caso de divorcio el juez, de oficio o a petición de parte interesada, *se allegará durante el procedimiento de los elementos necesarios* para resolver, debiendo escuchar a ambos progenitores, a los menores y al ministerio público, sobre todo, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que justifique la necesidad de esas medidas, debiendo considerar el interés superior de los menores. Estas medidas de seguridad comprenden además el seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir actos de violencia familiar (art 283, fracc VIII, CCDF).

Derecho comparado nacional

Respecto a esta obligación que tiene el juez de allegarse los elementos que le permitan decretar medidas necesarias en favor de los hijos, algunas legislaciones no sólo hacen referencia a *escuchar a las partes, a los menores y al ministerio público*, sino que incluyen a los miembros que comprende la familia conjunta, es decir, *a los abuelos, hermanos mayores, tíos y demás familia*. Veamos algunas disposiciones al respecto.

- La *Ley Familiar para el Estado de Hidalgo*, la cual en su art 114 establece lo siguiente:

Antes de proveer definitivamente sobre la custodia o la tutela de los hijos, el juez familiar considerando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, podrá acordar de oficio, o a petición de los abuelos, tíos, hermanos mayores de edad o el ministerio público cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

- El *Código Civil de Nuevo León* va más allá, pues en el art 283 se obliga al juez a tener en cuenta todas las circunstancias personales de los hijos, para que en su resolución decrete medidas de protección:

En la sentencia que decreta el divorcio, el juez determinará los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad y custodia que conservará cada uno de los cónyuges, respecto a la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. Para tal efecto, deberá el juez oír al ministerio público, a los cónyuges; y en caso de estimarlo necesario, a los abuelos, tíos

o hermanos mayores, pudiendo, además, discrecionalmente acordar de oficio cualquiera providencia que considere benéfica para los hijos.

- La *Ley Familiar de Zacatecas* incluye al respecto medidas que se deberán decretar en caso de violencia familiar:
 - La asistencia obligatoria a terapias o tratamientos integrales, especializados y gratuitos, brindados por las unidades de atención a la violencia familiar, tanto a las víctimas como al agresor, los cuales deberán prestarse de manera separada.
 - La salida del cónyuge agresor del domicilio conyugal y la prohibición de que acuda al mismo, así como al centro laboral de las víctimas y a los lugares que éstas frecuenten.*
 - Cualquier otra medida que permita que cesen los actos de violencia familiar, con la finalidad de proteger la integridad y seguridad de las víctimas (art 234, *LFZ*).
 - La condena al agresor a un tratamiento reeducativo integral, especializado y gratuito, el cual será proporcionado por las unidades de atención a la violencia familiar (art 238, *LFZ*).
- Por su parte, el *Código Familiar de Sonora* de 2011, en el art 176, en forma por demás determinante, establece:

*Cuando la causal afecte directamente a los hijos, como en los delitos graves cometidos en su contra, violencia intrafamiliar, abandono injustificado de sus deberes, o cuando se procure o permita su corrupción, podrá el juzgador decretar en la misma sentencia de divorcio la pérdida o suspensión de la patria potestad en perjuicio del cónyuge responsable, **aunque no se haya solicitado en la demanda.***

Y en el art 180 dicho ordenamiento determina lo siguiente:

La suspensión en el ejercicio de la patria potestad dictada en la sentencia de divorcio necesario no será mayor de tres años, pero la recuperación de ese derecho requiere de declaración judicial, basada en una pericial de carácter psicológico, cuando se requiera, que declare que el ascendiente suspendido puede asumir su responsabilidad y siempre que haya cumplido cabalmente con sus obligaciones familiares.

5.5.4 Efectos del divorcio en cuanto a considerar como hijos del matrimonio a los hijos de cónyuges divorciados

Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: *a)* los hijos nacidos dentro del matrimonio y *b)* 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 (art 324, *CCDF*).

Respecto al inciso *b)*, si el hijo nace dentro de los primeros trescientos días de decretada la separación, nace con la presunción a su favor de ser hijo de ambos cónyuges; por tanto, la carga de la prueba para demostrar lo contrario le corresponde al exmarido, siendo la única manera de destruir esa presunción legal en favor del hijo demostrar la imposibilidad física de tener acceso carnal con la madre en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas pruebas que pudiera ofrecer el avance de los conocimientos científicos (art 325, *CCDF*), referido esto último, por supuesto, a la prueba biológica de ADN.

Ahora bien, el cónyuge varón sólo podrá impugnar la paternidad de los hijos cuando el nacimiento se le haya ocultado o demostrando que no tuvo relaciones sexuales con su excónyuge dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento (art 326, *CCDF*), como sería el caso de que los aún cónyuges no cohabitaran y que la mujer estuviera haciendo vida marital con otro hombre.

En este orden de ideas, *si el nacimiento ocurre después de trescientos días de la separación judicial, el hijo ya no goza de la presunción legal de ser hijo del exmarido de la madre*, por tanto, le corresponderá probar al hijo, por medio de la madre o de su tutor, que a pesar de la separación decretada por el juez, los cónyuges siguieron haciendo vida en común.

5.5.5 Efectos jurídicos en cuanto a los alimentos para los hijos (Código Civil para el Distrito Federal)

La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad al declarar en forma definitiva la pensión alimentaria favorable a ellos para satisfacer con esto la obligación de los excónyuges de contribuir en proporción a sus bienes e ingresos a las necesidades de los hijos, la subsistencia y la educación de éstos. Para lo cual *el juez, antes de fijar lo relativo a la divi-*

sión de los bienes, tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones relativas a los alimentos de los hijos y a las obligaciones que tengan pendientes entre los cónyuges (art 283, fracc IV, in fine, CCDF).

Al respecto, nos parece oportuno referirnos a las ideas de **Montero Duhalt**:

Si bien es cierto que la madre es la persona idónea para el cuidado de los infantes y que normalmente las madres desean y reclaman la custodia de los hijos, pese a la enorme tarea y responsabilidad que ello les exige, no es menos cierto también que en los casos de divorcio la mujer tendrá una doble tarea: el cuidado de los hijos y el trabajo remunerado que debe obtener para proveer a ella y a sus hijos de los alimentos necesarios. Por ello, este deber que se le impone a la madre (“los hijos menores de doce años quedarán al cuidado de la madre” art. 282 B, fracc. II, *in fine*) debiera acompañarse del deber correlativo del padre de otorgar la pensión alimenticia completa a los hijos y, en su caso, parte de los alimentos de la madre. Con la redacción actual del citado artículo se le impone a la madre una doble carga y se desobliga al padre de una tarea que debe ser compartida por ambos progenitores: la atención y el cuidado de los hijos.¹²

Coincidimos con parte de la doctrina al considerar que el cónyuge que tiene la custodia de los hijos menores, por ese solo hecho está cumpliendo en buena medida con su aportación económica, por el tiempo y el esfuerzo invertidos en corregir, educar, atender, cuidar y orientar a los hijos; en consecuencia, el otro progenitor debería cubrir totalmente, mediante una pensión, las necesidades económicas de sus descendientes.

Esta postura la corrobora el siguiente precepto que dignifica el trabajo del cónyuge que se dedica al hogar o al cuidado de los hijos: “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, CCDF).

Por otra parte, *la sentencia que dicte el juez no constituye cosa juzgada* y el tribunal podrá modificarla en cualquier tiempo y cuando las circunstancias cambien.

Así se manifiesta también el *Código Familiar de El Salvador* en su art 112: “Los acuerdos de los cónyuges o las resoluciones prescritas por el juez en la sentencia de divorcio podrán ser suspendidos o modificados judicialmente cuando se incumplieren grave o reiteradamente, o bien, si las circunstancias que fundamentaron el fallo hubieren cambiado sustancialmente.”

¹² **Sara Montero Duhalt**, *Derecho de familia*, Editorial Porrúa, México, 1990, pág 250.

5.5.6 Efectos respecto al patrimonio de los hijos y su administración

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 (art 426, CCDF).

Por otra parte, *los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan*. Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años o del ministerio público (art 441, CCDF).

No obstante lo anterior, el legislador del *Código Civil para el Distrito Federal* no restringe ningún derecho inherente a la patria potestad, cuando uno de los padres contrae nuevo matrimonio (art 445, CCDF).

Derecho comparado

El *Código Familiar de Costa Rica* en su art 154 regula también esta situación, sin embargo, a diferencia de nuestra legislación, ese ordenamiento desconfía del progenitor que celebra nuevo matrimonio, *suspendiéndole la administración de bienes de los hijos*, la cual puede recuperar previa caución:

La administración de los bienes de los hijos menores será suspendida de pleno derecho cuando los padres contraigan nuevas nupcias con persona distinta al otro progenitor, aun cuando conserven los demás derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad. Podrán ser autorizados para ejercer nuevamente tal administración por el tribunal. Éste podrá ordenar, si estima necesario, caución satisfactoria para responder de los daños y perjuicios que pudieren ocasionar a los menores y, en este caso, si no se da tal caución, se nombrará un administrador de dichos bienes, con participación del Patronato Nacional de la Infancia. Para la garantía, administración y cuentas se observará lo establecido para la tutela.

5.6 Efectos jurídicos respecto a los divorciados

5.6.1 Disolución del vínculo matrimonial y aptitud para contraer nuevas nupcias

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro (art 266, CCDF).

La consecuencia inmediata del divorcio es extinguir la relación conyugal. Efectivamente, la separación de los cónyuges que con carácter provisional el juez decreta, al presentarse la demanda de divorcio, se convierte en definitiva después de la sentencia.

5.6.2 Derecho de alimentos del cónyuge sin recursos

En el *Distrito Federal*, 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, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- La edad y el estado de salud de los cónyuges.
- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo.
- La duración del matrimonio y la dedicación pasada y futura a la familia.
- La colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge.
- Los medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades.
- 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* (art 288, CCDF).

En las legislaciones que regulan el *divorcio necesario*, el cónyuge declarado culpable, aunque tenga necesidad, nunca tendrá derecho a alimentos por parte del inocente. En efecto, sólo el culpable es el obligado a proporcionarlos, pues la razón de los alimentos en favor del cónyuge inocente es la de una auténtica sanción para el culpable. En consecuencia, la pensión alimentaria no se fija únicamente en función de las necesidades del inocente, sino también por la circunstancia de haber sido declarado el otro cónyuge culpable. En suma, el legislador tiene en cuenta ambas situaciones: por una parte, el estado de necesidad y la calidad de cónyuge inocente; y por la otra, la posibilidad económica y la condición de ser declarado culpable. Ahora bien, si ambos son culpables, ninguno podrá exigirle alimentos al otro.

Derecho comparado

Sobre este tema, *en el derecho latinoamericano sobresale el Código Familiar de El Salvador*, que en su art 233 establece:

En la sentencia que declare el divorcio, puede el juez conceder una pensión alimenticia al cónyuge inocente, a cargo del culpable. Esta pensión se calculará de modo que el cónyuge conserve la posición social que tenía durante el matrimonio, y se revocará cuando deje de ser necesaria, o cuando el beneficiario contraiga nuevas nupcias.

Ahora bien, el problema se presenta en las causales donde no haya culpabilidad, como en el caso de la incompatibilidad de caracteres (en las legislaciones donde tiene vigencia) o en el supuesto de la separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que hubiere causado la separación.

Al respecto, el *Código Familiar de Costa Rica* incluye en su normatividad esta hipótesis, es decir, *cuando no existe cónyuge culpable*; en estos casos, *el tribunal podrá conceder una pensión alimentaria* a uno de los cónyuges y a cargo del otro, según el criterio del órgano jurisdiccional y las circunstancias en cada caso concreto (art 57).

5.7 Efectos jurídicos en cuanto a los bienes de los cónyuges. La compensación económica

En el *Distrito Federal*, donde se encuentra vigente el divorcio unilateral, uno de los requerimientos es presentar junto con la propuesta de convenio una propuesta sobre *la compensación* a que tiene derecho el cónyuge que durante el matrimonio se haya dedicado al trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos, o bien, que no haya adquirido bienes propios o los adquiridos sean de menor cuantía que los del otro cónyuge; siempre y cuando el matrimonio se haya celebrado bajo el régimen de separación de bienes, dicha compensación no podrá ser superior a 50 % del valor de los bienes que durante el matrimonio se hayan adquirido. Si dicha propuesta no es aceptada por el otro, el juez de lo familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso (art 267, fracc VI, *CCDF*). En caso de desacuerdo sobre la compensación, el juez de lo familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso (art 283, fracc VII, *CCDF*).

Esta medida de compensar al cónyuge sin recursos no es original del *Distrito Federal*. En efecto, en la *Ley Familiar de Hidalgo* de 2007 ya se contempla dicho beneficio con independencia del derecho de alimentos para el cónyuge inocente, en caso de necesitarlos (art 111, *LFH*):

El cónyuge inocente tendrá derecho a una indemnización compensatoria por la cantidad que resulte de multiplicar el salario mínimo general diario vigente en el estado de Hidalgo, integrado a razón de tres meses por año, considerándose a partir de la fecha de celebración del matrimonio hasta la terminación del juicio de divorcio por medio de sentencia ejecutoriada.

Es importante aclarar que el cónyuge sin recursos independientemente de este derecho tiene el de recibir alimentos del otro.

Derecho comparado. La compensación

En otras legislaciones de América Latina se observa una regulación más inteligente y casuista sobre esta figura jurídica, como ocurre con el *Código Civil de Chile*, que establece en su art 61 lo siguiente:

Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

El citado ordenamiento en su art 62 menciona lo siguiente:

Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

*La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal (art 63, *CCCH*).*

A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto. *Si no se solicitare en la de-*

manda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria.

Pedida la compensación económica, ya sea en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvencción (también llamada “contrademanda”), el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en caso de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad (art 64, CCCH).

Como se puede observar, en el *Código Civil de Chile* está sumamente protegido el derecho a la compensación económica, favorable al cónyuge que por dedicarse al cuidado del hogar o de los hijos se vio impedido para desarrollar una actividad económica, provocando una diferencia sensible en la cuantía de su patrimonio con relación al patrimonio del otro cónyuge.

Esta normatividad demuestra una vez más la intención del legislador de los países que se encuentran a la vanguardia en materia de privilegiar al miembro de la familia más indefenso, en este caso, al cónyuge que sufre un menoscabo económico en virtud del divorcio.

Por otra parte, el *Código Familiar de El Salvador* no determina la naturaleza jurídica de ese beneficio que se le otorga al cónyuge inocente, pues se refiere no a un porcentaje de los bienes adquiridos por el otro cónyuge, sino a una *pensión* que pudiera confundirse con la de alimentos, pues para fijar la cuantía de esa pensión, entre otros aspectos, se tendrá en cuenta la edad del cónyuge, su salud y la posibilidad de acceso a un empleo. Veamos el contenido del art 113 de esta regulación:

Si el matrimonio se hubiere contraído bajo el régimen de separación de bienes, o si habiendo existido un régimen de comunidad su liquidación arrojaré saldo negativo, el cónyuge a quien el divorcio produjere desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica, en comparación con la que tenía dentro del matrimonio, tendrá derecho a una pensión en dinero que se fijará en la sentencia de divorcio, de acuerdo con las pruebas que al efecto se hubieren producido. Para determinar la cuantía de esta pensión y las bases de la actualización, se tomarán en cuenta los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges, la edad y el estado de salud del acreedor, la calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación personal pasada y futura a la atención de la familia, la duración del matrimonio y la de convivencia conyugal, la colaboración con su trabajo en las actividades particulares del otro cónyuge y el caudal y medios económicos de cada uno.

Disolución de la sociedad conyugal

Continuando con el estudio de los efectos jurídicos del divorcio con base en el *Código para el Distrito Federal*, el divorcio necesariamente disuelve la so-

ciudad conyugal; en consecuencia, ejecutoriado el divorcio, se procederá a realizar un inventario de bienes y deudas. Ahora bien, después de liquidar éstas, tendrá lugar la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos, sobre todo, lo relativo a los alimentos.

En efecto, en caso de divorcio, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, se deben dictar las medidas precautorias tendientes a evitar que entre ellos puedan causarse perjuicio en los bienes sujetos a sociedad conyugal, o bien, aquellos que le pertenezcan a cada quien por existir el régimen de separación de bienes; para lo cual, deberá hacerse un inventario de bienes y derechos que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, así como el valor que se estime tienen, de acuerdo con las capitulaciones matrimoniales que se hayan celebrado y al proyecto de liquidación de *pago a acreedores* y de *partición del remanente*.

El juez, como ya se mencionó, tomará las precauciones necesarias antes de aprobar el proyecto de liquidación, para *asegurar las obligaciones* que queden pendientes entre los cónyuges y respecto a los hijos, sobre todo, *garantizar con esos bienes el pago de alimentos* (arts 282, inc a), fracc III; inc b), fracc IV y 283, fracc IV, CCDF).

5.8 Efectos jurídicos del divorcio con relación a la familia

Como ya lo hemos mencionado, el divorcio conlleva la extinción o la ruptura de la vida matrimonial y, como consecuencia, la desintegración de una familia, pues disuelve el vínculo del matrimonio, base y sustento de la misma. Se ha mencionado también que el divorcio constituye un mal necesario, porque independientemente de que evidencia el fracaso de la pareja al no poder sostener una relación conyugal permanente, en las personas de los hijos causa verdaderos estragos, ya que sin lugar a dudas la separación legal y física de sus padres, en ocasiones hasta de los hermanos, provoca efectos negativos e irreversibles en los hijos, únicas víctimas del divorcio.

Sin embargo, el disolver el vínculo conyugal, en ocasiones debe ser el último recurso para evitar problemas mayores, que seguramente se acarrearían al pretender sostener una convivencia conyugal en donde ha desaparecido la relación afectiva y respetuosa que unía a la pareja, por lo cual, dadas las consecuencias nefastas que provoca en la familia, debiera evitarse a toda costa su desintegración, instituyéndose en los juicios de divorcio

audiencias conciliatorias, así como terapias dirigidas y encausadas a la pareja y los hijos, a fin de que puedan restaurar la vida familiar y establecer un canal de comunicación y entendimiento entre todos los miembros. Otra medida que pudiera considerarse es instituir en nuestra normatividad, simultáneamente al divorcio, la separación física de los cónyuges —regulada en otras legislaciones, como en el *Código Familiar de Sonora*—, a fin de darle a la pareja la posibilidad de vivir temporalmente separados, y probar el sufrimiento de la soledad, del despedo de los hijos, y afrontar solos las vicisitudes de la vida, o en su defecto, reclamar, al vencimiento de la separación, el divorcio vincular.

5.9 Reformas al Código Civil para el Distrito Federal vigente (efectuadas en 2008): divorcio incausado

5.9.1 Introducción

En realidad, el divorcio incausado surge en el Distrito Federal en 1984, cuando se instituye la causal número XVIII del entonces art 267 del *Código Civil*, consistente en “la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos”, es decir, en esta causal deja de tener importancia el motivo que haya originado la separación, lo que interesa no es propiamente la causa, sino el desinterés mutuo de la pareja de manifestarse como casados, con la separación física prolongada, ya que la lejanía terminó no sólo con el domicilio conyugal, sino con el afecto, la armonía, la compatibilidad, etcétera. Esta causal se justificó en su momento, pues se pretendía resolver un serio problema social de separaciones indefinidas prolongadas, en donde no existía entre los esposos la menor intención de rehacer la vida marital, conservando, paradójicamente, la unión matrimonial en perjuicio de su propia seguridad jurídica y estabilidad emocional.

El instituir esta causal fue el primer paso del legislador del Código Civil para el Distrito Federal para acoger al ahora llamado divorcio incausado o unilateral.

5.9.2 Concepto

Para el *Código Civil para el Distrito Federal*, el divorcio vincular incausado consiste en la disolución del vínculo matrimonial requerida por uno o ambos

cónyuges y decretada por un órgano competente siguiendo un procedimiento donde se cumplan las condiciones exigidas por el orden jurídico, únicamente manifestando la voluntad de no continuar con el matrimonio, sin que sea necesario expresar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido por lo menos un año de la celebración del mismo (art 266).

5.9.3 Exposición de motivos

En el proyecto de reforma al *Código Civil* y al de *Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, efectuado en 2008, se pretende justificar la figura del divorcio unilateral manifestando lo siguiente:

Las condiciones del dinamismo social han propiciado que se instituyan figuras jurídicas que regulen situaciones que se presentan en el interactuar de los individuos. Así, algunas instituciones que alguna vez contaron con una rigidez monolítica, hoy requieren de regulaciones que permitan atender a las nuevas condiciones de la sociedad, una de ellas ha sido el matrimonio y sus formas de disolución.

El matrimonio es una institución del derecho civil (sic) que parte de la base de la autonomía de la voluntad de las personas, en ese mismo sentido y sin relevar a ninguna de las partes de las responsabilidades mutuas y recíprocas que se deben, se ha considerado necesario el evitar que el rompimiento del vínculo matrimonial erosione mayormente el núcleo familiar, producto de un enfrentamiento constante, por lo que se considera que el Estado no debe empeñarse en mantener, de forma ficticia, un vínculo que en la mayoría de los casos resulta irreconciliable.

[...]

En diversas mesas de debate se utilizó la expresión “divorcio por falta de voluntad para continuar en matrimonio”, sin perjuicio de regular las obligaciones que origina ese vínculo e incluso de pensiones alimenticias y de pensiones compensatorias en beneficio de la parte que no pidió el divorcio.

[...]

Lo anterior es importante porque facilitar el proceso de divorcio no implica la posibilidad de incumplir con las obligaciones alimentarias, ni con las indemnizaciones que algún hecho ilícito pudiera generar [...].

Por el contrario, sin menoscabo de los derechos que consagra la ley, y sin descuidar los derechos alimentarios de los acreedores, ni afectar los derivados del régimen patrimonial surgidos del matrimonio, se deben presentar las alternativas que permitan disolver el vínculo, con la sola expresión de ser esa la voluntad de ambas o de una sola de las partes, sin tener necesidad de acreditar alguna de las causales que actualmente prevé la ley.

[...]

El proyecto de reforma que se presenta, lejos de atentar contra la cohesión social, tiene como objeto el facilitar los canales de entendimiento entre quie-

nes viven los procesos de divorcio, es decir, se elimina un motivo mayor de enfrentamiento entre seres en conflicto.

[...]

Actualmente, debe estimarse que el respeto al libre desarrollo de la personalidad justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues aquella determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su demanda.

[...]

Tampoco debe desconocerse que es beneficio para la impartición de justicia, en virtud de que el juzgador, lejos de erosionar mayormente la relación entre las partes y el núcleo familiar, actuará como facilitador para coadyuvar al aligeramiento de estos procesos que generan años de desgaste y heridas incurables en los menores, que indefectiblemente son parte del conflicto.

En la primera etapa del juicio, que es la no contenciosa, es innecesario que el otro se excepcione manifestando su oposición a la disolución del vínculo matrimonial; ello obedece a que el matrimonio es una institución de derecho civil, que parte de la base de la autonomía de la voluntad de las personas; lo que implica una decisión libre de ambas para continuar o no unidas a ese vínculo y, por tanto, no se priva de defensa alguna al cónyuge que esté en desacuerdo, ya que si no existe voluntad del otro consorte para continuar con el matrimonio, el divorcio debe autorizarse, puesto que esa decisión les corresponde solamente a ellos, razón por la cual no puede ser motivo de controversia; además de que la resolución que la autoridad judicial llegue a pronunciar no será constitutiva de derechos, sino de carácter declarativo, pues sólo se limita a evidenciar una situación jurídica determinada, como lo es el rompimiento de facto de las relaciones afectivas entre los cónyuges, lo que no implica modificación alguna de derechos o de situaciones existentes.

Es de destacarse que la intención es dejar improcedente el recurso de apelación cuando sólo se trate de la declaración de divorcio. En caso de que se impugne lo resuelto sobre la distribución de los bienes comunes, pago indemnizatorio, alimentos, guarda, custodia y convivencias respecto de menores e incapaces o respecto de la acción de daño moral, sí procede la apelación, en los incidentes de controversia familiar y los que tengan que resolverse por la vía ordinaria civil respecto de los bienes.

La acción para interponer la demanda de divorcio, ya sea por voluntad unilateral o por mutuo consentimiento, se podrá presentar un año después de la celebración del matrimonio. Por lo que hace a los alimentos en el divorcio, la pensión para el cónyuge que ha sido dependiente económico tendrá igual duración a la que tuvo el matrimonio, salvo pacto en contrario.

De esta manera, a través del divorcio unilateral, se respeta el libre desarrollo de la personalidad, pues es preponderante la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge en virtud de que esa voluntad no está supeditada a explicación alguna, sino simplemente a su deseo de ya no continuar

casado. Así, el ejercicio de su derecho para demandar el divorcio no se hace depender de la demostración de causa alguna, con lo cual se busca la armonía en las relaciones familiares, pues no habrá un desgaste entre las partes para tratar de probar la causa que originó el divorcio, lo que en la actualidad genera desajuste emocional e incluso violencia entre los cónyuges.

La enunciación de causales de divorcio (tradicionales) no comprendían las motivaciones profundas de la ruptura conyugal, sino sólo las consecuencias visibles de aquélla y la necesidad de encasillar circunstancias en donde lo que se lograba no era un proceso en el que se respetaban las individualidades y la voluntad de los cónyuges, sino una controversia entre ellos, en donde la necesidad de probar causales llevó a desestimar demandas de divorcio, incluso tratándose de matrimonios que de facto estaban rotos.

Lo expuesto fueron los motivos principales que el legislador argumentó para considerar que en los casos en los que, sin existir alguna de las causas tradicionales de divorcio, una o ambas partes no estuviere de acuerdo en continuar con el matrimonio por ser esa una decisión libre, debe otorgársele la oportunidad de acudir ante el órgano judicial para pedir, de manera unilateral y de forma libre, la disolución del vínculo, porque su voluntad es la de no continuar con el matrimonio.

Como se advierte de los artículos 266 y 267 del *Código Civil* reformados, en los que se instituye la disolución del vínculo matrimonial de manera unilateral o mediante la voluntad de ambas partes, cuyos únicos requisitos son que el promovente lo solicite, que haya transcurrido por lo menos un año desde la celebración del matrimonio y que a la petición se acompañe la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a esa disolución. De esta forma, fueron suprimidas las causales de divorcio, lo cual, como ya se dijo, obedeció a regular una situación de hecho, como fue la de autorizar formalmente la disolución del vínculo matrimonial, cuando la relación humana a que éste dio lugar ya se hubiere roto definitivamente en la realidad, o bien, cuando en virtud del rompimiento de los lazos afectivos las relaciones matrimoniales dejaron de tener alguna significación para los cónyuges.

Además, se afirma que lejos de que la sociedad se perjudique, ésta se beneficia, pues se evitan desgastes entre los contendientes como resultado del aspecto contencioso que implicaba acreditar la causa invocada como origen del divorcio; puesto que esa carga probatoria generaba desajustes emocionales e incluso, a veces, violencia entre los cónyuges, y, por tanto, el Estado a través de un acto declarativo, no constitutivo, de derechos facilita el trámite de la disolución del vínculo matrimonial, con lo cual se evitan

enfrentamientos innecesarios entre los integrantes de la familia, incluyendo a los menores.

Se aclara en la citada exposición de motivos que el hecho de que sea inapelable la resolución que decreta el divorcio incausado, no implica que el cónyuge demandado al contestar la demanda manifieste su desacuerdo con el convenio regulatorio, lo que en lo conducente el juzgador resolverá en juicio incidental y de acuerdo con las pruebas que aporten las partes, y cuando así se justifique, lo inherente a la distribución de los bienes comunes, pago indemnizatorio, alimentos, guarda, custodia y convivencia respecto de menores e incapaces.

Se advierte, además, que del texto de los arts 266 y 267 del *Código Civil* reformado se aprecia que la tramitación del divorcio tiene dos fases, a saber: a) la no contenciosa, en la que una vez que se cumplan con las formalidades de ley, el divorcio se decretará con la sola voluntad del que lo solicite, sin que ofrezca explicación de la causa que origina esa petición y b) cuando exista oposición de alguno de los consortes con el convenio, donde no obstante la oposición, se autorizará el divorcio y los puntos divergentes de éste se reservarán para la vía incidental o en la controversia familiar.

De esta manera, con el fundamento legal mencionado, a partir de que se presenta la demanda y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales necesarias. Ahora bien, en los casos en que el juicio no concluya por 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; para lo cual, el juez deberá dictar las medidas que considera adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo la violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las providencias de protección a las víctimas; también señalará y asegurará las cantidades que a título de alimentos favorezcan al cónyuge necesitado y a los hijos; además, podrá dictar las medidas pertinentes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus bienes, ni en los de la sociedad conyugal.

Ahora bien, contestada la solicitud, el juez determinará (con audiencia de parte y teniendo en cuenta el interés familiar), lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar, y previo inventario precisará cuáles bienes y enseres se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, y pondrá a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges; éstos podrán compartir la guar-

da y custodia mediante convenio, y a falta de acuerdo, el juzgador resolverá teniendo en cuenta la opinión del menor.

Igualmente, se establece que los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto cuando ésta genere violencia familiar o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. El juez resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados y requerirá a las partes para que, bajo protesta de decir verdad, exhiban inventario de sus bienes y derechos, así como de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, para lo cual deberán especificar el título bajo el cual se adquirieron o poseen el valor que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición (art 282, CCDF).

Con respecto a la garantía constitucional de audiencia, se resolvió que las disposiciones que regulan el divorcio incausado no la afectan, ni tampoco se encuentran afectados los principios de debido proceso, contenidos en el art 14 de nuestra Carta Magna; puesto que en la reforma citada, el legislador no derogó el art 256 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, que establece que una vez presentada la demanda con los documentos y copias correspondientes, se correrá traslado de ella a la contraparte y se le emplazará para que la conteste dentro del término de nueve días; en la actualidad, este plazo continúa vigente, por lo cual la reforma (según se expresa) *no afecta la garantía de audiencia pues se cumple con la obligación de llamar al procedimiento del divorcio al cónyuge demandado*; además, la contraparte tiene derecho a contestar la demanda y a manifestar su conformidad con el convenio, o, en su caso, a presentar una contrapropuesta, para establecer cuál es la forma en que se deben distribuir los bienes comunes, el pago indemnizatorio, los alimentos, la guarda y custodia y la convivencia con menores e incapaces. En cuanto a la *garantía de equidad procesal prevista por el art 17 constitucional*, *no se afecta con el divorcio incausado, porque la disolución del vínculo matrimonial se puede solicitar por uno o ambos cónyuges, manifestando que es su voluntad no querer continuar con el matrimonio, es decir, se otorga un trato igualitario a cada uno, pues el derecho que tiene un cónyuge para solicitar el divorcio también le asiste al otro.*

5.9.4 Observaciones al divorcio incausado

De la lectura de la exposición de motivos del proyecto de reformas al *Código Civil* y al de *Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, que instituyen el divorcio incausado, se pondera, entre otras cosas, que el matrimonio es un contrato y, por ende, los cónyuges gozan de la autonomía de la voluntad, es

decir, tienen la libre decisión para continuar o no casados, por lo cual no se priva de defensa alguna al cónyuge que está en desacuerdo con el divorcio.

Esta justificación olvida que el mismo *Código Civil para el Distrito Federal* crea todo un capítulo referente a la familia, cuyas disposiciones, según se declara, son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger la organización y desarrollo integral de la familia, basados en el respeto a su dignidad (art 138 ter). En el mismo sentido, las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato (art 138 *quintus*).

Este marco legal nos permite afirmar que el divorcio unilateral o incausado es sin duda un medio que destruye a la familia de manera instantánea, sin ninguna otra opción. El no conceder una separación previa como plazo de reflexión, fue un error desde cualquier ángulo que se observe, pues muchos matrimonios podrían salvarse en ese lapso con una necesaria y eficaz conciliación. Sin esta oportunidad, el *divorcio exprés*, llamado por algunos “ley del capricho”, se impone por el legislador a toda la población del Distrito Federal, por lo cual, actualmente, tanto el hombre como la mujer pueden hacer lo que quieran con su familia, sin ver los daños irreversibles para los hijos y, a la postre, para la misma sociedad.

Con estos argumentos se advierte un futuro deplorable para los hijos menores o incapaces, porque en muchos casos el tiempo de reflexión podría ser determinante para que sus padres permanecieran juntos. Lamentablemente, sólo el paso del tiempo podrá medir las consecuencias para los hijos, pues ellos son las víctimas del divorcio incausado. Definitivamente, no tiene sentido dar facilidades para que se destruyan los matrimonios, lo que se debe hacer, en todo caso, es ayudar a las parejas a que con asesoría y terapia adecuadas puedan salir adelante; de otra manera, el corazón de la familia (y, por ende, de la misma sociedad), que es el matrimonio, se verá seriamente dañado.

Respecto a la naturaleza jurídica del divorcio incausado, no se encuentra definida en las reformas aludidas, pues en ellas, por ejemplo, al escrito inicial se le denomina *solicitud de divorcio*, y en otros preceptos se hace referencia a él como *demanda*; por lo cual no se entiende si se trata de un juicio contencioso o de un trámite sin contienda, de jurisdicción voluntaria, donde simplemente se declare la disolución del vínculo matrimonial. Por tanto, podemos deducir que se trata de un procedimiento *sui generis* (único en su género), el cual debe ser cuidadosamente revisado, y quizá deban señalarse alternativas en el procedimiento, pues si el cónyuge demandado una vez emplazado está de acuerdo con el divorcio, se convierte *ipso facto*

en un divorcio voluntario. Ahora bien, si se emplazara al demandado y éste no dijera nada, sería un procedimiento en rebeldía, y el procedimiento continuaría con una sola parte al no haber contienda. Recordemos que la familia es una institución de orden público de derecho familiar que protege intereses superiores, por lo cual en las contiendas de ese orden no pueden aplicarse las reglas privatistas del derecho civil.

En otro orden de ideas, después de emplazada la parte demandada, ésta no tiene la oportunidad de manifestar su acuerdo o desacuerdo con el divorcio, pues con el emplazamiento sólo se le está avisando que su cónyuge ha iniciado unilateralmente un procedimiento de divorcio, y, en su caso, únicamente podrá inconformarse con el convenio y proponer enmiendas al mismo o presentar su propia propuesta. Por lo anterior, se estima que ese procedimiento deja en estado de indefensión al demandado violándose las garantías de *audiencia, legalidad y equidad*.

Por otra parte, el legislador pasa inadvertido que no todas las circunstancias que llevan a la pareja al divorcio son las mismas, estableciendo sin excepciones un año para la procedencia del divorcio unilateral, olvidando causas tan graves como la violencia familiar, protegiendo al agresor al eliminar toda responsabilidad que tiene como cónyuge culpable (causante incluso de la pérdida de la patria potestad), pues permite a éste solicitar el divorcio y proponer un convenio favorable a sus intereses.

Ahora bien, en caso de suspensión o pérdida de la patria potestad por violencia familiar u otras causas que justifiquen dicha pérdida, la reforma comentada no admite que se pueda solicitar como una prestación en el divorcio, pues en el divorcio incausado se deja únicamente a salvo el derecho para promover por vía incidental lo relativo a las oposiciones al convenio, obligando al afectado a demandar la pérdida de ese derecho por la vía ordinaria, dejando sin protección a los hijos en caso de violencia familiar; y como la pérdida de la patria potestad sólo se puede promover en juicio ordinario, impone al otro cónyuge una doble carga, es decir, por una parte, defenderse del otro que le impone el divorcio y, por la otra, promover contra el agresor juicio de pérdida de patria potestad, sin importarle al legislador el desgaste económico, moral y emocional del cónyuge afectado y, preponderantemente, de los hijos.

En el mismo sentido se expresan las reformas al *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* al determinar que “únicamente podrán recurrirse las resoluciones que recaigan en la vía incidental respecto del o de los convenios presentados; la que declare la disolución del vínculo matrimonial es inapelable” (art 685 bis, CCDF).

Obviamente, estas reformas fueron avaladas por los Tribunales de la Federación:

Divorcio sin causa. Es potestativo para cualquiera de las partes sujetarse al mismo en procedimientos jurisdiccionales iniciados con anterioridad a su vigencia; empero, cuando se hubiese demandado conjuntamente la pérdida de la patria potestad en la vía ordinaria, debe decretarse la disolución del vínculo matrimonial incausado y continuar el procedimiento por lo que respecta a la pérdida de la patria potestad. Los artículos 267 y 287 del *Código Civil para el Distrito Federal* publicados en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de tres de octubre de dos mil ocho que regulan al divorcio sin causa bajo las siguientes premisas: 1. La disolución del vínculo matrimonial sin causa; y 2. El convenio de divorcio incausado, que debe contemplar: a) La fijación de la guarda y custodia de los menores hijos o incapaces —cuando ambos padres mantienen el ejercicio de la patria potestad—; b) El derecho de visitas de los hijos con los progenitores; c) La pensión alimenticia para los hijos y los cónyuges y la garantía respectiva; d) El uso del domicilio conyugal y del menaje y e) La administración de los bienes de la sociedad conyugal y la liquidación o la compensación tratándose del régimen de separación de bienes; por tanto, la pérdida de la patria potestad no se encuentra prevista en los supuestos del convenio indicado al constituir derecho irrenunciable en términos del artículo 448 del ordenamiento sustantivo de referencia, en cuanto dispone: “La patria potestad no es renunciable [...]”, ya que únicamente puede perderse o suspenderse en resolución judicial en términos de los artículos 283, fracción I, y 444, fracción II, del código de la materia; en consecuencia, si en términos del artículo tercero transitorio de las reformas de mérito en “[...] los juicios de divorcio en trámite, será potestativo para cualquiera de las partes acogerse a las reformas establecidas en el presente decreto [...]”, el juez tiene facultades para resolver sobre la disolución del vínculo matrimonial bajo las reglas del divorcio incausado; sin embargo, cuando conjuntamente con la disolución del matrimonio se hubiera demandado la pérdida de la patria potestad, la sentencia que disuelva la relación marital sin causa no puede ocuparse al mismo tiempo de la pérdida de la patria potestad por no ser materia de esa figura jurídica ni del convenio de mérito; de ahí que sobre los derechos relativos a ésta debe continuar el procedimiento ordinario en que el juez resuelva esa litis conforme proceda en derecho.

Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 183/2009. 8 de mayo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Eliseo Puga Cervantes. Secretario: Lázaro Raúl Rojas Cárdenas.

Por otra parte, con el nuevo criterio de que el juicio de divorcio incausado tiene como única finalidad disolver el matrimonio, si el demandado tuviera necesidad de ejercer otras acciones, como pérdida de la patria potestad, tendría que promover, como ya se ha explicado, un juicio ordinario,

entonces no se entiende cómo el legislador en el art 283, fracc I determina que “la sentencia de divorcio debe contener todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación”. Tal parece que el legislador dejó inconclusa la reforma, pues se le escapó modificar el citado precepto.

Respecto al concepto de *convenio*, se entiende por tal “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones”, por lo cual, si la ley permite que el convenio lo pueda presentar únicamente el cónyuge que solicita el divorcio, no será propiamente un convenio, porque expresa la voluntad de una sola de las partes y seguramente no estarán garantizados los intereses de los hijos, como son lo relativo al ejercicio de la patria potestad, custodia, derecho de convivencia, alimentos tanto para los hijos como para el cónyuge dependiente económico, así como la compensación al cónyuge que se haya dedicado al hogar o a los hijos tratándose de separación de bienes o, en su caso, el reparto de los bienes de la sociedad conyugal.

En otro orden de ideas, hay contradicción entre dos preceptos del *Código Civil* y el de *Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, pues el art 272 A señala que en los casos de divorcio si los cónyuges llegan a un acuerdo respecto al convenio, *el juez dictará un “auto” en el cual decreta la disolución del vínculo matrimonial* y la aprobación del convenio sin necesidad de dictar sentencia.

Por otra parte, el art 287 del *Código Civil* determina lo siguiente:

En caso de que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto al 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, porque no haya acuerdo, 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.

Es claro que la disolución del vínculo matrimonial mediante el divorcio sólo puede tener lugar en una sentencia y no en un simple auto.

La observación más importante que se le puede hacer al divorcio unilateral es que el legislador en su afán de agilizar el divorcio para convertirlo verdaderamente en *exprés*, descuida los efectos con relación a los hijos en cuanto a la patria potestad, los alimentos, la guarda y custodia, la convivencia con los progenitores, la protección contra actos de violencia familiar; lo mismo ocurre respecto al cónyuge afectado, sobre el pago de alimentos, la

división de los bienes comunes y la compensación para el cónyuge dedicado al hogar o a los hijos; pues si el demandado se opusiera al convenio propuesto por el actor, se iniciaría un juicio incidental, el cual, en caso de apelación, podría prolongarse indefinidamente, de manera que el divorcio podría seguir su curso hasta la sentencia, a pesar de que no se hubiera resuelto en forma definitiva lo concerniente al convenio, y, por ende, quedaría sin determinarse la situación de los hijos y el cónyuge afectado.

Por supuesto que antes de disolverse el vínculo conyugal se debe garantizar a los hijos menores y mayores incapaces, que sus intereses quedarán perfectamente protegidos, así se manifiestan todas las legislaciones civiles y familiares americanas y europeas, incluso el mismo *Código Civil Español*, pues en esta legislación se encuentra vigente el divorcio incausado y se establece que primero se aprueba el convenio donde se garantizan los intereses del cónyuge dependiente económico y de los hijos y después se disuelve el vínculo matrimonial, lo cual no acontece en el Distrito Federal.

Por otra parte, y esto es lo más delicado para los menores, con el divorcio incausado se violan las garantías individuales de los hijos, no sólo porque se disuelve el matrimonio de sus padres, sino porque pierden su hogar, su hábitat, su ambiente, su espacio, sus bienes, su familia. No olvidemos que las disposiciones que se refieren a la familia tienen como objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad (art 138 ter, *CCDF*).

Además, este procedimiento anula los avances que en materia de derechos humanos se habían llevado a cabo en el Distrito Federal y contraviene las obligaciones contraídas por el Estado mexicano en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Dentro de las variadas opiniones sobre el divorcio incausado existe la propuesta de permitirse y regularse los *convenios prenupciales* previendo en ellos todas estas circunstancias con pena de *indemnización económica en caso de cometerse conductas violentas en contra de uno de los cónyuges o de los hijos*. Este convenio como acto solemne crearía conciencia en los cónyuges de no incurrir en estas conductas contrarias a todo orden social, moral y legal.

También se afirma que el divorcio unilateral no aporta algo bueno a la unidad familiar y que la mencionada reforma es responsabilidad del poder público y de una parte mínima de la sociedad que está de acuerdo con él argumentando que con esa reforma se busca el bien común, pues los jóvenes tendrán mayor oportunidad de elegir a la persona idónea para compar-

tir su vida, lo cual nos parece una postura egoísta y radical. Además, el divorcio unilateral viola dos grandes principios jurídicos: a) ningún contrato puede privilegiar a una de las partes para disolverlo sin que el otro quiera; b) nadie puede aprovecharse de su propio dolo para beneficiarse.

Sin embargo, la opinión que más interesa es la que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante su Primera Sala, cuya ponente, la ministra **Olga Sánchez Cordero**, declaró la constitucionalidad de las diversas reformas al *Código Civil* y al de *Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*; en dicha declaración se validó la figura jurídica denominada *divorcio incausado* o *divorcio unilateral* como única causa de disolución del vínculo matrimonial, por lo cual, atendiendo a su naturaleza sui generis, requiere únicamente de la manifestación de la voluntad de uno de los cónyuges, lo que a criterio de muchos juristas atenta contra la preservación del núcleo social: la familia.

5.9 bis Separación judicial de los cónyuges (vigente en Centro y Sudamérica)

Separación judicial de los cónyuges en la legislación latinoamericana; y en México, particularmente en Sonora. Legislaciones de América Latina que regulan la separación judicial de los cónyuges

<i>Legislación</i>	<i>Denominación</i>
<i>Código Familiar de Costa Rica</i>	Separación judicial (art 58)
<i>Código Familiar de Panamá</i>	Separación de cuerpos (art 198)
<i>Código Civil de Colombia</i>	Separación de cuerpos (art 165)
<i>Código Civil de Chile</i>	Separación judicial (art 26)
<i>Código Civil de Perú</i>	Separación de cuerpos (art 332)
<i>Código Civil de Argentina</i>	Separación personal (art 201)
<i>Código Familiar de Bolivia</i>	Separación de los esposos (art 152)

El *Código Familiar de Sonora* de 2011 ha sido la primera legislación en México en regular la separación judicial, con independencia del divorcio.

La separación
judicial de los
cónyuges
procede

- A solicitud de ambos cónyuges, sin expresión de causa.
- Cualquiera de los cónyuges puede solicitar la conversión a divorcio por causas objetivas, transcurridos dos años desde que se suspendió la cohabitación, presumiendo que el término de la separación física es prueba suficiente de que el matrimonio no puede cumplir sus fines (art 141, *CFS*).
- Por enfermedad grave y contagiosa.
- Por enajenación mental incurable.
- El cónyuge sano no podrá pedir la separación de cuerpos si no han transcurrido dos años desde que se manifestó la enfermedad grave y contagiosa o la enajenación mental incurable, siempre que el otro cónyuge pueda solventar sus necesidades alimentarias.
- Por alcoholismo y drogadicción, pudiendo solicitar al juez la conversión a divorcio; siempre que se garantice el cumplimiento de las obligaciones familiares y la liquidación del patrimonio social, en su caso.

5.9 bis.1 Introducción

Como su nombre lo indica, consiste en la separación física de los cónyuges, en la dispensa para cohabitar otorgada por un juez competente. En este sistema subsisten los demás efectos jurídicos del matrimonio, tales como la fidelidad, la ministración de alimentos y, por supuesto, el impedimento para celebrar nuevas nupcias. Sus efectos se limitan a autorizar la separación física de la pareja, cuyos integrantes están dispensados de la obligación de vivir juntos. Es evidente que al desaparecer tal obligación terminará también la figura del domicilio conyugal, en tal virtud, cada cónyuge tendrá derecho a designar el lugar donde residirá.

El divorcio por separación de cuerpos fue el único reconocido no sólo en las leyes que regularon las relaciones familiares desde que tuvo lugar la colonización —fundadas, como ya se explicó, en el derecho canónico—, sino incluso en los códigos civiles mexicanos de 1870 y 1884.

La separación de cuerpos según el código civil vigente en el Distrito Federal no procede como ocurre en la mayoría de los países latinoamericanos en todos los casos en que pueda tener lugar el divorcio vincular, sino que se ofrece como una medida opcional para el cónyuge sano en las causas mencionadas por el art 277, quedando subsistentes las demás obligaciones originadas por el matrimonio.

En efecto, la persona que no quiera pedir el divorcio tiene la alternativa de solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con su cónyuge, cuando éste se encuentre en alguno de los siguientes casos: a) Padezca cualquier enfermedad incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria;

b) padezca impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; o c) padezca trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo. En estos supuestos, el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión.

Fuera de las causales mencionadas, por ningún otro motivo puede pedirse la separación judicial de los cónyuges, sino únicamente la disolución del vínculo matrimonial, a excepción de Sonora.

5.9 bis.2 La separación judicial en el Código Familiar de Sonora de 2011

El *Código Familiar del Estado de Sonora* es en la República Mexicana el más progresista en materia de divorcio, dicho ordenamiento *instituye la separación judicial de cuerpos y clasifica las causales de divorcio, incluyendo al divorcio unilateral*. En efecto, esta legislación distingue entre separación judicial de los cónyuges y divorcio vincular, agrupando en este último a las causas de divorcio: divorcio necesario unilateral sin culpa (por enfermedad), divorcio voluntario, divorcio necesario por causales objetivas que comprende la separación por más de dos años (divorcio unilateral), divorcio necesario por culpa (que comprende las causales tradicionales).

En lo referente a la *separación de cuerpos declarada judicialmente*, ésta es la única legislación familiar en el país que la regula. Procede no sólo por enfermedades crónicas incurables, contagiosas, hereditarias, enajenación mental, sino también *a solicitud de los cónyuges y sin expresión de causa*, siempre que éstos acuerden sobre la custodia de los hijos, los alimentos y la situación de los bienes. Ahora bien, *transcurridos dos años desde que se suspendió la cohabitación, cualquiera de los cónyuges puede solicitar, con audiencia del otro, la conversión a divorcio por causas objetivas*, entendiendo que el término de la separación es prueba suficiente de que el matrimonio no puede cumplir sus fines esenciales (art 141, CFS).

También *puede pedir la separación de cuerpos solamente el cónyuge sano*, en los casos en que el otro sufra una enfermedad grave y contagiosa, enajenación mental incurable, *alcoholismo o drogadicción*, pudiendo solicitar la conversión a divorcio en los términos antes mencionados, con intervención del cónyuge enfermo o su representante legal, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones familiares y la liquidación del patrimonio social, en su caso.

El cónyuge sano podrá pedir la separación de cuerpos si han transcurrido dos años desde que se manifestó la enfermedad grave y contagiosa o

la enajenación mental incurable, siempre que el otro cónyuge pueda solventar sus necesidades, pues de lo contrario, *quien solicite la separación deberá otorgar alimentos al enfermo* mientras dure la separación y por todo el tiempo que subsista la enfermedad. El juez puede dispensar en un término de dos años en casos graves y fundados, o liberar al cónyuge sano de la obligación de dar alimentos cuando no tenga capacidad para realizar actividades remuneradas, pero siempre deberá ordenar de oficio la investigación para identificar a los parientes obligados a dar alimentos, a fin de llamarlos a juicio y asegurar los mismos (art 142, *CFS*).

5.9 bis.3 La separación judicial de los cónyuges en Latinoamérica

En la mayoría de los países de Latinoamérica, *las causales de divorcio vincular son al mismo tiempo causas por las cuales uno o ambos cónyuges pueden solicitar al órgano jurisdiccional la separación física de los casados*, quedando subsistente el vínculo matrimonial, así como las obligaciones de fidelidad y ayuda mutua, excepto el *Código Civil de Chile*, el cual paradójicamente suspende incluso la obligación de fidelidad.

El estudio de esta figura jurídica se hará con base en las legislaciones civiles y familiares de los países más avanzados en materia familiar, en el entendido de que algunos de éstos difieren en la manera de referirse a ella, llamándola *separación judicial*, *separación de cuerpos*, *separación de los esposos*, *separación de hecho*, entre otras denominaciones.

Las causas de *separación judicial* se encuentran reguladas en *Costa Rica* (art 58, *CFCR*), *Panamá* (art 198, *CFP*), *Bolivia* (art 152, *CFB*), *Argentina* (art 201, *CCA*), *Chile* (art 26, *CCCH*), *Perú* (art 332, *CCP*), *Colombia* (art 165, *CCC*), entre otras. Es importante hacer notar la coincidencia de todas estas legislaciones en la posibilidad de conversión del juicio de separación de los esposos a un juicio de divorcio vincular o viceversa.

5.9 bis.3.1 Código Familiar de Costa Rica (separación judicial)

Los efectos de la separación son los mismos que los del divorcio, con la diferencia de que aquélla no disuelve el vínculo, subsistiendo el deber de fidelidad y de mutuo auxilio (art 62, *CFCR*).

Ahora bien, la separación por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de dos años de verificado el matrimonio. Los esposos que la pidan deben presentar al tribunal *un convenio en escritura pública* sobre los siguientes puntos:

- A quién corresponderá la guarda, crianza y educación de los hijos menores.
- Cuál de los dos cónyuges asumirá la obligación de alimentar a los hijos o la proporción en que se obligarán ambos.
- Monto de la pensión que deberá pagar un cónyuge al otro, si en ello convinieren.
- Propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges.

Con estas bases legales, este pacto no valdrá mientras no se efectúe la aprobación de la separación, por lo cual lo convenido respecto a los hijos podrá ser modificado por el tribunal. Ahora bien, el convenio y la separación si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, *se aprobarán por dicho tribunal en resolución considerada*; éste podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso u oscuro (art 60, *CFCR*).

Por otra parte, será motivo para decretar el divorcio la separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; el tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, *celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges* (art 48, *CFCR*).

5.9 bis.3.2 Código Civil de Colombia (separación de cuerpos)

Si la separación es indefinida o temporal *no podrá exceder de un año*; si excediera, se presumirá que ha habido reconciliación. Sin embargo, *los casados podrán declarar ante el juez que la toman indefinida o que amplían su vigencia*. Para que la separación pueda ser decretada por mutuo acuerdo, la solicitarán por escrito al juez competente, acordando la manera en que atenderán en adelante el cuidado personal de los hijos comunes, la proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, y si hubiera necesidad, el sostenimiento de alguno de los cónyuges. *El juez podrá objetar el acuerdo de los cónyuges en interés de los hijos* previa intervención del ministerio público (art 166, *CFCR*).

5.9 bis.3.3 Código Familiar de Panamá (separación de cuerpos)

La separación de cuerpos no disuelve el matrimonio (art 198, *CFP*). Los cónyuges podrán optar entre solicitar la separación de cuerpos o el divorcio, pero no está permitido presentar las dos acciones simultáneamente (art 200, *CFP*).

La separación de cuerpos debe ser pronunciada por la autoridad competente en sentencia firme, y no producirá efectos legales hasta que la sentencia judicial haya sido inscrita en el registro civil (art 201, *CFP*).

5.9 bis.3.4 Código Civil de Chile (separación judicial)

Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente, los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. Y si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En el entendido de que esos acuerdos deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciabiles (art 21, CCCH).

Ahora bien, el acuerdo deberá constar por escrito en escritura pública, en acta ante el oficial de registro civil o en transacción judicial (art 22, CCCH). A falta de acuerdo sobre la regulación de las relaciones mutuas entre los cónyuges, las concernientes a los hijos y al régimen de bienes del matrimonio, *cualquiera de ellos podrá solicitar la intervención del órgano jurisdiccional para reglamentarlas* (art 23, CCCH).

Llama la atención *una disposición donde la separación judicial suspende el deber de fidelidad*: “La separación judicial deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como *los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden*” (art 33, CCCH). Por otra parte, con la separación de los cónyuges termina también la sociedad conyugal o el régimen de participación de gananciales que hubiere existido entre los cónyuges (art 34, CCCH).

“*La separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediar falta imputable al otro*, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio o de los deberes para con los hijos”(art 26, CCCH).

Una disposición que sobresale, pues resuelve de alguna manera la multitud de separaciones de hecho, es la contemplada en el art 27 del Código Civil de Chile, que determina que *cuando no exista causa grave imputable a uno de los cónyuges, cualquiera de ellos podrá solicitar la separación judicial cuando hubiere cesado la convivencia*; agregando que si la solicitud de la separación ante el tribunal fuere conjunta los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y respecto a sus hijos, aclarando que será suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, *si procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura* y si establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges.

En relación a los hijos, el *Código Civil de Chile* señala que *no se alterará la filiación ya determinada ni los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos*. El juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres (art 36, *CCCH*).

Con base en este marco legal, solicitada la separación judicial, *el juez durante la audiencia preparatoria deberá instar a las partes a una conciliación*, examinando las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y *verificando la disposición o intención de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial* (art 67, *CCCH*).

En esa audiencia, *el juez instará a las partes a la conciliación* y les propondrá personalmente bases de arreglo, procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes, es decir, *el conciliador preparará y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio*. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente y *dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada*. En los casos de divorcio, si los cónyuges llegan a un acuerdo respecto al convenio, el juez dictará un auto en el cual decreta la disolución del vínculo matrimonial y la aprobación del convenio, sin necesidad de dictar sentencia (art 69, *CCCH*).

5.9 bis.3.5 Código Civil de Perú (separación de cuerpos)

La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales dejando subsistente el vínculo matrimonial (art 332, *CCP*).

Respecto a los efectos de la separación convencional con relación a los hijos, éstos serán confiados al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que el otro cónyuge se encargue de todos los hijos o de alguno, y si hay motivo grave, lo hará una tercera persona (art 340, *CCP*).

5.9 bis.3.6 Código Civil de Argentina (separación personal)

Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y solicitar su separación personal (art 205, *CCA*). Sin embargo, *cuando los cónyuges hubieren interrumpido la cohabitación por un término mayor de dos años, sin voluntad de unirse, podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de ellos*. No obstante, si alguno de los cónyuges alega y prueba no haber dado causa a

la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente (art 204, CCA).

En materia de alimentos, Argentina va a la vanguardia, pues obliga al cónyuge responsable de la separación a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos (art 207, CCA), y llega a privilegiar incluso al culpable, al establecer que, independientemente de la culpabilidad o inocencia de uno de los esposos, le siga suministrando el otro sustento, siempre y cuando no tuviese recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, y que el primero sí contare con esos medios (art 208, CCA).

5.9 bis.3.7 Código Familiar de Bolivia (separación de los esposos)

La acción de los esposos puede limitarse a la simple separación (art 151, CFB). La separación hace cesar la vida común y disuelve la comunidad de gananciales dejando subsistente el vínculo matrimonial (art 155, CFB).

El que ejerce la acción de divorcio puede convertir el juicio hasta el momento de la sentencia en uno de simple separación; pero si hay reconvencción, la conversión no puede hacerse sin la conformidad del reconvencionista. En el caso de acción de separación, el juicio no puede ser convertido en uno de divorcio ni admite reconvencción sobre este último (art 153, CFB).

Cuando los esposos reanudan la vida en común después de la sentencia de separación, cesan los efectos de esta última y la comunidad de bienes se restablece. En ese caso, también se restablece la comunidad de gananciales, pero cada cónyuge conserva la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos que le fueron asignados al tiempo de la separación y de los adquiridos durante ésta (arts 156 y 127, CFB).

Transcurridos dos años desde que la sentencia de separación quedó firme, puede convertirse en sentencia de divorcio a petición de cualquiera de los esposos. El juez, sin más trámite que el de la notificación del otro cónyuge y la intervención fiscal, pronunciará la conversión al divorcio. Las disposiciones de la sentencia de separación sobre la persona y los bienes de los esposos, así como sobre la situación de los hijos, conservan su efecto, salvo las modificaciones que pudieran introducirse respecto a pensiones y a la guarda de estos últimos (art 157, CFB).

Finalmente, la reanudación de la vida en común de los cónyuges con ánimo de permanencia pone fin al procedimiento destinado a declarar la separación judicial o a la ya decretada, y en este último caso, se restablece

el estado civil de casados (art 38, *CFB*); en cambio, si la reanudación de la vida en común ocurrió después de la separación judicial, no revive a la sociedad conyugal ni la participación en los gananciales, sin embargo, los cónyuges podrán pactar después de la reanudación de la vida en común este último régimen (art 40, *CFB*).

5.9 bis.4 Necesidad de introducir en la República Mexicana la separación judicial

En cuanto a la separación judicial que acertadamente regulan el *Código Familiar de Sonora* y las legislaciones extranjeras comentadas, en nuestro derecho mexicano no está prevista la separación de los cónyuges, a excepción de Sonora, a pesar de que en nuestro país son una práctica muy común las separaciones de hecho. En efecto, abundan las personas que estando casadas viven como solteras en una situación irregular y de incertidumbre jurídica; de manera que es necesario recoger dicha realidad e instituir la separación judicial de los cónyuges, reglamentando las causas de la misma, sus efectos jurídicos respecto a los cónyuges, a la situación en que quedarán los hijos (en lo concerniente a la custodia y el derecho de convivencia del padre que no quede con ella), a los alimentos y a la terminación o suspensión de la sociedad conyugal y al destino de los gananciales.

Por otra parte, innúmeras parejas no desean propiamente divorciarse, pues por múltiples razones —entre ellas, los afectos que aún existen, la esperanza de reanudar la vida en común, el bienestar de los hijos, aspectos de carácter económico, etc— no están seguras de hacerlo, y prefieren tener con la separación de hecho un compás de espera en sus vidas. Por lo cual, regular exclusivamente el divorcio vincular nos parece una medida radical, por ende, es importante legalizar esas separaciones de hecho mediante una separación judicial y, en consecuencia, regular las causas de separación y sus efectos jurídicos.

UNIDAD 6

El concubinato

Regulación jurídica: arts 291 bis a 291 quintus del CCDF

Concepto doctrinal

Es un hecho jurídico voluntario y lícito por el que un hombre y una mujer libres de matrimonio y sin impedimento legal para celebrarlo, deciden hacer vida en común en forma permanente para tratarse como cónyuges y constituir una familia con efectos jurídicos inherentes a la pareja, a los hijos y en ocasiones a los bienes.

Condiciones de existencia (art 291 bis)

- Que sea un hecho voluntario.
- Que ambos permanezcan libres de matrimonio y no tengan impedimento dirimente para celebrarlo.
- Que haya cohabitación.
- Que el hombre y la mujer se den el trato íntimo de casados.
- Que ambos tengan la fama de casados (trato social de marido y mujer).
- Que la unión sea permanente (mínimo dos años) o que hayan procreado un hijo, es decir, que la relación tenga estabilidad.
- Que se dé una sola relación de concubinato (condición de singularidad).

Causas	— Usos sociales. El medio social — La ignorancia — El deseo natural de la mujer de formar una familia — La necesidad de protección y de asegurar la subsistencia — Conveniencias personales de los interesados
Posibles consecuencias	— El concubino económicamente débil se somete a la autoridad del otro. — Existe menos seguridad jurídica para la pareja y para la familia. — Existe mayor riesgo de irresponsabilidad y desorganización familiar. — Mayor facilidad para su disolución.
Efectos jurídicos con relación a los concubinos	— Derechos hereditarios en sucesión legítima, siempre que haya vivido el supérstite con el <i>de cujus</i> los dos años anteriores a la muerte de éste o menos si hay hijos. — Heredan en sucesión legítima como si estuvieran casados (art 1635, CCDF). — Derecho de alimentos al supérstite en sucesión legítima cuando la vida en común excedió de dos años (art 291 quáter, CCDF). — Derecho de alimentos en testamento inoficioso (art 1374, CCDF). — Derecho de alimentos en vida, cuando hayan vivido maritalmente por dos años consecutivos o menos si hay descendencia.
Efectos jurídicos con relación a los hijos (art 383, CCDF)	Los hijos de concubinato gozan de una presunción de filiación semejante a los de matrimonio, pues se presumen hijos de los concubinos: • Los nacidos dentro del concubinato • Los nacidos dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.
Efectos en cuanto a los bienes	• No hay regulación jurídica respecto a regímenes patrimoniales, por lo cual no hay mancomunidad de bienes; los que adquiere cada concubino le pertenecen totalmente, ocasionando una grave injusticia para el concubinario indefenso. • Es necesario instituir en nuestra legislación el régimen de mancomunidad de bienes similar al de la sociedad conyugal en el matrimonio, como ya lo han hecho los estados de Hidalgo y Sonora.
Diferencias entre concubinato y matrimonio	• El matrimonio proporciona más seguridad jurídica a la familia y al cónyuge económicamente débil, lo que no ocurre en el concubinato; por ende, se justifica el requerimiento de legalizar estas uniones, así como registrarlas en un libro del registro civil destinado al concubinato. • No es impedimento para contraer matrimonio el vivir en concubinato o tener hijos fuera del matrimonio. • No hay mancomunidad de bienes en el concubinato; los bienes que adquiere cada concubino le pertenecen totalmente, salvo algunas excepciones. • No se origina el parentesco de afinidad, ni la incapacidad para contraer matrimonio. • Hay mayor dificultad para probar la filiación de hijos de concubinato que de matrimonio, pues existe acta de matrimonio donde se precisa en qué fecha empezó la cohabitación, para que operen las presunciones legales. En cambio, los hijos de concubinato tienen que probar en procedimiento judicial (jurisdicción voluntaria) la fecha en que se inició o cesó la vida en común de sus padres.

Nueva visión

- Considerando que el concubinato es en la actualidad un hecho social indiscutible, existe una corriente legal y doctrinal que pugna tenazmente por legalizar estas uniones mediante una regulación sistemática en la legislación a fin de garantizar la organización familiar y social, estableciendo los derechos y deberes de los concubinos y de sus hijos, así como *las causas y formas de separación y, en consecuencia, las providencias que se deben tomar en este caso, para proteger a los hijos y al concubinario (hombre o mujer) económicamente débil.*
- También se encuentra justificado crear en el registro civil un libro de registro de concubinatos, para darle seguridad jurídica a las familias fundadas en él, así como instituir la *mancomunidad de bienes* de aquellos adquiridos durante la vida en común.

6.1 Evolución

El criterio con que se ha tratado el concubinato en la historia del derecho no ha sido uniforme; mientras que algunas codificaciones han pretendido ignorarlo evadiendo cualquier regulación jurídica, otras han instituido consecuencias de derecho exclusivamente con relación a los hijos; unas más han reconocido y regulado al concubinato como una unión de grado inferior al matrimonio, concediendo derechos y obligaciones menores que a los casados; y, por último, existen legislaciones de vanguardia que han equiparado los efectos del matrimonio y del concubinato para constituir por disposición legal o por sentencia judicial un tipo de unión que ostente una relación similar a la del matrimonio.

En efecto, los códigos civiles de México de 1870 y 1884 ignoraron el concubinato al omitir su regulación. En la *Ley de Relaciones Familiares* de 1917 únicamente se equipararon las condiciones de los hijos habidos dentro y fuera de matrimonio; en cambio, el legislador del Código de 1928, con vigencia hasta 1932, con un claro sentido de la realidad se decide a regular ese estado de hecho que los legisladores anteriores quisieron ignorar; sin embargo, su deseo de equiparar las condiciones de los concubinos respecto a los casados, no tuvo aceptación social por la fuerte oposición de la corriente conservadora que imperaba en esa época. Así, este legislador, a pesar de las opiniones adversas, se decide a reconocer efectos jurídicos derivados de esa unión, no sólo con relación a los hijos, protegiéndolos con las presunciones legales que favorecen a los hijos de concubinato, sino también estableciendo efectos de carácter económico respecto a los concubinarios; no obstante, dichos efectos jurídicos resultaron insuficientes para salvaguardar los intereses del concubino económicamente débil. Sin embargo, hay que reconocer que hubo avance para su época, teniendo en cuenta el rechazo social hacia ese estado de hecho.

La exposición de motivos de ese código dice textualmente:

Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la 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 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 en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la 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 si se trata el concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar.

Sobre la postura valiente del legislador de 1928, el jurista mexicano contemporáneo **Flavio Galván Rivera** opina lo siguiente:

Nuestro derecho vigente ha regulado los efectos del concubinato aun cuando no ha logrado la sistemática regulación de este fenómeno social, cuya existencia es indiscutible. En nuestro país, la moral social y la grandeza del legislador mexicano han propiciado lo que bien puede denominarse “la evolución del concubinato” y que autoriza a sostener un nuevo concepto sobre la materia. Sostenemos que la grandeza del legislador ha propiciado el reconocimiento legal del concubinato, porque valor y grandeza de espíritu se requiere para enfrentar la mojigatería, la hipocresía, la falsa moral social para aceptar que: hay entre nosotros una manera peculiar de formar la familia: el concubinato.¹

Ahora bien, la afirmación tradicional de que el matrimonio constituye la base fundamental de la familia, sostenida en México en los códigos de 1870 y 1884, en los últimos tiempos ha sido superada. Las legislaciones más avanzadas del mundo en esta materia, sobre todo en algunos países latinoamericanos con idiosincrasia semejante a la nuestra, siguen el sistema de la equiparación absoluta del concubinato con el matrimonio. En México, el mismo criterio adoptó el *Código Civil de Tamaulipas* de 1940, el cual equiparó en forma plena ambas figuras mediante el *matrimonio por cohabitación*.

Efectivamente, este código tamaulipeco definía al matrimonio como “la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre y una sola

¹ **Flavio Galván Rivera**, “El concubinato actual en México”, en *Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, 1991, pág 566.

mujer”, estableciendo la propia ley que las partes debían tener la capacidad jurídica suficiente para poder unirse, para que la unión concubinaria produjera efectos de matrimonio y fuera considerada como tal, enumerando a continuación todos los impedimentos para contraer matrimonio (art 70, *Código Civil del Estado de Tamaulipas* de 1940).

Por otra parte, en el capítulo dedicado al registro civil *se permitía que quienes llevaran una vida marital de hecho, la registraran para tener un acta matrimonial*. Así, en esa entidad existió el concubinato registrado y el matrimonio formalizado como un acto jurídico solemne ante el registro civil. Sin embargo, poco tiempo duró tal sistema, la censura generalizada no se hizo esperar y pronto el legislador tamaulipeco se sintió obligado a cambiar de postura para adoptar la del *Código para el Distrito Federal* de 1928 (antes de las reformas del año 2000, donde se incluye un capítulo destinado al concubinato como fuente de la familia).

Respecto a los demás estados de la Federación, la mayoría ha tomado como modelo la legislación del Distrito Federal; cabe mencionar que *Tlaxcala* fue la entidad pionera en materia de concubinato. En el *Código Civil* de esta entidad, se reconoce al concubinato como fuente de la familia (art 27); se le dota de personalidad jurídica (art 721); se le equipara al matrimonio para los efectos del deber jurídico de darse alimentos concubinarios y concubina (art 147) y se les concede a ambos el derecho recíproco a heredarse (art 2910).

En conclusión, las ideas de vanguardia en esta materia, han sido las de equiparar las condiciones del matrimonio y concubinato, como lo han llevado a efecto las últimas legislaciones familiares de los estados de la Federación, entre otras, las de *Zacatecas, Hidalgo y Sonora*, entidades que destacan porque cuentan con legislaciones propias para la familia, donde se incluye al concubinato como una de las fuentes de la institución familiar.

En cuanto al *Distrito Federal*, de alguna manera ha avanzado en la regulación de esta figura, creando el Capítulo XI del Libro Primero del *Código Civil*, el cual comprende cuatro artículos al respecto; no obstante, existe necesidad de continuar con la tarea legislativa regulando el concubinato de una manera integral y sistemática, para darle mayor seguridad jurídica al concubino indefenso y a los hijos, como lo veremos al tratar el tema de los efectos jurídicos del concubinato.

6.2 Concepto de concubinato

6.2.1 Concepto doctrinal

- Unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad. Matrimonio de hecho.²
- Es la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer sin impedimento legal para casarse, y que viven como si fueran marido y mujer, en forma constante y permanente por el tiempo que la ley determine.³
- Otra definición que incluye los elementos que integran la figura del concubinato es la siguiente: “La unión entre un hombre y una mujer semejante al matrimonio, pero sin celebración ante la autoridad pública, constitutiva de un hecho jurídico al que el derecho otorga efectos con independencia de la voluntad de los protagonistas.”⁴
- Es el acto jurídico bilateral, de derecho familiar, por el que un solo hombre y una sola mujer, libres de matrimonio, sin impedimento dirimente no dispensable, y con capacidad para celebrarlo entre sí, deciden hacer vida en común de manera permanente, a fin de constituir un nuevo grupo social primario, es decir, una familia.⁵

Es importante aclarar que el jurista **Flavio Galván Rivera**, ha destacado por su interés en analizar la naturaleza jurídica del concubinato considerándolo originalmente como un hecho jurídico voluntario y lícito, para más tarde conceptuarlo como un acto jurídico de derecho familiar, lo cual resulta lógico —afirma él mismo— si se tiene en mente que el acto jurídico es toda manifestación de la voluntad con la intención de generar consecuencias de derecho, como acontece en el concubinato con la concurrencia de voluntades o consentimiento —en ocasiones tácito— de hacer vida en común de manera permanente, para constituir una familia, y que, por tanto, su objeto es el cúmulo de derechos y deberes que se generan para los concubinos en cuanto a su persona y a la de sus hijos, reglamentados en los ordenamientos jurídicos que lo contemplan.

² **Rafael de Pina**, et al, *Diccionario de derecho*, 37a ed, Editorial Porrúa, México, 2008, pág 178.

³ **Sara Montero Duhalt**, *Derecho de familia*, Editorial Porrúa, México, 1985, pág 165.

⁴ **Edgar Baqueiro Rojas** y **Rosalía Buenrostro Báez**, *Derecho de familia*, Oxford University Press, 2008, pág 149.

⁵ **Flavio Galván Rivera**, *El concubinato actual en México*, Biblioteca Jurídica de la UNAM, disponible en www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2401/28.pdf (Consulta: 7 de julio de 2013).

6.2.2 Concepto legal

Las definiciones que se ofrecen a continuación corresponden a algunos países latinoamericanos, entre ellos, México, así como a varios estados de la República, los más progresistas en materia familiar.

- La *Ley para la Familia del Estado de Hidalgo* de 2007, en el art 143, conceptúa al concubinato de la siguiente forma: “es la unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio, que durante más de cinco años, de manera pacífica, pública, continua y permanente, hacen vida en común como si estuvieran casados, con los deberes, derechos y obligaciones previstos en la ley”.
- El *Código Familiar del Estado de Zacatecas*, también de 2007, va más allá, pues propiamente equipara el concubinato al matrimonio al establecer que el concubinato es un matrimonio de hecho, es la unión entre un hombre y una mujer libres de matrimonio y sin los impedimentos que la ley señala para celebrarlo, que de manera pública y permanente hacen vida en común, como si estuvieran casados, si tal unión perdura durante más de *dos años* o procrearen hijos (art 241).
- Por su parte, el *Código Familiar de Sonora* de 2011 establece que el concubinato es la unión voluntaria de un hombre y una mujer, libres de impedimentos matrimoniales por vínculo no disuelto o por parentesco, con el *propósito tácito* de integrar una familia, el respeto recíproco y la mutua protección, así como la eventual perpetuación de la especie (art 191). Para que nazca jurídicamente el concubinato, es necesario que la cohabitación se prolongue de manera exclusiva y permanente durante *tres años* ininterrumpidos (art 192).
- En lo que respecta al *Código Civil para el Distrito Federal*, éste no define propiamente al concubinato, sino más bien hace referencia a las condiciones para que esa figura produzca efectos jurídicos, es decir, los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un *periodo mínimo de dos años* que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones establecidos en la ley. No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común. No obstante, si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, ninguna se reputará concubinato. El citado ordenamiento también considera que quien haya actuado de bue-

na fe podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios (art 291 bis, CCDF).

Derecho comparado

Otras legislaciones latinoamericanas de vanguardia definen el concubinato de la siguiente manera:

- El *Código Familiar de El Salvador* lo denomina “la unión no matrimonial” y considera que es la unión constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un periodo de *tres o más años*. Los integrantes de la unión serán denominados “convivientes o compañeros de vida” (art 118).
- Por su parte, el *Código Familiar de Panamá* llama al concubinato “matrimonio de hecho” y lo define como la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, la cual surtirá todos los efectos del matrimonio civil (art 53).

