

# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL



Medidas Legales que deben adoptarse cuando  
al disolverse el matrimonio la mujer  
se encuentra encinta.

## TESIS

Que para optar al Título de Licenciado en Derecho  
presenta la pasante

**MARIA DE LOURDES DOMINGUEZ DIAZ**

MEXICO, D. F.



1985

FACULTAD DE DERECHO  
COORDINACION DE EXAMENES  
PROFESIONALES



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# I N D I C E

	Pág.
Introducción .....	7
1. ANTECEDENTES HISTORICOS .....	9
1.1. El Digesto .....	10
1.2. El Fuero Real .....	14
1.3. Las Siete Partidas .....	15
1.4. Código Civil de Oaxaca (1827 y 1828) .....	15
1.5. Código Civil de 1870 .....	16
1.6. Código Civil de 1884 .....	18
2. CAUSAS DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO. 20	
2.1. Disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges .....	22
2.1.1. Clase de muerte a la que se refiere la ley .....	25
2.1.2. Modificaciones al Código Civil .....	31
2.2. Disolución del matrimonio por divorcio .....	32
2.3. Nulidad del matrimonio .....	34
3. PRECAUCIONES QUE DEBEN ADOPTARSE CUANDO LA VIUDA QUEDA ENCINTA .....	37
3.1. Capacidad para heredar .....	38
3.1.1. Capacidad para recibir donaciones .....	40
3.2. Protección al naciurus en la legislación .....	41
3.3. Obligaciones de la viuda que queda encinta ...	43
3.3.1. El aviso de la viuda al juez .....	43
3.3.1.1. Reconociimiento del marido de la preñez ....	46

3.3.1.2. Aproximación de la época del parto . . . . .	47
3.3.1.3. Omisión de la viuda . . . . .	47
3.4. Derechos de los interesados . . . . .	48
3.5. Garantías a la viuda . . . . .	50
3.5. 1. Protección al pudor de la mujer . . . . .	51
3.5.1.1. Modificaciones al Código Civil . . . . .	51
3.5.2. Protección a la libertad de la mujer embarazada . . . . .	53
3.5.3. Garantía de audiencia . . . . .	53
3.6. Pensión alimenticia . . . . .	54
3.6.1. Sanción . . . . .	57
3.6.2. Otorgamiento de los alimentos en el caso de aborto . . . . .	58
3.6.3. Resolución judicial sobre los alimentos . . . . .	59
3.7. Suspensión de la partición . . . . .	60
3.8. Pago de acreedores . . . . .	62
3.9. Sanciones penales por delitos contra el Estado Civil . . . . .	63
4. APLICACION DE LAS MEDIDAS CONSIGNADAS EN LA SUCESION A LOS DEMAS CASOS Y SU RELACION CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS. 67	
4.1. Aplicación a otros casos . . . . .	68
4.1.1. A la nulidad del matrimonio . . . . .	68
4.1.2. En el caso de divorcio . . . . .	69
4.1.2.1. Del divorcio administrativo . . . . .	69
4.1.3. En el concubinato . . . . .	72
4.2. Otras figuras jurídicas . . . . .	75
4.2.1. La filiación . . . . .	75
4.2.2. De la tutela testamentaria . . . . .	80
4.2.3. De los testamentos inoficiosos y el hijo póstumo. 82	
4.2.4. De la maternidad disputada . . . . .	85

5. LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE LA REPUBLICA MEXICANA CON RESPECTO A LA MATERIA .....	87
5.1. Estados que tienen legislación similar a la del Distrito Federal .....	87
5.2. Estados que contemplan el caso de la concubina..	88
5.3. Estado en que se hacen aplicables estas medidas a cualquier mujer .....	89
5.4. De los exámenes de laboratorio .....	91
5.5. De los peritos con títulos registrados .....	91
5.6. De la forma de otorgar los alimentos .....	92
5.7. Legislaciones que contemplan el depósito del embarazo .....	93
5.8. Dispensa de obligaciones por reconocimiento expreso del padre .....	93
5.9. Sobre el momento en que se debe verificar la preñez .....	94
5.10. Legislación que habla sobre la administración de los bienes .....	95
5.11. Legislaciones que omiten disposiciones que figuran en el Código Civil para el Distrito Federal .....	95
— CONCLUSIONES .....	97
Bibliografía .....	100

## INTRODUCCION

En diversos pasajes del Código Civil y en muchas leyes especiales, el legislador ampara y protege los derechos del que está por nacer.

Puede ocurrir que al fallecer el esposo la viuda quede en estado de gravidez y sea necesario defender los derechos eventuales que le puedan corresponder en la herencia para el caso de que nazca viable.

Igual situación puede presentarse con respecto a la legitimidad del hijo en los casos de divorcio y nulidad de matrimonio. En uno y otro caso la legislación adopta medidas de precaución que tienen como finalidad no solo resguardar los intereses del que está por nacer sino también para impedir fraudes y actividades dolosas como pueden ser la simulación de parto, sustitución de infante y hacer pasar por viable a una criatura que no lo es. En todos estos casos es funda-

mental el dictamen de los peritos encargados de supervigilar el curso del embarazo y la efectividad del alumbramiento.

Es necesario en este aspecto actualizar la legislación aplicable al caso mediante los procedimientos científicos y de laboratorio en boga en la legislación universal.

La importancia del tema y la manera que se aborda es: analizando primeramente los antecedentes históricos en el capítulo primero. En seguida en el segundo capítulo enmarcándolo dentro de las causales de disolución del vínculo matrimonial.

En el tercer capítulo se estudian específicamente las medidas precautorias a adoptarse cuando se presente el supuesto del embarazo al disolverse el matrimonio. En el cuarto capítulo se desarrollarán figuras de mucha importancia afines con estas medidas.

En el quinto y último se efectúa un estudio comparativo de las legislaciones sobre la materia, de los Estados Federativos que forman nuestra Nación.

## CAPITULO 1

### ANTECEDENTES HISTORICOS

En el desarrollo histórico jurídico de la humanidad, el legislador se ha preocupado del ser desde su concepción, adoptando medidas para evitar que se interrumpa la gestación, asegurar la viabilidad de la criatura nacida y garantizarle que no será privado de lo indispensable para su subsistencia mediante el aseguramiento de los bienes que puedan corresponderle, ya sea como hijo póstumo o cuando se disuelva el matrimonio por otras causas e impedir la suplantación del infante.

A continuación expondré los precedentes más directos del tema que nos ocupa.



## 1.1. EL DIGESTO

Desde el derecho romano encontramos este tipo de disposiciones proteccionistas; en el Digesto, el libro vigesimoquinto y título IV trata de la "Inspección de Embarazo y la Guarda del Hijo". Allí se contemplan medidas tendientes a asegurar la real existencia del hijo, la procedencia de la paternidad y medidas para evitar la suplantación de parto.

El Digesto enumera en el título citado las siguientes medidas:

1o. Nombrarle un guardián a la mujer, llamado curador de vientre.

2o. Elegir el pretor la casa de una señora de conocida honradez "para allí inspeccionarla tres comadronas de probado conocimiento y veracidad. . . si todas ellas o al menos dos declaran que parecía hallarse encinta, debían persuadirla a que aceptase la vigilancia del guardián".<sup>1</sup>

Se contemplaba también el caso de que la mujer no se encontrara embarazada y por lo tanto no llegara a dar a luz, lo que iría contra reputación del marido que hubiera solicitado esta inspección por haber tramado un engaño lesivo para el prestigio de su mujer.

---

<sup>1</sup> A. DORS, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García Garrido y J. Burillo. "El Digesto de Justiniano". Tomo II. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972, p. 196.

Estas dos medidas se aplicaban en los divorcios; en los casos de muerte del marido, si la viuda se creyera encinta, debían adoptarse además las siguientes precauciones:

3o. Notificar el embarazo a los interesados o a su procurador dos veces al mes. Estos tenían la facultad de enviar a una persona para que inspeccionara el curso de la preñez.

4o. Debía aceptar que cinco mujeres libres inspeccionaran a la mujer, siempre y cuando otorgare su consentimiento y dejase reconocer el vientre, nunca en contra de su voluntad, pero si se oponía podían perder los derechos tanto el concebido como ella.

5o. El pretor quedaba facultado para señalar la “casa de una señora de conocida honradez” para que ahí se alojara la mujer encinta.

Las disposiciones que a continuación enumeraré eran comunes para todos los matrimonios disueltos por cualquier causa cuando la mujer encinta fuera a dar a luz.

6o. Treinta días anteriores al momento en que la mujer creyera iba a producirse el alumbramiento, debía dar aviso de ello a los interesados para que estos enviaran a quien inspeccionare el embarazo y parto.

Las medidas anteriores fueron dictadas con el fin de verificar la certeza de la preñez. Las que a continuación se

anotan tenían por objeto evitar la suposición de parto y sustitución del infante y eran:

7o. En la habitación señalada para el parto debía existir sólo una entrada y en caso de haber otra tenía que ser atrancada por uno y otro lado.

8o. Tres hombres libres y tres mujeres de igual condición con dos acompañantes cada uno, es decir un total de diez y ocho personas, debían guardar la puerta de acceso. Cualquier habitación en que se introdujera la mujer que estaba por dar a luz, era revisada por los guardias citados para verificar que nadie estuviera dentro y expulsar a quien se hubiera introducida en ella.

9o. Las personas que podían presenciar el parto, eran sólo aquellas facultadas expresamente por los directamente afectados con el próximo nacimiento, más cinco comadronas, de modo que dentro de la habitación no hubiera más de diez mujeres libres y seis esclavas, con la condición de que ninguna de ellas estuviera encinta.

10o. "Que haya allí por lo menos tres luces, porque la oscuridad es más propicia para suplantaciones, y enséñese lo que nazca a quienes interese o a sus procuradores por si quieren inspeccionarlo".<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> A. DORS, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García Garrido y J. Burillo, *Op. cit.*, pp. 197 y 198.

Es obvio que la presencia de hasta treinta y cuatro personas para actuar de guardianes y comprobar al nacimiento era más que exagerado y privaba de la intimidad a la mujer. Hay que agregar todavía otras medidas más tendientes a comprobar la viabilidad del hijo y evitar se cambiara al recién nacido por otro, y estas son:

11. Debía llevarse al nacido a la casa de la persona que determinara el padre y a falta de éste el pretor para su cuidado y exhibición, cada vez que se le requiriera. Las veces que debía mostrarlo eran: desde su nacimiento a los tres meses de edad dos veces por mes, de los tres a los seis meses una vez por mes, un mes sí y otro no de los seis meses al año y una vez cada seis meses desde el año hasta que pudiese hablar.

En caso de no llevarse a cabo alguna de las indicaciones anteriormente citadas, la pena consistía en privar al póstumo de la posesión de los bienes hereditarios.

Es importante aclarar que se ponía en posesión de los bienes hereditarios a la viuda encinta, nombrándole un cuidador de vientre a cargo del cuidado de los bienes, y éste tenía la obligación de dar los alimentos a la mujer.

Algunos autores consideran que nacieron estas medidas en las Leyes de las Siete Partidas, pero al remontarnos a

la fuente directa, observamos que ya las contemplaba el Digesto, de la manera relatada y tanto el Fuero Real como las Siete Partidas sólo tomaron disposiciones del derecho romano.

## 1.2. EL FUERO REAL

Contempla un sistema sencillo, simple y se resume así como lo indica D. José María Manresa y Navarro: "Si aquél que muere dexare su muger preñada, é no hobiere otros fijes, los parientes más propincuos del muerto en uno con la muger escriban los bienes del muerto ante el alcalde, é tengalos la muger..." Apunta además, que pasarán los bienes posteriormente al hijo o hija que naciera, requiriendo para considerar viable a la criatura el que fuera bautizada.

Para que no existiera engaño alguno, dos mujeres "buenas" darían fe de lo que naciera, la habitación alumbrada y que no entrara ninguna otra mujer embarazada. Finaliza diciendo: "...é si la creatura muriere ante que sea bautizada, hereden su buena los parientes más propincuos del padre é no de la madre, y si después que fuere bautizado muriere, herédele la madre".<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> MANRESA y Navarro, José María. "Comentarios al Código Civil Español". Tomo VII. Tercera Edición. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1910, pp. 157 y 158.

