

681309
18
20



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
PLANTEL LOMAS VERDES

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8813-09

FUNDADA EN 1960

**“SITUACION JURIDICA Y SOCIAL DE LOS HIJOS
EXTRAMATRIMONIALES, RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO
E IMPUTACION DE LA PATERNIDAD”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :
ALICIA IVONNE PARADA QUEZADA

DIRECTOR DE TESIS:
LIC. JUAN FERNANDO MARTINEZ DE LA VEGA

REVISOR DE TESIS :
LIC. ABEL GARCIA SANCHEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México

UNAM



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.

A mis amados padres:

Sr. Raymundo Parada Spíndola

y

Sra. Ines Quezada Fernandez
a quienes debo el poder llegar
hoy ver culminado uno de mis
más grandes sueños, por la fé
inquebrantable y el amor que
depositaron en mi.

A mi querido esposo:

Edmundo Tinoco Rubio, por
su apoyo brindado a lo
largo de la carrera.

A mis queridas hijas:

Montserrat y Mariana, que son
la luz que ilumina mi vida.

A mis hermanas:

Marycarmen, Nancy,
Blanca y Karola, por
creer en mi.

Al Licenciado Juan Fernando
Martínez de la Vega, quien fue
mi guía durante toda la realización
de este trabajo.

INDICE.

INTRODUCCION.....	I
-------------------	---

CAPITULO I. DE LA FAMILIA.

I.1	Concepto de familia.....	1
I.2	Etimología del vocablo.....	6
I.3	Organización familiar primitiva.....	7
I.4	Funciones de la familia.....	14
I.5	Crisis actual de la familia.....	21

CAPITULO II. DEL DERECHO DE FAMILIA.

II.1	Concepto de derecho de familia.....	29
II.2	Como se ubica el derecho de familia en el sistema jurídico.....	37
II.3	Autonomía del derecho de familia.....	46
II.4	Instituciones del derecho de familia.....	58

CAPITULO III. DEL PARENTESCO Y ALIMENTOS.

III.1	Etimología de parentesco.....	64
III.2	Concepto biológico y jurídico de parentesco....	65
III.3	Clases, grados y líneas de parentesco.....	70
III.4	Consecuencias jurídicas de parentesco.....	76
III.5	Definición y generalidades de los alimentos....	84
III.6	Derecho a percibir alimentos, sujetos y extinción de la obligación.....	91

CAPITULO IV. DEL MATRIMONIO.

IV.1	Evolución y concepto actual de matrimonio.....	94
IV.2	Naturaleza jurídica del matrimonio.....	103
IV.3	Elementos esenciales y de validez del matrimonio.....	112
IV.4	Impedimentos para celebrar matrimonio.....	125
IV.5	Consecuencias jurídicas del matrimonio en cuanto a los hijos de los cónyuges.....	137

CAPITULO V. DE LA FILIACION EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO
VOLUNTARIO E IMPUTACION DE LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS
EXTRAMATRIMONIALES.

V.1	De la filiación en general.....	141
V.2	Condición jurídica y social de los hijos extramatrimoniales y su evolución histórica.....	149
V.3	Reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera del matrimonio.....	161
V.4	Investigación de la paternidad.....	186
CONCLUSIONES.....		203
BIBLIOGRAFIA.....		213

INTRODUCCION.

La perspectiva que ofrece el titulo de la presente tesis es la de realizar un trabajo de investigación que permita llegar al conocimiento de la situación en que se encuentran los hijos extramatrimoniales tanto en el plano jurídico como social, así como un estudio de las dos alternativas legales para poder establecer una relación paterno filial de dichos hijos, para finalmente poder cuestionarse sobre si los ordenamientos que regulan estos son los más idóneos para lograr su objeto o si son susceptibles de cambios y o adiciones, para que puedan tener mayor eficacia en la practica judicial, pero para poder llevar acabo un análisis completo y profundo sobre este tema, se tienen que estudiar forzosamente conceptos fundamentales que constituyen el derecho de familia y algunas de sus instituciones, ya que estas tienen estrecha relación y aplicabilidad en el tema elegido.

Por tal motivo, el plano de la presente tesis consiste en cinco capítulos, los cuales a continuación se mencionaran: el primer capítulo se refiere a la familia, el segundo capítulo se aboca al estudio del derecho de familia, el tercer capítulo es el que concierne al parentesco y alimentos, el cuarto capítulo es el del matrimonio y por último el quinto que se ocupa de la parte medular de la ya mencionada tesis.

El orden secuencial que guardan los capítulos, no se debe a un mero capricho, sino que para poder tener las bases que permitieran lograr un buen análisis sobre el tema del presente trabajo, es de imperiosa necesidad poder manejar con certeza y pleno conocimiento algunos conceptos, de tal suerte que estos se precisaron siguiendo con un orden que permitiera su comprensión de una forma más digerible y por lo tanto se comenzó la presente investigación por el tema de la familia, ya que el título de la presente tesis trata un tema intrínseco en los lineamientos que conforman el derecho de familia, y que la afecta directamente, ya que implica varias consecuencias que determinan el estado familiar de los

individuos, por lo tanto lo más fundamental es empezar por conocer los antecedentes de esta, su concepción actual, su vigencia y funcionalidad.

Consecuentemente al tener un conocimiento sobre la familia, se tuvo que haber abordado el estudio del derecho de familia porque el tema título de la presente tesis se encuentra incluido dentro de la institución de la filiación, y toda vez que el derecho de familia determina las instituciones que lo conforman, luego entonces se debe de entender por principio que es una institución familiar y cuales son las que constituyen dicha rama del derecho.