Se advierte en estas últimas legislaciones una equiparación absoluta de concubinato y matrimonio.

6.3 Condiciones de existencia

Los conceptos vertidos del concubinato arrojan las siguientes condiciones de existencia:

- Que ambos concubinos permanezcan libres de matrimonio y no tengan impedimento dirimente para celebrarlo, concretamente, que no exista entre ellos parentesco no dispensado.
- Que el hombre y la mujer se den el trato de casados, lo cual significa que debe haber cohabitación para darse ese trato íntimo.
- Que ambos tengan la fama de casados, es decir, que haya un trato social y notorio de marido y mujer.
- Que se dé una condición de permanencia. Se requiere que la unión sea estable y duradera, en donde se demuestre el ánimo o intención de mantener vida conyugal (el tiempo varía según la legislación).

- Que se dé una condición de singularidad. Este requisito supone la fidelidad, sólo debe existir una relación de concubinato para que se produzcan consecuencias jurídicas.

Analizando lo anteriormente expuesto, encontramos que si bien hay coincidencias en las condiciones de existencia establecidas para el concubinato, los tiempos de la convivencia ininterrumpida difieren. En México, en los estados en donde existe legislación familiar, como Morelos e Hidalgo, se exigen cinco años; en cambio, en el Distrito Federal y en Zacatecas, sólo se requieren dos años de vida en común. El código familiar más reciente, el de Sonora (2011), exige tres años, al igual que el *Código Familiar de El Salvador*.

Ahora bien, *el nacimiento de un hijo* provoca en la mayoría de las legislaciones que se constituya el concubinato, aunque no haya transcurrido el tiempo legal.

Revisando las diversas legislaciones nacionales, se puede advertir que en México, únicamente en la *Ley para la Familia de Hidalgo* se constituye el concubinato mediante *su inscripción en el Libro de concubinatos*, que forma parte de los libros que comprende el Registro del Estado Familiar de Hidalgo. Para tal efecto, los concubinos conjunta o separadamente pueden solicitar la inscripción, surtiendo efectos jurídicos una vez que se cumplan los requisitos legales en forma retroactiva, al día cierto y determinado de iniciación del concubinato (art 145, *LFH*).

Derecho comparado

Respecto a lo anterior, ocurre lo mismo en el *Código Familiar de Panamá*, donde los convivientes podrán solicitar conjuntamente al registro civil, mediante los corregidores, *la inscripción del matrimonio de hecho*, debiéndose probar con las declaraciones de dos personas honorables y vecinas del hogar donde se ha mantenido la unión. Hecha la declaración de esa convivencia, surtirá efectos civiles desde la fecha en que se efectúe dicha inscripción, una vez que se cumplan las condiciones de permanencia, estabilidad y singularidad (art 55, *CFP*).

Acertadamente, la legislación panameña determina que *la existencia del matrimonio de hecho podrá también comprobarse judicialmente, cuando no se haya efectuado la solicitud de inscripción y uno de los convivientes quisiera reclamar sus derechos*. La sentencia declarativa de la existencia del matrimonio de hecho surtirá efectos civiles desde cuando, según lo probado, se cumplieron las condiciones establecidas por la ley (art 56, *CFP*). *En síntesis*,

en Panamá se constituye el concubinato por la inscripción en el registro civil o por declaración judicial.

Analizando el derecho familiar latinoamericano, podemos afirmar que el *Código Familiar de El Salvador* es una de las legislaciones que ofrece mayores garantías a las familias fundadas en el concubinato. En ese ordenamiento, *la declaración judicial* es la única forma de constituir la unión no matrimonial o concubinato: “Para el goce de los derechos que confiere la unión no matrimonial, *se requiere declaración judicial* previa de su existencia. Dicha declaración procederá al acaecer el fallecimiento de uno de los convivientes o la ruptura de la unión. Siempre que se requiera acreditar la calidad de conviviente, para hacer uso de cualquiera de los derechos otorgados por este código, aquélla *deberá declararse judicialmente*” (art 123, *CFES*).

Para esta codificación, que ha inspirado a legisladores de varias entidades de nuestro país, la sentencia declarativa de la existencia de la unión determinará:

- La fecha de inicio y de cesación de la unión.
- Los bienes adquiridos por los convivientes y los frutos de éstos, que deberán establecerse de acuerdo con el *régimen de participación en las ganancias*.
- La filiación de los hijos procreados durante ella, que no hubiere sido previamente establecida.
- A quién de los padres, en su caso, corresponderá el cuidado personal de los hijos sujetos a autoridad parental habidos dentro de ella, el régimen de visitas, comunicaciones y estadía de los mismos, para que el padre o madre que no viva con ellos se relacione con sus hijos; y el monto de la pensión alimentaria con que el otro deberá contribuir.
- A quién corresponderá el uso de la vivienda y menaje familiar.

La certificación de la sentencia que declare la existencia de la unión deberá inscribirse en el Registro del Estado Familiar y en los demás registros públicos, según procediere (art 124, *CFES*).

Este precepto resulta interesante, pues obliga al juzgador a incluir en la sentencia requerimientos de protección para la familia fundada en el concubinato.

6.4 Posición ideológica acerca de las formas de constitución del concubinato

Luego de haber analizado los distintos ordenamientos nacionales y extranjeros en materia de concubinato, encontramos que en nuestro país *la declaración judicial* es la única forma de constituir el concubinato (a excepción del Estado de Hidalgo), por lo cual consideramos que *debería, simultáneamente a la declaración judicial, autorizarse como forma de constitución del concubinato a la inscripción en un libro del registro civil* creado para ese efecto, facultándose a los concubinos para que, conjunta o separadamente, puedan solicitar dicho registro acreditándose con declaraciones de vecinos del domicilio donde se ha mantenido la unión, el trato íntimo, la fama de casados, así como la permanencia y estabilidad de la relación, surtiendo efectos jurídicos cuando se demuestre fehacientemente el cumplimiento de las condiciones de existencia ante el propio oficial del registro civil.

Esta propuesta ha sido tomada del *Código Familiar de Panamá (CFP)*, donde, paralelamente, se permiten las dos formas de constituir el concubinato: la inscripción del matrimonio de hecho y la declaración judicial, esta última cuando no se haya efectuado la solicitud de inscripción y uno de los convivientes quisiera reclamar sus derechos (arts 55 y 56, *CFP*).

Resulta incongruente que la *Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal* regule el registro de dicha figura (art 6), así como la ministración de alimentos y derechos hereditarios entre convivientes en caso de terminación de la convivencia (art 21), y que, por otra parte, los concubinarios no puedan solicitar la inscripción de su relación, ni se les reconozca el derecho a alimentos en el caso de que uno de los concubinos deje la casa común, aduciendo que ha terminado ese estado de hecho.

6.5 Naturaleza jurídica

6.5.1 Postura de Sara Montero Duhalt

La actividad sexual, pese a su carácter derivado totalmente de la naturaleza, ha sido objeto, a través de la historia de la humanidad, de restricciones y consideraciones de distinto carácter: moral, religioso, social y jurídico.

Las relaciones sexuales que se han llamado *normales* pueden clasificarse en lícitas, ilícitas y ajurídicas. El matrimonio y el concubinato son las únicas formas de entablar relaciones sexuales lícitas. Las relaciones ilíci-

tas presentan una gama variada y constituyen normalmente delito: el adulterio, el incesto, el estupro, la bigamia. Las relaciones sexuales ajurídicas se caracterizan por que los sujetos entablan relaciones sexuales fuera del matrimonio, pero en el ejercicio de su libertad, pues no están violando normas prohibitivas. Estas relaciones pueden ser selectivas o promiscuas, ocasionales, temporales o permanentes, dan lugar o no a la procreación, pero en la mayor parte de los casos no producen consecuencias jurídicas.

Lo que siempre ha existido, antes y ahora, y en todos los niveles sociales y económicos, es la infidelidad matrimonial, la creación de dos o más familias por un solo varón, la llamada “casa chica” del hombre casado, que es a veces más grande que la de la esposa.

Las formas de vida sexual fuera del matrimonio normalmente no están reguladas por el derecho, son tenidas en consideración más bien por la moral o por las costumbres y convenciones sociales. Sin embargo, pueden dar lugar a ciertas consecuencias jurídicas, tales como la filiación habida fuera del matrimonio, con el consecuente reconocimiento de hijos o la investigación de la paternidad; además, pueden ser causa de divorcio o configurar delitos como la bigamia.⁶

Respecto a la naturaleza jurídica del concubinato, **Montero Duhalt** la concibe como un estado de hecho lícito al igual que el matrimonio, al conceptuar aquella figura como la simple unión sexual lícita, espontánea y libre de un solo hombre y una sola mujer sin impedimento legal para casarse, y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por el tiempo que la ley determine, o sea, para la autora basta que haya cohabitación y relación sexual permanente entre hombre y mujer para que exista el concubinato, restándole importancia al trato íntimo no sexual, la fidelidad, la asistencia, la ayuda recíproca, entre otros efectos que presumiblemente conlleva el concubinato de manera natural y espontánea.

6.5.2 Tesis de Flavio Galván Rivera

Al concubinato se le puede atribuir alguna o todas las naturalezas jurídicas que se exponen a continuación, a menos que alguna sea excluyente de otra.

1. *Hecho jurídico de las personas, voluntario y lícito.* Siguiendo los lineamientos de la teoría clásica o bipartita del acto jurídico, que es la asumida por nuestro *Código Civil* de 1928, se ha llegado a aseverar que el

⁶Sara Montero Duhalt, ob cit, págs 162 y siguientes.

concubinato es un hecho jurídico en sentido estricto, cuyo origen es la conducta humana voluntaria, lícita, a la que los ordenamientos jurídicos vigentes otorgan determinados efectos.

A lo anterior cabe agregar que no existe norma jurídica alguna que prohíba vivir en concubinato, y, menos aún, que tipifique como ilícito penal o civil esa conducta, razón por la cual un hombre y una mujer pueden constituir lícitamente una familia con base en este hecho bio-social de trascendencia jurídica, amparados en el principio de la libre actuación vigente en nuestro sistema normativo, el cual se enuncia diciendo “lo que no está prohibido a los particulares, está permitido”.

2. *Estado de hecho*. En la doctrina se sostiene que los actos jurídicos dan origen a situaciones o estados de derecho, en tanto que de los hechos jurídicos, en sentido estricto, tan sólo pueden derivar estados de hecho.

Por estado de derecho se entiende la situación jurídica permanente que permite la aplicación reiterada de un específico estatuto legal a determinadas situaciones concretas, en virtud de que se continúan renovando, de manera constante y sucesiva, en tanto existen. *En cambio, el estado de hecho es la situación más o menos permanente que origina algunas consecuencias de derecho (deberes y derechos), pero que carece de un específico estatuto legal sistematizado que le sea aplicable*. Así, como el concubinato no está regulado de manera específica, completa y sistematizada, en cuanto a los requisitos necesarios para que exista, ni se establecen, sino excepcionalmente, los deberes y derechos de los concubinos y tampoco se prevén las causas y formas de separación, entre otros aspectos. Algunos tratadistas llegan a la conclusión de que es un simple estado de hecho y no un verdadero estado de derecho, *aun cuando lo plausible sería crear un estatuto jurídico, que en forma específica, integral y sistemática regulara ampliamente el concubinato*.

3. *Estado civil*. Otro de los atributos de la personalidad exclusivo de las personas físicas es el estado civil, es decir, la situación jurídica permanente que guarda una persona respecto a su familia.

Para algunos estudiosos y determinadas leyes, el concubinato es un estado civil, como se advierte, sin lugar a dudas, de la lectura del art 158, fracc V, del *Código Familiar del Estado de Hidalgo*, que establece lo siguiente:

Las personas pueden tener alguno de los siguientes estados familiares:

[...]

V. Concubino: quien llena los requisitos del artículo 164 de este ordenamiento.

4. *Institución jurídica*. Día a día, la legislación mexicana regula consecuencias más amplias y numerosas originadas del concubinato, ya no sólo con relación a los hijos y a la concubina, sino también respecto al concubinario, además, las normas aplicables han trascendido el ámbito del derecho privado y las encontramos tanto en el derecho público como en el social, lo cual permite afirmar que *el concubinato actual en México tiende a convertirse en una auténtica institución jurídica*, entendiendo por ésta —como sostiene **Ihering**— el conjunto de normas jurídicas que se agrupan sistemáticamente para la consecución de un fin específico, constituyendo series de preceptos normativos para formar verdaderos cuerpos que tienen vida, autonomía, estructura y funcionamiento propios, que se caracterizan por perseguir la misma finalidad.

La afirmación precedente también se puede sostener si se define a la institución como lo hace **Hauriou** al decir que es una idea de obra que se realiza, se organiza y dura jurídicamente en un medio social, porque el concubinato es indiscutiblemente una idea de obra que tiene exigencia social y jurídica, así en el tiempo como en el espacio.

5. *Acto jurídico de derecho familiar*. Finalmente, cabe decir que el concubinato bien se puede naturalizar como un acto jurídico de derecho familiar, lo cual resulta lógico si se tiene en mente que el acto jurídico es toda manifestación de la voluntad con intención de generar consecuencias jurídicas de derecho, sancionada por una norma jurídica.

No lleva consigo atrevimiento alguno aseverar que para la existencia del concubinato se requiere invariablemente la manifestación concurrente de la voluntad de un solo hombre y una sola mujer, que el fin de esta concurrencia de voluntades o consentimientos es la de hacer vida en común, de manera permanente, para constituir una familia, y que, por tanto, su objeto es el cúmulo de derechos y deberes que se generan para los concubinos, en cuanto a su persona y a la persona de sus hijos, amén de que la sanción normativa existe desde el momento en que, en forma asistemática, incompleta, pero expresa, el respectivo ordenamiento jurídico atribuye efectos de derecho a esta decisión y acuerdo de voluntades de la pareja heterosexual.⁷

Esta postura la adopta el *Código Familiar de Sonora* al definir la figura como la unión voluntaria de un hombre y una mujer, libres de impedimentos matrimoniales por vínculo no disuelto o por parentesco, con el *propósito*

⁷ **Flavio Galván Rivera**, *El concubinato actual en México*, ..., cit.

tácito de integrar una familia, el respeto recíproco y la mutua protección, así como la eventual perpetuación de la especie.

6.6 El concubinato como fuente de la familia

Las legislaciones de vanguardia sobre la naturaleza jurídica del concubinato coinciden en considerarlo al igual que el matrimonio, como una auténtica fuente de la familia, y por lo mismo, los efectos jurídicos para ambos serán los mismos. Esa misma línea sigue el *Código Civil para el Distrito Federal*:

Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables (art 291 ter, CCDF).

Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato (art 138 quintus, CCDF).

Con la misma intención de considerar al concubinato como fuente de la familia se declara la *Ley Familiar del Estado de Hidalgo*:

La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato (art 2o, LFH).

El concubinato se equipara al matrimonio, surtiendo todos los efectos legales de éste (art 145, LFH).

Por su parte, el *Código Familiar de Zacatecas* ordena que

... el Estado promoverá la organización social y económica de la familia, mediante el vínculo del matrimonio o del concubinato, al que se le reconoce como institución de derecho familiar (art 5o, CFZ).

En la República Mexicana es importante reconocer el paso determinante que han dado las legislaciones familiares avanzadas en la materia, pues asimilan el concubinato al matrimonio. Estos fundamentos legales y doctrinales nos permiten afirmar que el concubinato es una unión en ocasiones tan sólidamente constituida como el mismo matrimonio, constituyendo, al igual que éste, una auténtica fuente de la familia, por eso rechazamos la idea prejuiciosa de considerar a los concubinatos como uniones inmorales, carentes de dignidad y de principios éticos, porque precisamente *son preceptos de orden moral los que cumplen los concubinarios, pues se manifiestan como casados, sin serlo.*

Si se le otorga al concubinato el carácter de fuente familiar al igual que el matrimonio, necesariamente tendría que regularse de una manera integral, creándose una normatividad que determine las formas de constitución del concubinato; los efectos jurídicos en cuanto a los concubinarios y en relación con los hijos; la mancomunidad de los bienes adquiridos durante la vida en común; así como las posibles causas de disolución del concubinato y, en consecuencia, las precauciones que se deben tomar para efecto de asegurar la situación de la familia respecto a los alimentos, a la custodia y convivencia de los hijos, así como la forma de liquidar la mancomunidad de bienes, entre otras cuestiones.

6.7 Efectos jurídicos del concubinato con relación a los concubinos

Aun cuando no existe legislación expresa sobre la mayoría de estos efectos jurídicos, es innegable que existen, y si bien no comprenden obligaciones de orden jurídico, sí constituyen derechos-deberes de carácter ético, de orden natural por el tipo de relación, los cuales se infieren, se deducen, constituyendo incluso condiciones o requisitos para la existencia del concubinato. Concretamente, nos referimos a los derechos-deberes de cohabitación, de relación sexual, de fidelidad, de ayuda y socorro mutuos, los que, si bien no están expresamente ordenados en la mayoría de las legislaciones familiares del país, se desprenden de la propia naturaleza de la figura del concubinato, quedando su cumplimiento a merced de la idiosincrasia y de los usos sociales, que se traducen en derecho consuetudinario.

Un ejemplo de legislación lo encontramos en el *Código Familiar de Bolivia*, que contempla la fidelidad recíproca, la vida y asistencia en común y la relación sexual como efectos naturales del concubinato (art 161, *CFB*).

En la actualidad, en el Distrito Federal, si bien no existe una regulación integral y sistemática para la figura que ahora nos ocupa, sí se denota una mayor preocupación del legislador de tutelar los intereses de la familia generada en virtud del concubinato, creando un capítulo que comprende cuatro preceptos adicionado al *Código Civil*, y que a la letra dicen:

Artículo 291 bis. *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 periodo 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 periodo 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.

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

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

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

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

Con estas bases legales, podemos referirnos en seguida a los efectos de contenido económico.

Desglose de los efectos entre los concubinos. Derecho-deber de alimentos

Como ya se mencionó, en el *Distrito Federal* el concubinato genera entre los concubinarios derechos-deberes de alimentos cuando han vivido en común en forma constante y permanente por más de dos años o menos si han procreado un hijo.

Ahora bien, *ese derecho podrá hacerse valer durante el tiempo en que cohabitaron o dentro del año siguiente a la cesación del concubinato*, en el entendido de que la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento tiene derecho a una pensión alimentaria *por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. Este derecho deberá ejercitarse durante el año siguiente a la cesación de la vida en común* (art 291 quintus, CCDF).

Derecho comparado nacional

También encontramos preocupación sobre el tema en algunas otras legislaciones, como ocurre en *Zacatecas* y *Sonora*, cuyos ordenamientos se manifiestan claramente en favor de garantizar los derechos humanos de los miembros de las familias basadas en el concubinato.

El concubinario y la concubina se deben mutuamente alimentos en los mismos casos y proporciones que los señalados para los cónyuges, en consecuencia, tienen el derecho de preferencia que a los cónyuges concede la ley para el pago de alimentos (art 258, CFZ).

Cuando el deudor alimentario no estuviere presente o estándolo rehusare entregar lo necesario para los alimentos de los miembros de la familia, serán responsables de las deudas que éstos contraigan, pero sólo en la cuantía necesaria y siempre que no se trate de gastos de lujo (art 281, CFZ).

Al terminar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento tienen derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato (art 243, CFZ).

En contraste, el *Código Familiar de Sonora* de 2011 sólo concede pensión alimentaria por seis meses:

Una vez disuelto fácticamente el concubinato, el derecho a alimentos se prolongará únicamente por seis meses en favor del concubino que carezca de empleo o de bienes suficientes para alimentarse, y a cargo del otro, pero concluido este plazo, ninguna de las partes podrá exigirse alimentos, a menos que se haya pactado expresamente esta obligación por un tiempo mayor (art 195, CFS).

Es obvio que el tiempo establecido por el legislador de Sonora es insuficiente, sobre todo, si el concubinato se prolongó por varios años, de manera que la edad o la condición física, anímica o intelectual le impidan al concubino indefenso integrarse a una actividad productiva.

Sin embargo, esta reciente legislación contiene una interesante disposición que privilegia el derecho de alimentos de los miembros de la familia más desprotegidos:

Los bienes de los concubinos y sus productos, así como sus ingresos, quedan afectados preferentemente al pago de los alimentos. Para hacer efectivo este derecho, podrán los concubinos y los hijos procreados entre ellos, o sus representantes, pedir el aseguramiento de aquellos bienes (art 193, CFS).

Como se observa, algunas entidades federativas ya han modificado sus legislaciones familiares para evitar esa vulneración de derechos humanos en perjuicio del concubino afectado, e incluso de los hijos, por lo que el legislador mexicano debería seguir ese mismo criterio de avocarse a legislar en materia de concubinato regulándolo integral y sistemáticamente, pre-

viendo situaciones como la antes mencionada, pues en la actualidad el concubinato se encuentra en nuestro país prácticamente olvidado, por su escasa legislación dispersa en preceptos aislados e imprecisos.

En efecto, en la mayoría de las legislaciones el derecho-deber de alimentos entre concubinos sólo opera mientras subsiste ese estado de hecho, no existiendo obligación una vez terminado; el problema se presenta cuando una mujer que ha vivido en concubinato por tiempo prolongado de pronto es abandonada por su pareja, quedando la mujer y hasta los hijos vulnerables ante esta laguna de la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha intervenido para resolver sobre estas injusticias que ocurren con cierta frecuencia por no haber disposición expresa al respecto. En julio de 2012 dicho tribunal determinó categóricamente que *después de terminada su relación los exconcubinos tienen los mismos derechos a alimentos que los excónyuges*:

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió que los exconcubinos tienen derecho a alimentos después de terminada su relación, en los mismos términos que lo tienen los excónyuges (legislaciones de Tamaulipas, Guerrero y Distrito Federal). Al resolver la contradicción de tesis 148/2012, a propuesta del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. La Sala argumentó que *toda vez que el concubinato constituye una relación familiar, debe concluirse que los exconcubinos tienen derecho a una pensión alimenticia, y el deber de solidaridad que se deben los miembros que conformaron dicho grupo subsiste aún terminada la relación de concubinato*, en virtud de la imposibilidad del acreedor de allegarse alimentos por sí mismo.

Tesis de jurisprudencia 83/2012 (10ª), al mes de noviembre de 2012, aún sin publicar en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

La contradicción se dio entre dos tribunales que estaban en desacuerdo respecto a si los exconcubinos tienen derecho a alimentos después de terminada la relación de concubinato. Ahora bien, *en tanto que los citados códigos civiles, aplicados en los casos contendientes, no prevén disposición expresa para el trámite de los alimentos en caso de terminación del concubinato, los ministros señalaron que deberán aplicarse las reglas generales que regulan dicha institución alimentaria, así como los requisitos y límites que se establecen en el caso del divorcio*. Así, agregaron, para la procedencia de la pensión alimentaria entre exconcubinos deberá atenderse a la capacidad para trabajar del acreedor alimentario, la duración de la relación, así como su situación económica. Este derecho subsistirá en tanto el acreedor no contraiga nupcias o se una en concubinato con otra persona.

Sin embargo, para no tener que recurrir a jurisprudencia es menester que se legisle expresamente al respecto, y aunque lo idóneo sería mediante un código familiar federal, de manera que en todo el país se privilegiaran los delicados intereses familiares, esto no ocurrirá si se les sigue permitiendo a los estados de la Federación legislar sobre relaciones familiares, pues siempre habrá algunos legisladores que incumplan con estas obligaciones; sin embargo, para brindar una solución a corto plazo, bastará que se regule al concubinato de una manera integral en el propio *Código Civil para el Distrito Federal*, en forma similar al matrimonio, debiéndose crear todo un apartado para el concubinato, con los capítulos necesarios para proteger cabalmente esa fuente de la familia, contribuyendo con al fortalecimiento de la misma, por constituir el núcleo de la sociedad.

Derecho comparado

Efectos de fidelidad, asistencia y cooperación. *Código Civil de Bolivia*

Una normatividad muy singular y digna de reflexión se encuentra en el *Código Civil de Bolivia*, el cual establece que la fidelidad, la asistencia y la cooperación son deberes recíprocos de los convivientes (concubinos), por ende, la infidelidad es causa que justifica la ruptura de la unión, a no ser que haya habido cohabitación después de conocida. La asistencia y cooperación proporcionadas por uno de los convivientes al otro no se encuentran sujetas a restitución o retribución alguna y se consideran deberes inherentes a la unión (art 161, CCB). Es decir, *en la legislación de Bolivia los deberes de fidelidad, asistencia y cooperación surgen en forma natural en el concubinato y son recíprocos entre los concubinarios.*

Cuando hay uniones libres sucesivas, dotadas de estabilidad y singularidad, se puede determinar el periodo de duración de cada una de ellas y atribuírseles los efectos que les corresponden (art 171, CCB).

En la legislación comentada se aclara que *no producen los efectos anteriormente reconocidos las uniones inestables y plurales, así como las que no reúnen los requisitos que marca la ley para que exista concubinato.* Sin embargo, en este último caso, pueden ser invocados dichos efectos por los convivientes, cuando ambos estuvieron de buena fe, y aun por uno de ellos, si sólo hubo buena fe de su parte, pero no por el otro. En otro sentido, queda siempre a salvo el derecho de los hijos (art 172, CCB).

La normatividad citada coincide en que los concubinos adquieren todos los derechos y deberes de los casados, por lo cual *el concubinato supone la*

fidelidad recíproca, la vida, la asistencia en común y la relación sexual, así como el deber mutuo de alimentos. Igual obligación tendrán ambos de vivir juntos en el domicilio prefijado de común acuerdo. En síntesis, *los derechos y obligaciones en el concubinato serán siempre iguales para los concubinarios, e independientes de su aportación económica*, pues *el trabajo realizado en el hogar por uno de los concubinarios* tendrá el valor equivalente a lo que en dinero entregue como gasto diario el otro, lo cual *se considerará como aportación en numerario* al sostenimiento de la familia al igual que en el matrimonio.

Por último, esta legislación establece la similitud de los efectos del concubinato con respecto al matrimonio, tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales, preceptuando que *a las uniones de hecho se les podrán aplicar las mismas regulaciones y efectos del matrimonio* (art 159, CCB).

6.8 Efectos jurídicos con relación a los hijos. **Código Civil para el Distrito Federal**

6.8.1 Alimentos y formación integral

Los padres y demás ascendientes tienen el deber jurídico de otorgar alimentos a los hijos y demás descendientes en virtud del vínculo jurídico de la filiación y no en razón del concubinato. Por lo cual el derecho de alimentos de los descendientes no depende del estado civil de los padres, poco importa si éstos se encuentran solteros, casados, viudos, divorciados, separados o viviendo en concubinato, lo que interesa al derecho es el vínculo jurídico de la filiación, es decir, la relación de hijo y padre.

Derecho comparado nacional

Ahora bien, la equiparación absoluta del concubinato al matrimonio conlleva el deber jurídico de los concubinos de contribuir con todo lo inherente al sostenimiento del hogar y a la formación y educación de los hijos en proporción a sus recursos económicos y personales; de manera que es responsabilidad de ambos hacerse cargo del quehacer doméstico y demás requerimientos de la familia. Obviamente, no estará obligado a contribuir económicamente el concubino que careciendo de recursos se dedique al hogar, así lo manifiesta acertadamente el *Código Familiar de Sonora* en su art 194:

No estará obligado a contribuir económicamente el concubino que se encuentre imposibilitado para trabajar o careciere de bienes propios, ni tampoco el que, por convenio expreso o tácito, se ocupe íntegramente del cuidado del hogar o de la atención de los hijos menores, caso en el cual el otro concubino responderá íntegramente del sostenimiento de la familia.

6.8.2 Presunción legal de filiación

Como ya se ha mencionado, el legislador busca darle a los hijos de concubinato las mismas oportunidades de vida familiar que a los hijos de matrimonio, por lo cual, el *Código Civil para el Distrito Federal regula la presunción legal de filiación*, que favorece a los hijos de estas uniones estables.

Efectivamente, el art 383 del *Código Civil para el Distrito Federal* —consagrando el mismo precepto que el art 324, que regula la presunción legal de hijos de los cónyuges— establece lo siguiente:

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.*

La única legislación familiar en la República que sigue este criterio es la de Zacatecas: “Se presumen hijos de los concubinos: los nacidos en cualquier momento desde que inició la vida en común” (art 305, *CFZ*). El resto de las legislaciones prefiere establecer la presunción de hijos de concubinato a los nacidos después de 180 días contados desde que empezó el concubinato.

Estos dos Ordenamientos, se manifiestan radicalmente en favor de los hijos habidos fuera de matrimonio, al establecer la presunción de paternidad cuando el hijo naciere en cualquier momento desde que se inició la vida en común.

6.8.3 La adopción en el concubinato

Respecto a la posibilidad de que los concubinarios puedan adoptar, la mayoría de los cuerpos legales que fundamentan esta investigación no la permiten, a excepción del Distrito Federal y de los estados de Sonora e Hidalgo, postura que se encuentra justificada si se considera al concubinato como una relación estable entre dos personas de distinto sexo, libres de matrimonio, que se

dan trato y fama de cónyuges en forma permanente y continua; por lo cual no hay justificación para impedir que se efectúe la adopción por concubinos, razón de más si en el Distrito Federal se permite la adopción entre parejas homosexuales que han celebrado matrimonio.

Derecho comparado nacional

Como ya se mencionó, el *Código Familiar de Sonora* de 2011 permite la adopción efectuada por concubinos y prevé la terminación del concubinato estableciendo medidas en favor de los hijos adoptivos: “Los cónyuges o los concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo. *En el caso de disolución del vínculo concubinario, los hijos menores de siete años permanecerán con la madre, en los mismos términos que en la nulidad de matrimonio y el divorcio, debiendo plantearse, por vía judicial, un régimen de visita que garantice la adecuada comunicación del otro padre con su hijo adoptivo y el pleno ejercicio de sus derechos*” (art 276, CFS).

6.9 Efectos jurídicos en cuanto a los bienes y a las sucesiones

Respecto a esta materia, en el *Código Civil para el Distrito Federal* no se puede hablar de regímenes en cuanto a los bienes de los concubinarios adquiridos durante ese estado de hecho; de manera que los bienes que adquiera cada concubinario le corresponderán al adquirente en propiedad, usufructo y administración. Esta situación dista mucho de ser justa, pues indudablemente que la adquisición de ese patrimonio fue resultado del esfuerzo común de la pareja, por lo cual se justifica la necesidad de regular el concubinato en cuanto a los bienes, estimando como sistema idóneo el régimen de mancomunidad de bienes. De esta forma, los que se adquieran durante la unión les deberán corresponder a ambos, independientemente de su aportación y del nombre que figure en el título de propiedad.

Esta propuesta la sigue el *Código Familiar de Sonora*, advirtiéndose con ello un claro sentido de la realidad mexicana: “A falta de convenio, los bienes adquiridos durante la vida en común, después de cumplido el término o la condición del concubinato, *se regirán por las reglas supletorias de la sociedad conyugal, incluyendo su liquidación unilateral sin expresión de causa*. El concubino abandonado o el que abandone por causa justificada podrá solicitar la liquidación de la sociedad, siempre que hubiese participado económica-

mente en su constitución o se haya ocupado íntegramente de la atención de los hijos o del cuidado del hogar” (art 199, *CFS*). Así se manifiestan las legislaciones nacionales y extranjeras más progresistas en materia familiar.

Siguiendo esta línea, la legislación del estado de Guerrero establece que:

*Cuando durante la relación del concubinato, el concubinario o concubinaria adquiera en propiedad un bien para el beneficio y uso de la familia se entenderá como la formación y administración de un patrimonio común, rigiéndose el mismo por las disposiciones establecidas para el régimen de sociedad conyugal” [art 450 bis (adicionado en noviembre de 1999), *CCG*].*

El *Código Familiar de Zacatecas* sigue la misma tendencia: “Salvo pacto en contrario, los cónyuges y concubinos tienen derecho en igual proporción a los gananciales del matrimonio según se establece en este capítulo” (art 138, *CFZ*).

Asimismo, el citado ordenamiento, en su art 139 establece lo siguiente:

Se llaman gananciales matrimoniales o concubinarios a los frutos y provechos que se obtienen con el esfuerzo común de los cónyuges o concubinos en la administración de los bienes comunes o personales, que sirven para el sostenimiento del hogar y cuidado y educación de los hijos, sin perjuicio de que la propiedad y posesión de tales bienes la conserve quien tiene derecho a ello.

Y en el art 140 determina que *la comunidad de gananciales empieza el día en que se celebre el matrimonio o se inicie el concubinato, salvo convenio en contrario.*

Derecho comparado internacional

Esta postura de privilegiar el interés familiar es original de legislaciones latinoamericanas que antecedieron a las nuestras. Al respecto, el art 119 del *Código Familiar de El Salvador* de 1993 establece que los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los convivientes o concubinarios durante la unión y sus frutos, así como los que produjeren los bienes que tenía cada uno a la iniciación de la unión, se regirán por *las reglas del régimen de la participación en las ganancias*.

Para esa legislación, la sentencia declarativa de la unión no matrimonial tiene como efecto jurídico que los bienes adquiridos por los convivientes (antes o durante la unión), así como sus frutos, estarán sujetos al régimen de participación en las ganancias de la misma forma que si fueren cónyuges (art 124).

El *Código Civil Peruano* de 1984 de manera acertada determina que la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una

mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio origina una sociedad de bienes que se sujeta al *régimen de sociedad de gananciales*, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos (art 360).

Por su parte, el *Código Civil de Bolivia* de 1988 establece que son bienes comunes de los convivientes (concubinos) y se dividen por igual entre ellos o sus herederos, cuando la unión termina, los bienes ganados por el trabajo personal o el esfuerzo común y los frutos que los mismos producen, así como los bienes adquiridos por permuta por otro bien común o por compra con fondos comunes y los productos del azar o la fortuna (art 162). Estos bienes comunes estarán destinados a la satisfacción de las necesidades de los convivientes, así como al mantenimiento y educación de los hijos (art 163).

Estos fundamentos legales y de orden ético nos permiten insistir en la necesidad de implementar en México, en especial, en el Distrito Federal, la mancomunidad de bienes en ausencia de convenio, a semejanza del Código Familiar de Sonora.

Postura de los tribunales de la Federación en lo referente a la liquidación de los bienes adquiridos durante el concubinato por terminación de éste

En los últimos años, en el Distrito Federal, resulta muy interesante la manera como han resuelto los Tribunales de la Federación lo referente a la liquidación de los bienes que se adquirieron durante el concubinato por terminación de éste, es decir, a falta de ley expresa, estos altos tribunales han buscado dar solución a este grave problema de injusticia familiar.

Concubinato. La inexistencia de un régimen patrimonial no impide la liquidación de los bienes y derechos adquiridos por el trabajo común de los concubinos, mediante las reglas de la sociedad civil. Cuando la pretensión de la liquidación de bienes y derechos surgidos durante el concubinato descansa sobre la base de que su adquisición fue el resultado del trabajo común de ambos concubinos, la decisión respectiva debe emitirse sobre la base de las reglas generales de la sociedad civil. La ley no establece un régimen patrimonial en el concubinato; sin embargo, en conformidad con los artículos 18 y 19 del *Código Civil* y 2o. del *Código de Procedimientos Civiles*, ambos ordenamientos para el Distrito Federal, **los Tribunales no deben dejar de resolver las controversias sometidas a su consideración ni aun ante el silencio o insuficiencia de la ley, antes bien debe emitir decisión conforme a la letra de ésta o a su interpretación jurídica, y a falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho, con tal de que el**

actor determine con claridad la clase de prestación que exija del demandado y el título o causa de la petición. Con apoyo a lo anterior, es posible resolver que cuando cualquiera de los concubinos demanda la liquidación de los bienes adquiridos mientras duró tal convivencia **y apoya a su pretensión en que el acervo que pretende liquidar es resultado del trabajo común de ambos concubinos**, tal petición se refiere, en realidad, a **la liquidación de una sociedad civil de hecho**. Sobre estas bases, si bien la ley no prevé un régimen patrimonial en el concubinato, **es válido afirmar que entre concubina y concubinario surge, de hecho, una sociedad de esta naturaleza cuando existe entre ellos el acuerdo de voluntades que no necesariamente debe ser expreso, pues es admisible el consentimiento tácito** (Artículo 1803 del *Código Civil para el Distrito Federal*) por virtud del cual, en atención a la naturaleza de esa relación, como institución de derecho familiar, **convinieron en combinar sus recursos y sus esfuerzos para lograr la realización de un fin común**, a saber: la constitución de un núcleo familiar, cuyo trabajo conjunto tiene la finalidad de sufragar las necesidades de sus integrantes. De esta manera, dentro del concubinato se forma la sociedad civil de hecho definida en el artículo 2688 del *Código Civil para el Distrito Federal*, respecto de la cual han de aplicarse las disposiciones que rigen a dicha sociedad. Por ende, ningún impedimento existe para llevar a cabo su disolución y ulterior liquidación en conformidad con lo dispuesto en el artículo 2691 del propio *Código Civil*.

Registro núm. 168971, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, septiembre de 2008, pág. 1219. Tesis 1.4o. C. Tesis aislada.

Conclusión. Para no tener que recurrir a criterios de tesis jurisprudenciales es importante regular las causas de terminación y disolución del concubinato, así como prever lo relativo a los bienes adquiridos durante esa relación. Al respecto, ratificamos la necesidad de instituir la mancomunidad de bienes entre los concubinarios para que a la terminación o, en su caso, disolución de la vida en común, puedan liquidar la mancomunidad de bienes y, en su momento, repartirse el remanente como si fueran cónyuges. Esta postura, como ya se mencionó, la siguen las legislaciones familiares de Sonora, Hidalgo, Guerrero y Zacatecas, así como la mayoría de las latinoamericanas.

6.9.1 Derecho a heredar en sucesión legítima. ***Código Civil para el Distrito Federal***

El concubinato genera entre los concubinos el derecho a heredar en sucesión intestamentaria o legítima en forma recíproca, en la misma proporción que si fueran cónyuges, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión de cónyuge, siempre que reúnan los requisitos legales del concubinato

(art 1635, *CCDF*), es decir, que el concubinario supérstite haya vivido con el autor de la herencia por un periodo mínimo de dos años anteriores a su muerte en forma constante y permanente (art 1635). Este derecho podrá ejercerse únicamente durante el año siguiente a la cesación del concubinato, refiriéndose a partir de la fecha de la muerte del *de cujus* (art 291 *quintus, in fine*). Postura semejante siguen los códigos familiares de Coahuila y Zacatecas.

Ahora bien, ocurre con frecuencia que los descendientes del autor de la herencia para evitar que herede como concubina la mujer que ha cohabitado con el padre por tiempo prolongado, poco antes de su muerte los separan, como medida de dar por terminada la relación y que pierda la concubina el derecho a heredar, quedando en absoluto estado de indefensión. La mencionada situación a pesar de su injusticia no está prevista ni en la legislación ni en la jurisprudencia.

6.9.2 Testamento inoficioso por omitirse la pensión alimentaria

Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimentaria a sus dependientes económicos (art 1374, *CCDF*), es decir, 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 de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido para trabajar y no tengan bienes suficientes.

Ahora bien, 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 (art 1368, *CCDF*).

El mismo criterio asumen la *Ley Familiar de Hidalgo* y el *Código Familiar de Zacatecas*, el cual agrega acertadamente que la obligación de dar alimentos no se extingue por la muerte; en consecuencia, el testador debe dejar alimentos a los que dependían de él en vida, como es el caso del concubinario supérstite (art 571, *CFZ*); en el entendido de que si éste fue beneficiado en sucesión testamentaria, se estará a lo dispuesto por el *de cujus* en el testamento.

6.9.3 Indemnización por daños y perjuicios (Distrito Federal)

El concubinario que haya actuado de buena fe porque desconociera que el otro tuviera otras relaciones o estados de hecho similares en el tiempo en que hacían vida en común, tendrá derecho a exigir una indemnización, la cual podrá ejercitar únicamente dentro del año siguiente a aquel en que haya cesado su relación:

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 (art 291 bis, CCDF).

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato (art 291 quintus, CCDF).

6.10 Otros efectos jurídicos del concubinato

En la *legislación de los estados de Coahuila y Zacatecas* se establecen otros interesantes efectos que tienen en cuenta los avances de los conocimientos científicos. Por ejemplo:

Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles (art 483, CCEC).

El concubinario que prestó su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación está obligado a reconocer la paternidad del hijo resultante de dicho tratamiento (art 486, CCEC).

La concubina no tiene derecho a usar el apellido del concubinario, aun cuando los hijos lleven el apellido de ambos (art 244, CFZ).

6.11 Causas de terminación y disolución del concubinato

El *Código Civil para el Distrito Federal* no regula las causas de terminación o disolución del concubinato, sino sólo hace referencia a sus efectos jurídicos:

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 (art 291 quintus, CCDF).

El *Código Familiar de Zacatecas* sigue el mismo criterio, agregando únicamente que en caso de terminación de la convivencia podrán acudir a la instancia de mediación del Poder Judicial del estado para convenirlos. “El derecho que otorga este artículo prescribirá en un año, contado a partir de la terminación del concubinato” (art 243).

La *Ley para la Familia de Hidalgo* reglamenta de manera más específica la terminación y la disolución de la vida en común, pues establece distintas formas de terminación y otras de disolución del concubinato.

Causas de terminación del concubinato (art 146, LFH):

- I. *El mutuo consentimiento de las partes. En este caso deberán presentar al juez familiar un convenio que comprenda los mismos aspectos del divorcio voluntario.*
- II. *La muerte de alguno de los concubinos.*
- III. *El abandono de un concubino a otro por el término de seis meses consecutivos sin causa justificada, siempre que no tuvieren hijos.*

Ahora bien, terminado el concubinato se procederá a la liquidación de la mancomunidad de bienes, en la misma forma de liquidación de la sociedad conyugal en el matrimonio.

Derecho comparado internacional

Con relación a otras legislaciones latinoamericanas, haremos referencia únicamente a lo significativo en cuanto a la protección del concubinario sin recursos, en el caso de que el concubinato termine por decisión unilateral del otro.

- Perú:

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales (art 326, CCP).

- Bolivia:

En caso de ruptura unilateral, el otro conviviente (concubino) puede pedir inmediatamente la división de los bienes comunes y la entrega de la parte que le corresponde, y si no hay infidelidad u otra culpa grave de su parte, puede

obtener, careciendo de medios suficientes para subsistir, se le fije una pensión de asistencia para sí y, en todo caso, para los hijos que queden bajo su guarda. En particular, si la ruptura se realiza con el propósito de contraer enlace con tercera persona, el conviviente abandonado puede oponerse al matrimonio y exigir que previamente se provea a los puntos anteriormente referidos. Salvo, en todos los casos, los arreglos precisos que con intervención fiscal haga el autor de la ruptura, sometiéndolos a la aprobación del juez (art 169, CCB).

- Panamá:

En caso de disolverse la unión de hecho, aunque no haya sido reconocida legalmente como matrimonio, a pesar de haber vivido la pareja en condiciones de singularidad y estabilidad por cinco años consecutivos, le corresponderá, a cada uno de los miembros de dicha unión, la mitad de los bienes y frutos de éstos, adquiridos a título oneroso por cualquiera de ellos dentro del término de la unión (art 59, CFP).

Caducidad de la acción

Las únicas legislaciones en el país que hacen referencia al tiempo de caducidad son la del *Distrito Federal* y la de *Zacatecas*; un país latinoamericano que regula lo relativo es *El Salvador*:

Los derechos que otorga el concubinato podrán ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato (art 291 quintus, CCDF).

El derecho que otorga este estado de hecho prescribirá en un año, contado a partir de la terminación del concubinato (art 243, CFZ).

La declaratoria de existencia de la unión no matrimonial deberá pedirse dentro del año siguiente contado a partir de la fecha de ruptura de la misma o del fallecimiento de uno de los convivientes, so pena de caducidad, esta acción podrá ser entablada por cualquiera de los convivientes o sus herederos (art 125, CFES).

6.12 Posición ideológica respecto al concubinato como fuente de la familia

El concubinato, como realidad social generalizada, origen de muchas familias mexicanas, no se debe soslayar. El reconocerlo y aceptarlo han sido las posturas de vanguardia en la doctrina contemporánea y en las últimas legislaciones civiles y familiares latinoamericanas que se han ocupado de su estudio, reflexión y regulación, para garantizar una mejor estabilidad y organización a la familia.

Por los anteriores argumentos, si bien reconocemos el espíritu del legislador en su intención de proteger a las familias fundadas en el concubinato, pensamos que el sistema disperso seguido por la legislación de la mayoría de las entidades federativas no es el adecuado. *La familia y sus fuentes deben ser tratadas de una manera integral, por lo cual, la tarea legislativa en este renglón debe continuar, en el sentido de ordenar y sistematizar estas normas a fin de precisar el concepto de concubinato, las condiciones de existencia del mismo, los derechos y deberes entre los concubinos, la duración de la unión, así como las medidas precautorias que se deben tomar en caso de separación de uno de los concubinos para asegurar los alimentos de la familia, así como la situación jurídica en que quedarán los hijos y los bienes adquiridos durante la vida en común.*

Igualmente es recomendable reglamentar el destino de los bienes que se adquieran durante el concubinato con esfuerzo compartido, instituyéndose el régimen de mancomunidad de bienes, para lo cual se requiere crear para el concubinato, como lo tiene el matrimonio, todo un apartado con los capítulos necesarios para proteger cabalmente esa fuente de la familia. Atendiendo a la realidad mexicana, es digna de reflexión la posibilidad de que las relaciones familiares, dada su importancia y trascendencia para la misma sociedad, se regulen en una legislación familiar de orden federal, de manera que en todo el país se privilegien los delicados intereses de las familias fundadas en el concubinato.

UNIDAD 7

El parentesco como fuente de la familia

Regulación jurídica: arts 292-300 del CCDF

Concepto	{ Constituye la relación jurídica entre dos personas en virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, que origina de una manera constante y permanente consecuencias jurídicas.
Fuentes	{ • La procreación mediante el reconocimiento origina entre padres e hijos un vínculo llamado <i>filiación</i>, y ésta, a su vez, determina el <i>parentesco consanguíneo</i> entre el hijo y toda la familia (paterna y materna) de sus progenitores. • El matrimonio crea el parentesco por afinidad entre uno de los casados y la familia del otro. Entre casados no hay parentesco. • La adopción crea el parentesco civil entre el adoptado y toda la familia del o los adoptantes en la adopción plena.
Clases	{ • <i>Parentesco consanguíneo</i>: es la relación jurídica existente entre personas que descienden unas de otras o que reconocen un mismo antepasado común. • <i>Parentesco por afinidad</i>: lo origina el matrimonio y se establece entre uno de los casados y los parientes del otro. • <i>Parentesco civil</i>: nace con el acto jurídico de la adopción originándose entre adoptante y adoptado los mismos efectos de la filiación, ampliándose el parentesco civil hacia la familia del adoptante en el caso de la <i>adopción plena</i>.

Líneas y grados en el parentesco consanguíneo

- En *línea recta*: cada generación forma un grado y la serie de grados constituye la línea de parentesco.
- En *línea transversal*: los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y bajando por la otra hasta llegar a la persona con la que se quiere establecer el parentesco.

Líneas	<i>Recta</i>: se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras.	— Ascendente: es lo que liga a una persona con su progenitor. — Descendente: es lo que liga al progenitor con los que de él proceden.
	<i>Transversal o colateral</i>: se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras provienen de un mismo progenitor.	— Igual: tiene lugar cuando los parientes están en el mismo grado o distancia respecto al tronco común. — Desigual: existe cuando los parientes se encuentran en distintos grados o distancia con relación al tronco común.
Efectos jurídicos	• Parentesco consanguíneo: — Derecho a alimentos con la obligación correlativa de otorgarlos, en línea recta sin límite de grado y en la colateral hasta el cuarto. — Derecho a heredar por sucesión legítima, en línea recta sin límite de grado y en la colateral hasta el cuarto grado. — Incapacidad para contraer matrimonio, en línea recta sin límite de grado y en la colateral hasta el tercer grado. El último puede ser dispensado. — Ejercicio de la tutela legítima cuando no hay tutor testamentario.	
	• Parentesco de afinidad: — Incapacidad para contraer matrimonio entre los parientes en línea recta ascendente o descendente.	
	• Parentesco civil: — Se origina por la <i>adopción plena</i>.	- El hijo adoptivo se integra totalmente a la familia del adoptante, convirtiéndose en pariente de toda esa familia, con efectos jurídicos iguales a los correspondientes a un hijo biológico. - En el Distrito Federal únicamente existe adopción plena.

7.1 Introducción

Afirmar que el matrimonio es la única base en que descansa la familia es olvidar a las millones de parejas que no lo han contraído y han tenido descendencia, manteniéndose unidas en virtud de la filiación, del parentesco y del amor entre los miembros de la familia. Con base en esta realidad, los autores contemporáneos coinciden en que la fuente por excelencia de la familia es el hecho biológico de la procreación; por ende, lo que le interesa al derecho es recoger esos acontecimientos naturales para regularlos y darles protección jurídica, sobre todo, a los miembros más indefensos de la familia.

En efecto, es precisamente al derecho al que le corresponde ordenar las distintas relaciones que originan una familia, como son la relación conyugal, el concubinato, la relación paterno-filial, la originada por el parentesco consanguíneo o por la adopción, estableciendo deberes y derechos jurídicos según la índole de la relación. Surge entonces la figura del matrimonio como fuente primaria de la familia y, paralelamente, otra relación estable: el concubinato.

Ahora bien, como resultado de la procreación se crean también una serie de vínculos entre los distintos sujetos que descienden de un mismo progenitor, originándose entonces las figuras de la filiación y del parentesco con los derechos y deberes inherentes entre las personas ligadas por esos vínculos.

En el entendido de que las fuentes de la familia las forman el matrimonio, el concubinato, la filiación y el parentesco, iniciaremos un breve estudio de cada figura, proponiendo de antemano que la futura legislación familiar de cada estado inicie con un primer precepto que defina a la familia y a sus fuentes, incluyendo al concubinato como realidad que no podemos soslayar.

7.2 El parentesco. Concepto

La familia es un agregado social constituido por personas ligadas por el vínculo del parentesco. Este último se presenta en el curso de la historia adoptando formas muy diferentes, que no son del caso estudiar en este trabajo; no obstante, podemos afirmar que el ámbito de la familia moderna es más reducido que el que tuvo en la antigüedad, pues en sentido estricto la familia de la actualidad está compuesta por el conjunto de parientes que viven en el mismo hogar, si bien en un sentido más amplio comprende a los más lejanos que proceden de un mismo tronco común.

El primer vínculo o relación familiar lo encontramos en la unión jurídica de dos personas mediante el matrimonio o una relación permanente: el concubinato. De esas uniones estables surge la procreación, la cual originará el parentesco consanguíneo. En efecto, el parentesco más cercano, el original, es el que existe entre el hijo y sus padres; esta relación recibe el nombre de *filiación*.

En virtud de este vínculo natural entre las personas surge el parentesco consanguíneo entre descendientes y todos los miembros de la familia por

línea paterna o materna, por provenir de un mismo tronco o antepasado común. Entonces, la fuente original del parentesco consanguíneo la encontramos en la procreación. Ahora bien, el derecho ha creado otros vínculos jurídicos cuyas fuentes son el matrimonio y la adopción originándose así dos parentescos legales: el de afinidad y el civil.

En virtud de estos tres tipos de parentesco que reconoce la legislación se puede definir al parentesco como la relación jurídica establecida entre personas en virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, que origina de una manera constante y permanente un conjunto de consecuencias jurídicas de orden patrimonial y personal.

7.2.1 Clases de parentesco

- El parentesco consanguíneo comprende la relación jurídica que existe entre personas que descienden unas de otras o que reconocen un mismo antepasado común.
- El parentesco civil surge con la adopción, y se establece entre el adoptante y su familia con el adoptado, con los mismos efectos que el parentesco consanguíneo.
- El parentesco por afinidad se establece entre uno de los cónyuges con la familia en línea recta ascendente o descendente del otro.

7.2.2 Parentesco consanguíneo. Concepto

El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. Este parentesco también se da entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que haya procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitor. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida (art 293, *CCDF*).

Por lo general, se reconocen como parte de la familia a parientes muy lejanos; así, se habla de primos segundos o de más lejanos grados. No obstante, es bien sabido que los lazos de afecto y acercamiento se debilitan a medida que el parentesco se hace más separado y aunque moralmente consentimos en admitir como familia a aquellas personas, el derecho, por la gran trascendencia de sus efectos, sólo considera como parientes a los que provienen unos de otros en forma directa sin límite de grado y a aquellos que sin provenir unos de otros sí descienden de un mismo tronco o ante-

pasado hasta el cuarto grado, desvinculando jurídicamente a las personas que no se encuentran en esos supuestos.

Derecho comparado. El parentesco en la fecundación asistida

El *Código Familiar de Sonora* determina que el parentesco puede ser consanguíneo, por afinidad y voluntario, es decir, esta legislación difiere de la del Distrito Federal, la cual considera a los hijos producto de fecundación asistida como hijos consanguíneos, en contraste con el *Código de Sonora*, que instituye una nueva clase de parentesco, que denomina *voluntario*, asimilando a éste a los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

El parentesco voluntario es el que nace:

- a) De la adopción.
- b) Del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos.
- c) Del acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados lícitamente por sus padres, siempre que la relación se prolongue por más de un año con todas las características y fines de la relación paterno-filial (art 206, *CFS*).

En el caso de los menores abandonados o entregados lícitamente por sus padres, para que se establezca el parentesco voluntario entre el acogiente y el menor, será necesario que, en su caso, se declare la pérdida de la patria potestad de quienes la ejerzan (art 206, *CFS*).

Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.

El consentimiento de los cónyuges o concubinos equivaldrá a la cohabitación para efectos de la paternidad y serán considerados padres biológicos del hijo engendrado a través de dichas técnicas, para todos los efectos legales, excluyendo cualquier derecho u obligación del donante (art 207, *CFS*).

La autorización para la reproducción asistida, admitiendo la paternidad o maternidad del producto, puede hacerse ante el director de la clínica o centro hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos (art 208, *CFS*).

Su utilidad en actos civiles, familiares y hereditarios (efectos jurídicos)

Los efectos jurídicos se traducen en derechos y deberes; ahora bien, también pueden implicar una prohibición, por ejemplo, impedimento para contraer matrimonio.

Cabe hacer notar que los efectos jurídicos pueden tener apreciación pecuniaria, o bien, pueden consistir en derechos o deberes no apreciables en dinero.

Los efectos de contenido económico los comprenden los alimentos y la herencia legítima. Las consecuencias no valorables en dinero serán, en todo caso, el reconocimiento de un hijo, la transmisión del nombre, el ejercicio de la patria potestad y de la tutela legítima, así como los impedimentos para contraer matrimonio; aclarando que los dos primeros, es decir, los alimentos y la herencia legítima son deberes recíprocos entre parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado y en línea colateral hasta el cuarto grado; el tercero y el cuarto efecto (el reconocimiento y la transmisión del nombre), se ejercen por padres sobre hijos. La patria potestad se ejerce por padres y en su ausencia por los abuelos, y los últimos efectos son prohibiciones para casarse que se dan entre parientes en línea recta sin límite de grado y en la transversal o colateral hasta el tercer grado. No obstante, la legislación civil admite la posibilidad de que este grado pueda ser dispensado por causas graves, como sería el caso de que tío y sobrina hayan concebido un hijo; sería una incongruencia que se les impidiera contraer matrimonio.

7.2.3 Parentesco por afinidad. Efectos jurídicos

Este parentesco lo origina un matrimonio y se establece entre uno de los casados con los parientes del otro. El común de la gente los llaman *parientes políticos*, e incluso los parientes de uno y otro de los cónyuges se dan el trato de familiares, por ejemplo, los llamados consuegros. Sin embargo, ya hemos aclarado que el parentesco sólo existe entre uno de los esposos y la familia del otro únicamente en línea recta, en consecuencia, entre parientes de uno y otro no existe vínculo jurídico alguno. Es oportuno advertir también que los esposos no son parientes, están vinculados jurídicamente, pero no por parentesco, sino por el matrimonio. En virtud de éste se genera una serie de consecuencias jurídicas, sin que signifique que se haya establecido entre ellos parentesco alguno. Se puede afirmar, en todo caso, que en razón de ese matrimonio se inicia la constitución de una familia, y ambos serán el tronco común de toda su descendencia.

En el *Código Civil para el Distrito Federal* la única consecuencia jurídica que produce este parentesco consiste en la prohibición o impedimento para contraer matrimonio entre los que fueron afines en línea recta sin límite de grado (art 156, fracc IV), es decir, si el matrimonio que produjo el parentesco por afinidad se disuelve por muerte, divorcio o nulidad de matrimonio, los que fueron parientes afines no podrán casarse. Pero por razones de orden jurídico, el legislador tuvo en cuenta principios de carácter ético, pues a pesar de que dicho parentesco desaparece con la disolución del matrimonio, el impedimento para contraer nupcias subsiste entre los que fueron afines. Seguramente, tal determinación fue para evitar el caso de que el abuelo se pudiera convertir en un momento dado en padre o el padrastro en esposo.

La tendencia en esta materia es regular el concubinato en forma similar al matrimonio, el cual determina el parentesco por afinidad entre uno de los casados con la familia del otro, de manera que el concubinato debe producir el mismo parentesco entre uno de los concubinarios y los parientes del otro. Este sistema lo siguen los *códigos de Tlaxcala y Puebla*.

Derecho comparado

Al respecto, el *Código Civil de Zacatecas* en su art 248 determina:

Se asimila el parentesco por afinidad la relación que resulta del concubinato entre el concubinario y los parientes de la concubina y entre los parientes de éste con aquélla. Esta asimilación sólo comprende los parientes consanguíneos en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grado, y su único efecto es constituir un impedimento para el matrimonio.

Por su parte, el art 139 del *Código Civil de Tlaxcala* señala:

La ley asimila al parentesco por afinidad la relación que resulta por virtud del concubinato, entre el concubinario y los parientes de la concubina y entre los parientes de ésta y aquél. Esta asimilación sólo comprende a los parientes afines en línea recta, ascendente o descendente, sin limitación de grado, y su único efecto es constituir un impedimento para el matrimonio en términos de la fracción V del artículo 43.

El art 27, segundo párrafo del *Código Civil de Puebla* determina que “la familia la forman las personas que están unidas por matrimonio o concubinato o por lazos de parentesco de consanguinidad, de afinidad o civil, habitan una misma casa y tengan por ley o voluntariamente unidad en la administración del hogar”.

En cuanto a los efectos patrimoniales en este tipo de parentesco no existen en la mayoría de las legislaciones, de tal manera que los parientes afines no tienen el derecho de exigir alimentos y, por ende, tampoco la obligación de otorgarlos. De igual forma, no gozan de la facultad de heredar en sucesión legítima. Estos efectos patrimoniales sí se producen en otras legislaciones, como la del estado de Hidalgo, donde los afines gozan del derecho a alimentos. ¿Qué sistema es el adecuado atendiendo a nuestra realidad social? Es común encontrar en innumerables familias mexicanas al suegro o suegra integrado a la familia de uno de los hijos, bien en razón de edad avanzada o por economía precaria; también es frecuente observar a los hijastros viviendo en casa de sus padrastros, y al lado de uno de sus padres. Éstas son situaciones que de hecho se viven en cualquier medio social; sin embargo, tal realidad no la prevé la legislación, de tal manera que lo que se está cumpliendo en estos casos son obligaciones de orden ético y no jurídico; por lo cual, si el pariente por afinidad sostén del hogar se niega a proporcionar alimentos, el que los requiere no tendrá fundamento legal para exigirlos, salvo excepciones.

En nuestro país como ya se mencionó, la legislación familiar del estado de Hidalgo determina: “El yerno y la nuera deben igualmente en las mismas circunstancias alimentos a su suegro y suegra. Esta obligación cesará si los suegros contraen nuevas nupcias o tienen lo suficiente para vivir” (art 130).

Para la jurista mexicana **Sara Montero Duhalt**, nuestra legislación debiera crear la obligación alimentaria en razón de las circunstancias particulares en que se hayan desenvuelto las relaciones familiares y siempre a criterio judicial. Por ejemplo, el hijo menor de uno solo de los cónyuges al quedar huérfano debiera ser alimentado por el otro; el mismo caso con respecto a los suegros que hayan sido dependientes del yerno, en razón de las circunstancias de cada caso y siempre a criterio judicial.¹

7.2.4 Parentesco civil. Efectos jurídicos

“El adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales [...] 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” (art 410-A, CCDF).

¹ **Sara Montero Duhalt**, *Derecho de familia*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1985, pág 53.

Con base en esta disposición, el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado se origina con el acto jurídico de la adopción. Ahora bien, en el año de 1999, el legislador del Distrito Federal instituyó la adopción plena y suprimió la simple. En la adopción plena, el adoptado no sólo se vincula jurídicamente con el adoptante, sino con todos los ascendientes, descendientes y colaterales de éste, el hijo adoptivo adquiere lazos de parentesco con toda la familia del adoptante, como sucede en la filiación consanguínea. Este criterio de incorporar al hijo adoptivo de una manera absoluta a la familia adoptiva lo han seguido las legislaciones de vanguardia de los países latinoamericanos.

7.3 Grados y líneas de parentescos

Cada generación forma un grado y la serie de grados constituye lo que se llama *línea de parentesco* (art 296, CCDF); de esta manera, el grado será cada generación que separa un pariente de otro y la línea la constituirá la serie de grados que separa a un pariente de otros.

La línea de parentesco es recta y transversal:

A. Línea recta

La línea recta se forma por la serie de grados entre personas que descenden unas de otras, por ejemplo, hijo, padre, abuelo, bisabuelo, etcétera.

La línea recta es ascendente o descendente:

- Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede.
- Descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden.
- La misma línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atienda (art 298, CCF).

En la línea recta, los grados se cuentan por el número de generaciones o por el de personas, excluyendo al progenitor (art 299, CCDF), advirtiendo que en esta línea no hay límite de grado; de tal manera que son parientes hasta los más lejanos. Sin embargo, no es muy común encontrar parientes en línea recta más allá del cuarto grado.

B. Línea transversal (también llamada colateral)

La integran las personas que sin descender unas de otras sí provienen todas de un mismo antepasado común. Un hermano no proviene de otro, sin embargo, ambos descienden de una misma persona: su padre; en todo caso, éste será el tronco común.

Esta línea puede ser igual o desigual. La línea es igual si los parientes se encuentran respecto al tronco común a la misma distancia, por existir el mismo número de grados o de generaciones, por ejemplo, los hermanos son parientes en línea igual porque ambos están a una generación del tronco común; los primos hermanos son parientes también en línea igual por existir entre ellos y su tronco común dos grados o dos generaciones. Ahora bien, la línea es desigual cuando las personas entre las que se pretenda establecer el parentesco están a distancia diferente del progenitor, por ejemplo, el tío y sobrino son colaterales en línea desigual porque el tío se encuentra a una sola generación del tronco común, en tanto que entre el sobrino y el antecesor común existen dos generaciones de por medio.

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 (art 300, CCDF).

Todo dependerá del punto de partida y de las personas que se quieran relacionar; de esta manera, si se pretende saber el grado de parentesco existente entre hermanos, el tronco común será el padre; pero si se quiere conocer el grado de parentesco entre primos, el progenitor o tronco común será el abuelo. También se pueden contar los grados por personas, pero deberá excluirse al progenitor.

En la línea transversal, el grado más cercano es el segundo (hermanos), porque necesariamente se tiene que subir por una línea y descender por otra.

Es oportuno hacer notar que se tiene que escoger una sola línea, sea paterna o materna, para aplicar estos principios. En efecto, la línea puede ser paterna o materna según se tenga como tronco común al padre o a la madre; en consecuencia, todas las personas tenemos necesariamente dos líneas de parentesco, parientes por parte de la madre y parientes por parte del padre. Ahora bien, el hijo habido fuera de matrimonio que no haya sido reconocido por uno de los progenitores, únicamente será pariente de aquel que lo haya reconocido y su familia.

Línea recta



Ascendente

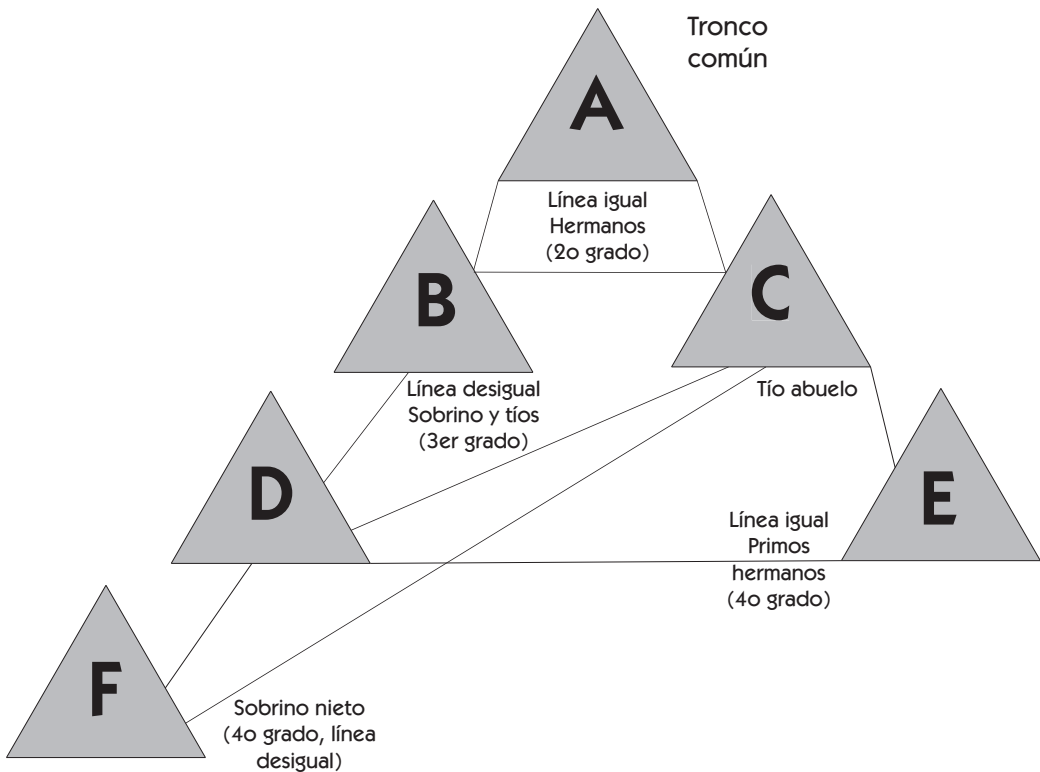
- Tatarabuelo (4º Grado)
- Bisabuelo (3er Grado)
- Abuelo (2º Grado)
- Padre (1er Grado)



Descendente

- Hijo (1er Grado)
- Nieto (2o Grado)
- Bisnieto (3er Grado)
- Tataranieto (4o Grado)

Línea colateral



UNIDAD 8

Los alimentos

Regulación jurídica: arts 301-323 del CCDF

Concepto del derecho de alimentos

El derecho que tiene una persona, denominada *acreedor alimentista*, de exigir a otra, llamada *deudor alimentario*, de acuerdo con la necesidad del primero y la posibilidad del último, lo necesario para subsistir dignamente en virtud del parentesco (excepto los afines), del matrimonio, del concubinato y del divorcio en algunas legislaciones.

Concepto de deuda alimentaria

El deber que tiene una persona, llamada *deudor alimentario*, de proveer a otro, denominado *acreedor alimentista*, en proporción a la posibilidad del primero y a la necesidad del segundo, los elementos necesarios para una vida digna, como consecuencia del parentesco, del matrimonio, del concubinato y, en ocasiones, del divorcio.

Naturaleza jurídica

Simultáneamente, los alimentos constituyen un derecho y un deber: derecho, partiendo del acreedor, y deber, partiendo del deudor. Ese derecho-deber se encuentra fundamentado en el vínculo de solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia y en el derecho a la vida que tienen las personas.

Contenido: comprende lo indispensable para vivir con dignidad (art 308, *CCDF*)

- La comida.
- El vestido.
- La habitación.
- La asistencia médica.
- La educación respecto a los menores, así como proporcionarles un oficio, arte o profesión.
- Para los discapacitados, su rehabilitación.
- Para los adultos mayores, su atención geriátrica.
- Se procurará, además, que se les integre a la familia.

Fuentes

- Parentesco consanguíneo (arts 305 y 306, *CCDF*).
- Adopción (art 307, *CCDF*).
- Matrimonio (art 302, *CCDF*).
- Concubinato (art 291 quáter, *CCDF*).
- Divorcio (art 288, *CCDF*).

Condiciones que acreditar

- Necesidad del acreedor.
- Posibilidad económica del deudor.
- Vínculo jurídico entre acreedor y deudor.

Características de la obligación alimentaria

- Reciprocidad (art 301, *CCDF*).
- Personalísima e intransmisible.
- Divisible (art 312, *CCDF*).
- Proporcional (art 311, *CCDF*).
- Indeterminada y variable.
- Imprescriptible (art 2192, fracc III, *CCDF*).
- Intransigible.
- Incompensable.
- No se extingue con su cumplimiento.

Características del derecho

- Inembargable.
- Personal e intransferible.
- Irrenunciable.
- Derecho preferente (art 311 quáter, *CCDF*).

Formas de cumplir con la obligación
(art 309, *CCDF*)

- Aportando lo necesario el deudor para sostener al acreedor.
- Por medio de una pensión (tiene lugar cuando no cabe la incorporación o cuando no se ha cumplido voluntariamente con la obligación).
- Incorporación del acreedor a la casa del deudor (cuando no hay impedimento legal o personal).

Suspensión de la obligación de alimentos sin causa justificada (art 320, CCDF)

- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla.
- Cuando el acreedor alimentista deja de necesitar los alimentos .
- En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas por el alimentista mayor de edad contra el que debe prestarlos.
- Conducta viciosa o falta de aplicación en el trabajo del deudor.
- Abandono de la casa del deudor sin causa justificada.

8.1 Concepto

Se puede definir la *deuda alimentaria* como el deber a cargo de los miembros de la familia de proporcionarse en forma recíproca y proporcional, a la necesidad del acreedor y a la posibilidad económica del deudor, los elementos necesarios para la vida, la salud, la seguridad, la educación, el esparcimiento y demás necesidades de la persona para su normal desarrollo físico, psíquico y social; en virtud de un vínculo de parentesco, de matrimonio, de concubinato y de divorcio necesario en algunos casos.

Los alimentos constituyen uno de los principales efectos jurídicos del parentesco, del matrimonio, del concubinato y en algunos casos del divorcio, y significan todo aquello indispensable para que la persona viva con decoro, es decir, con dignidad. Sin embargo, tal vínculo jurídico genera el derecho-deber de alimentos cuando se tiene la necesidad de recibirlos por una de las partes y la posibilidad económica de otorgarlos por la otra; en este orden de ideas, quien los requiere recibe el nombre de *acreedor alimentario* y al obligado a proporcionarlos se le llama *deudor alimentario*.

8.2 Fuentes de los alimentos

A. Parentesco consanguíneo

La fuente original de los alimentos es el parentesco consanguíneo, principalmente, la filiación. En efecto, el deber de los padres de ministrar alimentos a los hijos deriva de la procreación, pues no puede haber responsabilidad mayor que traer hijos al mundo, lo que se ha denominado *paternidad responsable*, por lo cual, 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, CCDF).

Ahora bien, en los casos en que los que ejerzan la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad (art 319, CCDF).

Por otra parte, como los alimentos son recíprocos, 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, CCDF); no obstante, así como abunda la paternidad irresponsable, también es una realidad en México la filiación irresponsable, pues los hijos no siempre corresponden con gratitud devolviéndoles a sus padres la ayuda que recibieron cuando la requerían, abandonándolos a su suerte.

Obviamente, a falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación de proporcionar alimentos 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, CCDF).

Los hermanos y parientes colaterales tienen la obligación de proporcionar alimentos a los menores o discapacitados, este último supuesto incluye obviamente a los parientes adultos mayores, hasta el cuarto grado (art 306, CCDF).

Surge la interrogante de si con la mayoría de edad el hijo pierde el derecho a recibir manutención de sus progenitores, es decir, si los dieciocho años son decisivos para extinguir la obligación alimentaria, en virtud de que el art 308, fracc II, del *Código Civil para el Distrito Federal* preceptúa que sólo los menores tendrán derecho a recibir educación y preparación en algún oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales. Los alimentos no responden a una edad determinada, sino a un estado de necesidad. Ahora bien, la edad puede ser un factor para presumir que el hijo mayor tenga medios económicos de subsistencia personales y haya dejado, en consecuencia, de necesitar la ayuda paterna; por lo cual, si aún requiriera percibir alimentos, a él le corresponderá la carga de la prueba para demostrar que continúa su estado de necesidad.

En efecto, los tribunales de la Federación han sustentado un criterio favorable al hijo mayor de edad, determinando que si persiste la necesidad en razón de su calidad de estudiante, la obligación del padre de sostenerlo no se extingue, siempre y cuando el grado escolar que cursa sea adecuado a su edad.

Al respecto, veamos una tesis del Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito:

Alimentos. Cuándo cesa la obligación del deudor alimentista de proporcionarlos. La sola circunstancia de que el acreedor alimentista adquiera la mayoría de edad, no implica que cesa la obligación del deudor para proporcionarle alimentos, cuando aquél acredita que se encuentra estudiando y que el grado escolar que cursa es adecuado a su edad; sin embargo, cuando dicho acreedor alimentista interrumpe sus estudios, en ese acto cesa la obligación del deudor para proporcionarle alimentos, máxime si, además de ello, se acreditó que obtenía ingresos suficientes como producto del desempeño de un trabajo, lo que pone de manifiesto que aunque posteriormente continuara con sus estudios, ya no necesita de pensión alimenticia por estimarse que con el producto de su trabajo es capaz de cubrirlos.

Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. Amparo directo 928/96. Abad Maciel Déciga. 16 de enero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Augusto Benito Hernández Torrez. Secretaria: Leticia Morales García. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo V. Febrero de 1997. Tesis: XXII.27 C. Página: 702. Tesis aislada.

El *Código Familiar de Morelos* sigue el mismo lineamiento respecto a la edad, condicionado a que el acreedor alimentista no cause baja y que su instrucción se curse en instituciones educativas que se encuentre en posibilidad de pagar el deudor alimentista.