### 1.3. LAS SIETE PARTIDAS

Se refiere al respecto la 3a. Partida en la ley 7a. título 22, que sólo concedía a la viuda, previa petición al juez, el apoderamiento de los bienes del difunto, para alimentarse de ellos hasta el nacimiento del hijo.

La Partida 6a. se refiere al tema en su título 6o. tanto en su ley 16 como la 17. La primera nos indica que “deberá esperarse el nacimiento del póstumo para determinar si adquiere o no los bienes del padre o si pasan a los demás herederos, dependiendo si es viable o no para recibirlos”.

La ley 17 adopta las medidas dispuestas en el Digesto y que no expondré por considerarlas repetitivas y ampliamente descritas con anterioridad.

### 1.4. CODIGO CIVIL DE OAXACA (1827 Y 1828)

La primera codificación civil que existió en América Latina no contemplaba medidas expresas al respecto, mas encontramos que se consideraba capaz al natus de heredar, sujetando esta capacidad al hecho de estar concebido en la época de la muerte del testador y que hubiere vivido 24 horas después de su nacimiento (artículo 762 del ordenamiento referido).

Es de vital importancia mencionar que por la distinción que hacía entre los tipos de hijos, los naturales no recibían más que lo concedido por testamento (artículo 764).

En su artículo 814 nos dice que: “Todas las donaciones hechas por personas que no tienen hijos ni descendientes vivos al tiempo de la donación, . . . serán revocables de pleno derecho por haber sobrevenido al donante un hijo legítimo aunque sea póstumo o por la legitimación de un hijo natural por patrimonio subsecuente, si nació después de la donación”.

No se refiere mucho a la materia que nos ocupa, pero aporta un punto muy importante que es el de considerar viable a la criatura que vive cuando menos veinticuatro horas.

## 1.5. CODIGO CIVIL DE 1870

Este código civil contiene ya un capítulo dentro de las disposiciones comunes a la sucesión testamentaria y a la legítima, llamado “De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta”. Contempla preceptos análogos a los que hoy nos rigen, pero que contienen algunas

expresiones vagas como:

1o. Que debe procederse oportuna y decorosamente a la averiguación de la preñez. Nunca indica cuál es esa forma.

2o. Su artículo 3896 a la letra dice: “cuando el resultado de la averiguación fuere contrario a la certeza de la preñez y la viuda insista en que es verdadera, podrá pedir al juez que con audiencia de los interesados le señale una casa decente, donde sea guardada a vista y con las precauciones necesarias, hasta que llegue el tiempo natural del parto”. No se nota gran avance con respecto al Digesto con esta disposición, debido a que los exámenes médicos aún no eran tan confiables, como lo es hoy una prueba de laboratorio.

3o. El artículo 3899 indica: “La viuda encinta aún cuando tenga bienes, debe ser alimentada competentemente”. En definitiva es vago en forma total este término “competentemente”, que aclara el artículo 3904 del mismo ordenamiento al dar competencia al juez para decidir sobre las cuestiones relativas a alimentos y siempre en sentido favorable a la viuda.



## 1.6. CODIGO CIVIL DE 1884

Son retomadas íntegramente las disposiciones del Código Civil de 1870 bajo el capítulo del mismo nombre en los artículos del 3637 al 3652.

Cabe aclarar que estas medidas se aplicaban sólo al caso de viudez y en la separación de cuerpos, pues aún no se adoptaba la disolución del vínculo matrimonial por causa del divorcio.

En nuestro Código Civil actual aún quedan múltiples disposiciones retomadas de estos dos últimos códigos. No quisiera terminar este capítulo de antecedentes sin anotar dos ejemplos que nos cita el autor Antonio de Ibarrola para demostrar la trascendencia histórica que ha tenido el adoptar medidas ante el próximo advenimiento de un hijo y que son: primero, Catalina la Grande, aseguró el trono sólo por el nacimiento de su hijo; lógicamente se adoptaron un sin fin de precauciones para asegurar la legitimidad de este hecho, y segundo; Eduardo III de Inglaterra, quedó excluido de recibir la Corona de Francia porque su madre Juana d'Evreux fue hija póstuma de Carlos IV, hermano de Isa-

bel de Francia y las mujeres y su descendencia eran excluidas de este tipo de sucesiones.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> IBARROLA, Antonio de. En su libro "Cosas y Sucesiones, en su Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1977, p. 933, Nos cita los dos ejemplos expresados de la siguiente manera: "a) Cuando Sofía Augusta Federica de Anhalt Zerbest, nacida el 21 de abril (2 de mayo en el calendario ruso) de 1729 cambió el 28 de junio de 1744 su nombre por el de Catalina Alexeievna para luego convertirse algún día en Catalina la Grande, recordemos cómo, siendo esposa de Pedro III, y madre de Pablo, el nacimiento de éste le fue valiosísimo para asegurar el trono, y b) Siglos antes, cuando en Francia murió Carlos IV, hermano de Isabel de Francia, dejó encinta a su mujer Juana d'Evreux habiendo dado a luz ésta a una niña, Felipe VI, el atrevido, de Valois, hijo de Carlos de Valois y de Margarita de Sicilia y sobrino de Felipe el Hermoso, fue proclamado Rey en 1328, con exclusión de Eduardo III de Inglaterra, que reclamaba la Corona como nieto de Felipe el Hermoso, por su madre Isabel de Francia, hija de éste y de Juana de Navarra, pero que quedó excluido por recibir su derecho de una mujer. Los legistas aprovecharon bien entonces una norma de derecho contenida en la Ley Sállica que excluye a las mujeres hijas póstumas a la sucesión que viene de los antepasados: así se excluyó a las mujeres de la Sucesión de la Corona de Francia. Dicha ley llamada de los francos sállicos no se conoció antes de la redacción que de ella hizo Clodoveo entre 486 y 496. Carlo Magno hizo otra edición, más bien dicho, otra redacción".

## CAPITULO 2

### CAUSAS DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO

Para los efectos de determinar cuál es el procedimiento que contempla la ley en los casos de disolución del matrimonio cuando la mujer queda encinta, es necesario previamente hacer un estudio acerca de las diversas formas de disolución que contempla la ley civil.

Si bien es cierto que en materia sucesoria es donde el legislador ha establecido diversas normas aplicables a la mujer que queda encinta cuando fallece el marido, no es menos cierto que el Código Civil al referirse a la nulidad del matrimonio y al divorcio hace aplicables a estas situaciones las normas que ha contemplado en el derecho sucesorio.

No ha enumerado el legislador las diversas causas de disolución del matrimonio en una norma individual, como aparece en otras legislaciones,<sup>5</sup> pero de diversas disposiciones podemos deducir que el matrimonio se disuelve según la legislación mexicana por tres razones o causales: muerte, divorcio y nulidad. De igual forma lo hace la doctrina diciendo "La muerte de cualquiera de los cónyuges, el divorcio y la nulidad del acto son las causas que producen la disolución del matrimonio con arreglo a la legislación civil mexicana. Estas causas se clasifican en naturales y civiles. La natural es causa única la muerte de cualquiera de los cónyuges; las demás; el divorcio y la nulidad del acto se consideran civiles".<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> EL CODIGO FAMILIAR DE CUBA, en su artículo 43 dispone: "El vínculo matrimonial se extingue: 1. Por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges.

2. Por la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges.

3. Por la nulidad del matrimonio declarada por sentencia firme.

4. Por sentencia firme de divorcio.

---

<sup>6</sup> DE PINA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Volumen I. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982, p. 337.

## 2.1. DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR MUERTE DE UNO DE LOS CONYUGES

El artículo 22 del Código Civil establece la capacidad jurídica de las personas comenzando por el nacimiento y extinguiéndose con la muerte.

No hay disposición alguna en el Código que establezca en forma especial que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, pero en cambio hay varias, de las cuales se desprende en forma indubitable que una de las formas de disolución del matrimonio es la muerte.

El artículo 243 del Código Civil del Distrito Federal establece que la acción de nulidad que nace de la causa prevista en la fracción V del artículo 156, por el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado, puede deducirse por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público, si este matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido.

Al establecer la ley que el Ministerio Público es el encargado de entablar la acción de divorcio por la causal ya expresada cuando el matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido está señalando categóricamente que el matrimonio se disuelve por este medio.

A pesar de la claridad del lenguaje empleado por el legislador en este artículo es necesario hacer un análisis de otra disposición del Código Civil que vuelve a insistir en el mismo concepto. Se trata de la fracción II del artículo 324 del Código Civil, disposición que se refiere a la presunción de la legitimidad de los hijos de matrimonio. Dice a la letra esta fracción II: “Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio, se presumen hijos de los cónyuges”.

Vuelve a reiterar esta disposición el principio establecido en el artículo 24 de que el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges.

No obstante los términos categóricos empleados por los artículos referidos, a mayor abundamiento podemos citar en apoyo de lo que se sostiene, los artículos 97 y 98 del mismo Código Civil. Ambas disposiciones al referirse a los requisitos que la ley señala para la celebración del matrimonio, indican, que si alguno de los cónyuges es viudo, para que el Juez del Registro Civil pueda autorizar ese matrimonio es necesario que se acredite con el certificado de defunción respectivo, el fallecimiento del cónyuge anterior.

De ambas disposiciones se desprende en forma que no da lugar a dudas que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, pues la prueba del fallecimiento permite al viudo contraer nuevo matrimonio y el Juez del Registro Civil, si no fuera este el sentido que el legislador ha dado a ambas normas, tendría que abstenerse de autorizar el nuevo matrimonio.

Dice al respecto el artículo 97 en su fracción I que las personas que pretendan contraer matrimonio deben presentar un escrito al Juez del Registro Civil en el que deben constar los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si estos fueran conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados se expresará también el nombre de la persona con quien celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de éste.

El artículo 98 en su fracción VI establece que debe acompañarse copia del acta de defunción del cónyuge fallecido, si alguno de los contrayentes es viudo.

Esta es una prueba más de que el legislador ha considerado como causal de disolución del matrimonio la muerte de uno de los cónyuges.

### 2.1.1. CLASE DE MUERTE A LA QUE SE REFIERE LA LEY

Existe un procedimiento especial en el Código Civil con respecto a los ausentes y a los desaparecidos. No pueden quedar en la incertidumbre derechos y obligaciones contraídas por personas que se ausenten por largo tiempo de su domicilio, ignorándose su paradero y si en realidad viven o han muerto; o si desaparecen en un accidente como un naufragio, una explosión, operación bélica, etcétera.

“La ausencia es un procedimiento jurídico para resolver aunque no sea en forma definitiva numerosos problemas, que surgen con la desaparición de una persona relativos a sus bienes, a los derechos de los presuntos herederos, a la situación jurídica del cónyuge, a la protección de los hijos menores y en fin, a los acreedores de la persona cuyo paradero se ignora”.<sup>7</sup>

Se ha seguido un procedimiento que tiene como finalidad resolver los casos de incertidumbre en cuanto a las relaciones jurídicas pendientes que existan entre los desaparecidos o ausentes y terceros. Es denominada en la legislación mexicana y universal declaración de muerte presunta.

---

<sup>7</sup> GALINDO Garfias, Ignacio. “Derecho Civil”. Primer Curso. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979, p. 363.



El legislador supone que la persona que se ausenta por largo tiempo sin que se tenga noticias de él ha muerto probablemente. Lo mismo podemos decir de los desaparecidos.

En la legislación universal, la muerte presunta de un ausente o desaparecido disuelve también el matrimonio si dicha persona se encontraba casada en razón de que se siguen después de la declaración de muerte presunta los mismos procedimientos de orden sucesorio y demás que la ley señala para el caso de muerte natural física.

Sin embargo el Código Civil del Distrito Federal en el artículo 267 en su fracción X establece que es causal de divorcio la declaración de ausencia legalmente hecha o de presunción de muerte en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta, que preceda la declaración de ausencia.

No es que el legislador haya omitido por olvido declarar disuelto al matrimonio cuando legalmente el tribunal decreta la muerte legal o presunta, porque en los artículos 698, 704 y 713 se preocupa especialmente del ausente casado en relación con la sociedad conyugal si este régimen patrimonial hubiere elegido el ausente al contraer matrimonio.