Por lo que hace al capítulo del parentesco y alimentos, este se incluyo, ya que del parentesco se van a derivar una serie de derechos y obligaciones entre parientes, las cuales van a ser distintas dependiendo del grado de parentesco que se guarde, pudiendo estas ser oponibles o cuyo cumplimiento puede ser exigido por la autoridad., los alimentos forman parte del capitulado porque constituyen una de las principales obligaciones o derechos que emanan del parentesco.

El matrimonio es otro de los capítulos que forman esta investigación, ya que esta es una institución muy importante para el derecho de familia y sobre todo porque al referirse la presente tesis a los hijos extramatrimoniales, por principio se tendría que hacer una confrontación entre los derechos que surgen apartir del matrimonio y los que se generan en una unión libre, ya que entre estos los más importantes son los que conciernen a los hijos que nazcan de ambas situaciones, para una vez hecha la valoración correspondiente determinar la situación jurídica y social de los hijos extramatrimoniales.

CAPITULO I. DE LA FAMILIA.

I.1 CONCEPTO DE FAMILIA.

Todos los autores coinciden en señalar que la familia es un hecho que se da como resultado de la naturaleza propia del hombre ya que primordialmente es el producto de las necesidades del orden biológico como lo es el buscar una unión sexual y luego entonces la procreación, estos dos elementos son lo que siempre han acompañado al fenómeno de la familia a través de los tiempos y en las diferentes modalidades en que esta se ha presentado. De tal suerte que la familia es el grupo humano que ha surgido de la naturaleza propia del hombre y en especial de la procreación, así tenemos el concepto de familia que nos da la maestra Sara Montero, quien nos dice que la "Familia es el grupo humano primario, natural e irreductible que se forma por la unión de la pareja hombre mujer".¹

¹ Montero Duhalt Sara, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa S.A., México 1990, cuarta edición. página 15.

Sara Montero establece a través de su concepto de familia que esta es una asociación necesaria de individuos ya que el hombre solo puede sobrevivir dada su naturaleza con la protección de los padres o de la madre, de tal suerte que encontramos por un lado la asociación de un hombre y una mujer que sostienen una unión sexual la cual puede ser permanente o esporádica y de ella surge la procreación, dando lugar así a la unidad social llamada familia, pero también cabe la excepción a este supuesto y que la constituye para dicho autor la unión sexual permanente en la que se da la cohabitación aunque de ella no se desprenda la procreación y que si puede ser considerada como familia.

Por lo que considero que esta concepción es muy aceptable pero se observa que dicho autor cometió una omisión al no tomar en cuenta la figura de la adopción ya que esta puede constituir otra forma de constitución de una familia, teniéndose aquí la unión permanente y prolongada ya que aunque no se da la procreación se da una figura paralela a los hijos y que son los sujetos adoptados.

Otro de los autores como lo es Ignacio Galindo Garfias define a la familia de la siguiente manera "La familia es un grupo de personas que como grupo social ha surgido de la naturaleza y se deriva primordialmente del hecho biológico de la generación".² Sostiene que si bien la familia se deriva de las exigencias biológicas de reproducción y de protección de la prole, esta ha sufrido grandes cambios hasta la actualidad en donde se da una clara influencia cultural como: religión, moral, derecho etcétera y que ha generado la estructura actual de la familia de tal modo que concluye diciendo que: "La familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común, sus fuentes son el matrimonio, la filiación, (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil)." ³

Considero que este autor aporta elementos importantes a la doctrina ya que toma como fuentes de la familia además de la unión sexual permanente y la procreación al matrimonio y la adopción, esta última es

² Galindo Garfias Ignacio, *Derecho Civil*, Editorial Porrúa S.A, México 1982, quinta edición. página 13.

³ ITEX.

una forma excepcional pero que cabe como ya se ha mencionado como una forma de generación de la familia., al hablar de matrimonio y adopción estamos refiriendonos a dos instituciones que son producto de la evolución de la humanidad y por lo tanto del derecho, ya que la familia se ve influida muy directamente por la esfera cultural de la sociedad de la que forma parte intrínseca y para dicha sociedad el matrimonio es la institución a través de la cual se constituye legítimamente la familia.

Para abundar más en nuestro tema analizaremos el concepto de familia que nos brinda el maestro Manuel Chavez Asencio y que es el siguiente: "la familia es una institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supra individual, para lo cual tiene un patrimonio propio., que se integra con los progenitores (o uno de ellos), con los hijos (incluyendo adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes o constituirse con parientes, todos los cuales viven en un domicilio común., cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos derivados del

matrimonio o del concubinato, de la filiación y el parentesco,"⁴

El comentario a esta definición o bien la crítica que cabe en esta, es en el sentido de que no me parece idóneo incluir a la moral dentro del propio concepto de familia ya que esta existe independientemente de este tipo de cuestiones, osea que el hecho de que deberían de observarse dentro del seno de la familia valores morales que consolidaran su estructura, no quiere decir que si no se dan no exista la familia.

Para el autor Edgard Baqueiro "La familia es grupo formando por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o solo civiles, a quienes el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos."⁵

⁴ Chávez Asencio F. Manuel, *Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, Editorial Porrúa S.A. México 1990, Segunda Edición. página 21.

⁵ Baqueiro Rojas Edgard, *Buenrostro Baez Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Harla, México 1990. página 8.

Aquí tenemos que atendiendo exclusivamente a los derechos y deberes que crea y reconoce la ley, la unión de la pareja y la descendencia extramatrimonial no siempre son familia desde el punto de vista jurídico, para que lo sean se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos.

I.2 ETIMOLOGIA DEL VOCABLO, ROMA, LOS GERMANOS Y ESPAÑA.

Según la mayoría respetable de escritores, procede la palabra familia del grupo de los famuli, del osco famel según unos y según otros de fames.

Según Toparelli y Greef de fames, hambre. Famosos son los que moran con el señor de la casa y según anota Breal, del osco faamat que significa habita, tal vez del sanscrito vama, hogar, habitación, indicando y comprendiendo esta significación a la mujer, hijos legítimos, adoptivos y a los esclavos domésticos por oposición a los rurales (servi), llamando pues familia al grupo de todos ellos.