Por su parte, la *Ley para el Desarrollo Familiar de Tamaulipas* menciona la obligación de los padres de continuar proporcionando alimentos a los hijos a pesar de la mayoría de edad de éstos, siempre y cuando continúen en los estudios oportunos (art 31, fracc III, *LDFT*); no obstante, si el hijo tiene recursos y vive al lado de sus padres, a él le corresponderá contribuir a los gastos familiares mientras conviva con ellos (art 24, fracc III, inc e), *LDFT*).

Algunas legislaciones familiares se han manifestado en el mismo sentido de privilegiar al hijo mayor de edad, como ocurre en el *Código Familiar de Panamá*, antes comentado, que establece un máximo de 25 años si los estudios se realizan con provecho tanto en tiempo como en rendimiento académico (art 377, *CFP*).

Preferencias alimentarias

Sobre las cuestiones de preferencias alimentarias, el *Código Civil para el Distrito Federal* determina lo siguiente: “Los acreedores alimentarios tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga dicha obligación, respecto de otra calidad de acreedores” (art 311 quáter, *CCDF*).

El *Código Familiar de Zacatecas* además de concederle derecho preferente a los cónyuges para el pago de alimentos, se lo concede también al concubinario que los necesite: “El concubinario y la concubina se deben mutuamente alimentos en los mismos casos y proporciones que los seña-

lados para los cónyuges, en consecuencia tienen el derecho de preferencia que a los cónyuges concede la ley para el pago de alimentos” (art 258, *CFZ*).

En la *Ley Familiar para el Estado de Hidalgo*, tratándose de alimentos para los hermanos y parientes colaterales hasta el cuarto grado, se requiere el consentimiento del cónyuge del deudor alimentista por propio derecho y en representación de los hijos menores (art 128, *LFH*). Esta postura es realista, denota la preferencia que tiene la esposa y los hijos, sobre parientes colaterales.

Derecho comparado

Sobre las preferencias alimentarias que tiene la esposa y los hijos, el pionero en Latinoamérica es el *Código Familiar de El Salvador*, el cual determina que cuando dos o más acreedores tuvieran derecho a ser alimentados por una misma persona y los recursos de ésta no fueren suficientes para pagar a todos, tendrán preferencia el cónyuge y los hijos; en segundo lugar, estarán los ascendientes y demás descendientes (nietos) hasta el segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad; y por último, los hermanos (art 251, *CFES*).

Otra importante aportación de este ordenamiento —que protege a los más necesitados, como lo son la madre embarazada y su hijo— señala: “Definida la paternidad conforme lo establece este código, toda mujer embarazada tiene derecho a exigir alimentos al padre de la criatura, durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, incluidos los gastos del parto” (art 249, *CFES*).

En conclusión, la ley ha determinado, con sobrada justificación ética-jurídica, que se deben alimentos en forma recíproca los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado y en la colateral o transversal hasta el cuarto grado; por supuesto, bajo el principio de que los parientes más cercanos son los originalmente obligados a satisfacerlos, sólo a falta o por imposibilidad de los mismos, la obligación recae en los demás parientes. Respecto al cónyuge, se asimila a la condición de un hijo, presumiéndose su necesidad.

B. Parentesco civil

El *Código Civil para el Distrito Federal* ha equiparado la relación surgida en la adopción con la que se origina con la filiación, de tal manera que el deber-derecho que surge entre padre e hijo de dar y recibir alimentos existe también entre adoptante y adoptado en los estados donde aún existe la

adopción simple, sin trascender tales efectos a la familia consanguínea de uno y de otro. En cambio, en la adopción plena, el derecho-deber de alimentos se extiende hasta los ascendientes, descendientes y colaterales del adoptante.

El que adopta tendrá respecto a la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto a la persona y los bienes de los hijos (art 395, CCDF). El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo (art 396, CCDF). El adoptado tiene en la familia del o de los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo (art 410-A, CCDF).

C. El matrimonio

En virtud del vínculo jurídico del matrimonio, en principio, 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 (art 302, CCDF).

En efecto, uno de los derechos-deberes del matrimonio es la ayuda mutua, siempre que exista un estado de necesidad de parte de uno de los esposos y una posibilidad económica del otro. Ahora bien, cuando ambos tienen recursos propios, a los dos les corresponderá en la medida de sus posibilidades el deber de contribuir al sostenimiento del hogar; sin embargo, 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, CCDF).

Resulta muy atinada la postura del legislador de darle valor económico al trabajo doméstico desarrollado por uno de los cónyuges y que éste sea precisamente su contribución al sostenimiento del hogar y de los hijos, pues de esta manera se está dignificando la labor antes ignorada de la cónyuge, quien, en México, es generalmente la encargada de esa tarea.

En 1975, el *Código Civil para el Distrito Federal* pretendiendo igualar la condición jurídica del hombre y la mujer, lo cual causó mucha polémica, determinó en su art 164 lo siguiente:

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 independiente de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

Fueron tan variadas y contradictorias las posiciones sobre este tema que la Suprema Corte de Justicia tuvo que determinar un criterio de interpretación definitivo respecto al art 164 del *Código Civil para el Distrito Federal*, el cual citamos a continuación.

La presunción de que la mujer casada necesita alimentos no se desprende de lo dispuesto por los artículos 164 y 168 del *Código Civil para el Distrito Federal*, sino de un hecho notorio que, de conformidad con lo que dispone el artículo 286 del *Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal*, no necesita ser probado y puede ser invocado de oficio por el juez, aunque no haya sido alegado por las partes. En efecto, es de sobra conocido que en la familia mexicana, por regla general, el hombre aporta los medios económicos para sufragar los gastos del hogar, en tanto que la mujer contribuye con los trabajos y el cuidado de la casa, la atención de los hijos y la administración doméstica. Esta situación se originó por las limitaciones que se han impuesto históricamente a la mujer para su desarrollo social, económico y cultural, cuyas consecuencias no pueden erradicarse en toda la sociedad, sino con el transcurso del tiempo, a pesar de haberse elevado a rango constitucional el principio de igualdad del hombre y la mujer ante la ley, es decir, mientras esa igualdad establecida formalmente en la ley no se traduzca en realidad generalizada. Ahora bien, como la presunción emana de este hecho debe persistir hasta que esa realidad desaparezca, siempre que no exista una disposición legal expresa en contrario.

(Amparo directo 4300/78. Manuel Humberto Guzmán Salazar, 21 de septiembre de 1978, 5 votos). Informe rendido por el presidente de la Suprema Corte de Justicia al Pleno de la misma. Año 1979, núm. 9, pág. 10.

Esta postura de la Suprema Corte de Justicia en Pleno la toma el *Código Civil para el Distrito Federal* recogiendo la realidad de la mujer mexicana: “Los menores, las personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar gozan de la presunción de necesitar alimentos” (art 311 bis, *CCDF*).

Por otra parte, en casos de separación o de abandono de los cónyuges, el que no haya dado lugar a ese hecho podrá solicitar al juez de lo familiar que obligue al otro a seguir contribuyendo con los gastos del hogar durante la separación, en la proporción en que lo venía haciendo hasta antes de ésta; así como también, que satisfaga los adeudos contraídos para cubrir sus necesidades. Si dicha proporción no se pudiera determinar, el juez de lo familiar fijará la suma mensual correspondiente y dictará las medidas nece-

sarias para asegurar su entrega y el pago de lo que ha dejado de cubrir desde la separación (art 323, *CCDF*).

En la misma forma se expresa el estado de Nuevo León al determinar que la esposa que sin culpa suya se vea obligada a vivir separada de su marido, podrá pedir al juez de primera instancia del lugar de su residencia, que obligue a su esposo a darle alimentos durante la separación y a que le ministre todos los que haya dejado de darle desde que la abandonó. El juez, según las circunstancias del caso, fijará la suma que el marido debe ministrar mensualmente, dictando las medidas necesarias para que dicha cantidad sea debidamente asegurada y para que el esposo pague los gastos que la mujer haya tenido que erogar con tal motivo (art 323, *CCNL*).

D. Concubinato

El *Código Civil para el Estado de Tlaxcala* de 1976 fue la primera legislación que reconoció al concubinato como fuente de la familia y que lo equiparó al matrimonio (arts 27 y 147, *CCET*). A partir de esa fecha, otras entidades de la República, incluso el mismo Distrito Federal, han acogido ese criterio.

De esta manera, el *Código Civil para el Distrito Federal*, adecuándose a esta realidad social, crea el Capítulo XI del Título V denominado “El Concubinato”, con el fin de proteger y garantizar una de las fuentes principales de la familia:

“Los concubinos están obligados a darse alimentos en forma recíproca” (art 291 bis, *CCDF*).

“El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes” (art 291 quáter, *CCDF*).

“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” (art 291 *quintus*, *CCDF*).

En esta línea de ideas, de considerar al concubinato como fuente de alimentos, se encuentran otras legislaciones de la República:

El *Código Civil de Zacatecas* establece que la ruptura del concubinato por la cesación de la vida en común origina entre los concubinos derechos y obligaciones alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás

reconocidos. Al terminar la convivencia, el concubino que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimentaria por un tiempo igual al que haya durado el concubinato, siempre que no contraigan matrimonio o vivan en nuevo concubinato (art 243). Asimismo, el concubinario y la concubina se deben mutuamente alimentos como si fueran cónyuges, por lo cual, tienen el derecho de preferencia que a los cónyuges concede la ley para el pago de alimentos (art 258).

Con estos preceptos se rompe con los viejos prejuicios sociales que en México prevalecían; lo que está por venir, y es precisamente lo que esperamos, es que el resto de los estados de la Federación se decida a legislar en esta materia, creando un capítulo que contemple todo lo relativo a esta figura, como de alguna manera lo ha hecho, cuando menos parcialmente, el Distrito Federal.

E. Divorcio

El divorcio constituye también una fuente de alimentos en ciertas circunstancias. 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, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- La edad y el estado de salud de los cónyuges.
- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo.
- La duración del matrimonio y la dedicación pasada y futura a la familia.
- La colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge.
- Los medios económicos de uno y otro cónyuge, así como sus necesidades.
- 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 (art 288, *CCDF*).

Aparentemente, en el Distrito Federal, la mujer divorciada al igual que los hijos en virtud del divorcio incausado quedan protegidos; no obstante, como ya se ha comentado, puede ocurrir que se dicte la sentencia de divorcio declarando disuelto el vínculo matrimonial, sin que se haya resuelto previamente el incidente promovido por la cónyuge que está en desacuerdo con

el proyecto de convenio presentado por el otro y aunque se hubieran decretado los alimentos como medida provisional, lo cierto es que no se han resuelto en forma definitiva y, por ende, no se han definido ni asegurado los intereses más elementales de la familia.

En todas las legislaciones latinoamericanas y europeas, incluso en España, precursora del divorcio incausado, primero se resuelve en forma definitiva lo concerniente a alimentos para los hijos y el cónyuge dependiente económico, y luego se disuelve el vínculo del matrimonio. Es importante corregir en ese sentido el *Código Civil para el Distrito Federal* en materia de divorcio incausado, en lo relativo a que la sentencia de divorcio se dicte hasta que se haya aprobado el convenio y resuelto en forma definitiva la situación en que quedarán los hijos y el cónyuge afectado con el divorcio.

En cuanto a los estados de la Federación donde se encuentra vigente el divorcio necesario se faculta al juez para que teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentencie al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del inocente hasta en tanto éste no contraiga nuevas nupcias o deje de tener un modo honesto de vida.

El criterio anterior deja a la libre apreciación del juzgador fijar el monto de la pensión, basado en las circunstancias que se den en cada caso concreto, como por ejemplo si el cónyuge inocente tiene ingresos o bienes propios, o bien, su aptitud para trabajar; también tendrá en cuenta la capacidad económica del cónyuge culpable, de tal manera que en caso de justificarse la necesidad, el juez fijará una pensión que responda al derecho del inocente a vivir con dignidad y en proporción a los bienes e ingresos del culpable. Este derecho lo conservará mientras viva honestamente y no contraiga nuevas nupcias, en el entendido de que, por ejemplo, si la mujer llegara a capacitarse en algún trabajo, dará lugar a la terminación de la pensión alimentaria.

8.3 Contenido de la palabra *alimentos* desde el punto de vista jurídico

Según el art 308 del *Código Civil para el Distrito Federal*, los alimentos comprenden:

- a) La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y, en su caso, los gastos de embarazo y parto; b) respecto a los menores

comprende, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales; c) con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, incluye lo necesario para lograr en lo posible su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; d) por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Ahora bien, las leyes civiles y familiares en todas las entidades del país coinciden en 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 (art 314, *CCDF*).

Derecho comparado

Respecto a los alimentos entre cónyuges, en la legislación latinoamericana sobresale el *Código Civil de Panamá*, en lo que respecta a dejar protegido al cónyuge dependiente económico: “Esta pensión se calculará de modo que el cónyuge conserve la posición social que tenía durante el matrimonio, y se revocará cuando deje de ser necesaria, o cuando el beneficiario contraiga nuevas nupcias” (art 223, *CCP*).

Por su parte, el *Código de Familia para Costa Rica* agrega en el contenido de alimentos la diversión, el transporte y otros conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien deba darlos. Se tendrán en cuenta para determinarlos las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y psíquico, así como sus bienes (art 164, *CFCR*).

Esa misma legislación determina que los alimentos incluirán la atención de las necesidades para el normal desarrollo físico y psíquico del beneficiario. Asimismo, el alimentante de menores de doce años podrá solicitar semestralmente ante el juez respectivo un examen médico que certifique el estado de salud físico y nutricional de los alimentarios. Este examen deberá ser practicado por un especialista de la Caja Costarricense de Seguro Social (art 160 bis, *CFCR*).

8.4 Características de la obligación alimentaria

A. Reciprocidad de la obligación alimentaria

Los alimentos son recíprocos: el que los da tiene a su vez derecho de pedirlos (art 301, *CCDF*). El deudor de hoy puede ser el acreedor de mañana; a los padres les corresponde por naturaleza ser originalmente deudores, sin embargo, para la mayoría de los padres más que deber jurídico constituye un privilegio proveerles a los hijos lo necesario para una subsistencia digna. Paradójicamente, no sucede lo mismo cuando los hijos se convierten en deudores alimentarios de sus padres.

B. La obligación alimentaria es personal e intransmisible

Los alimentos se dan en atención a personas determinadas y sólo entre ellas. En efecto, los alimentos surgen en virtud de un vínculo jurídico entre personas por razón de parentesco, matrimonio, concubinato, etc. Las calidades de pariente, cónyuge, concubina son muy personales, por lo cual la condición de acreedor o deudor alimentista corresponde a las personas únicamente en razón de su calidad de esposo, hijo, padre, hermano, etc. Con estas bases, si no es esa la persona, ninguna otra podrá disfrutar de tal derecho, ni tener recíproca responsabilidad de darlos. En consecuencia, el derecho a percibir alimentos o la obligación de ministrarlos, no es transferible en vida de sus titulares ni por causa de muerte. Nadie está facultado para ceder su derecho personal de alimentos a un tercero, ni para transferir la deuda a otro, ya que ello pugnaría con la propia naturaleza de la institución. Únicamente a falta o por incapacidad del primer obligado recae la obligación en los demás, por ejemplo, los abuelos no le deben alimentos al nieto si éste tiene padres con recursos, sólo a falta de los progenitores, o por incapacidad de los mismos, la obligación recaerá en los demás ascendientes.

En ese orden de ideas, no se puede transmitir por causa de muerte, mediante un testamento, el derecho personal a seguir percibiendo la pensión alimentaria que el testador disfrutaba en vida por su condición de pariente, aun cuando fueran los beneficiarios dependientes económicos del fallecido, pues, en todo caso, tendrían aquellos que hacer valer su derecho de alimentos ante los parientes a los cuales les correspondiera la obligación, según el orden establecido por la ley.

C. La obligación alimentaria es divisible

Una obligación es divisible cuando su objeto son prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Es indivisible si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero. En materia de alimentos, el *Código Civil* admite el carácter divisible de la obligación alimentaria, puesto que prevé la posibilidad de la existencia de varios deudores; en este caso, se repartirá la deuda entre ellos en proporción a sus posibilidades económicas.

Si fueren varios los que debieran dar los alimentos y todos tuvieran posibilidad de hacerlo, el juez repartirá el importe entre ellos, en proporción a sus haberes (art 312, *CCDF*). Si sólo algunos tuvieran posibilidad, entre ellos se repartirá el importe de los alimentos; y si sólo uno la tuviere, él cumplirá únicamente la obligación (art 313, *CCDF*).

D. La obligación alimentaria es proporcional

Los alimentos han de ser proporcionales a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos 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, *CCDF*).

Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, el juez familiar resolverá con base en la capacidad económica y el nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años (art 311 ter, *CCDF*).

Criterio similar asume el *Código Civil de Nuevo León*: “Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, el juez estimará las ganancias de éste con base en los signos exteriores de riqueza que demuestre” (art 311, *CCNL*).

Tesis jurisprudencial

Alimentos. Proporcionalidad de los, cuando ambos deudores trabajan (*Código Civil para el Distrito Federal*). Si en el juicio de alimentos se acredita que los colitigantes, padres del acreedor alimentista, trabajan y obtienen ingresos, a ambos corresponde contribuir a la alimentación de éste, como así lo disponen los artículos 164 y 303 del *Código Civil*; por tanto, la fijación de la pensión hecha en contra

del padre del menor, sin tomar en cuenta que la madre trabaja, resulta injusta e inequitativa, ya que en términos de lo establecido por el artículo 311 del citado ordenamiento, los alimentos deben ser proporcionales a las posibilidades del deudor alimentista y las necesidades del acreedor alimentario, por lo que el monto de los alimentos que cada uno de los obligados debe proporcionar al hijo, deberá fijarse de acuerdo con las posibilidades de cada uno de ellos y las necesidades del menor, es decir, tomando en cuenta el monto de su salario o ingresos, así como el valor de sus bienes, los que han de ser bastantes para cubrir la pensión alimenticia que le corresponde al menor, pero atendiendo también a las propias necesidades del deudor alimentista, sobre todo cuando vive separado de su acreedor alimentario, lo que obviamente ocasiona que sus necesidades sean mayores a las de éste, que vive con su madre, así como a los conceptos que se comprenden bajo la palabra *alimentos*, en los términos del artículo 308 del código en cita.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 4693/95. Enrique Manuel Rojo Rajal. 14 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Ramírez Gámez. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época: 479 Aislada.

E. La obligación alimentaria es indeterminada y variable

En efecto, las condiciones que prevalecieron cuando se dictó una resolución de alimentos pueden variar, en el caso de haber aumentado o disminuido la posibilidad económica del deudor, o bien, de haber disminuido la necesidad del acreedor, o por último, por cambiar las condiciones económicas del lugar, de manera que no haya coincidencia entre la realidad y la pensión; por lo cual la sentencia de alimentos no puede ser nunca definitiva, puede alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias del caso.

Siguiendo este criterio, la *Ley de Pensiones Alimenticias de Costa Rica* determina que las resoluciones dictadas conforme a lo dispuesto en esa ley no constituirán cosa juzgada material. La autoridad competente podrá modificarlas a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia (art 8, *LPACR*).

F. La obligación alimentaria es imprescriptible

La prescripción es una forma de adquirir por el paso del tiempo un derecho, o bien, de liberarse de una obligación. Al respecto, no hay una disposición expresa que indique la imprescriptibilidad del derecho a percibir alimentos, pero sí existe un precepto que determina que la obligación de dar alimentos es imprescriptible (art 1160, *CCDF*).

Efectivamente, el hecho real de que la madre se haya encargado de la manutención de su hijo no libera al padre de la obligación de sostenerlo en

el futuro, ni puede alegar en su favor la extinción de su deber jurídico por no haberse reclamado los alimentos “oportunamente”; por lo cual, mientras subsista la necesidad y la posibilidad económica subsistirán el derecho y la obligación de recibir y otorgar alimentos a pesar del paso del tiempo.

Otra cosa serían los alimentos no reclamados, sobre ellos y con base en el art 1160 del *Código Civil para el Distrito Federal*, el jurista mexicano **Flavio Galván** sostiene que pueden ser reclamados por el acreedor en virtud de que la obligación de darse alimentos es imprescriptible.¹

Dicho criterio no lo compartimos, puesto que por *alimentos* se entiende lo necesario para la subsistencia y, en el caso, si no se pidieron oportunamente, fue porque no eran indispensables.

G. La obligación alimentaria es intransigible

“El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción” (art 321, *CCDF*).

Los alimentos constituyen una obligación que está excluida del ámbito de la autonomía de la voluntad; no cabe en consecuencia respecto a esa obligación la realización de negocios jurídicos. En efecto, no es posible realizar una transacción respecto a los alimentos, pues las transacciones generalmente equivalen a que una de las partes otorgue a la otra una concesión, lo cual significa de alguna manera un sacrificio.

En este orden de ideas, el acreedor alimentario no está en condición de otorgar como concesión la disminución de su pensión, ya que por naturaleza los alimentos significan lo indispensable para vivir con dignidad.

Nuestro *Código Civil* preceptúa que estará afectada de nulidad absoluta la transacción que verse sobre el derecho a recibir alimentos (art 2950, fracc V, *CCDF*); no obstante, se admite la celebración de convenios sobre cantidades ya vencidas, toda vez que ya no son las mismas circunstancias en las que se encuentran los acreedores que las que prevalecían respecto a cantidades futuras (art 2951, *CCDF*).

H. La obligación alimentaria no es compensable

El art 2192 del *Código Civil para el Distrito Federal* establece que la compensación no tendrá lugar si una de las deudas fuere por alimentos. Por tanto, en el caso de que el acreedor alimentario tuviere una deuda ordinaria en favor del deudor alimentario, no puede éste alegar la compensación de la

¹ **Flavio Galván Rivera**, apuntes de cátedra citados.

deuda de alimentos por la que tiene a su favor, ya que la obligación de otorgar este sustento es de orden público por comprender lo indispensable para la vida del acreedor alimentario, de otro modo, sería dejarlo sin medios de subsistencia.

1. La obligación alimentaria no se extingue por su cumplimiento

La obligación de dar alimentos es un deber constante, permanente e ininterrumpido, de tal manera que aunque se cumpla de forma oportuna renacerá diariamente la obligación. Se trata, en consecuencia, de prestaciones de renovación continua, y subsisten en tanto siga existiendo la necesidad del acreedor y la posibilidad del deudor. La obligación alimentaria no se extingue, sino sólo se suspende por las causas contempladas en el art 320 del *Código Civil para el Distrito Federal*, pues podría renacer la necesidad del acreedor de requerir alimentos y, por ende, la obligación del deudor de otorgarlos.

8.5 Características del derecho a percibir alimentos

El derecho a percibir alimentos tiene también signos distintivos atendiendo a su naturaleza:

A. El derecho a percibir alimentos es inembargable

Es obvio que si el derecho admitiera la posibilidad del embargo de aquello indispensable para la subsistencia de la persona, se estaría destinando a ésta a perecer, en virtud de que los alimentos son la vida misma, por lo cual no se le puede privar a nadie de lo necesario para su subsistencia:

B. El derecho a percibir alimentos es personal e intransferible

Se adquiere el derecho de alimentos en virtud de la relación personal existente entre acreedor y deudor, precisamente por su condición de esposa, hijo, padre, etc. En consecuencia, resulta lógico que tal derecho no sea transferible en vida de su titular y se extinga con la muerte del mismo, no pudiendo ser transmitido a los herederos del acreedor alimentario.

C. El derecho a percibir alimentos es irrenunciable

“El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción” (art 321, *CCDF*). La naturaleza misma de los alimentos que es

de estricto interés público justifica esta característica. Permitir que el derecho de alimentos sea renunciable por el acreedor sería lo mismo que autorizarlo al suicidio, a su muerte por inanición. Tal derecho comprende para su titular el aseguramiento para su subsistencia, lo necesario para vivir.

8.6 Manera de cumplir con la obligación alimentaria

¿Quiénes tienen el derecho-deber de proporcionarlos? Como ya se ha mencionado, la obligación recíproca de dar y recibir alimentos recae fundamentalmente entre parientes consanguíneos y por adopción en línea recta sin límite de grado, en línea colateral hasta el cuarto grado; asimismo, ese derecho-deber surge también en virtud del matrimonio, del concubinato y, en ocasiones, del divorcio.

La legislación instituye dos formas de cumplir con dicha obligación:

A. Incorporación

El *Código Civil para el Distrito Federal* establece dos formas de cumplir con la obligación: *a)* mediante una pensión, *b)* incorporándose el acreedor a la casa del deudor (art 309, *CCDF*). Este precepto omite la manera común de cumplir con la obligación de alimentos, es decir, suministrando directamente el deudor lo necesario para satisfacer las necesidades del acreedor. La pensión propiamente constituirá una excepción y más aún la incorporación, que tendrá lugar cuando el deudor, haciendo uso de la alternativa que le concede la ley, solicitara la incorporación del acreedor a su casa para evitar una pensión que le mermaría sus ingresos.

Ahora bien, la ley prevé los casos específicos en que no es posible cumplir con la obligación mediante la incorporación, por existir situaciones muy particulares que lo impiden. En efecto, el código regula el caso de alimentos por divorcio, en el cual el excónyuge deudor no podrá pedir que el otro se incorpore a su familia (art 310, *CCDF*). Lo mismo sucederá cuando se ha reconocido a un hijo habido fuera del matrimonio, en este caso, no podrá el padre o la madre llevarlo a vivir al lado de su cónyuge sin el consentimiento de éste (art 372, *CCDF*); por tanto, la única forma de cumplir con la obligación es mediante la pensión alimentaria.

Puede haber también por parte del acreedor oposición para vivir al lado del deudor, como sería el hecho de que el hijo, cuya madre tenga la custodia, se niegue a vivir con su progenitor cuando éste viva conyugalmente con

persona distinta a su madre. En esta hipótesis, es decir, en caso de conflicto para la integración del acreedor alimentista a la casa del deudor, corresponde al juez de lo familiar fijar la manera de ministrar los alimentos según las circunstancias (art 309, *CCDF*).

Es decir, la opción concedida por la ley al deudor de solicitar la incorporación para el cumplimiento de la obligación, no se puede concebir en forma absoluta. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia se ha inclinado en este sentido, ya que en la realidad se presentan inconvenientes legales e incluso morales que justifican la resistencia del acreedor a vivir al lado del deudor, por ejemplo, no puede el abuelo paterno privar a la madre viuda y sin recursos, de tener con ella a sus hijos, solicitando la incorporación de sus nietos a su domicilio para alimentarlos; tampoco puede el padre no casado con la madre exigir la incorporación de sus hijos cuando éstos se encuentren bajo la custodia de la madre y vivan con ella. En conclusión, para que tenga lugar la incorporación se requiere que no haya estorbo legal o moral y que el deudor tenga domicilio propio. En estos casos, el pago de alimentos tiene que cumplirse necesariamente mediante una pensión.

Por otra parte, si se está cumpliendo la obligación de alimentos viviendo el acreedor con el deudor, aquél no puede abandonar la casa sin permiso y sin causa justificada (art 320, fracc VI, *CCDF*); por lo cual no basta la existencia de la causa, sino que el acreedor debe hacerla valer ante el juez competente y probar en juicio su existencia, para justificar su oposición a seguir viviendo en la casa del deudor, y, por ende, podrá solicitar al juez modificar la forma de cumplir con la obligación alimentaria mediante una pensión.

B. Pensión

La pensión necesariamente tiene que ser en dinero y su fijación deberá ser proporcional a las necesidades y número de acreedores, así como a la posibilidad económica del deudor.

En contraste con el Distrito Federal, en el *Código Familiar de El Salvador* el pago se permite en especie: “Se podrá autorizar el pago de la obligación alimenticia en especie o en cualquier otra forma, cuando a juicio prudencial del juez hubiere motivos que lo justificaren” (art 257, *CFES*).

Una disposición diferente es la que regula la *Ley Familiar de Hidalgo*, para el caso de adultos e hijos incapacitados: “Para el sustento de los adultos y de los hijos incapacitados para trabajar, los alimentos no se concederán en un porcentaje proporcional, sino en un monto mensual, fijado por el juez, de acuerdo a la situación económica de las partes” (art 131, *LFH*).

Respecto a la pensión, ésta tiene lugar cuando no cabe la incorporación, o bien, cuando no se ha cumplido voluntariamente con la obligación, dando lugar a un reclamo de parte del acreedor alimentista. En innumerables ocasiones, la esposa aun viviendo con el marido se ve en la necesidad de exigirle alimentos por la vía judicial, toda vez que éste se niega sistemáticamente a cubrir los gastos más elementales de la familia. En estos casos, la obligación alimentaria subsiste aun cuando el deudor se separe del domicilio, e incluso está obligado a cubrir las deudas que la familia contraiga para satisfacer sus necesidades. El juez de lo familiar resolverá respecto al monto de la deuda (art 322, CCDF).

En efecto, en caso de que el cónyuge deudor se haya separado del otro, sigue obligado a sostener el hogar; en consecuencia, el cónyuge acreedor podrá pedir al juez competente que obligue al primero a que le ministre los gastos por el tiempo que dure la separación en la misma proporción que lo venía haciendo hasta antes de aquélla. Si dicha proporción no se pudiere determinar, el juez fijará la suma mensual correspondiente, y dictará las medidas necesarias para asegurar su entrega y la de las que ha dejado de cubrir desde que se separó (art 323, CCDF).

Ahora bien, “los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos 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, CCDF).

Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, el juez de lo familiar resolverá con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años (art 311 ter, CCDF).

Alimentos. El incremento a que se refiere el artículo 311 del *Código Civil para el Distrito Federal* no tiene aplicación cuando la pensión alimenticia se fija en porcentaje respecto de las percepciones que recibe el obligado. De la interpretación del artículo 311 del *Código Civil para el Distrito Federal*, se considera que el incremento a los alimentos, conforme al aumento porcentual anual del Índice Nacional de Precios al Consumidor, deberá aplicarse sólo cuando la obligación alimentaria se hubiere fijado en cantidad líquida o determinada y no así cuando

se fijó en un porcentaje respecto de los ingresos que regularmente percibe el obligado, pues es un hecho notorio que el dinero durante el transcurso del tiempo sufre una depreciación por las condiciones económicas que imperan en el país; además de que por efectos de la inflación la capacidad adquisitiva del dinero también decrece por el transcurso del tiempo, en cuyo caso el legislador previó el aumento automático de la pensión alimenticia fijada en forma líquida, a través de un elemento objetivo, esto es, que la misma se incrementará conforme al porcentaje del Índice Nacional de Precios al Consumidor, pretendiendo evitar con ello que el acreedor alimentario tuviera que promover vía incidental el incremento de la pensión alimenticia fijada, cada vez que ésta fuera insuficiente por la depreciación del dinero y disminución del poder adquisitivo que éste sufre por las condiciones económicas del país. Sin embargo, se reitera que dicho incremento no tiene aplicación cuando la pensión alimenticia se fija en porcentaje, puesto que en este caso, siempre que los ingresos del deudor alimentario tengan aumento, ello reflejará un incremento también proporcional del monto de la pensión recibida, y de considerar que el porcentaje fijado se incrementará a su vez conforme al aumento también porcentual que tuviera el Índice Nacional de Precios al Consumidor, conllevaría a que en un momento dado el porcentaje sobre el monto de los ingresos del deudor, que debiera pagar por concepto de pensión alimenticia, fuera desproporcionado.

Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 796/2002. Oscar Heraclio Escalante Muñoz. 5 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Ma. Concepción Alonso Flores. Secretario: Raúl Sánchez Domínguez.

8.7 Aseguramiento de los alimentos. Personas autorizadas

En el *Código Civil para el Distrito Federal*, el aseguramiento de los alimentos podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidades bastantes para cubrir los alimentos o cualquier otra forma de garantía suficiente a criterio del juez, como por ejemplo el fideicomiso (art 317, *CCDF*).

De acuerdo con el art 315 del *CCDF*, tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:

- El acreedor alimentario.
- El que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor.
- El tutor.
- Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.
- La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario.
- El ministerio público.

Nuestra legislación determina que, como los alimentos son de orden público, toda persona que tenga conocimiento sobre 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, *CCDF*).

Ahora bien, atendiendo a nuestra realidad mexicana, es común que los abuelos ante la irresponsabilidad de los padres reciban en su casa a sus nietos haciéndose cargo de ellos totalmente; esta situación nos invita a proponer que a los abuelos maternos o paternos se les otorgue también el derecho de acción para exigir alimentos a los padres, aunque los abuelos no se encuentren en el ejercicio de la patria potestad. Por otra parte, en los casos de problemas familiares urgentes, como el mencionado, es importante que se dicten medidas precautorias oportunas, que el juez de oficio debe decretar.

Derecho comparado nacional

Entre los estados de la Federación, la legislación que destaca en materia de aseguramiento de alimentos es el *Código Familiar de Sonora* de 2011, el cual establece que “los bienes de los cónyuges y sus productos, así como sus ingresos, quedan afectados preferentemente al pago de los alimentos. Para hacer efectivo este derecho, podrán los cónyuges y los hijos o sus representantes, pedir el aseguramiento de aquellos bienes” (art 27, *CFS*).

Dicho ordenamiento, en su art 29, determina lo siguiente:

El hombre y la mujer mayores de edad tienen capacidad para administrar y disponer de sus bienes propios, ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos correspondan, sin necesidad de autorización del otro cónyuge, pero cuando la casa que sirva de habitación a la familia sea bien propio de uno de ellos, no podrá ser enajenada ni gravada sin autorización de ambos, hasta que el obligado asegure a sus miembros un lugar decoroso en donde habitar. Para ello, previo juicio de jurisdicción voluntaria promovido por una o ambas partes, deberá inscribirse tal circunstancia en la Oficina del Instituto Catastral y Registral del Estado de Sonora que corresponda, considerando una sola casa habitación.

Respecto a la responsabilidad en que incurren los patrones o jefes del deudor, el *Código para el Distrito Federal*, en el art 323, determina:

Toda persona a quien, por su cargo, corresponda proporcionar informes sobre la capacidad económica de los deudores alimentarios, está obligada a suminis-

trar los datos exactos que le solicite el juez de lo familiar; de no hacerlo, será sancionada en los términos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles y responderá solidariamente con los obligados directos de los daños y perjuicios que cause al acreedor alimentista por sus omisiones o informes falsos. Las personas que se resistan a acatar las órdenes judiciales de descuento, o auxilien al deudor a ocultar o simular sus bienes, o a eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, son responsables en los términos del párrafo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos legales. El deudor alimentario deberá informar de inmediato al juez de lo familiar y al acreedor alimentista cualquier cambio de empleo, la denominación o razón social de su nueva fuente de trabajo, la ubicación de ésta y el puesto o cargo que desempeñará, a efecto de que continúe cumpliendo con la pensión alimenticia decretada y no incurrir en alguna responsabilidad.

Sobre la obligación de los patrones de proporcionar la información al órgano jurisdiccional sobre el monto de los ingresos del deudor alimentista, el *Código Civil de Coahuila* establece en caso de incumplimiento una sanción de orden administrativo (art 416):

Los patrones, administradores, gerentes de empresas, directores y jefes de oficinas y, en general, todas aquellas personas que por razón de su cargo público o privado estén en condiciones de proporcionar informes a la autoridad judicial sobre la capacidad económica de los deudores alimentistas, están obligados a suministrar los datos que se les requieran, y de no hacerlo en la forma y términos solicitados, incurrirán en una multa de veinte a cien días de salario mínimo general vigente en el Estado, que se duplicará en caso de reincidencia, sin perjuicio de la sanción penal en que pudieran incurrir.

Derecho comparado latinoamericano

En el derecho latinoamericano, el *Código Familiar de Costa Rica* concede acción para demandar alimentos en favor de menores de edad declarados o no en estado de abandono y de mayores declarados o no en estado de interdicción a sus representantes legales o en su defecto a sus simples guardadores, quienes podrán probar esa circunstancia con los medios a su alcance. En esta misma línea, la autoridad que conozca de los procesos alimentarios de menores abandonados o de mayores incapaces podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier interesado (art 10, *CFCR*). Por otra parte, quienes carecieren de asistencia legal o de recursos económicos para pagarla, tendrán derecho a que el Estado se las suministre gratuitamente. Para tal efecto, el Poder Judicial deberá contar con una sección especializada dentro del departamento de defensores públicos.

Con la misma intención de garantizar el pago de alimentos, la *Ley de Pensiones Alimenticias* del mismo país determina que “ningún deudor de alimentos obligado a pagar pensión alimentaria, podrá salir del país, salvo que la parte actora lo hubiere autorizado en forma expresa o si hubiere garantizado el pago de, por lo menos, doce mensualidades de cuota alimentaria y el aguinaldo” (art 14, *LPACR*).

El *Código Familiar de El Salvador* en su art 253-A establece todo un sistema para garantizar el cumplimiento de la resolución judicial que decreta pensión alimentaria, el cual nos pareció tan atractivo que lo transcribimos a continuación.

Toda persona natural mayor de dieciocho años de edad, para efectos de la extensión o renovación de pasaporte, licencia de conducir, tarjeta de circulación y licencia para tenencia y portación de armas de fuego, así como para la contratación de préstamos mercantiles, deberá estar solvente de la obligación de prestación de alimentos determinada con base a resolución judicial o administrativa o convenio celebrado ante la Procuraduría General de la República o fuera de ella, según sea el caso. Las oficinas competentes previo a la extensión de dichos documentos deberán constar la solvencia de dicha obligación. La solvencia a que se refiere el párrafo anterior será confirmada por la Procuraduría General de la República, quien deberá administrar el registro correspondiente, debiendo actualizarlo y consolidarlo con la periodicidad necesaria para garantizar su efectividad y evitar cualquier violación a derechos. Para este fin, la Procuraduría General de la República mantendrá dicho registro en línea con las oficinas encargadas de extender los documentos indicados en el inciso anterior. Para los efectos del registro en mención, los tribunales de familia y los juzgados de paz, deberán brindar la información correspondiente a la Procuraduría General de la República, con la periodicidad que ésta determine. En caso de falla del sistema informático del registro, la Procuraduría General de la República deberá garantizar la prestación del servicio en mención con medidas alternas o sistemas paralelos de respaldo que sean necesarios. La infracción a lo previsto en este artículo hará incurrir al funcionario o empleado responsable en las sanciones penales correspondientes.

Sería práctico y eficaz que México adoptara algunos de los criterios de estos países sudamericanos.

8.8 Procedimiento en materia de alimentos

El procedimiento para obtener el aseguramiento del cumplimiento de una obligación como la de alimentos debe ser rápido y expedito, pues éstos

satisfacen necesidades vitales del cónyuge dependiente económico y de los hijos; por consiguiente, y por ser una razón de extrema urgencia, su ejecución debe ser inmediata.

En efecto, reconocemos que el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* crea un capítulo único sobre las controversias del orden familiar, que les permite a los miembros de la familia —sobre todo a los más indefensos, mediante sus representantes— acudir a los tribunales sin formalidades especiales cuando lo que se solicita se refiera a la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o a la violación del mismo o al desconocimiento de una obligación y, en general, a cualquier cuestión que reclame la intervención judicial, siempre y cuando no se trate de casos de divorcio o de pérdida de patria potestad (art 942, *CPCDF*). Tratándose de alimentos provisionales o establecidos por convenio, el juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y con base en la información que se haya recabado, una pensión alimentaria provisional mientras dure el juicio (art 943, *CPCDF*).

Derecho comparado

Respecto a la *Ley de Pensiones Alimenticias de Costa Rica*, veamos lo más sobresaliente:

- Si la demanda no reúne los requisitos legales, el juez de oficio señalará los defectos y ordenará a la parte actora corregirlos dentro del plazo de cinco días (art 19, *LPACR*).
- La autoridad judicial no procederá con criterios puramente formalistas (art 19, *LPACR*).
- En la misma resolución que otorga el traslado de la demanda, el juez fijará una pensión alimentaria provisional y prevendrá al obligado el depósito del monto correspondiente, dentro del tercer día, bajo apercibimiento de ordenar apremio corporal (detención) en su contra, si así lo pidiera la parte actora, en caso de incumplimiento (art 19, *LPACR*).
- De incumplirse el deber alimentario, podrá librarse orden de apremio corporal contra el deudor moroso (art 24, *LPACR*).
- Cuando el deudor alimentario se oculte, podrá ordenarse allanar el sitio donde se encuentre. El allanamiento se llevará a cabo con las formalidades del *Código de Procedimientos Penales*, previa resolución que lo acordare (art 26, *LPACR*).
- Para evitar el pago de la pensión alimentaria, no será excusa atendible que el obligado no tenga trabajo, sueldo ni ingresos (art 27, *LPACR*).

- Al demandado o al demandante que ocultare o distrajere bienes o ingresos, previa comprobación por el juez y con el resguardo del derecho de defensa, se le impondrá una sanción a favor de la otra parte (art 27, *LPACR*).
- Si el deudor alimentario comprobare en forma satisfactoria, a juicio de la autoridad competente, que carece de trabajo y de recursos económicos para cumplir con su deber alimentario, el juez podrá concederle un plazo prudencial para que busque colocación remunerada. Este periodo no podrá exceder de un mes (art 31, *LPACR*).
- La resolución que conceda al obligado autorización para buscar trabajo, ordenará de inmediato la libertad del deudor o suspenderá la orden de captura (art 32, *LPACR*).
- El deudor alimentario depositará el monto de la pensión, por mensualidad adelantada, a la orden del acreedor alimentario, en la cuenta corriente de la autoridad respectiva (art 28, *LPACR*).
- A solicitud del acreedor alimentario, el tribunal podrá ordenar el depósito de la pensión alimentaria en una cuenta corriente o de ahorros del solicitante (art 28, *LPACR*).

Por otra parte, independientemente de las acciones civiles que se pudieran ejercitar, como las mencionadas, existen *acciones penales* que se pudieran hacer valer, pues el incumplimiento de las obligaciones alimentarias constituyen un delito, así lo tipifica el *Código Penal para el Distrito Federal* en el art 193.

De conformidad con el art 193 de dicho código, al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente. 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.

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 (art 194, *CPDF*).

De acuerdo con el art 195 del *CPDF*, 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 no lo hagan dentro del término ordenado por el juez u omitan realizar de inmediato el descuento ordenado.

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 (art 196, *CPDF*).

Si la omisión de asumir las obligaciones alimentarias ocurre en incumplimiento de una resolución judicial, las sanciones se incrementarán en una mitad (art 197, *CPDF*).

8.9 Naturaleza jurídica de los alimentos

Para el jurista **Roberto de Ruggiero**, la obligación legal de los alimentos entre parientes reposa en el vínculo de solidaridad que debe existir entre los miembros de la familia; los alimentos antes que obligación jurídica constituyen una obligación moral, porque de los lazos de sangre se originan vínculos de afecto que inducen a los miembros de esa familia a socorrerse mutuamente y a evitar caer, alguno de ellos, en el desamparo. **Antonio de Ibarrola** sostiene que el fundamento de la obligación no es el de un contrato ni el de un anticipo de herencia, es el derecho a la vida que tienen las personas.

8.10 Causas que cesan o suspenden la obligación de dar alimentos

El art 320 del *Código Civil para el Distrito Federal* preceptúa lo siguiente:

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.*

Comentarios a estas fracciones en otras legislaciones

Respecto a la fracc I del precepto transcrito, el *Código Familiar para el Estado de Zacatecas* atinadamente determina como causa de suspensión de la obligación de dar alimentos cuando el que tiene dicha obligación carece de medios para cumplirla y lo prueba mediante proceso jurisdiccional, es decir, no basta la afirmación del deudor de que carece de trabajo o ingresos, pues puede ocurrir que lo manifieste así con el objeto de evadir fraudulentamente la obligación, sino que es necesario que su dicho sea acreditado en juicio.

Sobre esta causa, el art 27 de la *Ley de Pensiones Alimenticias de Costa Rica* preceptúa lo siguiente:

Para evitar el pago de la pensión alimentaria no será excusa atendible que el obligado no tenga trabajo, sueldo ni ingresos; tampoco el que sus negocios no le produzcan utilidades, todo sin perjuicio del análisis de la prueba y de las averiguaciones que, de oficio o a indicación de la parte actora, acordare la propia autoridad, a fin de determinar el monto asignable en calidad de cuota alimentaria y la forma de pagarla.

“Si el deudor alimentario comprobare en forma satisfactoria, a juicio de la autoridad competente, que carece de trabajo y de recursos económicos para cumplir con su deber alimentario, el juez podrá concederle un plazo prudencial para que busque colocación remunerada. Este periodo no podrá exceder de un mes, prorrogable en casos excepcionales, por término igual” (art 31, *LPACR*).

Respecto a la fracc II del art 320 del *Código Civil para el Distrito Federal*, el *Código Civil de Coahuila* sostiene: “Cesa la obligación de dar alimentos en caso de injuria, falta o daño grave inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos, o cuando aquél llega a la mayor edad si no está en los casos de excepción” (art 425, *CCEC*).

Con relación a la fracc III del art 320 del *CCDF*, no es uniforme el criterio en las distintas entidades de la República, en virtud de que la mayoría simplemente se refiere como causa de suspensión de la obligación alimentaria

en caso de conducta antisocial o daños graves intencionales por el alimentario contra el que deba darlos, no importando si el acreedor sea menor o mayor de edad.

La fracc IV de dicho artículo presenta la hipótesis que surge cuando la necesidad de los alimentos depende de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad. Si bien se entiende la actitud del legislador de proteger a los acreedores menores de edad, también es cierto que puede fomentar la irreverencia hacia los progenitores, o bien, la apatía al estudio o, en su caso, al trabajo. Creemos que no es sensato que el legislador sea excesivamente permisivo o proteccionista, pues esa no es la forma idónea de educar y formar integralmente a los menores de edad. Estas razones nos permiten concluir que en caso de violencia contra el deudor debe suspenderse la obligación de alimentos a pesar de la menor edad.

La fracc V del precepto en cuestión establece que el acreedor alimentista pierde sus derechos de alimentos cuando abandona la casa del deudor sin su autorización y sin causa justificada, presumiéndose, en este caso, que no tiene necesidad de sustento. Sin embargo, la *Ley para el Desarrollo Familiar de Tamaulipas* determina que no obstante la obligación del hijo de vivir en compañía de sus padres, si se ausenta de la casa familiar, podrán los progenitores hacerlo volver, recurriendo si fuere necesario a la intervención de la autoridad judicial (art 32); pero si el hijo que se ausentare del hogar fuere asistido por quien lo tuviere bajo su cuidado, se presumirá la autorización de los padres para que cualquier persona le pueda suministrar alimentos, la cual tendrá derecho a que se le restituya el valor de lo suministrado (art 40). Se vuelve a notar la tendencia proteccionista en las legislaciones familiares que últimamente se han promulgado.

Siguiendo un criterio objetivo sobre la diversidad de posturas legales, es oportuno recordar el deber jurídico del hijo de vivir al lado de sus ascendientes que ejercen sobre él la patria potestad, ya que el art 421 del *Código Civil para el Distrito Federal* determina categóricamente que “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”; por consiguiente, cuando el hijo se separa de la casa paterna, sin causa y sin consentimiento de sus progenitores, la obligación de éstos de suministrarle alimentos se suspende, ya que precisamente se estaba cumpliendo dicha obligación por parte de sus padres, teniendo al hijo incorporado a la casa paterna; sería incongruente que éste les reclamara una pensión alimentaria, ya que no tiene el derecho a escoger la forma de cumplimiento de la obligación, pues, en todo caso, la alternativa se la concede la ley al deudor.

Respecto a las causas contempladas en las fraccs I, II y IV del citado art 320, no puede decirse que en ellas se extinga el derecho y el deber de recibir y otorgar alimentos, pues cabe la posibilidad de que desaparezca momentáneamente la necesidad y que después la persona recaiga en estado de indigencia; o bien, el caso contrario, es decir, que en un momento dado el deudor no tenga la posibilidad económica para cubrirlos por incapacidad o desempleo. En estos casos, el deber no desaparece, sólo se suspende momentáneamente mientras el deudor recobra su capacidad económica.

Es obvio que en materia de alimentos las circunstancias que prevalecen en un momento pueden modificarse y convertir a una persona capaz en incapaz, o a un solvente en insolvente; por lo cual las sentencias sobre alimentos no adquieren el carácter de definitivas, es decir, de cosa juzgada. Del anterior razonamiento se deduce que las fraccs I y II del art 320 no tratan de causas de extinción, sino de suspensión de la obligación de otorgar alimentos. Lo mismo sucede con la fracc IV, ya que en ella se advierte que sólo mientras subsista la conducta negativa del acreedor, el deudor no estará obligado a alimentarlo; en consecuencia, si la necesidad subsiste en virtud de la menor edad, habiendo desaparecido la conducta viciosa del acreedor, el deudor estará nuevamente obligado a su sostenimiento.

Ahora bien, las causales que verdaderamente se regulan como extintivas de la obligación en comento son las referidas en las fraccs III y V del mencionado artículo. En el primer caso, el derecho a alimentos se pierde por ingratitud del acreedor hacia la persona de su deudor. Es frecuente que los hijos abusen del afecto de sus progenitores, actuando con ingratitud e incluso cometiendo en su contra delitos cruentos; sin embargo, en la realidad, pocas son las veces en que los padres niegan sustento a sus descendientes por estas razones.

UNIDAD 9

Violencia familiar

Regulación jurídica: arts 323 ter, quáter, quintus y sextus del CCDF

Concepto	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 (art 323 quáter, CCDF).
Clases	• Violencia física: es 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. • Violencia psicoemocional: es 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 cognitiva y valorativa que afecten su autoestima, o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona. • Violencia económica: son los actos que implican el 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 el CCDF tiene obligación de cubrirlas. • Violencia sexual: son actos u omisiones 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 (art 323 quáter, CCDF).

Efectos jurídicos

- Pérdida de la patria potestad (art 444, CCDF)
- Suspensión de la patria potestad (art 447, CCDF)
- Limitación de la patria potestad (art 444 bis, CCDF)

9.1 Introducción

Desde los primeros intentos de justificación de la autonomía del derecho familiar se afirmó que esta disciplina tiende a la protección integral de los *intereses superiores* de los miembros de la familia, sobre todo, de los que se encuentran en absoluto estado de indefensión.

En efecto, como ya antes se mencionó, los juristas **Güitrón Fuentesvilla, Barroso Figueroa, Julien Bonnecase, José la Cruz y Manuel Albadalejo**, entre otros, sostienen que el derecho familiar tiene un contenido de carácter ético, pues mientras que en el derecho civil se protegen intereses particulares, en el familiar ese interés es sustituido por un interés superior, que es propiamente el de la familia. La voluntad de los particulares poco significa para este derecho, pues su fin no es la protección del individuo, sino la de cada uno de los miembros del grupo familiar, sobre todo, la de los más indefensos.

Este criterio doctrinal ha cristalizado en las diversas legislaciones de corte familiar de Latinoamérica, incluyendo México (en algunos estados de la República).

El *Código Civil para el Distrito Federal* instituye el Título IV bis en un capítulo único regulador de la familia.

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.*

Aunado a esta normatividad encontramos varias disposiciones en el *Código Civil para el Distrito Federal* tendentes todas ellas a tutelar el interés superior de los menores.

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 la personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;*
- IV. *El fomento de la responsabilidad personal y social, así como la toma de decisiones del menor de acuerdo con 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.*

Por ende, quienes ejerzan la patria potestad deben procurar la seguridad física, psicológica y sexual, así como *realizar demostraciones afectivas con respeto y aceptación de parte de los menores* (art 414 bis, CCDF).

Con estas bases legales, se instituye el Capítulo III del Título Sexto del código civil en cuestión, sobre violencia familiar, el cual señala enfáticamente los derechos-deberes recíprocos de los miembros de la familia que deben desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad psicoemocional, económica y sexual, evitando conductas que generen violencia familiar (art 323 ter, CCDF). 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.

En suma, no se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia las niñas y niños (art 323 quáter *in fine*, CCDF).

9.2 Concepto

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 (art 323 quáter, CCDF).

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 del agresor, siempre y cuando éste y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa (art 323 *quintus*, *CCDF*).

9.3 Análisis de la violencia familiar. Clases

El art 323 quáter del *CCDF* hace mención de las siguientes clases de violencia familiar:

1. **Violencia física:** es 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.
2. **Violencia psicoemocional:** es 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 autocognitiva y autovalorativa que dañen su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de su estructura psíquica.
3. **Violencia económica:** son los actos que implican el 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 el *CCDF*, tiene obligación de cubrirlas.
4. **Violencia sexual:** comprende los actos u omisiones cuyas formas de expresión pueden ser las siguientes: 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.

9.4 Diferentes leyes nacionales e internacionales aplicables

Derecho nacional

Una legislación nacional que define a la violencia familiar es el *Código Familiar de Zacatecas*, el cual toca aspectos que escapan al anteriormente vertido,

por ejemplo, por violencia familiar considera “todo acto u omisión intencional, *aislado o reiterado*, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir, mediante el uso de la fuerza verbal, física o psicológica, *así como omisiones graves que se ejercen contra cualquier miembro de la familia por otro integrante de la misma*, que atente contra su integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, ya sea que se realicen *dentro o fuera del domicilio conyugal y se produzcan o no lesiones*” (art 283 bis, CFZ).

También se consideran acciones de violencia familiar las previstas en el mencionado artículo, aun cuando el agresor y la víctima no habiten en el mismo domicilio, pero tengan o hayan tenido relación de parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio, concubinato u otra relación afín, o que convivan o que hayan convivido en el mismo domicilio y estén sujetos a patria potestad, tutela, guarda, protección, educación, cuidado, custodia, o que mantengan o hayan mantenido una relación afectiva (art 283 ter, CFZ).

El *Código Civil de Coahuila* en su art 363, fracc XIII, desarrolla ampliamente el contenido del maltrato físico, psíquico o sexual, como se muestra en seguida.

- **Maltrato físico:** lo constituyen las acciones que perjudican la integridad corporal; que van desde sujeción, lesiones en el cuerpo producidas por puño, mano o pie, golpes con objetos, hasta uso de armas punzocortantes o de fuego. Las consecuencias pueden ir desde golpes simples, lesiones leves, lesiones graves, lesiones que dejan marca e incluso que producen incapacidad.
- **Maltrato psicológico:** todo acto u omisión consistente en cualquier clase de prohibiciones, condicionamientos, coacciones, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluativas de abandono, que provoquen en quien las recibe un deterioro o disminución de la autoestima y devaluación del autoconcepto.
- **Maltrato sexual:** todo acto que inflige burla y humillación de la sexualidad, niega las necesidades sexoafectivas entre los cónyuges, coacciona a realizar actos o practicar la celotipia para el control de la persona, así como los delitos contra la libertad y el normal desarrollo de la psicosexualidad.

El *Código Civil de Nuevo León* en su art 267, fracc XVIII, al referirse a la violencia como causa de divorcio, complementa las anteriores definiciones con un precepto basado en la realidad social, pues no es factible que el

cónyuge afectado pueda llevar cuentas pormenorizadas de cada acto u omisión intencional que le cause daño a la familia:

Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges que afecten al otro o a los hijos de ambos o de alguno de ellos. Asimismo, cuando un cónyuge promueva el divorcio fundado en esta causal, deberá narrar en la demanda los hechos que pongan de manifiesto la violencia familiar imputada a la parte demandada, la afectación causada al demandante, así como el nexo causal entre uno y otro, sin que sea necesario especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada evento atribuido al demandado (art 267, fracc XVIII, CCNL).

Este último criterio lo ha corroborado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) el 11 de marzo de 2011, al resolver que si en un juicio de divorcio se comprueba violencia familiar, procederá la disolución del vínculo matrimonial, así como la pérdida inmediata de la patria potestad de los hijos.

En efecto, la Primera Sala de la Corte puntualizó que si se actualiza violencia familiar como causal de divorcio, el vínculo matrimonial se disolverá de inmediato y se condenará al demandado a la pérdida de la patria potestad de sus hijos menores de edad. Los ministros de la Primera Sala señalaron que cuando un demandante invoca esta causal en su solicitud de divorcio es innecesario que en algunos casos se pormenoricen los hechos, pues siempre *debe prevalecer el principio constitucional del interés superior de los niños*.

Si dentro del juicio la parte afectada logra comprobar que su demanda está basada en un cúmulo de actos y situaciones de maltrato, ya sea físico, psicoemocional o sexual, *no es necesario revelar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron estas conductas de violencia*. En este sentido subrayaron que “sería prácticamente imposible que una persona recordara datos específicos de todos y cada uno de los actos de violencia de los que fue objeto, más aún si las víctimas son menores de edad”. El divorcio y la pérdida de la patria potestad por violencia familiar sostienen su acción no sólo en un hecho aislado, sino en un cúmulo de actos y situaciones de maltrato.

De esta manera, la Suprema Corte negó un amparo a una persona que reclamó que el juez correspondiente omitió especificar las amenazas y agresiones verbales que acusó su demandante y subrayó que al comprobarse violencia intrafamiliar procede de manera inmediata la disolución del vínculo matrimonial y la pérdida de la patria potestad de los hijos.

Tesis jurisprudencial

Patria potestad, pérdida de la. En tratándose de la violencia familiar prevista en el artículo 444, fracción III, en relación con el 323 quáter del *Código Civil para el Distrito Federal*, no resulta necesario señalar las circunstancias de modo, tiempo y lugar para que se actualice, basta con que se invoque y demuestre el ambiente de violencia. De la interpretación armónica de los artículos 444, fracción III y 323 quáter del *Código Civil para el Distrito Federal* se sigue que la patria potestad se pierde cuando uno de los progenitores ejerza en contra del menor una fuerza física o moral que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando sea de tal magnitud que resulte suficiente e idónea para imponer esa sanción; y para que se surta la hipótesis legal no se requiere, necesariamente, que se causen lesiones físicas, pues basta que con el proceder del padre incumplido se genere la posibilidad de que se ocasionen perjuicios a la integridad física o psicológica del menor. Lo anterior impone la obligación al juzgador de hacer la valoración en función de las consecuencias que la conducta produzca, tomando en consideración todas las circunstancias del caso, *sin que sea necesario que se precisen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los actos de violencia familiar*, toda vez que basta la demostración del resultado en la persona del menor, con independencia del momento en que se produzca la *violencia*, ya que no se encuentra condicionada a la reiteración de conductas de agresión física y psicológica, ni que existan momentos específicos para que se origine.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 637/2003. 31 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gabriel Montes Alcaraz. Secretaria: Georgina Guadalupe Sánchez Rodríguez.

9.5 Efectos jurídicos de la violencia familiar

Los efectos jurídicos de carácter personal que ocasiona la violencia familiar en sus diversas clases o manifestaciones consisten en la pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad.

A. Pérdida de la patria potestad

El art 444 del *Código Civil para el Distrito Federal* establece que la patria potestad se pierde por resolución judicial, por las siguientes causas (entre otras):

- Por violencia familiar en contra del menor.
- Por el incumplimiento de obligaciones alimentarias por más de noventa días sin causa justificada.

- Por el abandono que el padre o la madre hiciere de sus hijos por más de tres meses sin justa causa.
- Cuando el que ejerza la patria potestad hubiere cometido contra la persona o bienes de los hijos un delito doloso declarado en sentencia firme.

B. Suspensión de la patria potestad

De conformidad con el art 447 del citado código, la patria potestad se suspende en las siguientes circunstancias (entre otras):

- Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la *Ley General de Salud* y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, *amenacen causar algún perjuicio, cualquiera que éste sea, al menor*.
- Cuando exista la posibilidad de *poner en riesgo* la salud, el estado emocional o incluso la vida de los descendientes menores —por parte de quien conserva la custodia legal— o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.
- Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente.

C. Limitación de la patria potestad

La patria potestad podrá ser limitada por la autoridad judicial en los casos de divorcio o separación de los padres (art 444 bis, *CCDF*).

Otros efectos de orden civil

Los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta, independientemente de otro tipo de sanciones de orden penal (art 323 sex-tus, *CCDF*).

En los temas de divorcio y patria potestad están ampliamente desarrolladas las causas de pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad y de maltrato conyugal.

Derecho latinoamericano. Soluciones adoptadas en algunos países

En algunos países hispanoamericanos se ha avanzado en el tema legal para tratar de proteger de manera eficaz a las víctimas de malos tratos, considerando el hecho como un acto punible y reprochable jurídica y socialmente.

Entre los países hispanoamericanos que han adecuado su marco legal en contra de la violencia familiar se encuentran los siguientes:

México: *Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal*, del 8 de julio de 1996. Es una ley con carácter especial no punitiva, de competencia para los jefes delegacionales; contempla la violencia física, psicoemocional y sexual.

El procedimiento y las sanciones sólo tienen carácter administrativo, sin perjuicio de las sanciones contempladas en otros ordenamientos. Las medidas de protección son asistenciales.

El 30 de diciembre de 1997 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que reforma y adiciona los códigos civil y penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

Perú: Ley N° 26.260, sobre la política del Estado y la sociedad contra la violencia familiar, de diciembre de 1993 y modificada en 1997. Es una ley especial y de competencia para el juez de lo civil. Es un procedimiento sumario. En primer lugar contemplaba la violencia física y psicológica, pero con la modificación de la ley se amplió al maltrato sin lesión, la amenaza y la coacción grave. Como sanción se da la suspensión temporal de la cohabitación y de las visitas a la persona agraviada. El juez puede aplicar cualquier medida de protección que considere pertinente para garantizar la seguridad del afectado.

Argentina: Ley Nacional N° 24417, de protección contra la violencia familiar, del 7 de diciembre de 1994. Contempla la violencia física y psicológica. Es una ley con carácter especial, de competencia para el juez de asuntos de la familia. El procedimiento es breve, concentrado, verbal o escrito y se pueden adoptar medidas cautelares.

Bolivia: Ley N° 1674, contra la violencia en la familia o doméstica, del 15 de diciembre de 1995. Contempla la violencia física, psicológica y sexual. Es una ley especial, de competencia para el juez de instrucción familiar (en el caso de que se produzca en comunidades indígenas o campesinas, serán competentes las autoridades comunitarias y naturales, de acuerdo con las costumbres). El procedimiento es breve, concentrado, oral o escrito, además de reservado; determina medidas cautelares y de protección a la víctima. El tipo de sanciones comprende multas y arresto hasta por cuatro días, y se consideran medidas alternativas, como la terapia y el trabajo de grupo.

Colombia: Ley N° 294, para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, del 16 de julio de 1996. Contempla la violencia física, psíquica

y sexual. Compete al juez de familia. Es una ley especial de protección, pero si la violencia es constitutiva de delito se aplicará el *Código Penal*. El procedimiento puede ser breve, concentrado, oral o escrito. Se dictan determinadas medidas de protección.

Costa Rica: Ley N° 7586, contra la violencia doméstica, de marzo de 1996. Tiene carácter especial de protección. Compete al juez de familia o a las alcaldías mixtas. Contempla la violencia física, psicológica, sexual y patrimonial. El procedimiento puede ser breve, verbal o escrito. Se señalan medidas de protección.

Chile: Ley N° 19325, del 27 de agosto de 1994. Establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar. Es una ley con carácter especial. Contempla el maltrato físico y psicológico. Le compete al juez de lo civil, mediante un procedimiento especial, breve, oral o escrito. Se pueden dictar todas las medidas precautorias que se consideren necesarias para garantizar la seguridad física o psíquica del afectado. Las sanciones pueden consistir en tratamiento terapéutico obligatorio, multa o prisión. Además, señala que el Servicio de Registro Civil e Identificación deberá llevar un registro de las personas que hayan sido condenadas, por sentencia ejecutoriada, como autoras de actos de violencia familiar.

El Salvador: Decreto N° 902, contra la violencia intrafamiliar, de septiembre de 1996. Tiene carácter especial de protección. Le compete a los juzgados de familia y de paz. Es un procedimiento oral, concentrado o rápido. Contempla la violencia física, psicológica y sexual. Las medidas de protección pueden ser preventivas, cautelares o de protección.

Guatemala: Decreto N° 97-96. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, del 28 de noviembre de 1996. Es una ley especial de protección. Le compete a los juzgados de familia o a los juzgados de paz de turno. El procedimiento es verbal o escrito. Contempla la violencia física, psicológica, sexual o patrimonial. Si la violencia intrafamiliar es falta o delito, se aplicarán las sanciones establecidas en el *Código Penal*. Además, enumera medidas de protección.

Organismos internacionales

La violencia familiar es un problema social con carácter mundial, por lo que ha sido abordado en diferentes foros. La *Organización de las Naciones Unidas* (ONU) con base en la libertad, la justicia y la paz en el mundo, busca se reconozcan la dignidad y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, por lo que ha llevado a cabo una incansable

labor para erradicar la violencia dentro del seno familiar. En cuanto al reconocimiento de los derechos de los niños y niñas, esta organización ha comprometido a los Estados miembros a que asuman la defensa y promoción de sus derechos fundamentales utilizando como base la *Convención de los Derechos del Hombre*, en cuyos artículos relativos a la infancia tutela su integridad física, psíquica y sexual.

La *Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño* protege la dignidad y el valor de la vida y persona del menor mediante la aplicación de medidas de desarrollo social, legislativas, salud y trabajo social, además de establecer la intolerancia total a la violencia dentro de la familia.

La *Declaración de Derechos Humanos* del 10 de diciembre de 1948 señala que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art 1o) y que “toda persona tiene todos los derechos y libertades sin distinción de raza, color, sexo” (art 2o). Igualmente establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art 3o).

Con fundamento en estas declaraciones, la ONU ha llevado a cabo infinidad de proyectos y conferencias mundiales para lograr el respeto a la igualdad y los derechos humanos dentro de la familia, entre los que se cuentan los siguientes:

- La *Declaración de los Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1959.
- Respecto a la violencia contra la mujer, creó la *Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer*.
- Se formalizó el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Este pacto manifiesta en su art 23.1 que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*.
- En 1975 tuvo lugar en México la *Primera Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer*, bajo el lema “Igualdad, Paz y Desarrollo”, en la cual sobresalen tres objetivos base:
 - La igualdad plena de género y la eliminación de la discriminación por motivos de género.
 - La integración y plena participación de la mujer en el desarrollo.
 - Una contribución cada vez mayor de la mujer al fortalecimiento de la paz mundial.

UNIDAD 10

La filiación

Regulación jurídica: arts 324-389 del CCDF

Concepto en sentido amplio { Es el vínculo jurídico permanente derivado del hecho de la procreación, para mantener lazos constantes entre ascendientes y descendientes.

Concepto en sentido restringido { **Filiación:** relación jurídica entre el hijo con su padre o madre, en sentido estricto, y en sentido amplio, con los demás ascendientes. **Paternidad:** relación jurídica entre el padre y el hijo **Maternidad:** relación jurídica entre la madre y el hijo

Clases de filiación. La doctrina y las legislaciones contemporáneas tienden a acabar con las prejuiciosas clases de hijos

- *Matrimonial:* vínculo jurídico existente entre el hijo nacido dentro del matrimonio de sus padres y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio por nulidad de éste, muerte o divorcio. Este término se contará desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.
- *Extramatrimonial:* vínculo jurídico existente entre hijos concebidos fuera del matrimonio y sus progenitores.

Fuentes de la filiación

- **Las presunciones legales** contra las que no se rinda prueba en contrario. Benefician a los hijos de relaciones estables, es decir, de matrimonio y de concubinato; ellos no tienen que investigar paternidad, pues esos hijos se presumen hijos del marido o, en su caso, del concubinario. (Arts 324 y 383, CCDF).
- **El nacimiento** determina la maternidad, por ser ésta un hecho obvio. Una vez que se da el alumbramiento se crea el lazo de filiación por razones biológicas.
La investigación de la maternidad es libre y comprobable por todos los medios de prueba, incluidos los que provengan del avance de los conocimientos científicos. Sólo se encuentra prohibida dicha investigación para la mujer casada que viva con el marido (art 382, CCDF).
- **El reconocimiento** voluntario respecto al padre en los casos de hijos habidos fuera de matrimonio (art 360, CCDF).
- **Una sentencia** que declare la filiación. Supone un juicio de Investigación de la paternidad o la maternidad promovido por hijos de relaciones inestables.
La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se ofreciera la prueba biológica de ADN y el presunto progenitor se negare a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre (art 382, CCDF).
- **La adopción** (art 410-A, CCDF).

Explicación de cada fuente de la filiación

1. Las presunciones legales contra las que no se rinda prueba en contrario.

En contrario puede ser la biológica de ADN, presentada en un juicio de impugnación de la paternidad interpuesto por el marido o por el concubinario.

- A. *Presunción de hijos de cónyuges*: gozan de ella los hijos nacidos dentro del matrimonio de sus padres y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio (art 324, CCDF).
 - El marido puede desconocer a los hijos nacidos en esos plazos, demostrando que no pudo tener relaciones sexuales con su esposa en los primeros 120 días de la gestación, así como aquellas pruebas que provengan de los avances científicos (art 325, CCDF).
 - El marido podrá impugnar la paternidad de los hijos cuando el nacimiento se le haya ocultado (como en el caso de que no vivan juntos) o cuando demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento (art 326, CCDF). La impugnación de paternidad debe ejercerse dentro de los 60 días a partir de que el marido se enteró del nacimiento (art 330, CCDF).
- B. *Presunción de hijos de concubinato* (art 383, CCDF): gozan de ella los nacidos dentro de concubinato, y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesó la vida en común.

2. El nacimiento: en relaciones inestables determina únicamente la maternidad.

3. **El reconocimiento**: es el acto jurídico por el cual quien ha tenido un hijo lo admite como tal. Es la confesión de la paternidad.

Requisitos

Del progenitor

- La edad exigida para contraer matrimonio (art 361, CCDF).
- Consentimiento del representante legal, tratándose de un menor (art 362, CCDF).

3. El reconocimiento [Continuación]:

Requisitos	Del progenitor	• Puede ser reconocido conjunta o separadamente. En este caso, produce efectos respecto al que reconoce y no con relación al otro progenitor (art 366, CCDF); por lo cual sólo se asentará el nombre del compareciente, pero quedarán a salvo los derechos del hijo para investigar la paternidad o maternidad (art 370, CCDF).
	Del hijo	• Mayor de edad: se requiere su consentimiento (art 375, CCDF). • Menor de edad: requiere consentimiento del representante legal, pudiendo ser la madre (art 375, CCDF).
	Formas: (art 369)	— En la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil. — En acta especial. Cuando ya registrado el nacimiento del hijo por la madre soltera lo reconoce después el padre. (Reconocimiento extemporáneo). — En escritura pública. — En testamento. — Por confesión judicial. — Por sentencia firme en el caso de negativa del demandado a someterse a la prueba biológica (ADN). — El reconocimiento hecho en forma diferente no producirá efectos, pero podrá ser indicio en juicio de investigación de la paternidad o maternidad.
	Impugnación	• El ministerio público: cuando el reconocimiento se hubiere efectuado en perjuicio del menor (art 368, CCDF). • El progenitor que reclame para sí tal carácter (art 368, CCDF). • El hijo puede impugnar el reconocimiento durante los dos años siguientes a su mayor edad (art 376, CCDF). • La madre soltera tiene derecho a contradecir el reconocimiento que un hombre pretenda hacer de un hijo suyo, pero la cuestión sobre la paternidad se resolverá en juicio contradictorio (art 379, CCDF). • Puede impugnar la persona que ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le haya dado su nombre y presentado públicamente como suyo (art 378, CCDF).
Efectos (art 389 Nota: ver arts 353 bis, ter, quáter, CCDF)		• Crea vínculos de parentesco entre el que reconoce y su familia, con el hijo. • El ejercicio de la patria potestad. • Al progenitor que reconozca primero le corresponde la custodia si no viven juntos, pero el otro gozará del derecho de convivencia y vigilancia (art 381, CCDF). • Cuando los padres no vivan juntos pero reconocieron al mismo tiempo, convendrán cuál de los dos tendrá la custodia; en caso contrario, el juez resolverá a favor del interés del menor (art 380, CCDF).

4. Por sentencia que declare la filiación en juicio de investigación de paternidad

Puede definirse la investigación de la paternidad como la facultad concedida a los hijos habidos fuera de matrimonio (de relaciones inestables), en los casos permitidos por la ley, para reclamar ante el juez competente se les reconozca su condición de hijos, presentando las pruebas de su filiación, para que ésta sea declarada en una sentencia con los consiguientes efectos que la paternidad produce.

El *Código Civil para el Distrito Federal* no regula propiamente los casos específicos de investigación de la paternidad, como ocurre en todas las entidades federativas, sino que establece un precepto genérico, con el cual queda abierta la posibilidad de investigar la paternidad a cualquiera que cuente con un principio de prueba: “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” (art 382, *CCDF*).

5. La investigación de la paternidad o maternidad está permitida en la mayoría de los estados del país

- En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- Cuando el hijo tiene o tuvo posesión de estado de hijo. Se justifica dicha posesión demostrando que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero, o que el presunto padre ha proveído a su subsistencia, educación o establecimiento.
- Cuando el hijo fue concebido durante el tiempo en que la madre hacía vida marital con el presunto padre (pero sin tener la calidad de concubinos, por ejemplo: que uno de ellos esté casado).
- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre.

Nota: 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 el padre o la madre.

Requisitos para la investigación (art 388, *CCDF*)

- En vida del padre, si se investiga la paternidad.
- En vida de la madre, si se investiga la maternidad.
- Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad del hijo, éste puede demandar durante los cuatro años siguientes a su mayor edad.

6. Pruebas de la filiación

- De hijos de cónyuges: con las actas de su nacimiento y del matrimonio de los padres (art 340, *CCDF*).
- De hijos de concubinos: con las actas de nacimiento y con la prueba de la fecha en que empezó o cesó la vida en común de los padres.
- A falta de actas, demostrando la posesión de estado de hijo (art 341, *CCDF*).
- Por cualquier otro medio de prueba que la ley autorice incluyendo aquellas que procedan de los avances científicos (ADN). Requiere de un juicio de investigación de la paternidad, salvo Nuevo León, donde dicha prueba puede ser ofrecida en acto prejudicial.

7. Efectos de la filiación:

“la ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen” (art 389, CCDF).

- Derecho de llevar el apellido del que lo reconoce.
- Derecho al ejercicio de la patria potestad.
- Derecho-deber de alimentos.
- Derecho a sucesión legítima.
- Tutela legítima.