No parece lógico el sistema empleado por el legislador en esta materia, porque la declaración de muerte presunta,

debe tener las mismas consecuencias legales que la muerte natural, y por consiguiente, el matrimonio debiera quedar disuelto automáticamente, ipso jure con la declaración de muerte legal para los efectos de que no se presenten en la práctica, situaciones que atentan en contra de los más elementales principios de la lógica jurídica, pues no es concebible que una persona viva, se encuentre legalmente casada con otra declarada legalmente muerta.

Además de acuerdo con lo establecido en el artículo 267, la declaración de muerte presunta, autoriza al cónyuge que sobrevive para entablar una acción de divorcio, pero esta disposición no está en armonía con el artículo 290, ubicado también en el capítulo de divorcio. Esta última disposición establece que la muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera dicho juicio. O sea que la muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, en cambio la muerte legal o presunta de uno de ellos, recién autoriza para iniciar un juicio de divorcio. Situaciones que se apartan evidentemente de los principios de la lógica jurídica.

Se presenta además otro problema, ¿cuál será el legítimo contradictor en este nuevo juicio?; ¿quién representará al

ausente?; ¿son acaso sus herederos?, y si son estos, ¿cómo es posible que tengan capacidad de representar al ausente declarado presuntivamente muerto? En circunstancias que la declaración de muerte presunta ¿no acarrea las mismas consecuencias legales que la muerte natural o física?

El artículo 720 del Código Civil para el Distrito Federal establece: “El representante y los poseedores provisionales y definitivos, en sus respectivos casos, tienen la legítima procuración del ausente en juicio y fuera de él”. Este artículo establece la representación del ausente, ¿ésta comprende también la del declarado ya muerto presunto?. Al parecer tendrían que ser los herederos los legítimos contradictores en el juicio de divorcio.

¿Podría sostenerse que los artículos 243 y 324 del Código Civil al establecer que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges involucra en esta expresión, tanto a la muerte natural o física, tanto como la legal o presunta?

Es sabido que en esta expresión muerte, queda comprendida no sólo la muerte física, sino también la legal, puesto que esta última se equipara en sus efectos a la física. También es sabido, que cuando el legislador no hace distinción sobre determinadas expresiones, no le es lícito al intérprete hacer distinción alguna.

Iniciadas las gestiones de ausencia, ¿puede el cónyuge presente accionar el divorcio basándose en las fracciones VIII, IX y XVIII del artículo 267?, o ¿debe esperar la declaración de ausencia o de muerte? ¿Serían excluyentes estas fracciones en presencia de la fracción X? La verdad es que esta interpretación de representación y del momento de iniciar el procedimiento de divorcio podría sostenerse aún en presencia de la fracción X del artículo 267, pues el cónyuge puede entablar la acción de divorcio no sólo cuando se ha declarado presuntivamente muerto al ausente, sino también desde el instante mismo en que se ha dictado la resolución judicial de ausencia en los casos que la ley contempla.

Tal vez el legislador quiso evitar la bigamia del cónyuge presente, para el caso de que el ausente reapareciera, pero esa situación quedaría descartada si en la resolución del juez que declara la presunción de muerte quedare también disuelto el matrimonio. La misma razón que permite al cónyuge presente entablar la acción de divorcio desde que se decreta la ausencia y también después de la declaración de muerte presunta, sería válida en el caso que comentamos.

En el Código Civil Francés, se contempla la posibilidad de que el cónyuge ausente reaparezca después de haber con-

traído matrimonio el cónyuge presente, y se establece ahí un procedimiento especial sobre la nulidad de este último matrimonio. Dispone el artículo 130 del Código Civil Francés: “El esposo ausente cuyo cónyuge haya contraído nueva unión será el único que podrá impugnar ese matrimonio por sí o por apoderado provisto de la prueba de su existencia”.

La verdad es que no puede el legislador dejar subsistente un matrimonio entre una persona viva y otra cuyo paradero se ignora o se supone muerto en alguna catástrofe. No puede condenarse al que se ha comportado conforme a las reglas sociales a mantener una relación conyugal unilateral, y que no pueda contraer nuevas nupcias mientras no transcurran los plazos tan amplios que contempla el Código Civil en el procedimiento de ausencia.

Afortunadamente la modificación introducida por la ley del 27 de diciembre de 1983 al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, agregando una nueva causal de divorcio, por la ruptura de la vida en común, en la fracción XVIII que dice: “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”. Ha venido a solucionar suficientemente el problema planteado.

Esto permite al cónyuge presente iniciar la acción de divorcio antes de los plazos señalados en la fracción X del artículo 267.

### 2.1.2. MODIFICACIONES AL CODIGO CIVIL

Como las respuestas a los interrogantes formuladas pueden o no tener asidero en la legislación civil actual, se hace necesario para mayor seguridad, una reforma a la legislación civil estableciéndose la disolución del matrimonio como consecuencia de la declaración de la muerte presunta del ausente o del desaparecido.

## 2.2. DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO

Los artículos precedentemente citados al establecer que la muerte de uno de los cónyuges disuelve el matrimonio, se encuentran en perfecta armonía con las disposiciones sobre el divorcio, que es otra de las causales de disolución del matrimonio. Del contexto de las diversas disposiciones citadas se desprende lo anterior (artículos 243 y 324 fracción I).

“La palabra divorcio en el lenguaje corriente contiene la idea de separación; en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado para tal efecto, y por causa determinada de modo expreso”.<sup>8</sup> Así queda definido el divorcio y las causas expresas las señala el mismo legislador.

El legislador ha sido muy explícito en esta materia y en el artículo 266 del Código Civil establece en forma categórica que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, principio que reitera el artículo 289, al decir que en virtud del divorcio

---

<sup>8</sup> DE PINA, Rafael. Op. cit., p. 338.

los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> ROJINA Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I, Décima séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980, p. 350. Nos expone la Ley sobre Relaciones Familiares y al respecto dice: "A partir de esta ley, expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble, y que por tanto, el divorcio sí daba término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados, celebrar nuevas nupcias. En este capítulo siguiente nos referiremos a la primera ley sobre divorcio vincular, expedida también por Carranza en el mes de diciembre de 1914.

El artículo 75 de aquella ley estatuyó: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Por virtud del divorcio, decía el artículo 102, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en este último caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

Art. 140: La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

El Código Civil vigente en su artículo 266 reprodujo el artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares y que a la letra dice: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".



### 2.3. NULIDAD DEL MATRIMONIO

En doctrina se ha discutido si la nulidad es causa de disolución del matrimonio, porque se disuelve lo legalmente contraído, y si posteriormente el nexo jurídico desaparece con la nulidad, no se puede hablar de disolución de algo que no ha existido, puesto que a los efectos de una nulidad declarada retrotraen las cosas al estado anterior.

Esta opinión no es compartida por muchos autores. Ya Colín y Capitant apuntaban que en las cuestiones tocantes a los casos de nulidad del matrimonio, "implican numerosas e importantes derogaciones concernientes a la nulidad de los actos jurídicos".<sup>10</sup>

En nuestro derecho el mismo código establece que la nulidad es una causal de disolución del matrimonio y así lo dice en forma categórica la fracción II del artículo 324 cuando al referirse a la presunción de la legitimidad de los hijos

---

<sup>10</sup> COLIN, Ambrosio y H. Capitant. "Curso Elemental de Derecho Civil". Tomo I. Madrid, 1952, p. 374. Al referirse al caso excepcional de la nulidad en el matrimonio exponen dos casos: "En primer lugar la diferencia obedece, al desenvolvimiento independiente y autónomo adquirido por las teorías de las nulidades del matrimonio debido a la competencia especial que pertenecía, en esta cuestión, a los tribunales eclesiásticos, es decir a jurisdicciones distintas a aquellas que estatúan en contratos ordinarios. Además por la gravedad excepcional que presenta la anulación del matrimonio. Declarar que dos personas que viven como marido y mujer no han estado casados, que desde entonces sus hijos son bastardos... es evidentemente más molesto que anular una venta o un arrendamiento".

de matrimonio, establece que los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio, se consideran hijos del marido. Enumeró taxativamente las tres causales de disolución de matrimonio, haciendo especial incapié en la nulidad del contrato.

De este modo en nuestra legislación no puede haber duda al respecto, porque en nuestro derecho se encuentra expresamente establecido que la nulidad disuelve el matrimonio.

Hemos hecho un análisis de las distintas causales de disolución del matrimonio que contempla el Código Civil, porque con respecto a la materia que comprende nuestra tesis, las medidas que deben adoptarse en el derecho sucesorio cuando muere el marido y la esposa queda encinta, no sólo son aplicables a este caso específico, sino también a los demás casos de disolución de matrimonio, según lo establecen los artículos 263 y 282 fracción V, diciendo el primero: "Si al declararse la nulidad del matrimonio la mujer estuviera encinta, se tomarán las precauciones a que se refiere el capítulo primero del Título Quinto del Libro Tercero". El segundo agrega: "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mien-

tras dure el juicio, las disposiciones siguientes: fracción V.  
Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que queda encinta”.

## CAPITULO 3

### PRECAUCIONES QUE DEBEN ADOPTARSE CUANDO LA VIUDA QUEDA ENCINTA

En materia sucesoria puede ocurrir que muera el esposo, y su viuda quede encinta. En este caso pueden presentarse varias situaciones jurídicas que vamos a analizar.

De conformidad con las disposiciones del derecho sucesorio si no ha habido testamento o si habiéndolo no se ha considerado por el testador esta situación, la ley se encarga de regular los resultados.

### 3.1. CAPACIDAD PARA HEREDAR

Sabido es que para ser heredero se requiere, tener capacidad jurídica. Establecen los artículos 1313 y 1314 del Código Civil, cuándo esta capacidad jurídica adquiere eficacia.

Dispone el artículo 1313 que todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean tienen capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella de modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes pueden perderla por alguna de las causas siguientes: primero falta de personalidad, y el artículo 1314 establece que son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia;<sup>11</sup> o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337 del mismo ordenamiento.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> ESCRICHE, J. "Diccionario de Legislación y jurisprudencia", Madrid, 1956, pp. 798 y sigs. Sobre del hijo póstumo, Escriche apunta lo siguiente: "Si a los ojos de cierta secta de filósofos y fisiologistas no es el feto más que una parte de las entrañas de la madre, pars viscerum matris, a los del legislador por el contrario es un ente con vida, una persona que luego tendrá necesidad de bienes, y por tanto se considera ya con suficiente capacidad para adquirirlos, a lo menos de derecho".

---

<sup>12</sup> ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XIV, Edición Bibliográfica Argentina, voz, "Hijo Póstumo", nota del Dr. Mateo Goldstein, p. 46, que dice: "el hijo póstumo tiene los mismos derechos que el hijo nacido antes de la muerte del padre; y mientras existe en el vientre de su madre, se le considera nacido para los efectos de derecho siempre que se trata de su bien o utilidad y particularmente para los efectos sucesorios".

Para ser heredero es necesario tener la calidad jurídica de persona y esta se adquiere según el artículo 337 cuando el feto se encuentra desprendido enteramente del seno materno y vive veinticuatro horas, o es presentado vivo al Registro Civil.

Sin embargo el legislador da por nacido de acuerdo con el artículo 22 al ser en gestación <sup>13</sup> para el caso de que nazca viable. También lo ha considerado en la sucesión por causa de muerte estableciendo que es capaz de heredar el ser que se encuentra concebido antes de la muerte del autor de la herencia, para el caso de que nazca viable.<sup>14</sup>

De ahí que tengan mucha importancia, las diversas medidas que establece el código para el caso de que al morir el esposo, su viuda se encuentra encinta.

---

<sup>13</sup> MEZA Barros, Ramón. "Manual de la Sucesión por causa de Muerte y Donaciones entre vivos". Manuales Jurídicos No. 51, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1959, p. 44, que afirma: "Con todo, la criatura simplemente concebida al tiempo de abrirse la sucesión, puede suceder. Los derechos que se le habrían deferido si viviese permanecerán en suspenso hasta que el nacimiento se efectúe".

---

<sup>14</sup> MEZA Barros, Ramón. Op cit., p. 45. "El concebido no nacido adquiere pues, un derecho eventual, dependiente de que se efectúe el nacimiento, de que su existencia "natural" se convierta en existencia "legal".