I.3 ORGANIZACION FAMILIAR PRIMITIVA.

Al hablar de familia y para poder adentrarnos a nuestro tema tenemos que conocer sus antecedentes, ya que la concepción que actualmente se tiene de la familia es muy diferente a la forma en que primitivamente surgió y por lo tanto es muy importante conocer los factores que rodearon a la humanidad a través de los siglos y que determinaron los cambios que se fueron generando en la estructura de la familia y por los cuales se dió origen al modelo familiar más aceptado en todo el mundo y que es la monogamia.

Así pues tenemos que acerca de los orígenes más remotos de la familia no existen datos cien por ciento certeros ya que no hay una fuente para comprobarlos, pero los diferentes investigadores sostienen varias hipótesis algunas de las cuales son lógicas y que correspondían a las condiciones del momento de su generación., de tal suerte que algunos afirman que en un principio imperaba la promiscuidad absoluta, ya que el hombre carecía de toda restricción al ejercicio de su actividad sexual y argumentan que este actuaba al igual que los demás

animales, guiado por sus instintos de sobrevivencia y de procreación y luego entonces sostenía relaciones sexuales indistintamente con todas las hembras con las que convivía dentro de su clan, de modo que al observar esta conducta sexual, la única línea de filiación que se podía conocer era la materna. Algunos otros autores rechazan la hipótesis de promiscuidad absoluta y sostienen que el hombre aún en aquel tiempo carente de toda civilización si obedecía a consideraciones éticas que el hombre detenta en forma natural o nata.

Considerando las posturas que los diversos autores sostienen me inclino por la primera, ya que es la más lógica, toda vez que la conducta del hombre esta determinada por lineamientos que le son impuestos y que por lo tanto aprende y más aún tratándose de una conducta sexual en la que se maneja el instinto sexual o de procreación, así que tomando en cuenta que el hombre de aquel tiempo tan remoto carecía de toda civilización y su racioncinio obedecía únicamente a la satisfacción de sus necesidades de tipo biológico, era prácticamente imposible que actuara con un instinto nato de moralidad sexual, ya que como se ha mencionado las consideraciones

éticas y morales nos son impuestas y estas varían según el estadio de civilización de los pueblos, de tal suerte que la moral no se da en el hombre instintivamente y por lo tanto el ejercicio de su sexualidad era espontáneo y libre de todo tabú.

Lo que si constituyó un hecho y no una simple estipulación ya que existen vestigios de ello es el llamado matrimonio por grupos, esto es que se constituía una familia a través de la unión sexual por grupos, de aquí se desprende que surgió una restricción a la libertad sexual, ya que el ejercicio de su sexualidad estaba limitado a darse solo entre ciertos individuos, existiendo dentro de esta clasificación varias especies cada una de ellas determinada por el tipo de tabú o restricción que se imponía, así tenemos tres tipos de familias y que son las siguientes: consanguínea, punalúa y sindiásmica, las cuales a continuación se explicaran.

La familia consanguínea: en este tipo de familia la unión sexual se daba entre los individuos que pertenecían a una misma generación, de tal suerte que se prohíbe la sexualidad entre ascendientes y

descendientes. Creo que esta es una restricción de lo más elemental si lo vemos desde el punto de vista de nuestra cultura occidental y del estadio cultural al que pertenecemos.

Familia Punalúa: en esta clasificación de familia se prohíbe la interrelación sexual entre hermanos uterinos primeramente y posteriormente entre cualquier tipo de hermanos, medios hermanos e inclusive entre primos, así que los hermanos tenían unión sexual con un grupo de mujeres que compartían entre sí o un grupo de hermanas que compartían maridos comunes.

Familia Sindiásmica: En este tipo de familia se empieza a dar entre los grupos de maridos y mujeres comunes ciertas preferencias por una pareja con cierta permanencia, la cual estaba en función a la procreación, es decir que el hombre permanecía al lado de la mujer proveyéndole protección y alimento mientras que el crío crecía y la restricción sexual era tajante para la mujer más no para el hombre ya que este si podía interrelacionarse con otras mujeres.

Familia Poligámica: esta clase de familia tiene dos modalidades y que son: la poliandria y la poligenia, la primera de ellas consiste en la unión sexual de una mujer con varios hombres y la segunda en la cohabitación de varias mujeres con un solo hombre.

En cuanto a las razones que motivaron el surgimiento de la primera figura, los estudiosos asumen que debido a las carencias de satisfactores que sufrían, evitaban que la población creciera y por esto practicaban el infanticidio con las niñas, así que había muy pocas mujeres de edad adulta, además que para la sobrevivencia en este medio se requería de mayor fuerza de trabajo, así que al existir escasez de mujeres los hombres tienen que compartir a sus hembras.

De la poliandria se desprende que el único lazo de filiación que se podía establecer era el materno, dándose entonces el matriarcado en el que la mujer tiene autoridad y decide sobre los derechos y obligaciones de los miembros familiares y en especial de los descendientes.

Cabe aquí señalar la diferencia tan profunda que existe entre los sistemas familiares antiguos en los que la mujer tenía un estatus superior y gozaba de una gran autoridad y el sistema o modelo familiar actual que es predominantemente patriarcal, es decir que la autoridad dentro del núcleo familiar y las decisiones son tomadas por el padre, este modelo lo heredamos del sistema familiar romano en el que el pater familias gozaba de tanta autoridad, que podía inclusive disponer de la vida de los miembros de su familia., hoy en día el patriarcado ya no es tan tajante, pero aún no se ha logrado eliminar, aunque se ha dado una gran evolución, ya que existieron culturas en las que la mujer vivía como un ser minimizado e incluso se le ignoraba su condición de ser humano.