10.1 Concepto y antecedentes

Por las trascendentes responsabilidades que entraña *la procreación*, ésta constituye el fenómeno natural más importante para el derecho familiar. El tener un hijo debe ser un acto reflexivo y consciente. No hay responsabilidad mayor que engendrar una nueva vida.

Para asegurar la estabilidad en las relaciones entre padres e hijos y el estricto cumplimiento de esas responsabilidades, la norma jurídica recoge el hecho biológico de la procreación, lo reconoce, lo regula e instituye consecuencias de derecho entre los progenitores y sus descendientes, creándose con ello *la figura jurídica de la filiación, la cual comprende la fuente más importante de la familia*.

En efecto, la Organización de las Naciones Unidas ha declarado que todos los niños y las niñas tienen derecho a conocer su origen, a saber quiénes son sus padres, derecho a llevar un nombre y apellidos, y derecho a que se satisfagan sus necesidades de sustento, protección y educación. Esa declaración ha sido recogida por diversos países concretándose en legislaciones que privilegian los derechos de la niñez.

Al respecto, en México, particularmente en el Distrito Federal, la *Ley de los Derechos de los Niños y de las Niñas* (2000) determina que “los niños y niñas en el Distrito Federal tienen derecho a vivir y crecer en el seno de una familia, mantener relaciones personales con sus progenitores y contacto directo con ellos, aun en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña o niño” (art 5o, fracc II, LDNDF).

Con este marco legal, *la filiación constituye pues el vínculo jurídico existente entre los hijos y sus progenitores, derivándose de ella el concepto de paternidad o maternidad*, reservándose el concepto de filiación si se parte del hijo. Con estas bases, la filiación antes que figura y relación jurídica, es decir, antes que estado de derecho constituye un hecho natural que nadie puede desconocer. Todo hijo es procreado obviamente por su madre y por su padre, existiendo entre ellos una relación biológica que se convierte en jurídica al estar acogida y regulada por el orden normativo, estableciendo

un complejo de deberes y derechos recíprocos, así como de impedimentos permanentes entre padres e hijos. Estos efectos jurídicos se producen día con día, en forma constante, renovándose continuamente y sólo se extinguen cuando termina la relación.

En este orden de ideas, la filiación es un estado jurídico, es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el hijo, el padre y la madre.¹ *En consecuencia, la maternidad comprenderá el vínculo jurídico entre la madre y el hijo; en cuanto a la paternidad, consistirá en la relación jurídica entre el padre y el descendiente.*

Ahora bien, así como toda persona fue concebida por sus progenitores, igualmente a todo individuo le corresponde una filiación, es decir, una relación de paternidad y una de maternidad. Sin embargo, en ocasiones no es posible conocerla por la dificultad de probar, sobre todo, la paternidad, ya que la maternidad se conoce en forma directa mediante el nacimiento, y sólo por excepción se desconoce. En efecto, por el parto se sabe a ciencia cierta quién es la madre; en cambio, respecto a la paternidad, el legislador no tiene más remedio que recurrir a presunciones legales para establecer que el embarazo de la mujer es obra de un individuo determinado, tomando como base para fijar esas presunciones el hecho natural del alumbramiento y, por supuesto, si el nacimiento del hijo ocurrió durante una relación estable (matrimonio o concubinato).

No obstante, a pesar de que la paternidad se establece mediante una presunción legal, la misma puede ser destruida por una prueba en contrario, es decir, dicha presunción proporciona únicamente una *certeza relativa* tratándose de hijos de matrimonio y de concubinato, y una verdadera incertidumbre para los habidos de relaciones inestables, ya que sólo se puede establecer la paternidad respecto a estos últimos por medio de *un reconocimiento expreso del padre o por una sentencia que declare la paternidad.*

10.2 Clases de filiación y de hijos

Los tipos de filiación en todas las épocas y lugares se han determinado conforme a la situación jurídica en que se encuentran los padres en el momento de la concepción del hijo. De esta manera, la doctrina y la legislación de todos los tiempos han reconocido *tres tipos de filiación: la matrimonial, la*

¹ Rafael Rojina Villegas, ob cit, pág 591.

natural y la legitimada. Sin embargo, juristas y legislaciones contemporáneos han cambiado de criterio con el propósito de acabar con las distinciones prejuiciosas entre los hijos, los menos culpables de su origen y las únicas víctimas de ese injusto sistema, pues no es justo ni humano que se les otorguen calificativos denigrantes tales como hijos legítimos, ilegítimos, naturales, adulterinos, incestuosos, expósitos. Con estas bases, se eliminan de algunos ordenamientos de vanguardia las clases de filiación y las diferencias odiosas entre los hijos, que al fin y al cabo son sólo eso, hijos.

A. Filiación matrimonial

También llamada *filiación legítima*, comprende para algunas legislaciones conservadoras el vínculo jurídico existente entre el hijo concebido dentro del matrimonio y sus padres. Se requiere en esos ordenamientos no sólo que el hijo nazca durante la unión matrimonial de sus progenitores, sino incluso que sea concebido dentro de esa unión, pues para que un hijo de la mujer casada se presuma que es del marido, debe nacer después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio.

En contraste, en el *Código Civil para el Distrito Federal*, que toma la directriz del *Código Familiar de El Salvador*, basta que el hijo nazca dentro de matrimonio para que se infiera que es del marido, aunque no haya sido concebido dentro de aquél. También se presume del esposo, el hijo que nace durante los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo conyugal, ya provenga ésta de nulidad del matrimonio, de muerte del marido o de divorcio, este término contará desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial (art 324, CCDF).

Con este fundamento legal, el hijo que nace en estas condiciones no tiene que probar quién es su padre, porque el legislador asume que el embarazo de la madre lo ocasionó el marido, en virtud de que *el matrimonio presume la cohabitación de los cónyuges y el cumplimiento del deber recíproco de exclusividad sexual*.

B. Filiación extramatrimonial

Esta filiación, también llamada natural, la configura el vínculo jurídico existente entre hijos habidos fuera del matrimonio y sus progenitores.

Ahora bien, en México, desde la *Ley de Relaciones Familiares* de 1917, se han equiparado los derechos de los hijos habidos fuera de matrimonio con respecto a los hijos nacidos dentro de él, así se manifiesta la legislación vigente: “La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia” (art 338, CCDF). “La

ley *no establece distinción alguna* entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen” (art 338 bis, CCDF).

C. Filiación legitimada

En el *Código Civil para el Distrito Federal* y en algunos estados de la República, la figura de la legitimación ha desaparecido. Se infiere que la intención del legislador ha sido eliminar las clases de hijos y la desigualdad jurídica.

No obstante, algunas entidades la conservan y sus legislaciones establecen que la filiación legitimada les corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él, o bien, éstos los reconocen antes de celebrar las nupcias, durante ellas o después de su celebración. Con estos lineamientos se han reconocido tradicionalmente dos tipos de legitimación: a) Para los hijos que nacen en los primeros ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de sus padres, a quienes se les ha otorgado el calificativo de *hijos legitimados por ministerio de ley*; b) para los hijos que hubieren nacido antes de las nupcias de sus progenitores, los cuales toman el nombre de *hijos legitimados por reconocimiento*.

10.3 Las fuentes de la filiación

El *Código Civil para el Distrito Federal* en realidad no sigue un criterio determinado, pues no regula específicamente cuáles son las fuentes de la filiación; sin embargo, del contenido de esta legislación se infiere que la filiación se origina por lo siguiente:

- *Las presunciones legales* contra las que no se rinda prueba en contrario. Esas presunciones favorecen a los hijos de relaciones estables, es decir, de matrimonio (art 324, CCDF) y de concubinato (art 383, CCDF).
- *El nacimiento*, el cual determina la maternidad por el solo hecho del alumbramiento.
- *El reconocimiento*, el cual determina la paternidad (art 360, CCDF).
- *Una sentencia que declare la paternidad*, lo que supone un juicio de investigación de la paternidad o de la maternidad (art 347, CCDF).
- *La adopción* (art 410-A, CCDF).

En cambio, la *Legislación Familiar de Zacatecas* establece en forma precisa las fuentes de la filiación: “La filiación resulta de las presunciones lega-

les, o del nacimiento, o del reconocimiento o por virtud de una sentencia ejecutoriada que la declare. Resulta también de la adopción. La ley no hace ninguna distinción en los derechos de los hijos, basada en la diversa forma de probar la filiación” (art 285, *LFZ*).

Por su parte, la *Ley Familiar de Hidalgo* define la filiación y en ese concepto incluye a sus fuentes: “La filiación es la relación entre dos personas que se da por el hecho de engendrar o concebir una a la otra, por la adopción o por el reconocimiento” (art 162, *LFH*).

10.4 Las presunciones legales favorables a los hijos de matrimonio contra las que no se rinda prueba en contrario

Estas presunciones están contenidas en el art 324 del *Código Civil del Distrito Federal*:

Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los 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 cónyuge. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

“Se presume, salvo prueba en contrario, que un hijo nacido en matrimonio es hijo de los cónyuges” (art 63, *CCDF*).

Con este marco legal, el hijo que nace de una mujer unida en matrimonio tiene a su favor la presunción no sólo de ser el hijo de ella, sino incluso de su marido. En ese contexto, ante el silencio del cónyuge, es decir, si éste no interpone la acción contradictoria de paternidad dentro de los plazos legales (art 330, *CCDF*), se entenderá que está admitiendo como suyo al hijo de la esposa.

Esta postura no es original de nuestra legislación, su cuna se encuentra en el *Código Familiar de El Salvador*:

“Se presumen hijos del marido, los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad. Con todo, la presunción establecida en este artículo no será aplicable cuando los cónyuges hubieren estado separados por más

de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre” (art 141, CFES).

La doctrina justifica atinadamente las presunciones legales:

Se tiene que partir para esta presunción (que admite prueba en contrario) de la honestidad y fidelidad de toda persona casada. Si no se partiese de este principio, se impondría al hijo de la mujer casada una prueba casi imposible, pues tendría que demostrar que fue precisamente engendrado por el marido de su madre, y esto sería sencillamente desquiciar el orden familiar. *Sería poner en duda la fidelidad de la esposa, y arrojar sobre el hijo una prueba que, aun cuando a base de una investigación indirecta, partiría siempre de imputar infidelidad a la madre sin que hubiese un problema planteado por el marido.* Es decir, sin un desconocimiento o impugnación de legitimidad por parte de éste.²

El hijo que nace dentro de matrimonio y durante los trescientos días siguientes a la separación de los cónyuges por orden judicial, no tiene que probar quién es su padre, porque la ley presume que el embarazo de la madre lo provocó el marido, en virtud de que el matrimonio obliga a los cónyuges, por una parte, a hacer vida conyugal, que significa la cohabitación, y por la otra, a guardarse fidelidad con el deber recíproco de exclusividad sexual.

Por consiguiente, el hijo de la mujer casada, que nace durante el matrimonio, trae consigo no sólo la certeza de la maternidad, sino también la presunción de la paternidad, pues el padre es el esposo de la madre. Lo mismo aplica al hijo que nazca dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, sea por nulidad, divorcio o muerte, contados desde que de hecho o por resolución judicial los cónyuges quedaron separados.

Derecho comparado nacional

Ahora bien, la condición de hijo no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada (art 352, CCDF). Sobre este punto, el *Código Civil de Nuevo León* declara acertadamente que “si el que está en posesión de los derechos de padre o de hijo fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio, sin que preceda sentencia por la cual deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión” (art 353, CCNL).

²Ibidem, pág 615.

10.5 Impugnación de la paternidad. *Código Civil para el Distrito Federal*

No obstante, la *presunción de paternidad* producida por el hecho de que el hijo nazca dentro de matrimonio *no es absoluta, ya que tal presunción puede destruirse por una prueba en contrario*, como sería el caso de que el marido compruebe que fue físicamente imposible que haya tenido relaciones sexuales con su cónyuge durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (art 325, CCDF). Ahora bien, el cónyuge varón puede también impugnar la paternidad cuando el nacimiento se le haya ocultado, como sería el supuesto de que los cónyuges no vivieran juntos; y en esa hipótesis, sí importaría probar que la mujer cohabitara con otro hombre (art 326, CCDF).

Ahora bien, el derecho de acción que la ley concede al cónyuge varón se llama *desconocimiento o contradicción de la paternidad*. Esta acción deberá ejercerla dentro de los sesenta días contados desde que supo del nacimiento (art 330, CCDF). Con base en esta normatividad, *la única manera de demandar el desconocimiento de la paternidad es mediante un juicio ordinario promovido ante un juez familiar de primera instancia*, por lo cual todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo (art 335, CCDF).

Derecho comparado internacional

Esa regulación, que permite la caducidad de la acción transcurrido el plazo mencionado, difiere de la contenida en el *Código Familiar de Costa Rica*, en donde *no caduca el derecho de acción* que le asiste al cónyuge para desconocer la paternidad, *salvo en el caso de que el hijo estuviere en posesión de estado de hijo*. En este supuesto, esta ley sí señala un tiempo para que el cónyuge haga valer el desconocimiento (art 73):

La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado (del presunto padre), en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. Este plazo no corre contra el marido incapaz mental que careciere de curador.

Retomando nuestro *Código Civil para el Distrito Federal* (art 329), cuando el nacimiento ocurrió transcurrido el plazo legal, la presunción ya no

protege al hijo, por lo cual el marido podrá desconocerlo en cualquier tiempo:

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.

Ahora bien, “el desconocimiento de un hijo, de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda en forma, ante el juez competente” (art 335, CCDF).

La tendencia que se advierte en las más recientes legislaciones familiares es que en los juicios donde intervengan menores de edad, éstos invariablemente deben ser escuchados por el juez; así se manifiesta nuestro *Código Civil* en los juicios de impugnación de la maternidad o paternidad: “Serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso, *el juez de lo familiar atenderá el interés superior del menor*” (art 336, CCDF).

Además, nuestra legislación determina que el cónyuge sólo podrá desconocer la paternidad del hijo de la esposa, si se le ocultó el nacimiento o si acredita que no hubo cohabitación con ella durante el tiempo de la gestación; como sería, en ambos casos, el hecho de que los casados no vivieran juntos cuando la cónyuge se embarazó, pues el juez de la causa tendría suficientes elementos para darle entrada a un juicio de impugnación de la paternidad, no obstante que el hijo de la esposa haya nacido cuando todavía el matrimonio existía (art 326, CCDF).

En resumen, como *el hijo de la mujer casada que vive con el marido*, se presume que es de éste, ningún hombre puede llevar a cabo el reconocimiento de ese hijo, *sino cuando aquél lo haya desconocido* y haya obtenido sentencia a su favor en un juicio de desconocimiento de la paternidad (art 374, CCDF). *En consecuencia, si la mujer casada no vive con el marido, sí podrá efectuarse el reconocimiento realizado por otro hombre.*

Veamos al respecto una interesante tesis de los tribunales de la Federación.

Hijos adulterinos, reconocimiento de los. Es indudable que el artículo 374 del *Código Civil*, que establece que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, con-

tiene una disposición de orden público, pero en términos tan amplios y absolutos que no admita excepción, pues es evidente que si el fundamento filosófico, la *ratio legis*, de tal artículo, no puede ser otro que el muy loable de evitar el desquiciamiento de la familia frente a este fin de orden superior, *nuestro legislador no puede pasar por alto la circunstancia impuesta por la realidad de que una mujer casada que no vive con su marido pueda procrear un hijo con un hombre distinto y a cuyo hijo no podrá negársele el derecho de ser reconocido por su verdadero padre*, siendo precisamente por ello que el artículo 63 del *Código Civil* dispone que “cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido (*cuando no viva con él, sí podrá ser reconocido el hijo por su verdadero padre*), en ningún caso, ni a petición de persona alguna podrá el oficial del registro asentar como padre a otro que no sea el marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”. Por tal motivo, armonizando los comentados preceptos con el artículo 62 del mismo código, *el hijo de una mujer casada sí podrá ser reconocido por otro hombre distinto del marido, cuando no viva con éste, pues el temor al escándalo que el reconocimiento podría entrañar, y que es la razón de la prohibición, ya no puede existir, si se tiene en cuenta que en todo caso el escándalo se produjo con la separación misma de los cónyuges.*

Sexta época, Cuarta Parte, Col. XXI, pág. 97, A.D. 7168/57, Amalia Escalona Vda. de Romero, 5 votos.

10.6 Las presunciones legales favorables a los hijos de concubinato

En caso de hijos de concubinato, el modo de determinar la paternidad va a ser el mismo que para los hijos de matrimonio, es decir, en ambos casos se trata de relaciones estables, por lo cual se presumirá, ante la falta de pruebas directas, que el hombre libre de matrimonio que mantiene relaciones sexuales con una mujer, vive con ella y le da trato de esposa, es el que ha engendrado al hijo de ésta, bajo el supuesto de que el nacimiento tenga lugar dentro de concubinato.

Efectivamente, el art 383 del *Código Civil para el Distrito Federal* determina lo siguiente: “Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I. Los nacidos *dentro* de concubinato. II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.”

Llama la atención que, en la actualidad, el legislador no exija el plazo de ciento ochenta días contados desde que se inició la vida en común, para que se presuma que el hijo es del concubinario, pues basta que el hijo nazca en cualquier momento de la cohabitación para que se infiera que el hijo es del

hombre con el que la madre vivía. No cabe duda de que el autor de la ley quiso igualar la condición jurídica de hijos de matrimonio y de concubinato.

En México, como ya se mencionó, este criterio lo asumió el propio Distrito Federal y Zacatecas (art 305, *CFZ*), aunque, como ya quedó establecido, el precursor fue la República de El Salvador.

Ahora bien, todo lo mencionado en torno a las condiciones legales que hacen presumir que el hijo es de matrimonio es aplicable respecto a las condiciones legales para determinar la presunción de hijos de concubinato. Sin embargo, es más sencillo demostrar en qué momento se inicia o se extingue un matrimonio porque se cuenta con pruebas indubitables, como las actas del registro civil relativas al matrimonio de los padres; esta situación no opera en el concubinato, pues carece de documentación legal, por lo cual habrá necesidad de recurrir a un procedimiento judicial en la vía de jurisdicción voluntaria para probar que el hijo nació cuando los concubenarios hacían vida en común. No obstante, este criterio no es el que priva en la práctica, ya que algunos juristas estiman que debe recurrirse a un juicio de investigación de la paternidad. En materia de concubinato, la ley es muy clara al establecer la presunción que favorece a los hijos de estas uniones, porque tanto matrimonio como concubinato son relaciones estables, pues se infiere que hubo cohabitación; por lo que insistimos en que bastará probar mediante una simple información testimonial que la pareja cohabitaba cuando la mujer concibió a su hijo, para que *ipso facto* opere la presunción que privilegia también a los hijos de concubinato.

Este criterio es apoyado por los tribunales de la Federación. Veamos otra tesis sobre el mismo tema.

Filiación natural, medios reconocidos para su establecimiento, con relación al padre.

De conformidad con el artículo 360 del *Código Civil* vigente, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece, con relación al padre, bien, primero, por el reconocimiento voluntario; o bien, segundo, por una sentencia que declare la paternidad, para lo cual el artículo 382 del mismo ordenamiento concede la acción de investigación en los cuatro casos que limitativamente enumera el propio precepto. Pero el mismo Código agrega un tercer medio legal de establecimiento de la filiación natural en su artículo 383, al estatuir que se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato (*sic*), y II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina. Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima establece el artículo 324 del propio ordenamiento, ya que conforme a éste, se presumen hijos de los cónyuges: I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio (*sic*), y II. Los

hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. Entonces, pues, cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida en común del concubinario y de la concubina, o bien, después de los 180 días de iniciado el concubinato, es evidente que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural legalmente establecida y que, por lo mismo, ya no hay necesidad de investigar, puesto que, como acaba de decirse, legalmente, se encuentra ya establecida por expresa presunción de la ley civil en su invocado artículo 383, del mismo modo que tratándose de los hijos legítimos lo hace, según también ya se vio, el artículo 324. Y si ello es así, es claro que el hijo goza de una posesión de estado que no puede arrebatarle sino por sentencia ejecutoria dictada en juicio contradictorio en que se destruya dicha presunción, siendo ésta la razón por la que el artículo 352 establece al respecto, la protección del juicio plenario, y el artículo 353 concede acción interdictal al hijo a quien se pretendiera despojar o perturbar en dicha posesión; en la inteligencia de que aunque estos dos últimos preceptos se refieren expresamente a los hijos nacidos de matrimonio, debe, sin embargo, establecerse que igualmente protegen a los hijos naturales, por virtud del bien conocido principio de aplicación analógica de que donde existe la misma razón legal, debe existir igual disposición de derecho.

Sexta Época, Cuarta Parte, vol. VII, pág. 208, A.D. 2848/56, Ignacio Flores Álvarez, mayoría de 3 votos.

En conclusión, si bien la ley establece que los hijos habidos del concubinato ostentan los mismos derechos que los de matrimonio, éstos encuentran más seguridad jurídica en el seno de la unión matrimonial. En todo caso, *para verdaderamente igualar las condiciones entre ambos, habría necesidad de que la figura del concubinato contara con una legislación completa, similar a la que tiene el matrimonio.*

10.7 El nacimiento como fuente de la filiación

Del contenido de las legislaciones objeto de estudio, respecto al nacimiento se puede advertir lo siguiente: la filiación de los hijos cuyos padres no fueron cónyuges resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Con este fundamento, la maternidad quedará establecida aun sin mediar reconocimiento expreso, con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. Este principio se refiere al nacimiento como fuente de la filiación. El *Código Civil para el Distrito Federal* no hace referencia a ello, pero se infiere del contenido del art 382, que establece lo siguiente: “La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios.”

Como la maternidad es un hecho obvio y comprobable por todos los medios ordinarios de prueba, *la filiación entre el hijo y la madre se origina por el solo hecho del nacimiento, pues una vez que se da el alumbramiento se crea entre ambos el lazo de la filiación por razones biológicas*, mismas que recoge el derecho para establecer entre hijo y madre los efectos jurídicos de la filiación.

Ahora bien, la investigación de la maternidad es en nuestro derecho relativamente libre y se puede comprobar por todos los medios ordinarios de prueba, acreditando, en primer lugar, el parto, y en segundo, la identidad del hijo. Sólo se impone una limitación para investigar la maternidad, es decir, cuando se pretende imputar el hijo a una mujer casada que viva con el marido; en este caso, está prohibido llevar a cabo dicha investigación (art 374, CCDF). Prefiere el legislador, en esta hipótesis, conservar la armonía conyugal que concederle al hijo el derecho a conocer la identidad de su madre, lo cual resulta injusto.

“Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación de la misma *no será permitida* cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada” (art 385, CCDF).

“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” (art 386, CCDF).

Por otra parte, “el hecho de dar alimentos no constituye por sí solo prueba, ni aun presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas” (art 387, CCDF). Este precepto difiere del que contempla la *Ley Familiar del Estado de Zacatecas*, la cual nos parece acertada, siguiendo el principio de privilegiar el interés superior de los menores según la nueva tendencia del derecho familiar: “El hecho de dar alimentos constituye por sí solo una presunción *juris tantum* de paternidad o maternidad, que debe relacionarse con las demás pruebas” (art 347, CFZ).

Con relación a la maternidad extramatrimonial, el *Código Familiar de Sonora* (2011) determina que ésta resulta del solo hecho del nacimiento y la identidad del hijo, pero puede ser impugnada en los casos en que entre el menor y la madre no exista realmente vínculo genético, salvo las disposiciones sobre reproducción asistida con autorización de los cónyuges (art 256, CFS). Esta legislación hace referencia, obviamente, al uso de la prueba genética de ADN.

10.8 El reconocimiento como fuente de la filiación

Cuando no existe una relación estable entre un hombre y una mujer, no hay base legal para que se presuma de esa unión la paternidad. En efecto, “por evidente que resulte para la madre, para el propio padre y para muchas otras personas que conocen a ambos, que el hijo de la mujer soltera es de determinado varón, el derecho no tiene elementos para establecer entre ellos el lazo de la filiación, puesto que la madre soltera no tuvo, como la casada, deberes de fidelidad y de exclusividad sexual con respecto a un hombre cierto”.³

Por esa razón, excepto el caso de las presunciones legales contempladas en el art 383 del *Código Civil para el Distrito Federal* (que protegen a los hijos habidos de concubinato imputándole la paternidad del hijo de la concubina al concubinario, toda vez que se presume que hubo exclusividad sexual entre ellos producto de la cohabitación), *la paternidad de hijos habidos fuera de matrimonio requerirá el reconocimiento voluntario del padre, o bien, un reconocimiento forzado, mediante juicio donde se dicte una sentencia que declare la paternidad.*

El *Código Familiar de Sonora* contempla una interesante disposición que obliga al oficial del registro civil a informar a la Procuraduría de la Defensa del Menor sobre las inscripciones de nacimiento de hijos monoparentales, a fin de que se entreviste al progenitor y se obtenga por vía del consentimiento la identidad y el domicilio del otro progenitor, con el objeto de promover el reconocimiento de la paternidad o maternidad a través de la mediación o conciliación, así como el cumplimiento voluntario de las obligaciones derivadas de la filiación, tales como transmisión del nombre, ejercicio de la patria potestad, derecho de alimentos, derechos sucesorios, entre otros. Además, *tiene el oficial del registro civil la obligación de orientar al progenitor que presente al menor para su registro, sobre el derecho de promover el reconocimiento de la paternidad o maternidad, informándole sobre las instituciones a las que puede acudir para recibir asistencia jurídica* (art 252, CFS).

10.8.1 Concepto de reconocimiento

Se define el *reconocimiento* como el acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce

³Sara Montero Duhalt, ob cit, pág 304.

y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación. Por otra parte, se afirma que “reconocer voluntariamente a un hijo, si es padre, es confesar la paternidad, y si es madre, la maternidad”.⁴

El reconocimiento constituye una importante fuente de la filiación, sobre todo, para determinar la paternidad de hijos habidos fuera de matrimonio. En este orden de ideas, al reconocimiento se le considera como un acto jurídico por el cual, quienes han tenido hijos en estas circunstancias, declaran conjunta o separadamente que lo aceptan como hijo.

10.8.2 Elementos constitutivos del reconocimiento

A. Elementos de existencia

El reconocimiento es un acto jurídico. El reconocimiento reúne los elementos esenciales y de validez que caracterizan a todo acto jurídico. En efecto, en el reconocimiento se observan sus elementos esenciales, es decir, la manifestación de la voluntad, el objeto y las solemnidades. Los elementos de validez también se contienen: la capacidad, la ausencia de vicios en la voluntad y la licitud en el objeto, motivo o fin del acto. Analicemos brevemente cada uno de estos elementos:

- En el reconocimiento, la manifestación de la voluntad puede ser declarada en forma unilateral o plurilateral. En el primer caso, el reconocimiento sólo se lleva a cabo por uno solo de los progenitores, bastando la sola manifestación de la voluntad del padre o de la madre para que se realice el acto. Ahora bien, cabe la posibilidad de que el reconocido se oponga al reconocimiento por ser mayor de edad (art 362, CCDF), o que sea la madre quien se oponga a dicho reconocimiento (art 379, CCDF).

En el primer caso, el reconocimiento sólo se perfeccionará hasta que el hijo lo acepte, es decir, cuando se adhiera a esa voluntad unilateral. La adhesión del hijo puede ser expresa o tácita, un ejemplo de esta última se presenta cuando el reconocido hace uso del derecho a llevar el nombre del padre o hace valer el derecho de alimentos. En el segundo caso, es decir, cuando la que se oponga al reconocimiento sea la madre, el art 379 del CCDF determina: “Cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquél sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente.”

⁴Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de derecho civil*, t II, 2a ed, Madrid, 1959, pág 629.

En este orden de ideas, *cuando el reconocido o la madre de éste acepten el reconocimiento, este acto será plurilateral.*

- *El objeto directo en el reconocimiento como acto jurídico consiste en la intención del padre que reconoce, de crear derechos y obligaciones, en la inteligencia de que las consecuencias jurídicas producidas por la filiación son las mismas para los hijos habidos fuera o dentro de matrimonio.*
- *El reconocimiento es un acto jurídico solemne.* El reconocimiento ha de ser solemne, auténtico, tanto para que sea prueba segura en beneficio del hijo como para amparar la voluntad y libertad de los padres cuando realizan el reconocimiento. Ahora bien, como expresión de la voluntad, el reconocimiento ha de ser expreso, aunque no se emplee la palabra *reconocimiento*, con tal de que conste bien clara la voluntad de los padres. En nuestro derecho, la mayor parte de los actos jurídicos son únicamente formales; en pocos de ellos, esa formalidad se eleva al rango de solemnidad.

Con este antecedente, el reconocimiento es un acto solemne, porque sólo puede llevarse a cabo mediante *las formas específicas* determinadas por la ley:

El art 369 del *Código Civil para el Distrito Federal* determina lo siguiente:

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, y*
- V. Por confesión judicial directa y expresa.*

En el Distrito Federal, “el reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto jurídico, pero *podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de la paternidad o maternidad*” (art 369, CCDF).

En efecto, tratándose de una carta personal o de una fe de bautismo, éstas serían documentales suficientes para iniciar *un juicio de investigación de la paternidad*, comprobando con las mismas *la posesión de estado de hijo*; aunque, insistimos, debiera *considerarse en nuestra legislación como otra forma de reconocimiento un acta bautismal.*

Derecho comparado nacional

Existen legislaciones como la de Tamaulipas y Zacatecas, que además de las formas contempladas por la mayoría de las legislaciones incluyen otras que se acomodan a la realidad social, porque admiten la posibilidad de que el hijo pueda ser reconocido en el momento de la celebración del matrimonio de sus padres. Es común encontrar en las actas de matrimonio levantadas en pequeñas poblaciones el reconocimiento que hace el contrayente a hijos habidos con la mujer con la que se está casando.

Otra disposición novedosa y también realista de la legislación de Tamaulipas (art 334) es la siguiente:

Si ambos padres se hubieren casado, en el acta de reconocimiento que haga uno de ellos podrá asentarse el nombre del otro consorte como coprogenitor. En este caso, quedará probada la filiación del hijo respecto de ambos, aunque al contraer matrimonio, no hubiere cumplido con el deber de reconocer al hijo, y sin perjuicio de que el cónyuge que no haya estado presente en el acto pueda contradecir la imputación que se le haga, dentro de los sesenta días siguientes al que se hubiere enterado de la misma.

El *Código Familiar de Zacatecas* (art 335) adopta el mismo criterio:

Si ambos progenitores contrajeron matrimonio entre sí, en el acta de reconocimiento que haga uno de ellos se asentará el nombre del otro, también como progenitor, y quedará probada la filiación del hijo respecto de ambos, aunque en el acto de contraer matrimonio no hubieren hecho el reconocimiento expreso ninguno de los dos.

Derecho comparado latinoamericano

Comparando nuestro derecho con el *Código Familiar de Bolivia*, se advierte que esta legislación contempla también otras formas de reconocimiento de un hijo atendiendo a la idiosincrasia de la población:

“El reconocimiento del hijo puede hacerse: 1o. En la partida de nacimiento del registro civil o en el *libro parroquial ante el oficial o el párroco*, respectivamente, con la asistencia de los dos testigos, ya sea en el momento de la inscripción o en cualquier otro tiempo” (art 195, CFB).

“El reconocimiento puede también resultar *de una declaración o manifestación incidental hecha en un acto o documento merecedor de fe pública, que persiga otro objeto o finalidad*, con tal que sea clara e inequívoca y pueda quedar por ella admitida la filiación. *La declaración o manifestación que no*

reúna estos requisitos, puede valer como principio de prueba por escrito” (art 196, CFB).

Estos preceptos resultan interesantes para tenerlos en cuenta en una futura reforma a nuestra legislación, como nuevas maneras de reconocimiento de un hijo, pues se acomodan también a la realidad mexicana.

B. Elementos de validez del reconocimiento

a) La capacidad, elemento de validez por excelencia. La ley prohíbe a los menores reconocer sin autorización de quienes ejercen la patria potestad, de su tutor o, en su defecto, del juez, esto último, cuando se trate de menores emancipados no sujetos a patria potestad o tutela (art 362, CCDF).

Para reconocer a un hijo se necesita tener cuando menos la edad exigida para contraer matrimonio (art 361, CCDF). El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor sin el consentimiento de su tutor (art 375, CCDF).

Ahora bien, si el reconocido es menor de edad, puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayoría de edad (art 376, CCDF). El término para deducir esta acción será de dos años a partir de su mayoría de edad, si antes de serlo tuvo noticias del reconocimiento, y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió (art 377, CCDF).

En el Distrito Federal, y por consiguiente en algunos estados, se exige el consentimiento del tutor cuando el reconocido es menor de edad (art 375, CCDF). Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto que cuando el reconocimiento de un hijo natural se hizo sin la intervención de su tutor, éste es válido, porque *el reconocimiento supone un beneficio y no un perjuicio para el menor*, por lo cual, si no está satisfecho el requisito del consentimiento del tutor, no significa que el menor deba perder los derechos que se derivan del reconocimiento.

b) La ausencia de vicios en la voluntad constituye también un elemento de validez, pues el reconocimiento debe ser un acto de voluntad, espontáneo, sin que medie engaño o error. En efecto, el art 363 del *Código Civil para el Distrito Federal* estipula que *“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”.

La voluntad —repetimos— es elemento esencial en el reconocimiento y el que se exprese espontáneamente constituye un requisito que, de no darse, puede afectar la validez del acto, es decir, la *voluntad obtenida a base de engaños, maquinaciones o artificios constituirá un vicio en la misma, lo cual provocará la nulidad*.

Ahora bien, independientemente de que el precepto transcrito sólo hace referencia al engaño sufrido por un menor de edad, algunos juristas sostienen que si se aplican los principios que rigen la nulidad de los actos jurídicos, incluso hasta el mayor de edad que reconoce a un hijo mediando error, dolo o violencia, tendrá derecho a invocar la nulidad de ese reconocimiento.

c) El reconocimiento, acto jurídico irrevocable. “El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento” (art 367, *CCDF*). En efecto, cuando el reconocimiento se hizo por testamento en virtud de la naturaleza revocable de éste, el hecho de que tenga lugar la revocación del acto testamentario no significará la revocabilidad del reconocimiento.

Significa entonces que el reconocimiento no puede quedar sujeto a la sola voluntad de quien lo llevó a cabo, de tal manera que una vez consumado el reconocimiento ya no se admite la retractación de quien lo efectuó.

d) El reconocimiento, acto personal. Pueden reconocer los progenitores a sus hijos conjunta o separadamente; el reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor (art 366, *CCDF*).

Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el art 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 (art 370, *CCDF*).

Interpretando esta disposición, si el hijo naciera durante el matrimonio, estaría protegido por la presunción legal del art 324 de ese ordenamiento; por lo cual, puede la madre o el padre reconocer a ese hijo, asentándose el nombre de los dos progenitores, porque nació dentro de matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, no así en el supuesto de que el hijo sea de relación inestable. Al respecto, dice la ley que quedarán a salvo sus derechos para promover un juicio sobre investigación de paternidad o maternidad. Sin embargo, cuando el hijo nazca de otra unión estable, como es el concubinato, bastará promover un juicio en jurisdicción voluntaria para demostrar que el hijo nació dentro de ese estado de hecho y pueda operar la presunción del art 383 del *Código Civil para el Distrito Federal*.

10.8.3 Impugnación del reconocimiento

Si el hijo reconocido es menor de edad, puede impugnar el reconocimiento cuando llegue a la mayoría de edad (art 375, CCDF). Ahora bien, este derecho de impugnación únicamente podrá hacerlo valer dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad (art 376, CCDF).

También *la madre tiene derecho a impugnar el reconocimiento* cuando el hijo fue concebido de una relación extramatrimonial e inestable, lo cual sólo se deduce, porque nuestra legislación específicamente no lo expresa. Ahora bien, en esos casos, es necesario el consentimiento de la madre soltera para que un hombre pueda reconocer al hijo, porque no hubo cohabitación o relación estable entre el que pretende reconocer y la madre del menor. En ese entendido, si la madre contradice el reconocimiento efectuado sin su consentimiento, éste quedará sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en juicio contradictorio (art 379, CCDF).

Sin embargo, ese precepto se contrapone al siguiente: “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” (art 345, CCDF). Por nuestra parte, consideramos que como el reconocimiento es generalmente en beneficio del hijo, sólo éste deberá tener derecho a excluir de la paternidad al padre, cuando llegue a la mayoría de edad.

Sobre la impugnación del reconocimiento que puede hacer la madre por haberse efectuado éste sin su consentimiento, la jurista mexicana **Sara Montero** opina que debería haber norma expresa en el Código, *estableciendo como requisito indispensable para efectuar el reconocimiento el que se obtenga el consentimiento de la madre*, pues de la lectura del texto parece indicar que un hombre puede reconocer sin la autorización de ella y que si la madre no contradice el reconocimiento entonces surtirá todos sus efectos legales. No obstante, al no señalar la ley un tiempo de caducidad, la contradicción la puede hacer valer la madre mientras el hijo sea menor de edad, pues llegada la mayoría, será el propio hijo al que le corresponda impugnar la paternidad.⁵

La misma autora hace otra reflexión sobre la necesidad de conciliar el derecho de la madre de contradecir el reconocimiento que haga un hombre de su hijo y el derecho de éste de tener un padre para su seguridad y protección:

El hijo que nace fuera de matrimonio es carga normalmente exclusiva de la madre, y en este sentido, es de equidad que sea ella la que decida si acepta o

⁵Sara Montero Duhalt, ob cit, pág 306.

no a determinado varón como padre de su hijo; pero anexo al derecho de la madre está el derecho del hijo de tener también un padre, que puede ser, consecuentemente, su apoyo y protección. ¿Pueden conciliarse ambos derechos contrapuestos?⁶

Derecho comparado nacional

Sobre el cuestionamiento anterior, el *Código Civil de Tamaulipas* (art 341) logra conciliar los intereses contradictorios de la madre soltera y del hijo, sin olvidar los del padre:

Cuando la contradicción de la madre se haga valer con el objeto de negar al padre los derechos que le da el reconocimiento y el hijo fuere menor de edad, se proveerá a éste de un tutor especial para que con su audiencia y la del ministerio público se resuelva lo que proceda acerca de los derechos controvertidos, quedando a salvo los del hijo para consentir el reconocimiento del padre o de la madre cuando llegue a la mayor edad, así como sus derechos hereditarios si los padres muriesen durante su minoría (art 341, CCT).

Derecho comparado internacional

Sobre el mismo tema, para el *Código Familiar de Costa Rica* (art 84) es indispensable el consentimiento de la madre para que el padre efectúe el reconocimiento:

El reconocimiento deberá efectuarse ante el registro civil, el Patronato Nacional de la Infancia o un notario público, siempre que ambos padres comparezcan personalmente o haya mediado consentimiento expreso de la madre. El notario público deberá remitir el acta respectiva al registro civil dentro de los ocho días hábiles siguientes (art 84, CFCR).

Esta misma codificación de corte humanista permite impugnar también la paternidad a la persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un menor o 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, la cual podrá contradecir el reconocimiento que otra persona haya hecho o pretenda hacer de ese menor. 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 (art 378, CFCR).

⁶ Loc cit.

Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada (art 353 quáter, *CFCR*).

10.9 El progreso científico en materia de reproducción humana y sus consecuencias en el derecho familiar

Este tema, con sus subtemas, se encuentra desarrollado en la Unidad 10 bis.

10.10 La investigación de la paternidad o maternidad

A. Introducción

Tratándose de hijos de relaciones estables, es decir, de matrimonio o de concubinato, la ley crea presunciones que los favorecen, pues los hijos de estas uniones que nacen dentro de matrimonio o dentro de concubinato, son hijos del cónyuge o concubinario con el que cohabitaba la madre; pero *tratándose de hijos de relaciones inestables, éstos ya no gozan de ese privilegio*, porque no hubo cohabitación entre sus padres, por lo cual, si no existe un reconocimiento voluntario por parte de sus progenitores, *los hijos tienen derecho a promover un juicio de investigación de la paternidad o de la maternidad*.

B. Concepto

Puede definirse a la *investigación de la paternidad* como la facultad concedida a los hijos habidos fuera de matrimonio o de concubinato, es decir, hijos de relaciones inestables, en los casos permitidos por la ley, para requerir al juez competente que se les reconozca su condición de hijos, presentando las pruebas de su filiación para que ésta sea declarada en una sentencia con los efectos que la paternidad o la maternidad producen.

Por consiguiente, *la sentencia que declare la paternidad o maternidad constituye otra fuente de la filiación*.

Con este razonamiento, el hijo habido de relaciones extramatrimoniales inestables tiene derecho a probar en juicio el hecho de su filiación cuando el progenitor no lo reconoce voluntariamente. Por tanto, la denominación de *investigación de la paternidad* es incorrecta, “pues no se trata de indagar una paternidad o maternidad, sino de pedir una declaración judicial de esta

relación de filiación ya existente *in natura*, pero desconocida y negada por el padre”.⁷

El *Código Civil para el Distrito Federal* (art 382) se separa del sistema tradicional respecto a los casos específicos en que está permitida la investigación de la paternidad o maternidad, pues decide establecer una regla genérica:

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 (art 382, CCDF).

Con esta normatividad se deja abierta la posibilidad de investigar la paternidad o maternidad a cualquiera que quisiera conocer su filiación y tuviera cuando menos un principio de prueba, por ejemplo, documentos de familia, papeles domésticos del padre y de la madre del interesado, o bien, que aprovechando el avance de la tecnología pudiera ofrecer la prueba pericial en materia de genética (ADN) y demandar al presunto padre o madre la declaración judicial de su filiación.

Al respecto, el *Código Familiar de Costa Rica* determina que “en el caso de que el hijo encontrare un documento escrito o firmado por el padre o madre en el cual éste o ésta exprese su paternidad o maternidad, podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento, si esto ocurriere después de vencidos los términos indicados” (art 95, CFCR).

Ahora bien, en virtud de que el resto de las legislaciones civiles y familiares de los estados de la Federación y de otros países latinoamericanos establecen los casos en que está permitida la investigación de la paternidad o maternidad, nos referiremos a ellos en el entendido de que *la mayoría de los ordenamientos jurídicos coinciden*.

En la mayoría de los estados de la Federación se regula la investigación de la paternidad o maternidad en los mismos términos, incluso en las legislaciones más avanzadas en materia familiar, como son el *Código Civil de Nuevo León* (art 382), la *Ley Familiar para el Estado de Hidalgo* (art 170), la *Ley Familiar para el Estado de Zacatecas* (art 345), el *Código Familiar de Morelos* (art 212), el *Código Civil de Coahuila* (art 479), el *Código Civil de Tamaulipas* (art 347), el *Código Familiar de Sonora* (art 263), entre otros.

⁷ Antonio de Ibarrola, citando a Clemente de Diego, *Derecho de familia*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1981.

En efecto, los casos en que se permite la investigación de la paternidad en las distintas entidades en su mayoría coinciden:

- En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- Cuando el hijo tiene o tuvo la posesión de estado de hijo del presunto padre.
- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hacía vida marital con el presunto padre.
- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. 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 el padre.

El único estado de la Federación que agrega otro supuesto (con el cual coincidimos) para que se permita la investigación de la paternidad es Coahuila. La investigación de la paternidad está permitida cuando durante la gestación o el nacimiento del hijo, o después del nacimiento, la madre haya habitado con el presunto padre, bajo el mismo techo, viviendo maritalmente; y con ellos el hijo, en este último supuesto, cualquiera que sea el tiempo que haya durado la vida familiar. En todo caso, será el presunto padre quien tenga el derecho de impugnar la paternidad (art 479, CCEC).

Comentaremos cada uno de los casos en que se permite la investigación de la paternidad.

1. En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

La mayoría de las legislaciones de los estados de la República, incluso de los países de América Latina coinciden en estos supuestos jurídicos; el único que agrega otra hipótesis de la misma naturaleza es el *Código Familiar de Bolivia*, pues para ese país la paternidad puede demandarse, además de en los casos mencionados, cuando la madre haya sido seducida con promesa de matrimonio u otra maniobra dolosa o fraudulenta que coincida con la concepción (art 208, CFB).

2. Cuando el hijo tiene o tuvo la posesión de estado de hijo del presunto padre.

El *Código Civil para el Distrito Federal* en su art 343 regula en forma precisa la posesión de estado de hijo:

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 o 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.*
3. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hacía vida marital con el presunto padre.

Sobre esta hipótesis algunos juristas opinan que mediante ella se concede a los hijos de concubinato el derecho a investigar la paternidad; no obstante, existe otra corriente doctrinal más razonable que sostiene que la paternidad de estos hijos se determina simplemente probando por medio de una información testimonial en la vía de jurisdicción voluntaria la fecha en que se inició o cesó la vida en común y con base en ella se aplican las presunciones legales contempladas en las diversas legislaciones que benefician a los hijos de concubinato.

En cuanto a la mencionada fracc III, ésta más bien se dirige a regular las relaciones íntimas inestables que no llegan a constituir concubinato, pero donde la madre hacía vida marital con el presunto padre cuando concibió al hijo, como sería el caso de que uno de los que cohabitaban estuviera casado.

En este contexto, el *Código Familiar de Sonora* de 2010 aclara que esta hipótesis es para el caso en que la vida en común no hubiera constituido todavía concubinato: “el hecho de que el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba públicamente bajo el mismo techo con el pretendido padre, aunque no se hubiera constituido todavía el concubinato” (art 263, fracc II, CFS).

4. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

En cuanto a la fracc IV, ésta exige solamente un principio de prueba contra el pretendido padre; por ende, ya no se exige en las legislaciones de algunos estados que sea por escrito, lo cual permite pruebas como *indicios, presunciones o incluso la testimonial*, que son las más factibles dada la naturaleza de los hechos. No hay presunción más grave, por ejemplo, que pagar los gastos del parto o los inmediatos al nacimiento; no hay prueba más

comprometedora que la testimonial desahogada por el médico al que se le pagó el parto o el que se negó a practicarle a la mujer un aborto.

Derecho comparado

El *Código Civil de Nuevo León* (legislación de vanguardia en materia de pruebas científicas de filiación) determina respecto a este caso lo siguiente: “Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba del pretendido padre, si no se cuenta con este tipo de prueba, podrá obtenerse mediante el acto prejudicial de investigación de la paternidad” (art 382, fracc IV, CCNL).

Como se puede observar, esta avanzada legislación admite, en caso de no contar con un principio de prueba, la posibilidad de obtenerlo como acto prejudicial mediante la admisión y desahogo de la prueba de ADN.

En este contexto, el *Código Civil de Nuevo León* a los hijos que desean conocer su filiación les concede el derecho de acudir en cualquier tiempo y aun sin elementos de prueba al juez familiar competente y tramitar en acto prejudicial la práctica de la prueba biológica de ADN y, en su caso, *obtener la prueba idónea para demostrar en un juicio de investigación de la paternidad su condición de hijo* y recibir todos los derechos inherentes a su declaración de tal.

10.10.1 Las pruebas de la filiación. Prueba pericial en genética

La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento (art 340, CCDF). 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 (art 341, CCDF).

Ahora bien, *estos medios de prueba que la ley autoriza, incluso la prueba biológica en materia de genética, van dirigidos a hijos de relaciones inestables, porque los hijos nacidos dentro de matrimonio tienen a su favor la prueba presuncional de que son hijos de los cónyuges, es decir, ya tienen su filiación establecida*, por lo cual ya no tienen que probar que son hijos del marido de la madre, porque la ley les da esa categoría, lo cual es corroborado por el art 63 del propio código, al determinar que se presume, salvo prueba en contrario, que un hijo nacido en matrimonio es hijo de los cónyuges.

Por otra parte, la condición de hijo no puede perderse, sino por sentencia ejecutoriada (art 352, CCDF). Lo mismo ocurre con los hijos de concubi-

nato, pues se presumen hijos del concubinario y de la concubina los nacidos dentro del concubinato y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesó la vida en común (art 383, CCDF).

Visto lo anterior, si bien las actas del registro civil son las pruebas perfectas para demostrar la filiación, también es verdad que no son las únicas, ya que el legislador prevé la posibilidad de ausencia o error en las actas y admite la posesión de estado de hijo como medio de subsanar tal deficiencia mediante un juicio de investigación de la paternidad.

En el mismo renglón de ideas, si nunca hubo posesión de estado de hijo, se podrá demostrar la filiación por cualquier otro medio ordinario de prueba (art 341, CCDF), como pudiera ser la fe de bautismo corroborada con una información testimonial.

Veamos una tesis que al respecto emite un Tribunal Colegiado de la Federación.

Filiación. Puede demostrarse con la fe de bautismo relacionada con la información testimonial (legislación del estado de Puebla). La prueba documental consistente en la fe de bautismo corroborada con una información testimonial rendida ante notario público, merece valor de convicción, para acreditar la filiación de una persona, cuando no existen registros o se hayan extraviado, de conformidad con lo previsto por el artículo 843 del Código Civil del Estado de Puebla; por lo cual es legal que el *a quo* haya considerado que la parte quejosa justificó su entroncamiento con el *de cuius*, con dichas pruebas ofrecidas en el juicio generador del acto reclamatorio.

Segundo Tribunal Colegiado. Amparo en revisión 750/98. Elvira Austreberta Hernández y otros. 4 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Gonzalo Carrera Molina. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena. Tomo IX. Abril de 1999. Tesis VI.2º.177 C. Página: 546. Tesis aislada.

Ahora bien, concluye el mencionado art 341 que se puede probar la filiación por cualquier medio que ofrece el avance de los conocimientos científicos, refiriéndose a la prueba pericial en genética (ADN), considerada tanto por la legislación como por la jurisprudencia como la prueba idónea para demostrar científica y biológicamente la paternidad o la maternidad.

Proteger a los menores indefensos es lo que motivó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a los tribunales federales a atribuirle la paternidad a aquel individuo que rechace someterse al examen de ADN. En efecto, los menores tienen el derecho de conocer su identidad, y la importancia de este derecho no es sólo para que conozca su origen biológico, es decir, quiénes son sus padres, sino que de ese conocimiento deriva el derecho del menor (cons-

titucionalmente protegido) de que sus progenitores satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo. *El derecho del menor a conocer su origen está por encima de otras garantías constitucionales del presunto progenitor.*

Este razonamiento lo emite el más alto tribunal del país, lo cual provocó que los legisladores de las diversas entidades de la Federación se avocaran a instituir como idónea la prueba biológica para demostrar la filiación, *decretando la presunción de paternidad al que se negara a proporcionar la muestra para la práctica de dicha prueba*: “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*” (art 382, CCDF).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de sus tribunales, que se encargan de emitir los criterios y con ellos las tesis e incluso jurisprudencia, ha hecho gran énfasis en la importancia que tiene para los juicios de investigación de la paternidad y de desconocimiento de hijo, que se desahogue la prueba pericial en genética (ADN), *pues tiene más relevancia el derecho del hijo a conocer su identidad que el derecho a la privacidad del presunto padre.*

Tesis jurisprudencial

Pericial en genética. Su desahogo es preponderante en un juicio de desconocimiento o reconocimiento de paternidad, con independencia del derecho a la privacidad o intimidad. Tratándose de la investigación de la paternidad legal para esclarecer lo planteado en un asunto de desconocimiento o reconocimiento de paternidad debe prevalecer esa prerrogativa en orden con la intimidad o primacía, en razón a que en un conflicto de esa naturaleza sustantiva el reconocimiento o averiguación dirigida a saber quién es el progenitor deviene predominante al derivar del supremo derecho del menor a obtener, entre otros, su identidad y filiación, alimentos, casa, educación, vestido, atención médica, etc., así como la obligación común de ambos padres de proporcionar los medios económicos y condiciones de vida necesarios para el pleno y armonioso desarrollo intelectual y físico de un menor. Además, *si bien es exacto que la protección a la intimidad se puede afectar con el desahogo de la prueba pericial en genética, que es la idónea para demostrar científica y biológicamente la relación paterno filial*, e implica la práctica de estudios químicos y examen de laboratorio traducidos en la toma de muestras de tejidos sanguíneos y orgánicos que podrían poner en descubierto otras características genéticas, como diversos aspectos patológicos o de conducta que nada tengan que ver con la paternidad que se busca dilucidar, no menos

verídico resulta que para preservar tal derecho a la intimidad el desahogo de dicha probanza se debe limitar mediante niveles de control y acceso a esta información confidencial, esto es, que el *legislador ha de velar por que en la práctica dicha pericial se lleve a cabo con las medidas de discreción, de reserva y sanitarias para salvaguardar el estado de salud de los progenitores y del propio menor*. Incluso es patente que la información que se obtenga de dicho procedimiento científico será concreta y objetiva, sólo para resolver la cuestión controvertida. De consiguiente, *en tales casos indiscutiblemente deviene preponderante el derecho de investigación sobre la identidad de la paternidad en el juicio de desconocimiento o reconocimiento de la misma, en relación con la filiación en cuanto al progenitor, frente a una invasión a la intimidad o primacía individual*.

No. registro: 176 688. Tesis aislada. Materia: Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXII. Noviembre de 2005. Tesis: II.2o.C.501 C. Página: 911.

Con esta tesis se demuestra que la prueba pericial en genética es la idónea para evidenciar científica y biológicamente la relación paterno filial y que dicha prueba pericial se debe llevar a cabo con las medidas de discreción y de reserva para salvaguardar el estado de salud de los progenitores y del propio hijo.

Medidas de apremio. Alcance del uso de la fuerza pública tratándose de juicios de paternidad en los que se ofrece la prueba en genética molecular (ADN). Esta Primera Sala ha establecido que tratándose de los juicios de paternidad en los que se ofrece la prueba en genética molecular (ADN) *es constitucional que el juez haga uso de las medidas de apremio previstas en la ley para lograr que el demandado se someta a dicha prueba*. Asimismo, se determinó que si a pesar de la imposición de dichas medidas de apremio no se logra vencer la negativa del demandado para realizarse la prueba, la consecuencia de esa conducta será que opere la presunción de la filiación, salvo prueba en contrario. *Ahora bien, dentro de las medidas de apremio establecidas por la ley se encuentra el uso de la fuerza pública, pero esta medida debe utilizarse sólo para presentar al demandado al lugar donde deba tomarse la muestra genética, pero de ninguna manera para que con esta medida se obtenga dicha muestra, pues de considerar que con tal providencia se pudiera forzar al presunto padre para obtener la mencionada muestra, ninguna razón de ser tendría haber establecido que en caso de que persistiera la negativa para realizar esa prueba se tendrían por presuntamente probados los hechos que se pretendían acreditar.*

Contradicción de tesis 154/2005-PS, entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. 18 de octubre de 2006. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casola Mendoza. Tesis de jurisprudencia 100/2006, aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintidós de noviembre del dos mil seis. Localización: Novena Época.

Acertadamente, el *Código Civil de Coahuila* agrega al respecto que la prueba pericial biológica debe ser decretada de oficio por el juez en beneficio del menor cuya paternidad se impugne, cuando no hubiere sido solicitada por las partes (art 448). Esto es una prueba del avance que se ha logrado en materia de derecho familiar.

No se pueden pasar inadvertidos dos preceptos del *Código Familiar de Zacatecas* que se acomodan perfectamente a la realidad mexicana, respecto a en qué circunstancias debe autorizarse la prueba biológica de ADN:

1. En defecto de esa posesión de estado son admisibles todos los medios ordinarios de prueba que la ley autoriza; en todos los supuestos de hechos jurídicos en que haya dudas, presunciones, afirmaciones falsas, hechos contradictorios o que no han ocurrido, u otros de naturaleza semejante sobre la filiación, la maternidad o paternidad, dentro o fuera del matrimonio o por concubinato o cualquier otro supuesto jurídico semejante, se podrán realizar las pruebas científicas correspondientes, para resolver la controversia de los sujetos involucrados en los conflictos señalados. *Quienes no acepten someterse a las pruebas citadas, se tendrán por ciertos los hechos que se les imputen, con todos los alcances legales, como si las pruebas se hubieran realizado y hubieren resultado positivas* (art 308, CFZ).
2. Ahora bien, en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto al padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los extremos señalados por la ley para demostrar el concubinato. Esta acción es transmisible por herencia y es imprescriptible (art 323, CFZ).

10.10.2 Código Civil del Estado de Nuevo León. Pionero en materia de ADN

Nuevo León ha sido el primer estado de la República Mexicana cuya legislación reguló la prueba biológica de ADN como la idónea para demostrar la filiación, determinando que la paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios, admitiendo que la prueba de ADN tendrá validez plena, y que si el presunto progenitor no asistiere a la práctica de dicha prueba o se negare a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá la filiación, salvo prueba en contrario (art 381 bis, CCNL).

El legislador de Nuevo León culmina su reforma mediante un agregado al art 382, fracc IV, de su *Código Civil*:

La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio podrá realizarse:

[...]

IV. *Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba en contra del pretendido padre. Si no se cuenta con este tipo de prueba, podrá obtenerse mediante el acto prejudicial de investigación de la paternidad.*

Esto significa que en Nuevo León, el hijo (no importando su edad), su representante legal o incluso el ministerio público, *aun sin elementos de prueba, pueden en cualquier tiempo, a través de un acto prejudicial, solicitar al juez de lo familiar la práctica de la prueba biológica de ADN* (art 190 bis 1, CPCNL), y, en su caso, obtener la prueba idónea para demostrar en un juicio de investigación de la paternidad su condición de hijo y recibir todos los derechos inherentes a su declaración de tal.

En este contexto, generada la presunción de filiación en actos prejudiciales, podrá decretarse *pensión alimentaria*, como medida provisional y de protección, a cargo del presunto progenitor y a favor del pretendido hijo, *al admitirse la demanda de investigación de la filiación* (art 381 bis, fracc I, CCNL).

Con estas bases legales, una vez presentada la solicitud, el juez resolverá de plano su admisión, ordenando se dé vista a la persona que se le impute la filiación, para que comparezca dentro del término de tres días a fin de que acepte o niegue dicha imputación. Para el caso de que omita manifestación alguna por parte de la persona requerida, se entenderá como una negativa de la filiación que se le atribuye.

En el supuesto de que se acepte la filiación, se ordenará mediante oficio el levantamiento del acta de reconocimiento ante el oficial del registro civil, dándose por concluido este acto (art 190 bis, fracc III, CPCNL).

Ahora bien, *en caso de negativa de la filiación*, se ordenará la práctica de la prueba biológica de ADN, la cual deberá realizarse por la institución que haya sido certificada por la Secretaría de Salud, señalándose fecha y hora para su desahogo, *constituyéndose el juez en el lugar y fecha señalado para la práctica de la prueba, levantándose acta circunstanciada de lo que acaezca*. Los resultados del examen de la prueba biológica deberán remitirse al juez en un plazo de treinta días (art 190 bis, fracc IV, CPCNL). Si la persona que deba realizarse la prueba no asistiera a la cita o se negare a proporcionar las muestras necesarias, *se presumirá la filiación que se le atribuye* (art 190 bis, fracc V, CPCNL).

La acción de investigación de la filiación deberá intentarse por parte del interesado dentro del término de treinta días de recibido el dictamen con resultado positivo o generada la presunción de filiación (art 190 bis, fracc

VI, *CPCNL*), apercibido de que de no hacerlo quedarán sin materia los beneficios obtenidos en este acto prejudicial.

Este sistema resulta eficaz por la certeza de que los resultados de la prueba de ADN son veraces, pues *el juez deberá estar siempre presente en la toma de muestras efectuadas por instituciones acreditadas por la Secretaría de Salud* (art 190 bis, fracc IV, *CPCNL*).

En cuanto al riesgo de que con los resultados del examen de ADN se pudiera conocer contra la voluntad del afectado información genética hereditaria, con aspectos patológicos o de conducta del individuo, y que pertenezca a la más absoluta intimidad del ser humano, afectándose directamente algunos de los derechos constitucionales del presunto padre, la mencionada legislación de Nuevo León determina en el último párrafo del art 190 lo siguiente:

El dictamen remitido a la autoridad judicial versará únicamente sobre los datos relativos a la filiación, conservándose en la confidencialidad los demás datos o características genéticas que pudiera arrojar la misma, a fin de preservar los derechos que en cuanto a su intimidad le asisten a la persona.

¿Qué destino tienen esos datos confidenciales? La legislación no lo determina, sin embargo, podría autorizarse al juez que ordene la destrucción de dichos datos ante su presencia.

Derecho comparado

Algunas legislaciones familiares latinoamericanas de vanguardia han incluido como pruebas indubitables a las que provengan del avance de los conocimientos científicos.

Es justo reconocer que el *Código Familiar de Costa Rica* fue el primer país en Latinoamérica que instituyó la prueba biológica de ADN como idónea para demostrar la filiación, según lo establece en el art 98:

En todo juicio de investigación o de impugnación de paternidad es admisible la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar la no paternidad y siempre que ésta sea evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia. La parte que sin fundamento razonable se niegue a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el tribunal, podrá ser tenida como procediendo con malicia. Además, esa circunstancia podrá ser tenida como indicio de la veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba.

Ahora bien, el *Código Familiar de El Salvador*, en su art 146, igualmente determina:

El hijo que no hubiere sido reconocido tendrá derecho a que el supuesto padre sea citado ante el juez a declarar si cree serlo. El juez, a su criterio, podrá ordenar las pruebas científicas, hereditarias, biológicas y antropomórficas del supuesto padre. La mujer embarazada también tendrá derecho a que el hombre de quien ha concebido sea citado ante el juez a declarar si reconoce ser el padre de la criatura que está por nacer. La negativa del supuesto padre a comparecer ante el juez o a someterse a la prueba de paternidad, será considerada como positiva de la existencia de vínculo biológico, sin perjuicio del derecho de impugnarla.

Por su parte, el *Código Familiar de Bolivia* expresa lo siguiente: “En los procesos de reconocimiento forzoso de paternidad *operará en beneficio del demandante la reversión de la carga de la prueba*, mediante la cual el demandado estará obligado a proveer las pruebas necesarias para la resolución del caso. *La inactividad o la oposición del demandado a aportar la prueba necesaria tendrá como consecuencia la presunción legal de la paternidad atribuida*, la que podrá ser impugnada sólo en los términos previstos en este código.”

10.11 Efectos jurídicos del reconocimiento (consecuencias jurídicas del reconocimiento voluntario o forzoso)

De conformidad con el art 389 del *CCDF*, el hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca; a ser alimentado por las personas que lo reconozcan; a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley; y los demás que se deriven de la filiación.

Respecto al nombre y apellidos como atributos de la persona física, no se encuentran regulados específicamente en la legislación latinoamericana, excepto en el estado de Coahuila, que instituye todo un capítulo sobre esa figura. En las demás legislaciones sólo se hace alusión muy generalizada en preceptos aislados; sin embargo, en ellos no se cumple con la protección del nombre como derecho subjetivo. En este contexto, hay necesidad de la creación en el *Código Civil* de un capítulo destinado al nombre, en el que se le otorgue al mismo, carácter de atributo de la persona física y le conceda a ésta el derecho a llevar un nombre patronímico desde su nacimiento y

precisamente el que le corresponda de acuerdo con la familia a la que pertenece.

En cuanto a los alimentos, no sólo les corresponden a los hijos, sino también a sus progenitores, ya que es característica de esa figura la reciprocidad.

El derecho a heredar en sucesión legítima, regulado por el art 1607 y siguientes del *Código Civil para el Distrito Federal*, da preferencia a los hijos y demás descendientes sobre cualquier otro pariente del autor de la sucesión; así como le otorga a los padres preferencia para heredar sobre cualquier otro pariente colateral.

Ahora bien, aunque el citado art 389 del *Código Civil* no lo establezca, constituye un efecto jurídico del reconocimiento el ejercicio de la patria potestad, que les corresponde ejercer a los padres sobre sus hijos menores de edad, derecho que se adquiere precisamente cuando los progenitores cumplen con el deber de reconocer a un hijo. Poco importa si los padres reconocen sucesiva o simultáneamente, de todas formas a los dos les corresponde el ejercicio de ese derecho e incluso el de la custodia, si viven juntos; si no es así, pero reconocieron al hijo al mismo tiempo, convendrán cuál de los dos ejercerá la custodia; a falta de acuerdo, el juez, oyendo a los padres, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor (art 380, *CCDF*). Si el reconocimiento se efectuó sucesivamente por los padres y éstos no viven juntos, le corresponderá la custodia al que reconoció primero, salvo que ambos convinieran otra cosa y siempre que el juez de lo familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del ministerio público (art 381, *CCDF*).

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 cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo a 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 (art 416 bis, *CCDF*).

En el caso de que el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde la fecha de nacimiento que consta en la primer acta (art 353 bis, *CCDF*). Pueden gozar también de los derechos de hijo los que ya hayan fallecido al celebrarse el matrimonio de sus padres, si deja-

ron descendientes (art 353 ter); lo mismo aplica a los no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo.

La Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, contiene los siguientes principios:

1. *Todos los hijos, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, tienen los mismos derechos y deberes familiares.*
2. *Son derechos de los hijos:*
 - a) *Saber quiénes son sus padres, ser reconocidos por éstos y llevar sus apellidos;*
 - b) *Vivir en el seno de su familia, sin que se pueda separarles de sus padres, sin o por causas legales justificables;*
 - c) *Disfrutar de una vida de familia sin violencias de cualquier tipo;*
 - d) *Recibir de sus padres: crianza, educación, protección, corrección, asistencia y seguridad; y*
 - e) *Heredar de sus padres en igualdad de condiciones, cualquiera que sea su filiación.*
3. *Son deberes de los hijos:*
 - a) *Guardar a sus padres respeto y consideración; igualmente respetar a las personas mayores, especialmente a aquellos que conviven con ellos o les brindan ayuda.*
 - b) *Obedecer a sus padres, sobre todo mientras estén bajo su cuidado personal;*
 - c) *Procurar el autodomínio para adquirir la capacidad de tener una disciplina que encauce su libertad;*
 - d) *Asistir a sus padres en todas las circunstancias que lo requieran, especialmente en la ancianidad. Esta obligación se deberá cumplir en relación a los demás ascendientes, cuando falten los padres; y*
 - e) *Contribuir a los gastos familiares, según sus posibilidades, mientras convivan con sus padres.*
4. *Los menores que, bajo cualquier circunstancia, habiten permanentemente en el domicilio familiar, equiparán sus derechos y obligaciones a las de los hijos.*

10.12 La posesión de estado de hijo

El *Código Civil para el Distrito Federal* en su art 343 hace referencia a la posesión de estado de hijo:

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.*

Derecho comparado

El *Código Civil de Coahuila* define la posesión de estado como el goce aparente de determinado estado de familia, con título o sin él; y sus elementos son nombre, trato y fama (art 78, *CCEC*).

Ahora bien, la *Ley Familiar de Hidalgo* establece que una persona tiene la posesión de estado de hijo cuando es tratado por el hombre y la mujer, sus parientes y la sociedad, como tal, si además el hijo ha usado constantemente el apellido del padre con conocimiento de éste y sin objeción de su parte, proveyéndole subsistencia, educación y establecimiento (art 188, *LFH*).

En América Latina sobresale el *Código Familiar de Costa Rica*: la posesión notoria de estado de hijo extramatrimonial consiste en que sus presuntos padres lo hayan tratado como hijo, o dado sus apellidos, o proveído sus alimentos, o presentado como hijo a terceros, y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como hijo de aquéllos, circunstancias todas que serán apreciadas discrecionalmente por el juez (art 93, *CFCR*).

En conclusión, las mencionadas legislaciones coinciden en que la posesión de estado se justificará demostrando por todos los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado por el presunto padre, por la familia de éste y por los vecinos del lugar, como hijo del primero o que el presunto padre ha proveído a su subsistencia y educación o establecimiento.

Ahora bien, las legislaciones de referencia, incluso la del mismo Distrito Federal, coinciden en que el solo hecho de dar alimentos no constituye por sí mismo prueba, ni aun presunción de paternidad o maternidad; tampoco puede alegarse como razón para investigar ésta (art 387, *CCDF*). En cambio, la *Ley Familiar de Zacatecas* con un criterio justo y humano determina lo contrario: “El hecho de dar alimentos constituye por sí solo una presunción *juris tantum* de paternidad o maternidad, que debe relacionarse con las demás pruebas” (art 347, *CFZ*).

Sobre esta divergencia, el jurista mexicano **Flavio Galván Rivera** se inclina por lo establecido en esta última legislación, agregando que el pri-

mer precepto debiera suprimirse, en virtud de que se opone al contenido del art 343, fracc II, del *Código Civil para el Distrito Federal*, el cual determina que la posesión de estado se prueba cuando el presunto padre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento. Este último precepto hace presumir la intención del legislador de facilitarle al hijo la investigación de la paternidad, concediéndole el derecho a probar en juicio su filiación que no ha querido ser reconocida voluntariamente, pero que por haber recibido medios de subsistencia hace suponer que es el hijo.

En otra línea de ideas, existe un principio en materia de posesión de estado de hijo que consiste en que no puede perderse dicho estado sino por sentencia firme, así se manifiestan los códigos para el Distrito Federal (art 352), Nuevo León (art 352) y Coahuila (art 80).

El *Código Civil de Coahuila* determina que “la posesión de estado no puede perderse sino por sentencia firme dictada en juicio; el interesado podrá además ejercitar las acciones que establece el *Código Procesal Civil*, para que se le restituya o se le ampare en el disfrute de la posesión, contra cualquier despojo o perturbación que sufra al respecto sin que preceda sentencia firme” (art 80).

El *Código Civil de Nuevo León* agrega: “Si el que está en posesión de los derechos de padre o de hijo fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio, sin que preceda sentencia por la cual deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión” (art 353).

En cuanto al procedimiento, para el *Código Familiar de Bolivia* la posesión de estado se comprueba en proceso sumario ante el juez instructor de la familia, resolviéndose dentro de ese proceso las oposiciones que se susciten. La resolución favorable será inscrita en el registro civil previa revisión por la Corte Superior. Queda a salvo el derecho de las partes y de terceros interesados para la vía ordinaria, hasta dos años de concluida la vía sumaria (art 182).

En efecto, dada la importancia y urgencia de comprobar la posesión constante de estado de hijo, que conlleva la declaración judicial de reconocerle a un menor sus derechos a conocer su identidad, llevar su nombre, ser alimentado y protegido, entre otros, es lo que justifica al legislador de Bolivia a instituir la vía sumaria como la idónea.

UNIDAD 10^{bis}

El progreso científico en materia de reproducción humana y sus consecuencias en el derecho familiar

10 bis.2 Control natal { Se entiende por control natal el manejo adecuado de los nacimientos habidos en una comunidad en un periodo de tiempo. Se usa para prevenir o aminorar la frecuencia de la concepción en un lugar y tiempo determinados.

10 bis.3.1 Fecundación *in vivo* (inseminación artificial) {

Concepto	{ La inseminación artificial consiste en aplicar técnicas específicas a hombres y mujeres con el propósito de lograr una fertilización. En vista de la variedad de personas que en ella intervienen y del distinto papel que desempeñan, se origina variedad en los tipos de inseminación y cada una de ellas produce distintas consecuencias.
Naturaleza jurídica	{ Constituye un verdadero acto jurídico, porque la manifestación de la voluntad de los sujetos está encaminada a producir efectos jurídicos.
Sujetos	{ • La mujer que otorga su consentimiento. • Los profesionales que participan en el acto. • El esposo o pareja estable de la mujer, cuyo consentimiento es indispensable.

10 bis.3.1.7 Tipos de inseminación {

Inseminación homóloga	{ La inseminación de una mujer casada o soltera, con el espermatozoides de su esposo o pareja estable.
Inseminación heteróloga	{ La inseminación de una mujer, sea soltera o casada, con espermatozoides de donador anónimo. Si la mujer es casada, deberá tener el consentimiento del marido.

10 bis.4
Consecuencias
jurídicas en
el derecho
familiar

- El hijo nacido como resultado de una *inseminación homóloga* es hijo del esposo de la mujer inseminada, pues fue el proveedor del semen utilizado para la fecundación.

En cuanto a la condición jurídica del menor, su filiación debe ser reconocida por el padre y la madre. Su situación de hijo producirá todas las consecuencias legales previstas en las diversas legislaciones, entre ellas, transmisión del nombre patronímico, patria potestad, alimentos, derechos sucesorios, entre otros.

- En los casos de *inseminación heteróloga* (con semen de donador anónimo) consentida por la mujer y por su esposo, la madre está unida al hijo por filiación biológica; en cambio, el marido que consintió la inseminación establecerá una filiación de lo que la doctrina moderna denomina *voluntad procreacional*, que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea. *La aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de su esposa es la fuente creadora del vínculo de filiación*, independientemente de la verdad biológica con todas las consecuencias legales, entre ellas, la creación de un *verdadero estado de hijo* (trato y fama de hijo).

En suma, la inseminación de la mujer casada sin consentimiento del marido puede dar lugar a que éste impugne la paternidad. Por ende, si aquél otorgó su consentimiento expreso, no habrá lugar a dicha impugnación (art 326 *in fine*, CCDF).

10 bis.5
Fecundación
in vitro

Inglaterra fue el primer país que utilizó con éxito la técnica de fecundación artificial *in vitro*, en la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre, fuera de su cuerpo, con el esperma del padre. El éxito de este procedimiento significó la esperanza para muchas parejas incapaces de concebir hijos mediante métodos puramente naturales.

En el sistema jurídico mexicano existe ausencia de regulación expresa en las técnicas de reproducción asistida. El art 4o párr 2o de la Constitución federal proclama la libertad de las personas de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos; sin embargo, la idiosincrasia del país ha provocado que las personas no se decidan a usar este método, por ser una técnica de fecundación externa al cuerpo.

10 bis.5.4
Congelamiento
de esperma

A pesar de que se practica en México por todas las instituciones de salud donde se manejan las técnicas de reproducción asistida, ninguna ley o reglamento relacionado con esta materia prevé la crioconservación ni cualquier otro destino distinto para los embriones "sobrantes" de la práctica de la fertilización asistida.

10 bis.5.3
Arrendamiento
de vientre
(maternidad
subrogada)

Concepto: es una técnica de reproducción asistida en la que por medio de un acuerdo de voluntades una mujer gesta el hijo de otra persona, a quien se transferirá la maternidad en cuanto éste nazca.

Naturaleza jurídica: se trata de un acto jurídico consensual *sui generis*, por el acuerdo de voluntades para dar satisfacción a la necesidad natural y emocional de una pareja imposibilitada para concebir por los medios ordinarios de reproducción, de hacerlo por medio de las nuevas técnicas de fecundación.