### 3.1.1. CAPACIDAD PARA RECIBIR DONACIONES

El mismo principio que se consigna en las dos disposiciones anteriores las encontramos en el artículo 2357 con respecto a las donaciones. Esta disposición establece que los no nacidos pueden adquirir por donación con tal de haber estado concebidos al tiempo que se hizo y que sean viable conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

Dijimos en un principio que el artículo 22 establece la capacidad jurídica de las personas físicas, que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte; pero desde el momento que un individuo es concebido, entra dentro de la protección de la ley se le tiene por nacido para los efectos declarados en el citado código.

Asimismo Antonio de Ibarrola afirma: "La ley se preocupa por las personas que aun no han nacido; pero que tienen vida intrauterina. El legislador debe proteger en especial a los niños que van a nacer.

Los derechos del POSTUMO arrancan de la concepción, y es preciso por ende asegurarse la legitimidad del parto, evitando simulaciones y fraudes que perjudicarían a los verdaderos herederos".<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> IBARROLA, Antonio de. Op. cit., p. 933.

### 3.2. PROTECCION AL NACITURUS EN LA LEGISLACION

A través del estudio que hemos realizado sobre esta materia hemos podido constatar que son muchas las ocasiones en que el legislador se encuentra atento a considerar la situación del naciturus, pero tal vez es en las leyes laborales y en las de seguridad social, en donde encontramos con más propiedad la intervención del legislador en la protección del niño que está por nacer, y ha sido tal la preocupación de los gobernantes por amparar al naciturus que se ha elevado a rango constitucional esta protección y encontramos en el artículo 123 de nuestra constitución política en el apartado A fracción V lo siguiente: "Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y derechos que hubieren adquirido por la realización de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos".



En el apartado B, fracción XI, inciso c), se señala: “Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles”.

### 3.3. OBLIGACIONES DE LA VIUDA QUE QUEDA ENCINTA

De acuerdo con las disposiciones que contempla el Código de Procedimientos Civiles, a la muerte de una persona que deja una herencia, se hace intervenir a los órganos judiciales mediante el llamado juicio sucesorio.

Nuestro Código Civil contiene un capítulo especial llamado “De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta”, dentro de su título Quinto, que contiene las disposiciones comunes a las sucesiones testamentarias y legítimas, que nos habla sobre el tema.

#### 3.3.1. EL AVISO DE LA VIUDA AL JUEZ

Dispone el artículo 1638 del Código Civil: “Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo”.

El Jurista Manresa y Navarro, comentando el Código Civil de su país dice: “Cuando la viuda del autor de la heren-

cia creyera haber quedado encinta, la viuda no ha de esperar a cerciorarse de la exactitud del embarazo; debe avisar sólo en cuanto crea o tenga sospecha de que está encinta”.<sup>16</sup>

En nuestra legislación, el aviso debe ponerlo en conocimiento del juez que conoce del juicio sucesorio dentro del término de cuarenta días. Antonio de Ibarrola llama a este aviso “un toque de atención”, que da comienzo a un estado de incertidumbre”.<sup>17</sup>

No especifica el Código desde cuándo debe contarse ese plazo, pero al parecer comienza a correr desde que interviene el juez en los trámites que establece el Código de Procedimientos Civiles.

El juez recibida la declaración de la mujer debe ordenar que se notifique de este acontecimiento a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> MANRESA y Navarro, José Ma. Op. cit., p. 164.

---

<sup>17</sup> IBARROLA, Antonio de. Op. cit., p. 934.

---

<sup>18</sup> MANRESA y Navarro, José Ma. Op. cit., p. 183. Afirma: “Al quedar encinta la viuda, la transmisión de la herencia del causante se halla afecta a determinada condición: la de que el ser concebido llegue o no a nacer en condiciones legales. Esta condición debe estimarse suspensiva con relación al póstumo, puesto que al cumplirse, al llegar a nacer éste, determina la adquisición de su derecho a la herencia. En cambio, respecto a los herederos designados por la ley o por el testador, ha de estimarse resolutoria, puesto que ese mismo cumplimiento, determinado por el hecho de nacer el póstumo, ocasiona la extinción de su derecho hereditario, ya en absoluto, ya en cuanto a su extensión, según que deba desaparecer o solamente disminuir por tal circunstancia”.

Es preciso recordar que al fallecimiento de uno de los cónyuges el sobreviviente de conformidad con lo descrito en el artículo 205 continúa en la posesión y administración del fondo social, con la intervención del representante de la sucesión mientras no se verifique la partición. Este representante de la sucesión no es otro que el albacea, o sea el ejecutor según lo dispone el artículo 1704 del Código Civil.

Es del caso advertir que el artículo 205 al referirse al albacea lo denomina representante de la sucesión, expresión que viene a aclarar la duda de los juristas, algunos de los cuales desconocen al albacea la calidad de representante de la sucesión.

Reafirman lo anterior los artículos 832 y 833 del Código de Procedimientos Civiles que a la letra dice: Artículo 832 “El cónyuge supérstite tendrá la posesión y administración de los bienes de la sociedad conyugal, con intervención del albacea, conforme al artículo 205 del Código Civil, y será puesto en ella en cualquier momento en que lo pida, aunque antes la haya tenido el albacea u otras personas, sin que por esto pueda empeñarse cuestión alguna.

Contra el auto que otorgue la posesión y administración al cónyuge, no se admitirá ningún recurso; contra el que la niegue habrá el de apelar en ambos efectos”.

Y el artículo 833 afirma: "En el caso del artículo anterior, la intervención del albacea se concentrará a vigilar la administración del cónyuge, y en cualquier momento en que se observe que no se hace conveniente dará cuenta al tribunal, quien citará a ambos a una audiencia para dentro de los tres días siguientes, y dentro de otros tres resolverá lo que proceda".

### 3.3.1.1. RECONOCIMIENTO DEL MARIDO DE LA PREÑEZ

Dispone el artículo 1641, que si el marido reconoció en documento público o privado la certeza de la preñez de su consorte, ésta no está obligada a dar el aviso a que se refiere el artículo 1638 del mismo Código Civil, dentro del plazo de cuarenta días que ahí se señala.

Sin embargo está obligada la mujer a dar el aviso al juez cuando se aproxima la fecha del parto.

### 3.3.1.2. APROXIMACION DE LA EPOCA DEL PARTO

Dispone el artículo 1640 que háyase o no dado el aviso de que habla el artículo 1638, al aproximarse la época del parto, la viuda debe ponerlo en conocimiento del juez para que lo haga saber a los interesados.

Agrega este artículo que los interesados tienen el derecho de pedir al juez el nombramiento de una persona para que se cerciore de la realidad del alumbramiento.

El nombramiento debe recaer en médico o partera, o sea en personas conocedoras y reconocidas en la materia.

### 3.3.1.3. OMISION DE LA VIUDA

La omisión de la madre no perjudica la legitimidad del hijo, así lo dispone el artículo 1642, si por otros medios legales puede acreditarse la legitimidad. Encontramos aquí nuevamente una protección para el hijo, que no deberá sufrir las consecuencias por negligencia de la madre.

### 3.4. DERECHOS DE LOS INTERESADOS

No sólo trata el legislador de cautelar los derechos del ser en gestación, sino que también resguarda los derechos de los demás interesados en la herencia para evitar medidas dolosas que tengan como finalidad lesionar los derechos de éstos.

El problema primero que surge es el determinar quiénes son los interesados. La Doctrina dice que: "Es verdad, que antes de procederse al repartimiento de los bienes o bien para resolver la problemática que nos ocupa debe saberse quiénes son los asignatarios, pero, toda persona deja al morir una o varias que ostentan esta calidad, que pueden demostrarla sin previo juicio, ya encuentren su vocación sucesoral en el testamento o en la ley. Si el testamento es el que les sirve de título, les bastará la exhibición del instrumento; si el título es la ley, por tratarse de sucesión intestada, les será suficiente acreditar que ocupan el grado correspondiente en el respectivo orden sucesoral. Esto y nada más se necesita para que ya la ley los califique de asignaciones y los considere como partes en el juicio de sucesión."<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> GONZALEZ Gómez, Eudoro. Revista "Estudios de Derecho", Organo de de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía. Volumen X, No. 28, mayo 1948. Medellín, Colombia. Sobre "Suspensión de la Partición", pp. 45-48.

Manresa y Navarro apunta que “las personas, que desde luego heredarían con arreglo al testamento o a la ley si no quedase encinta la viuda, son los verdaderos interesados a quienes debe darse conocimiento del embarazo. . . El precepto es general: la viuda lo mismo debe avisar a los interesados extraños, que a los parientes colaterales, a los ascendientes, a los hijos de otro matrimonio, o a sus propios hijos. . . Puede dudarse si el aviso debe extenderse a los legatarios, cuando su derecho en la herencia pueda desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo. . . También deberá avisarse a los albaceas universales, en su caso, como verdaderos interesados”.<sup>20</sup>

Los interesados una vez recibida la comunicación pueden pedir al juez que dicte las providencias convenientes para evitar: a) La suposición del parto, b) La sustitución del infante, c) O que se haga pasar por viable a la criatura que no lo es.

Debemos reconocer que los temores expresados por el legislador en el artículo 1639 son de tal magnitud que de llegar a efectuarse alguno de los hechos ahí enumerados se caería dentro de la órbita de la legislación penal, por consiguiente

---

<sup>20</sup> MANRESA y Navarro, José María. Op. cit., pp. 163 y 164.



el juez debe, de acuerdo con las circunstancias que se presenten en cada caso particular, adoptar las medidas que él considere útiles y necesarias para evitar que no se llegue a los extremos que esta disposición señala.

Reconocemos que es difícil la tarea del juez cuando no hay entendimiento entre los diversos interesados integrantes de una sucesión, por esto creo que el Ministerio Público sería el encargado de supervigilar debidamente la tramitación procesal que la ley impone a la viuda, para evitar cualquiera de los tres supuestos que señala el artículo 1639 del Código Civil.

### 3.5. GARANTIAS A LA VIUDA

No especifica el legislador la naturaleza de las providencias que debe dictar el juez, para impedir que ocurra alguno de los supuestos que señala el Código Civil en el artículo 1639, sólo se limita a expresar que las medidas que dicte, no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda.

### 3.5.1. PROTECCION AL PUDOR DE LA MUJER ENCINTA

Sería atentar contra el pudor de la viuda permitir que cualquier persona ajena a la profesión médica tratase de practicarle exámenes supuestamente ginecológicos.

En la actualidad existen un sin fin de procedimientos que permiten con certeza determinar el embarazo, sin posibilidades de error alguno con veinte días posteriores a la concepción por cualquier químico de laboratorio.

El maestro Gutiérrez y González propone una reforma al Código Civil en este aspecto diciendo "en esta materia, se podría establecer una norma en la cual se dijera que la viuda a petición de la parte interesada, debe sujetar a un análisis de laboratorio, los fluídos de su organismo".<sup>21</sup>

#### 3.5.1.1. MODIFICACIONES AL CODIGO CIVIL

Se hace evidente por todo lo anteriormente expuesto, que sería conveniente modificar nuestro Código Civil en esta materia, como ya lo ha hecho uno de los Estados de la Fed-

---

<sup>21</sup> GUTIERREZ y González, Ernesto, "El Patrimonio" Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio. Segunda Edición. Editorial Cajica, S.A. México, 1982, p. 656.

ración. Tenemos aquí al Código Civil del Estado de Campeche que en su artículo 1536, en su segundo párrafo nos dice:

“El juez que conozca de la sucesión y a petición de los interesados, podrá mandar practicar dentro de los mismos cuarenta días, una reacción ASCHEIN - ZONDEK o de Friedman a la viuda para comprobar el estado de preñez cuyo resultado, se notificará a las personas a que se refiere el primer párrafo de este artículo”.

Se nota un gran avance por parte del legislador al elaborar el artículo anteriormente citado. Aunque posiblemente sería más conveniente que tal reforma no especificara, por la posibilidad de ulteriores nuevos descubrimientos en este tipo de pruebas, dejaran anacrónicas las dispuestas por el código.

Debería en mi opinión, solicitarse en esta materia se acredite el embarazo en el momento de dar el aviso al juez mediante certificado de laboratorio de dependencia debidamente reconocida. El tipo de reacción que se practique a los fluídos del organismo de la mujer debiera dejarse a los conocimientos de los químicos laboratoristas, que son los peritos en la materia.