Por lo que respecta a la poligenia, es la forma de organización familiar en la que un solo varón es marido de varias esposas, este modelo familiar tenía su justificación, especialmente porque las actividades que desempeñaba el hombre eran muy peligrosas de tal modo que aumentaban su mortalidad, pero además de la disminución en el número de hombres, también encontramos el predominio del poder del hombre, su apetito sexual más

constante, así como también la tolerancia de la sociedad con respecto a su promiscuidad, de esta figura quedan aún vestigios en las culturas de medio oriente, en las que el poder económico determina el número de mujeres que pueden tener y sobre todo en las clases dirigentes.

La Familia Monogámica: este modelo de familia se constituye por la unión exclusiva de un solo hombre con una sola mujer, esta forma de constitución familiar es la que más frecuentemente encontramos en la mayor parte de los sistemas jurídicos y morales del mundo, constituyendo además un punto de equilibrio entre los derechos de hombres y mujeres ya que para los Estados en los que orden jurídico ha adoptado la monogamia, el contraer matrimonio sin haberse extinguido el matrimonio anterior esta prohibido y constituye en todo caso un delito.

Debemos señalar que el sistema familiar que observamos en nuestra sociedad es monogámico patriarcal y que es el resultado de la herencia romana que sobrevivió durante la Edad Media, con el cristianismo acentuando este el sistema patriarcal y llegando de esta forma hasta

nuestros días. De este toque patriarcal se desprende en parte que la familia se vea amenazada cada vez más por la desintegración ya que este patrón ya no resulta compatible con las necesidades de la dinámica social actual.

También encontramos dentro de la familia moderna dos clases que son: la familia amplia y que incluye además de la pareja y sus hijos a todos los parientes hasta grados lejanos y aún extraños, asimilados dentro del grupo., por otro lado encontramos la familia nuclear o conyugal que comprende a la pareja con sus hijos que habitan bajo un techo común.

I.4 FUNCIONES DE LA FAMILIA.

La familia en todos los tiempos ha tenido intrínsecas ciertas funciones, las cuales han variado según el tiempo, el tipo de cultura o el lugar específico en donde se encuentre., lo que si podemos afirmar es que en todos los tiempos y lugares se ha cumplido con la función de desarrollo de los individuos que la integran y

nuestros días. De este toque patriarcal se desprende en parte que la familia se vea amenazada cada vez más por la desintegración ya que este patrón ya no resulta compatible con las necesidades de la dinámica social actual.

También encontramos dentro de la familia moderna dos clases que son: la familia amplia y que incluye además de la pareja y sus hijos a todos los parientes hasta grados lejanos y aún extraños, asimilados dentro del grupo., por otro lado encontramos la familia nuclear o conyugal que comprende a la pareja con sus hijos que habitan bajo un techo común.

I.4 FUNCIONES DE LA FAMILIA.

La familia en todos los tiempos ha tenido intrínsecas ciertas funciones, las cuales han variado según el tiempo, el tipo de cultura o el lugar específico en donde se encuentre., lo que si podemos afirmar es que en todos los tiempos y lugares se ha cumplido con la función de desarrollo de los individuos que la integran y

por lo tanto también de la comunidad a que pertenece dicha célula social.

Podemos deducir que las principales funciones que desempeña actualmente la familia son: la función de regulación sexual, de reproducción, una función económica, función afectiva, función educativa y de socialización., cada una de estas funciones serán explicadas a continuación.

FUNCION DE REGULACION SEXUAL.

Las funciones de las que hablaremos son propias de la familia, pero no exclusivas de ella, por lo tanto al referirnos a que las relaciones sexuales se dan por excelencia dentro de la familia, entre los cónyuges, aunque no podemos ignorar que estas se dan también fuera de la familia. Pero lo que es indudable es que el sistema familiar que impera en nuestros días es monogámico y que se manifiesta por medio del matrimonio o del concubinato en todo caso., de tal suerte que la propia sociedad condena las relaciones sexuales que se

dan fuera del matrimonio considerandolas ilegítimas ya que el matrimonio es la institución que fundamenta la familia.

FUNCION DE LA PROCREACION.

La reproducción es una consecuencia natural del sostenimiento de relaciones sexuales dentro de la familia, pero también se puede considerar como una fuente de la familia ya que la relación madre hijo crea familia, a no ser que la madre abandone a su hijo, solo en este insólito caso la procreación no crea familia. Podemos señalar que el Código Civil para el Distrito Federal, nos dice que una de las finalidades del matrimonio es perpetuar la especie, de modo que dicho ordenamiento establece como forma legal para el establecimiento de la familia al matrimonio y como una finalidad de esta la procreación.

FUNCION ECONOMICA.

La familia tiene un rol económico al ser productora de bienes y servicios y además consumidora ya que tiene que allegarse de bienes para satisfacer sus necesidades materiales, al referirnos a que es productora de bienes y servicios nos estamos refiriendo a que dentro de la misma en el mayor de los casos siempre hay uno o más integrantes que se dedican a la satisfacción de las necesidades colectivas de dicho ente, así tenemos que existe una ama de casa que se avoca a la protección y cuidado de la prole, alimentarlos, a dar mantenimiento al hogar, etcétera., pero como ya hemos dicho estas labores no le son exclusivas a la familia, y en la actualidad en las grandes urbes vemos como estas actividades le son transferidas a otras organizaciones o empresas y tenemos que se hace uso de guarderías infantiles, tintorerías, restaurantes etcétera., esto como resultado de la transformación de los roles que sufren los integrantes de la familia, con el ritmo de la vida imperante en las grandes ciudades en donde frecuentemente la totalidad de sus miembros salen del hogar para allegarse de recursos económicos y tener una percepción individual., cambiando

también así el modelo de percepción colectiva que se da en las familias de comunidades rurales, en las que el trabajo es colectivo y la percepción lo es también.