Efectos jurídicos: en la mayoría de los países no existe legislación al respecto. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, de manera que la madre gestante conserva sus derechos de maternidad.

En México, el primer estado que lo reguló fue Tabasco, distinguiendo entre la madre gestante sustituta y la madre subrogada:

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

10 bis.5.3
continuación

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción.

Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el oficial del registro civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare" (art 92, CCT).

10 bis.1 La bioética en la investigación. Su repercusión en el derecho familiar

Los problemas relacionados con la bioética están provocando un creciente interés no sólo de los científicos, filósofos y juristas, sino de la opinión pública en general, ya que los medios de comunicación permiten tener una visión de los descubrimientos más recientes en la materia, casi en el mismo instante en que se producen. El derecho no debe permanecer ajeno a este fenómeno, pues son las normas jurídicas las que establecen el sustento legal para que se realicen los procedimientos científicos.

En México existe un creciente interés por profundizar en estos temas relacionados con la bioética, incluso científicos reconocidos en el ámbito nacional empiezan a mencionar en sus publicaciones aspectos tan importantes como la investigación con embriones humanos, claro está, desde el punto de vista médico. El Dr. **Jorge Luis Hernández Amaga**, investigador y académico de número de la Academia Mexicana de Pediatría, menciona la importancia de que existan bases éticas para la investigación en menores de edad, así como en embriones y fetos humanos, señalando que cualquier investigación con menores deberá prever tres principios fundamentales:

1. *El respeto a la persona*, que se exige para cualquier investigación, pero que en el caso de los no nacidos equivale necesariamente a aceptar que se trata de personas y no de simples tejidos, órganos u objetos. Este principio exige además que a este grupo de sujetos se les proteja jurídicamente, y se les equipare a los nacidos en cuanto a concederles las mismas garantías individuales que se les otorga a los niños en la propia Constitución, para dotarlos de una protección adicional contra los daños que se les pudiera ocasionar con la propia investigación.
2. *Balance entre beneficios y riesgos*, que significa que los primeros siempre deben superar a los segundos, particularmente en investigaciones no

terapéuticas. Los investigadores deben siempre exigirse no sólo el análisis crítico de este aspecto, sino el esfuerzo por privilegiar los beneficios y evitar los riesgos.

3. *Justicia y equidad*: no sólo se refiere a la proporcionada a los sujetos de la investigación en cuanto a la asignación a grupos de acceso a los recursos económicos, sino en general a toda la población de menores en la misma situación.

El Dr. **Hernández Amaga** concluye su publicación resaltando la importancia que tiene el no nacido en la investigación y que los intereses de éste deben considerarse de forma prioritaria, al señalar: “Si aceptamos que la investigación en general está encaminada en primer lugar a servir a los intereses de los mismos sujetos que participan en ella, esto mismo debe aplicarse, y aún con mayor rigor, a la investigación en menores de edad, incluyendo a los no nacidos. La responsabilidad es de todos los participantes en ella... hasta de los editores de revistas científicas que aceptan la publicación de un artículo con serios cuestionamientos morales.” Como podemos apreciar, esta posición refleja claramente las preocupaciones que tiene el sector dedicado a la salud respecto al tema de los no nacidos y su posible utilización como material de investigación. Pero lo que también nos queda claro es que se trata de un punto de vista meramente técnico respecto a la medicina; los aspectos jurídicos hasta ahora no se han analizado de manera sistemática.

Aunque existen esfuerzos de algunos juristas que están empezando a ver la necesidad de legislar en materia de bioética, pues se reconoce la necesidad de que exista una legislación especial para tratar cuestiones relacionadas con esta ciencia, en el ámbito jurídico mexicano se está generando una nueva mentalidad encaminada a la aplicación de principios jurídicos para resolver casos concretos relacionados con la bioética.

Sin embargo, esta opinión no está generalizada en el medio, pese a que se están haciendo esfuerzos por ver nuevas realidades en el campo de la investigación que requieren una regulación adecuada; la verdad —afirma el científico—, es que muchas veces encontramos en algunos juristas “una gran resistencia, cuando no franca oposición, para analizar temas relacionados con las nuevas técnicas reproductivas y proponer alternativas; con las cuestiones relacionadas con la bioética, tenemos un campo nuevo en la investigación jurídica mexicana cuyo camino debemos construir mediante estudios sistemáticos de estos temas, difusión de artículos de opinión, formación de profesionales en derecho especializados en cuestiones relaciona-

das con el impacto de la ingeniería genética en las ciencias jurídicas, todo esto, con base en el valor fundamental de la dignidad humana”.

Al respecto, resulta interesante consultar legislaciones extranjeras sobre reproducción asistida, y quizá tomar aquellos criterios que se acomoden a nuestra idiosincrasia, respetando por supuesto *el derecho a la vida y a la dignidad humana desde la concepción*.

10 bis.2 Control natal. Concepto

Se entiende por *control natal* el manejo adecuado de los nacimientos habidos en una comunidad en un periodo de tiempo. Se usa para prevenir o aminorar la frecuencia de la concepción en un lugar y tiempo determinados. El control natal depende de las distintas políticas demográficas que pueden mantener gobiernos, sociedades e instituciones.

Por otra parte, se argumenta que los programas de control natal pretenden tener un dominio sobre los índices de fertilidad de una población, sin importar el respeto hacia la libertad de decisión de la persona, al bien integral del matrimonio y a la familia.

La política que sigue nuestro país al respecto se encuentra regulada en el art 4o de la Constitución federal: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.” Significa tal disposición que constituye una garantía individual la libertad que tienen todas las personas, independientemente de su estado civil, de decidir tener o no descendencia, y la cantidad de hijos, teniendo en cuenta sus circunstancias personales, así como sus aptitudes en cuanto a paternidad responsable se refiere.

Con este fundamento legal es claro que *la política del gobierno mexicano es el respeto a la esfera íntima y personal de la familia*, en cuanto evita intervenir en obligar o sancionar, como ocurre en algunos países orientales que presentan una alta densidad de población, en los que el gobierno impone sanciones administrativas a quienes violan las políticas de control natal establecidas, por ejemplo, en China, con su política de “un niño”, la cual, según datos recabados, continuará cuando menos por una década.

10 bis.3 Nuevas formas de fecundación: *in vivo* e *in vitro*

Las nuevas técnicas de reproducción se han incorporado a la medicina general y su práctica es común, no obstante, el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas a los cambios que se han generado en esta materia. El artículo 4o constitucional se refiere al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. La *Ley General de Salud* de 1984, regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología. No obstante, no hay ninguna ley especial en el país que regule de modo directo la inseminación artificial.

Esta laguna jurídica implica considerar imprescindible la reflexión sobre una serie de supuestos que sustentarán, en su momento, las necesarias modificaciones legislativas que deberán efectuarse, entre ellos, la definición misma de la inseminación artificial, la determinación de su naturaleza jurídica, de los sujetos que intervienen en ella, los intereses en juego, bajo qué supuestos debe aplicarse, cuáles son las finalidades que se persiguen y cuáles sus efectos jurídicos.

10 bis.3.1 Fecundación *in vivo*: inseminación artificial. Concepto

La inseminación artificial consiste en aplicar técnicas específicas a hombres y mujeres con el propósito de lograr una fertilización. Ahora bien, en vista de la variedad de personas que en ella intervienen y del distinto papel que desempeñan, se origina variedad en los tipos de inseminación y cada una de ellas produce distintas consecuencias.

En efecto, la mujer que se somete a la inseminación artificial puede ser soltera o casada. Si es casada, para la inseminación se utiliza semen del esposo; en ese caso, la inseminación se denomina homóloga, lo mismo que la inseminación de la soltera con semen de su pareja estable; en cambio, será heteróloga la que se efectúa con semen de un tercero. Otras posibilidades se plantean si el donador está vivo o si ha muerto; por lo cual, la fecundación también se puede producir después de la muerte de éste.

10 bis.3.2 Naturaleza jurídica

La inseminación artificial constituye un verdadero acto jurídico porque la manifestación de la voluntad de los sujetos está encaminada a producir efectos jurídicos. De esta manera, para llevar a cabo una inseminación artificial es necesario un acuerdo de voluntades sobre el objeto que se pretende

y las consecuencias que producirá. Además, existe una finalidad mediata y una inmediata: la inmediata es lograr una fertilización (si no se presenta alguna situación adversa); la mediata, el nacimiento de un hijo. La conjugación de todos estos elementos nos lleva a determinar que *la naturaleza jurídica de la inseminación artificial constituye un auténtico acto jurídico, pues se reúnen todos los elementos del mismo.*

10 bis.3.3 Sujetos

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

En cuanto a la revocabilidad o irrevocabilidad del consentimiento de la mujer receptora, no hay uniformidad de criterios, pues mientras que alguna legislación establece la irrevocabilidad, la mayoría —entre ellas la *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* española (art 3o, fracc V) y el reglamento de nuestra propia *Ley de Salud* (art 21, fracc VII)— admite la revocabilidad de dicho consentimiento.

10 bis.3.4 El objeto

El objeto de la inseminación artificial es lograr una fertilización y, consecuentemente, un nacimiento. Esto implica el establecimiento de una filiación materna y, en ocasiones, paterna. Los efectos de hecho implican una modificación en la esfera jurídica de aquellos que intervinieron en la inseminación, por ello podemos afirmar que la inseminación artificial es un acto jurídico que debe estar cuidadosamente reglamentado por el derecho.

10 bis.3.5 Formalidades

Como todo acto jurídico, la inseminación debe cumplir ciertas formalidades. En efecto, el consentimiento debe otorgarse por escrito para asegurar,

en su caso, la no suspensión de la gestación, ni el rechazo a la filiación generada. El donador anónimo, al momento de la donación, indicará que no desea establecer ningún vínculo con el menor que nazca y que no exigirá el reconocimiento de su paternidad.

10 bis.3.6 Fundamento

La inseminación artificial es un procedimiento destinado a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación; procede cuando la inseminación natural no es posible por anomalía física del marido o de la mujer, por imposibilidad para la ascensión natural de los espermatozoides o porque el semen que penetra no es fértil. Su justificación depende de una opinión médica que indique la imposibilidad de la pareja para procrear por los medios naturales. En la medida en que la inseminación artificial se justifique, será aceptada por la legislación y por la propia sociedad.

10 bis.3.7 Tipos de inseminación

1. **Homóloga:** la inseminación de una mujer casada con el espermatozoides de su esposo no representa, en realidad, conflicto de orden jurídico. El nacido como resultado de ella es hijo del matrimonio; su filiación y consecuente situación jurídica está prevista en la mayoría de las legislaciones. Existe una identidad entre la filiación consanguínea y la legal; la condición jurídica del menor está reconocida y el hijo es aceptado por el padre y la madre.
2. **Heteróloga:** la discusión en el plano doctrinal sobre el derecho a la inseminación artificial comienza en este punto. Las opiniones más radicales han llegado a afirmar que esta inseminación configura el delito de adulterio y que como tal debe ser tratado.

La legislación italiana de épocas pasadas, como todas aquellas que consideran a la inseminación heteróloga como un delito, pretenden proteger, mediante esa figura delictiva, la pureza de sangre de la familia. Inseminar a una mujer casada con espermatozoides de un tercero implica introducir a la familia una carga genética distinta. **Chiaroti**, autor italiano que analizó el tema, afirma que el adulterio no se concreta solamente a la lesión que se causa al honor del marido, sino de modo fundamental en el interés social de la certeza de la descendencia.

Otras corrientes doctrinales, en cambio, han considerado que la inseminación heteróloga no constituye un adulterio. **Eugenio Cuello Calón** opina

que la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente biológico cuyo único fin es la fecundación. “Los adúlteros persiguen la satisfacción del instinto sexual, no desean engendrar hijos y nada más contrario a la sexualidad que la inseminación artificial que implica una intervención quirúrgica, con jeringas, gasas y otros accesorios.”

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

10 bis.3.8 Diversas hipótesis

1. **Inseminación de la mujer soltera:** este supuesto plantea otra problemática: ¿tendrá derecho una mujer a someterse a una inseminación, ya sea con aportación genética de su pareja estable o de un donador anónimo? La ley española sobre reproducción asistida de 1988 la permite, siempre que la mujer sea mayor de edad y en plena capacidad para obrar, con independencia de su estado civil (art 6o, fracc I). El mismo criterio asume la ley sueca puesta en vigor en 1985, la cual permite la inseminación de la mujer cuando esté casada o cohabite con un hombre en condiciones semejantes a las del matrimonio, siendo indispensable, en todo caso, el consentimiento escrito del marido o compañero.

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

2. **Inseminación *post mortem*:** esta inseminación no se refiere al donador anónimo que deposita su esperma en un banco y que muere después, sino a aquellos casos en que el donador es conocido, esposo o pareja de la mujer, y manifiesta su voluntad para que la inseminación se realice después de su muerte.

La legislación española la permite, pero sólo bajo ciertas circunstancias y requisitos, entre ellos, la manifestación de la voluntad del donante y que la inseminación se efectúe después de su muerte. En Francia no se ha legislado al respecto, pero es famoso el caso Parpalaix que, después de un largo y complicado proceso, se resolvió en un fallo favorable del Tribunal de Gran Instancia de Créteil en el sentido de que se practicara la inseminación a Corinee Parpalaix con el semen de su marido muerto.

Las corrientes contrarias a su aceptación sostienen que la muerte pone fin a la persona y si la inseminación se practica una vez que el donador ha muerto, ese hijo no tiene padre, puesto que no puede tener esta calidad quien ha dejado de existir.

Como se mencionó, al principio de este apartado, la aceptación legal de la inseminación artificial depende de cada país, pero existen *principios generales* que son reconocidos como mínimos para llevar a cabo una inseminación artificial: el respeto a la voluntad de las parejas involucradas; que con las prácticas y sus consecuencias no se cause daño a nadie, al menos en esferas relevantes dignas de superior tutela; que no se contraríen las prescripciones prohibitivas, ni se contravenga el ordenamiento jurídico; y que exista una coherencia entre la normatividad, la moral, el bien común y la idiosincrasia comunitaria.

10 bis.4 Consecuencias jurídicas en el derecho familiar

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

- El hijo nacido como resultado de una *inseminación homóloga* es hijo del matrimonio; el esposo de la mujer inseminada fue el donador del semen y, por tanto, el padre natural. Las situaciones de padre biológico y padre legal se identifican.
- La condición jurídica del menor, su filiación materna y paterna deben ser reconocidas por el padre y la madre. Su situación de hijo producirá todas las consecuencias legales previstas en las diversas legislaciones, entre ellas, transmisión del nombre patronímico, patria potestad, alimentos y derechos sucesorios.
- En los casos de *inseminación heteróloga*, consentida por la mujer y por su esposo, la madre está unida al hijo por filiación biológica; en cambio,

el marido que consintió la inseminación establecerá una filiación de lo que la doctrina moderna denomina *voluntad procreacional*, que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea. *La aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de su esposa es la fuente creadora del vínculo de filiación*, independientemente de la verdad biológica con todas las consecuencias legales, entre ellas, la creación de un *verdadero estado de hijo* (trato y fama de hijo).

La situación que podría generar problemas sería la posible inseminación de la mujer casada sin que el marido hubiese otorgado su consentimiento; en este caso, su cónyuge sí podrá impugnar la paternidad. En contraposición, si durante el matrimonio la esposa concibe mediante técnicas de fecundación asistida, con el consentimiento expreso del marido, éste no podrá desconocer la paternidad (art 326 *in fine*, CCDF).

De acuerdo con el análisis que hemos presentado de la inseminación como acto jurídico, éste sólo se configura con la manifestación de la voluntad de los que en ella intervienen tanto material como jurídicamente, y que son la mujer, su esposo, el donador anónimo y los profesionales. Si el esposo no manifestó su voluntad, no debería quedar vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participó, ni en forma natural, ni expresando *su voluntad procreacional*.

Si la mujer que se somete a la inseminación artificial fuera soltera, habría que distinguir si cohabita con una pareja estable o no. En el primer caso, las legislaciones italiana y sueca requieren del consentimiento de esa pareja; *en México*, debería también establecerse la misma exigencia, pues, aunque no existe presunción de paternidad, *se permite iniciar un juicio de investigación de la paternidad cuando el hijo fue concebido durante el tiempo en que la madre habitó bajo el mismo techo con un hombre, viviendo maritalmente*. El mismo comentario del párrafo anterior es aplicable: no se deben atribuir consecuencias jurídicas a aquel que no participó en el acto.

En el segundo caso (inseminación heteróloga), si la mujer no vive con una pareja estable, sino que la fecundación se lleva a cabo con semen de un donador anónimo, sólo será posible establecer la filiación materna respecto a su hijo.

En el supuesto de que la mujer que se somete a la inseminación artificial sea soltera, y ésta se efectúe utilizando semen de un donador anónimo, *la mujer inseminada será la única que se relacione con su hijo con un vínculo de maternidad*, pues es claro que el donante no desea establecer una relación de filiación con el menor que nazca después de practicada la inseminación.

nación artificial. Sin embargo, la legislación mexicana no regula la donación de semen, de manera que el anonimato del donante no está protegido por una norma de carácter general, por lo cual se tendrían que aplicar las normas relativas a la filiación.

Al respecto, el art 382 del *Código Civil para el Distrito Federal* consigna que la persona que tenga a su favor un principio de prueba (el contrato de donación de semen y la misma inseminación lo serían) puede llevar a cabo una investigación de la paternidad. Si llegara a establecerse la paternidad en el juicio, surgiría, aunque esa no hubiera sido la intención del donante anónimo y el nacido, una filiación con todos los efectos jurídicos inherentes a la misma.

Derechos del menor

Tanto a nivel internacional como nacional se reconocen los derechos del menor, mencionaremos algunos de los que tienen relación con la inseminación artificial.

1. **Derecho a una filiación materna y paterna:** el menor que nace como resultado de una inseminación artificial llevada a cabo por una madre soltera, nace sin padre. No todas las corrientes comparten la opinión de que el niño tenga derecho a un padre y a una madre; afirman quienes así piensan, que el niño lo que necesita es sentir un ambiente afectuoso. Es indudable esta necesidad del nacido, no obstante, puede ocurrir que un niño sin padre se encuentre en un ambiente que contribuya a su buen desarrollo físico y emocional; sin embargo, casos aislados no constituyen la generalidad, y la norma jurídica debe prever circunstancias generales.

Es evidente que la filiación es una institución jurídica que ordena las relaciones familiares, no sólo del hijo con el padre y la madre, sino que lo entronca con todo el grupo familiar paterno y materno: hermanos, abuelos y tíos. Al negarle al menor el derecho a un padre se le niega el derecho a una filiación paterna; por lo cual si la mujer soltera deliberadamente priva a su hijo de tener un padre, lo priva también de una serie de vínculos afectivos y de derechos a los que tendría acceso con una filiación paterna.

2. **Derecho del menor a conocer sus orígenes genéticos:** desconocer el derecho de toda persona a conocer sus orígenes genéticos podría estar en contradicción con los derechos humanos fundamentales regulados

en la Constitución federal. El desconocimiento de los orígenes puede causar graves perjuicios psicológicos al menor; pero además para la atención médica del individuo a lo largo de su vida, es importante contar con el registro de las enfermedades y otros antecedentes médicos de sus familiares biológicos.

10 bis.5 Fecundación *in vitro*

El mes de julio de 1978 marcó el inicio de una nueva era en el campo de la reproducción humana, pues *Inglaterra* fue el primer país que utilizó con éxito la técnica de fecundación artificial *in vitro*, en la cual *se provoca el encuentro del óvulo de la madre, fuera de su cuerpo, con el espermatozoide del padre*. Pocos meses después nace por este sistema una niña en *Australia*. En mayo de 1981 lo mismo ocurre en *Francia*, y en diciembre del mismo año, tiene lugar un evento similar en *Estados Unidos de América*. En 1984 nace por este mismo método en *España* el primer bebé en una clínica de Barcelona. El éxito de este procedimiento significó la esperanza para muchas parejas incapaces de concebir hijos mediante métodos puramente naturales.

En México no existe una estadística confiable que permita conocer el índice de esterilidad de las parejas; las que la padecen generalmente no recurren a las instituciones de los sectores social y público, por no contemplar en su cobertura la práctica de técnicas de reproducción asistida. Las parejas que buscan la realización de algunas de estas técnicas, entre las cuales está la fertilización *in vitro*, acuden al sector privado, donde esperan una mejor atención médica y también que se guarde la mayor discreción posible.

Numerosas clínicas privadas ubicadas en las ciudades más importantes y desarrolladas del país, ofrecen sus servicios de fertilización *in vitro* y diversas alternativas para generar descendencia, pero es una técnica a la que no pueden acceder todas las parejas que así lo deseen, ya que el alto costo del procedimiento limita la posibilidad de beneficiarse con ellas.

Otro aspecto importante es que la fertilización *in vitro* no es una técnica muy solicitada en México, ya que, según el Dr. **Gabriel Ceja Espíritu**, “una de las causas por las que *la fecundación in vitro no es un procedimiento muy aceptado en México es debido a que es un método de concepción externo en sus primeras fases, y las parejas en general, debido a su idiosincrasia, no lo consideran como una buena alternativa*.” Como podemos apreciar, la fertilización *in vitro* a pesar de ser una técnica de reproducción asistida muy practicada en otros países, en México no es una opción de uso generalizado.

Legislación mexicana

En nuestro país no existe una ley especializada que se encargue de regular las técnicas de reproducción asistida, tal y como sucede en España, con la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida. Otro ejemplo lo tenemos en Argentina, en la Provincia de Buenos Aires, con la Ley 14.208, denominada Ley de Fertilización.

En el sistema jurídico mexicano existe ausencia de regulación expresa en las técnicas de reproducción asistida. El art 4o, párr 2o, de la Constitución federal, proclama la libertad de las personas de decidir “de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”. Más adelante, el mismo precepto, en su párr 3o, señala el derecho a la protección a la salud, sentando las bases para que exista la *Ley General de Salud* (y sus respectivos reglamentos). Lo anterior resulta relevante puesto que es en esta ley general y en su *Reglamento de Investigación para la Salud* donde podemos encontrar disposiciones relativas a la fertilización *in vitro*.

Esto significa elevar a rango constitucional el derecho a la salud y, por tanto, la obligación de prevenirla y preservarla queda bajo la tutela del Estado, ya que este derecho implica “el compromiso de realizar esfuerzos deliberados, orientados, y planeados para promover el bienestar, abatir los riesgos y disminuir los daños causados por la enfermedad.”¹

De esta manera, se le atribuye al Congreso de la Unión la facultad de definir la esfera de acción en materia de salubridad de los poderes federales y locales. Así, en la sección III de nuestra Constitución federal dentro del título “De las facultades del Congreso”, el inc XVI del art 73 señala que “el Congreso tiene la facultad: [...] XVI. Para dictar leyes sobre [...] salubridad general de la República.”

Por tanto, el ámbito de aplicación de la *Ley General de Salud* es de orden federal, es decir, aplicable en todas las entidades federativas. Dicho ordenamiento enumera en las veintiocho fracciones de su art 3o lo que es materia de salubridad general de la República, entre ello, nos interesa señalar para efectos de nuestra investigación lo siguiente: la organización, control y vigilancia de la prestación de los servicios y de establecimientos de la salud.

¹ **Guillermo Soberón Acevedo**, *Derecho constitucional a la protección de la salud*, 2a ed, México, Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1995, pág 83.

10 bis.5.1 Fecundación in vitro en la Ley General de Salud

El ordenamiento jurídico principal en materia de salud, que incluye las disposiciones relativas a la investigación para la salud, donación y utilización de tejidos humanos es la *Ley General de Salud*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 7 de febrero de 1984.

Atendiendo a que la *Ley General de Salud* sólo define los servicios de salud, y establece las disposiciones relativas de planificación familiar, sobre las disposiciones regulatorias de los procedimientos de reproducción asistida, nos referiremos al reglamento de esta ley en materia de investigación para la salud.

10 bis.5.2 Fecundación in vitro. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud

La fertilización asistida tiene su regulación sustancial en este ordenamiento; sin embargo, este término sólo está mencionado, pero no definido, en el Capítulo IV del *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud*. En efecto, en el art 40, fracc XI, se establece que la fertilización asistida “es aquella en la que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro”.

El art 43 del propio reglamento establece que para que la fertilización asistida tenga lugar, se requiere obtener el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario. Ahora bien, este consentimiento se encuentra establecido en los arts 20, 21 y 22 de este reglamento, que textualmente dicen:

Artículo 20. Se entiende por consentimiento informado el acuerdo mediante el cual el sujeto de la investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación (para la fertilización in vitro) con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.

Artículo 21. Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de la investigación (la mujer sujeta a la fertilización in vitro) 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 de los objetivos de la investigación. (En el caso de la fertilización asistida, la explicación deberá versar acerca de por qué se recurrir a ese medio alternativo de procreación y qué efectos tendrá la fertili-

zación in vitro en su cuerpo. La paciente y la pareja deben entender por lo menos, la causa y razón del procedimiento);

- II. *Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;*
- III. *Las molestias o riesgos esperados;*
- IV. *Los beneficios que puedan observarse;*
- V. *Los procedimientos alternativos que pudieran ser beneficiosos para el sujeto;*
- VI. *La garantía de recibir respuesta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos 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;*
- VIII. *La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad, y*
- IX. *El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando.*

Artículo 22. *El consentimiento informado deberá formularse por escrito [...].*

Las referencias citadas anteriormente constituyen el marco jurídico al que deben sujetarse tanto las dependencias oficiales de salud como los particulares que decidan someterse al tratamiento de fertilización *in vitro* en México, o bien, dedicarse a la práctica de este procedimiento.

Visto lo anterior, la fertilización *in vitro* es un procedimiento que eventualmente se practica en México, a pesar de no tener una ley especializada en técnicas de procreación asistida. Consideramos importante hacer un comentario final sobre algunos puntos importantes que contienen las disposiciones aplicables en esta materia: *la ley califica la nueva tecnología de la procreación como recurso terapéutico, es decir, tiene por objeto superar la esterilidad de la pareja, cuando no existe otra manera de remediarla. Esta disposición obliga al médico a investigar y establecer las causas de esterilidad (femenina y masculina) de la pareja e intentar solucionar el problema. Solamente cuando se ha calificado como irreversible, se justifica una técnica como la fertilización in vitro.*

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud nombra a los que pueden ser beneficiarios de estas técnicas de procreación asistida: la pareja estable (matrimonio o concubinato), como ayuda para que integren una familia. Con estas bases legales, estamos en posibilidad de deducir quiénes no tendrían acceso a estos procedimientos: *ni la mujer sola, ni la pareja heterosexual transitoria están incluidos entre los*

beneficiarios de la fertilización asistida. No obstante, atendiendo a la garantía individual consagrada en el art 4o constitucional, que establece la libertad de la persona a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos, tendríamos que concluir que la mujer, no importando su estado civil, puede hacer valer su derecho a ser inseminada.

10 bis.5.3 Maternidad subrogada

10 bis.5.3.1 Concepto

- Es una técnica de reproducción asistida en la que por medio de un acuerdo de voluntades una mujer gesta el hijo de otra persona, a quien se transferirá la maternidad en cuanto éste nazca.²
- Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin cópula, y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer.³
- Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.⁴

10 bis.5.3.2 Naturaleza jurídica

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de esta figura, podemos señalar que es un contrato de naturaleza privada, pues existe una declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica que se expresa en un documento privado.

Este criterio no es unánimemente aceptado, pues dicho contrato no es netamente de carácter privatista, por el contrario, conlleva el interés público, pues lo que está en juego es una vida humana, y la salud de la gestante, bienes jurídicos protegidos por todos los sistemas jurídicos; por lo que compete al interés público del Estado regular esa relación jurídica en observancia del principio de respeto a la dignidad de los seres humanos, siendo el propio Estado quien determine el fin lícito del mismo mediante un órgano jurisdiccional con intervención del ministerio público. Es por ello que *en algunas legislaciones, es necesaria la autorización judicial para contratar este tipo de servicios*, en virtud de que en la mayoría de los países occidentales se prohíbe la maternidad subrogada, llamada también *arrendamiento de vientre*.

² <http://vivirmexico.com/2012/01/ley-de-gestacion-subrogada-para-el-2012-compromiso-del-prd> (Consulta: 31 de julio de 2013).

³ <http://www.guevaraestudio.com/FormPreguntasAlquiler.php> (Consulta: 31 de julio de 2013).

⁴ <http://www.guevaraestudio.com/index.php?vjubilacion=VientreAlquiler> (Consulta: 31 de julio de 2013).

En efecto, la *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* de España determina en su art 10 lo siguiente:

Sobre la gestación por sustitución (maternidad subrogada):

1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (la madre gestante conserva sus derechos de maternidad).*
3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto al padre biológico conforme a las reglas generales.*

Lo que sí es una realidad en México es que ese fenómeno social existe y exige una solución, sea legislando al respecto, sea facultando a los tribunales de la Federación para que se avoquen a resolver cada caso concreto.

Continuando con el tema de la naturaleza jurídica de la maternidad subrogada, cabe señalar que existen diferentes posturas al respecto. Una es conocida como *arrendamiento de vientre*, esta figura se concibe como un contrato de arrendamiento, porque existen los elementos constitutivos del mismo, es decir, los sujetos que para el caso intervienen. Sobre este criterio cabría preguntarnos si el vientre de una mujer es de disposición de la titular del mismo, y si existe derecho de disponer sobre él. Al respecto, se afirma que el útero, como parte no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio; no obstante, resaltan algunos que la disposición del cuerpo es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible. Ahora bien, la crítica a esta tesis consiste en que la arrendataria no adquiere una posición pasiva en la relación jurídica, como ocurre en el alquiler convencional, ya que la mujer gestante asume una serie de obligaciones como cuidado y custodia del ser concebido durante todo el proceso de gestación, por lo cual se debe rechazar la tesis del contrato de arrendamiento, pues no se ajusta al hecho y naturaleza de la relación.

Hay otra postura que sostiene que es más adecuado que la maternidad subrogada sea equiparable al contrato de *prestación de servicios*, aunque dicho contrato requiere una contraprestación por cierto tiempo y para un trabajo determinado a cambio de una retribución. En el caso de la maternidad subrogada, legalmente no debe existir retribución, lo que hace parecer la presencia de un *comodato*, por la naturaleza gratuita de éste. Los que siguen la mencionada teoría se basan en que el carácter gratuito y altruista es propiamente la esencia de la figura del comodato, porque generalmente

las personas que se prestan para fungir como gestantes, lo hacen en atención a un vínculo de parentesco o de afectividad hacia la pareja comodataria, la cual no tiene obligación de retribuir o dar una contraprestación, pues únicamente tienen la obligación moral de procurar el bienestar y atención de la mujer gestante.

10 bis.5.3.3 Posición ideológica

Partiendo de la aceptación de que el derecho familiar se encuentra en proceso de separación del derecho civil, no podemos admitir que los principios de este último se apliquen a cuestiones de orden estrictamente familiar, por lo cual, dada la complejidad y lo delicado de las relaciones familiares, es decir, la subjetividad de esos vínculos, concluimos que no estamos en presencia de un contrato de arrendamiento, tampoco de prestación de servicios, ni de un comodato, porque éstas son figuras de carácter civil y de orden patrimonial, lo cual no es el caso; lo que nos permite concluir que *se trata de un acto jurídico consensual sui generis, por el acuerdo de voluntades para dar satisfacción a la necesidad natural y emocional de una pareja imposibilitada para concebir por los medios ordinarios de reproducción, y hacerlo por medio de las nuevas técnicas de fecundación.*

10 bis.5.4 La congelación de espermatozoides. El registro genético de espermatozoides

Cabe destacar que, a pesar de que se practica en México por todas las instituciones de salud donde se manejan las técnicas de reproducción asistida, *ninguna ley o reglamento relacionado con esta materia prevé la crioconservación ni cualquier otro destino distinto para los embriones “sobrantes” de la práctica de la fertilización asistida, situación que a pesar de no estar específicamente regulada se efectúa en las clínicas y centros de salud públicos y privados, donde se realiza este procedimiento.*

Ante la ausencia de legislación sobre congelación de espermatozoides y su registro genético, resulta pertinente transcribir un fragmento de la *Ley de Reproducción Asistida* de España de 1988, reformada en 2003 y modificada en 2006, por ser una de las más completas.

Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones.

1. *El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.*

2. *La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.*
3. *Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, de tejido ovárico y de los preembriones sobrantes, se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.*
4. *Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como en los casos que proceda, al semen, como ovocitos y tejido ovárico crioconservados son:*
 - a. *Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.*
 - b. *La donación con fines reproductivos.*
 - c. *La donación con fines de investigación.*
 - d. *El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley, sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados.*
5. *La utilización de los preembriones, o en su caso del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada, también deberá hacerlo el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones.*
6. *El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.*

10 bis.5.5 Investigación para la salud en la *Ley General de Salud* vigente en México

La *Ley General de Salud* dedica su título V a la investigación para la salud en seres humanos, en ella se encuentran disposiciones que contemplan cuestiones éticas que merece la pena señalar. En su art 98 menciona que es responsabilidad de las autoridades correspondientes la *creación de una comisión de ética* en aquellas instituciones donde se realicen investigaciones con seres humanos y fija también una *comisión de seguridad* donde se utilicen técnicas de ingeniería genética.

Dicho ordenamiento menciona también, en su art 100, las bases para la práctica de investigación en seres humanos: ésta “*deberá adaptarse a*

principios científicos y éticos que justifiquen la investigación médica, especialmente en lo referente a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica; sólo se realizará la investigación en seres humanos cuando no se pueda producir resultados por algún otro medio, y que además exista la seguridad de que no se expone a riesgos ni daños innecesarios al sujeto de experimentación; se contará con el consentimiento por escrito del paciente; sólo podrá realizarse por profesionales de la salud, con la obligación de suspenderla cuando sobrepase el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto en quien se realice la investigación”.

Consecuencias jurídicas

La *Ley General de Salud* en su art 102 indica que la Secretaría de Salud autoriza la realización de investigación en seres humanos siempre y cuando el investigador cumpla con ciertos requisitos, entre otros, los antecedentes científicos, el protocolo de investigación y la carta de aceptación del responsable y de la institución donde se lleve a cabo.

Como podemos observar, en la legislación mexicana está permitida la investigación terapéutica con seres humanos, y con menores de edad, por lo cual, a falta de menciones expresas, estas disposiciones se aplican también en lo que se refiere a la investigación con embriones.

Ahora bien, regresando al estudio de la *Ley General de Salud*, vamos a referirnos a su tít XIV, denominado “Donación, trasplantes y pérdida de vida”, donde podemos encontrar las cuatro únicas referencias expresas respecto a embriones, que al mismo tiempo servirán de guía a fin de que podamos delimitar la regulación jurídica en torno a la fertilización *in vitro*.

Cabe destacar que en el sistema legal mexicano no existe la palabra *preembrión* o *embrión preimplantatorio*, para separar las fases de desarrollo del *nasciturus* y otorgarles distinta protección jurídica. Veamos pues las referencias que la misma ley señala respecto al embrión humano: “Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.” Para efectos de aclaración terminológica, la ley señala lo que se entiende por *destino final*: “la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta ley y demás disposiciones aplicables”.

Se puntualiza la diferencia que existe entre embrión y feto en el desarrollo humano, entendiendo por *embrión* al producto de la concepción a

partir de ésta y hasta el término de la duodécima semana gestacional, o sea, hasta el término del tercer mes de gestación. Por tanto, se le denomina *feto* al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

La última referencia expresa que el legislador hace del embrión es precisamente en relación a la disposición de los embriones, textualmente dice: “Para el control sanitario de los productos y de la disposición del *embrión* y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan.”

Debido a las precarias disposiciones legales en la materia es necesario hacer una interpretación legislativa a fin de aplicar preceptos relativos y de factible aplicación para normar estos procedimientos de reproducción asistida.

10 bis.5.6 Investigación para la salud en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud

En este ordenamiento se desarrolla lo estipulado de manera panorámica por la *Ley General de Salud* en lo referente a la investigación para la salud. Entre los nueve títulos contenidos por esta ley, el tít 2o trata de aspectos éticos de la investigación en seres humanos. El art 3o dice textualmente: “En toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio, deberán prevalecer el criterio de respeto a su dignidad y la protección a sus derechos y bienestar.” El art 14, párr VII, del mismo tít 2o, manifiesta la obligación de contar con un dictamen favorable de las comisiones de investigación, de ética y, en su caso, bioseguridad. El art 16, mientras tanto, marca la necesidad de guardar la privacidad y confidencialidad de la información obtenida de los sujetos de experimentación. En el art 17 se hacen consideraciones sobre el riesgo de la investigación, dividiéndolo en investigación con riesgo mínimo e investigación con riesgo mayor al mínimo, especificando cada una de ellas.

El art 20 nuevamente señala la obligatoriedad del consentimiento informado, y los arts 21 y 22 especifican el modo en que el consentimiento informado debe ser obtenido. El art 23 señala algunas excepciones al consentimiento informado escrito.

Con este fundamento, *siempre que se pretenda hacer una investigación con embriones, se hará con criterios de riesgo mínimo, en donde se proteja principalmente la salud del embrión*. Estas disposiciones obligan también a

que antes de que se practique cualquier investigación exista un consentimiento expreso por parte de los respectivos padres. Estas disposiciones, por tanto, tratan de salvaguardar la dignidad de la vida de las personas en esta fase inicial de desarrollo.

10 bis.5.7 Problemas que plantea la regulación jurídica respecto a las técnicas reproductivas

Científicos, filósofos, sociólogos, además de juristas, coinciden en los problemas que impide una reglamentación suficiente y eficaz sobre fecundación asistida:

1. La tecnología que rodea las técnicas de reproducción asistida y, en general, el campo de la genética, crece sin cesar. Los límites geográficos de los países de todo el mundo ya no constituyen ningún obstáculo para el avance científico y el intercambio de información de los centros de investigación más importantes, lo cual se efectúa a una velocidad vertiginosa, que hace difícil seguirlos con la misma rapidez con la que se generan.

Por tanto, la regulación legal al respecto está en un peligro constante de convertirse en obsoleta al poco tiempo de su entrada en vigor.

2. Debido a la amplitud y a la variedad en el campo de la genética, *es muy difícil precisar los supuestos ficticios de la norma*, ya que no sólo se tienen que contemplar las conductas que se pueden derivar de los conocimientos actuales en la materia, sino que también el legislador debe de ir más allá, tratando de anticiparse —en la medida de lo posible—, a las conductas que se pudieran suscitar en el futuro, situación que hace muy difícil la tipificación de las conductas delictivas y, por consiguiente, el establecimiento de la sanción penal respectiva.
3. *No es deseable que las normas jurídicas sean absolutamente limitativas*, en cuanto a que anulen por completo la posibilidad de avance en la investigación, puesto que sería un retroceso en la misma actividad humana, contrario a la finalidad misma de una regulación. Es necesario, por el contrario, potenciar un avance constante en la investigación. Sin embargo, en estas actividades relacionadas con la genética humana, los límites son delicados, pues la utilización de una determinada técnica puede producir resultados deseables, en unos casos, y, en otros, resultados completamente contrarios a la dignidad del ser humano.
4. Se debe diferenciar cuáles son los derechos dignos de ser protegidos, atendiendo siempre a la salvaguarda de la dignidad humana. *La vida en*

formación, es decir, la vida del nasciturus, se configura como un bien jurídico constitucional, basado en el valor fundamental objetivo, que es la vida humana. No es que la vida humana en formación carezca de tutela constitucional hasta el nacimiento, sino que su protección se deriva del derecho fundamental a la vida de la persona. De esta condición tan especial del no nacido, se requiere pues de una protección adecuada en todas las fases de su desarrollo, sin excluir la fase inicial, que va desde su fecundación hasta la implantación en el útero, pues en esta etapa se encuentran los embriones producidos por la técnica reproductiva de fecundación *in vitro*. Para alcanzar esta finalidad tiene que delimitarse el estatuto jurídico del embrión humano, en los distintos niveles legislativos, es decir, en la Constitución federal, en las leyes especializadas en la materia, y en las decisiones de los tribunales de la Federación, con el objeto de homogeneizar criterios normativos para tipificar debidamente las conductas delictivas de los derechos fundamentales.

5. Es necesario que se unifiquen los criterios de los científicos y de los juristas, para denominar un determinado procedimiento, puesto que a veces se utilizan distintos términos para designar una misma cosa. La ley, en este sentido, debe ser lo más clara posible, definiendo los conceptos científicos y las técnicas genéticas contempladas en la misma.

10 bis.5.8 Nuestra realidad legislativa. Necesidad de legislar en México sobre esta materia

El impacto de las nuevas tecnologías tiene que reflejarse necesariamente en la legislación interna de un país. Lamentablemente, en la labor legislativa en México existe la tendencia a resolver los problemas que genera la nueva tecnología con leyes tradicionales, cuyos preceptos no se adaptan fácilmente a fin de resolver nuevas controversias; además de que se trata de ordenamientos jurídicos que muchas veces no se encuentran acordes con las verdaderas necesidades actuales de la sociedad. Tenemos una legislación que data de muchos años (la Constitución de 1917, el *Código Civil* de 1928, la *Ley General de Salud* es más reciente, de 1984, etc), que respondía sin duda a necesidades concretas del tiempo histórico en el que se generó, pero no al actual. No se puede seguir resolviendo cuestiones jurídicas novedosas sólo con adiciones o reformas a una ley que necesariamente se debe reestructurar, considerando por supuesto como fundamento de los derechos humanos el valor de la dignidad humana.

Visto lo anterior, se justifica la necesidad de legislar sobre técnicas de fecundación asistida incluyendo la inseminación artificial homóloga y heteróloga, así como la congelación de espermatozoides. Como ya se ha constatado, el único tipo de fecundación asistida parcialmente regulado en el *Reglamento a la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud* es la *fertilización in vitro*. En cuanto a la maternidad subrogada, algunas legislaciones la han prohibido por la complejidad y variedad en las hipótesis que pudieran presentarse. Para lograr la eficacia de una futura legislación, obviamente, como ya se ha propuesto por expertos en la materia, el órgano legislativo tendría que apoyarse en especialistas en bioética, conjugando conocimientos y esfuerzos que dieran como resultado una legislación con bases éticas, donde se observe el respeto a la persona, entendiéndose por tal el ser humano desde la concepción.

Revisando legislaciones sobre la materia, encontramos que sólo en contados países se ha regulado al respecto, y seleccionamos la que hemos considerado más completa, la *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* de España, por lo cual nos referiremos a ella pensando en que pudiera tomarse cuando menos los principios fundamentales en que se basa dicha ley, que no son otros sino el respeto a la dignidad humana.

10 bis.5.9 Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de España, de 1988, reformada en 2003 y modificada en 2006

Exposición de motivos

La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70, supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución al problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. La novedad y utilidad de estas técnicas hicieron sentir en los países de nuestro entorno la necesidad de abordar su regulación.

En España, esta necesidad se materializó mediante la aprobación de la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida. Dicha ley supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiesta para otros fines útiles, tales como diagnósticos o de investigación.

El importante avance científico en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones hicieron necesaria una revisión a la ley de referencia en 2003. En efecto,

dicha ley autorizó la utilización con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor (noviembre de 2003); pero a la vez establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer.

Por otra parte, las adiciones del 2003 dispensaban distinto tratamiento a los preembriones crioconservados o congelados según cuál fuera la fecha de su generación. Los anteriores a noviembre de 2003 podían ser dedicados, además de otros fines, a la investigación, posibilidad que estaba prohibida a los generados con posterioridad, que podían destinarse únicamente a fines reproductivos de la pareja generadora o a la donación a otras mujeres.

Esta ley introduce importantes novedades: en primer lugar, define de manera clara, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación, el concepto de *preembrión*, entendiendo por tal al embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde. Además, de acuerdo con lo que dispone la constitución europea, prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos (art I, fracc II, *LSTRAE*).

La Ley 35/1988 siguió el método de enumerar, mediante una lista cerrada, cuantas posibilidades técnicas eran conocidas en aquel momento; por el contrario, la aplicación extensiva de la ley en vigor sobre la base de una interpretación lo más amplia posible sigue un criterio más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa y habilita a la autoridad sanitaria para consentir, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas (art 2o, fraccs 2 y 3, *LSTRAE*).

Por otra parte, se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias, para evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo (art 1o, fracc B, *LSTRAE*).

En otro renglón, la ley refleja el papel asesor de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que debe emitir informes acerca de cuán-

tos proyectos nuevos, sea para el desarrollo de nuevas técnicas, sea como investigación de carácter básico o aplicado, se puedan promover, pero al mismo tiempo mantiene la capacidad decisoria de las autoridades sanitarias correspondientes (art 20, *LSTRAE*).

Uno de los mecanismos prioritarios para contribuir a la equidad de esa relación es la disponibilidad de una información accesible a los usuarios de las técnicas que sea clara y precisa, sobre la actividad y los resultados de los centros y servicios que las practican. Esta necesidad se traduce en la ley, en el reforzamiento de los registros y otros mecanismos de información que deben constituirse, por lo cual, además del registro de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana (art 21, *LSTRAE*), se crea el registro de actividad de los centros de reproducción asistida (art 22, *LSTRAE*). En el primero, se consignan los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras, y la localización original de unos y otros en el momento de la donación; en el segundo, se registran los datos sobre tipología de técnicas y procedimientos, tasas de éxito y otras cuestiones para informar a los ciudadanos de cada uno de los centros, que deberán hacerse públicos al menos una vez al año.

Aspectos sobresalientes de la *Ley de Reproducción Asistida de España*

1. Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos (art 1o, fracc 3).
2. Técnicas de reproducción asistida aceptadas (Anexo A):
 - Inseminación artificial.
 - Fecundación *in vitro*.
 - Transferencia intratubárica de gametos (modalidad de inseminación).
3. Disposiciones respecto a la gestación por sustitución o maternidad subrogada (art 10):
 - Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
 - La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
 - Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

UNIDAD 11

Adopción

Regulación jurídica: arts 390 al 401 y del 410-A al 410-F del CCDF

Concepto	{ Es un acto jurídico mixto de derecho familiar que crea, entre dos o más personas relaciones análogas a las que produce la filiación.
Función	{ Persigue una doble función social: a) atender el interés del Estado para proteger a los menores indefensos y los mayores incapaces, y b) atender el interés privado del adoptante al concederle descendencia.
Naturaleza jurídica	{ Intereses sociales y privados se conjugan para la eficacia de la adopción, por lo cual, se considera como un acto jurídico mixto de derecho familiar (por la intervención de los particulares y la declaración jurisdiccional) que aprueba la adopción y crea el estado civil de hijo adoptivo y padre adoptante, con efectos jurídicos plenos hacia la familia de éste.
Tendencia moderna	{ Pretende regular la figura con un criterio realista en beneficio del adoptado e integrarlo plenamente a la familia adoptiva, desapareciendo el parentesco consanguíneo con su familia de origen. Algunos códigos civiles y familiares, como el nuestro, siguen esta corriente; sin embargo, es importante se instituya en la legislación procesal un juicio especial de adopción.

Características	{	Es un acto jurídico:
		a) Plurilateral
		b) Mixto
		c) Solemne
		d) Constitutivo
		e) Extintivo (en la adopción plena)
		f) Con una doble función social
		g) Revocable e impugnabile

11.1 Concepto y antecedentes de la adopción

La doctrina coincide en reconocer la adopción como un acto jurídico; como una ficción creada por el derecho, en donde se finge la procreación negada por la naturaleza al crear relaciones de paternidad, de maternidad o de ambos. Por lo cual, podemos **definir la adopción**, atendiendo a su naturaleza jurídica, **como un acto mixto de Derecho Familiar que establece entre dos personas relaciones análogas a las que produce la filiación**.

Ahora bien, el *Código Civil para el Distrito Federal* no define esta figura, sólo menciona las características de la adopción plena, en virtud de que la ordinaria o simple se encuentra derogada. Para ese Ordenamiento, **la adopción viene a constituir una auténtica fuente de la filiación que crea, entre adoptante y adoptado, un parentesco civil con iguales efectos jurídicos que la filiación consanguínea** (arts 395 y 396).

La legislación de los Estados de la Federación, también ofrece un concepto:

- El *Código Familiar de Sonora* señala: la adopción es una forma de parentesco civil y resulta del acto jurídico por el cual una persona o pareja de cónyuges o **concubinos** asumen, respecto de uno o varios menores o incapacitados, los derechos y obligaciones inherentes a un hijo biológico (art 269).
- El *Código Familiar de Zacatecas* determina: la adopción es un parentesco civil resultante del acto jurídico mediante el cual, una o más personas asumen respecto de un menor de edad (art 351).
- *Ley Familiar de Hidalgo* la define como: la adopción es la integración a una familia de uno o varios menores de edad, como hijo o hijos de matrimonio o **concubinato**, previo el procedimiento legal (art 203).

Algunas legislaciones latinoamericanas, sobre todo las más avanzadas en regular las relaciones paterno-filiales, también la definen:

- Para el *Código Familiar de Costa Rica*, la adopción es la institución jurídica de integración y protección familiar, de orden público e interés social a través de un proceso jurídico y psicosocial, mediante el cual el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija (art 100).
- El *Código Familiar de El Salvador* conceptúa la adopción plena, como aquella por la cual el adoptado —para todos los efectos— pasa a formar parte de la familia de los adoptantes, como hijo de éstos y se desvincula en forma total de su familia biológica, respecto de la cual ya no le corresponden derechos ni deberes, a excepción de los impedimentos matrimoniales, los cuales quedan vigentes (art 167).

La redacción de estos preceptos deja sentir el espíritu del legislador de regular la adopción con un criterio realista y humano, procurando proteger más que al interés particular del adoptante, los intereses sociales de la niñez huérfana y desvalida, en contraste con el criterio superado de ocuparse exclusivamente por el beneficio del adoptante sin descendencia.

11.1.1 Antecedentes de la adopción

Los fines de la adopción no han sido siempre los mismos; en sus orígenes estaban dirigidos a proteger exclusivamente el interés del adoptante, concediéndole la posibilidad de la maternidad o de la paternidad. En efecto, la adopción sirve en una época para dotar de descendientes a los que no los tienen, o para legitimar a los hijos habidos fuera del matrimonio. Por ende, poco se cuida el interés del adoptado; no obstante, éste ha disfrutado —a través de la evolución de esta figura— los privilegios que tienen los hijos consanguíneos, como son: derechos de alimentos y hereditarios, de transmisión del nombre, ejercicio de la patria potestad, entre otros efectos.

Ahora bien, la adopción ha evolucionado de manera que en la actualidad pretende cumplir una doble finalidad social: por una parte, atendiendo al interés superior de la niñez desvalida y abandonada, permite que el adoptado encuentre la oportunidad para desarrollar adecuadamente los aspectos físico, moral, emocional y social, en el seno de una familia; por otra parte, la adopción se presenta como un consuelo para los matrimonios que no han tenido descendencia o que, habiéndola adquirido, la perdieron.

Las legislaciones modernas, estructuradas con un contenido social y humano, pretenden privilegiar el interés del adoptado; por lo cual, la adopción aparece como una figura capaz de resolver parcialmente un mal que aqueja a la humanidad: la niñez desvalida o abandonada. El Poder Público, reconociendo su impotencia para hacerse cargo del desarrollo integral de esos menores o incapaces, ha recurrido al auxilio de los particulares deseosos de brindarle al adoptado un hogar, una familia y sobre todo, seguridad jurídica.

En México, la *Ley Familiar de Hidalgo*, ha sido la pionera en materia de adopción, pues es el primer Ordenamiento en el país que instituye la **adopción plena**, integrando al adoptado a toda la familia del adoptante. El mismo criterio asume el *Código Civil para el Distrito Federal*, el cual ha sido tomado como modelo en otros Estados de la República; sin embargo, este Ordenamiento derogó la adopción ordinaria, la que aún conservan algunas de las entidades federativas; por ende, existen en México dos tipos de adopción: la ordinaria y la plena.

11.1.2 Clases de adopción

11.1.2.1 Adopción ordinaria

Formas	Adopción simple. En el Distrito Federal está derogada. Vigente en algunas entidades federativas	• Crea la filiación entre adoptante y adoptado. • Se transmite la patria potestad a los padres adoptantes. • No se extingue el parentesco consanguíneo original. • Los derechos y deberes resultantes de la adopción son iguales a los que genera la filiación. • Se establecen prohibiciones de matrimonio. • El adoptante dará nombre y apellidos al adoptado, salvo excepciones. • La adopción simple puede convertirse en plena, si se dan las condiciones legales. • Este tipo de adopción es revocable.
	Adopción plena Efectos jurídicos: (art 410-A, <i>CCDF</i>)	• El adoptado se equipara al hijo consanguíneo. • El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo consanguíneo. • El adoptado debe llevar los apellidos del adoptante (art 395, <i>CCDF</i>). • Se extingue la filiación consanguínea, a excepción de los impedimentos de matrimonio. Si el adoptante está casado o vive en concubinato con uno de los padres biológicos del adoptado, no se extinguen los derechos ni las obligaciones de la filiación consanguínea. • La adopción plena es irrevocable. • El Registro Civil no proporcionará información sobre el origen del adoptado, salvo excepciones (art 410-C, <i>CCDF</i>).

Como ya se mencionó, **la adopción ordinaria ha sido derogada** en el *Código Civil para el Distrito Federal*, sin embargo, algunos estados de la Federación la conservan, regulándose simultáneamente a la adopción plena. Para estas entidades, en la adopción ordinaria el adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten, los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo; limitándose el vínculo a adoptante y adoptado; de la misma forma el adoptado tendrá para con las personas que lo adoptan, los mismos derechos y obligaciones que tienen los hijos biológicos.

- Algo significativo del *Código Civil de Nuevo León*, sobre la adopción semi-plena u ordinaria, es que no se extinguen los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, los cuales sólo **permanecerán suspendidos** respecto de los progenitores biológicos, transfiriéndose el ejercicio de la patria potestad a los adoptantes. **Los derechos suspendidos** conforme a lo anterior, **se recobrarán una vez decretada la revocación de la adopción** (art 402, *CCNL*).
- En forma original, el *Código Civil de Coahuila* **confiere al adoptado la posesión de estado de hijo** del o de los adoptantes y a éstos los deberes inherentes a la relación paterno-filial (art 492, *CCEC*).

En cuanto al Derecho Familiar Latinoamericano, algunos países también conservan la adopción ordinaria, no existiendo propiamente variaciones importantes con respecto a la legislación mexicana.

A. Características de la adopción ordinaria

- Se conserva el parentesco consanguíneo con respecto a su familia de origen; por consiguiente, los derechos y obligaciones que resulten de ese parentesco natural quedan subsistentes, con excepción de la patria potestad que se transfiere al padre adoptivo.
- En cuanto al nombre y apellidos, el adoptante tiene el deber jurídico de otorgárselos al adoptado, salvo que no se estime conveniente para este último. Algunos juristas opinan que más que un deber es un derecho para los adoptantes cambiarle el nombre al adoptado, pues en realidad, los adoptantes son los más interesados en darles sus apellidos a los hijos adoptivos, por carecer precisamente de descendientes y por sentir la necesidad de continuar su nombre patronímico.
- Toda vez que el parentesco consanguíneo no se extingue, en caso de muerte o incapacidad del adoptante, la patria potestad la recuperarán los padres biológicos. Igualmente si éstos, o en su caso el hijo, tienen ne-

cesidad de recibir alimentos y existe la posibilidad económica para otorgarlos, se deberán proporcionar recíprocamente. Por la misma razón, a la muerte del adoptante o del adoptado, el sobreviviente tendrá derecho a heredar en sucesión legítima.

- Como ya se mencionó, con la adopción ordinaria se transmite la patria potestad de los padres consanguíneos al padre o padres adoptivos; ahora bien, si el menor no tiene padres o abuelos consanguíneos, en virtud de la adopción se instituye la patria potestad en favor del que adopta; si el padre adoptivo se encuentra casado con alguno de los progenitores del adoptado, la patria potestad se ejercerá por ambos cónyuges.
- En virtud de adquirir la patria potestad el o los padres adoptivos, tendrán la representación del adoptado y les corresponderá la administración legal de sus bienes. Como consecuencia de esto último, tendrán el derecho a la mitad del usufructo de los bienes del adoptado.
- De la misma manera, como efecto inmediato de la patria potestad, el adoptante tiene derecho a educar y corregir al hijo y, sobre todo, la obligación de adoptar una conducta ejemplar.
- Tanto hijos como padres adoptivos se deben, recíprocamente, respeto y consideración.

Por otra parte, la adopción crea un impedimento para contraer matrimonio. En efecto, las distintas legislaciones que regulan la adopción ordinaria o simple, coinciden en considerar como impedimento para contraer matrimonio, el hecho de que los que pretendan celebrarlo tengan o hayan tenido parentesco civil surgido de la adopción; es decir, se prohíbe al adoptante, su cónyuge o los descendientes de ambos, contraer matrimonio con el adoptado, su cónyuge o los descendientes de ambos. La misma prohibición tendrán los adoptados de un mismo adoptante (art 156, fracc XII, *CCDF*).

En otro renglón de ideas, es importante hacer notar que **la adopción simple u ordinaria puede convertirse en plena**, debiendo obtenerse el consentimiento del adoptado si éste hubiere cumplido doce años. Si fuere menor de esa edad, se requiere el consentimiento de quien hubiere consentido en la adopción, siempre y cuando sea posible obtenerlo; de lo contrario, el juez resolverá **atendiendo al interés superior del menor**.

B. Terminación de la adopción ordinaria

La adopción ordinaria puede terminar por dos causas:

- Impugnación, y
- Revocación.

a.1 Impugnación del adoptado

Las legislaciones que conservan la adopción ordinaria, coinciden en las causas de impugnación de la adopción, difiriendo únicamente en los tiempos para hacer valer ese derecho. En efecto, para *Tamaulipas*, por ejemplo, el menor o el incapacitado que haya sido adoptado podrá impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad (art 363, *CCT*); en cambio, el *Código Familiar de Bolivia* permite la impugnación dentro de los dos años siguientes de su mayor edad (art 226, *CFB*).

El derecho a impugnar su adopción se le concede al adoptado, exista o no causa justificada, de tal manera que aunque la adopción haya sido benéfica para el mismo, no podrá impedírsele ejercer ese derecho.

Sobre el tema, se distingue en las legislaciones del país el *Código Familiar de Sonora* de 2011, pues contiene una interesante disposición para el caso de que el menor impugne la adopción, por la cual el juez, antes de dictar resolución, deberá enviar a las partes en conflicto al **Centro de Justicia Alternativa** a dirimir sus diferencias a través de la conciliación:

*El menor o el incapacitado podrán impugnar su adopción, dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad, sin especificar la causa, excepto en el caso de que el menor hubiera consentido en la adopción, pero en todo caso, el Juez deberá remitir a las partes al Centro de Justicia Alternativa, antes de dictar resolución. En los lugares donde no exista Centro, el Juez tratará de conciliarlos (art 289, *CFS*).*

a.2 Revocación

Por lo general, se admiten tres formas de revocación:

a.2.1 Revocación por convenio de las partes

Por regla general la adopción puede revocarse cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, es necesario que consientan en la revocación las personas que prestaron su consentimiento, como pueden ser: sus padres, sus abuelos, su tutor, la persona que lo haya acogido como hijo, el Ministerio Público o las instituciones de asistencia que se hicieran cargo del menor o incapaz.

En este caso, se le concede al juez un amplio arbitrio para decretar si la adopción quedará o no revocada; para tal efecto, sólo podrá declarar revo-

cada la adopción si, convencido de la espontaneidad con que se solicitó la revocación, encuentra que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado. El decreto del juez, dejará sin efecto la adopción y restituirá las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse ésta; por consiguiente, el parentesco civil que unía a adoptante y adoptado se extinguirá, restituyéndosele a los padres biológicos la patria potestad sobre el hijo.

a.2.2 Revocación por ingratitud del hijo adoptivo

Es criterio universal que la adopción pueda revocarse en los siguientes casos:

- I. Si comete algún delito contra la persona, la honra, los bienes de su adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes.
- II. Si el adoptado acusa judicialmente al adoptante de algún delito grave perseguido de oficio, aunque lo pruebe, a no ser que hubiere sido cometido en contra del mismo adoptado, su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes.
- III. Si el adoptado rehúsa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza.

La adopción deja de producir efectos desde que se comete el acto de ingratitud, aunque la resolución judicial que declare revocada la adopción sea posterior.

a.2.3 Revocación por causa grave que ponga en peligro al menor

Al respecto, en *Tamaulipas* se ha instituido una nueva forma de revocación de la adopción: “cuando el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia justifique ante la autoridad judicial, que existe causa grave que ponga en peligro al menor” (art 374, fracc III, *cct*).

En ese mismo sentido, el *Código Familiar de Zacatecas*, atendiendo al interés superior del menor, incluye también otra causa de revocación de la adopción simple:

Por maltrato, abandono o costumbres desordenadas, en los términos de la Ley Estatal de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes, así como en los casos de violencia familiar. En este caso, el Ministerio Público, en protec-

ción al menor, ordenará la separación inmediata del adoptado; lo pondrá a la protección y cuidado de los ascendientes a los que legalmente les correspondan el ejercicio de la patria potestad; a su falta o impedimento, el menor pasará a la custodia del Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia, y dentro de las veinticuatro horas siguientes pedirá al Juez la revocación de la adopción, quien deberá resolver en un término de setenta y dos horas a partir de la fecha de la solicitud (art 365, CFZ).

11.1.2.2 Adopción plena

Ingeniosamente, el *Código Civil de Coahuila* resume todo el contenido de la adopción plena en un solo precepto:

... El adoptado, bajo la forma de adopción plena, se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, sujetándose a las disposiciones de la patria potestad, incluyendo los impedimentos para contraer matrimonio. El adoptado deberá llevar los apellidos de quien lo adopte y en su caso, previa solicitud, podrá autorizarse el cambio del nombre propio, en atención del interés superior del adoptado. La adopción plena extingue la filiación preexistente ante el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. Si uno de los adoptantes está casado con alguno de los progenitores del adoptado, y se cuenta con consentimiento expreso de adopción plena, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea. En la adopción plena, el parentesco se extenderá a todos los ascendientes y descendientes de los adoptantes... (art 509, CCEC).

11.2 Requisitos para adoptar y ser adoptado (basados en el *Código Civil para el Distrito Federal*)

1. El adoptante debe ser una persona física, hombre o mujer. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que se trate de matrimonio o de **concubinato**. En este caso, ambos cónyuges o concubinos deben estar conformes con la adopción (art 392, CCDF).

Este criterio del *Código Civil para el Distrito Federal*, que autoriza a los concubinos a adoptar, lo asume originalmente la *Ley Familiar de Hidalgo*, condicionándolo a que el concubinato esté registrado ante el Oficial del Registro Civil del Estado Familiar (art 206, LFH). También lo toma el *Código Familiar de Sonora*, previendo este último la terminación del concubinato y la situación en que quedarán los hijos:

Los cónyuges o los concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo. En el caso de disolución del vínculo concubinario, los hijos menores de siete años permanecerán con la madre, en los mismos términos que en la nulidad de matrimonio y el divorcio, debiendo plantearse, por vía judicial, un régimen de visitas que garantice la adecuada comunicación del otro padre con su hijo adoptivo y el pleno ejercicio de sus derechos (art 276, CFS).

En Sudamérica, el *Código Familiar de El Salvador* se separa de la regla que, tratándose de un matrimonio, ambos cónyuges deberán estar de acuerdo con la adopción, pues **permite la adopción individual a uno solo de los cónyuges**, pero requiere la anuencia del otro para que el primero efectúe la adopción, a menos que los cónyuges tengan más de un año de estar separados en forma absoluta (art 183, CFES).

Sin embargo, por regla general, sólo los cónyuges o en su caso los concubinos pueden adoptar, excluyéndose en consecuencia a las parejas que pactaron “Sociedad de Convivencia”. Paradójicamente, a partir del 4 de marzo de 2010, se avala por la Suprema Corte el derecho a adoptar de los matrimonios homosexuales.

2. El adoptante debe ser mayor de veinticinco años y diecisiete más que el adoptado, excepto en el caso de cónyuges o de concubinos, donde la ley exime a uno de ellos del requisito de la edad, siempre que haya una diferencia de diecisiete años que le permita hacer las veces de padre (art 390, CCDF).

Exigir determinada edad al adoptante, es garantizarle al adoptado la madurez física, mental y moral de quien pretende entablar con él relaciones de paternidad o maternidad, ya que la responsabilidad adquirida en virtud de ese lazo jurídico es trascendente para la vida y seguridad del menor o del mayor incapaz. Ahora bien, la diferencia de edad entre adoptante y adoptado es una consecuencia de la ficción de paternidad que configura el legislador, al crear relaciones análogas a la filiación consanguínea.

Por su parte, el *Código Civil de Coahuila* únicamente exige para el adoptante **la mayoría de edad**, siempre que haya una diferencia de edades de diecisiete años y que la adopción sea benéfica para el adoptado (art 493, CCEC).

3. El adoptante debe acreditar: “que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, educación y el cuidado de la persona que se trate de adoptar” (art 390, fracc I, CCDF). Sin este requisito, la finalidad de la adopción quedaría prácticamente frustrada. El *Código Civil de Coahuila* requiere

para que se autorice la adopción, estudios socioeconómicos de los adoptantes (art 493, *CCEC*); la misma exigencia la regula el *Código Civil de Nuevo León* (art 390, *CCNL*).

4. Que el adoptante sea persona apta y adecuada para adoptar, es decir, de reconocida probidad (art 390, fracc III, *CCDF*). En efecto, la ausencia de valores éticos constituye una causa de pérdida de la patria potestad; recordemos que uno de los efectos jurídicos primordiales de la adopción es el ejercicio de la autoridad paterna, por lo cual, tener costumbres contrarias al sentido común constituye un impedimento insoslayable en la adopción.

Derecho comparado

El *Código Civil de Coahuila* requiere, para que se autorice la adopción, estudios socioeconómicos de los adoptantes (art 493, *CCEC*); la misma exigencia la regula el *Código Civil de Nuevo León*.

En efecto, esta última legislación requiere, atinadamente, que se acredite una evaluación psicológica y socioeconómica del adoptante, practicada por instituciones públicas o privadas competentes debidamente aprobadas y certificadas por el Consejo Estatal de Adopciones, considerando su identidad, su historia familiar y las razones para adoptar; las circunstancias familiares y sociales, así como la historia médica y los antecedentes en materia de tradiciones, creencias y entorno cultural del menor que se pretenda adoptar (art 390, *CCNL*).

El *Código Familiar de Sonora*, determina que, cuando el tribunal no juzgue conveniente otorgar la adopción plena, concederá a los solicitantes —provisionalmente— la **adopción simple** y la posibilidad de **convertirla en plena**, pasado el término de dos años. Si durante ese plazo se cumplen cabalmente las obligaciones de protección, afecto y educación del adoptado, según informes del Ministerio Público o del procurador de la Defensa del Menor y la Familia, en su caso, el juez decretará la adopción plena, aunque el menor haya alcanzado la mayoría de edad (art 299, *CFS*).

En el **derecho latinoamericano** encontramos una condición para que se efectúe la adopción, no contemplada por ninguna de las entidades de la República mexicana, la cual es digna de reflexión:

Para el *Código Familiar de Panamá*, la adopción solamente puede tener lugar **entre personas de un mismo sexo** (art 295, *CFP*). El mismo criterio sigue el *Código Civil de Colombia*: “La adopción no puede tener lugar sino entre personas del mismo sexo, salvo que se haga por marido y mujer...” (art 273, *CFP*).

11.2.1 Requisitos para ser adoptado

Requisitos	Del adoptante	• Debe ser una persona física. • Sólo una persona puede adoptar, excepto si se trata de un matrimonio (art 392, CCDF). • Si es un matrimonio o una pareja que viva en concubinato, tienen que consentir ambos (art 391, CCDF). • Ser mayor de 25 años, excepto en caso de un matrimonio o concubinato, pues se admite la dispensa para uno de ellos, con tal de que el otro adoptante sea 17 años mayor que el adoptado. • Tener solvencia económica (art 390, fracc I, CCDF). • Ser de reconocida probidad.
	Del adoptado	• Ser menor o mayor incapaz. • Que la adopción le sea benéfica para él (art 390, fracc II, CCDF).
Deben consentir en la adopción (art 397, CCDF)		• El que ejerza o los que ejerzan la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar o, en su caso, el tutor. • La persona que lo haya acogido como hijo. • El adoptado, si es mayor de 12 años. • El Ministerio Público. • Las instituciones de asistencia social (cuando lo tienen a su cuidado).

11.2.1.1 Ser menor de edad o mayor incapacitado

Aunque lo común es adoptar menores de edad, por lo general recién nacidos, la adopción va dirigida también a personas mayores incapaces.

En nuestro país, un precepto significativo que rompe con la regla de que el adoptado debe ser menor de edad lo contempla el *Código Civil de Nuevo León*, pues permite al juez autorizar la adopción de un mayor de edad siempre y cuando éste haya vivido como hijo de los futuros adoptantes y cuyo hecho sea del conocimiento público (art 390, CCNL).

En la legislación extranjera encontramos disposición similar en el *Código Familiar de El Salvador* y en el *Código Civil de Argentina*, bajo las mismas premisas; es decir, que el adoptado se encuentre en posesión de estado de hijo:

Podrán ser adoptados: los mayores de edad, si antes de serlo hubieren estado bajo cuidado personal del adoptante y existieren entre ellos lazos afectivos semejantes a los que unen a hijos y padres (art 182, CFES).

*... La adopción de un mayor de edad o un menor emancipado puede otorgarse, previo consentimiento de éstos, cuando se trate del hijo del cónyuge del adoptante o exista **estado de hijo** del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial (art 311 CCA).*

11.2.1.2 Que la adopción sea benéfica para el o los adoptados

Atendiendo al interés superior de los adoptados (art 390, frac II, CCDF), este requisito se considera definitivamente el más importante, pues la adopción ha dejado de ser una institución de beneficio exclusivo del adoptante para transformarse en una figura tutelar, donde prevalecen el beneficio material y moral del adoptado. Ésta es la función social más trascendente que desempeña la institución.

Es importante hacer notar que el legislador, con franco sentido de la función tuteladora de la adopción, ha dejado de considerar la existencia de hijos como impedimento para que ésta se efectúe; incluso permite la adopción de dos o más menores o incapacitados:

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente (art 390 in fine, CCDF).

11.2.2 Requisitos del acto de adopción (basados en el **Código Civil para el Distrito Federal**)

Para que la adopción plena tenga lugar, **deberán consentir en ella**, en sus respectivos casos:

- I. *El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;*
- II. *El tutor del menor que se va a adoptar;*
- III. *El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos ni tutor, y*
- IV. *El menor, si tiene más de doce años.*

En todos los juicios de adopción **serán escuchados los menores**, atendiendo a su edad y grado de madurez (art 397, fracc IV, CCDF).

Ahora bien, **podrá oponerse a la adopción la persona que haya acogido al menor** dentro de los seis meses anteriores a la solicitud de su adopción y lo trate como a un hijo, debiendo exponer los motivos en que se funde su oposición; por lo cual, consideramos que también **debe exigirse el consentimiento de esa persona** para que la adopción pueda tener lugar,

pues la legislación privilegia al que haya acogido como hijo al menor, **dándole preferencia para adoptarlo** con respecto a otro que pretendiera lo mismo (art 392 *in fine*, CCDF).

El criterio anterior lo comparte el *Código Civil de Coahuila*, pues para ese Ordenamiento deberán consentir también en la adopción las personas que hayan acogido al que se pretende adoptar y lo traten como hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él (art 497, fracc III, CCEC).

Derecho comparado

Notorio avance se advierte en el *Código Civil de Nuevo León*, que lo convierte en una de las legislaciones de vanguardia en materia familiar. En efecto, del contenido de dicha normatividad se palpa la realidad sociocultural de su población:

*El consentimiento para la adopción puede ser expresado ante el Titular de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia del Estado, por las madres y padres biológicos, o quienes ejerzan la patria potestad sobre el presunto adoptado, debidamente identificados, quienes además presentarán el certificado de nacido vivo o certificación del acta de nacimiento del menor. El titular de la dependencia citada en el párrafo anterior, **deberá instruir suficientemente a quienes otorguen el consentimiento ante él, así como informarle sobre los efectos de la adopción y constatar que el consentimiento es dado libremente, sin remuneración alguna y después del nacimiento del menor, y que éste no se ha revocado. Respecto del menor, éste será instruido e informado sobre los efectos de la adopción, y se tomarán en cuenta sus deseos y opiniones de acuerdo con la edad y el grado de madurez que tenga. Igual obligación tendrá el Juez que conozca de la adopción, respecto del consentimiento que sea manifestado ante él. La retractación del consentimiento es posible antes de los 30 días contados a partir de que fue otorgado** (art 394, CCNL).*

Por otra parte, para Nuevo León “La adopción plena puede beneficiar a personas de cualquier edad, mientras que la **adopción semiplena** sólo podrá otorgarse **sobre personas de quince años o mayores**” (art 410 bis, fracc IV, CCNL).

Este precepto resulta interesante, pues es factible que al pretender adoptar a un joven de quince años, el adoptante advierta la necesidad de retractarse de su decisión, pues no ha logrado el avenimiento deseado con el adoptado, y sólo mediante la adopción semiplena tiene lugar la revocabilidad del acto.

La misma posición asume **Argentina** cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge, lo cual, para esta codificación, siempre será adopción sim-

ple, así lo expresa textualmente: “**La adopción del hijo del cónyuge, siempre será de carácter simple**” (art 313, CCA).

En esta legislación se ordena también, en el citado precepto, que en el caso de **adopción de varios menores** no se puede hacer distinción entre ellos, por lo cual, **todas las adopciones tendrán el mismo carácter**, pues de otra manera habría hijos adoptivos de primera y de segunda: “Se podrán adoptar varios menores de uno u otro sexo, simultánea o sucesivamente; si esto ocurriera, todas las adopciones serán del mismo tipo.”

11.2.3 Impedimentos para adoptar

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que se trate de cónyuges o concubinos, quienes podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque solo uno de ellos cumpla el requisito de la edad, pero siempre y cuando la diferencia entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años (arts 391 y 392, CCDF).

El tutor no puede adoptar al pupilo, sino hasta después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de tutela (art 393, CCDF).