De esta manera considero se evitará defraudar a los posibles herederos y no atenta ni al pudor ni a la libertad de la mujer.

### 3.5.2. PROTECCION A LA LIBERTAD DE LA MUJER EMBARAZADA

Sería atentar en contra de la libertad de la mujer colocarla en depósito en alguna casa determinada, como se hizo notar en los antecedentes de esta tesis.

Debemos recordar, que afortunadamente en materia de divorcio, la ley del treinta y uno de diciembre de 1974, modificó la fracción II del artículo 262 del Código Civil, que permitía mientras durara el juicio de divorcio, el depósito de la mujer en casa de persona de buenas costumbres, lo que considero era tentatorio en contra de la garantía constitucional referente a la libertad individual.

### 3.5.3. GARANTIA DE AUDIENCIA

Dispone el artículo 1647 que para cualquiera de las diligencias que se pratiquen conforme a lo dispuesto en el capítulo "De las medidas que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta" deberá ser oída la viuda.

Mateos Alarcón nos dice: "Se comprende que en todas las diligencias que se practiquen, ya con motivo de la prestación

o denegación de alimentos, ya en orden al reconocimiento o averiguación del embarazo, depósito de la viuda, etc., debe ser oída ésta, toda vez que es personalmente interesada en ellas, y no es justo privarla de los medios de defensa que pudiera emplear”.<sup>22</sup>

### 3.6. PENSION ALIMENTICIA

La viuda que quedare encinta, deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria, dispone el artículo 1643, aún cuando tenga bienes.

Esta es una pensión alimenticia temporal y es una verdadera deuda hereditaria y tiene una particularidad que difiere de los demás casos de otorgamiento de prestaciones alimentarias.

Es requisito esencial para que proceda el pago de una pensión alimenticia que el acreedor no tenga bienes, o si los tiene, ellos sean insuficientes para la subsistencia, según lo establece el artículo 1370, que dispone que no hay obligación de dar alimentos a las personas que tengan bienes, pero si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderle, la obligación se reduciría a lo que falte para complementarla.

---

<sup>22</sup> MATEOS Alarcón, Manuel, "Lecciones de Derecho Civil", Tomo VI. Tipográfica y Litográfica "La Europea". México, 1900, p. 403.

A mayor abundamiento el artículo 311 dispone que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y al que debe recibirlos.

Estas limitaciones no se aplican a la mujer encinta ya que aun cuando ella tenga bienes, existe la obligación de proporcionárselos durante el tiempo que dure el embarazo.

El legislador no lo dice en forma categórica, pero se desprende ello del contexto de las demás disposiciones de este capítulo.

Posiblemente exista en el Código otro caso excepcional en que tiene derecho a alimentos la persona que tiene medios de subsistencia, este lo encontramos en el artículo 319 del Código Civil que dispone: "En los casos en que los que ejercen 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 esta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejercen la patria potestad".

Como el usufructo corresponde sólo a la mitad de las utilidades que obtengan de los bienes del hijo y la otra mitad

pertenece a éste; nos encontramos aquí con un caso en que el acreedor de alimentos, no obstante tener bienes que son equivalentes a su porcentaje de utilidades, los gastos que demanda la alimentación de ese hijo, no se pagan con los bienes que él posee, si no que debe cubrirlos íntegramente la persona que ejerce la patria potestad.

Posiblemente este caso y el de la viuda que queda encinta sean las dos situaciones de excepción que comentamos en el sentido de que una persona no obstante poseer bienes, la ley lo considera acreedor alimenticio.

### 3.6.1. SANCION

Si la viuda no cumple con lo dispuesto en los artículos 1638 y 1640, o sea si omite dar los avisos al juez, los interesados pueden negarle los alimentos cuando tenga bienes, pero si por averiguaciones posteriores resultare cierta la preñez, se deberán abonar los alimentos que dejaron de pagarse.

Según se desprende de este artículo, si la viuda omite dar los avisos, puede privársele del derecho de alimentos cuando tenga bienes solamente, pero ellos son exigibles si no los tiene.

Al respecto Manresa y Navarro nos dice: "Establecida la obligación de avisar principalmente en interés de la viuda y del póstumo, es por eso que debe ser la viuda la primera interesada en cumplir esa obligación."<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> MANRESA y Navarro, José Ma. Op. cit., p. 166.



Al respecto Mateos Alarcón afirma: “A nuestro juicio, esta sanción de las obligaciones que la ley impone a la viuda sufre una excepción, porque la falta de cumplimiento de ellas no hace menos cierta la existencia del embarazo, y en todo caso, por el peligro que hay de que, siendo cierto, se cause un mal a la mujer y al feto, cuando aquélla ha sido omisa tal vez por ignorancia y sin malicia alguna”.<sup>24</sup>

### 3.6.2. OTORGAMIENTO DE LOS ALIMENTOS EN EL CASO DE ABORTO

Dispone el artículo 1645, que si hubiera aborto o no resultare cierta la preñez, la viuda no está obligada a devolver los alimentos percibidos, salvo que el embarazo hubiera sido contradicho por dictamen pericial.

La doctrina nos dice “El aborto no extingue el derecho que tiene la viuda para percibir alimentos, sino para lo futuro, mientras no acontece subsiste en derecho”.<sup>25</sup>

“La protección que concede al concebido el Derecho Público y que viene formulada en el Código Penal al tipificar

---

<sup>24</sup> MATEOS Alarcón, Manuel. Op. cit., p. 401.

---

<sup>25</sup> MATEOS Alarcón, Manuel. Op. cit., p. 402.

el delito de aborto es otro tipo. Se trata de garantizar la posibilidad de completar la gestación y de nacer. El bien jurídicamente protegido es la vida.

Por lo tanto es una protección absoluta e incondicionada, mientras que el Derecho Privado, por tratarse de intereses, es una protección relativa y condicional".<sup>26</sup>

### 3.6.3. RESOLUCION JUDICIAL SOBRE LOS ALIMENTOS

Dispone el artículo 1646 que el juez decidirá de plano todas las cuestiones relativas al caso de la viuda, resolviendo en caso dudoso en favor de ésta.

Contempla en esta disposición el Código Civil una situación especial relacionada con la interpretación de los asuntos relacionados con los alimentos, porque en los casos dudosos el juez está obligado a acoger los planteamientos que haga la viuda, pues el código en este artículo consigna una disposición especial de hermenéutica legal favorable a la viuda.

---

<sup>26</sup> MASCAREÑAS, C. E. "El Naciturus". Revista de Derecho Puertorriqueño No. 22, octubre-diciembre, Año VI, Ponce, Puerto Rico, 1966, p. 116.

### 3.7. SUSPENSION DE LA PARTICION

Dispone el artículo 1768 que a ningún coheredero puede obligarse a permanecer en la indivisión de los bienes ni aun por prevención expresa del testador. Sin embargo el artículo 1648 dispone que la división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto<sup>27</sup> o hasta que transcurra el término máximo de la preñez;<sup>28</sup> más los acreedores podrán ser pagados por mandato judicial.

---

<sup>27</sup> MASCAREÑAS, C. E. Op. cit., p. 116. Este autor nos dice: "Se pueden dar diversas maneras de proteger los intereses del concebido hasta que nazca. Son las siguientes:

a) Abrir un paréntesis a la vida jurídica de todas las relaciones en que esté interesado el concebido, cerrándose sólo cuando nazca.

b) Dejar surtir a estas relaciones sus efectos; pero no en favor del concebido, sino de las personas a quienes beneficiarían, en caso de no realizarse el nacimiento.

c) Atribuir, desde luego, al concebido (y en su nombre al que lo presente), aunque á reserva de restitución si el concebido no naciese".

Clasificamos la suspensión de la partición en el primer inciso.

---

<sup>28</sup> PINA, Rafael de. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Volumen II Octava Edición. Revisada y actualizada por Rafael de Pina Vara. Editorial Porrúa, México, 1980, p. 410. Nos refiere: "Cómo al concebido se le reputa nacido para todo lo favorable, con tal de que nazca con todos los requisitos precisos para ser considerado como persona, mientras no tenga lugar al alumbramiento, no puede procederse a la partición de la herencia, sin riesgo de que deje de ser definitiva, ni sería justo, por otra parte, que se prescindiera de la personalidad reconocida al póstumo".

Este artículo contempla un caso excepcional en que la partición debe suspenderse porque si el hijo nace viable tendrá los derechos hereditarios que la ley le otorga. A esto Mascareñas nos dice: “Por lo que se refiere a los beneficios que se conceden al concebido se puede decir que se trata de una protección de intereses eventuales. Eventuales por razón del sujeto, no del derecho que ya existe. Por tanto entendemos que no es cierto como se ha dicho, que haya una expectativa de derecho, puesto que ésta supone la existencia de una persona. Lo que hay es una “*spes hominis*” que puede variar el sujeto al cual corresponderá el derecho”.<sup>20</sup>

Otro punto a este caso excepcional es que al nacidurus le corresponderá de preferencia la asignación hereditaria testamentaria o legítima. Y si el hijo no nace viable serán otros los herederos que se posesionarán de los bienes que constituyan la masa hereditaria.

Considero que la disposición dada por el artículo 1648 está de acuerdo con la lógica jurídica y no merece mayores comentarios.

Otro caso en que puede suspenderse la partición lo encontramos en el artículo 1769 cuando se celebra un convenio

---

<sup>20</sup> MASCAREÑAS, C. E. Op. cit., p. 116.

expreso por los interesados, si hay menores debe oírse al tutor y al Ministerio Público, y el auto que apruebe el convenio determinará el tiempo que debe durar la indivisión.

### 3.8. PAGO DE ACREEDORES

El artículo 1648 en su última parte dice que los acreedores deberán ser pagados por mandato judicial.

Al respecto comparto la idea expuesta por Mateos Alarcón que “No autoriza, a nuestro juicio, para subordinar el pago de los acreedores a la decisión judicial, porque si consta la legitimidad de sus créditos no hay motivo por el cual diferir su pago con perjuicio de los mismos acreedores y de los herederos, y porque aunque resulte cierta la preñez y nazca un hijo viable, no se extinguen ni modifican los derechos de aquéllos”.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> MATEOS Alarcón, Manuel. Op. cit., Tomo VI, p. 405.

### 3.9. SANCIONES PENALES POR DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

Las disposiciones preventivas contenidas en el Código Civil, pueden entenderse están encaminadas a favorecer en un momento dado a los presuntos herederos, pero en realidad se han dictado en beneficio del póstumo.

Se observa que se ha tratado de evitar cuatro tipos de fraudes que se pueden cometer y son:

- 1o. Simular un embarazo al disolverse el vínculo matrimonial.
- 2o. Simular un parto.
- 3o. Sustituir un niño por otro, o
- 4o. Hacer pasar por viable una criatura que no lo sea en realidad.

Para captar la importancia que el legislador ha considerado en estos aspectos, nos remitiremos al Código Penal, Libro Segundo, Título Decimosexto, Capítulo Uno, llamado "Delitos contra el estado civil y bigamia".

El artículo 277 en su párrafo inicial sanciona a quienes alteren el estado civil. "Por estado civil se entiende el conjunto de cualidades y atributos que constituyen la individualidad jurídica de una persona (sexo, edad, filiación, nacimiento, matrimonio, divorcio, emancipación, adopción, muerte, etc.)"<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> CARRANCA y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl. "Código Penal Anotado". Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983, p. 541.

Dice el artículo 277. "Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

Fracción I. "Atribuir a un niño recién nacido a una mujer que no sea realmente su madre".

Esto es lo que constituye la suposición de parto.

Se ha reconocido en la doctrina el caso de la tentativa, "La suposición de preñez no es constitutiva de delito sino un acto preparatorio del mismo. Es configurable la tentativa".<sup>32</sup>

Fracción II. "Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado".

Se contempla aquí la sustitución del infante, que consiste en "presentar para su registro a persona que no es nacida de los padres que fingen serlo, o sea persona con un correlativo entronque familiar cierto".<sup>33</sup>

Los artículos 54, 57, 58 y 59 del Código Civil exigen la presentación del niño y que se impriman sus huellas digitales.