FUNCION EDUCATIVA Y SOCIALIZADORA.

Sin lugar a dudas es la familia el factor determinante para que el individuo tenga o no formados ciertos valores éticos y morales que le permiten integrarse satisfactoriamente a la sociedad.

El individuo surge como un ser social dentro de la familia, ya que tiene que convivir con los demás integrantes de su núcleo familiar, madre, padre, hermanos, siendo de las dos primeras figuras de donde toma los elementos que le van a servir de modelo para dirigir su comportamiento dentro y aun fuera del núcleo familiar.

Es decir que durante su infancia el niño es receptor de todas las conductas que observa de los adultos que le rodean y por lo tanto de los que puede

tomar elementos benéficos o nocivos, dependiendo del entorno familiar que le rodea, de esta forma se va moldeando su carácter, el cual se reflejará en la forma en que se conduzca en la sociedad, si en su núcleo familiar predominó la armonía y los preceptos éticos, este se integrará a la sociedad de una manera satisfactoria, pero si no tuvo un buen modelo de conducta y orientación adecuada puede constituir un problema para la sociedad.

FUNCION AFECTIVA.

De todas las funciones que hemos citado, esta se diferencia de aquellas porque si es exclusiva de la familia ya que el afecto que recibimos del núcleo familiar si es insustituible, y aunque existan instituciones que puedan hacer las veces de familia, como casas hogar, lo cierto es que nada proporciona más satisfacción que el hecho de desarrollarse dentro de una familia bien integrada y en donde se manifiestan lazos afectivos estrechos.

Es esta función quizás la más esencial y de cuya realización depende el equilibrio emocional del individuo, su salud mental y hasta física.

El aspecto afectivo fue el que originó posiblemente el modelo monogámico, lo que es verdad es que para poder fundar una familia se requiere que entre la pareja además del impulso sexual exista afecto mutuo entre ambos y de esta manera se podrá garantizar que puedan convivir en un clima de armonía, conformando así un matrimonio o unión sólida, de tal suerte que de esta pareja puedan surgir hijos que también ejerzan una retro-alimentación afectiva entre ellos y sus padres.

Cuando en las relaciones familiares no se obra con afecto, sino con egoísmo entre los mismos, cuando los cónyuges rompen con sus lazos afectivos, la familia se desintegra, los hijos se separan del hogar, creando esto un efecto nocivo sobre los miembros que la integraban, pudiéndose reflejar esto en la conducta aberrante que estos individuos pueden observar.

Así que de verdad sería de gran utilidad que el Estado además de promover la salud física de la familia, también se avocará a promover la salud mental de dicha entidad, creando más y mejores centros de atención a la salud mental, toda vez que de esta forma las familias tendrían un punto de apoyo para orientarse ante los problemas que la propia convivencia diaria desencadena y de esta forma no poner en riesgo su integridad como unidad social.

I.5 CRISIS ACTUAL DE LA FAMILIA.

Al hablar de crisis debemos entender el momento decisivo y peligroso en la evolución de las cosas, es aquí donde necesariamente tenemos que preguntarnos si la evolución de la familia ha llegado a un punto en que tenga que desaparecer como el concepto que tradicionalmente conocemos., si es que acaso la institución de la familia tradicional ya no es congruente con la realidad social. Para resolver sobre estos cuestionamientos tenemos que conocer algunos de los factores que intervienen en la desintegración familiar y

que se mencionarán a continuación, pero no sin antes mencionar que estos pueden variar según el estrato social, el grado de cultura, el tiempo y el lugar en que se ubique la familia y son los siguientes: el cuestionamiento de los valores tradicionales, el sistema capitalista con sus contradicciones, la quiebra del poder patriarcal, la doble carga de la mujer al desempeñar trabajo fuera de su hogar y la vida en las grandes urbes, todos estos serán explicados concretamente a continuación.

EL CUESTIONAMIENTO DE LOS VALORES TRADICIONALES.

Este obedece a la revolución ideológica que se desencadenó en las últimas décadas y cuyas concepciones en cierto modo han provocado que la sociedad deseché ciertos valores que antes eran incuestionables., la sociedad ha desechado en gran parte los preceptos morales tajantes del siglo pasado y se muestra mucho más flexible ante algunos hechos que anteriormente reprobaba del todo y así tenemos que se observa una libertad sexual y por lo tanto la caída de la virginidad como un ideal, la

homosexualidad, el uso de anticonceptivos, es decir que se ha dado un cambio trascendental en la moral sexual y familiar imperante hasta hace pocos años.

De los valores que se citaron anteriormente creo que el que causa o representa mayor riesgo es el ejercicio de la libertad sexual desmedida y que llega al grado de irresponsabilidad ya que la juventud carece de una madurez emocional evade la responsabilidad que se desprende de las consecuencias de sus actos, generándose así el surgimiento de las familias que no están integradas y en donde la ausencia del padre es muy frecuente , dando esto como resultado que el modelo tradicional de familia vaya desapareciendo en la misma medida en que los problemas sociales derivados del desequilibrio psíquico de estos individuos va aumentando y se refleja en la conducta agresiva que desarrollan.

EL SISTEMA CAPITALISTA CON SUS CONTRADICCIONES.

El sistema económico capitalista como toda creación humana presenta sus claros defectos y en la

actualidad vivimos las consecuencias de estos, ya que dicho sistema ha creado ciertos fenómenos en la sociedad y que por ende afectan a la familia como lo es el consumismo, la desigualdad en la distribución de la riqueza, el hambre.

El consumismo crea en los individuos necesidades por la adquisición de artículos que en muchos casos resultan superfluos, pero que crean una gran ansiedad por adquirirlos., también es cierto que este sistema favorece la distribución desigual de la riqueza generándose así cierto rencor y coraje en los individuos originando esto el aumento de la delincuencia, rebeldía y asume una actitud egoísta , es cuando entra en crisis la familia.