Derecho comparado

El *Código Civil de Tamaulipas* prohíbe adoptar, mediante adopción plena, a las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz (art 366, CCT). En contraste, el *Código Civil de Nuevo León* dispensa al adoptante los quince años de diferencia con relación al adoptado, cuando la adopción se dé entre personas con lazos de parentesco (art 390, CCNL). Lo mismo ocurre con el *Código Familiar de El Salvador*, que exonera el plazo de un año en el que adoptante y adoptado deberán tener —previamente a la adopción— vida familiar, cuando existiera entre ellos parentesco consanguíneo (art 176, CFES).

Por nuestra parte, no encontramos justificación alguna para impedir la adopción cuando existan lazos de parentesco consanguíneo, pues seguramente el adoptado menor de edad se sentirá más acogido por la propia familia que por extraños.

La ley establece una edad mínima para adoptar, no obstante, no se menciona en los distintos códigos civiles y familiares de México un máximo de edad. Al respecto, en el *Código Familiar de El Salvador* se establece que la edad de los adoptantes no puede exceder de cuarenta y cinco años a la

del adoptado; pero este límite no impedirá la adopción del hijo de uno de los cónyuges, o bien cuando el adoptado sea un pariente consanguíneo, tampoco cuando al que se pretende adoptar hubiera convivido con los adoptantes por lo menos un año, siempre que el juez estime que la adopción es conveniente para el adoptado.

11.3 Naturaleza jurídica

En relación con su naturaleza jurídica, la adopción constituye **un acto jurídico**, porque se efectúa con el ánimo y la intención de producir consecuencias de derecho similares a las de la filiación; sin embargo, el carácter de dicho acto ha sido objeto de polémica en la doctrina nacional y extranjera; veamos algunas tesis:

11.3.1 Tesis tradicional, que concibe la adopción como un contrato entre particulares

En virtud de coincidir las voluntades del adoptante y de los representantes del adoptado incluso, en ocasiones la de éste, cuando tiene cierta edad (12 años). Esta doctrina la han adoptado algunas legislaciones clásicas, como el *Código Napoleón* que, con criterio individualista, mira más por el interés del adoptante de concederle descendencia, que por los beneficios que recibe el adoptado. Esta teoría ha sido superada, en virtud de las severas observaciones de que ha sido objeto.

En efecto, **no basta el acuerdo de voluntades para sostener que la adopción sea un contrato, pues en ella las partes carecen de autonomía de la voluntad**, característica propia de los contratos. La adopción, como institución familiar, está sustraída a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden estipular condiciones y términos, ni crear modalidades en sus efectos. La regulación y las consecuencias de la adopción se encuentran establecidas por el Ordenamiento Jurídico, en virtud de constituir una figura de Orden Público de Derecho Familiar, por lo cual, el Estado está interesado en la eficacia y el funcionamiento de la adopción.

11.3.2 Tesis que considera la adopción como un acto de poder del Estado

Debido al interés del Estado, de regular eficazmente la figura e intervenir en su constitución mediante el órgano jurisdiccional que autoriza la adop-

ción, previa comprobación de los requisitos legales, se ha afirmado que el **acto jurídico constitutivo de la adopción es un acto del poder estatal**, toda vez que sin la intervención de la autoridad judicial, no puede constituirse el vínculo jurídico de la adopción:

Aunque para la adopción se requiere el consentimiento de las personas indicadas en este precepto (art 397, *Código Civil del D.F.*), ello no significa que se trata de un acuerdo entre partes: la adopción es un acto eminentemente jurisdiccional. El juez no se limita a homologar lo resuelto por las partes, sino que es la sentencia judicial que aprueba la adopción la que crea el estado civil de hijo adoptivo y de padre adoptante, o padres adoptivos.¹

Contra este criterio se argumenta que, si bien es cierto que la autoridad dirá la última palabra en el acto de adopción, otorgándola o negándola.

la misma no puede surgir jamás por imperio de autoridad; el motor impulsor de la misma es la voluntad del adoptante aceptada por el adoptado y sus representantes legales. El juez vendrá en su caso a sancionar y autorizar la voluntad de los sujetos para que legalmente surja la relación jurídica de filiación civil. **La conjunción de esas voluntades es esencial para la creación de la adopción, lo que la convierte en un acto jurídico plurilateral de carácter mixto de efectos particulares y de interés público.**²

11.3.3 La adopción como un acto jurídico mixto

En efecto, la tesis de la adopción como acto de poder del Estado no es admisible, porque si bien es cierto que la sentencia que decreta la adopción es definitiva para su constitución, también es verdad que el consentimiento de las partes interesadas es un elemento de existencia previo e indispensable, sin el cual no se podría constituir ese acto. En consecuencia, debe darse una concurrencia de voluntades: por una parte, la de los particulares a través del adoptante y de los que dan en adopción, y por la otra, la del juez competente que aprueba la adopción.

En conclusión, **la adopción constituye un acto jurídico mixto de Derecho Familiar**. Los argumentos son los siguientes: todas las legislaciones coinciden en que deben concurrir en el acto de adopción, tanto la voluntad de los particulares como la del órgano jurisdiccional a través de su interven-

¹ **Carmen García Mendieta**, *Código Civil Comentado para el Distrito Federal*, t I, 2a ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989, pág 277.

² **Sara Montero Duhalt**, *Derecho de familia*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1985, pág 324.

ción y aprobación del vínculo familiar, en virtud de la doble función que persigue la adopción; es decir, atender el interés privado del adoptante de concederle descendencia y el interés del Estado de proteger a los menores indefensos y a los mayores incapaces.

De esta manera, los intereses particulares y sociales se conjugan para que la adopción constituya una institución eficaz; por lo cual, se concibe a la adopción como un acto jurídico mixto de derecho familiar, que en la época moderna es de suma importancia en la solución del grave problema social de la niñez desvalida y su necesidad de protección, con la concurrencia de esfuerzos de particulares y del Estado.

11.4 Efectos jurídicos de la adopción (basados en el *Código Civil para el Distrito Federal*)

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 (art 410-A, *CCDF*).

En efecto, como ya se mencionó, 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, siempre y cuando la diferencia entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad (art 391, *CCDF*).

El legislador para el Distrito Federal, haciendo a un lado los viejos prejuicios sociales, se decide a permitir la adopción a los que viven en concubinato. Esta postura resulta justificada si se considera al concubinato como una relación estable entre dos personas de distinto sexo, libres de matrimonio, que se dan trato y fama de cónyuges en forma permanente y continua, por lo cual, no hay fundamento jurídico ni moral para crear ese impedimento.

11.4.1 Otorgamiento del nombre propio y del patronímico

El que adopta tendrá, respecto de la persona y los 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 nombre y sus apellidos al adoptado, salvo que, por circunstancias específicas, no se estime conveniente** (art 395, CCDF).

Al respecto el *Código Civil de Nuevo León* establece lo siguiente: “El o los adoptados llevarán los apellidos del o los adoptantes, quienes tendrán derecho a cambiar el nombre del adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción” (art 403, CCNL).

En la legislación extranjera, el *Código Civil de Colombia* establece una excepción con respecto al nombre:

*... el hijo adoptivo llevará como apellido el del adoptante, salvo que alguno de los padres consanguíneos **haya consentido en la adopción con la condición de que el hijo conserve su apellido original**, al que podrá agregar el del adoptante* (art 273, CCC).

Por su parte, el *Código Familiar de Bolivia* **permite al adoptado la alternativa** de usar como más le convenga el nombre patronímico del adoptante:

El adoptado tiene derecho de usar el apellido del adoptante, sustituyéndolo o bien anteponiéndolo o posponiéndolo al suyo propio... (art 224, CFB).

11.4.2 Irrevocabilidad de la adopción plena

La adopción es irrevocable (art 410-A *in fine*, CCDF). En efecto, como la adopción plena extingue el vínculo consanguíneo con los padres biológicos, ésta se convierte en irrevocable, en virtud de que el vínculo natural de la filiación biológica dejó de existir; además, si la adopción plena pretende imitar los lazos de filiación creados por la naturaleza, tiene congruencia que el vínculo civil no termine. Esto no podría ser de otra manera, pues los padres y los hijos biológicos siguen siéndolo, a menos que den a su hijo en adopción. Al respecto, las legislaciones más avanzadas en materia de adopción plena coinciden en su irrevocabilidad:

En relación **con un periodo provisional de prueba**, el *Código Civil de Argentina* establece como requisito para que se efectúe la adopción plena **que el adoptante tenga con el menor, bajo su guarda, un lapso no menor**

de seis meses ni mayor de un año, el que será fijado por el juez. El juicio de adopción sólo podrá iniciarse, transcurridos seis meses del comienzo de la guarda (art 316, *CCA*).

Además, en Argentina es requisito para otorgar la guarda, citar a los progenitores del menor, a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. Esto no será necesario cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido de él durante un año, o cuando el desamparo moral o material hubiese sido comprobado por la autoridad judicial. El juez deberá tomar conocimiento de las condiciones personales de los adoptantes, teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor, con la efectiva participación del Ministerio Público y la opinión de los equipos técnicos consultados (art 317, *CCA*).

11.5 Procedimiento de la adopción (basado en el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*)

Esta legislación contiene el capítulo IV, art 923, del procedimiento en Jurisdicción Voluntaria, la cual determina que, cumplidos los requisitos exigidos en el *Código Civil* para la procedencia de la adopción plena, en la promoción inicial deberá manifestarse si es adopción nacional o internacional; mencionándose el nombre, la edad y si lo hubiere, el domicilio del menor o la persona con incapacidad que se pretenda adoptar; el nombre, la edad y el 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, así como un certificado médico de buena salud de los promoventes y del menor.

A esa promoción se anexarán los estudios socioeconómicos y psicológicos necesarios para efectuar el trámite de adopción, los cuales deberán realizarse por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. Tales estudios deberán efectuarse por quien esté autorizado, siempre que se trate de profesionistas que acrediten tener título profesional y un mínimo de dos años de experiencia en la atención de menores y personas susceptibles de adoptar. Dichos estudios 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 o la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para los efectos de adopción nacional.

En el auto admisorio que recaiga en 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.

Ahora bien, rendidas las constancias mencionadas 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 (art 924, *CPCDF*).

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, por lo cual, no podrá delegar dicha obligación en persona alguna. El incumplimiento de tal obligación será causa de responsabilidad para el juez (art 925, *CPCDF*).

Tan luego como cause ejecutoria la resolución judicial que se dicte, autorizando una adopción, quedará ésta consumada (art 400, *CCDF*).

El Juez de lo Familiar que apruebe la adopción, remitirá copia de las diligencias respectivas al Juez del Registro Civil del Distrito Federal para que levante el acta. Levantada ésta, el Juez del Registro Civil remitirá las constancias de dicho registro a su homólogo del lugar donde se levantó el acta de nacimiento originaria, para los efectos del art 87 de este código (art 401, *CCDF*).

En los casos de adopción, se levantará un acta como si fuera de nacimiento, en los mismos términos que la que se expide para los hijos consanguíneos... (art 86, CCDF).

En esa misma línea y tratándose de adopción plena, el Juez del Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, exceptuando los casos de impedimento para contraer matrimonio, para lo cual, se solicitará autorización judicial que autorice dar dicha información. El acta quedará reservada, procurando borrar todo vestigio de origen del adoptado y con ello integrarlo real y legalmente al núcleo familiar (art 410-C, *CCDF*).

En lo personal, no compartimos el criterio de ocultarle al adoptado su origen, pues la condición de padre o madre no se adquiere por el hecho de engendrar a un hijo, sino más bien por el trato amoroso y de respeto que crea a través de los años; un lazo quizá más fuerte que la misma consanguinidad. Resulta más sano actuar con veracidad, dándole a conocer al adop-

tado su condición de tal, pues de descubrirlo él mismo dañaría en gran medida la relación familiar, sobre todo si descubrió el engaño en la adolescencia.

Así se manifiesta el *Código Civil de Argentina*:

El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años (art 328, CCA).

11.5.1 Derecho comparado sobre el procedimiento de adopción (Código Familiar de Costa Rica)

De las investigaciones efectuadas en las legislaciones objeto de estudio, el *Código Familiar de Costa Rica* sobresale en materia de procedimiento de adopción por el cuidado con que atiende la condición del adoptado, al ordenar (por ejemplo a la autoridad administrativa) que previamente a la adopción, **se le ofrezca al menor y a su familia de origen asesoramiento respecto a las alternativas para la adopción** y toda la información sobre las consecuencias jurídicas de ese acto; asimismo, se preparará al menor para facilitarle la incorporación a la familia del adoptante y al nuevo entorno cultural donde será desplazado (art 114, *CFCR*).

En cuanto al **procedimiento de adopción**, en forma por demás casuista, el legislador regula cuidadosamente cada momento del procedimiento. En efecto, recibida la solicitud de adopción, el juez nombrará a los peritos para que efectúen un estudio sociológico y social de la persona menor de edad y de los adoptantes, con el fin de constatar tanto la necesidad y la conveniencia de la adopción como la aptitud para adoptar y ser adoptado. Los estudios se realizarán dentro de los quince días posteriores a que los peritos acepten el cargo. Este trámite se omitirá cuando, a criterio del juez, la autoridad administrativa competente haya realizado esos estudios (art 130, *CFCR*).

Ahora bien, la solicitud de adopción se publicará en el Boletín Judicial para el caso de formular oposición, en la que se expondrán los motivos de inconformidad, presentando las pruebas que fundamentan tal oposición. El juez, en un plazo de cinco días, resolverá sobre ella y en todo caso dará fe del cumplimiento de los requisitos legales en la resolución que disponga la adopción. De admitirse alguna oposición, se darán por terminadas las diligencias y se remitirá a las partes a la vía sumaria (art 131, *CFCR*).

Una vez rendidos los informes periciales mencionados, en un plazo no mayor de cinco días, el menor y los adoptantes deberán comparecer personalmente ante el juez en una sola audiencia, así como también los repre-

sentantes del **Patronato Nacional de la Infancia**. En esta audiencia, el juez deberá explicar a los adoptantes las obligaciones que asumen. Asimismo, los adoptantes manifestarán en forma expresa su aceptación de los derechos y de las obligaciones que genera la adopción (art 132, *CFCR*).

Por otra parte, el adoptado expresará su criterio, siempre que en opinión del juez posea el discernimiento suficiente para referirse a su adopción. **La persona menor de edad será oída personalmente por el juez de oficio** o a petición de parte y deberán estar presentes los peritos que realizaron los estudios psicosociales. **El juez deberá explicar al menor los alcances del acto**, con o sin la asistencia de los adoptantes (art 133, *CFCR*).

Si el juez lo estima conveniente, de oficio o a petición del patronato, podrá disponer **un periodo de convivencia previa con los adoptantes** (adopción a prueba), bajo la supervisión técnica del patronato. Ahora bien, mediante resolución y tomando en cuenta el **interés superior del menor**, el juez indicará el término, la evaluación y las demás condiciones (art 134, *CFCR*).

Transcurrido el término de la convivencia previa, cuando así se haya dispuesto, por resolución definitiva y **debidamente motivada**, el juez autorizará la adopción o bien, la declarará sin lugar (art 135, *CFCR*).

11.5.2 Posición ideológica

Es importante que **en nuestro país se instituya también un procedimiento ágil y oral**, donde se sigan los lineamientos a semejanza del *Código Familiar de Costa Rica*, para que en una sola audiencia —estando presentes los interesados, los peritos y el juez— puedan los adoptantes y el adoptado, con conocimiento de los efectos jurídicos de la adopción plena, manifestar libremente su consentimiento y el juez, de no existir oposición, resuelva lo más conveniente al **interés superior** del que se pretenda adoptar.

Igualmente, es pertinente regular un **periodo provisional de prueba** del adoptado con los adoptantes, a criterio del juez, para que mediante el contacto personal puedan determinar en definitiva la conveniencia de una adopción plena definitiva. Durante ese tiempo, puede tener lugar la revocación. Este sistema también lo siguen algunos países europeos, como en el caso de Suiza.

11.6 Adopción internacional (*Código Civil para el Distrito Federal*)

La **adopción internacional**, para el *Código Civil para el Distrito Federal*, es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional. Esta adopción se registrará por los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano, bajo el principio de la bilateralidad y, en lo conducente, por las disposiciones de ese código. Ahora bien, la **adopción por extranjeros** es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Esta adopción se registrará por lo dispuesto en este código (art 410-E). En igualdad de circunstancias, se dará preferencia para la adopción a mexicanos sobre extranjeros (art 410-F).

Ahora bien, **tratándose de extranjeros con residencia en el país** deberán acreditar, además de los requisitos que exige nuestro código civil a adoptantes nacionales, otras condiciones que señala el *Código de Procedimientos Civiles*. En efecto, siendo el Instituto Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia el organismo idóneo para efectuar los estudios socioeconómicos y psicológicos necesarios en el procedimiento de adopción, se deberán presentar los dictámenes obtenidos de dichos estudios científicos; acreditándose, igualmente, tanto la solvencia moral como la económica, así como el certificado médico de buena salud de los que pretenden adoptar (art 923, fracc V, *CPCDF*).

Respecto a **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 acrediten, también, que el o los solicitantes son considerados aptos para adoptar. Presentarán, igualmente, constancia de que el menor que pretendan adoptar ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho estado. Durante el procedimiento, acreditarán su estancia legal en el país y la autorización de la Secretaría de Gobernación para llevar a cabo la adopción. La documentación que presenten los solicitantes extranjeros, en idioma distinto al español, deberá acompañarse de la traducción oficial (Ibíd).

Derecho comparado nacional

En este apartado expondremos, únicamente, algunas providencias interesantes que incluyen dos estados de la Federación, pues privilegian el interés superior del menor sujeto a adopción, en concordancia con los acuerdos

firmados por los países integrantes de la ONU sobre la protección de la niñez desvalida.

El *Código Familiar de Zacatecas* coincide en esencia con el del Distrito Federal, agregando, en el caso de adopción internacional, otras precauciones que se encuentran justificadas:

El Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia, en su carácter de autoridad central, verificará y determinará:

- I. Que el menor sea adoptable;
- II. Que después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del menor, se vea que **la adopción es una alternativa y responde al interés superior del niño;**
- III. Que 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, el cual debe otorgarse libremente, sin que medie pago o compensación de clase alguna y constar por escrito, y
- IV. Que las autoridades centrales del Estado de origen de los solicitantes, acrediten que han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar, y que el menor ha sido o será autorizado para entrar y residir permanentemente en ese país (art 369 quáter, CFZ).

Por su parte, el *Código Civil de Coahuila*, además de los requisitos legales, agrega como condición que el juez que conozca del caso, antes de otorgar una adopción internacional y tomando en consideración **el interés superior del menor**, concederá un plazo de treinta días naturales al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia como autoridad central en materia de adopciones, para que **a través de la Procuraduría de la Familia presente la propuesta de adopción del menor en su estado o país de origen** (art 511).

Derecho comparado internacional

Para el *Código Familiar de El Salvador*, los extranjeros no domiciliados en el país para adoptar a un menor, deberán observar el procedimiento establecido legalmente y, además de los requisitos generales, comprobar los siguientes:

- a) **Que tengan, por lo menos, cinco años de casados;**
- b) Que reúnan los requisitos personales para adoptar, exigidos por la ley de su domicilio, y

- c) Comprobar que una institución pública o estatal de protección de la infancia o de la familia, de su domicilio, velará por el interés del adoptado.

La adopción por extranjeros tendrá lugar cuando se hubieren agotado las posibilidades de adopción a nivel local, y preferentemente con ciudadanos de los Estados con los cuales se hubieren ratificado tratados o convenciones, pactos internacionales sobre la materia. Todo niño o niña considerado sujeto de adopción, **no podrá salir del territorio nacional** sin que la adopción haya sido decretada por el juez competente (art 184, *CFES*).

Los estudios sociales, psicológicos y demás a que deben someterse los adoptantes extranjeros, si se efectúan fuera del país, deben ser realizados por especialistas de una institución pública o estatal, del lugar de su domicilio, dedicada a velar por la protección de la infancia o de la familia; o por profesionales, cuyos dictámenes sean respaldados por una entidad de tal naturaleza. En todo caso, dichos estudios serán calificados por la instituciones relacionadas en el art 168 del presente código (art 185, *CFES*).

El *Código Familiar de Costa Rica* determina lo siguiente:

Las personas sin domicilio en el país pueden adoptar, en forma conjunta o individual, a una persona menor de edad que haya sido declarada, por la autoridad nacional competente, apta para la adopción.

Cuando se trate de una **adopción conjunta**, los adoptantes deberán comprobar ante los tribunales costarricenses, que:

- a) **Tienen por lo menos cinco años de casados.**
- b) Además de los requisitos generales establecidos en este Código, reúnen las condiciones personales para adoptar, exigidas por la ley de su domicilio.
- c) La autoridad competente de su país los ha declarado aptos para adoptar.

Una institución pública o estatal, o un organismo acreditado de su domicilio y sometido al control de las autoridades competentes del Estado receptor, velará por el interés del adoptado (art 112).

Convenciones y tratados internacionales aplicados a la adopción

La preocupación por establecer principios generales dirigidos a proteger a los menores, en los casos de adopciones internacionales, no es reciente en

nuestro continente. El Congreso Panamericano del Niño se reunió en varias ocasiones y, en 1979, la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares tuvo lugar en Montevideo. Actualmente están en vigor, en nuestro país, dos tratados que regulan la adopción internacional:

- Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, celebrada en La Paz, Bolivia, en mayo de 1984, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de febrero de 1987.
- Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, adoptada en La Haya, Países Bajos, el 19 de mayo de 1993, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de julio de 1994.
- Artículo 21 sobre los Derechos del Niño de la ONU, adoptada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1991.

Al firmar y ratificar esos tratados, el Estado Mexicano es considerado en ellos como “Estado parte o contratante”.

11.7 La arrogación: *Código Familiar de Bolivia*

Esta legislación regula la “Arrogación”, figura muy similar a la adopción plena, que se distingue de ella en que va dirigida a **menores de seis años** que no tienen quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad; en el entendido de que en Bolivia la única adopción que se regula es la simple u ordinaria.

- **Concepto.** La arrogación se establece en beneficio de los menores huérfanos, niños abandonados o hijos de padres desconocidos, **que no han cumplido la edad de seis años** (art 233, *CFB*).
- **Efectos jurídicos.** La arrogación concede al arrogado **el estado de hijo** nacido de la unión matrimonial de los arrogadores, con los derechos y deberes reconocidos por las leyes. Estos efectos no cesan por la superveniencia de hijos a los arrogadores, y aun por el establecimiento de la filiación de hijos anteriores a la arrogación, cuya existencia no se conocía (art 24, *CFB*).

Los vínculos del arrogado con la familia de origen quedan rotos, salvo los impedimentos matrimoniales por razón de consanguinidad (art 242, *CFB*).

- **Condiciones de existencia.** Los arrogadores deben ser precisamente dos cónyuges, con matrimonio anterior al nacimiento del arrogado, mayores de treinta años de edad, que reúnan los requisitos exigidos para la adopción y que hayan tenido al menor bajo su guarda o cuidado, por lo menos durante seis meses (art 235, *CFB*).
- **Prohibiciones.** El trámite de la arrogación es absolutamente reservado. En ningún momento puede ser exhibido el expediente a personas extrañas u otorgarse testimonio o certificado de las piezas en él insertas. Terminado el trámite, el expediente será archivado y puesto en seguridad (art 238, *CFB*).
- **Formalidades.** Concedida la arrogación, el juez ordenará que se inscriba en el Registro el nacimiento del arrogado como hijo de los arrogadores, en la forma empleada para las inscripciones fuera de término. Ni en la orden judicial, ni en la partida de inscripción se hará mención de los antecedentes del inscrito ni de la arrogación. La libreta de familia y los certificados que se expidan, mencionarán al hijo como nacido de los arrogadores. La partida antigua será cancelada mediante nota marginal, no pudiendo otorgarse ningún certificado sobre ella, salvo por orden judicial y previa anuencia fiscal (art 239, *CFB*).

11.8 Hogar sustituto: *Código Familiar de Panamá*

Esta figura se justifica para personas —generalmente menores— que se encuentren en estado de abandono, de peligro o que tuviesen problemas de conducta graves con sus padres o parientes, por lo cual se encuentre inadaptado en el lugar y con quien vive.

- **Concepto.** La colocación familiar u hogar sustituto consiste en ubicar a un menor de edad, un anciano, un discapacitado o un enfermo desvalido en un centro u hogar distinto al de sus padres, guardadores o parientes, con la obligación de alimentarlo, custodiarlo, educarlo, asistirlo y readaptarlo socialmente (art 364, *CFP*).
- **Efectos jurídicos.** El acogente adquiere la condición jurídica de representante provisional del acogido. Ahora bien, tratándose de persona jurídica, la responsabilidad recaerá sobre la persona o personas que la representen (art 373, *CFP*).

El acogente está obligado a velar por la salud, la seguridad física y moral y la educación de la persona colocada en su centro u hogar, así

como a ofrecerle las condiciones de seguridad y afecto necesarios para el saludable desarrollo integral de su personalidad, sin que por ello el acogente tenga derecho a exigir remuneración o contraprestación alguna (art 373, *CFP*).

Sin embargo, en los casos que sea necesario, el Estado deberá fijar al acogente una asignación mensual que cubra suficientemente los gastos del acogido (art 371, *CFP*). Esta disposición se justifica, en virtud de que las obligaciones que asume el acogente son similares a las que el adoptante tiene respecto al adoptado; es decir, hacerse cargo de las necesidades personales y materiales del acogido.

- **Condiciones.** A quien asuma la responsabilidad de aceptar una persona en colocación familiar u hogar sustituto se le denomina *acogente*. **El acogente** puede ser una persona natural o jurídica destinada a tales fines, siempre que cumpla con los requisitos legales y reglamentarios (art 365, *CFP*).
- **Gestión y control.** La colocación familiar u hogar sustituto puede ser dispuesto por los padres, guardadores, parientes o autoridad competente y **deberá mediar siempre el conocimiento y control de la autoridad competente**, aun cuando se dé por alguno de los tres primeros. La autoridad también podrá disponer la colocación familiar cuando el menor, el anciano o el enfermo se hallase en estado de abandono, de peligro o tuviese problemas de conducta y sus padres, guardadores o parientes, no ofrezcan **suficientes garantías de cuidado y corrección**. En caso de desacuerdo entre los parientes y la autoridad competente, el juez decidirá si procede la colocación familiar u hogar sustituto (art 367, *CFP*).
- **Duración del acogimiento.** La permanencia de la persona en la colocación familiar u hogar sustituto estará determinada por: *a)* su edad y sus necesidades; *b)* la relación con sus padres, tutor o parientes, cuando éstos existan, y *c)* el tiempo requerido para la evaluación y la atención del caso (art 368, *CFP*).
- **Intención del legislador de Panamá.** La colocación familiar u hogar sustituto del menor de edad podrá hacerse, preferentemente, con miras a una **futura adopción** en los casos de abandono (art 369, *CFP*).

La autoridad competente favorecerá y estimulará la permanencia de la persona en colocación familiar u hogar sustituto, aun cuando la adopción no sea posible, siempre y cuando se hayan establecido lazos afectivos entre el acogido y el acogente, y éste se encuentre en condiciones de satisfacer las necesidades de aquél (art 370, *CFP*).

UNIDAD 12

Patria potestad

Regulación jurídica: arts 411 a 422 del CCDF

Concepto	{ Constituye un complejo de poderes y deberes destinados a la asistencia, protección, educación y formación integral de los menores sujetos a ella, así como a su representación legal.
Función	{ La protección integral del menor en sus aspectos físico, moral, mental y social (art 413, CCDF).
Fuentes	{ • <i>Las presunciones legales</i>: tratándose de hijos de un matrimonio o concubinato. • <i>El nacimiento</i>: tratándose de la maternidad. • <i>El reconocimiento voluntario o forzado</i>: con respecto al padre, tratándose de hijos fuera de matrimonio o de concubinato. • <i>La adopción</i>: tratándose de hijos adoptivos.
Sujetos	{ • Se ejerce sobre los hijos consanguíneos o adoptivos menores de edad. • La ejercen los padres; a falta de ambos, los abuelos paternos o maternos en el orden que determine el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, sobre todo, lo más favorable al menor (art 414, CCDF).

12.1 Concepto y evolución de la patria potestad. Sus objetivos y fines

Los tratadistas, al definir **la patria potestad**, coinciden en considerarla como la mezcla de poderes que simultáneamente constituyen deberes de los progenitores sobre sus descendientes. Veamos los conceptos de algunos autores clásicos:

El conjunto de facultades que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria.¹

El deber y derecho que a los padres corresponde de proveer la asistencia y protección a la persona y bienes de los hijos, en la medida reclamada por las necesidades de éstos.²

El ejercicio de un poder y un deber, que consiste en proteger a la persona y bienes de los hijos o descendientes.³

En síntesis, la patria potestad se puede definir como el conjunto de poderes-deberes destinados a la representación, asistencia, protección, educación y formación integral mediante la custodia de los menores sujetos a ella.

Esos poderes-deberes, no del interés del que los ejerce, sino de **un interés superior**: el de los hijos menores, significa que la patria potestad contiene una función de los padres que la naturaleza y el legislador han puesto en sus manos para atender las múltiples necesidades de sus descendientes en sus primeros años; y precisamente, por comprender la institución una verdadera función destinada a la defensa de las personas y los bienes de los menores, es por lo que la concepción actual de la patria potestad discrepa de la concepción antigua, en virtud de que **se le consideraba —en el derecho romano— como una autoridad absoluta, ilimitada y absorbente del paterfamilias**. El jurista **Rafael Rojina Villegas**, en su tratado *Derecho Civil Mexicano*, refiere que en el derecho moderno la regulación jurídica de la patria potestad ha tomado en cuenta que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan no es para beneficio propio, ni mucho menos para convertir a los sujetos a ella en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales sino que, por el contrario, **esta institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera**

¹ **Rafael de Pina**, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, vol I, 6a ed, Editorial Porrúa, México, 1972, pág 377 sobre **Josserand**.

² **Felipe Clemente de Diego**, *Instituciones de Derecho Civil*, t II, 2a ed, Madrid, 1959, pág 656.

³ **José de Jesús López Monroy**, Apuntes de Cátedra citados, UNAM.

función social: más que derechos, impone deberes y responsabilidades a quienes la ejercen.

En efecto, existe coincidencia doctrinal al considerar que esa figura jurídica constituye una potestad en interés, no de quien la ejerce sino de los menores en quienes recae; por eso, consideramos que la misma cumple una verdadera función social de protección a los hijos durante su menor edad, fundamentada en un hecho jurídico: la filiación.

Es decir, la patria potestad corresponde a los padres, porque la autoridad paterna proviene de la relación natural paterno-filial y del sentimiento afectivo que une a los sujetos de ella. Únicamente son sujetos de esta relación los padres y los hijos, y a veces los abuelos, en donde cualquiera otra persona resultaría un extraño, incluso, el mismo poder público.

De admitirse lo contrario, sería en detrimento de la independencia de la familia y contra la misma naturaleza humana. Sin embargo, dada la función social que desempeña la institución, la intervención del Estado cada día se hace más necesaria para frenar los abusos de algunos padres y proteger el interés superior de sus hijos.

Efectivamente, se justifica el interés del Estado cuando se trata de tutelar y de intervenir en la protección de la niñez desvalida, por ejemplo, evitando el maltrato de cualquier índole a los hijos mediante la pérdida, la suspensión o limitación de la patria potestad; pero de ninguna manera se justifica el intervencionismo estatal cuando pretende invadir la esfera íntima de la familia, tomando decisiones que sólo corresponde a los padres.

Al respecto, en el derecho extranjero, el *Código Familiar de Costa Rica* permite al Estado resolver situaciones determinantes en la vida del menor, aun en contra de la voluntad de los padres:

*Cuando sea necesario una hospitalización, un tratamiento o una intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente **aún contra el criterio de los padres** (art 144, CFCR).*

Igual postura asume el *Código Familiar de El Salvador*, donde el Estado obliga a los padres a actuar, a pesar de su oposición:

Los padres deben asistir moral y económicamente a sus hijos sujetos a autoridad parental, que se hallaren involucrados en procesos de menores o penales y suministrar los gastos que requiera su asistencia legal (art 218, CFES).

12.1.1 Fuente de la patria potestad

El fundamento de la patria potestad, tratándose de hijos de matrimonio y de concubinato, lo constituye el hecho de que el hijo nazca en un ambiente de relaciones estables, o bien, dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de cualquiera de ellos en virtud de las presunciones legales que privilegian a los hijos de matrimonio y de concubinato (arts 324 y 383, CCDF).

Ahora bien, tratándose de hijos nacidos de relaciones inestables, su fundamento es **el reconocimiento**; también lo constituye **la adopción**. Pero la auténtica fuente de la patria potestad, sea cual sea el estado civil de los padres, es **el hecho jurídico de la filiación**.

12.1.2 Sujetos a la patria potestad y personas que la ejercen

Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad o autoridad, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley (art 412, CCDF).

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, la ejercerán los ascendientes en segundo grado, en el orden que determine el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso (art 414, CCDF).

Por lo cual, solamente por falta o impedimento de los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en grado; en el entendido de que si solo faltare alguna de las dos personas a quienes les corresponde ejercerla, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho (art 420, CCDF).

En la mayoría de las legislaciones nacionales y extranjeras se permite a los abuelos convenir entre ellos quiénes la ejercerán, si los de la línea paterna o materna y en caso de desacuerdo, el juez, oyendo a los ascendientes y al menor, resolverá lo que sea más conveniente al interés superior de éste.

Derecho comparado

En el **Derecho latinoamericano** se encuentran disposiciones interesantes, en caso de desacuerdo de los padres en el ejercicio de la patria potestad:

El *Código Familiar de El Salvador* dispone:

... Cuando la filiación del hijo existiere solo respecto de alguno de los padres, éste ejercerá la autoridad parental. Si se hubiere establecido con oposición del otro progenitor, éste no ejercerá la autoridad parental; no obstante, el juez, atendiendo al interés del hijo, podrá autorizar que la ejerza, cuando a su vez faltare el otro progenitor (art 207, CFES).

Este mismo Ordenamiento dispone además, que en caso de desacuerdo en el ejercicio de la autoridad parental, cualquiera de los padres podrá acudir al juez, quien procurará avenirlos, y si esto no fuere posible **resolverá sin formación de juicio** lo que más convenga al interés del hijo.

Ahora bien, si los desacuerdos fueren reiterados o existiere causa de gravedad que entorpeciere el ejercicio de la autoridad parental, **podrá el juez atribuirle total o parcialmente a uno de los padres**. Esta medida tendrá vigencia durante el periodo que fije el juez, el cual no podrá exceder de dos años (art 209, CFES).

El *Código Familiar de Costa Rica* establece un impedimento para ejercer la patria potestad a los padres, **cuya negativa a reconocer al hijo** haya hecho necesaria la declaración judicial de filiación, salvo que, posteriormente, el tribunal decida lo contrario de acuerdo con la convivencia de los hijos (art 156, CFCR).

12.1.3 Normatividad respecto al ejercicio de la patria potestad cuando los padres no vivan juntos (*Código Civil para el Distrito Federal*)

En esta legislación, si los padres no viven juntos pero reconocieron al hijo en un mismo acto, ellos convendrán cuál de los dos se hará cargo de la custodia y en caso de no hacerlo, el juez, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente a los intereses del menor (art 380, CCDF). En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres y vivan separados, la custodia le corresponderá al que primero hubiere reconocido, salvo convenio en contrario de los padres y siempre que el juez no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, quien con audiencia de los interesados y del Ministerio Público resolverá lo más conveniente al interés del menor (art 381, CCDF).

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, en lo relativo de la guarda y custodia de los hijos. En caso de desacuerdo, el juez resolverá lo conducente oyendo al Ministerio

Público. En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de los padres, pero el otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y convivencia con el menor (art 416, CCDF).

En efecto, el autor de la ley es reiterativo respecto al derecho de convivencia entre padres e hijos. Los que ejerzan la patria potestad, aún cuando no tengan la custodia —que no vivan bajo el mismo techo— tienen el derecho de convivir con sus hijos, salvo que por su conducta o antecedentes exista peligro para éstos; por lo cual, no podrán impedirse las relaciones personales entre el menor y sus parientes sin justa causa. En caso de oposición y a petición de cualquiera de ellos, el juez resolverá **en atención al interés superior del menor, previa audiencia del mismo** y con intervención de la Representación Social. Con el criterio de privilegiar a los hijos menores, **sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia, así como la suspensión, limitación o pérdida de la patria potestad**, considerando el juez de lo familiar lo relativo al incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos (art 416 bis, CCDF).

12.1.4 Derecho de los menores a ser escuchados, en caso de desacuerdo de los padres (Código Civil para el Distrito Federal)

Muy significativa resulta la normatividad que protege los derechos de los menores a ser escuchados por el juez en privado, antes de que se resuelva su situación jurídica con respecto a sus padres, así como las medidas que se pueden tomar para garantizar la celebración de las entrevistas:

*En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores. **A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado, independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal (art 417, CCDF).***

El **asistente de menores** es el profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente —adscrito al DIF-DF u otra institución avalada por éste—, que ayuda al menor para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psico-emocional en las sesiones **donde éste sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los proge-**

nitores. Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del pequeño, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del mismo, dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor (art 417 bis, *CCDF*).

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, así como la alimentación y la educación que fomenten su desarrollo personal;
- II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
- III. El desarrollo estructural de la personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobre protección y excesos punitivos;
- IV. El fomento de la responsabilidad personal y social, así como la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psico-emocional, y
- V. Los demás derechos a favor de las niñas y los niños, que reconozcan otras leyes y tratados aplicables (art 416 ter, *CCDF*).

Ahora bien, es importante hacer notar que el legislador, tomando en cuenta las situaciones reales que acontecen a menudo, donde un familiar es quien tiene la custodia de un menor, le otorgue a ese pariente las responsabilidades, restricciones y facultades que tienen los tutores; en la inteligencia de que, **quien conserva la patria potestad, tendrá la obligación de contribuir con aquel que custodia al menor en todos sus deberes, conservando a cambio sus derechos de convivencia y vigilancia** (art 418, *CCDF*).

Lo anterior, en el entendido de que la custodia por parientes podrá terminar o concluir a petición de éstos o del que ejerza la patria potestad. Si le correspondiera a los ascendientes de ambas líneas, podrá convenirse tal ejercicio; sin embargo, si no hay acuerdo el juez decidirá tomando en cuenta al menor si ha cumplido 14 años y sobre todo, atendiendo a lo que sea más conveniente a los intereses del mismo.

12.1.5 Derecho preferencial de la madre

En las últimas legislaciones que se han ocupado de regular la situación en que quedarán los hijos, en virtud de la **separación de los padres**, se puede advertir la tendencia basada en la protección del interés de los menores

de **otorgarle a la madre el derecho preferencial sobre la custodia de los hijos**. Así se manifiestan diversos ordenamientos.

El *Código Civil para el Distrito Federal*, en los casos de **divorcio**, determina que 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 desarrollo normal de los hijos; tomando en cuenta —en todo momento— la opinión de los hijos menores y aclarando que, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos, no será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia (art 282-B II, *CCDF*).

Derecho comparado nacional

Para el *Código Civil de Nuevo León*, la madre tendrá en todos los casos en que no viva con el padre de sus hijos, el **derecho preferente** de mantener bajo su cuidado a los que fueren menores de doce años, a menos que se dedicare a la prostitución o al lenocinio; que hubiere contraído el hábito de embriaguez, drogadicción o cualquier otra adicción que pusiere directa o indirectamente en riesgo la estabilidad física o emocional del menor, que tuviere alguna enfermedad contagiosa, o que por su conducta antisocial ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos. **Debiendo en todo caso, el juez, escuchar la opinión de los menores que han cumplido doce años, resolviendo siempre conforme al interés superior de éstos** (art 414 bis, *CCNL*).

El *Código Familiar de Zacatecas* salvaguarda también la relación materno-filial:

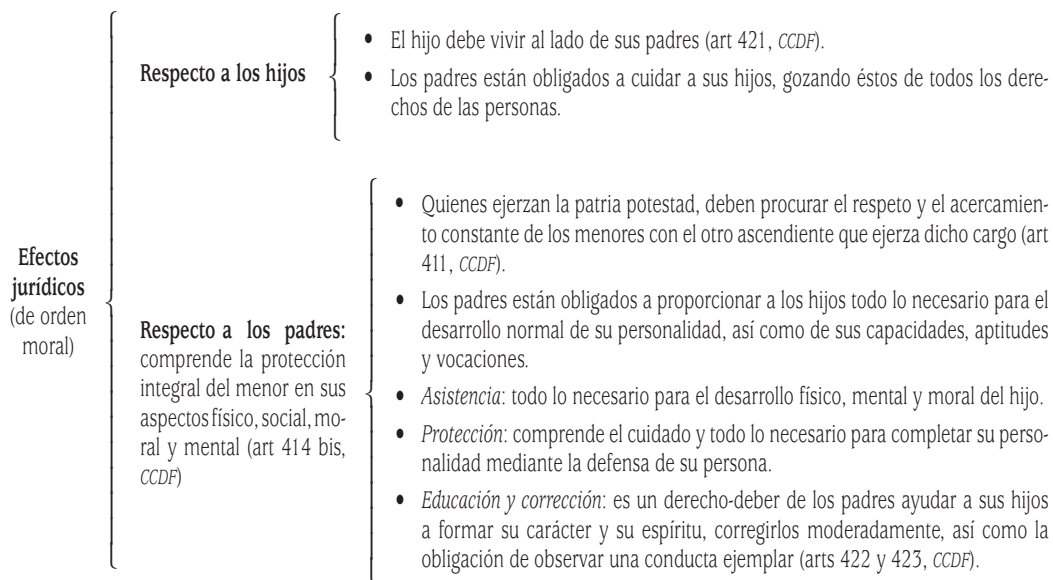
.. Salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño menor de diez años de su madre (art 373, CFZ).

Derecho comparado internacional

El *Código Familiar de Costa Rica* privilegia igualmente a **la madre soltera**, confiriéndole el ejercicio de la patria potestad y quedando a criterio del juez hacer partícipe también al padre:

*La madre, aun cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá **plena personería jurídica** para esos efectos. El Tribunal puede, en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente al interés de los menores, conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre (art 155, CFCR).*

12.2 Efectos jurídicos respecto a los hijos. (Código Civil para el Distrito Federal)



* 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 una causa justa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición o a petición de cualquiera de los padres, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo a 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 (art 416 bis, CCDF).

En general podemos afirmar que en la actualidad la patria potestad está regulada con un marcado corte social, al tomar en cuenta la realidad de nuestra población. Es satisfactorio observar la preocupación del legislador de tutelar el interés superior del núcleo familiar, especialmente el de los miembros que se encuentran en estado de indefensión: los hijos menores.

La patria potestad —como se ha mencionado— comprende una combinación, un complejo de poderes y deberes muy singulares dada su naturaleza, referentes a las personas de los hijos o a sus bienes; por lo cual, se estudiarán los **efectos de carácter personal y los de carácter patrimonial**. En su desarrollo, se harán algunas recomendaciones como aportación a una nueva configuración del Derecho Familiar.

Efectos de carácter personal

Es importante precisar que en las últimas legislaciones de corte familiar que han sido promulgadas en algunas entidades federativas se observa un marcado contenido ético, en virtud de que la familia antes que un organismo jurídico es un organismo ético, pues de la ética proceden los preceptos más esenciales que contiene la ley familiar, apropiándose los y transformándolos en preceptos jurídicos, lo que explica que en este derecho haya preceptos sin sanción; por lo cual, el legislador confía su observancia en el sentimiento ético de la población, a los usos y costumbres, a las tradiciones que actúan en determinado ambiente social. En efecto, la familia es un organismo con gran contenido ético que se convierte en jurídico cuando el legislador lo recoge y lo transforma en normatividad; es entonces cuando ambos contenidos (ético-jurídico) aparecen perfectamente entrelazados, sin que uno pueda ser separado del otro sin afectar su propia naturaleza.

A. Efectos de la patria potestad entre padres e hijos: respeto mutuo

*Quienes ejerzan la patria potestad, deben procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación o de **alienación parental**, encaminada a producir en la niña o niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor... (art 411, CCDF).*

Es conveniente hacer notar que el **deber jurídico recíproco de hijos y padres de respetarse**, más que efecto de la patria potestad lo es de la filiación, en virtud de subsistir dicha obligación a pesar de la terminación de la patria potestad con la mayoría de edad del hijo; por lo cual, resulta muy significativo lo estipulado en el art 411 antes transcrito, ya que ahora no sólo les corresponde a los hijos el deber de respeto y consideración hacia sus progenitores, sino que esa responsabilidad es recíproca y compartida.

De todo el contenido de la normatividad sobre la patria potestad, se advierte la tendencia de ir disminuyendo la autoridad de los padres y acrecentando sus responsabilidades, de tal manera que de la patria potestad del derecho romano, sólo queda su nombre.

B. Deber del hijo de vivir al lado de sus padres, para proveerle lo necesario

Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o por decreto de la autoridad competente (art 421, CCDF).

El hijo deberá vivir en compañía de su padre y de su madre o con aquél de ellos que lo tenga bajo su guarda y custodia. No puede dejar el hogar sin permiso y si lo hiciere, los padres podrán hacerlo volver, recurriendo incluso a la intervención de la autoridad judicial, si fuere necesario.

En efecto, la convivencia lograda con la unidad de domicilio es la forma idónea de cumplir con el **deber de proveerle alimentos en forma directa** y ofrecerle asistencia, dirección y protección integral que a los padres corresponde; por tanto, **convivir es el supuesto lógico del cumplimiento de los demás deberes**, sin excluir la posibilidad de que el hijo viva fuera de la compañía de los padres para fines de cuidado personal o de educación.

Derecho comparado

Sobre este tema, el *Código Familiar de El Salvador* crea una interesante normatividad para favorecer a los hijos ausentes del hogar: siempre que el hijo, bajo autoridad parental o cuidado personal, se ausentare del hogar y se hallare en urgente necesidad y no pudiese ser asistido por sus padres ni por quien lo tuviere bajo su cuidado personal, **se presumirá la autorización de éstos para que cualquier persona le suministre alimentos**. El que hiciere los suministros, avisará lo más pronto posible a los padres o al que tuviere el cuidado personal, o al procurador general de la República o procuradores auxiliares departamentales y tendrá derecho, en ese caso, a que se le restituya el valor de lo suministrado (art 220, CFES).

Por otra parte, esa misma legislación determina:

Los gastos que ocasiona el cumplimiento de los deberes alimenticios, les corresponderá a ambos padres en proporción a sus recursos económicos, o a uno sólo de ellos por insuficiencia del otro. Si el hijo tuviere bienes propios o rentas, deberá proveer especialmente a sus gastos de crianza y educación y contribuir a los gastos de su familia. Los abuelos están obligados de acuerdo a sus posibilidades económicas a asumir los gastos de crianza y demás contemplados en este capítulo, cuando los padres carezcan de recursos (art 221, CFES).

12.3 Obligaciones de alimentar y formar a los hijos. Interés superior del menor

Los padres alimentan a los hijos en forma directa, proveyéndoles todo lo necesario para una vida digna, comprendiendo lo indispensable para su desarrollo integral y teniéndolos viviendo consigo; es decir, ofreciéndoles ha-

bitación, vestido, atención médica, educación, esparcimiento y demás requerimientos que sólo conviviendo pueden satisfacerse directamente. Los alimentos constituyen un efecto directo de la filiación, así como la patria potestad y los derechos sucesorios, entre otras consecuencias jurídicas; por lo cual, es determinante que los hijos vivan en la casa paterna para que puedan recibir sustento, formación y protección.

A. Asistencia y protección de los hijos

Los padres **asisten a los hijos** contribuyendo en su formación de hombres y de mujeres, así como impulsando su desarrollo físico, mental y espiritual. Ahora bien, los padres **protegen a los hijos** completando su personalidad jurídica mediante la representación y la defensa de su persona en los actos jurídicos en que haya intereses del menor que proteger.

En efecto, el padre y la madre tienen respecto de sus hijos menores de edad, el deber de **protegerlos, educarlos y asistirlos; prepararlos y forjarlos para la vida** y para su integración en la sociedad. Un deber jurídico-moral fundamental de los padres (que constituye al mismo tiempo un derecho), es **la guarda y cuidado de los hijos**, lo cual incluye **la asistencia, protección y educación**.

Derecho comparado

Nuevamente recurrimos al *Código Familiar de El Salvador* en cuanto al cuidado personal y la crianza.

*El padre y la madre deberán criar a sus hijos con esmero; proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad. En la función de cuidado debe tenerse en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo. ... **El padre y la madre, estarán obligados a cuidar de sus hijos desde su concepción** (art 211, CFES).*

La intención del legislador de esta ley familiar fue, definitivamente, la de **proteger el derecho a la vida**, la seguridad, la salud y la formación integral del ser concebido.

Esta postura —de otorgarle derechos al ser concebido— la sostienen las legislaciones familiares más recientes, las cuales han adquirido mayor fuerza por la corriente social “**pro-vida**”, que rechaza enfáticamente la legislación para el Distrito Federal y algunos estados de la Federación, que permiten el aborto.

B. Educación, formación integral y corrección

Quienes ejercen la patria potestad o la guarda, y la 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 desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de crecimiento intelectual y escolares;
- III. Realizar **demonstraciones 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 (art 414 bis, CCDF).

A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia, incumbe la **obligación de educarlo** convenientemente; es decir, ayudarlo a formar su carácter y su espíritu. Para que esto pueda ser factible, 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 (art 422, CCDF).

Esta regulación resulta obvia, pues es a los padres a quienes corresponde adoptar una **conducta ejemplar** frente a sus descendientes, ya que sólo mediante el ejemplo es posible educar convenientemente a los hijos. Recordemos la conocida frase: “Las palabras convencen, pero el ejemplo arrastra.”

Como parte de la **formación integral de los hijos, los padres pueden solicitar ayuda a los hijos, desde pequeños en los trabajos inherentes al hogar; esto permite a los hijos adquirir responsabilidad y disciplina en cuanto a prestar colaboración a los padres**, en virtud del principio de solidaridad que debe practicarse en la familia.

Así lo establece el *Código Civil de Argentina*:

*Los padres pueden exigir que los hijos que están bajo su autoridad y cuidado les presten la **colaboración propia de su edad**, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa (art 277, CCA).*

La corrección. Ahora bien, el *Código Civil para el Distrito Federal* determina la facultad de corregir, lo cual no implica infligir a los menores actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en forma de violencia familiar (art 423, CCDF).

En efecto, es derecho-deber del padre y de la madre corregir oportuna, adecuada, humana y moderadamente a sus hijos, así como auxiliarse de profesionales especializados en orientación familiar que, para tal efecto, los progenitores puedan solicitar apoyo al DIF-DF.

Al respecto, el *Código Civil de Nuevo León* establece la facultad de los jueces de tomar las medidas necesarias para impedir que un menor sea maltratado por quienes ejerzan sobre él la patria potestad, o lo tengan bajo su custodia. Tales medidas se tomarán a instancia de quien acredite un interés legítimo de parentesco o del Ministerio Público, en su caso (art 423, CCNL).

Derecho comparado internacional

En América Latina encontramos toda una riqueza jurídica en el *Código Familiar de El Salvador*, legislación que se distingue por su grandeza de espíritu, al salvaguardar el interés superior de los hijos menores o mayores con discapacidad, por medio de una normatividad muy basta y adecuada en materia de patria potestad:

El padre y la madre dirigirán la formación de sus hijos dentro de los cánones de moralidad, solidaridad humana y respeto a sus semejantes; fomentarán en ellos la unidad de la familia y su responsabilidad como hijos, futuros padres y ciudadanos. La formación religiosa de los hijos será decidida por ambos padres (art 213, CFES).

Es deber del padre y de la madre educar y formar integralmente a sus hijos, facilitarles el acceso al sistema educativo y orientarles en la elección de una profesión u oficio (art 214, CFES).

Para lo cual, deberá tenerse en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo (art 211, CFES).

Es deber del padre y de la madre corregir adecuada y moderadamente a su hijos y auxiliarse, en caso necesario, de profesionales especializados o de los servicios de orientación psicopedagógica a cargo de centros educativos o entidades de protección de menores o de la familia. En caso que la conducta del hijo no pudiese ser corregida por los medios indicados, el padre o la madre podrán solicitar al juez que provea medidas tutelares, quien para decidir, ordenará los estudios técnicos del grupo familiar que estime convenientes (art 215, CFES).

En conclusión, existe uniformidad en todas las legislaciones de vanguardia **al suprimir el castigo**, sustituyéndose por **el deber de los padres de observar una conducta ejemplar**.

Nada más cierta que la trillada frase: “Los hijos son el reflejo fiel de los padres.” La actitud de los progenitores es determinante en el desarrollo integral del hijo; por consiguiente, para lograr su cometido educacional, **es necesario el cuidado y cultivo de la propia conducta**.

Por otra parte, en relación con los hijos mayores discapacitados, existe la corriente de **prorrogar la patria potestad** cuando el hijo llegue a la mayoría de edad, evitando con ello que opere la figura de la tutela; este criterio lo sigue el *Código Familiar de El Salvador*:

*Si el hijo adoleciere de deficiencia física o mental, deberán los padres procurar-le educación especial y si fuere discapacitado o minusválido, procurar-le además, su rehabilitación. En todo caso, velarán por su bienestar, aun cuando hubiere alcanzado la mayoría de edad si la deficiencia física o mental le impidiera valerse por sí mismo. Cuando en el hijo menor de edad exista causa de incapacidad y se prevea razonablemente que continuará después de alcanzar su mayoría de edad, antes de que la cumpla, **los padres deberán solicitar la declaratoria** correspondiente, para los efectos previstos en este Código (art 214, CFES).*

El *Código Familiar de Panamá*, atinadamente, también se pronuncia por enfatizar la protección del hijo mayor discapacitado, **prorrogando la patria potestad, sin constituirse la tutela**:

*La patria potestad con relación a los hijos o hijas que hayan sido incapacitados por deficiencias o anomalías físicas o psíquicas profundas, quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar a la mayoría de edad. Si el hijo o hija mayor de edad, que viviese en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, fuese incapacitado por alguna de las causas indicadas, **no se constituirá la tutela, sino que se rehabilitará la patria potestad**, que será ejercida por aquel a quien le correspondiese, si el hijo o hija fuese menor de edad (art 348, CFP).*

C. Derecho de custodia y de convivencia (Código Civil para el Distrito Federal)

De acuerdo a nuestra codificación civil, 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 (art 416, CCDF).

Es derecho indiscutible de los hijos **convivir con ambos progenitores**, aun cuando no vivan bajo el mismo techo, por lo cual, no podrán impedirse —sin causa justificada— las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, y a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo a su interés superior. En consecuencia, sólo por mandato judicial, este derecho podrá ser limitado o suspendido considerando el incum-

plimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos (art 416 bis, CCDF).

Efectivamente, los hijos menores de edad tienen derecho a vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y mantener relaciones familiares y contacto con ellos, aun en el caso de que los padres estén separados, lo cual favorecerá el normal desarrollo de su personalidad.

También tienen derecho a comunicarse con sus abuelos, otros parientes y demás personas que demuestren un interés legítimo, siempre que esto no perjudique su salud física o mental; por lo cual, no podrán impedirse las relaciones personales entre el menor con sus padres, abuelos y parientes, sin una causa justa.

Este criterio de privilegiar el interés superior de los hijos ha sido instituido, fundamentalmente, en la *Ley de los Derechos de los Niños y de las Niñas del Distrito Federal* de 2000, la cual determina:

Los niños y niñas en el Distrito Federal tienen derecho a vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña y el niño (art 5, fracc II, LDNNDF).

Derecho comparado nacional

Las legislaciones familiares más avanzadas en el país, como la del **Distrito Federal, Zacatecas, Nuevo León, Coahuila y Sonora**, entre otras, coinciden con las posturas que en los últimos años han asumido los tribunales de la Federación en diversas tesis, donde **se privilegia el interés superior de los menores de conservar el derecho de convivencia con ambos padres** aun cuando no les corresponda la custodia, así como con los abuelos y otros parientes, debiéndose establecer todo un régimen de convivencia que permita facilitar la conservación de la relación familiar. Al existir legislaciones que determinen claramente este derecho de convivencia, ya no habrá necesidad de recurrir a jurisprudencia, pues habrá texto expreso.

En efecto, en las entidades federativas, se distingue el *Código Civil de Nuevo León*, que regula en forma por demás precisa el derecho de convivencia de los hijos con sus padres y abuelos:

Los titulares de la patria potestad, aun cuando no conserven la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, a quienes se les solicitará su opinión si han cumplido doce años. El ejercicio de este derecho, queda supeditado a que no represente riesgo para el menor y a la acreditación del

cumplimiento de la obligación alimenticia. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor, padres y abuelos. Quien ejerza su custodia tiene la obligación de respetar, procurar y permitir la convivencia con quien no la detenta y tenga la patria potestad; en caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor debiendo precisar los días y las horas para el ejercicio de tal derecho. Corresponde a los abuelos asumir las expensas del goce y disfrute de su derecho para convivir con sus nietos menores de edad, mas dicha facultad no representa subordinación de los derechos de quien o quienes ejerzan la patria potestad y a la libertad que tienen de dirigir su formación (art 415 bis, CCNL).

Por su parte, el *Código Civil de Coahuila* determina:

... Cuando la guarda y custodia corresponda solo al padre o a la madre, o solo a uno de los abuelos, convendrán aquéllos o éstos, el tiempo, modo y lugar en que podrán visitar a los menores y comunicarse con éstos el ascendiente con el que no viva el menor y, si no llegaren a un acuerdo, resolverá el juez estas cuestiones (art 554, CCEC).

El *Código Familiar de Zacatecas*, para evitar juicios contenciosos sobre derechos de convivencia, ordena se recurra al procedimiento alterno de la **mediación**:

... Las diferencias surgidas con motivo de la custodia de los hijos menores de edad o de la regulación del régimen de convivencia, podrán ser resueltas **mediante convenio que se obtenga de un procedimiento de mediación** (art 381, CFZ).

Derecho comparado internacional

En el **derecho sudamericano** destacan las siguientes legislaciones:

El *Código Familiar de Panamá* establece:

La autoridad competente dispondrá lo conveniente para que aquél de los padres separados que no tenga la guarda y crianza de los hijos o hijas menores, **conservé el derecho de comunicación y de visita con ellos, regulándose el mismo en el tiempo, modo y lugar que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores.** El incumplimiento de lo que se disponga a ese respecto, podrá ser causa para que se modifique lo resuelto en cuanto a la guarda, sin perjuicio de la responsabilidad penal que se origine por tal conducta. La autoridad competente podrá hacer extensivo el derecho de comunicación y de visita a los ascendientes o a otros parientes del menor (art 329, CFP).

Por su parte, el *Código Familiar de El Salvador* determina:

... De no mediar acuerdo entre los padres o ser éste atentatorio al interés del hijo, el juez confiará su cuidado personal **al padre o madre que mejor garantice su bienestar**, tomando en cuenta su edad y las circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica que concurren en cada caso. **Se oirá al hijo si fuere mayor de doce años** y, en todo caso, al Procurador General de la República, quien fundamentará su opinión en estudios técnicos... (art 216, CFES).

... Cuando sea necesario, **el juez podrá regular el tiempo, modo y lugar** que para ello se requiera. Quien tuviere el cuidado personal del hijo no podrá impedir tales relaciones y trato, a no ser que a criterio del juez se estimaren contrarios al interés del hijo. Si no lo fueren, el juez tomará las medidas que mejor protejan tal interés. También tienen derecho de comunicación con el hijo **los abuelos, los parientes y otras personas que demuestren un interés legítimo**, siempre que esto no resultare perjudicial a la salud física y mental del menor (art 217, CFES).

D. Síndrome de alineación parental (Código Civil para el Distrito Federal)

Quienes ejerzan la patria potestad deben procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de **manipulación, alienación parental**, encaminada a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor (art 411, CCDF).

Esta disposición es francamente realista, pues con frecuencia los hijos forman parte del botín de guerra en los conflictos de los padres, que terminan con su separación física; quedando los hijos bajo la custodia de uno de ellos, siendo en ocasiones, los menores objeto de manipuleo para contraponerlos con el padre que no quede con la custodia, al grado de producir en ellos rechazo o rencor hacia el otro progenitor; de manera que los hijos crecen “educados” en el odio hacia uno de los padres y los miembros de su familia, incluyendo abuelos, tíos y demás.

Por su parte, los **tribunales de la Federación han determinado la necesidad de fijar reglas en torno a las cuales, el que no goce de la custodia conserve el derecho de convivir con sus descendientes**. Veamos al respecto algunas tesis, en las siguientes Jurisprudencias:

Alimentos. El incumplimiento de esta obligación no genera la consecuencia de que al deudor se le impida el derecho de convivencia que tiene para con sus hijos (legislación del Estado de Puebla). Aun cuando se justifique que el demandado en el juicio de alimentos de origen dejó de cubrir parcialmente el monto fijado por ese concepto, tal situación por sí misma es insuficiente para tener por demostrada la

existencia de una oposición fundada en el ejercicio de los derechos de visita y convivencia que le asisten como padre, habida cuenta que la ley no sanciona dicho incumplimiento con la privación del derecho que tiene en relación con sus hijos, en ejercicio de la patria potestad; lo anterior es así, porque de lo establecido en los artículos 598, 600 y 637 del *Código Civil para el Estado de Puebla*, se infiere que **el derecho de convivencia entre los menores y su padre no puede impedirse, suspenderse o perderse, si no sólo por mandato judicial** expreso y fundado en causa justa. Por lo cual, si no existe ésta, al ser insuficiente la aducida por la recurrente, ni actualizarse diverso motivo legal que impida la convivencia del progenitor con sus hijos, se concluye que **no hay razón para negar ese derecho como consecuencia del incumplimiento de aquella obligación.**

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito.

Amparo en revisión 197/2003. 19 de junio de 2003. Unanimidad de votos.

Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Menores de edad. La falta de asistencia a una de las visitas establecidas no motiva la privación o suspensión del derecho a la convivencia entre padres e hijos, pues no constituye, salvo prueba en contrario, un hecho grave que implique un peligro inminente en su desarrollo físico, psicológico o mental (legislación del Estado de Puebla). De la interpretación de los artículos 605, 605 bis y 637 del *Código Civil para el Estado de Puebla* se advierte que el derecho del padre a visitar a sus hijos es una función familiar, una facultad y un deber, establecido fundamentalmente en beneficio de los hijos, siendo para éstos un derecho de la personalidad, de manera tal que para que los progenitores puedan cumplir cabalmente con los deberes que les impone la patria potestad, como son el velar por su seguridad e integridad corporal, el cuidado de dirigir su educación, vigilar su conducta, sus relaciones y correspondencia, y su formación, es del todo indispensable el ejercicio de las facultades inherentes a ellos, entre las que se encuentran de manera destacada la guarda y custodia, y su convivencia con ellos, siempre y cuando no exista algún elemento que patencie que tal convivencia sea contraria a la salud, seguridad o moralidad del menor; esto es, que ponga en peligro una de estas circunstancias lo que, en última instancia, debe acreditarse por la parte que lo invoque y pretenda la limitación o negación de ese derecho. **Por tanto, la falta de asistencia a una de las visitas establecidas no constituye una circunstancia que motive la privación o suspensión del derecho a la convivencia entre padres e hijos,** pues no es, salvo prueba en contrario, un hecho grave que implique un peligro inminente en el desarrollo físico, psicológico o mental del menor y sí, por el contrario, la preservación del trato frecuente entre ambos tiende a desarrollar una formación estable y fuerte en beneficio del menor.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito.

Amparo directo 451/2005. 26 de enero de 2006. Unanimidad de votos.

Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

E. La representación legal

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 (art 424, CCDF).

Es principio indiscutible el reconocimiento de la personalidad del hijo menor de edad; por tanto, puede ser titular de derechos y sujeto de deberes jurídicos, pues tiene capacidad de goce, mas le falta la de ejercicio y no puede, por consiguiente, hacer valer unos y cumplir otros por sí mismo; por ende, los ejercen y cumplen en su nombre los padres en virtud de la representación que ostentan.

Resulta entonces que los padres protegen a los hijos, completando su personalidad jurídica deficiente a través de **la Representación**. Ésta se ejerce conjuntamente por ambos padres; sin embargo, podrán designar de común acuerdo quién de ellos representará a sus hijos menores o declarados incapaces, así como quién administrará sus bienes.

En efecto, los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están sujetos a ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de ley (art 425, CCDF).

Ahora bien, cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y 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 al otro progenitor y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la **administración** (art 426, CCDF).

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 del otro ascendiente, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente (art 427, CCDF).

Obviamente, cuando surjan **desacuerdos** en el ejercicio de las obligaciones inherentes a la patria potestad, cualquiera de los padres o en su caso, los abuelos, podrán acudir al juez, quien procurará avenirlos y si esto no fuera posible, **resolverá lo que más convenga al interés del menor**.

12.3.1 Efectos de carácter patrimonial. Administración de bienes. Usufructo legal

Hemos subrayado que el complejo de poderes y deberes contenidos en la patria potestad tienen por objeto, bien las personas, bien las cosas, sin olvi-

dar que generalmente ambos objetivos de la institución coinciden. Se hace evidente tal coincidencia en las relaciones patrimoniales que surgen en la patria potestad, ya que los bienes siempre son para las personas medios para satisfacer sus propias necesidades. Es casi imposible, en consecuencia, hablar aisladamente de hijos o de bienes de éstos, sin dejar de asociar ambas ideas.

Por corresponder a los padres el ejercicio de la patria potestad sobre sus menores hijos, tendrán también la facultad de administrar los bienes que pertenecen a los mismos; sin embargo, si los bienes que adquiera el hijo menor de edad son producto de su trabajo, le corresponderá a éste la administración de su patrimonio.

Cuando el menor tiene bienes adquiridos por otras causas (herencia, legado o donación), la administración le corresponde a los padres, pero también a éstos les confiere la ley la mitad del usufructo (art 430, CCDF), bien en su auxilio para compensar su esfuerzo, o bien —como sostiene **Clemente de Diego**— para evitarles contiendas en la rendición de cuentas.⁴

En este aspecto discrepamos del autor anterior y coincidimos con **José de Jesús López Monroy**, al **considerar el usufructo legal como una figura jurídica instituida en auxilio del padre** y no como una forma de compensación, ni como medio de ocultamiento de un mal manejo de bienes. Por consiguiente, el **usufructo legal** concedido a los padres responde a la ayuda y protección de la familia y por lo mismo, es intransmisible y personalísimo.

Con este antecedente doctrinal, los bienes del hijo que se encuentra sujeto a patria potestad se dividen en dos clases:

- Bienes que adquiera por su trabajo (adventicios);
- Bienes que adquiera por cualquiera otro título (profecticios) (art 428, CCDF).

Los bienes de la primera clase, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo (art 429, CCDF). Es decir, sobre estos bienes **del hijo adquiridos por su trabajo**, nuestra legislación le otorga la libre administración y la totalidad del usufructo.

Evidentemente es justa esta disposición, pues si el hijo demuestra capacidad para adquirir dichos bienes, es obvio que también posea aptitud para el manejo de sus intereses. Así se manifiesta nuestra legislación:

⁴**Felipe Clemente de Diego**, ob cit, pág 670.

*Cuando por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como **emancipado**, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces (art 435, CCDF).*

En los bienes de la segunda clase, es decir los “profecticios”, como son los **adquiridos por herencia, legado o donación**, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por estos conceptos 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 en el testamento (art 430, CCDF).

Los padres pueden renunciar a su derecho de la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a dudas (art 431, CCDF). La renuncia del usufructo en favor del hijo, se considera como donación (art 432, CCDF).

Derecho comparado

El *Código Familiar de El Salvador*, regula una situación interesante:

*El padre y la madre **menores de edad**, ejercerán la autoridad sobre sus hijos, pero la administración de los bienes y la representación en actos y contratos relacionados con los mismos, será asumida por quienes tuvieren la tutela de los padres, los cuáles la ejercerán conjuntamente; no obstante, si solo uno de los padres fuera menor, el padre mayor de edad administrará los bienes y representará al hijo en todos los actos y contratos expresados... (art 210, CFES).*

Ahora bien, el *Código Familiar de Bolivia*, regula acertadamente el destino que se le puede dar al usufructo legal:

*Para **proveer al mantenimiento y educación del hijo** y sin perjuicio del aporte suplementario de los padres, éstos pueden utilizar las rentas de los bienes de aquél en las cantidades necesarias. Ese descuento puede también hacerse en la medida estrictamente necesaria para **beneficio de otros hijos menores que viven en común, e incluso de los mismos padres cuando éstos se hallen imposibilitados de trabajar** y carezcan de otros recursos para el cumplimiento de sus deberes, siempre que el juez tutelar así lo autorice después de una comprobación sumaria de los hechos y de escuchar al fiscal (art 267, CFB).*

Por su parte, el *Código Civil de Costa Rica*, legisla en forma por demás práctica, sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad de los padres, esta-

bleciendo algunas indicaciones justificadas en caso de desacuerdos en la administración:

*El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, a petición de cualquiera de ellos, el Tribunal decidirá oportunamente, **aun sin las formalidades del proceso**, y sin necesidad de que las partes acudan con un profesional de derecho. El tribunal deberá resolver tomando en cuenta el interés del menor... (art 151, CCCR).*

Código para el Distrito Federal

Respecto a la **prohibición de los padres de ejercer actos de dominio** sobre los bienes de los hijos, existe obviamente uniformidad de criterios tanto en la legislación nacional como en la extranjera; por lo cual, los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar de ningún modo los bienes inmuebles, ni los muebles preciosos que corresponden al hijo, **sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio**, y previa autorización del juez competente (art 436, CCDF).

Siempre que el juez conceda al que ejerza la patria potestad autorización para enajenar un bien inmueble perteneciente al menor, procurará éste, que **el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y que el resto, en su caso, se invierta en la adquisición de un inmueble**. Mientras se hace la compra, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, procurando que la suma depositada reditúe el tipo bancario mayor en depósitos a vista o a plazo. El que ejerza la patria potestad no podrá disponer de ese depósito sino para realizar dicha compra y **con autorización judicial** (art 437, CCDF).

12.3.2 Terminación o extinción del usufructo legal (Código Civil para el Distrito Federal)

Nuestra legislación regula las formas clásicas de terminación o extinción del usufructo legal:

- I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;
- II. Por la pérdida de la patria potestad, y
- III. Por renuncia al usufructo del que ejerce la patria potestad (art 438, CCDF).

Derecho comparado

En el **Derecho Familiar Latinoamericano** encontramos otras formas de pérdida o suspensión de la administración de los bienes de los hijos y, por ende, del usufructo legal.

El *Código Civil de Argentina* determina que los padres perderán la administración de los bienes de los hijos cuando ella **sea ruínosa al patrimonio** de los hijos o se pruebe la **ineptitud** de los padres para administrarlos, o se hallen reducidos al **estado de insolvencia**, a menos que dieren fianza o hipoteca suficientes (art 301, CCA).

El *Código Familiar de El Salvador*, regula una causa de suspensión no contemplada en nuestro *Código Civil*:

*La administración de los bienes de los hijos menores será suspendida de pleno derecho cuando **los padres contraigan nuevas nupcias con persona distinta al otro progenitor**, aun cuando conserven los demás derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad (art 154, CFES).*

En contraste, el *Código Civil para el Distrito Federal* permite que los padres, en caso de segundas nupcias, conserven todos los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad; así como tampoco el cónyuge o concubino con quien se una, ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior (art 445, CCDF).

12.3.3 Rendición de cuentas de la administración (Ley Familiar de Hidalgo)

La *Ley Familiar de Hidalgo*, a diferencia del resto de las legislaciones del país que confían en la buena fe de los padres, obliga a éstos en el ejercicio de la patria potestad a rendir **cuentas anuales** de la administración de los bienes de los hijos:

*Las personas que ejercen la patria potestad, tienen **obligación de rendir cuentas de la administración anualmente**, ante el Juez Familiar, hasta la terminación de la patria potestad, en caso de que el menor sea propietario de bienes (art 238, LFH).*

El Juez Familiar tomará las medidas necesarias para impedir la mala administración de quienes ejercen la patria potestad y evitar la disminución, derrochamiento, ocultamiento o dilapidación de los bienes del menor (art 239, LFH).

Estas providencias precautorias se encuentran justificadas, desde el punto de vista de salvaguardar los intereses superiores de los hijos.

12.4 Restricciones de la patria potestad

En estricto derecho, **la restricción, suspensión o pérdida de la patria potestad es de la exclusiva competencia de la autoridad judicial** (art 416, CCDF); además, para que el juez pueda declarar alguna de ellas, tiene que haber una causa específica; sin embargo, en ocasiones un órgano administrativo (DIF) en situaciones urgentes (por ejemplo, que el menor pueda encontrarse en riesgo de ser víctima de violencia familiar) puede efectuar, como medida precautoria, la sustracción del hijo de la casa paterna, pero solo con carácter provisional; es decir, mientras resuelve la autoridad judicial.

La facultad que en un momento dado le podría corresponder a una autoridad administrativa sería, en todo caso, demandar a través del Ministerio Público la restricción, suspensión o pérdida de la patria potestad; pero de ninguna manera una autoridad administrativa puede arrogarse facultades de decisión, como por ejemplo, restringir la patria potestad, facultades solo conferidas a la autoridad judicial.

Derecho comparado nacional

El *Código Civil de Nuevo León* es muy determinante al respecto, pues incluso la separación cautelar del menor por violencia familiar la decreta únicamente la autoridad judicial:

*La patria potestad se limitará cuando por resolución judicial, cautelar o definitiva, se restrinja alguno o algunos de los derechos que la integran o se impongan modalidades al ejercicio de éstos. **El juez podrá imponer las limitaciones que procedan a la patria potestad a fin de proteger la integridad física y psicológica de los menores.** En cualquier momento, el juez podrá decretar la separación cautelar del menor respecto de quienes realicen conductas de violencia familiar (art 447 bis, CCNL).*

Por otra parte, el *Código Familiar de Zacatecas* específicamente **faculta a los abuelos** de los menores sujetos a patria potestad, a informar al juez y al Ministerio Público sobre el incumplimiento de los deberes inherentes a los padres. Cuando llegue al conocimiento del juez que quienes ejercen la patria potestad no cumplen con los deberes que ella les impone, lo hará saber al Ministerio Público, quien promoverá lo que corresponda en interés del sujeto a la patria potestad; también deberá hacer esta promoción cuando los hechos lleguen a su conocimiento por otro medio distinto a la información del juez. **Los abuelos —por ambas líneas— tendrán derecho a la comunicación y convivencia con el menor;** en todo caso, podrán infor-

mar al juez y al Ministerio Público de cualquier falta a los deberes de quienes la ejerzan (art 382, *CFZ*).