Fracción III. "A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado

---

<sup>32</sup> CARRANCA y Trujillo, Carrancá y Rivas. Op. cit., p. 541.

---

<sup>33</sup> CARRANCA y Trujillo, Carrancá y Rivas. Op. cit., p. 541.

civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas”.

A esto podríamos considerarlo una omisión dolosa y junto con el último párrafo de la fracción IV del mismo artículo se configura la supresión de infante.

“La supresión de infante no consiste en matarlo que integraría homicidio o infanticidio en sus casos, sino en la acción de negar su existencia o suponerle filiación distinta”.<sup>34</sup>

Fracción IV. “A los que sustituyan a un infante por otro, o cometan ocultación de infante”, y

“Se consuma el delito por el sólo hecho de la sustitución, siendo prueba plena de ella la presentación del sustituto para su inscripción en el Registro Civil”.<sup>35</sup>

Fracción V. “Al que usurpe el estado civil de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden”.

En esta fracción se tipifica la usurpación. “Por la usurpación se quita el estado civil al que legítimamente lo tiene. La usurpación puede efectuarse mediante falsificación documental (material o ideológica), suplantación material de per-

---

<sup>34</sup> GONZALEZ de la Vega, Francisco. “El Código Penal Comentado”. Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982, p. 343.

---

<sup>35</sup> CARRANCA y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl. Op. cit., p. 542.



sonas, etc. El medio ha de ser el idóneo. El dolo específico, de intención ulterior, consistente en la voluntad y conciencia del agente de aparentar el estado civil del pasivo quitándose a éste, y adquiriéndolo para sí en el capítulo de los derechos de familia”.<sup>36</sup>

El artículo 278 del mismo ordenamiento, consigna una agravación de la penalidad prevista por el artículo 277 de orden patrimonial. Especifica que se privará de los derechos de la sucesión. “Es consecuencia de la circunstancia agravante de ser el agente, heredero del pasivo, siendo presumible por ello un móvil último de codicia en el delincuente. Nótese que la ley se refiere a todos los pasivos, ya del delito, ya del daño”.<sup>37</sup>

Este artículo 278 a la letra dice: “El que comete alguno de los delitos expresados en el artículo anterior, perderá el derecho de heredar que tuviere respecto de las personas a quienes por la comisión del delito perjudique en sus derechos de familia”.

---

<sup>36</sup> CARRANCA y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas Raúl. Op. cit., p. 542.

---

<sup>37</sup> CARRANCA y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas Raúl. Op. cit., p. 543.

## CAPITULO 4

### APLICACION DE LAS MEDIDAS CONSIGNADAS EN LA SUCESION A LOS DEMAS CASOS Y SU RELACION CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS

El tema que nos ocupa en el presente trabajo no sólo tiene importancia desde el punto de vista del derecho hereditario; incluso otras legislaciones de Latinoamérica disponen las medidas que se analizan en la presente tesis, para los casos de divorcio y de nulidad, aplicándose por analogía solamente al caso del hijo póstumo.<sup>38</sup>

Existe también una estrecha relación con diversas institu-

---

<sup>38</sup> Los Códigos Civiles de Honduras, Art. 194; El Salvador, Art. 194; Colombia, Art. 225; Ecuador, Art. 213; Panamá, Art. 150, disponen todos en igual forma que: "La mujer recién divorciada o que, pendiente el juicio de divorcio, estuviere actualmente separada de su marido, y se creyere encinta, lo denunciará al marido por escrito y por medio de la autoridad judicial del lugar en que ella resida, dentro de los primeros treinta días de la separación actual.

Igual denuncia hará la mujer que durante el juicio sobre nulidad del matrimonio, o recién declarada la nulidad se creyere embarazada".

ciones jurídicas tales como la filiación, la designación de sucesores testamentarios, testamentos inoficiosos, etcétera.

#### 4.1. APLICACION A OTROS CASOS

Las medidas anteriormente estudiadas pueden aplicarse a otros casos, que en el capítulo que nos ocupa se analizarán.

##### 4.1.1. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

En el segundo capítulo se analizó de manera profunda la nulidad como causa de disolución del matrimonio, sólo podríamos agregar que el artículo 263 del Código Civil, hace aplicables las medidas consignadas para la sucesión testamentaria y la legítima, que a la letra dice:

“Si al declararse la nulidad del matrimonio la mujer estuviere encinta, se tomarán las precauciones a que se refiere el capítulo primero del Título Quinto del Libro Tercero”.

#### 4.1.2. EN EL CASO DE DIVORCIO

Al igual que el caso anterior, se analizó ya al divorcio como causa de disolución del vínculo matrimonial.

El Código Civil hace aplicables al divorcio las medidas que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta. Dice el artículo 282: “ Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

Fracción V. Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta”.

##### 4.1.2.1. DEL DIVORCIO ADMINISTRATIVO

El artículo 272 del Código Civil, establece que los cónyuges pueden obtener el divorcio administrativo ante el mismo Juez del Registro Civil, cuando sean mayores de edad, no tienen hijos y han liquidado la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron.

Rojina Villegas al referirse a este tipo de divorcio nos dice: “La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil vigente, facilita en forma indebida la

disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que llenándose ciertas formalidades que menciona el artículo 272, los consortes pueden acudir ante el Oficial del Registro Civil para que levante acta que dé por terminado el matrimonio. La exposición de motivos del proyecto del Código en cuestión, en su parte relativa, indica que si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución; lo es también, el que los hogares no sean focos continuos de disgustos y desavenencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario serán en interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruente con el espíritu y naturaleza de la institución matrimonial”<sup>39</sup>

Una de las condiciones que establece el artículo 272 es, que los cónyuges no tengan hijos, sin embargo puede ocurrir que la mujer se encuentre encinta y en este caso el juez no podría negarse a tramitar el divorcio de la pareja que lo

---

<sup>39</sup> ROJINA Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Decimosegunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, p. 351.

solicite, lo que va en contra de los principios que el legislador ha tratado de imponer en materia de divorcio, adoptando las medidas de protección más eficaces cuando hay hijos.

Sin embargo nada se ha dicho ante el caso posible de que la mujer que está solicitando de común acuerdo el divorcio, o cuando es arrastrada a un juicio de tal naturaleza, se encuentre encinta. ¿Qué medidas de protección podrían adoptarse en este caso, con respecto al hijo que está por nacer?

Aquí encontramos una laguna legal que puede tener enorme trascendencia y pensamos que deberá legislarse como se ha hecho en la URSS, en donde se declara inadmisibile una demanda de divorcio cuando la mujer se encuentra encinta.

Disposiciones similares debieran adoptarse en nuestra legislación además de que es muy fácil en la actualidad acreditar la preñez con los avances de los últimos años en la ciencia médica.

Creemos también que el legislador debiera considerar este aspecto de carácter científico en el capítulo referente a la viuda que queda encinta y que estamos comentando, como igualmente en el caso que contempla el artículo 158 y el 324 fracción II, que disponen que la mujer no puede contraer matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, con las modalidades que en dichas disposiciones se señala.

### 4.1.3. EN EL CONCUBINATO

Las normas que el legislador establece respecto a la viuda que queda encinta, debieran hacerse también extensivas a la concubina, puesto que los artículos 382 fracción III y el 383, establecen en favor del hijo de los concubinos una presunción de paternidad semejante a la que señala el artículo 324 con respecto al marido.

Consideramos que las mismas razones que el legislador ha tenido para acordar un trato especial a la viuda que queda encinta, deberían serles aplicadas a la concubina cuando fallece el convivente, o cuando se disuelva el concubinato por cualquiera otra causa.

La misma doctrina apunta que: "Sólo hay una diferencia formal entre el concubinato y matrimonio; el matrimonio simplemente difiere de esta unión, en que la voluntad se ha manifestado ante el Oficial del Registro Civil y se ha firmado un acta, es decir, es una cuestión simplemente de formalidad. En la unión de hecho, la voluntad se ha manifestado día con día, con esta ventaja sobre el matrimonio; que siendo al principio unión que en cualquier momento puede destruirse, disolverse, ha logrado permanencia, ha logrado estabilidad, es decir, sinceridad, hay espontaneidad en la unión. Y si esa unión tiene socialmente la importancia de

ser base de una familia si ha habido hijos, si la concubina se mantiene en una conducta igual a la de la esposa, no vemos la razón por la cual no venga la ley en auxilio de ella, a reconocer determinados derechos. Por ejemplo, el derecho a alimentos, para que no pueda ser abandonada en cualquier momento y cuando quiera el concubinario. Existe ya una familia formada y el legislador no puede permanecer indiferente ante este hecho".<sup>40</sup>

Dentro de nuestra misma Federación, el legislador ha aceptado ya el otorgar similares derechos tanto a la esposa como a la concubina. Vemos el artículo 1582 del Código Civil de Oaxaca al hablar sobre las medidas a adoptarse cuando la viuda queda encinta nos refiere: "Las disposiciones de este capítulo son aplicables a la concubina que se encuentre en el caso del artículo 1568, y que a la muerte del concubinario, quede encinta".

El Código Civil de Tlaxcala incluye a toda mujer, no sólo a la concubina, que quede encinta y presuma que el padre sea el autor de la sucesión. (Artículo 2916).<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> ROJINA VILLEGA, Rafael. Op. cit. Tomo I, p. 345.

---

<sup>41</sup> CODIGO CIVIL DE TLAXCALA, Art. 2916, en su segunda parte "Procederá en la misma forma la mujer que al momento de la muerte del autor de la sucesión, creyere haber concebido a quien, en su caso, tendrá derecho a investigar la paternidad en los supuestos del artículo 220 de este Código



De conformidad con el espíritu que informa el artículo 1635 incluido en las reformas de diciembre de 1983 a nuestro Código Civil, nos permitimos opinar que las mismas disposiciones deben regir el caso de la concubina que quede encinta cuando fallece el conviviente o se disuelve el concubinato por cualquier otra causa.

En todo caso y para evitar discusiones inútiles, me permito sugerir que se hagan las reformas legales correspondientes para que las medidas en cuestión sean también dictadas en el caso de la concubina que quede encinta, separada del concubinario, bien porque éste la abandone o bien porque se hayan separado de común acuerdo.

## 4.2. OTRAS FIGURAS JURIDICAS

Ya mencionamos que el tema tratado tiene estrecha relación con otras figuras jurídicas y trataremos algunas a continuación.

### 4. 2.1. LA FILIACION

Puede ocurrir que se disuelva un matrimonio y que la esposa quede encinta. El legislador para los efectos de determinar la filiación de ese hijo que está por nacer ha tenido que recurrir a presunciones,<sup>42</sup> las que consigna el artículo 324 del Código Civil, que en su fracción II establece: "Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

---

<sup>42</sup> JOSSEAND, L. "Derecho Civil". Tomo I, Volumen II. Editorial Ejea, Bosh y Cía., pp. 213 y 214. Aquí anota: "A diferencia del nacimiento, la concepción es un hecho obscuro cuya localización y tiempo presenta mayores dificultades: mientras que la maternidad consagrada por el parto, aparece evidente, la paternidad está rodeada de misterio; no lleva consigo prueba directa, ni en su realidad, ni en el momento en que se ha manifestado; de suerte que el legislador, en la imposibilidad en que se encontraba de tener una prueba directa y cierta, ha tenido que contentarse con recurrir a una estratagema de presunciones".

Esta norma considera una presunción de paternidad según la cual supone que la gestación ha precedido al nacimiento hasta trescientos días. Si el hijo nace antes de esta fecha la ley considera que ese hijo es del marido y por lo tanto queda debidamente esclarecida su filiación.

La disposición descrita establece que este plazo de 300 días puede acortarse cuando ha existido separación entre cónyuges judicialmente autorizado.

Difiere esta norma de una disposición similar establecida en el Código Civil en el artículo 158 que a la letra dice: "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados 300 días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación".

En esta última disposición no se cuentan los plazos desde el día en que el juez autoriza la separación como lo hace el artículo 324.

En general en materia de filiación pueden presentarse casos que es necesario analizar.

La legislación familiar establece en el artículo 324 una presunción de paternidad del marido cuando el hijo nace después de los 180 días contados desde el matrimonio y an-

tes de los 300 días contados desde la disolución.<sup>43</sup> En tal caso la presunción de la paternidad sólo puede ser objetada en un plazo muy breve<sup>44</sup> de acuerdo con el artículo 330.