LA DOBLE CARGA DE LA MUJER AL DESEMPEÑAR UN TRABAJO FUERA DEL HOGAR.

Como consecuencia de que la mujer se rehusa a desempeñar los roles tradicionales y que limitaban su desarrollo personal, al limitar su campo de acción al

hogar, esta sale del mismo y busca poder desarrollarse en otras áreas., así es como sale a estudiar, a trabajar, buscando colaborar con su pareja aportando recursos económicos que les permitan cubrir los gastos inherentes al sostenimiento del hogar, así como para poder tener mejores perspectivas y nivel de vida, además de que al desarrollar un trabajo remunerado se libera en gran medida de la sumisión que había observado debido a que dependía económicamente en un cien por ciento de su pareja, de tal suerte que al trabajar obtiene una gran satisfacción personal al sentirse independiente.

El inconveniente de que la mujer se desarrolle profesionalmente aparece cuando su compañero se niega a compartir con ella la gran carga de responsabilidad y trabajo que el hogar representa y por lo tanto la mujer se ve oprimida por la doble carga que sobre sus hombros recae, creando esto una serie de conflictos que al no discutirse y resolverse con igualdad dentro del núcleo familiar, van originando la ruptura de los lazos afectivos entre los cónyuges y que ponen en riesgo la estabilidad y permanencia de la familia.

También se ha dicho que al salir la mujer a trabajar los hijos sufren el abandono de su madre, ya que durante el tiempo de formación del menor, es determinante que este goce del afecto y protección de la madre., al respecto habría que considerar que lo que realmente tiene trascendencia es la calidad de las relaciones familiares y no tanto la cantidad, toda vez que aunque en una familia la madre se dedique de lleno a su hogar no quiere decir que mantenga una relación afectiva satisfactoria y con suficiente comunicación con sus hijos, mientras que se puede dar que una madre trabaje, pero el tiempo que pasa con sus hijos tiene una gran calidad afectiva, existiendo una comunicación satisfactoria con ellos, claro que esto también va a depender como ya se dijo de la cooperación que ofrezca su pareja.

Por lo anterior la familia actual debe desarrollarse bajo un esquema de igualdad que promueva la armonía en la reciprocidad de derechos y obligaciones.

LA VIDA EN LAS GRANDES URBES.

La emigración desmedida que se ha venido dando del campo a la ciudad ha dado lugar a una sobre población en dichos centros con toda la secuela de problemas que de ella se derivan, la cual es tan grande y honda que afecta directamente al seno familiar, constituyendo en gran medida una de las causas que provocan la desintegración familiar, esto sobre todo afecta más a las clases desposeídas.

Entre los innumerables problemas que existen en estas urbes tenemos: la escasez de vivienda, esto provoca que cada vez sea mas difícil encontrar una vivienda decorosa y por lo tanto las familias tienen que compartir su habitat con otras más, generándose así una promiscuidad que representa una gran problema para la familia ya que a menudo esta es la causa de la desintegración de la unidad social.

Además podemos agregar el gran estress que produce la pérdida de tiempo para transportarse de un lugar a otro, el ruido excesivo, la contaminación, la

carencia de oportunidades para laborar, los medios de comunicación y la publicidad enajenantes, todo estos conjugado provoca irritabilidad en los individuos, despersonalización, agresividad, violencia y que dichas conductas al ser manifestadas en el núcleo familiar generan una crisis o su desintegración.

CAPITULO II. DEL DERECHO DE FAMILIA.

II.1 CONCEPTO DE DERECHO DE FAMILIA.

Una vez que ya se ha esclarecido el concepto de familia, nos será más sencillo poder abocarnos al estudio del Derecho de Familia, para lo cual primeramente vamos a ver que es lo que podemos entender por Derecho de Familia, por lo que analizaremos las diferentes definiciones que nos proporcionan algunos de los mas destacados estudiosos de la materia y así tenemos que para el maestro Rafael de Pina, el Derecho de Familia "Es el conjunto de normas del Derecho Positivo, referentes alas instituciones familiares"⁶

Desde luego que en la anterior definición al referirse a instituciones familiares, está hablando de matrimonio, filiación, patria potestad, alimentos, parentesco etcétera., por lo tanto, no se trata de connotar que exista separadamente un Derecho de Familia,

⁶ De Pina Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Editorial Porrúa S.A., Decimo Quinta Edición, página 300.

si no que, son simplemente relaciones específicas que regula el Derecho Civil, por lo tanto al ir citando al Derecho de Familia lo hago con la aclaración hecha anteriormente.

El citado maestro Rafael de Pina nos dice "llámese Derecho de Familia a aquella parte del Derecho Civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros."⁷ De tal suerte que del enfoque que dicho autor tiene con respecto al Derecho de Familia, podemos deducir que es un conjunto de normas que dentro del Código Civil regulan el Estado de Familia, tanto de origen matrimonial, como extramatrimonial.

Para los maestros Rosalía Buenrostro y Edgard Baqueiro el Derecho de Familia "Es la regulación jurídica de los hechos bisociales derivados de la unión de los sexos, a través del matrimonio, del concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación."⁸

⁷ ITEM.

⁸ Baqueiro Rojas Edgard, Buenrostro Baez Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Harla S.A., México 1990, página 9.

Esta definición nos conlleva a reconocer un estado jurídico que se crea a través de la realización de un hecho que genera consecuencias permanentes de derecho, osea de derechos y obligaciones que se deben reciprocamente los elementos del conjunto familiar.