12.4.1 Terminación, suspensión y limitación de la patria potestad. Rendición de cuentas. Entrega de bienes (*Código Civil para el Distrito Federal*)

Limitaciones	Los que ejerzan la patria potestad no pueden enajenar bienes inmuebles, ni muebles preciosos del menor, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, previa autorización judicial (art 436, <i>CCDF</i>).
Terminación: (art 443, <i>CCDF</i>)	• Por la muerte de quien la ejerce. • Por emancipación. • Por la mayor edad del hijo. • Con la adopción. • Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social para ser dado en adopción. • Una vez terminada la patria potestad, los que la ejercieron entregarán a sus hijos todos los bienes y frutos que les pertenecen, dándoles cuentas de su administración (arts 439 y 442, <i>CCDF</i>).
Suspensión: (art 447, <i>CCDF</i>)	• Por incapacidad. • Por ausencia. • Cuando el consumo de alcohol, el hábito del juego o el uso no terapéutico de sustancias ilícitas produzcan efectos psicotrópicos o amenacen causar algún perjuicio al menor. • Por sentencia condenatoria. • Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o la vida de los hijos menores, por parte de quien conserva la custodia o de algún pariente hasta el cuarto grado. • Por no permitir que se efectúen las convivencias entre el hijo y uno de los progenitores, decretadas por autoridad.
Pérdida: (art 444, <i>CCDF</i>)	• Por condena a la pérdida de ese derecho. • En los casos de violencia familiar en contra del menor. • El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada. • Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos, por más de tres meses, sin causa justificada. • Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso, en que la víctima sea menor. • Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.
Limitación: (art 444 bis, <i>CCDF</i>)	• La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio (<i>sic</i>) o separación, tomando en cuenta lo que dispone la legislación.

La terminación de la autoridad paterna constituye generalmente un hecho jurídico natural, por ejemplo, que el hijo llegue a la mayoría de edad; a diferencia de la suspensión o la pérdida de ese derecho, cuya naturaleza es la de constituir hechos jurídicos que en ocasiones pueden derivar en delitos, como la violencia familiar.

Las restricciones a la patria potestad, en forma de limitación o de suspensión, dependerán de que los padres cumplan o no con las obligaciones contenidas en el art 414 bis del *Código Civil para el Distrito Federal*, pues dicho precepto concluye que se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no cumpla con sus deberes fundamentales; lo que el juez valorará en los casos de suspensión, limitación o incluso pérdida de la patria potestad, así como la determinación de la guarda y custodia provisional o definitiva, y el régimen de convivencia (art 414 bis, fracc IV).

12.4.2 Terminación de la patria potestad

La patria potestad concluye:

- 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, y
- 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... (art 443, CCDF).

La muerte del que ejerce la patria potestad provocará que dicha autoridad recaiga en el padre o en la madre sobreviviente o, en todo caso, en cualquiera de los abuelos de ambas líneas según se acuerde; a falta de acuerdo, el juez resolverá lo más favorable al interés superior del menor.

Ahora bien, la emancipación y **la mayoría de edad** sólo liberan al hijo de la autoridad paterna, pero subsiste el deber de respeto y consideración; los cuales, más que efectos de la patria potestad, lo son de la filiación.

Como consecuencia de la terminación de la patria potestad, **los que la ejercen deben entregar a sus hijos los bienes y frutos que les pertenecan** (art 442, CCDF), así como tendrán la obligación de rendir cuentas a los hijos de la administración de los mencionados bienes (art 439, CCDF); sin embargo, nuestro Código Civil —paradójicamente— no otorga el derecho al

hijo mayor de edad de exigir cuentas de la administración a quienes ejercieron sobre él la patria potestad como lo hacen otras legislaciones, las cuales coinciden en un término de seis meses siguientes a la emancipación o a la mayoría de edad, para que los que estuvieron sujetos a patria potestad puedan exigir cuentas de administración.

No obstante, los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años o del Ministerio Público (art 441, *CCDF*).

12.4.3 Suspensión de la patria potestad

Según el art 447 del *CCDF*, la patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Cuando el consumo de alcohol, el hábito del juego o el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la *Ley General de Salud* y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor;
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;
- V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del o los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de parientes por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado;
- VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente, y
- VII. En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo, de acuerdo a lo dispuesto en el presente código y en el art 902 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

Derecho comparado nacional

Algunas de las causas de suspensión de la patria potestad han sido recogidas por codificaciones de los diversos estados de la Federación; pero sólo el *Código Familiar de Zacatecas* ha reproducido la fracc VI, por encontrarse tutelado en la actualidad el derecho superior de los menores de convivir con ambos ascendientes aunque no vivan con ellos (art 405, *CFZ*).

Buscando la protección de los menores, la *Ley Familiar de Hidalgo* incluye otra causa de suspensión de esa potestad, la cual se encuentra perfectamente justificada: ... II. Por sustracción o retención indebida del menor, por quien no tenga la custodia (art 243, *LFH*).

12.4.4 Limitación de la patria potestad

La patria potestad podrá limitarse en los casos de divorcio (*sic*) o separación, tomando en cuenta lo que dispone el propio *Código Civil* (art 444 bis, *CCDF*).

Derecho comparado internacional

El *Código Familiar de Panamá* establece una regla genérica donde se faculta al juez para limitar el ejercicio de la patria potestad, en forma provisional o definitiva, proveyendo incluso la designación de un representante legal, en caso de conflicto de intereses:

*Excepcionalmente, en beneficio del interés del menor, podrán tomarse disposiciones especiales **que limiten la comunicación y la visita de uno o de ambos padres**, de los ascendientes u otros parientes del menor e incluso que la prohíban por cierto tiempo o indefinidamente (art 330, CFP).*

*Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos o hijas menores o discapacitados, se nombrará un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, **corresponde al otro, por ley, sin necesidad de especial nombramiento, representar al menor**. A petición del padre o de la madre del menor, del Ministerio Público, o el Defensor del Menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, el Juez nombrará representante, con facultades determinadas, al pariente del menor o a quien en su caso correspondería la tutela legal; y a falta de éste o cuando tuviese intereses contrapuestos, a otro pariente o a un extraño (art 333, CFP).*

El *Código Familiar de Bolivia* instituye la intervención preventiva del juez y la suspensión provisional de la autoridad del padre o de la madre:

*Cualquiera de los progenitores puede pedir la intervención preventiva del juez de partido familiar para que evite, enmiende o corrija los actos del otro que sean perjudiciales a la persona o bienes del hijo, y tome precauciones para el futuro, proveyendo en caso de urgencia, a la **suspensión provisional** de la autoridad del padre o la madre negligente o culpable (art 279, CFB).*

12.4.5 Causas de pérdida de la patria potestad (art 444 del Código Civil para el Distrito Federal)

Se ha enfatizado la función de protección que desempeña la patria potestad en virtud de que el complejo de poderes y deberes que comprenden, son no sólo del interés de quienes la ejercen, sino del interés superior de los menores sobre quienes recae.

La naturaleza y la legislación han puesto en manos de los padres tal potestad, para atender las variadas necesidades físicas, personales e incluso éticas de los hijos durante su menor edad; y precisamente en manos de los padres, porque dicha potestad emana de la relación natural paterno-filial y, por consiguiente, del sentimiento afectivo que une a los sujetos de esa relación. Sin embargo, también se ha señalado que, en virtud de los intereses superiores de los menores que en ocasiones se encuentran en juego, **es necesaria la intervención del Poder Público cuando dichos intereses se hayan lesionado, o bien se encuentren en peligro de afectación. En esos casos excepcionales, es cuando se puede privar de la titularidad de la potestad sobre el hijo a uno o ambos padres.**

No obstante, la **Suprema Corte de Justicia** ha emitido el siguiente criterio: “... **la pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo natural y lo jurídico es que la ejerzan siempre los padres.** Las disposiciones del *Código Civil* que establecen las causas que la imponen, deben considerarse como de estricta aplicación; de manera que solo cuando haya quedado probada una de esas causas de modo indubitable, surtirá su procedencia **sin que pueda aplicarse por analogía ni por mayoría de razón**; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores...”

La patria potestad se pierde, según el art 444 del *Código Civil para el Distrito Federal*:

- 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 art 283 de este Código;
- III. En los casos de violencia familiar en contra del menor;
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;
- 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, y
- VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.

Veamos a continuación algunas reflexiones acerca de las causas de pérdida de la patria potestad:

Fracción I. Por **condena expresa**. Del contenido de esta causa se infiere, que se requiere como única prueba una sentencia definitiva que decrete específicamente la pérdida de la patria potestad.

Fracción II. En los casos de **divorcio**. En el **Distrito Federal** se encuentra instituido **el divorcio unilateral** o incausado, en donde lo que menos importa es la causa que lo motivó. Respecto a la situación jurídica de los hijos, se debe resolver en un convenio celebrado y firmado por las partes y sujeto a la aprobación judicial.

Ahora bien, si existieran elementos de prueba que presumieran causas de pérdida de la patria potestad, se requeriría iniciar un juicio ordinario donde se demandaría dicha pérdida. Esta situación resulta caótica en el **divorcio exprés**, pues como ya se ha mencionado, puede haber sentencia de divorcio sin que se haya agotado el juicio incidental promovido por el demandado, ante su inconformidad con el proyecto de convenio presentado por el actor, obligándose el cónyuge demandado a intervenir en **dos juicios: el de divorcio incausado y un juicio ordinario sobre pérdida de patria potestad**, en caso de que el progenitor haya incurrido en abandono de sus deberes, comprometiendo la salud, seguridad o moralidad de los hijos; lo cual, provocará mayor desgaste económico y emocional de toda la familia.

En los **estados de la Federación** donde no está vigente el divorcio incausado, se puede afirmar que, cuando la causa de divorcio no afecta directamente los intereses físicos o morales de los hijos, no se justifica dicha pérdida para el cónyuge culpable, pues no necesariamente un marido que incumple un deber conyugal es un mal padre. Recordemos que **no solo es derecho de los padres relacionarse con sus hijos, sino fundamentalmente, derecho superior de los menores de conservar la relación con ambos progenitores**.

Esta opinión es compartida con los criterios de los **Tribunales de la Federación**, los cuales han determinado que la pérdida de la patria potestad, no está sujeta a la procedencia de la causal de divorcio. *Veamos algunos ejemplos de jurisprudencias:*

Patria potestad. La pérdida de la, no es consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial (legislación del Estado de Puebla). La pérdida del ejercicio de la patria potestad no es una consecuencia de la procedencia de una causal de divorcio, ni puede ser considerada una sanción ineludible para el cónyuge culpable, sino que el juzgador debe determinarla con las amplias facultades discrecionales que se le otorgan en esta materia, atendiendo al interés del menor sujeto a ese régimen jurídico; lo anterior es así, atento a la reforma que sufrió el artículo 463 del *Código Civil para el Estado de Puebla*, por decreto de veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y ocho, publicado en el *Periódico Oficial del Estado* el catorce de septiembre siguiente.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. Clave: VI. 2o. C., Núm.: 301 C.

Fracción III. En caso de **violencia**. Ésta puede comprender no solo maltrato físico sino moral, provocado por la conducta depravada de los padres, el abandono de sus deberes y demás actitudes que pongan en peligro la salud, la seguridad y moralidad de los hijos.

Patria potestad, pérdida de la. En tratándose de la violencia familiar prevista en el artículo 444, fracción III, en relación con el 323 *quáter* del *Código Civil para el Distrito Federal*, no resulta necesario señalar las circunstancias de modo, tiempo y lugar para que se actualice, basta con que se invoque y demuestre el ambiente de violencia. De la interpretación armónica de los artículos 444, fracción III y 323 *quáter* del *Código Civil para el Distrito Federal*, se sigue que la patria potestad se pierde cuando uno de los progenitores ejerza en contra del menor una fuerza física o moral que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando sea de tal magnitud que resulte suficiente e idónea para imponer esa sanción; y para que surta la hipótesis legal no se requiere, necesariamente, que se causen lesiones físicas, pues basta que con el proceder del padre incumplido se genere la posibilidad de que se ocasionen perjuicios a la integridad física o psicológica del menor, lo cual impone la obligación al juzgador de hacer la valoración en función de las consecuencias que la conducta produzca, tomando en consideración todas las circunstancias del caso, **sin que sea necesario que se precisen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los actos de violencia familiar**, toda vez que basta la demostración del resultado en la persona del menor, con independencia del momento en que se produzca la **violencia**, ya que no se encuentra condicionada a la reiteración de conductas de agresión física y psicológica, ni que existan momentos específicos para que se origine.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 637/2003. 31 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gabriel Montes Alcaraz. Secretaria: Georgina Guadalupe Sánchez Rodríguez.

Respecto a la **Fracción IV**, consistente en el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días sin causa justificada:

Patria potestad, pérdida de la. En caso de incumplimiento de la obligación alimentaria, el mismo debe ser total (interpretación de la fracción IV, del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor a partir de junio de dos mil cuatro). De acuerdo a los antecedentes históricos legislativos, las razones que tuvo el legislador para reformar el artículo en cita, fue con la finalidad de fomentar una paternidad responsable, obligando a que los padres no incumplan con su obligación alimentaria para con sus hijos; empero, el texto literal del referido precepto legal es ambiguo pues no se señala si el incumplimiento debe ser total o parcial; sin embargo, de la exposición de motivos se advierte que el legislador señala: "... trátese de la omisión de cuidados de abstenerse de ministrar alimentos...", luego, si el vocablo *abstener* de acuerdo con la "Enciclopedia del idioma" significa: "dejar de hacer alguna cosa"; tomando en cuenta que la patria potestad es un estado de derecho, que así como otorga obligaciones también concede derechos, como son entre otros, educar y convivir con los hijos; y, que el fin de la reforma es proteger a los niños a través del fomento de la paternidad responsable, es de concluir que la intención del legislador **para que proceda la pérdida de la patria potestad por incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada, es que sea total; esto es, que exista abstención por parte de los padres de ministrar alimentos**, pues ello revela objetivamente su desinterés y cuidado respecto de los acreedores alimentarios; lo cual no se aprecia en el caso en que cumplen de manera parcial. De lo contrario, se estaría facultando a los Jueces para que no importando el monto del numerario faltante para ese fin, sin exigir mayor requisito y reflexión alguna, decretaran la pérdida de la **patria potestad**, cuando si ese hubiese sido el propósito de la reforma, se hubieran establecido los parámetros a tomar en cuenta por el juzgador para normar su criterio.

Decimotercero Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 352/2005. 22 de septiembre de 2005. Mayoría de votos. Disidente: Alfredo López Cruz. Ponente: Ethel Lizette del Carmen Rodríguez Arcovedo. Secretario: José Luis Cruz García.

Patria potestad. Para que proceda decretar su pérdida por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria, no es necesario acreditar la circunstancia de que se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, ni la existencia de requerimiento judicial alguno (legislación del Distrito Federal). La reforma al artículo 444 del *Código Civil para el Distrito Federal*, publicada en la *Gaceta Oficial* de esa entidad el 25 de mayo de 2000, eliminó como causa de pérdida de la patria potestad el que por abandono de los deberes de los padres pueda comprometerse la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, para incluir la hipótesis relativa al incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria. Ahora bien, si se toma en consideración, por un lado, el principio general de derecho de que donde la ley no distingue el juzgador no tiene por qué hacerlo y, por otro, que la actual redacción de la fracción IV del artículo 444 no exige el acreditamiento de que el abandono de los deberes de los padres, concretamente la obligación de dar alimentos, compromete la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, se concluye que para que proceda decretar la pérdida de la **patria potestad por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria no es necesario acreditar tales circunstancias,**

pues esta causal se actualiza cuando el deudor alimentario deja de subvencionar de manera injustificada las necesidades alimenticias conforme a la periodicidad que le haya fijado el Juez, y repite esta conducta omisiva más de una ocasión, lo que evidencia que dejó de cumplir reiteradamente con tal obligación, sin que para ello sea necesario un requerimiento judicial, dada la necesidad cotidiana de alimentos del acreedor.

Contradicción de tesis 137/2002-PS. Entre las sustentadas por el Noveno, Decimoprimer y Decimotercero Tribunales Colegiados, todos en Materia Civil del Primer Circuito. 8 de octubre de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Javier Carreño Caballero.

La **Fracción V**, se refiere al abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos por más de tres meses sin causa justificada.

El Segundo Tribunal Colegiado en materia civil ha determinado que **la ausencia temporal de la madre para ir a trabajar**, no da lugar a la pérdida de la patria potestad por exposición del menor, siempre que éste quede a cargo de quien lo pueda atender. Veamos algunos criterios de los Tribunales de la Federación:

Patria potestad, la ausencia temporal de la madre para ir a trabajar, no da lugar a la pérdida de la, por exposición del menor (legislación del Estado de México). El artículo 426, fracción IV del *Código Civil* dice: “La patria potestad se pierde: ... IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos; porque los dejen abandonados por más de seis meses o porque acepten ante la autoridad judicial entregarlos a una institución de beneficencia, legalmente autorizada para que sean dados en adopción y ésta los acepte, de acuerdo al procedimiento que establezca el *Código de Procedimientos Civiles*”. Como se aprecia del precepto legal transcrito, la patria potestad se pierde por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses. Lo anterior indica que el simple abandono no es suficiente para considerar que se actualiza la causal prevista en el artículo 426, fracción IV del *Código Civil*, pues **es necesario que además éste traiga aparejada la exposición del menor, comprometiendo su salud, su seguridad o su moralidad. Así cuando no queda acreditado más que el abandono en sí, la sola ausencia de la madre por la necesidad de realizar una actividad laboral para su sostenimiento y el del menor, precisamente, si la mujer autoriza que el hijo sea entregado a quien puede atenderlo es claro que no se da la exposición requerida por la ley para que la madre pierda la patria potestad, pues no expone al hijo sino que lo deja al cuidado de quien lo puede atender, su progenitor.**

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito.

Amparo directo 1325/98. Gonzalo Hernández Aguilar. 23 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas. Novena época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IX, abril de 1999. Tesis: II.2º.C.163 C. Página: 582.

Patria potestad. Atendiendo al interés superior del menor, su pérdida no siempre implica la falta de convivencia de éste con el progenitor sancionado. De conformidad con el artículo 417, párrafo segundo del *Código Civil para el Distrito Federal*, vigente hasta antes de la reforma de **dos de febrero de dos mil siete**, la pérdida de la patria potestad del menor conlleva la imposibilidad de la convivencia de éste con el progenitor, pero **no existe precepto que le prohíba, suspenda o limite al menor, su propio derecho de convivir con su padre**, pues en atención a que el artículo 9, numeral 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos noventa, establece: “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**”; atendiendo al interés superior del niño, quien tiene derecho a un desarrollo integral, tal restricción no debe aplicarse de manera genérica, pues **si de constancias de autos no se advierte que exista algún peligro para el menor por la convivencia con el padre o la madre, la autoridad judicial, de oficio, puede decretarla, debiendo hacer un análisis cuidadoso en cada caso concreto.**

Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

1.9o. C140 C Amparo directo 460/2007 de 30 de agosto. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Horacio Escudero Contreras. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época. Tomo XXVI. Septiembre 2007. Pág. 2561. Tesis aislada.

En relación con la **Fracción VI**, se presenta 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. Nuevamente el legislador toma en cuenta la realidad social y condena el abuso del menor que llegue a constituir delito doloso, con la pérdida de la patria potestad.

Por último, la **Fracción VII** sanciona igualmente con la pérdida de la patria potestad al progenitor que sea condenado dos o más veces por delito grave. La conducta antisocial del progenitor hace que incumpla con el deber jurídico-moral de adoptar una conducta ejemplar para sus hijos.

Sólo nos resta agregar que, de acuerdo con las últimas legislaciones que privilegian los derechos inalienables de los hijos menores, la pérdida de la patria potestad no implica necesariamente negar la convivencia del menor con su progenitor, pues **no es un derecho exclusivo del padre, sino también lo es del hijo para su crecimiento y normal desarrollo.**

Patria potestad. Pérdida requiere pruebas plenas. Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias, perjudiciales tanto para los hijos

como el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, **se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.**

Tipo de Documento: Jurisprudencia. Clave de Publicación: 308. Clave de Control Asignada por la SCJN: No existente. Sala o Tribunal emisor: 3ra, Sala – 7ma. Época – Materia: Civil. Fuente de Publicación: Apéndice de 1995. Volumen: Tomo IV. Parte: SCJN. Página: 207.

Derecho comparado nacional

El *Código Familiar de Zacatecas* determina las causas de la pérdida de la patria potestad, estructuradas de otra manera:

- I. Que trate, de palabra y/o de obra, a los que están sujetos a ella con injustificada y **excesiva severidad** o los castigue corporalmente sin la debida moderación, y
- II. Que de manera intencional o por negligencia, propicie que su educación sea física, intelectual o socialmente inadecuada:
 - Que les imponga o fomente hábitos que puedan dañar su salud física o mental, y
 - Que incurra frecuentemente en actos y formas de conducta que impliquen malos ejemplos o que puedan contribuir a su corrupción (art 406, CFZ).

Esa misma legislación, al regular el divorcio necesario determina que el padre y la madre, aunque perdieran la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, observando en todo caso la *Ley de los Derechos del Niño* (art 235, CFZ).

Derecho comparado internacional

En el Derecho latinoamericano, el *Código Familiar de Panamá* actualiza las causas de la pérdida de la patria potestad, incluyendo los hechos delictivos más recientes: el narcotráfico:

*La mala conducta notoria, el abuso de la patria potestad o relación parental, la **inducción al hijo o hija para el uso o tráfico de drogas** y estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el incumplimiento de la obligación de alimentar o el abandono del hijo o hija, serán motivos para que, según las circunstancias, se modifiquen, suspendan o **se pierdan los derechos de patria potestad**, y también para que se **declare inhábil para ejercerla** temporal o definitivamente **respecto de todos o alguno de sus hijos o hijas, al padre o madre culpable** (art 341, CFP).*

12.4.6 Recuperación de la patria potestad (*Código Familiar de Sonora*)

Esta legislación promulgada en 2011, da un paso adelante respecto a otros Ordenamientos y decide darle otra oportunidad al progenitor que se hizo acreedor a la pérdida de la patria potestad; ya que podrá solicitar al juez, transcurridos al menos tres años de la resolución ejecutoriada, que mande hacer un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, incluyendo un diagnóstico psicológico de su personalidad, para que **se le restituya la patria potestad de sus hijos**.

Antes de resolver, el juez valorará las razones que ameritaron dicha pérdida, observando siempre el interés del menor y oír al ascendiente que ejerza este derecho, al menor y al Ministerio Público, los que podrán oponerse fundadamente. La aceptación u oposición que manifiesten respecto de la acción ejercida los antes señalados, serán valoradas por el juez para decidir finalmente lo que mejor convenga al interés superior del menor. A consideración del juez, se podrá solicitar la opinión de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia. Se exceptúa de lo señalado en el presente artículo, y por tanto no procederá la recuperación, cuando la pérdida de la patria potestad haya derivado de un delito grave cometido en contra del menor o por violencia intrafamiliar (art 341, *CFS*).

La restitución de la patria potestad, devuelve el derecho a una correcta comunicación del progenitor con sus hijos, pero será de tipo provisional, durante un periodo de dos años, al final del cual el juez decretará la recuperación definitiva o la negará, atendiendo a las actitudes del solicitante y al cumplimiento de las obligaciones derivadas del vínculo paterno-filial (art 344, *CFS*).

12.5 Intervención del poder público como medida necesaria de protección (*Derecho latinoamericano*)

Como se ha hecho mención, para el derecho familiar contemporáneo, la autoridad que se otorga a quienes desempeñan la patria potestad no es para su propio beneficio, sino por el contrario, esta figura va dirigida a tutelar el interés superior del hijo menor, aun en contra de la voluntad de los padres; por lo cual, se justifica la intervención del poder público que cada día se hace más necesaria para mitigar los abusos cometidos por los progenitores.

Al respecto, en el **derecho latinoamericano** encontramos interesantes preceptos que permiten al poder público resolver situaciones que se consi-

deran determinantes en la vida del menor, a pesar de la oposición de sus progenitores.

El **Código Familiar de Panamá** dispone:

*Cuando sea necesaria una hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica indispensable para proteger la salud o la vida de un menor, el Juez puede autorizarla, **aun contra la voluntad de los padres o responsables del mismo**. Cuando el menor se encuentre en inminente peligro de muerte, el médico podrá ordenar su hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica con la obligación de comunicarlo al Juez a la mayor brevedad posible (art 325, CFP).*

Si el padre o la madre hubiesen contraído nuevas nupcias o iniciado otra unión marital, y el hijo o hija fuere de los habidos en anterior matrimonio o unión, tendrán que manifestar al Juez los motivos en que fundan su solicitud (de corrección); y el Juez oirá, en comparecencia personal al hijo o hija, y decretará o denegará la corrección solicitada por el progenitor, sin ulterior recurso (art 323, CFP).

El padre y la madre satisfarán los alimentos mientras dure la corrección o rehabilitación impuesta, pero no tendrán intervención alguna en el régimen del establecimiento en donde se encuentre el menor, si éste fuere el caso, salvo su participación obligada en la terapia de rehabilitación. El padre y la madre pueden hacer cesar la corrección cuando lo estimen oportuno, previa la adecuada evaluación del caso por la autoridad competente de acuerdo al interés superior del menor (art 324, CFP).

Igual postura asume el *Código Familiar de El Salvador*, donde el poder público obliga a actuar a los padres a pesar de su oposición:

Los padres deben asistir moral y económicamente a sus hijos, sujetos a autoridad parental que se hallaren involucrados en proceso de menores o penales y suministrar los gastos que requiera su asistencia legal (art 218, CFES).

Como anécdota curiosa —en Europa concretamente en Alemania— recientemente se autorizó como sanción la privación de la libertad a los padres que se opusieran a que los hijos asistieran a cursos sobre educación sexual, no compatible con los valores cultivados por los progenitores, imponiendo penas hasta de 45 días de arresto.

UNIDAD 13

La tutela

Regulación jurídica: arts 449 al 617 del CCDF

Concepto	{ Es una institución de orden público que implica la representación legal del sujeto a ella, así como la asistencia y protección de los incapacitados mayores de edad y de los menores no sujetos a la patria potestad.
Características	{ • Es una institución de protección con funciones de asistencia y representación. • Es una institución supletoria de la patria potestad. • Es una institución que imita la patria potestad. • Es un cargo organizado por el poder público. • Es un cargo de ejercicio obligatorio. • Tiene carácter general: afecta a la persona y los bienes del pupilo. • El cargo es unitario: conferido a una sola persona. • El cargo es temporal: mientras dura la incapacidad. • Está sujeta a una declaración de estado de interdicción. • Es un cargo remunerado.
Naturaleza jurídica	{ • Constituye un sistema de protección y de representación creado por el orden jurídico, para suplir la incapacidad de los menores no sujetos a la patria potestad y de los mayores incapaces. • Se discute si se trata de una institución familiar, pues no supone por sí misma un lazo o vínculo familiar.

Personas sujetas a la tutela: (art 450, CCDF)	• Los menores de edad. • 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.						
Clases de tutela: (arts 470 al 499, CCDF)	Cautelar. Toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar a un tutor y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y de su patrimonio en previsión de encontrarse con incapacidad. Solo podrá otorgarse la tutela cautelar ante notario público y se hará en escritura pública, debiendo agregar el notario un certificado de médico especialista, en que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno gozo de sus facultades mentales (arts 469 bis al quintus, CCDF). Testamentaria. Se confiere por testamento, por el último ascendiente que ejerce la patria potestad (art 470, CCDF). Legítima. Tiene lugar cuando no hay tutor cautelar ni testamentario, ni quién ejerza la patria potestad y se le confiere a un miembro de la familia del pupilo (art 482, CCDF). También tiene lugar la tutela legítima cuando no haya tutor cautelar o cuando habiéndolo, no pueda ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos (art 485 bis, CCDF). Dativa. Cuando no hay tutor cautelar ni testamentario, ni persona a quien corresponda la tutela legítima o cuando, habiéndolo, no pueda ejercer su cargo (art 495, CCDF).						
Órganos de la tutela en el D.F. y en la mayoría de los estados	• El tutor. • El juez competente. • El curador. • El consejo local de tutela. • El Ministerio Público.						
Funciones del tutor	<table> <tr> <td data-bbox="270 989 579 1076">a) Representar al pupilo (art 537, fracc V, CCDF)</td><td data-bbox="579 989 1174 1076"> • Deberes morales de guarda y educación integral (arts 449 y 540, CCDF). </td></tr> <tr> <td data-bbox="270 1076 579 1163">b) Deberes respecto a la persona del pupilo</td><td data-bbox="579 1076 1174 1163"> • Protección física: proveerle subsistencia y en su caso, curación, regeneración o rehabilitación (art 537, CCDF). </td></tr> <tr> <td data-bbox="270 1163 579 1354">c) Deberes respecto al patrimonio del pupilo</td><td data-bbox="579 1163 1174 1354"> • Administrar el patrimonio del pupilo. • Formar un inventario (art 537, CCDF). • Otorgar garantía. • Rendir cuentas anuales (arts 590 y siguientes, CCDF). • Derecho de adquirir una remuneración (arts 585 y 587, CCDF). </td></tr> </table>	a) Representar al pupilo (art 537, fracc V, CCDF)	• Deberes morales de guarda y educación integral (arts 449 y 540, CCDF).	b) Deberes respecto a la persona del pupilo	• Protección física: proveerle subsistencia y en su caso, curación, regeneración o rehabilitación (art 537, CCDF).	c) Deberes respecto al patrimonio del pupilo	• Administrar el patrimonio del pupilo. • Formar un inventario (art 537, CCDF). • Otorgar garantía. • Rendir cuentas anuales (arts 590 y siguientes, CCDF). • Derecho de adquirir una remuneración (arts 585 y 587, CCDF).
a) Representar al pupilo (art 537, fracc V, CCDF)	• Deberes morales de guarda y educación integral (arts 449 y 540, CCDF).						
b) Deberes respecto a la persona del pupilo	• Protección física: proveerle subsistencia y en su caso, curación, regeneración o rehabilitación (art 537, CCDF).						
c) Deberes respecto al patrimonio del pupilo	• Administrar el patrimonio del pupilo. • Formar un inventario (art 537, CCDF). • Otorgar garantía. • Rendir cuentas anuales (arts 590 y siguientes, CCDF). • Derecho de adquirir una remuneración (arts 585 y 587, CCDF).						
Extinción de la tutela: (art 606, CCDF)	• Por la muerte del pupilo. • Porque desaparezca la incapacidad. • Cuando el pupilo entra en la patria potestad de quien debe ejercerla.						

* Concluida la tutela, el tutor está obligado a entregar todos los bienes que recibió en custodia y rendir cuentas de su administración (art 607 y siguientes).

13.1 Concepto y evolución de la tutela

La palabra *tutela* viene del latín *tutor*, que significa defender, proteger. Por su misma etimología, la característica o nota fundamental de la tutela es la **protección, la asistencia y la representación legal**, dirigida a mayores incapaces o a menores, que no tengan quién ejerza sobre ellos la patria potestad. Entonces, la tutela es una institución creada por el orden público para suplir la ausencia de la patria potestad; pues mientras que ésta encuentra su fundamento y su razón de ser en la naturaleza humana —por corresponder su ejercicio por derecho propio a los ascendientes—, la tutela está organizada por el derecho objetivo como **institución subsidiaria de la patria potestad, para menores que no tienen quienes la ejerzan y para suplir las deficiencias de los mayores incapaces**.

El jurista italiano **Roberto de Ruggiero** la conceptúa como un oficio público, obligatorio, indivisible y único para la protección y defensa de la persona y bienes del incapacitado, por minoría de edad o por otra causa.¹

La doctrina nacional se encarga de ofrecer conceptos acerca de la tutela:

Rafael de Pina sostiene que la tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin su actividad jurídica.²

Ignacio Galindo Garfias la conceptúa como un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o para los incapacitados. Es un cargo civil de interés público y de ejercicio obligatorio.³

Para la jurista **Sara Montero Duhalt**, la tutela es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad y de los menores de edad no sujetos a la patria potestad.⁴

El *Código Civil para el Distrito Federal* preceptúa: el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para

¹ **Roberto de Ruggiero**, *Instituciones de Derecho Civil*, t II, vol II, 4a ed, trad por **Ramón Serrano Suñer** y **José Santa Cruz Teijeiro**, Editorial Reus, Madrid, S/F, págs 256 y 257.

² **Rafael de Pina**, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, vol I 6a ed, Editorial Porrúa, México, 1972, pág 387.

³ **Ignacio Galindo Garfias**, *Derecho Civil*, primer curso, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1976, pág 676.

⁴ **Sara Montero Duhalt**, *Derecho de Familia*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1985, pág 359.

gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley (art 449, CCDF).

13.1.1 Características

Del concepto de tutela que ofrecen la doctrina y la legislación, se desprenden las siguientes características:

1. **Es un instituto de protección.** Con funciones de **asistencia y representación** de la incapacidad de ejercicio. Donde quiera que se presente la incapacidad, aparece la necesidad de protección.
2. **Es una institución subsidiaria de la patria potestad.** En efecto, la tutela sólo funciona cuando la patria potestad cesa por muerte de los ascendientes o por pérdida de ese derecho.
3. **Es una institución que en ocasiones coincide con la patria potestad.** Pues respecto a los menores, el ejercicio de la tutela tiene por objeto la protección integral del menor e implica el deber de su guarda y protección (art 449 *in fine*, CCDF).
4. **Es un cargo organizado por la ley.** Para suplir la incapacidad de los menores a quienes les falta la protección natural de sus progenitores o de los mayores incapacitados, en general; en consecuencia, **es un cargo de interés público**, razón por la cual la ley organiza todo lo concerniente a él, para su mejor control y vigilancia. El CCDF señala al respecto:

La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima (art 452, CCDF).

5. **Es un cargo de ejercicio obligatorio.** No se permite, a quien debe desempeñarlo, negarse a asumirlo o renunciar a él, sino por causa que se encuentre específicamente determinada por la ley.

El que rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado (art 453, CCDF).

6. **Tiene carácter general.** Porque va referido a la persona y a los bienes del tutelado. Efectivamente, la tutela debe apreciarse en su doble aspecto: el puramente personal, referente al cuidado físico y moral de la per-

sona del pupilo; y el aspecto patrimonial, que comprende obligaciones que garanticen la defensa de los bienes y los intereses materiales del mismo, sin que ambos aspectos dejen de ser funciones protectoras.

7. **El cargo es unitario e indivisible.** Es decir, es conferido a una sola persona. La tutela se ejercerá por un solo tutor, excepto cuando por concurrir circunstancias especiales en la misma persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes (art 455, CCDF); en consecuencia, dicha función (por regla general) no puede dividirse entre varios titulares.
8. **Es un cargo temporal.** Porque subsiste sólo mientras dura la incapacidad del pupilo o mientras no se verifique alguna causa que haga cesar la tutela del que la ejerce. En efecto, el tiempo de duración de la tutela va a depender, por una parte, de las circunstancias del tutelado y por la otra, de las personas a quienes les corresponde ejercer el cargo; por ejemplo, si la causa de la tutela es la menor edad, al llegar el pupilo a la mayoría de edad y alcanzar la plenitud de la capacidad jurídica se extinguirá consecuentemente la tutela.

Ahora bien, si la tutela se debe a una declaración de estado de interdicción, se ejercerá mientras dure la incapacidad si el tutor es un ascendiente, descendiente o cónyuge (mientras subsista el matrimonio); pero si son extraños los que desempeñan el cargo, tienen derecho a que se les releve a los diez años de ejercicio (art 466, CCDF). En cuanto a los colaterales (incluyendo el cuarto grado), si bien la ley contempla la obligación de los mismos a desempeñar la tutela de sus parientes mayores incapacitados, no regula lo concerniente a la duración de su cargo, por lo cual, a falta de ley expresa le corresponderá resolver al órgano jurisdiccional.

9. **Está sujeto a una declaración de interdicción.** En efecto, “ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el *Código de Procedimientos Civiles*, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella. Tratándose de mayores de edad a que se refiere el art 450, fracc II de este Código, el Juez, con base en dos diagnósticos médicos y/o psicológicos, y 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” (art 462, CCDF).

Una vez cumplidos los requisitos y formalidades señalados por el mismo código, si así se estima necesario, se declarará el estado de inter-

dicción y se proveerá a la tutela; en la inteligencia de que tal declaración puede ser revocada, en la medida en que cambien las circunstancias que la motivaron.

10. **Es un cargo remunerado.** A diferencia de las legislaciones francesa y española, donde se establece la gratuidad del cargo (art 268, Código Civil francés), en todas las legislaciones de las entidades federativas mexicanas, la tutela es un cargo remunerado:

El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez (art 585, CCDF).

En ningún caso bajará la retribución del cinco ni excederá del diez por ciento de las rentas líquidas de dichos bienes (art 586, CCDF).

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 (art 587, CCDF).

El tutor no tendrá derecho a ninguna retribución si contrae matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la cual podrá ser otorgada por el juez cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela y entregados los bienes administrados (arts 159 y 589, CCDF).

Podemos concluir, atendiendo a las anteriores características, que la tutela es un cargo de interés público conferido por el Orden Jurídico para la protección de la persona y los bienes de los incapacitados por edad, cuando no haya ascendientes a los cuales les corresponda el ejercicio de la patria potestad o en el caso de mayores incapaces; o bien, por otro tipo de circunstancia prevista por la ley.

13.1.2 Personas sujetas a la tutela

Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad, y
- 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 (art 450, CCDF).

En cuanto a los menores de edad, los que ejercen la patria potestad son sus legítimos representantes y tienen la administración legal de sus bienes, por lo cual la tutela, como institución supletoria de la patria potestad, tiene por objeto la representación y asistencia de los menores de edad no sujetos a ella.

Es importante subrayar que los menores de edad, emancipados por matrimonio, tienen incapacidad en los casos de enajenación de bienes inmuebles, así como para intervenir con carácter de actor o demandado en un juicio (art 451, CCDF); por tanto, requerirán la asistencia de un tutor especial para comparecer en juicio y de autorización judicial para enajenar, gravar e hipotecar inmuebles (art 173, CCDF).

Ahora bien, para acreditar la incapacidad por minoría de edad, bastará el acta de nacimiento expedida por el Registro Civil, declarándose de inmediato la minoridad por una autoridad jurisdiccional y la designación del tutor, en el caso de que no estuviere sujeto a patria potestad.

Cuando se trate de mayores que requieran ser representados por un tutor, se exige declaración de incapacidad decretada por un juez en juicio de interdicción:

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. Trátándose 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 (art 462, CCDF).

El *Código Civil para el Distrito Federal* reconoce cinco clases de tutela: la tutela cautelar, la tutela testamentaria, la tutela legítima (de menores y mayores), la tutela de menores en situación de desamparo y la tutela dativa.

13.2 Tutela testamentaria

Casos específicos en donde se permite el nombramiento de un tutor testamentario:

El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerzan. El nombramiento de

un tutor testamentario efectuado en los términos anteriores, **excluye del ejercicio de la patria potestad a los abuelos de ambas líneas**. Si éstos 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 (arts 470, 471 y 472, CCDF).

Del contenido de la normatividad citada, se advierte el efecto jurídico inmediato que produce la tutela testamentaria, que consiste en excluir a los ascendientes de segundo grado del ejercicio de la patria potestad (art 471, CCDF).

Otra hipótesis donde se permite la tutela testamentaria tiene lugar cuando el testador deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro; en ese caso, puede nombrarle tutor exclusivamente para la administración de los bienes que le deje (art 473, CCDF).

También puede designar tutor testamentario el ascendiente que ejerza la tutela de un hijo mayor de edad, sujeto a interdicción por causa de enfermedad (reversible o irreversible); o que por una discapacidad de cualquier índole no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad; en el entendido de que el otro ascendiente ha fallecido o no puede ejercer la tutela legalmente (arts 450 y 474, fracc II, CCDF).

Si fueren varios los menores podrá nombrárseles un tutor común o conferirse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos, observándose, en su caso, lo dispuesto en el art 457 (art 474, CCDF).

Una hipótesis más, que permite designar tutor y curador, se ha agregado recientemente satisfaciendo una necesidad de las personas afectadas por una enfermedad crónica o incurable, o que por razones médicas se presume que su muerte se encuentra cercana o cierta, las cuales podrán (sin perder sus derechos) designar un tutor y un curador para el pupilo (tutelado) menor o mayor de edad en los mismos supuestos del art 450, fracc II. En este caso, dicha designación se privilegia sobre cualquier otro nombramiento efectuado anteriormente. Dicho tutor entrará en su cargo 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 (art 475 bis, CCDF).

El adoptante que ejerza la patria potestad, tiene derecho a nombrar tutor testamentario para su hijo adoptivo; aplicándose a esta tutela las normas que se refieren al derecho que tienen los ascendientes que sobrevivan, a nombrar tutor testamentario para los hijos sobre los que ejerce la patria potestad (art 481, CCDF).

En conclusión, las personas con derecho a nombrar tutor testamentario son:

- a) El ascendiente que sobreviva y que esté ejerciendo la patria potestad.
- b) El padre o la madre que tienen a su cargo a un hijo menor o mayor, sujeto a interdicción por incapacidad intelectual.
- c) El adoptante.
- d) El que herede o deje un legado a un incapaz.

Ahora bien, las personas sujetas a esta clase de tutela sólo son los menores de edad, salvo el caso de un mayor sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, cuyos padres —como ya se ha indicado— pueden designar para él un tutor testamentario.

Siempre que se nombren varios tutores testamentarios, desempeñará la tutela el primer nombrado a quien sustituirán los demás por el orden de su designación, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción, salvo que el testador haya establecido el orden en que deben sucederse en el desempeño de la tutela (arts 477 y 478, CCDF).

Por otra parte, 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 (art 475 *in fine*, CCDF).

La tutela testamentaria tiene plena justificación, pues satisface la necesidad natural de los padres de dejar, a su muerte, protegidos a las personas y los bienes de los hijos. Efectivamente, nada provoca en los padres mayor desazón e incertidumbre que pensar en el destino incierto de los hijos menores e incapaces, sobre todo, si no cuentan con otros ascendientes de su entera confianza. La tutela testamentaria es una institución confiable, pues proporciona seguridad jurídica al testador, al estar facultado por la ley para que con libertad pueda escoger la persona idónea para la guarda y custodia de los hijos, excluyendo del ejercicio de la patria potestad a los abuelos; o bien, eliminando a los hermanos mayores o tíos designados por el Orden Jurídico como tutores legítimos.

13.3 Tutela legítima de menores y mayores incapacitados; de menores abandonados y de los sujetos de acogimiento

Es la conferida por el legislador y tiene lugar respecto a los menores, cuando no haya quién ejerza sobre ellos la patria potestad, ni tutor testa-

rio; respecto de los mayores, cuando han sido declarados en estado de interdicción y haya personas que conforme a la legislación les corresponde desempeñar el cargo.

Da 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 (art 485 bis).

De este concepto se deducen dos formas de tutela legítima:

1. **Tutela legítima de menores**, que cuentan con familia que puede desempeñar el cargo.

La tutela legítima de menores le corresponde:

- I. A los hermanos mayores de edad, prefiriéndose los que sean por ambas líneas.
- II. Por falta o incapacidad de los hermanos mayores, a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado (art 483, CCDF).

Ahora bien, 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 y obviamente al juez le corresponderá la declaración del cargo de tutor (art 484, CCDF).

2. **Tutela legítima de mayores** declarados incapaces, le corresponde ejercerla:

- I. A un cónyuge con relación al otro (art 486, CCDF).
- II. A los hijos mayores de edad respecto al padre o madres solteros (art 487, CCDF). Cuando haya más de un hijo, será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre incapacitados y si varios estuvieren en el mismo caso, el juez elegirá al más apto (art 488, CCDF).
- III. Al padre o la madre, según convenga, respecto de sus hijos solteros, viudos o divorciados, que no tengan hijos (art 489, CCDF).
- IV. Sucesivamente a los abuelos, hermanos o demás colaterales del incapacitado dentro del cuarto grado (art 490, CCDF).

13.3.1 De la tutela legítima de los menores en situación de desamparo

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.

Para los efectos de esta tutela 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 o expósito.

Ahora bien, 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.

Por otra parte, **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 (art 492, *CCDF*).

En este orden de ideas, **los responsables de las casas de asistencia** privada u organizaciones civiles previamente autorizadas, donde se reciban menores en situación de desamparo, **desempeñarán la tutela** de éstos con arreglo a las leyes (art 493, *CCDF*).

13.3.2 Representación legal

Con base en estos lineamientos, el gobierno del Distrito Federal, a través del **Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal**, ejercerá la tutela de los menores en situación de desamparo que no hayan sido acogidos por instituciones de asistencia social, en cuyo caso tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas en este código (art 494-A, *CCDF*). Este instituto contará con un **comité técnico** como órgano de apoyo, cuyo objeto será vigilar y garantizar el estricto respeto a los derechos fundamentales de las niñas y los niños con base en el interés superior del

menor (art 494-B, *CCDF*); por lo cual, cuando el DIF tenga conocimiento de que un menor se encuentra en situación de desamparo —a través de su comité técnico— realizará la diligencia de acogimiento, dando aviso al Ministerio Público, quien lo pondrá bajo el cuidado y atención de dicha institución; la cual adoptará las medidas necesarias para la atención, protección y tratamiento para el ejercicio pleno de sus derechos (de acuerdo a las necesidades específicas y edad del menor), procurando el sano desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; dando prioridad a los menores con problemas de adicción a estupefacientes, sustancias psicotrópicas y alcoholismo.

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal realizará las acciones de prevención y protección a menores para incorporarlos al núcleo familiar, ya sea en hogares sustitutos o en espacios residenciales adecuados para su formación e instrucción, y garantizará en todo momento su situación jurídica; igualmente, tendrá la facultad para promover ante el Juez de lo Familiar las acciones tendientes a resolver la situación definitiva del menor, dentro del término de 10 días contados a partir de aquél en el que el comité técnico emita el dictamen técnico. Todo esto lleva consigo la suspensión provisional de la patria potestad y de la tutela ordinaria; sin embargo, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él (art 494-C, *CCDF*).

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal integrará a los menores que permanezcan bajo su cuidado y atención, en los espacios residenciales de instituciones u organizaciones civiles previamente autorizados, que se destinen para tal efecto con el fin de garantizar sus derechos de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento en áreas especializadas que aseguren su desarrollo integral, de conformidad con el reglamento. Se buscará siempre el interés superior del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia (art 494-D, *CCDF*).

13.4 Tutela dativa

Esta tutela tiene lugar cuando no hay tutor cautelar ni testamentario, ni persona a quien, conforme a la ley, corresponda la tutela legítima. Surge también cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente para ejercer el cargo y no hay parientes para el desempeño de la tutela legítima, y cuando el tutor testamentario o legítimo es coheredero o tiene cualquiera

otra oposición de intereses (art 495, CCDF). También será dativa la tutela para el menor emancipado, cuando requiera intervenir en asuntos judiciales (art 499, CCDF).

El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años, debiéndose confirmar esa designación por el juez competente, si no tiene justa causa para reprobarla. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor o si éste no ha cumplido dieciséis años, el tutor será designado por el juez de entre las personas que figuran en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas; oyendo al Ministerio Público, quien deberá cuidar que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor (arts 496 y 497, CCDF).

Si el juez no hace oportunamente el nombramiento de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que sufra el menor por esa falta (art 498, CCDF).

13.5 Tutela cautelar (instituida en el Distrito Federal en 2007)

El derecho se transforma a la par que la sociedad; por lo cual, los avances en la legislación obedecen a cambios sociales, culturales, económicos y políticos de la población a quien va dirigida; en una palabra, el derecho se acomoda a la transformación que sufre el núcleo social o cuando menos, a parte del mismo, así como a la nuevas situaciones que se generan, convirtiéndose a la postre en necesidades importantes de determinado sector de la población: como ocurre con las personas de edad avanzada o que por razones de salud quieren definir su situación legal, ante el peligro de una eventual pérdida de la capacidad jurídica.

En efecto, en mayo de 2007 tuvieron lugar las reformas al *Código Civil*, al *Código de Procedimientos Civiles* y a la *Ley del Notariado*, por medio de las cuales se crea y regula la tutela cautelar. Concretamente para nuestro estudio, se adicionan los arts 469 bis al 469 *quintus* del código del Distrito Federal. Dichas reformas, permiten que toda persona capaz pueda prever su futuro en caso de resultar incapacitada, nombrando a su propio tutor para la guarda de su persona y la administración de sus bienes.

En la Exposición de Motivos de esta reforma legal, se menciona que el ser humano se encuentra expuesto a sufrir accidentes que lo puedan privar de sus facultades físicas o mentales o bien, de padecer alguna enfermedad terminal o por último, que por senectud, pueda llegar a la pérdida total o parcial de las facultades necesarias para realizar actos jurídicos o autogober-

narse; lo cual, hace necesaria la instauración de **la tutela voluntaria**, para que cualquier persona sea capaz de prever la designación de un representante legal, para hacerse cargo de su persona y de su patrimonio en el momento en que se presente una incapacidad.

Se argumenta también, que las reformas en cuestión se fundamentan en que se debe tomar en consideración que los derechos de la personalidad forman parte del patrimonio de una persona; por lo que el legislador de cada entidad, los debe reglamentar de conformidad con las necesidades surgidas en cada época y lugar.

13.5.1 Concepto de tutela cautelar (*Código Familiar para el Distrito Federal*)

La tutela cautelar ha recibido distintas denominaciones, que le han otorgado las diversas legislaciones que la regulan; de esta manera, el *Código Familiar de Morelos* la llama “tutela preventiva” (art 284); el *Código Civil de Coahuila* la menciona como “tutela autodesignada” (art 616); el *Código Civil del Estado de México*, al igual que la *Ley familiar de Hidalgo*, la denominan “tutela voluntaria” (arts 4.269, *CCEM* y 279, *LFH*); el *Código Familiar de Sonora* la llama “tutela autoasignada” (art 368); y como ya quedó asentado, el *Código Civil para el Distrito Federal* la denomina “tutela cautelar” (arts 469 bis al quintus, *CCDF*).

La tutela cautelar o voluntaria, como figura jurídica, es una institución que organiza la protección integral del futuro incapacitado, permitiéndole anticipadamente (como medida cautelar) designar con absoluta libertad quién ejercerá su representación legal, para hacerse cargo de su persona y de su patrimonio cuando ocurra la incapacidad, lo cual excluye a otros a quienes que les pudiera corresponder la tutela legítima.

Se afirma que dicha cautela tiene gran utilidad práctica porque ofrece solución al problema de la discapacidad, que lastima de manera gradual a la persona (en principio capaz) y que, posteriormente, resulta incapaz para su guarda y administración de sus bienes. Por otra parte, se ve materializado el respeto a la autonomía de la voluntad, por lo que a la autoridad sólo le corresponderá vigilar el cumplimiento de su función.

De esta manera se argumenta, con sobrada razón, que la tutela cautelar constituye un derecho de las personas mayores de edad en pleno ejercicio de sus facultades mentales, para que dejen previstos los medios de protección en caso de incapacidad; otorgándole al tutor las facultades para cuidar de la persona y administrar sus bienes, con base en las disposiciones que establezcan las leyes y, en especial, los términos que se indican en el docu-

mento notariado donde se constituye la tutela voluntaria y donde el interesado podrá instruir sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes; en su caso, el monto de los honorarios del tutor y en general todo lo referente a sus responsabilidades y derechos. Veamos el contenido del *Código Civil para el Distrito Federal*:

Toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código (art 469 bis, CCDF).

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 el 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 (art 469 ter, CCDF).

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 (art 469 quáter, CCDF).

El tutor cautelar que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz (art 469 quintus, CCDF).

Ahora bien, respecto a las legislaciones que contemplan esta figura jurídica, coinciden en lo esencial: que se pueden designar tutores sustitutos; que debe hacerse en escritura pública; su carácter revocable y las instrucciones que se permiten dar al tutor sobre el cuidado de la persona, así como

la forma de administrar sus bienes y, en su caso, el derecho del tutor a recibir honorarios.

Por último, por ser la tutela voluntaria un acto relacionado con el estado civil de las personas, su otorgamiento se rige por las leyes del domicilio del otorgante; por ende, si éste está domiciliado en el Distrito Federal, la legislación aplicable es la de esa entidad. Por lo cual, si la tutela está otorgada por lo regulado en el Distrito Federal, ésta surtirá efecto en todas las demás entidades de la Federación, aun cuando éstas no regulen dicha tutela; pero si la persona que otorga la tutela cautelar vive en un estado cuya legislación no la regula y se traslada a otro donde sí está regulada para que allí pueda otorgarla, ésta no surtirá efectos jurídicos fuera de esta entidad por haberse otorgado conforme a un ordenamiento que no era aplicable en razón de su domicilio.

Derecho comparado

El *Código Familiar de Sonora* llama a la tutela cautelar, “tutela autoasignada”. Esta figura jurídica, propiamente contempla los mismos lineamientos que la tutela cautelar del Distrito Federal:

Toda persona mayor de edad y capaz, puede designar al tutor que deberá encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio, pudiendo en esta última hipótesis designar al curador, en previsión de que pueda caer en interdicción por enfermedad mental, demencia, adicción a sustancias tóxicas o cualquier otra causa que le impida gobernarse, previa declaración judicial, siempre que no afecte el derecho del cónyuge a ejercer la tutela legítima. La designación de las personas que ejerzan la tutela o curatela, debe hacerse ante notario público y en presencia de las personas nombradas, quienes deberán aceptar expresamente el cargo, debiendo contener en forma específica todas las reglas a las que queda sujeta la tutela y la curatela e inscribirse ante el Registro Civil. Esta designación puede ser revocada en cualquier momento, mediante notificación notarial al o los designados. El tutor y, en su caso, el curador así designado, deberán desempeñar sus funciones al menos un año, pasado el cual, podrán solicitar a la autoridad judicial que los libere del cargo, debiendo permanecer en funciones hasta que se nombre un tutor legítimo y rendir cuentas de la administración de los bienes del incapacitado (art 368, CFS).

13.5.2 Desempeño de la tutela. El tutor

El **tutor** ha sido definido por los civilistas, como el órgano que cumple de una manera directa los fines de la tutela. Es el encargado de cumplir las funciones de representante y protector de la persona del **tutelado** y el ad-

ministrador de sus bienes. *Pupilo* o *tutelado* es el nombre que recibe el incapacitado sujeto a tutela.

En la definición del tutor se incluyen sus responsabilidades:

- a) En lo referente a la representación del tutelado.
- b) Respecto a la persona del tutelado.
- c) En relación con el patrimonio del tutelado.

A. Representación legal del tutelado

El art 537, fracc V del *Código Civil del Distrito Federal*, determina la obligación del tutor de ejercer la representación legal del tutelado, en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, excepto: al contraer matrimonio, al reconocer a un hijo, al otorgar testamento o en otros actos estrictamente personales. Es decir, la mayoría de los actos jurídicos que deban ser realizados por el tutelado, serán ejecutados a su nombre por el tutor; sin embargo, **cuando se trate de actos que por su naturaleza son personalísimos, el tutor no intervendrá como representante legal, sino en todo caso, como consejero o asesor**. Sería incongruente —dada la naturaleza y trascendencia del matrimonio, o bien, del reconocimiento de un hijo— que el tutor, en una u otra situación, manifestara su voluntad a nombre del tutelado, en virtud de que la voluntad que se requiere es la del propio interesado.

B. Deberes del tutor respecto a la persona del tutelado

Habría que distinguir entre las obligaciones inherentes al aspecto personal en cuanto a la guarda y educación del pupilo y las relativas a la protección física del mismo, en cuanto a proveerle lo necesario para su subsistencia, curación o rehabilitación, según el caso. También sería oportuno distinguir entre la tutela en razón de la menor edad y la tutela por otro tipo de incapacidad.

b.1 Obligaciones que atañen al aspecto personal y la formación integral del pupilo

El art 449, en su 2o párr, es muy claro al determinar: “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 lo dispuesto por el art 413”; es decir, a la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social e implica el deber de su guarda y educación. Además, el tutor

tiene respecto del menor las mismas facultades que les corresponden a los padres o abuelos, como la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo (art 423, CCDF).

b.2 Obligaciones que atañen a la protección física del pupilo

En este punto, es necesario distinguir entre tutela en razón de la menor edad y tutela en virtud de otras incapacidades.

En relación con la **tutela de menores, la principal obligación del tutor es alimentar y educar al tutelado** (art 537, fracc I, CCDF), y para tal efecto, responderá el patrimonio del sujeto a tutela; sin embargo, el monto de los gastos de alimentación y educación será fijado por el juez con intervención del curador y del Ministerio Público, sin perjuicio de modificarlo según el aumento o disminución del patrimonio del menor y de sus necesidades; en la inteligencia de que deberá ser suficiente, de manera que nada necesario le falte según su condición y posibilidad económica (arts 538 y 539, CCDF).

b.3 Obligaciones respecto a la educación del pupilo. Respecto a la educación, el tutor respetará la elección de la carrera u oficio que haga el menor o bien la escogida por el que ejercía sobre él la patria potestad. Sólo estará facultado de variar lo anterior cuando, oyendo el parecer del propio menor y del Ministerio Público, así lo decida el juez:

El tutor proveerá la educación integral, pública o privada, incluyendo la especializada conforme a las leyes de la materia, de la persona sujeta a tutela, de acuerdo con sus requerimientos y posibilidad económica, con el propósito de que éste pueda ejercer la carrera, oficio o la actividad que elija (art 540, CCDF).

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, CCDF).

Cuando la tutela se ejerce sobre **mayores incapacitados**, el tutor destinará de preferencia los recursos del pupilo a la curación de sus enfermedades, habilitación o rehabilitación si cuenta con alguna discapacidad, para que éste pueda actuar en su entorno familiar o social (art 540, CCDF). Para tal efecto, **el tutor está obligado a presentar al juez** en el mes de enero de cada año, **un certificado de dos médicos psiquiatras** que declaren acerca del estado mental que guarda el sujeto a interdicción, quienes deberán examinarlo en presencia del curador. En todo caso, **el juez se cerciorará del esta-**

do que guarda el incapacitado y dictará las medidas que estime convenientes para mejorar su condición (art 546, *CCDF*).

La tutela no es fuente de alimentos, por tanto, el tutor legítimo sólo estará obligado a proporcionarlos con su propio patrimonio cuando sea pariente del pupilo, pero no en razón de la tutela, sino del parentesco consanguíneo.

En este sentido, si las rentas del pupilo no alcanzaran a cubrir los gastos de alimentación y educación, el juez decidirá si ha de ponérsele a **aprender un oficio para evitar la enajenación de bienes** (art 542, *CCDF*).

En el caso de que el pupilo fuese indigente (sin recursos), **el tutor podrá exigir**, por la vía judicial, la prestación de **alimentos a los parientes** que tienen la obligación legal de proporcionarlos (art 543, *CCDF*).

A falta o por imposibilidad de los parientes, el tutor (con autorización judicial) **pondrá al pupilo en una institución de asistencia social** pública o privada donde pueda educarse o habilitarse (art 544).

Si esto no fuere 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; sin embargo, no por esto el tutor quedará eximido de su cargo, pues continuará vigilando el bienestar del menor (art 544, *CCDF*).

Los incapacitados indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios anteriores, lo serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal, pero si se llega a tener conocimiento de que existen parientes del incapaz, el Ministerio Público exigirá que se reembolsen al Estado los gastos que hubiere hecho con ese objeto (art 545, *CCDF*).

C. Deberes del tutor respecto al patrimonio del tutelado. Desempeño de la tutela

A diferencia de la patria potestad, en donde el legislador concede a los progenitores plena confianza en la administración del patrimonio de los hijos (excepto en Hidalgo), basada en el afecto y en la buena fe de los padres; en la tutela la ley se manifiesta francamente desconfiada, incluso en la tutela legítima que está a cargo de parientes, al imponerle al tutor varias restricciones tendientes a garantizar el buen manejo del patrimonio del tutelado.

En efecto, el tutor, antes de que tenga lugar el discernimiento del cargo, **prestará garantía para asegurar su manejo**. Esta garantía consistirá en dinero, hipoteca, prenda o fianza o por cualquier otro medio establecido por la ley (art 519, *CCDF*). Están exceptuados de esta obligación: los tutores testamentarios, cuando hayan sido relevados de esa obligación por el testa-

dor; los tutores que no administren bienes o que el incapaz no esté en posesión efectiva de éstos; el padre, la madre y los abuelos en caso de tutela legítima y, por último, los que acojan a un expósito por más de diez años (art 520, CCDF).

La garantía debe consistir en: el importe de las rentas de los inmuebles en los dos últimos años o por los réditos de los capitales durante ese tiempo; el valor de los bienes muebles; en el producto de las fincas rústicas en dos años, y los negocios mercantiles en el 20 % del importe de las mercancías (art 528, CCDF). El juez responde subsidiariamente con el tutor de los daños y perjuicios que sufra el incapaz, por no haberse otorgado la caución (art 530, CCDF).

Si el tutor no otorga la caución dentro de los tres meses posteriores a la aceptación del cargo, se procederá a designar nuevo tutor que lo sustituya (art 531, CCDF).

Una de las funciones más importantes del tutor es la de **administrar el patrimonio del incapacitado; para tal efecto, al aceptar el cargo está obligado a formar un inventario de todo el patrimonio y deudas del pupilo**, para detallar la cantidad, la calidad y el estado en que recibe los bienes que deben ser administrados y de los cuales deberá **rendir cuentas anuales** pormenorizadas. El inventario se verificará dentro de los seis meses de la aceptación del cargo con intervención de la autoridad judicial, del Ministerio Público y del propio incapaz si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años. También, éste deberá ser consultado por el tutor para los actos importantes de la administración (art 537, fracc V, CCDF).

Ahora bien, **la obligación del tutor de formular un inventario no puede ser dispensada** ni aún por los que tienen derecho a nombrar un tutor testamentario (art 548, CCDF); en la inteligencia de que mientras el inventario no estuviere formado, la tutela debe limitarse a los actos de mera conservación de los bienes del incapaz (art 549, CCDF); una vez concluido el inventario el tutor debe realizar toda la diligencia, es decir, aquellos actos dirigidos no sólo al mantenimiento de los bienes, sino al acrecentamiento de los mismos mediante una administración consciente y responsable.

Precisamente para estimular la diligencia con la cual debe actuar el tutor, **la ley le concede el derecho a recibir una retribución hasta de diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes del pupilo** (art 586, CCDF); pero si alguno de los bienes del incapaz tuvieren un aumento de sus productos, debido a la diligencia del tutor, **podrá aumentársele la remuneración hasta un veinte por ciento de los productos líquidos**, siempre que en

dos años consecutivos haya obtenido la aprobación absoluta de sus cuentas (art 587, CCDF).

El tutor, dentro del primer mes de ejercer el cargo, propondrá al juez la cantidad que haya de destinarse a los gastos de administración (art 554, CCDF).

El dinero que resulte sobrante después de cubiertas las cargas de la tutela, será depositado semanalmente por el tutor en una institución de crédito, haciendo su inversión, de manera que produzca el mayor rédito correspondiente a los depósitos a la vista o a plazo. El tutor no podrá disponer de este depósito sino con autorización judicial (art 557, CCDF).

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, CCDF).

El tutor que no haga las inversiones dentro de los plazos señalados en los dos artículos anteriores, pagará los réditos legales mientras que los capitales no sean invertidos (art 559, CCDF).

Mientras que 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 (art 560, CCDF).

En la enajenación de bienes raíces, alhajas y muebles preciosos, el juez decidirá si conviene o no la almoneda, pudiendo dispensarla siempre que se acredite la utilidad que resulte para el menor (art 561, CCDF).

Cuando el tutor tenga que administrar bienes, no podrá entrar a la administración sin que antes se nombre curador, excepto cuando se trate de tutores de menores en desamparo (art 535, CCDF).

El tutor que entre a la administración de los bienes sin que se haya nombrado curador, será responsable de los daños y perjuicios que cause al incapacitado y, además, separado de la tutela; mas ningún extraño puede rehusarse a tratar con él judicial o extrajudicialmente, alegando la falta de curador (art 536, CCDF).

13.6 ¿Quiénes son inhábiles para desempeñar la tutela?

El Código Civil señala, en forma expresa, quiénes se encuentran inhabilitados para ser tutores.

No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:

- I. Los menores de edad;*
- II. Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela;*

- III. Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
- IV. Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;
- V. El que haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso;
- VI. Los que no tengan un modo honesto de vivir;
- VII. Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado;
- VIII. Los deudores del incapacitado en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento;
- IX. Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia o del Consejo Local de Tutelas;
- X. El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela;
- XI. Los servidores públicos que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto;
- XII. El que padezca enfermedad que le impida el ejercicio adecuado de la tutela, y
- XIII. Los demás a quienes lo prohíba la ley (art 503, CCDF).

El tutor testamentario que **se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho** a lo que hubiere dejado el testador por este concepto (art 516, CCDF).

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 incumplimiento hayan sobrevenido al mismo incapacitado. Igual sanción tendrá la persona a quien corresponda la tutela legítima, si habiendo sido legalmente citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz (art 517, CCDF).

13.7 Excusas, garantías que deben prestar los tutores; su desempeño, fuentes de la tutela, extinción y entrega de los bienes

13.7.1 Rendición de cuentas de la tutela

El tutor está obligado a rendir al juez cuenta detallada de su administración, en el mes de enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo. La falta de presentación de la cuenta en los tres meses siguientes al de enero, motivará la remoción del tutor (art 590, CCDF).

También tiene la obligación de rendir cuentas en cualquier tiempo, cuando por causas graves que calificará el juez, la exijan: el curador, el Con-

sejo Local de Tutelas, el Ministerio Público, los propios incapaces o los menores que hayan cumplido 16 años de edad (art 591, *CCDF*).

La cuenta de administración comprenderá no sólo las cantidades en numerario que hubiere recibido el tutor por producto de los bienes y la aplicación que les haya dado, sino en general todas las operaciones que se hubieren practicado, e irá acompañada de los documentos justificativos y de un balance del estado de los bienes (art 592, *CCDF*).

La obligación de dar cuenta no puede ser dispensada en contrato o en última voluntad, ni aún por el mismo tutelado o pupilo; y si esa dispensa se pusiere como condición, en cualquier acto, se tendrá como no puesta (art 600, *CCDF*).

La garantía dada por el tutor no se cancelará, sino cuando las cuentas hayan sido aprobadas (art 604, *CCDF*).

La obligación de dar cuenta pasa a los herederos del tutor; y si alguno de ellos sigue administrando los bienes de la tutela, su responsabilidad será la misma que la de aquél (art 603, *CCT*).

13.7.2 Extinción o terminación de la tutela

La tutela termina o se extingue:

- I. Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad, y
- II. Cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad de la persona que deba ejercerla, por reconocimiento o por adopción (art 606, *CCDF*).

13.7.3 Entrega de los bienes al concluir la tutela

Concluida la tutela, el tutor está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada (art 607, *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 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 (art 608, *CCDF*).

El tutor que entre al cargo sucediendo a otro, está obligado a exigir la entrega de bienes y cuentas al que le ha precedido. Si no la exige, es respon-

sable de todos los daños y perjuicios que por su omisión se siguieren al incapacitado (art 609, *CCDF*).

La entrega de los bienes y la cuenta de la tutela 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. 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 (arts 610 y 611, *CCDF*).

13.8 Curatela

Curatela

Regulación jurídica: arts 618 al 630 del *CCDF*

Principios

- Todos los individuos sujetos a tutela, además de tutor tendrán un curador, excepto cuando la tutela recaiga en menores expósitos o abandonados (art 618, *CCDF*).
- La curatela podrá conferirse a personas morales sin fines de lucro.
- En ningún caso, la tutela y la curatela podrán recaer en la misma persona.

Obligaciones del curador

El curador que no cumpla con estos deberes, será responsable de los daños y perjuicios que resulten para el incapacitado.

- 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, así como darle a conocer al juez todo aquello que pueda causar daño 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 establece la ley.

El Consejo Local de Tutelas

Regulación jurídica: arts 631 al 634 del *CCDF*

Es un órgano de vigilancia y de información, que tiene las siguientes **obligaciones**

- Formar y remitir a los jueces de lo familiar una lista de las personas que, por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela y la curatela.
- Vigilar que los tutores cumplan sus deberes, sobre todo de educación y asistencia, avisando de las faltas u omisiones que notare.
- Avisar al juez cuando conozca que los bienes de un incapacitado están en peligro.
- Avisar al juez cuando el incapacitado carezca de tutor.

Todos los individuos sujetos a tutela (ya sea testamentaria, legítima o dativa), además de tutor tendrán un curador, excepto en los casos de tutela de menores en situación de desamparo (art 618, *CCDF*).

Los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tienen también de nombrar curador (art 623, CCDF).

Designarán por sí mismos al curador y con la aprobación judicial:

- I. *Los comprendidos en el artículo 496 (CCDF), observándose lo que allí se dispone respecto de esos nombramientos, y*
- II. *Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, en el caso previsto en la fracción II del artículo 643 (art 624, CCDF).*

El curador de todos los demás individuos sujetos a tutela será nombrado por el juez (art 625, CCDF).

El curador está obligado:

- I. *A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor;*
- II. *A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado;*
- III. *A dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela, y*
- IV. *A cumplir las demás obligaciones que la ley le señale (art 626, CCDF).*

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, CCDF).

El curador tiene derecho a ser relevado de la curaduría, pasados diez años desde que se encargó de ella (art 629, CCDF).

En los casos en que conforme a este Código tenga que intervenir el curador, cobrará el honorario que señala el arancel a los procuradores, sin que por ningún otro motivo pueda pretender mayor retribución. Si hiciere algunos gastos en el desempeño de su cargo, se le pagarán (art 630, CCDF).

Función de los consejos de vigilancia y del juez familiar (Consejo Local de Tutelas)

En cada demarcación territorial del Distrito Federal habrá un Consejo Local de Tutelas, compuesto por un presidente y dos vocales, los cuales durarán un año en el ejercicio de su cargo y 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 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 periodo (art 631, CCDF).

El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información que, además de las funciones que expresamente le asignen varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones 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 que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 537, y*
- VI. Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma (art 632, CCDF).*

UNIDAD 14

Patrimonio familiar

Regulación jurídica: arts 723 al 746 del CCDF

El patrimonio familiar	Concepto	{ El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene por objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar (art 723, CCDF).
	Contenido del patrimonio familiar	{ El patrimonio familiar comprende 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 que no exceda su valor de la cantidad máxima fijada por la legislación (art 723, CCDF).
	Características	{ Los bienes objeto del patrimonio familiar son inalienables e imprescriptibles, y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno (art 727, CCDF).
	Condiciones para su constitución	{ • Cada familia sólo puede constituir un patrimonio (art 729, CCDF). • Sólo puede constituirse el patrimonio de la familia con bienes ubicados en el lugar del domicilio que lo constituyan (art 727, CCDF).
	Valor de los bienes afectos al patrimonio familiar:	{ El valor máximo de los bienes afectos al patrimonio familiar, será por 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 (art 730, CCDF).
	Formalidades para la constitución del patrimonio familiar	{ Puede constituir el patrimonio familiar cualquier miembro de la familia; es decir, la madre, el padre, cualquiera de los concubinos, la madre o el padre solteros, los abuelos, los hijos, incluso los hermanos (art 724, CCDF).

14.1 Concepto y evolución del patrimonio familiar

El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene por objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar (art 723, CCDF).

Contenido del patrimonio familiar

El patrimonio familiar comprende 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 que no exceda su valor de la cantidad máxima fijada por la legislación (art 723, CCDF).

14.2 Características del patrimonio familiar

Los bienes objeto del patrimonio familiar son inalienables e imprescriptibles, y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno (art 727, CCDF).

A. Inalienables

Significa que no se puede enajenar, es decir, transmitir, ni ceder ni vender legalmente. Así se expresan los Tribunales de la Federación:

Patrimonio familiar. Para que sea inalienable e inembargable, debe formalizarse ante la autoridad judicial competente para que ésta ordene su inscripción en el Registro Público, una vez cumplidos los requisitos legales para conformarlo (legislación del Estado de Nuevo León). Conforme al último párrafo de la fracción XVII del artículo 27 del Pacto Federal, las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando qué bienes deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen alguno; empero, para que el nombrado patrimonio apropie las particularidades de ser inalienable e inembargable, debe erigirse como tal para lo cual, el interesado debe satisfacer los requisitos que la codificación civil de la entidad impone para tal efecto, entre los que destaca la obligación de aquél de acudir ante el órgano jurisdiccional que por razón de su domicilio le corresponda, a fin de elevarle, por escrito, la solicitud por la que manifieste su interés por constituir el aludido patrimonio, según lo prescribe el arábigo 729 del *Código Civil del Estado*. Por tanto, el comentado patrimonio no se constituye de manera automática, al tenor de ciertos bienes que pueden clasificarse como de uso elemental o primario para la satisfacción de las necesida-

des básicas de un núcleo familiar, sino que debe formalizarse ante la autoridad judicial competente, a fin de que ésta, sancionando el cumplimiento de los requisitos legales para conformarlo, ordene su inscripción en el Registro Público, con el propósito de que los terceros estén en posibilidades de imponerse de él y, de esta manera, sea oponible en contra de éstos, el carácter de inalienable e inembargable que la Carta Magna le confiere.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito. Amparo en revisión 47/2005. Hugo Enrique Fiscal Contreras. 25 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Ramírez Pérez. Secretario: Jorge Alberto Velázquez Puente.

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXI, Junio de 2005; Pág 827.

B. Imprescriptibles

Por lo cual, el paso del tiempo no afecta el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación.