Sin embargo es incierta la situación del hijo que nace antes de los 180 días contados desde el matrimonio y al parecer puede impugnarse la legitimidad de ese hijo en cualquier tiempo, sin que haya que acreditar la imposibilidad a que es refiere el artículo anteriormente citado.

Para sostener lo que afirmo, basta con examinar la fracción III del artículo 334 en donde establece en forma categórica que si la viuda contrae nuevo matrimonio y el hijo nace antes de los 180 días contados del segundo matrimonio y después de los 300 días de disuelto el primero, se considera que ese hijo ha nacido fuera de matrimonio.

---

<sup>43</sup> VERDUGO, Agustín. "Principios de Derecho Civil Mexicano". Tomo IV. Tipografía de Alejandro Marcuse. México, 1888. "Establecido por las leyes, según la autoridad del célebre médico de Cos (Hipócrates), que el período máximo de tiempo que puede durar la preñez es de trescientos días; y fundándose en esto la afirmación de todos los Códigos sobre que se presuman legítimos los hijos nacidos antes de aquél plazo a contar desde la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido". Pp. 90 y 91.

---

<sup>44</sup> VERDUGO, Agustín. Op. cit., p. 93. "No hay que olvidar que la presunción sobre los términos mínimo y máximo de la gestación es *juris et de jure*, o sea, de las que no admiten prueba en contrario".

Tal vez haya aquí una omisión involuntaria del legislador y sería necesario reformar el Código para dar seguridad en su filiación a estos hijos.

En las legislaciones extranjeras, a los hijos que nacen dentro del matrimonio antes de los 180 días se les considera como hijos legitimados de pleno derecho y el plazo para impugnar la legitimación es muy breve.

En la misma legislación mexicana el artículo 359 contempla el caso de que la mujer se encontrara encinta al contraer matrimonio y este artículo faculta al contrayente para legitimar al hijo por nacer.

Más grave es aun la situación que puede presentarse en el caso que contempla la fracción II del artículo 267 en que puede alegarse el divorcio por el marido que afirma ha sido concebido el hijo antes del matrimonio, pues en la generalidad de los casos que ocurren en la vida diaria ese hijo ha sido engendrado por ambos cónyuges y puede que el marido para obtener un divorcio que no se le otorga voluntariamente por al cónyuge, sostenga dolosamente que ese hijo no es suyo.

En la legislación Iberoamericana el Oficial del Registro Civil tiene la obligación de preguntar a los contrayentes al momento de casarse si han tenido hijos de ambos antes del matrimonio y si la contrayente se encuentra grávida como

consecuencia de las relaciones habidas antes del matrimonio entre ambos contrayentes.

Puede también ocurrir que la viuda contraiga matrimonio antes del nacimiento del hijo, habiendo denunciado el embarazo del primer matrimonio. ¿Qué ocurre si nace el hijo?, ¿a cuál de los dos maridos se le puede atribuir la paternidad de este hijo? Esto tiene mucha importancia porque si el hijo no puede atribuirse al primer marido, los demás interesados en la sucesión pasarían a ser los herederos exclusivos.

Este caso lo resuelve el artículo 334 que establece que si el hijo nace antes de los 180 días del segundo matrimonio y dentro de los 300 días contados desde la disolución del primero, se considera que el hijo es del primer marido. Agrega este artículo en su fracción II que si el hijo nace después de los 180 días contados del segundo matrimonio y dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primer matrimonio se considera que el padre de ese hijo es el segundo marido.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Op. cit. Tomo XIV, p. 48. "Son muy importante los efectos jurídicos implicados en la filiación legítima de los hijos. El hijo legítimo está asistido de una serie de derechos, entre los cuales cabe enumerar los siguientes: a) lleva el nombre y la nacionalidad de los padres; b) tiene derecho a ser alimentado, mantenido y educado por sus padres; c) tiene derecho a recibir educación e instrucción; d) goza de los beneficios de la patria potestad. Sus bienes están protegidos por la organización de la tutela o de la administración legal mientras es menor de edad o a emanciparse, y sobre todo, tiene derecho de sucesión, no solamente los bienes de sus padres, sino también sobre los de sus ascendientes y colaterales. En cambio, está sujeto a todas las obligaciones que llevan consigo ese estado de hijo legítimo, en materia de patria potestad, impedimento y consentimiento al matrimonio, obligación de alimentos y sucesión".

No obstante se trata de simples presunciones que pueden ser desvirtuadas y es evidente que la mujer viuda si ha denunciado el estado de gravidez antes de contraer matrimonio por segunda vez y ha sido constatado el embarazo por los médicos designados al efecto por el tribunal y estos médicos han podido controlar el curso del embarazo, podría fácilmente desvirtuarse la presunción que señala la fracción II del artículo 334.

#### 4.2.2. DE LA TUTELA TESTAMENTARIA

En la tutela testamentaria dispone el artículo 470: “El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, a nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes ejerza, con inclusión del hijo póstumo”.

Esta disposición presenta un aspecto de difícil realización práctica porque de acuerdo con el mecanismo establecido en la legislación civil, no puede ser el padre quien designe tutor testamentario al hijo póstumo, puesto que de acuerdo con el artículo 414 la madre de pleno derecho ejercerá la patria potestad sobre el hijo que está por nacer<sup>46</sup> y sólo puede designarse tutor testamentario a aquel que no se encuentra sujeto a patria potestad.<sup>47</sup> De modo que esta norma jurídica tampoco sería aplicable a la madre, puesto que su hijo al nacer tendría un representante legal que sería la propia madre.

---

<sup>46</sup> PLANIOL, Marcelo y Ripert, Jorge. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Traducción española Mario Díaz Cruz. Tomo I, p. 453. "La tutela corresponde al padre o a la madre cuando uno de ellos muere. Esta atribución tiene efecto siempre, aun cuando el superviviente de los esposos es menor, aún cuando haya habido un divorcio pronunciado contra él, y aún cuando la guarda de los hijos le haya sido retirada".

---

<sup>47</sup> MATEOS Alarcón, Manuel. Op. cit., p. 403. Nos afirma: "El hecho del embarazo no priva a la viuda de patria potestad que la ley le otorga sobre sus hijos menores".



Posiblemente pueda dársele una aplicación práctica a esta disposición tan inexplicable, si la madre tiene el temor de morir al nacer su hijo, pero la verdad es que en tal caso operaría la facultad que al sobreviviente le otorga el artículo 470 y no tendría justificación sino en el caso que la madre muriera instantes antes de nacer el niño, situación que es excepcional, pero que ha ocurrido en la práctica.

Si la madre antes de que nazca su hijo hace testamento y ahí designa tutor testamentario al hijo que está por nacer, pero no muere la madre sino después de dos o tres meses de ocurrido el nacimiento ¿vale esa designación de tutor testamentario hecho por la madre antes del nacimiento?, o ¿es necesario hacer otro testamento con posterioridad al nacimiento? Esta disposición nos deja la duda por su extraña redacción.

#### 4.2.3. LOS TESTAMENTOS INOFICIOSOS Y EL HIJO POSTUMO

Es otra situación especial que encontramos en el artículo 1377 que dice a la letra “No obstante lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho de percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiera dispuesto expresamente otra cosa”.

Esta disposición establece que si se trata del hijo póstumo que no ha sido considerado en el testamento, éste hereda, de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada. No tendría pues derecho por ser heredero, a las pensiones del artículo 1368, tendría una calidad jurídica de mayor categoría que los acreedores alimenticios, salvo que el testador hubiera dispuesto lo contrario; en cuyo caso tendría que recurrir con los demás beneficiarios. (Fracción I del artículo 1368).

Llegamos a esta conclusión por las siguientes razones:

1o. Porque el derecho de exigir alimentos sólo procede en la sucesión testada.

2o. Porque el legislador en el artículo 1368 establece que el testador debe dejar alimentos a los descendientes menores de 18 años. En el caso del hijo póstumo tendría éste derecho a exigir alimentos al igual que los demás descendientes, si el testador resuelve excluirlo de la herencia.

3o. Porque el legislador en el artículo 1375 establece que las personas que pueden exigir alimentos deben iniciar esta acción en contra de la masa hereditaria, subsistiendo en lo demás el testamento.

4o. Porque sería contrario a la lógica jurídica suponer que el legislador en el artículo 1367 se estuviera refiriendo

a la sucesión legítima, en circunstancias que en esta clase de sucesiones no hay obligaciones alimenticias de las señaladas en el artículo 1368. Las disposiciones son muy claras y categóricas y sería volver a repetir conceptos que ya están suficientemente establecidos en la legislación civil.

5o. Porque el mismo artículo 1377 hace excepción al artículo 1375, y es lógico suponer la existencia de un testamento en donde no se ha considerado el hijo póstumo, ya sea porque el testador antes de morir desconocía la posibilidad de existencia del embarazo, o por otra razón.

6o. Porque el mismo artículo 1377 se pone en el caso de que el testador conociera la existencia del embarazo y en forma expresa hubiera dejado fuera del testamento al hijo por nacer.

De lo anterior se desprende en forma clara que el legislador quiso decir, que si por olvido o desconocimiento, se hubiera omitido en el testamento al hijo póstumo, éste tendrá derecho a una asignación hereditaria en calidad de hijo, de acuerdo con las reglas en la sucesión legítima.

#### 4.2.4. DE LA MATERNIDAD DISPUTADA

Por estimarlo novedoso e íntimamente relacionado con la materia que estamos desarrollando, incluimos en este estudio el título XV del libro Primero del Código Civil Chileno, que se intitula “De la maternidad disputada”.

El texto de los artículos que integran este título son del tenor siguiente:

“Artículo 293. La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Tienen el derecho de impugnarla:

1o. El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo;

2o. Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo, para conferirles a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya;

3o. La verdadera madre, aunque ilegítima para exigir alimentos al hijo en conformidad al artículo 291, inciso 2o.

Artículo 294. Las personas designadas en el artículo precedente no podrán impugnar la maternidad, después de trans-

curridos cinco años, contados desde la fecha del parto.

Con todo, en el caso de salir inopinadamente a luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, podrá subsistir o revivir la acción anterior por un bienio contado desde la revelación justificada del hecho.

Artículo 295. Se concederá también esta acción a toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria, o abintestato, de los supuestos padre o madre.

Esta acción expirará a los sesenta días contados desde aquél en que el actor haya sabido el fallecimiento de dichos padre o madre.

Transcurridos dos años más no podrá alegarse ignorancia del fallecimiento.

Artículo 296. A ninguno de los que haya tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aún para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte”.

## CAPITULO 5

### LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE LA REPUBLICA MEXICANA CON RESPECTO A LA MATERIA

Es interesante comparar las disposiciones contempladas en nuestro Código Civil del Distrito Federal con las de los Estados de la Federación y encontrar divergencias que nos muestran que aun quedan en algunos, el apego a códigos anteriores al vigente en nuestra capital de la República, y otros que aportan una nueva perspectiva para el ajuste con la vida actual.

#### 5.1. ESTADOS QUE TIENEN LEGISLACION SIMILAR A LA DEL DISTRITO FEDERAL

Encontramos que con excepción de ocho Estados, todos los

demás siguen en sus legislaciones civiles las mismas normas que para el Distrito Federal. Son legislaciones similares las de: Aguascalientes, Baja California Norte, Baja California Sur, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco y Tamaulipas.

## 5.2. ESTADOS QUE CONTEMPLAN EL CASO DE LA CONCUBINA

El Estado de Veracruz en su legislación civil, coincide con la del Distrito Federal, pero agrega un artículo más que estipula: "Artículo 1582. Las disposiciones de este capítulo son aplicables a la concubina que se encuentre en el caso del artículo 1568, y que, a la muerte del concubinario, quedare encinta".

Artículo 1568 del mismo ordenamiento: "Las personas que hayan convivido bajo un mismo techo, como marido y mujer, durante los tres años que precedieron inmediatamente a la muerte o un tiempo menor si han tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tienen mutuo y recíproco derecho a heredarse. . ."

Obsérvese que se señalan tres años de convivencia como mínimo, esto es, reduce el plazo de cinco años señalados para el Distrito Federal.