Otro de los grandes estudiosos del Derecho Familiar es el maestro Guitron Fuentevilla para quien el Derecho de Familia "Es el conjunto de normas jurídicas, que tienen por objeto regular las relaciones jurídicas existentes entre la familia y cada uno de sus miembros, así como de la familia con las demás personas no miembros de la familia."⁹ Esta definición coincide con las ya mencionadas en el sentido de que regula las relaciones interpersonales entre los miembros que conforman la familia, solo que en esta se incluye además las relaciones entre los miembros de la familia con entes ajenos a ella.

Derecho de Familia para el maestro Manuel Chávez Ascencio "Es el conjunto de normas jurídicas de un fuerte

⁹ *Derecho Familiar, Guitron Fuentevilla Julián, México 1972, página 325.*

contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre estos con otras personas y el Estado, que protegen a la familia y sus miembros promoviendo a ambos para que la familia pueda lograr su fin."¹⁰

La observación que se puede hacer a la definición anterior es que el incluir a la religión en el Derecho de Familia no es pertinente a mi opinión ya que en principio nuestro sistema jurídico acertadamente se mantiene al margen de principios religiosos de cualquier índole y además porque existe una gran diversidad de religiones y cada una de ellas maneja preceptos diferentes, siendo por lo tanto muy abstracto hablar de religión dentro de un concepto tan fundamental como lo es el Derecho de Familia, además de que equivaldría a buscar la confrontación de las diversas ideologías que encierran las diferentes corrientes teológicas.

¹⁰ *La Familia en el Derecho*, Chávez Asencio Manuel, Editorial Porrúa S.A., México 1990, página 140.

Para Roberto de Ruggiero la familia, es como un organismo social que se funda en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, siendo por lo tanto que no se haya regulada exclusivamente por el derecho, ya que en ningún otro campo influyen tanto la religión, la costumbre y la moral. Antes que jurídico, la familia es un organismo ético, ya que de la ética proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia apropiandoselos, a veces y transformandolos en preceptos jurídicos, lo que explica el fenómeno peculiar en el Derecho de Familia, la costumbre o a otras fuerzas que aún actúan en el ambiente social. El Estado interviene, a juicio de Ruggiero en el mismo organismo social, para fortalecer los vínculos, para garantizar la seguridad de las relaciones, para mejor disciplina y para dirigirlo rectamente en la consecución de sus finalidades, sin que la ley constituya, como en otras relaciones de Derecho Privado la única forma de esta institución.

Consecuentemente en cuanto al Derecho de Familia el maestro Ignacio Galindo Garfias nos da la siguiente definición: "Es el conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, entre consortes y parientes."¹¹ Estas relaciones de carácter asistencial, que nacen entre los parientes colaterales, tienen entre ascendientes y descendientes un aspecto de potestades y sujeciones establecidas para la protección de los hijos.

El Derecho Civil, no puede desconocer que al margen del matrimonio se produce con frecuencia dentro del grupo social, la unión de hecho entre un hombre y una mujer, cuyos hijos requieren el reconocimiento y protección del derecho.

Así también tenemos la definición de Derecho de Familia según el maestro Julián Bonnecase que lo define en los siguientes términos: "Por Derecho de Familia

¹¹ Galindo Garfias Ignacio, *Derecho Civil*, Editorial Porrúa S.A., Quinta edición, México 1982. página 437.

entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia."¹²

Podemos ver que esta definición separa claramente dos ideas distintas que naturalmente se complementan. La primera es el hecho y la segunda, su reglamentación jurídica, es decir que encontramos por un lado a la familia la cual tiene su justificación en un hecho natural y por otro lado tenemos al Derecho de Familia el cual es un fenómeno que surge dando respuesta a la necesidad de regular el desarrollo y finalidades de dicho ente social. Además diferencia entre dos tipos de normas y habla de normas de orden patrimonial y personal, ya que de los estados familiares se van a desprender una serie de derechos y obligaciones, las cuales van a implicar consecuencias en la persona y patrimonio de los miembros de la familia.

¹² *Bonnecase Julián, La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia, Editorial Cajica, Puebla 1945, páginas 33 y 36.*

Para tener una noción aún más clara de lo que es el Derecho de familia incluiremos también el concepto que nos brinda la maestra Sara Montero y quien nos dice que Derecho de Familia "Es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público."¹³

La anterior definición contiene elementos muy interesantes ya que esta ubicando al Derecho de Familia dentro de la rama del Derecho Privado y al mismo tiempo nos dice que contiene un interés público., estos elementos pueden dar lugar a una serie de confusiones si no se esclarece perfectamente que disciplinas comprende el Derecho Privado y cuales el Derecho Público, ya que nos habla de un interés público, y para mayor abundancia sobre estos temas se desarrolla el siguiente inciso de la presente tesis y que es: la ubicación del Derecho de Familia en el Sistema Jurídico.

¹³ Montero Duhalit Sara, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa S.A., Cuarta Edición, México 1990, página 24.

II.2 COMO SE UBICA EL DERECHO DE FAMILIA DENTRO DEL SISTEMA JURIDICO.

Para poder abordar este tema tenemos que conocer las grandes ramas en que el sistema jurídico se ha dividido y en razón de que criterios se da esta división.

Así pues tenemos que la mayoría de los tratadistas se avocan a dividir al derecho en tres ramas y que son: Derecho Público, Derecho Privado y Derecho Social, para facilitar el análisis de estos cabe hacer primero una diferenciación entre Derecho Público y Derecho Privado y que tenemos a continuación.

Vamos a partir de los criterios más usuales para distinguir ambas ramas, tenemos los criterios basados en la teoría romana de La Distinción Del Interés En Juego., esta teoría señala que son de Derecho Público las dirigidas a satisfacer el interés general de la colectividad y que pertenecen al Derecho Privado aquellas disciplinas que garantizan el interés de los particulares.