Prescripción adquisitiva. La ausencia del régimen de patrimonio familiar, en el bien inmueble que se pretende usucapir, constituye una condición necesaria de la acción, que debe analizarse de oficio (legislación del Estado de Nuevo León). Según la doctrina, las condiciones de la acción son los requisitos esenciales para que el actor pueda obtener una sentencia que declare procedente el juicio y condene al demandado; su estudio, se encuentra reservado al resolver el fondo de la controversia y, al constituir una cuestión de orden público, debe analizarse de oficio. De lo antes expuesto, puede colegirse que, con independencia de que la parte demandada haga valer la excepción condigna, el análisis de las condiciones para la procedencia de la acción, resulta una obligación ineludible por parte del juzgador. Por otro lado, la figura jurídica del patrimonio familiar, se encuentra prevista en la fracción XVII, *in fine*, del párrafo noveno del artículo 27 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, el cual establece que la legislación local organizará dicha figura, y se encuentra regulada en el numeral 723 del *Código Civil* de la entidad, que establece que una vez constituido dicho régimen, es inalienable, inembargable y libre de todo gravamen. En ese contexto, tratándose de acciones que versen sobre la prescripción de un bien inmueble, resulta indispensable que el juzgador verifique de oficio si el bien que se pretende usucapir, no se encuentra afecto al patrimonio familiar, puesto que, de ser así, el régimen patrimonial impuesto tendría como objeto desvirtuar la procedencia de la acción, de tal suerte que, la ausencia de dicha condición, se traduce en un requisito esencial de la acción que debe analizarse de oficio, no obstante que la parte demandada no lo haga valer.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito. Amparo directo 6/2007. Juan Castillo Moreno. 11 de mayo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: José Gabriel Clemente Rodríguez. Secretario: F. Francisco Aguilar.

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Agosto de 2008; Pág 1176.

C. No están sujetos a embargo ni gravamen alguno

Patrimonio familiar. Si ambos cónyuges consintieron gravar el inmueble donde está establecido el hogar conyugal, no pueden alegar que ese acto está afectado de nulidad, al haber hijos menores de edad, aun cuando argumenten falta de conocimientos jurídicos (interpretación de los artículos 285, 286 y 288 del Código Civil para el Estado de Coahuila). Si de la interpretación de los artículos 285, 286 y 288 del Código Civil para el Estado de Coahuila los recurrentes pretenden establecer la existencia de una probable antinomia, figura jurídica que consiste en que, un precepto permite y otro de similar rango o categoría jurídica prohíbe; al prever: "Artículo 285. Si la casa en la que se establezca el hogar conyugal no constituye patrimonio de familia, y es bien propio de uno de los cónyuges, o pertenece a ambos en copropiedad, o forma parte de la sociedad conyugal, no puede enajenarse sino con el consentimiento de los dos consortes.", "Artículo 286. La casa a que se refiere el artículo anterior, sólo puede gravarse, cuando el crédito garantizado con el gravamen sea para mejorarla o para satisfacer gastos en caso de enfermedad o accidentes graves de algún miembro de la familia, y con consentimiento de ambos consortes." y "Artículo 288. Los actos y negocios jurídicos realizados en contravención a lo dispuesto en los tres artículos anteriores están afectados de nulidad absoluta, si hay hijos menores de edad.", resulta inconcuso que ello es ilógico cuando ambos cónyuges de común acuerdo pueden enajenar la casa en que se establezca el hogar conyugal y tengan restricción sólo para imponerle algún gravamen, pues tal interpretación violenta el principio jurídico de que, quien puede lo más puede lo menos. Luego, para determinar si existe la aparente contradicción debe atenderse al método de interpretación sistemático, en concordancia con el teleológico; así, de los preceptos citados se advierte que lo que en realidad regulan es que si un tercero por conducto de autoridad competente, sin existir el consentimiento de ambos consortes, grava la casa donde está establecido el hogar conyugal sin que el motivo de dicho crédito sea destinado a mejorar el citado inmueble o a satisfacer gastos de enfermedad o de accidentes graves de algún miembro de la familia, dicho acto quedará afectado de nulidad absoluta, en caso de que haya hijos menores de edad, pero por el contrario, si ambos consortes dieron su consentimiento para gravar el inmueble donde está establecido el hogar conyugal, dicho acto no es nulo, toda vez que éstos fueron los que de *motu proprio* llegaron a la situación de la cual pretenden prevalerse, al relacionar a los hijos menores de edad, al argumentar falta de conocimientos jurídicos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 del código citado, la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento.

Quinto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Incidente de suspensión (revisión) 335/2007.

Marcela Aidé Belmares Ávalos. 29 de noviembre de 2007. Unanimidad de votos.

Ponente: Edgar Humberto Muñoz Grajales. Secretario: Fernando Sustaita Rojas.

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Abril de 2008; Pág 2397.

Principios o condiciones para que se constituya el patrimonio familiar

Cada familia sólo puede constituir un patrimonio (art 729, CCDF).

Sólo puede constituirse el patrimonio de la familia con bienes ubicados en el lugar del domicilio que lo constituya (art 727, CCDF).

14.3 Valor de los bienes afectos al patrimonio familiar

El valor máximo de los bienes afectos al patrimonio familiar, será por 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.

Cuando el valor de los bienes afectos al patrimonio familiar sea inferior al máximo, podrá ampliarse el patrimonio hasta llegar a ese valor, sujetándose la ampliación del patrimonio al mismo procedimiento que para la constitución del mismo (art 733, CCDF).

14.4 Formalidades para la constitución del patrimonio familiar

Puede constituir el patrimonio familiar cualquier miembro de la familia; es decir, la madre, el padre, cualquiera de los concubinos, la madre o el padre solteros, los abuelos, los hijos, e incluso los hermanos (art 724, CCDF).

14.4.1 Representación legal de los beneficiarios del patrimonio familiar

Los beneficiarios de los bienes afectados al patrimonio familiar serán representados en sus relaciones con terceros, en todo lo que al patrimonio se refiere, por aquél que nombre la mayoría (art 726, CCDF).

Los miembros de la familia que quieran constituir el patrimonio lo harán 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 para constituir el patrimonio familiar deberá contener:

1. *Los nombres de los miembros de la familia.*
2. *El domicilio de la familia.*
3. *El nombre del propietario de los bienes destinados para constituir el patrimonio familiar, así como la comprobación de su propiedad y el certificado de libertad de gravámenes, en su caso.*
4. *El valor de los bienes constitutivos del patrimonio familiar, el cual no excederá de lo que establezca el artículo 730 de este ordenamiento (art 731, CCDF).*

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 (art 732, CCDF).

14.4.2 Efectos jurídicos de la constitución del patrimonio familiar

La constitución del patrimonio familiar transmite la propiedad de los bienes, que quedan afectados a los miembros de la familia beneficiaria. El número de miembros 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, CCDF).

Las personas que tienen derecho a disfrutar el patrimonio de familia, son aquellos miembros de la familia cuyos nombres y apellidos figuren en la solicitud de la constitución del patrimonio familiar, así como los hijos supervenientes. Éstos, o sus representantes, e incluso el Ministerio Público, pueden exigir judicialmente que se constituya dicho patrimonio hasta por los valores máximos, sin necesidad de invocar causa alguna (art 734, CCDF).

Constituido el patrimonio familiar, sus beneficiarios tienen obligación de habitar la casa, explotar el comercio y la industria, así como cultivar la parcela; incluso el Juez, por causa justificada, puede autorizar el arrendamiento o aparcería del bien sujeto a patrimonio familiar, hasta por un año (art 740, CCDF).

14.5 Formas de terminación del patrimonio familiar

El patrimonio familiar se extingue por las siguientes causas:

- I. Cuando todos los beneficiarios cesan de tener derecho de percibir alimentos.

- II. Cuando sin justa causa, la familia deja 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.
- 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 expropian los bienes que lo forman (art 741, *CCDF*).

Efectos jurídicos de la terminación del patrimonio familiar

Extinguido el patrimonio familiar, los bienes se liquidarán y su importe se repartirá en partes iguales (art 746, *CCDF*).

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, se repartirán entre los demás miembros de la familia (art 746 bis, *CCDF*).

UNIDAD 14^{bis}

El estado civil o estado familiar

Reglamentación legal: arts 35 al 138 bis del CCDF

Naturaleza	{	Constituye un verdadero atributo y un signo distintivo de la personalidad, pues determina la posición que guarda la persona respecto a su familia.
Concepto	{	Es la situación jurídica que guarda una persona en relación con otra en virtud del parentesco, del matrimonio, del concubinato, del divorcio y de la muerte, que produce efectos jurídicos.
Fuentes	{	• Reconocimiento. Produce el estado civil de hijo, de padre, de abuelo, de nieto, de hermano, de tío, de sobrino, etc. El acto responsable del reconocimiento origina una relación jurídica entre el reconocido y su progenitor, así como con cada uno de los miembros de la familia por ambas líneas: paterna y materna. Con la adopción se crea el estado civil de padre e hijo adoptivo. • Matrimonio. Produce el estado civil de parientes por afinidad con respecto a la familia de su cónyuge. • Concubinato. Produce el estado civil de concubinos. • Divorcio. Produce el estado civil de divorciado, es decir, de soltero. • Muerte. Produce el estado civil de viudo, respecto al cónyuge supérstite, quien recobra su condición de soltero.

Efectos	a) De carácter patrimonial	Derechos subjetivos de heredar y de alimentos.
	b) De carácter extrapatrimonial	• Declarar el nacimiento de un hijo, dentro del término legal. • Transmisión del nombre. • Ejercicio de la patria potestad. • Incapacidad para contraer matrimonio. • Ejercicio de la tutela legítima.
El estado civil se prueba	a)	Con las actas del Registro Civil, ya que constituyen la prueba perfecta (arts 39 y 340, CCDF).
	b)	A falta de actas, con la posesión de estado (art 341, CCDF).
	c)	En defecto de la posesión por cualquier otro medio de prueba, incluyendo aquellas que ofrece el avance de los conocimientos científicos (art 341, CCDF).
	d)	El Código Civil determina la presunción de paternidad o maternidad , ante la negativa de proporcionar la muestra necesaria para el desahogo de la prueba biológica de ADN (art 382, CCDF).

14 bis.1 Introducción

Se puede definir el estado civil o estado familiar de una persona, como la situación jurídica concreta que guarda esa persona con su familia en virtud del parentesco, del matrimonio, del concubinato, de la muerte y del divorcio que origina consecuencias jurídicas. De este concepto se desprende que el estado civil o estado jurídico de familia tiene su origen en hechos jurídicos, como el caso del nacimiento, del concubinato, de la muerte o en actos jurídicos, como el reconocimiento de un hijo, el matrimonio, la adopción y el divorcio.

Mediante el estado civil se incorpora una persona a un grupo familiar y se establece la relación de hijo, de padre, de hermano, de cónyuge, de pariente por consanguinidad, por afinidad, por adopción, etcétera.

En efecto, el estado civil de casados surge entre los cónyuges en virtud del matrimonio; el estado civil de pariente por consanguinidad se origina con el reconocimiento y se establece entre todas las personas que descienden directa o indirectamente de un mismo progenitor; el estado civil de pariente por afinidad, nace con el matrimonio y se crea entre uno de los casados y los parientes consanguíneos del otro; el estado civil de hijo adoptivo surge con la adopción y se establece en el caso de adopción plena, entre el adoptado y el adoptante y su familia.

Es importante hacer notar que **el reconocimiento constituye el acto jurídico que origina no sólo el estado civil de hijo, de padre o de madre; sino que engendra (voluntaria o involuntariamente) un estado civil con cada uno de los miembros de la familia por línea paterna o materna, según el caso. Es decir, el acto voluntario o forzado de reconocer a un hijo habido fuera de matrimonio creará una relación jurídica entre el reconocido y la familia del progenitor.** Ahora bien, el hijo habido de matrimonio no necesita reconocimiento, pues ya tiene su filiación establecida y basta que nazca dentro de matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución (art 324, *CCDF*), para que se origine el estado civil con sus progenitores y su familia.

14 bis.2 Fuentes del estado civil o de familia. Consecuencias jurídicas

En virtud de lo anterior, las fuentes del estado familiar son: *a)* el reconocimiento que produce el parentesco de consanguinidad; *b)* la adopción, que produce el parentesco civil; *c)* el matrimonio, que origina el parentesco por afinidad entre uno de los cónyuges y los parientes del otro; *d)* el concubinato; *e)* el divorcio, y *f)* la muerte.

Los efectos jurídicos que surgen con el estado civil o familiar varían, según sea el estado de que se trate. Por supuesto que, el estado de familia origina una serie de efectos jurídicos de distinta naturaleza, atendiendo a la fuente de dicho estado. Estas consecuencias de derecho pueden ser de orden patrimonial o de carácter personal:

- a) Efectos de orden patrimonial.* Los constituyen propiamente los derechos subjetivos a heredar en sucesión legítima y el derecho a exigir alimentos, correlativo a la obligación de proporcionarlos.
- b) Efectos de carácter personal.* Los comprenden aquellos que no tienen una apreciación en dinero, como la obligación de los padres de declarar el nacimiento de sus hijos dentro del término señalado por la ley, o la de otorgarle sus apellidos; así como el derecho de ejercer la patria potestad sobre sus descendientes. La incapacidad de contraer matrimonio entre parientes, constituye también un efecto jurídico de orden personal.

14 bis.3 Estado civil de derecho y estado civil de hecho (posesión de estado)

El estado civil puede darse como una situación de derecho: como la que existe entre los casados, entre divorciados, entre padres e hijos de matrimonio o de hijos habidos fuera de él, pero reconocidos por sus progenitores; o bien, como una situación de hecho: como la existente entre concubinos o la habida entre padres e hijos no reconocidos, que gozan estos últimos de un comportamiento, trato y fama similares al estado de derecho; por lo cual, la ley no puede permanecer ajena a esa realidad otorgándole consecuencias jurídicas análogas a las que se producen en el estado de derecho.¹

Efectivamente, en la República Mexicana, uno de los problemas sociales de mayor importancia es el de la paternidad irresponsable. Son innúmeros los casos de hijos que carecen de un estado civil, por no haber sido reconocidos voluntariamente por sus progenitores, no estableciéndose en consecuencia entre ellos vínculo jurídico alguno; sin embargo, es común que se establezca entre ascendientes y descendientes una relación de hecho a través de un comportamiento, trato y fama de padre e hijo; originándose así la posesión de estado de hijo. Una persona se encuentra en posesión de estado, cuando ostenta de una manera regular y constante un estado civil de hecho (estado de hijo) que puede o no coincidir con el que jurídicamente le pertenece.²

Con este planteamiento, el reconocimiento que de hecho hace una persona o su familia de otra, coincide con el estado que legalmente a ésta le debe corresponder; por lo cual, **el Código Civil reglamenta el estado civil de hecho, llamándole posesión de estado de hijo.**

Ahora bien, en defecto de esta posesión de estado de hijo, 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... (art 341, CCDF).

Con estos principios legales a toda persona, desde que nace, le corresponde un determinado estado civil; sin embargo, si una persona no ha sido reconocida voluntariamente por uno de sus progenitores o por su familia

¹ Rafael Rojina Villegas, ob cit, pág 460.

² Ignacio Galindo Garfias, *Derecho Civil. Primer Curso*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1976, pág 377.

puede, a falta de acta, reclamar su condición de hijo en un juicio de investigación de la paternidad o de maternidad y **obtener de una sentencia judicial, la declaración de estado civil de hijo que jurídicamente le debe corresponder.**

En efecto: “La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios...” (art 382, CCDF). “Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios;...” (art 385, CCDF).

Ahora bien, se acreditará la posesión de estado de hijo, demostrando que un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por el presunto padre, por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, siempre y cuando el hijo haya usado constantemente los apellidos del que pretenda ser su padre o madre, con permiso de éstos y que los mismos lo hayan tratado como hijo proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; además, que el presunto padre o madre tengan la edad exigida para contraer matrimonio (art 343, CCDF).

El *Código Civil de Coahuila*, es el primer estado de la República que se ocupa de regular los atributos de las personas, incluyendo el **estado civil** o de familia y el **nombre**, figura esta última que ninguna otra entidad había reglamentado.

En cuanto a la posesión de estado, en su definición incluye sus características: “Posesión de estado (estado de hecho) es el goce aparente de determinado estado de familia, con título o sin él, y sus elementos son: nombre, trato y fama” (art 78, CCEC). “Para apreciar la posesión de estado se atenderá al nombre usado por el poseedor, al trato que reciba en el seno de la familia correspondiente y a la fama que sobre el particular, goce la misma persona en su medio social y familiar” (art 79, CCEC).

La posesión de estado no puede perderse sino por sentencia firme dictada en juicio; el interesado podrá, además, ejercitar las acciones que establece el *Código Procesal Civil*, para que se le restituya o se le ampare en el disfrute de la posesión, contra cualquier despojo o perturbación que sufra al respecto sin que preceda sentencia firme (art 80, CCEC).

14 bis.4 Pruebas del estado civil o familiar

A. Importancia de las pruebas del estado civil o familiar

Toda persona aún en las circunstancias más adversas, está obligada a probar su estado; por ejemplo, un hijo que quiera demandar pensión alimenti-

cia a su padre o reclamar derechos hereditarios debe probar su filiación, es decir, su estado civil de hijo; de la misma manera, el cónyuge supérstite que pretenda hacer valer su derecho a la herencia legítima debe acreditar su estado civil de casado con el acta de matrimonio. Resultaría sumamente difícil probar el propio estado si la ley no hubiera organizado un procedimiento oficial de comprobación del estado de las personas.

B. Las actas como pruebas para demostrar el estado civil o familiar.

Otros medios de prueba

El estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la Ley... (art 39, CCDF).

Habíamos hecho notar que los jueces del Registro Civil son funcionarios a los cuales el Estado les ha dado confianza dotándolos de fe pública, para que las actas y testimonios que otorguen estén dotados de autenticidad plena; por tanto, las actas del Registro Civil extendidas conforme a las disposiciones que preceden, hacen prueba plena en todo lo que el Juez del Registro Civil, en el desempeño de sus funciones, da testimonio de haber pasado en su presencia, sin perjuicio de que el acta pueda ser redargüida de falsa. Las declaraciones de los comparecientes, hechas en cumplimiento de lo mandado por la Ley, hacen fe hasta en tanto no prueben lo contrario (art 50, CCDF).

En consecuencia, un acta de matrimonio que ostente una persona se considerará prueba plena y absoluta para demostrar su estado civil de casada, toda vez que en ella constan la serie de solemnidades con las que se celebró dicho acto jurídico.

Con estas bases, un acta de nacimiento bastará (sin lugar a duda) para demostrar la condición de hijo, así lo establece el *Código Civil para el Distrito Federal*:

La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento (art 340, CCDF).

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 de estado, 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 bastantes graves para determinar su admisión... (art 341, CCDF).

Estas disposiciones significan que, si bien es cierto que las actas del Registro Civil son las pruebas perfectas para demostrar el estado de las personas, también es verdad que no son las únicas, ya que el legislador prevé la posibilidad de errores, de omisiones o vicios en las actas o incluso de ausencia de las mismas, concediéndole el derecho a los hijos de relaciones estables (de matrimonio o concubinato) o inestables, de probar la paternidad, para el efecto de demostrar su estado civil de hijo. Ahora bien, si éstos no pueden demostrar la posesión de estado porque no haya existido, como en el caso de hijos abandonados muy pequeños o antes de nacer, se podrá recurrir a cualquier otro medio ordinario que la ley establece, incluyendo aquellos que ofrecen el avance de los conocimientos científicos. La legislación en estos casos privilegia a los hijos no importando su origen, al brindarles toda clase de facilidades para probar su filiación, sea hijo de matrimonio o fuera de él.

14 bis.5 El registro civil. Concepto

Concepto de Registro Civil

Es la institución que tiene por objeto hacer constar en las actas que lo componen, los principales acontecimientos en la vida de las personas, a través de la función que desempeñan los jueces del Registro Civil, dotados de fe pública para dar autenticidad a las actas y testimonios que otorgan.

Libros

(art 35, CCDF)

- Nacimiento.
- Reconocimiento de hijos.
- Adopción.
- Tutela.
- Matrimonio.
- Divorcio administrativo.
- Defunción.
- Actas que declaran la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, o la declaración de estado de interdicción, actas sobre la reasignación para la concordancia sexo-genérica.

Características de las inscripciones

- a) Tienen carácter público: los jueces del Registro Civil están obligados a mostrarlas al público (art 48, CCDF).
- b) Se harán mecanográficamente y por quintuplicado (art 36, CCDF).
- c) Se pueden expedir por medio de máquinas despachadoras automatizadas (art 36, CCDF).
- d) Las actas podrán certificarse con firma autógrafa o electrónica (art 48, CCDF).
- e) Correlativamente a las actas, se integrará un apéndice que contendrá los documentos relacionados con dichas actas.

Personas que intervienen
(art 36, CCDF)

- El juez del Registro Civil que inscribe, autentifica, da fe y publicidad a todo lo relacionado con el estado civil de las personas.
- Los particulares que soliciten su servicio.
- Los testigos, prefiriéndose parientes de los interesados (arts 44 y 45, CCDF).

Rectificaciones de las actas.
Sólo pueden efectuarse en virtud de resolución judicial
(arts 47, 134 y siguientes, CCDF).

- *Cancelación de las actas.* Tendrá lugar cuando contenga datos falsos, es decir, cuando se acredite que el suceso registrado no pasó.
- *Modificación de las actas.* Tendrá lugar para corregir o variar algún nombre, apellido u otra circunstancia.

Aclaración de las actas
(art 138 bis, CCDF)

Se tramita ante la Dirección del Registro civil, cuando exista un error mecanográfico u ortográfico.

El Registro Civil constituye un organismo cuyo objeto es hacer constar en las actas que lo componen, los principales acontecimientos en la vida de las personas a través de la función que desempeñan los jueces u oficiales del Registro Civil, órganos representativos del Estado, dotados de fe pública para dar autenticidad a las actas y testimonios que otorgan.

Por medio del Registro Civil, el Estado vigila y cuida que las personas físicas posean una completa y rigurosa documentación del estado civil, la cual pueda servir en todo momento de prueba plena auténtica que refleje dicho estado en el ámbito jurídico.³

De esta manera, el Estado tendrá la seguridad y estarán bajo su control esos actos importantes en la vida del hombre, tales como: el nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio administrativo y muerte de los mexicanos y extranjeros en el Distrito Federal; así como inscribir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes y las sentencias que ordenen el levantamiento de una nueva acta por la reasignación para la concordancia sexo-genérica, previa la anotación correspondiente al acta de nacimiento primigenia, siempre y cuando se cumplan las formalidades exigidas por los ordenamientos jurídicos (art 35, CCDF). Estos acontecimientos se hacen constar en los libros que constituyen el Registro Civil.

³ **Luis Muñoz**, *Derecho Civil Mexicano*, Editotial Modelo, México, 1971, pág 313.

En síntesis, el Registro Civil es la institución de orden público, por medio de la cual el Estado inscribe, autentifica y da publicidad a todo lo relativo al estado civil de las personas.

En el asentamiento de las actas del Registro Civil intervendrán: el juez del Registro Civil que autoriza y da fe, los particulares que solicitan el servicio o sus representantes legales y, en su caso, los testigos y personas que intervengan en los mismos. Los testigos deberán ser mayores de edad, prefiriéndose los que designen los interesados, aun cuando sean sus parientes (art 45, CCDF).

Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente, podrán hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos. En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, juez de lo Familiar o de paz (art 44, CCDF).

A. Requisitos y características de las inscripciones

Los acontecimientos trascendentales en la vida de las personas serán objeto de inscripción en los libros que comprenden el Registro Civil y estarán al acceso del público. En efecto, **toda persona puede solicitar que se le muestre o se le expida copia certificada de las actas, estando obligado el juez del Registro Civil a expedirlas o mostrarlas, por ser el Registro Civil un organismo de orden público**, esto lo corrobora el art 48 del *Código Civil*.

Toda persona puede pedir testimonios completos o en extracto de las actas del Registro Civil; así como de los apuntes y documentos con ellas relacionadas y los jueces y registradores estarán obligados a darlos...

Los jueces del Registro Civil asentarán en formas especiales que se denominarán “formas del Registro Civil”, conocidas como actas del Registro Civil.

Las formas del Registro Civil serán expedidas por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o por quien él designe. Se renovarán cada año y los Jueces del Registro Civil remitirán en el transcurso del primer mes del año un ejemplar de las formas del Registro Civil del año inmediato anterior al Archivo de la Oficina Central del Registro Civil y el otro ejemplar con los documentos que le correspondan quedará en el Archivo de la Oficina en el que se haya actuado (art 41, CCDF).

El juez del Registro Civil que no cumpla con las prevenciones del artículo anterior, será destituido de su cargo (art 42, CCDF).

Las inscripciones se harán mecanográficamente y por duplicado. El registro civil resguardará las inscripciones, por medios informáticos o aquellos que el avance tecnológico ofrezca en una base de datos, en la que se reproduzcan los datos contenidos en las actas asentadas en las formas del Registro Civil que permitan la conservación de los mismos y la certeza sobre su autenticidad (art 36, CCDF).

La certificación de los testimonios de las actas del Registro Civil podrá autenticarse con firma autógrafa o electrónica. Por firma electrónica se entenderá la firma, clave, código o cualquier otra forma de autenticar por medios electrónicos, la autorización del funcionario competente según el sistema que instrumente el titular del Registro Civil conforme a lo que disponga el reglamento respectivo. Las copias certificadas y las certificaciones emitidas por los servidores públicos facultados para ello y que sean autenticadas a través **de firma electrónica, tendrán el mismo valor jurídico y probatorio que las suscritas en forma autógrafa** (art 48, CCDF).

Si se perdiere o destruyere alguna de las formas del Registro Civil se sacará copia de alguno de los ejemplares que se encuentren en los archivos (art 38, CCDF).

... El Registro Civil podrá emitir constancias parciales que contengan extractos de las actas registrales, los cuales harán prueba plena sobre la información que contengan (art 39, CCDF).

Prohibiciones en el asentamiento de las actas

No podrá asentarse en las actas ninguna otra anotación, sino lo que deba ser declarado para el acto a que ellas se refieren. Las declaraciones prohibidas por la ley causarán la destitución del juez del Registro Civil, además de llevarse a cabo las correcciones o la **cancelación** de las anotaciones prohibidas (arts 43 y 46, CCDF).

B. Anulación o cancelación de actas. Rectificaciones y aclaraciones

Los vicios o defectos que haya en las actas, sujetan al oficial del Registro Civil a las correcciones que señala el reglamento respectivo; pero cuando no sean sustanciales no producirán la nulidad del acto, a menos que judicialmente se pruebe la falsedad de éste (art 47, CCDF).

b.1 Anulación y cancelación de actas

Ocorre por falsedad; es decir, cuando se alegue que el suceso registrado no pasó. Ahora bien, la falsificación de las actas del Registro Civil no producirá propiamente rectificación de acta, sino la nulidad del acto, cuando se compruebe judicialmente la falsedad de éste; sancionándose al juez del Registro Civil con la destitución del cargo, sin perjuicio de las penas que la ley señale para el delito de falsedad; además de la indemnización de daños o perjuicios, que deberá pagar dicho funcionario a la parte afectada (arts 46 y 47, CCDF).

En efecto, cuando judicialmente se demuestre la falsedad del acto, producirá la nulidad del mismo y como consecuencia, la cancelación del acta respectiva. Por consiguiente, la cancelación de un acta no constituirá rectificación, ya que no se está corrigiendo ningún vicio o defecto, sino que se está anulando y cancelando un acta que nunca debió existir.

b.2 La rectificación de actas

La rectificación de actas procede:

Por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otro dato esencial que afecte el estado civil, la filiación, la nacionalidad, el sexo y la identidad de la persona (art 135, CCDF).

La rectificación o modificación de un acta del estado civil sólo puede hacerse ante el juez de lo familiar y en virtud de sentencia de la autoridad judicial, salvo el reconocimiento de un hijo (art 134, CCDF). El juicio de rectificación de acta se seguirá en la forma que establezca el *Código de Procedimientos Civiles* (art 137, CCDF). La sentencia que cause ejecutoria se comunicará al juez del Registro Civil y éste hará una referencia de ella al margen del acta impugnada, sea que el fallo conceda o niegue la rectificación (art 138, CCDF).

Pueden pedir la rectificación de un acta del estado civil:

- I. Las personas de cuyo estado se trata;*
- II. Las que se mencionan en el acta como relacionadas con el estado civil de alguno;*
- III. Los herederos de las personas comprendidas en las dos fracciones anteriores, y*
- IV. Los que, según los artículos 348, 349 y 350, pueden continuar o intentar la acción de que en ellos se trata (art 136, CCDF).*

El Ministerio Público cuidará que las actuaciones e inscripciones que se hagan en las formas del Registro Civil, se realicen conforme a la Ley, pudiendo inspeccionarlas en cualquier época, así como consignar a los jueces del Registro Civil que hubieren cometido delito en el ejercicio de su cargo, o dar aviso a las autoridades administrativas de las faltas en que hubieren incurrido los empleados del Registro Civil (art 53, CCDF).

Reconocimiento de la identidad de género

Pueden pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por **reasignación de concordancia sexo-genérica**, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia, las personas que requieran **el reconocimiento de su identidad de género**. Se entenderá por identidad de género la convicción personal de pertenecer al género masculino o femenino, es inmodificable, involuntaria y puede ser distinta al sexo original. La reasignación para la concordancia sexo-genérica es el proceso de intervención profesional mediante el cual la persona obtiene concordancia entre los aspectos corporales y su identidad de género, que puede incluir, parcial o totalmente: entrenamiento de expresión de rol de género, administración de hormonas, psicoterapia de apoyo o las intervenciones quirúrgicas que haya requerido en su proceso; y que tendrá como consecuencia, mediante resolución judicial, una identidad jurídica de hombre o mujer, según corresponda. Se entenderá por expresión de rol de género, el conjunto de manifestaciones relacionadas con la vestimenta, la expresión corporal o verbal y el comportamiento. Los derechos y obligaciones contraídos con anterioridad a la reasignación para la concordancia sexo-genérica, no se modifican ni extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona (art 135 bis, CCDF).

b.3 Aclaración de actas del Registro Civil

No obstante que la **cancelación** o la **modificación** de un acta del estado civil no puede hacerse, sino en virtud de **resolución judicial** en el procedimiento que corresponda, las actas del Registro Civil podrán ser **aclaradas ante la Dirección del Registro Civil, cuando existan errores mecanográficos u ortográficos** manifiestos, entendiéndose por error manifiesto el que se desprende fehacientemente de la sola lectura de la inscripción correspondiente y de los demás actos del Registro Civil relacionados, siempre y cuando no afecten los datos esenciales de las actas. En efecto, el Código en vigor ha creado un nuevo sistema para corregir errores mecanográficos u

ortográficos, facultando a la autoridad administrativa para llevar a cabo la corrección. El *Reglamento del Registro Civil* establecerá los supuestos, los requisitos y procedimientos para realizar la aclaración de las actas del estado civil (art 138 bis, *CCDF*).

El *Código Civil para el Distrito Federal* faculta al Director del Registro Civil del Distrito Federal, para el efecto de que haga la corrección mencionada, evitando con ello tardados y costosos procedimientos judiciales.

C. Pérdida o destrucción de actas. Ausencia de registro

Si se perdiere o destruyere alguna de las formas del Registro Civil, se sacará inmediatamente copia de alguno de los ejemplares que obren en los archivos que esta ley señala, en su art 41. La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, cuidará de que se cumpla esta disposición y al efecto, el juez del Registro Civil o el encargado del Archivo Judicial, le darán aviso de la pérdida (art 38, *CCDF*).

Cuando no hayan existido registros, o se hayan perdido, o estuvieren ilegibles o faltaren las formas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumento o testigos (art 40, *CCDF*).

14 bis.6 Libros que comprenden el Registro Civil

A. Declaración de nacimiento. Actas de nacimiento

Las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el juez del Registro Civil, en su oficina o en el lugar donde aquél hubiera nacido, acompañando el **certificado de nacimiento**. El certificado de nacimiento deberá ser suscrito por médico autorizado para el ejercicio de su profesión, o persona que haya asistido el parto, en el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Distrito Federal, el cual contendrá los datos que establezca el *Reglamento del Registro Civil*. Dicho certificado hace prueba del día, hora y lugar del nacimiento, sexo del nacido y de la maternidad. En caso de no contar con certificado de nacimiento, el declarante deberá presentar **constancia de parto** en los términos en que lo establezca el *Reglamento del Registro Civil*. Cuando por causas de fuerza mayor y de conformidad con lo que establezca el reglamento no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, deberá presentar denuncia de hechos ante el Ministerio Público donde se hagan constar las circunstancias de los hechos (art 54, *CCDF*).

Tienen obligación de declarar el nacimiento ante el juez del Registro Civil de su elección, el padre y la madre, o cualquiera de ellos; a falta de éstos, los ascendientes en línea recta, colaterales iguales en segundo grado y colaterales desiguales ascendentes en tercer grado, **dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél**. En caso de registro extemporáneo de nacimiento, deberá estarse a lo que disponga el *Reglamento del Registro Civil*. Para el registro de nacimiento a domicilio, deberá estarse a lo dispuesto en el *Reglamento del Registro Civil* (art 55, CCDF).

El acta de nacimiento contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre o nombres propios y los apellidos paterno y materno que le correspondan; asimismo, en su caso, la razón de si el registrado se ha presentado vivo o muerto y la impresión digital del mismo. Si se desconoce el nombre de los padres, **el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos**, haciendo constar esta circunstancia en el acta. Si el nacimiento ocurriere en un establecimiento de reclusión del Distrito Federal, el Juez del Registro Civil deberá asentar como domicilio del nacido el que señalen sus padres o, en su caso, quien realice la presentación (art 58, CCDF).

En todas las actas de nacimiento se deberán asentar los nombres, el domicilio y la nacionalidad de los padres, de los abuelos y de las personas que hubieren hecho la presentación (art 59, CCDF).

El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos. Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil. La investigación tanto de la maternidad como de la paternidad, podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas a este código (art 60, CCDF).

B. Actas de reconocimiento

En el caso de reconocimiento hecho con posterioridad al registro, se harán las anotaciones correspondientes en el acta de nacimiento original y **deberá levantarse una nueva acta de nacimiento**, en el entendido de que **el acta de nacimiento original quedará reservada** y no se publicará ni se expedirá constancia alguna salvo mandamiento judicial (arts 78 y 82, CCDF). Si el reconocimiento se hiciere en oficina distinta de aquella en que se levantó el acta de nacimiento, el Juez del Registro Civil que autorice el acta de reconocimiento, remitirá copia de ésta al encargado de la oficina que haya registrado el nacimiento, para que haga la anotación en el acta respectiva (art 80, CCDF).

Si el reconocimiento se hace por alguno de los otros medios establecidos en este Código, se presentará, dentro del término de quince días ante el juez del Registro Civil, el original o copia certificada del documento que lo compruebe. Deberá procederse conforme a lo dispuesto por los arts 78 y 82 de este ordenamiento. En los casos de sentencia judicial en el reconocimiento de paternidad, bastará la presentación de la copia certificada de la sentencia ejecutoriada para que se dé cumplimiento (art 80, *CCDF*). La omisión del registro, en el caso del artículo que precede, no quita los efectos legales al reconocimiento hecho conforme a las disposiciones de este Código (art 81, *CCDF*).

El reconocimiento del hijo mayor de edad, requiere el consentimiento expreso de éste en el acta respectiva (art 79, *CCDF*).

C. Actas de adopción

Dictada la resolución judicial definitiva que autorice la adopción, el juez, dentro del término de tres días, remitirá copia certificada de las diligencias al juez del Registro Civil que corresponda, a fin de que, con la comparecencia del adoptante, se levante el acta correspondiente (art 84, *CCDF*). La falta de registro de la adopción no quita a ésta sus efectos legales, siempre que se haya hecho conforme a las disposiciones de este Código (art 85, *CCDF*).

En los casos de adopción, se levantará un acta como si fuera de nacimiento, en los mismos términos que la que se expide para los hijos consanguíneos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente (art 86, *CCDF*).

En caso de adopción, a partir del levantamiento del acta, se harán las anotaciones en el acta de nacimiento originaria, la cual quedará reservada. No se publicará ni se expedirá constancia alguna que revele el origen del adoptado ni su condición de tal, salvo providencia dictada en juicio (art 87, *CCDF*).

D. Actas de tutela

Pronunciado el auto de discernimiento de la tutela y publicado en los términos que previene el *Código de Procedimientos Civiles*, el juez de lo Familiar remitirá copia certificada del auto mencionado al juez del Registro, para que realice la inscripción de la ejecutoria respectiva y haga las anotaciones en el acta de nacimiento y/o matrimonio del incapacitado. Si la inscripción se hiciera en oficina distinta de aquella en que se levantó el acta de nacimiento o de matrimonio, el juez del Registro Civil que autorice la inscripción remitirá copia de ésta a la oficina que haya registrado el nacimiento o

matrimonio para que haga la anotación en el acta respectiva. El curador cuidará del cumplimiento de este artículo (art 89, CCDF).

La omisión del registro de tutela no impide al tutor entrar en ejercicio de su cargo, ni puede alegarse por ninguna persona como causa para dejar de tratar con él, siempre que se haya hecho conforme a las disposiciones de este Código (art 90, CCDF).

E. Actas de emancipación

En los casos de emancipación por efecto del matrimonio, no se extenderá acta por separado; será suficiente para acreditarla, el acta del matrimonio (art 93, CCDF).

F. Actas de matrimonio

Las personas que pretendan contraer matrimonio, deberán presentar un escrito ante el juez del Registro Civil **de su elección**, el cual deberá contener:

- I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio de los pretendientes; nombre y apellidos de sus padres;
- II. Que no tengan 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* (art 97, CCDF).

El escrito al que se refiere el artículo anterior, se acompañará de lo siguiente:

- 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 otorgan 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. El convenio que los pretendientes deberán celebrar en relación con sus bienes presentes y 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 con el 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;

- V. *Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente;*
- VI. *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*
- VII. *Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo (art 98, CCDF).*

El juez del Registro Civil a quien se presente una solicitud de matrimonio con 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 (art 100, CCDF). 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 (art 101, CCDF).

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** (art 102, CCDF).

Se levantará luego el acta de matrimonio, en la cual se harán constar:

- 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, y*
- 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 (art 103, CCDF).

La celebración conjunta de matrimonios no exime al juez del cumplimiento estricto de las solemnidades a que se refieren los artículos anteriores (art 103 bis, CCDF).

G. Anotaciones e inscripciones en las actas de divorcio administrativo

El acta de divorcio administrativo se levantará en los términos prescritos por el art 272 de este ordenamiento, previa solicitud por escrito que presenten los cónyuges y en ella se expresará el nombre y apellidos, edad, ocupación y domicilio de los solicitantes, la fecha y lugar de la oficina en que celebraron su matrimonio y el número de partida del acta correspondiente (art 115, CCDF).

Extendida el acta de divorcio administrativo, se mandará anotar en la de matrimonio de los divorciados. Si el divorcio administrativo se hiciere en oficina distinta de aquella en que se levantó el acta de matrimonio de los divorciados, el juez del Registro Civil que autorice el acta de divorcio administrativo remitirá copia de ésta al encargado de la oficina que haya registrado el matrimonio, para que haga la anotación en el acta respectiva (art 116, CCDF).

H. Actas de divorcio incausado

Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el juez de lo Familiar, bajo su más estricta responsabilidad, remitirá copia de ella al juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta de divorcio, haga la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto y, además,

para que publique un extracto de la resolución durante quince días, en las tablas destinadas al efecto (art 291, *CCDF*).

I. Actas de defunción

Ninguna inhumación o cremación se hará sin autorización escrita dada por el juez del Registro Civil, quien se asegurará suficientemente del fallecimiento, con el certificado de defunción expedido por médico legalmente autorizado. La inhumación o cremación deberá realizarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la defunción, excepto en los casos de muerte considerada violenta o por disposición que ordene otra cosa la autoridad competente.

El certificado de defunción hace prueba del día, hora, lugar y causas del fallecimiento, así como del sexo del fallecido (art 117, *CCDF*).

En el acta de defunción se asentarán los datos que contenga el certificado de defunción, así como los datos que el juez del Registro Civil requiera y será firmada por el declarante (art 118, *CCDF*).

El acta de fallecimiento contendrá:

- I. El nombre, apellido, edad, ocupación y domicilio que tuvo el difunto;*
- II. El estado civil de éste, y si era casado o viudo, el nombre y apellido de su cónyuge;*
- III. Derogada;*
- IV. Los nombres de los padres del difunto, si se supieren;*
- V. La causa o enfermedad que originó el fallecimiento de acuerdo a la información contenida en el Certificado de Defunción, y el lugar en el que se inhumará o cremará el cadáver, y*
- VI. La hora de la muerte, si se supiere, y todos los informes que se tengan en caso de muerte violenta, debiendo asentar los datos de la Averiguación Previa con la que se encuentre relacionada (art 119, *CCDF*).*

J. De las inscripciones y las ejecutorias que declaran o modifican el estado

Las autoridades judiciales que declaren la ausencia, la presunción de muerte, la tutela, el divorcio o que se ha perdido o limitado la capacidad para administrar bienes, dentro del término de ocho días remitirán al juez del Registro Civil correspondiente, copia certificada de la ejecutoria respectiva (art 131, *CCDF*).

El juez del Registro Civil hará la anotación correspondiente en las actas de nacimiento y de matrimonio, en su caso, e insertará los datos esenciales de la resolución judicial que se le haya comunicado (art 132, *CCDF*).

Cuando se recobre la capacidad legal para administrar, se presente la persona declarada ausente o cuya muerte se presumía, se dará aviso al juez del Registro Civil por el mismo interesado o por la autoridad que corresponda para que cancele la inscripción a que se refiere el artículo anterior (art 133, *CCDF*).

14 bis.7 Divorcio voluntario administrativo. Procedimiento

Procede el divorcio administrativo cuando, habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse: que sean mayores de edad; que hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial; que la cónyuge no esté embarazada; que no tengan hijos en común o, teniéndolos, sean mayores de edad y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. 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. 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 (art 272, *CCDF*).

Es oportuno hacer notar que el matrimonio, por ser una institución de Orden Público, es digno de una especial tutela por lo cual, la audiencia de ratificación debería ser conciliatoria, participando en ella el Consejo Familiar (propuesto en este texto) a través de, cuando menos, dos sesiones de terapias ofrecidas a las parejas.

Bibliografía

- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía BUENROSTRO BÁEZ, *Derecho de familia*, ed revisada y actualizada, Oxford University Press-Facultad de Derecho de la UNAM, México, 2008.
- BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil*, José María CAJICA Jr (trad), t II, Puebla, 1945.
- BRENA SESMA, Ingrid, *Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011.
- CASTILLO LÓPEZ, Juan Antonio, "Algunas reflexiones acerca de las controversias de orden familiar", en Profesores Investigadores de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, Departamento de Derecho, *Juicios orales en materia familiar*, México, 2001.
- CICÚ, Antonio, *El derecho de familia*, 1a ed, Santiago SENTÍS MELENDO (trad), Editorial Ediar, Buenos Aires, 1947.
- , *La filiación*, Faustino JIMÉNEZ ARNAU y José SANTA CRUZ TEJIERO (trads), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.
- DE DIEGO, Felipe Clemente, *Instituciones de derecho civil*, 2a ed, t II, Madrid, 1959.
- DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de familia*, 2a ed, citando a Felipe CLEMENTE DE DIEGO, Editorial Porrúa, México, 1981.
- DE PINA, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, 6a ed, vol I, ts I y II, Editorial Porrúa, México, 1972.

- DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, cuarta edición italiana por Ramón SERRANO y José SANTACRUZ TEJJEIRO (trads), vol II, t II, Editorial Reus, Madrid, 1944.
- , *Instituciones de derecho civil*, cuarta edición italiana por Ramón SERRANO y José SANTACRUZ TEJJEIRO (trads), t II, Editorial Reus, Madrid, s/f.
- Enciclopedia Jurídica Omeba*, t VII, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1964.
- GALINDO GARFÍAS, Ignacio, citando a John L. THOMAS, S.J., *Catholic View Point on Marriage and Family*, Nueva York, 1965.
- , *Derecho civil. Primer curso*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1976.
- GARCÍA MENDIETA, Carmen, *Código Civil comentado para el Distrito Federal*, 2a ed, t I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989.
- GONZÁLEZ, María del Refugio, *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*, Dirección general de publicaciones, UNAM, México, 1981.
- GUETRÓN FUENTEVEILLA, Julián, *Derecho familiar*, 1a ed, Editorial Producciones Gama, México, 1972.
- LA CRUZ, José y Manuel ALBADALEJO, *Derecho de familia*, 1a ed, Editorial Herald de Aragón, Barcelona, 1963.
- MARGADANT S., Guillermo F., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 3a ed, Editorial Esfinge, México, 1978.
- MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1985 y 1990.
- MUÑOZ, Luis, *Derecho civil mexicano*, Editorial Modelo, México, 1971.
- PUENTE DE LA MORA, Ximena, “Aspectos jurídicos relacionados con la reproducción asistida humana y la experimentación con embriones en México”, publicado en el núm 12 de la revista *Iustitia* del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de Monterrey, Campus Monterrey, 2005.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 5a ed, ts I y II, Editorial Porrúa, México, 1986.
- , *Derecho civil mexicano*, 30a ed concordada con la legislación vigente, t II, Editorial Porrúa, México, 2008.
- SOBERÓN ACEVEDO, Guillermo, *Derecho constitucional a la protección de la salud*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1995.

Memorias, revistas, ponencias, conferencias, noticias

- ADAME GODDARD, Jorge, *Análisis y juicio de la Ley de Sociedades de Convivencias para el Distrito Federal* (en línea), Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://es.scribd.com/doc/63751723/ANALISIS-Y-JUICIO-DE-LA-LEY-DE-SOCIEDADES-CONVIVENCIA-PARA-EL-DISTRITO-FEDERAL> (Consulta: 12 de mayo de 2013).
- BALDERAS A. DE LA GARZA, María Guadalupe, Videoconferencia, México, 2007.
- BARROSO FIGUEROA, José, “Autonomía del derecho familiar”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm 68, UNAM, México, s/f.
- BERNAL, Beatriz, Conferencia dictada en los cursos de maestría impartidos en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la UAT, México, 1980.

- GALVÁN RIVERA, Flavio, “Apuntes de cátedra (estudios de posgrado)”, Facultad de Derecho de la UAT, México, 1992.
- , “Apuntes de cátedra sobre derecho familiar (estudios de posgrado). Especialidad en Derecho privado”, Facultad de Derecho en la UAT, México, 1992.
- , “El concubinato actual en México”, Biblioteca Jurídica de la UNAM, disponible en www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2401/28.pdf (consulta: 7 de julio de 2013).
- , “El concubinato actual en México”, Medio siglo de la *Revista de la Facultad de Derecho* de la UNAM, México, 1991.
- LÓPEZ MONROY, José de Jesús, “Apuntes de cátedra” impartida en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la UAT México, 1979.

Legislación extranjera

- Código Civil Chileno.*
- Código Civil de Argentina.*
- Código Civil de Colombia.*
- Código Civil de España.*
- Código Civil de Perú.*
- Código Familiar de Bolivia.*
- Código Familiar de Costa Rica.*
- Código Familiar de Cuba.*
- Código Familiar de El Salvador.*
- Código Familiar de Panamá.*
- Código Procesal Civil de Costa Rica.*
- Código Procesal Familiar de El Salvador.*
- Ley de Fertilización de Argentina.*
- Ley de Matrimonio Civil de Chile.*
- Ley de Pensiones Alimenticias de Argentina.*
- Ley de Pensiones Alimenticias de Costa Rica.*
- Ley de Unión Concubinaria de Uruguay.*
- Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España.*

Legislación nacional

- Código Civil de Coahuila.*
- Código Civil de Nuevo León.*
- Código Civil para el Distrito Federal.*
- Código Civil para el Estado de Tamaulipas.*
- Código de Procedimientos Civiles de Coahuila.*
- Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León.*
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*

- Código de Procedimientos Familiares de Hidalgo.*
- Código Familiar de Hidalgo.*
- Código Familiar de San Luis Potosí.*
- Código Familiar de Sonora.*
- Código Familiar de Tabasco.*
- Código Familiar de Zacatecas.*
- Código Familiar y de Procedimientos Familiares de Morelos.*
- Constitución Federal.*
- Ley de Paternidad Responsable de Tamaulipas.*
- Ley para el Desarrollo Familiar de Tamaulipas.*
- Ley General de Salud.*
- Reglamento a la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.*

Índice de materias

acepción, etimológica de familia, 14
gramatical de familia, 15
jurídica de familia, 15
sociológica de familia, 14-15
aclaración de actas del Registro Civil, 459-460
acontecimientos en el país relacionados con el derecho familiar, 42
actas, de adopción, 462
de defunción, 466
de divorcio incausado, 465-466
de emancipación, 463
de matrimonio, 463-465
de reconocimiento, 461-462
de tutela, 462-463
acto jurídico irrevocable, 302
personal: el reconocimiento, 302
acusación calumniosa de un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena corporal, 143-144

Adame Goddard, Jorge, 55
administración de los bienes de los hijos, 396-399
adopción, 348-376
gramatical de familia, 15
como un acto jurídico mixto, 364-365
concubinato, en el, 219-220
internacional (CCDF), 371-374
ordinaria, 351-356
plena, 356
adulterio, 131-133
Albadalejo, Manuel, 18, 28-29, 271
Alfonso X el Sabio, 9
alimentos, 240-269
formación integral de los hijos, 218-219
anotaciones e inscripciones en las actas de divorcio administrativo, 465
antecedentes y concepto de la adopción, 349-356
y concepto de la filiación, 285-286

anteproyecto de Código familiar federal, 36
 anulación o cancelación de actas, 457-460
 aplicación del criterio jurisdiccional, 42-48
 del criterio legislativo, 39-42
 del criterio procesal, 48
 arrendamiento de vientre, 338
 arrogación (*Código Familiar de Bolivia*),
 374-375
 aseguramiento de los alimentos, 260-263
 asistencia y protección de los hijos, 388
 audiencias del juicio oral, formalidades de
 las, 44
 ausencia de vicios en el consentimiento,
 71-73
 de vicios en la voluntad, 301-302
 autonomía del derecho familiar, 30-51
 ayuda mutua en el plano económico, 87-89
 mutua en el plano ético-jurídico, 87

Balderas A. de Garza, María Guadalupe, 46

Baqueiro Rojas, Edgar, 203

Barroso Figueroa, José, 36-39, 271

Bernal, Beatriz, 6-8

bienes, imprescriptibles, 443

 inalienables, 442-443

 que no están sujetos a embargo ni gra-
 vamen alguno, 444

 y sucesiones, efectos jurídicos en
 cuanto a los, 220-225

bioética, en el derecho familiar, repercu-
 sión de la, 323-325

 en la investigación, 323-325

Bonnecase, Julien, 25-26, 62, 271

Buenrostro Báez, Rosalía, 203

Cabanellas de la Torre, Guillermo, 18,
 30-31, 36-37, 39

Cajica Jr., José María, 62

cantidades que a título de alimentos debe
 dar el deudor alimentario al cónyuge
 acreedor y a los hijos, 157-158

capacidad de los contrayentes, 70

capitulaciones matrimoniales, 91, 93-94

características, de la adopción ordinaria,
 352-353

de la obligación alimentaria, 252-256
 de la tutela, 418-420

de un código procesal familiar, 48-51

del derecho a percibir alimentos, 256-
 257

del patrimonio familiar, 442-445

y requisitos de las inscripciones, 456-
 457

Carranza, Venustiano, 11

Castillo López, Juan Antonio, 51

causales de divorcio necesario, 129-131

causas, de nulidad del matrimonio, 103-
 104

de pérdida de la patria potestad (art
 444, *CCDF*), 406-412

de terminación y disolución del concu-
 binato, 225-227

específicas de divorcio necesario, 131-
 151

que cesan o suspenden la obligación
 de dar alimentos, 266-269

Ceja Espíritu, Gabriel, 333

Chiaroti, 328

Cicú, Antonio, 18-21, 26-28, 33-34

clases, de adopción, 351-356

 de divorcio, 115-126

 de filiación y de hijos, 286-288

 de parentesco, 232

 de violencia familiar, 273

Código Civil de 1928, 12

Código Civil de Argentina, 195-196, 360,
 362, 366-367, 369, 389, 400

Código Civil de Bolivia, 217-218, 226-227

Código Civil de Chile, 148, 194-195

Código Civil de Coahuila, 50, 150, 262, 274,
 356-357, 372, 393, 452

Código Civil de Colombia, 193, 358, 366

Código Civil de Costa Rica, 59

Código Civil de Nuevo León, 150, 313-316,
 358-359, 361-362, 366, 390, 392-
 393, 401

Código Civil de Perú (separación de cuer-
 pos), 195

Código Civil de Tamaulipas, 362

Código Civil de Tlaxcala, 235

- Código Civil para el Distrito Federal*, 16, 40-41, 59, 68-69, 71, 75-81, 98, 204, 213-214, 218-220, 223, 225-226, 246-248, 250-251, 259-263, 266-267, 271-272, 291-293, 299, 306, 308, 318-319, 356, 360, 365, 371, 380-386, 389, 391-392, 394-399, 402-404, 406-411, 417-423, 429, 431-433, 445-447, 457-458
- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales*, 10
- Código Civil para el Estado de Puebla*, 395, 408
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, 48-50, 367-370
- Código Familiar de Bolivia*, 196-197, 300, 316, 374-375, 398, 405
- Código Familiar de Costa Rica*, 86, 192-193, 291, 304, 315, 350, 369-370, 373, 379, 381, 398-399
- Código Familiar de El Salvador*, 205, 263, 316, 350, 357, 359, 362-363, 372-373, 379, 381, 387-388, 390-391, 394, 398, 400, 414
- Código Familiar de Panamá*, 193, 205, 358, 375-376, 391, 393, 405, 412, 414
- Código Familiar de Sonora*, 59, 70, 92, 109, 111, 125, 191-192, 204, 215, 218-220, 233, 261, 349, 354, 356-358, 413, 430
- Código Familiar de Zacatecas* (2007), 59, 204, 212, 221, 226, 300, 349, 355-356, 372, 393, 401, 404, 412
- concepto, de concubinato, 203-205
- de control natal, 325
 - de derecho de alimentos, 240
 - de derecho de familia, 12-13
 - de deuda alimentaria, 242
 - de esponsales, 52
 - de familia, 13-15
 - de nulidad del matrimonio, 100-108
 - de parentesco consanguíneo, 231-237
 - de reconocimiento, 297-298
 - de registro civil, 454-460
 - de tutela cautelar (*Código Familiar para el Distrito Federal*), 428-430
 - de violencia familiar, 272-273
 - del derecho de alimentos, 240
 - doctrinal de concubinato, 198, 203
 - doctrinal de derecho familiar, 13-14
 - doctrinal de matrimonio, 54, 57-59
 - legal de concubinato, 204-205
 - legal de matrimonio, 59
 - y antecedentes de la adopción, 349-356
 - y antecedentes de la filiación, 285-286
 - y evolución de la patria potestad, 378-384
 - y evolución de la tutela, 417-421
 - y evolución del patrimonio familiar, 442
 - y justificación del divorcio, 113-115
- concubinato 198-228, 248-249
- como fuente de la familia, 212-213
- condiciones, de existencia del concubinato, 205-207
- para que funcione la jurisdicción familiar, 43
- congelación de esperma, 339-340
- consecuencias jurídicas, de la inseminación artificial en el derecho familiar, 330-333
- del estado civil o de familia, 450
 - del reconocimiento voluntario o forzoso, 316-318
 - en la investigación para la salud, 341-342
- Consejo Local de Tutelas, 439-440
- consentimiento en el matrimonio, 66-67
- contenido, de la palabra *alimentos* desde el punto de vista jurídico, 250-251
- del patrimonio familiar, 442
- control natal, concepto de, 325
- convenciones y tratados internacionales aplicados a la adopción, 373-374
- convenio en el divorcio voluntario, requisitos del, 124-126
- Corona, Jesús**, 10
- criterio, científico, explicación del, 32
 - didáctico, explicación del, 32
 - institucional, 36

legislativo, explicación del, 31
 procesal, 36
Cuello Calón, Eugenio, 328
 cultura azteca, 5-7
 maya, 4-5
 curatela, 438-440
 custodia, compartida por convenio de las
 partes, 159
 y convivencia (CCDF), derecho de, 391-
 394

De Diego, Felipe Clemente, 298, 306, 378,
 397

De Ibarrola, Antonio, 72, 266, 306

De Pina Vara, Rafael, 26, 54, 57, 203, 378,
 417

De Ruggiero, Roberto, 18, 21-22, 24-25,
 60-61, 266, 417

deber del hijo de vivir al lado de sus padres
 para proveerle lo necesario, 386

deber-derecho de, ayuda mutua, 87-89

 cohabitación, 84-85

 fidelidad, 86-87

 relación sexual, 85-86

deberes del tutor, respecto a la persona del
 tutelado, 431-433

 respecto al patrimonio del tutelado,
 433-435

declaración de nacimiento, 460-461

derecho, a heredar en sucesión legítima,
 223-224

 a la libre procreación, 82

 comparado en América Latina, 166-168

 comparado internacional, 291, 304,
 372-373, 384, 390-391, 393-394,
 405, 412

 comparado latinoamericano, 262-263,
 300-301, 315-316, 319

 comparado nacional, 156-157, 164-
 166, 168-169, 261-262, 290, 300,
 304, 309, 319, 371-372, 384, 392-
 393, 401, 404, 412

 comparado sobre el procedimiento de
 adopción (*Código Familiar de Costa
 Rica*), 369-370

de alimentos del cónyuge sin recursos,
 173-174

de alimentos, concepto del, 240

de convivencia, 160-169

de custodia y de convivencia (CCDF),
 391-394

de familia, concepto, 12-13

de los menores a ser escuchados en
 caso de desacuerdo de los padres
 (CCDF), 382-383

del menor a conocer sus orígenes ge-
 néticos, 332-333

del menor a una filiación materna y pa-
 terna, 332

familiar con un contenido ético, 28

preferencias de la madre, 383-384

privado colonial, 9

derechos del menor, 332-333

desempeño de la tutela, 430-435

deuda alimentaria, concepto de, 242

devolución de donaciones, 110-111

dictar las providencias para que los cónyu-
 ges no causen perjuicios en sus
 respectivos bienes ni en los de la
 sociedad conyugal, 158

disolución de la sociedad conyugal, 176-177

del vínculo matrimonial y aptitud para
 contraer nuevas nupcias, 172-173

diversas tesis de la naturaleza jurídica
 del matrimonio, 55-56

diversidad sexual, 67-68

divorcio, 249-250

 incausado, 12, 116-117

 necesario vigente en los estados de la
 Federación, 127-152

 necesario, introducción al, 129

 por separación de cuerpos, 115

 voluntario administrativo, 121, 467

 voluntario judicial, 121-122

educación, de los hijos, 5, 37, 47, 57, 81,
 87, 161, 167, 170, 193, 218, 221,
 222, 243, 251, 274, 304, 311, 318-
 320, 357, 378, 383, 387-390, 398,
 412, 426, 431-433, 452

- formación integral y corrección de los hijos, 389-391
- efectos, de carácter patrimonial, 396-399
 - de carácter personal, 386-387
 - de fidelidad, asistencia y cooperación, 217-218
 - de la disolución de la sociedad conyugal, 90
 - de la patria potestad entre padres e hijos, 386
 - de orden civil, 277
 - definitivos del divorcio incausado, 118
 - definitivos del divorcio necesario, 159
 - entre los concubinos, 214
 - personales del divorcio necesario, 159
 - respecto al patrimonio de los hijos y su administración, 172
- efectos jurídicos, de la adopción (basados en el *CCDF*), 365-367
 - de la constitución del patrimonio familiar, 446
 - de la nulidad, 108-111
 - de la sociedad conyugal, 96-97
 - de la terminación del patrimonio familiar, 447
 - de la violencia familiar, 276-280
 - definitivos, 109-111
 - del concubinato, 213-218, 225
 - del divorcio en cuanto a los hijos, 159-172
 - del divorcio respecto a la familia, 177-178
 - del matrimonio en relación con los bienes de los cónyuges, 81-99
 - del reconocimiento, 316-318
 - en cuanto a los bienes de los cónyuges, 174-177
 - en cuanto a los bienes y sucesiones, 220-225
 - en el parentesco civil, 236-237
 - en el parentesco por afinidad, 234-236
 - en relación con la formación de la familia, 81-83
 - en relación con los hijos, 83, 218-220
 - entre los cónyuges, 84-89
 - provisionales, 108-109
 - respecto a los hijos (*CCDF*), 385-387
- elemento de validez por excelencia: la capacidad, 301
- elementos, constitutivos del reconocimiento, 298-302
 - de existencia, 298-301
 - de validez del matrimonio, 65
 - de validez del reconocimiento, 301-302
 - esenciales o de existencia, 65
- entrega de los bienes al concluir la tutela, 437-438
- especialización de los jueces, 43-44
- esponsales y matrimonio, 52-111
- estado civil de derecho y de hecho, 451-452
 - civil o estado familiar, 448-467
- estudio de los impedimentos dirimentes, 75-79
- evolución del concubinato, 200-202
 - y concepto del patrimonio familiar, 442
- explicación, del criterio científico, 32
 - del criterio didáctico, 32
 - del criterio institucional, 37-38
 - del criterio legislativo, 31
 - del criterio procesal, 38-39
- extinción, o terminación de la tutela, 437
 - o terminación del usufructo legal (*CCDF*), 399-400
- fecundación *in vitro*, 333-347
 - en la *Ley General de Salud*, 335
- filiación, 281-320
 - extramatrimonial, 287-288
 - egitimada, 288
 - matrimonial, 287
- finés del matrimonio y naturaleza jurídica, 60-65
 - y principios del derecho familiar, 13, 16
- formación integral y alimentos de los hijos, 218-219
- formalidades, de la inseminación artificial, 327-328
 - de las audiencias del juicio oral, 44
 - para contraer matrimonio, 79-81

para la constitución del patrimonio familiar, 445-446
 formas de terminación del patrimonio familiar, 446-447
 fuente de la patria potestad, 380
 fuentes, de la filiación, 288-289
 de los alimentos, 242-250
 del estado civil o de familia, 450
 fundamento de la inseminación artificial, 328
 fundamentos doctrinales que justifican la separación del derecho familiar del civil, 17-18

Galindo Garfias, Ignacio, 54, 57-58, 144, 417, 451

Galván Rivera, Flavio, 35, 77, 129-130, 201, 203, 209, 211, 255, 319

García Mendieta, Carmen, 364

González, María del Refugio, 10-11

grados y líneas en el parentesco consanguíneo, 230, 237-239

Güitrón Fuentevilla, Julián, 13-14, 18, 20-21, 26-28, 33-36, 271

hábitos de juego, embriaguez o uso de enervantes, estupefacientes o psicotrópicos, 144-145

Hauriou, 211

heredar en sucesión legítima, derecho a, 223-224

Hernández Amaga, Jorge Luis, 323-324

historia del derecho familiar mexicano, 1-12

hogar sustituto (*Código Familiar de Panamá*), 375-376

Ihering, 211

impedimentos dirimentes, 74

impedientes, 74

 para adoptar, 362-363

 para contraer matrimonio, 73-79

 según el derecho canónico, 73

importancia, de las juntas de avenencia, 122-123

 de las pruebas del estado civil o familiar, 452-453

impugnación, de la paternidad, 291-293
 del adoptado, 354

 del reconocimiento, 303-304

incompatibilidad de caracteres, 145-147

incorporación del acreedor a la casa del deudor, 257-258

indemnización por daños y perjuicios, 225

ingratitude del hijo adoptivo, revocación por, 355

inhábiles para desempeñar la tutela, 435-436

injurias, sevicia y amenazas de un cónyuge para el otro, 137-142

inscripciones y ejecutorias que declaran o modifican el estado, 466-467

inseminación artificial, 326

 de la mujer soltera, 329

post mortem, 329-330

interés superior del menor, 387-400

intervención, del juez del Registro Civil, 68

 del núcleo familiar por el Estado, 33

 del poder público como medida de protección, 413-414

 estatal inadecuada en la familia, 34

introducción al divorcio necesario, 129

investigación, de la paternidad o maternidad, 305-316

 para la salud en el *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud*, 342-343

 para la salud en la *Ley General de Salud* vigente en México, 340-342

irrevocabilidad de la adopción plena, 366-367

Jiménez Arnau, Faustino, 19

Juárez, Benito, 9-10

juez del Registro Civil, intervención del, 68

juicio oral, principios rectores del, 44

juicios orales en materia familiar, 44

juntas de avenencia, 122

jurisdicción familiar, condiciones para que funcione la, 43

justicia alternativa: la mediación, 47

justificación y concepto del divorcio, 113-115

La Cruz, José, 18, 28-29, 271
 legislación mexicana, 334
 legislaciones promulgadas en Latinoamérica en materia familiar, 41-42
Ley de Convivencia para el Distrito Federal, 55
Ley de Justicia Alternativa de Zacatecas, 47
Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, 318, 392
Ley de Pensiones Alimenticias de Costa Rica, 264-265, 267
Ley de Relaciones Familiares, 11
Ley Familiar de Hidalgo, 204, 210, 212, 226, 349, 400, 405
Ley Familiar de Zacatecas, 87, 126
Ley General de Salud, 335, 340-342
Ley para el Desarrollo Familiar de Tamaulipas, 86
Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (España), 338-340, 345-347
 Leyes, de Indias, 9
 del núcleo familiar por el Estado, 33
 de las *Siete Partidas*, 9
 nacionales e internacionales aplicables a la violencia familiar, 273-276
 reformistas de Juárez, 9
 libertad para testar, 11
 libros que comprenden el Registro Civil, 460
 limitación de la patria potestad, 277, 405
 línea de parentesco recta, 237, 239
 de parentesco transversal o colateral, 238-239
 líneas y grados en el parentesco consanguíneo, 230-239
 liquidación de la sociedad conyugal, 99
López Monroy, Felipe, 74-75
López Monroy, José de Jesús, 378, 397

Macedo, Pablo, 11
 maltrato físico, 274
 psicológico, 274
 sexual, 274
 maneras de cumplir con la obligación alimentaria, 257-260

Margadant S., Guillermo F., 4-5, 7, 9

Martínez de Castro, Antonio, 10
 maternidad o paternidad, investigación de la, 305-316
 subrogada, 337-339
 matrimonio, 246-248
 como acto jurídico, 61-62
 como acto mixto, 61-62
 como contrato de adhesión, 60-61
 como estado jurídico, 63
 como institución, 62-63
 entre personas del mismo sexo, 12
 y esponsales, 52-111
 matrimonios nulos y sus efectos, 100-111

Maximiliano, 10
 mediación: justicia alternativa, 47
 medidas necesarias para evitar actos de intimidación, acoso o violencia familiar, 158
 medios de prueba, 453-454
 menor de edad o mayor incapacitado para ser adoptado, 359-360

México independiente, 9-12

Moctezuma, 5

Montero Duhalt, Sara, 13-14, 54, 57, 71-72, 171, 203, 208-209, 236, 297, 303, 364, 417

Muñoz, Luis, 455

nacimiento como fuente de la filiación, 295-296

naturaleza jurídica, de la adopción, 363-365
 de la inseminación artificial, 326-327
 de la maternidad subrogada, 337-339
 de los alimentos, 266
 del concubinato, 208-211
 del derecho familiar, 17-29
 del divorcio, 153
 del matrimonio, diversas tesis de la, 55-56
 y fines del matrimonio, 60-65
 necesidad, de introducir en la República mexicana la separación judicial, 197
 de legislar en México sobre cuestiones jurídicas novedosas, 344-345

- negativa injustificada de los cónyuges para cumplir las obligaciones alimentarias, 142-143
- normatividad respecto al ejercicio de la patria potestad cuando los padres no vivan juntos (*CCDF*), 381-382
- nuestra realidad legislativa, 344-345
- nueva concepción del matrimonio en el D.F., 54-55
- nuevas formas de fecundación, 326-330
- nulidad, absoluta, 102
 - basada en el error sobre la identidad, 104
 - de la existencia de un impedimento dirimente, 104-108
 - relativa, 103
- objetivos y fines de la patria potestad, 378-384
- objeto, de la inseminación artificial, 327
 - del matrimonio, 67
- obligación alimentaria, características de la, 252-256
 - divisible, 253
 - imprescriptible, 254-255
 - indeterminada y variable, 254
 - no compensable, 255-256
 - no extinguable por su cumplimiento, 256
 - no transigible, 255
 - personal e intransmisible, 252
 - proporcional, 253-254
- obligaciones de alimentar y formar a los hijos, 387-400
- observaciones al divorcio incausado, 183-189
- Ordenanzas de Bilbao*, 9
- organismos internacionales, 279-280
- otorgamiento del nombre propio y del patronímico, 366
- parentesco, civil, 245-246
 - como fuente de la familia, 229-239
 - consanguíneo, 242-245
 - en la fecundación asistida, 233
- paternidad o maternidad, investigación de la, 305-316
- patria potestad, 377-414
- patrimonio familiar, 441-447
- pensión, 258-260
- pérdida de la patria potestad, 276-277
 - o destrucción de actas, 460
- periodo hispánico, 7-9
 - prehispánico, 1-7
- personas, autorizadas para pedir el aseguramiento de los alimentos, 260-263
 - sujetas a la tutela, 420-421
- Pinelo, León**, 8
- pionero en materia de ADN, 313-316
- posesión de estado de hijo, 318-320, 451
- posición ideológica, 339, 370
 - acerca de las formas de constitución del concubinato, 208
 - acerca del concubinato como fuente de la familia, 227-228
 - del matrimonio, 63-64
- postura de Sara Montero Duhalt, 208-209
- preferencias alimentarias, 244-245
- presunción legal de filiación, 219
- presunciones legales, favorables a los hijos
 - de concubinato, 293-295
 - favorables a los hijos de matrimonio, 289-290
- prevenir a ambos cónyuges que no se molesten uno a otro en ninguna forma, 158
- principio, de equidad, 82
 - de igualdad, 82
 - de reciprocidad, 82
- principios, básicos del *CCDF*, 40
 - de derecho privado que no se pueden aplicar al derecho familiar, 23-24
 - rectores del juicio oral, 44
- problemas que plantea la regulación jurídica respecto a las técnicas reproductivas, 343-344
- procedimiento, de la adopción (*Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*), 367-370
 - en materia de alimentos, 263-266

- progreso científico en la reproducción humana y sus consecuencias en el derecho familiar, 321-347
- providencias para que los cónyuges no causen perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, 158
- prueba pericial en genética, 309-313
- pruebas, de la filiación, 309-313
del estado civil o familiar, 452-454
- reciprocidad de la obligación alimentaria, 252
- reconocimiento, como fuente de la filiación, 297-304
voluntario o forzoso, consecuencias jurídicas del, 316-318
- rectificación de actas, 458
- recuperación de la patria potestad (*Código Familiar de Sonora*), 413
- reformas (en 2008) al CCDF vigente, 178-189
al *Código Civil* de 1928, 12
- régimen de separación de bienes, 121
- regímenes matrimoniales, 89
- registro genético de espermatozoides, 339-340
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud*, 335-337, 342
- Reglamento del Registro Civil*, 463-464
- rendición de cuentas de la administración (*Ley Familiar de Hidalgo*), 400
- repercusión de la bioética en el derecho familiar, 323-325
- representación legal, de los beneficiarios del patrimonio familiar, 445-446
de los hijos, 396
del tutelado, 431
- requisitos, de validez, 70-73
del acto de adopción (basados en el CCDF), 360-362
del convenio en el divorcio voluntario, 124-126
para adoptar y ser adoptado (basados en el CCDF), 356-363
para contraer matrimonio, 65-73
para ser adoptado, 359-360
y características de las inscripciones, 456-457
- respeto mutuo entre padres e hijos: efectos de la patria potestad, 386
- restricciones de la patria potestad, 401-413
- revocación, por causa grave que ponga en peligro al menor, 355
por convenio de las partes, 354-355
por ingratitud del hijo adoptivo, 355
- Rojina Villegas, Rafael**, 26, 61-63, 77, 84, 286, 378, 451
- Sánchez Cordero, Olga**, 189
- Santa Cruz Teijeiro, José**, 19, 22, 61, 417
- Sentíes Melendo, Santiago**, 18
- separación, de bienes, 90
de los cónyuges, 155-156
de los cónyuges por más de dos años, 147-149
del derecho familiar del civil, fundamentos doctrinales que justifican la, 17-18
del domicilio conyugal por más de seis meses consecutivos sin causa justificada, 133-137
judicial de los cónyuges en Centro y Sudamérica, 189-197
- Serrano Suñer, Ramón**, 22, 61, 417
- síndrome de alineación parental (CCDF), 394-395
- situación en que quedarán los hijos, 156-157
- Soberón Acevedo, Guillermo**, 334
- sociedad conyugal, 89, 95-99
- solemnidades en el matrimonio, 68-69
- Solórzano, Antonio**, 8
- soluciones adoptadas en algunos países latinoamericanos, 277-279
- sucesión legítima, derecho a heredar en, 223-224
- sujetos de la inseminación artificial, 327
de la patria potestad y personas que la ejercen, 380-381

suspensión de la patria potestad, 277, 404-405

Terán, Jesús, 10

terminación, de la adopción ordinaria, 353-356

de la patria potestad, 403-404

de la sociedad conyugal, 90, 98-99

o extinción de la tutela, 437

o extinción del usufructo legal (*CCDF*), 399-400

tesis, de Antonio Cicú, 17-21

de Flavio Galván Rivera, 209-211

de Guillermo Cabanellas de la Torre, 30-31

de José Barroso Figueroa, 36-39

de Julián Güitrón Fuentesvilla, 17, 26-28, 33-36

de Julien Bonnetcase, 17, 25-26

de Roberto de Ruggiero, 17, 21-25

que concibe la adopción como un contrato entre particulares, 363

que considera la adopción como un acto de poder del Estado, 363-364

testamento inoficioso por omitirse la pensión alimentaria, 224

tipos de inseminación artificial, 328-329

tutela, 415-440

cautelar (*D.F.*, 2007), 427-435

dativa, 426-427

legítima de los menores en situación de desamparo, 425

legítima de menores y mayores incapacitados, 423-426

quiénes son inhábiles para desempeñarla, 435-436

testamentaria, 421-423

usufructo legal, 396-399

valor de los bienes afectos al patrimonio familiar, 445

Vasconcelos, José, 5

vicios en el consentimiento, ausencia de, 71-73

violencia, económica, 273

familiar, 149-151, 270-280

física, 273

psicoemocional, 273

sexual, 273