Algo similar dispone el Código Civil de Quintana Roo en su artículo 1553; "Las disposiciones de este capítulo son aplicables a la mujer que se halle dentro del supuesto del artículo 1534".

Artículo 1534: "Quien haya vivido con el autor de la herencia públicamente como cónyuge, sin estar casado con él y sin que hubiese ningún impedimento para que contrajesen matrimonio uno con otro, si la vida en común duró más de un año, o menos si procrearon un hijo, heredará como cónyuge. Si la vida común duró menos de un año y no procrearon ningún hijo el supérstite sólo tendrá derecho a alimentos".

Nótese que aquí no sólo se reduce a un año el período de convivencia marital, sino que adquiere el derecho a alimentos el supérstite que cohabita aunque sea menos de un año.

### 5.3. ESTADO EN QUE SE HACEN APLICABLES ESTAS MEDIDAS A CUALQUIER MUJER

El Código Civil de Tlaxcala, reconoce los mismos derechos a la viuda que a cualquier mujer (no sólo a la concu-



bina), que en el momento de la muerte del autor de la sucesión creyere haber concebido; limitando esto a quien tenga derecho a investigar la partenidad. Así la segunda parte del artículo 2916 del código en cuestión anota: Procederá en la misma forma la mujer que al momento de la muerte del autor de la sucesión creyere haber concebido a quien, en su caso, tendrá derecho a investigar la paternidad en los supuestos del artículo 220 de este código”.

Artículo 220. “La investigación de la paternidad está permitida:

I. En los casos de raptó, estupro, violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

II. Cuando el hijo tuvo o tiene la posesión del estado de hijo del presunto padre.

III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hacía vida marital con el presunto padre.

IV. Cuando durante la gestación, o en 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 el último supuesto, cualquiera que sea el tiempo que haya durado la vida familiar.

V. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el preterido padre.

#### 5.4. DE LOS EXAMENES DE LABORATORIO

Este aspecto trata el Código Civil de Campeche y de esto se habló ya en su oportunidad.

En el segundo párrafo del artículo 1636 de este código se afirma: "El juez que conozca de la sucesión y a petición de los interesados, podrá mandar practicar dentro de los mismos cuarenta días, una reacción Ashein-Zondek o de Friedman a la viuda para comprobar el estado de preñez cuyo resultado se notificará a las personas a que se refiere el primer párrafo de este artículo.

#### 5.5. DE LOS PERITOS CON TITULOS REGISTRADOS

Sobre esto nos habla el Código Civil de Zacatecas, que exige que las personas que den fe de la realidad del alumbramiento deberán tener su título profesional registrado.

Artículo 1606. "Háyase o no dado aviso de que habla

el artículo 1604, al aproximarse la época del parto la viuda deberá ponerlo en conocimiento del juez, para que lo haga saber a los interesados. Estos tienen derecho a pedir que el juez nombre persona que se cerciure de la realidad del alumbramiento, debiendo recaer el nombramiento precisamente en un médico o partera cuyos títulos estén registrados”.

## 5.6. DE LA FORMA DE OTORGAR LOS ALIMENTOS

El Código Civil de Tlaxcala en su artículo 2921 dispone que al otorgarse alimentos a la viuda, deberá tomarse en cuenta el principio de que serán proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.

Artículo 2921. “Los alimentos de la mujer embarazada serán a cargo de la herencia, aun cuando tenga bienes, siendo aplicables las siguientes disposiciones:

Fracción I. El monto de los alimentos se fijarán conforme al artículo 157 y al efecto se valorarán provisionalmente los bienes de la herencia, si el juez lo estima necesario”.

Artículo 157 del mismo ordenamiento; “Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos”.

En Puebla, su Código Civil en su artículo 3472 se refiere a que “La viuda encinta aun cuando tenga bienes debe ser alimentada competentemente”. Esto de competentemente es un término muy vago, tal vez el legislador quiera referirse también al principio de proporcionalidad al otorgarse y recibirse los alimentos.

### 5.7. LEGISLACIONES QUE CONTEMPLAN EL DEPOSITO DEL EMBARAZO

El Código Civil de Puebla en su artículo 3469 sigue considerando aplicable el depósito de la mujer en casa “decen-te”, hasta que llegue el tiempo natural del parto.

Al igual el Código de Oaxaca en su artículo 1508 lo contempla, agregando que deben tomarse al efecto todas las precauciones necesarias.

El depósito de la mujer encinta ya fue tratado ampliamente, y lo consideramos atentatorio a la libertad de la mujer.

### 5.8. DISPENSA DE OBLIGACIONES POR RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL PADRE

El artículo 2920 del Estado de Tlaxcala dispone: “Si el autor de la sucesión reconoció en instrumento público o do-

cumenta privado la certeza de la preñez, no podrá procederse a la averiguación; pero los interesados podrán pedir al juez que no se dicten las medidas de que habla el artículo anterior”.

Es facultativo, según este artículo, para los interesados, solicitar o no, se adopten las medidas precautorias para el caso de la mujer embarazada; pero no podrá averiguarse la paternidad si el autor de la sucesión reconoció expresamente la preñez en documento público o privado.

#### 5.9. SOBRE EL MOMENTO EN QUE SE DEBE VERIFICAR LA PREÑEZ

Afirma el Código Civil de Puebla en su artículo 3467 al igual el 1506 de Oaxaca “Los interesados podrán pedir al juez que se proceda oportuna y decorosamente a la averiguación de la preñez”.

Y los artículos 3470 y 1509 de los mismos ordenamientos respectivamente, agregan: “Los interesados pueden pedir en cualquier tiempo que se repita la averiguación”.

Se deja a los interesados a su libre arbitrio solicitar en cualquier tiempo y cuantas veces lo consideren necesario se compruebe la preñez. Considero que con adoptarse como me-

didada para comprobar con certificado médico de laboratorio el embarazo, dejaría sin efecto a los artículos referidos.

#### 5.10. LEGISLACION QUE HABLA SOBRE LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES

El Código Civil para el Estado de Puebla en el capítulo que se estudia, incluye en su artículo 3478 “La viuda que estuviere en ejercicio de la patria potestad continuará en la administración de los bienes que correspondan a los menores”.

Y el 3479 del mismo ordenamiento hace otro agregado para el caso de no haber hijos o que fueran mayores de edad; el albacea será quien administrará los bienes, pero si muere uno de los cónyuges el que sobreviva continuará en la posesión y administración de los bienes, con intervención del representante de la sucesión mientras no se verifique la partición.

#### 5.11. LEGISLACIONES QUE OMITEN DISPOSICIONES QUE FIGURAN EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El Código Civil de Zacatecas, omite el segundo párrafo del artículo 1639 del Distrito Federal, esto es: “Cuidará el

Juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda”.

Del Estado de Yucatán, su legislación no contempla lo dispuesto por los artículos 1640 y 1641 del Código Civil del Distrito Federal, es decir que la viuda está dispensada de dar el aviso a que se refiere el artículo 1638; pero quedará sujeta a cumplir con el aviso correspondiente al aproximarse la época del parto. Ni el caso de excepción del marido que reconoce en documento público o privado la certeza de la preñez.

## CONCLUSIONES

1. Las personas llamadas por el testamento o la ley a una herencia o legado, deben tener capacidad para heredar.

2. Por falta de personalidad, carecen de capacidad para heredar, según el artículo 1314 del Código Civil, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, así como los concebidos cuando no sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337 del mismo ordenamiento.

3. En estrecha relación con el contenido de la anterior conclusión, el legislador adopta diversas precauciones cuando a la muerte del marido la viuda cree haber quedado encinta (artículos 1638 a 1648).

4. Las medidas aludidas en la conclusión anterior tienen por finalidad evitar fraudes en contra de quienes tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo (artículo 1638).

5. Tendiendo a la finalidad acabada de mencionar, las providencias que al respecto se dictan tienden a su vez, concretamente, a evitar la suposición del parto, la sustitución



del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es (artículo 1639).

6. Conforme a la fracción V del artículo 282, tratándose de los juicios de divorcio que al efecto se promuevan, el juez debe dictar las antes referidas medidas con la misma finalidad de evitar la suposición del parto o la sustitución del infante, y no por cierto la de hacer pasar por viable a una criatura que no lo es, pues esta situación nunca puede darse en el caso del divorcio, mejor dicho carece de objeto en éste, como en cambio sí lo tiene en las sucesiones.

7. Lo establecido en la conclusión anterior es aplicable conforme al artículo 263 al caso de nulidad del matrimonio.

8. De conformidad con el espíritu que informa el artículo 1635 incluido en las reformas de diciembre de 1983 a nuestro Código Civil, nos permitimos opinar que las mismas disposiciones deben regir el caso de la concubina que quede encinta cuando fallece el conviviente o se disuelve el concubinato por cualquier otra causa.

9. En todo caso y para evitar discusiones inútiles, me permito sugerir que se hagan las reformas legales correspondientes para que las medidas en cuestión sean también dictadas en el caso de la concubina que quede encinta, separada del concubinario, bien porque éste la abandone o bien porque se hayan separado de común acuerdo.

10. Opinamos que debe legislarse en el sentido de que las autoridades no deben admitir las demandas de divorcio (administrativo o judicial), o de nulidad del matrimonio cuando la mujer se encuentre encinta.

## B I B L I O G R A F I A

- CARRANCA y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas Raúl. "Código Penal Anotado". Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.
- COLIN Ambrosio y H. Capitant. "Curso Elemental de Derecho Civil". Tomo I, Instituto Editorial REUS, Madrid, 1948.
- CICU, Antonio. "Derecho de Sucesiones". Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, España, 1964.
- DE IBARROLA, Antonio. "Cosas y Sucesiones". Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.
- DE PINA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Volúmenes I y II, Editorial Porrúa, S.A. Décima Edición. México, 1982.
- DORS, A., Hernández Tejero F., Fuenteseca P., García Garrido y Burillo J. "El Digesto de Justiniano", Tomo II, Editorial Aranzadi. Pamplona, 1972.
- GALINDO Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Primer Curso. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.
- GONZALEZ de la Vega, Francisco. "El Código Penal Comentado". Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
- GONZALEZ Gómez, Eudoro. "Estudios de Derecho". Organo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, Volumen X, No. 28, Mayo 1948. Medellín, Colombia.
- GUTIRREZ y González, Ernesto. "El Patrimonio" Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio. Segunda Edición. Editorial Cajica, S.A. México, 1982.

- JOSSERAND, L. "Derecho Civil", Tomo I, Volumen II. Editorial Ejea, Bosh y Cía. España, 1970.
- MAJADA, Arturo. "Manual de Herencias". Bosh-Casa Editorial, Barcelona, España, 1953.
- MANRESA y Navarro, José María. "Comentarios al Código Civil Español" Tomos V y VII. Tercera Edición. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1910.
- MASCAREÑAS, C. E. "Revista de Derecho Puertorriqueño" No. 22, octubre-diciembre, Año VI, Ponce, Puerto Rico, 1966.
- MATEOS Alarcón, Manuel. "Lecciones de Derecho Civil", Tomo VI. Tipográfica y Litográfica "La Europea". México, 1900.
- MEZA Barros, Ramón. "Manual de la Sucesión por causa de Muerte y Donaciones entre vivos". Manuales Jurídicos No. 51. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1959.
- ORTIZ Urquidi, Raúl. "Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana". Editorial Porrúa, S.A. México, 1974.
- PLANIOL, Marcelo y Ripert, Jorge. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomos I, II y IX. Editorial Cultural, S.A. Habana, Cuba, 1946.
- ROJINA Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomos I y II. Decimaséptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.
- ROJINA Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo IV Editorial Porrúa, S.A. México, 1976.
- VERDUGO, Agustín "Principios de Derecho Civil Mexicano". Tomo IV. Tipográfica de Alejandro Marcue. México, 1888.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Edición Bibliográfica Argentina SRL, Buenos Aires, Argentina.
- DICCIONARIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Editorial Navarra, Madrid, 1956.
- CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1870.

CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1884.

CONSTITUCION POLITICA PARA LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CODIGOS CIVILES de los Estados de la República Mexicana.

CODIGO CIVIL para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

CODIGOS CIVILES de los países de Chile, Francia, Honduras, El Salvador, Colombia, Ecuador y Panamá.

CODIGOS DE LA FAMILIA de Cuba y la URSS.

CODIGO PENAL para el Distrito Federal.