Otros autores se inclinan por considerar como una base el contenido de la norma, y por lo tanto serán de Derecho Público las que determinen los órganos y funciones del Estado, en tanto que serán de Derecho privado las que organizan las relaciones entre los sujetos en aquellos aspectos en que el Estado no interviene, ni forma parte de su estructura.

También tenemos por otro lado a las que realizan la distinción en razón a la situación en que se encuentran los sujetos en una determinada relación jurídica., es decir que se consideran de Derecho Público las normas que regulan las relaciones en las que interviene el Estado en su carácter de soberano, se dará una subordinación, el individuo queda subordinado a los mandatos de el Estado, y será de Derecho Privado aquella relación en que los individuos se encuentran en una situación de coordinación, en un plano de igualdad o en la que el Estado no interviene como sujeto de la relación jurídica.

De los criterios mencionados yo me inclino por el último ya que el primero lo encuentro defectuoso para

ajustarse al Derecho de Familia con el Derecho Privado, toda vez que el Derecho de Familia aunque si bien es cierto garantiza intereses particulares de sus miembros, también lo es que las relaciones familiares que contiene son consideradas por el Estado como de interés público.

En el segundo no encuadra el Derecho de Familia con el Derecho Privado ya que nos dice que serán de Derecho Privado las normas que organizan las relaciones entre los sujetos en aquellos aspectos en que el Estado no interviene, ni forma parte de su estructura, y en el Derecho Familiar el Estado tiene que intervenir forzosamente ya que es el encargado de garantizar en un momento dado el cumplimiento de las obligaciones familiares, así como de reconocer los actos que implican la creación, disolución o reconocimiento de los estados familiares.

Por lo anteriormente razonado es que me inclino por la tercera ya que en el Derecho Familiar se dictan normas para individuos que se encuentran en un plano de igualdad y el Estado no interviene como sujeto de la relación jurídica, pero interviene o se admite esa

posibilidad., así que con esta teoría podemos afirmar que el Derecho de Familia pertenece al Derecho Privado.

Además no olvidemos mencionar la última división y que cronológicamente surgió al final, la cual es la del Derecho Social, que es el conjunto de nuevas normas jurídicas protectoras de ciertos sectores específicos del grupo social., es decir que es el derecho encargado de tutelar y proteger los intereses de una clase o sector de la sociedad, por lo tanto aquí tampoco cabe concebir intrínseco al Derecho Familiar ya que este tutela las relaciones familiares y crea consecuencias de derecho, pero a nivel particular, es decir como miembro de una familia, de aquí la gran diferencia de su objeto.

Tradicionalmente la regulación de las relaciones familiares se ha ubicado dentro del Derecho Civil, en la parte correspondiente a las personas., no es hasta principios de este siglo cuando se inicia una corriente doctrinal cuyo exponente más significativo es el italiano Antonio Cicú, seguido en Francia por los hermanos Mazeaud, esta corriente destaca el concepto de familia como un concepto social en contrapartida del concepto

individualista que había venido imperando en la legislación. Este cambio de enfoque se tradujo en la popularización del concepto de Derecho de Familia y dicha popularización se ha reflejado en la creación de tratados e intentos legislativos y didácticos encaminados a separar del Código Civil la regulación de las relaciones familiares, con miras a crear una rama autónoma de Derecho., con ello se procura no solo independizar al Derecho de Familia del Derecho Civil si no, incluso, sacarlo del ámbito del Derecho Privado.

Para argumentar el planteamiento citado anteriormente, cabe mencionar la posición que sobre este punto se plantea en la tesis de Cicú sobre la ubicación del Derecho de familia y que se extrae de su obra "El Derecho de Familia" publicada en Milán en 1914.

En el desarrollo de la primera parte dice Cicú que el Derecho Familiar no encuadra dentro del Derecho Público, en principio porque el interés tutelado en uno y otro son diferentes, en el Derecho Público se tutela al interés de la colectividad, de la comunidad, de las mayorías pudiendo de este modo entender al Derecho

Público como el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto regular las relaciones entre particulares o gobernados con el Estado., el cual interviene en la relación jurídica como ente soberano.

Dentro del Derecho Publico localizamos una relación de subordinación de los gobernados frente al Estado porque el tipo de interés que se tutela en este género jurídico es el interés de la generalidad y este interés se encuentra por encima del interés particular, así que el Estado cumple con su función de Derecho Público proporcionando los diferentes servicios públicos requeridos por la comunidad: agua potable, energía eléctrica, drenaje etcétera.

Por el contrario en el Derecho Familiar el interés jurídico a tutelar lo es el titular de un estado familiar, pero observado no en su individualidad si no considerando a dicho titular como un miembro de un todo familiar, se tutela a la familia.

Continúa diciendo Cicú que el interés familiar es un interés superior al interés del Estado, porque

antes que el Estado, la familia se presenta como un agregado natural y necesario, siendo las relaciones que se producen en este agregado natural no se agotan en el acto de la relación sexual ni tampoco en el acto de educación de los hijos, si no que tales relaciones son mucho más profundas., concluye diciendo que por lo mismo el interés superior familiar esta por encima del propio Estado, Ciccú acepta colocar al interés del Derecho Familiar junto al interés del Derecho Público, pero no dentro de este, si no que ambos intereses ocupen el mismo plano jerárquico y por otro lado entre el Derecho de familia y el Derecho Público existen dos semejanzas fundamentales.

1) Que ambos géneros jurídicos son tutelares de intereses superiores.

2) Que en ambos encontramos una estructura orgánica de las instituciones que respectivamente integran a uno y otro género jurídico, también aclara que no solamente estos intereses a tutelar son diferentes entre sí, si no también las instituciones que los forman.

En la segunda parte de su obra Cicú considera que el Derecho de Familia no es Derecho Privado, a pesar de que tradicionalmente se le ha comprendido dentro de este y más concretamente dentro del Derecho Civil, sin embargo el principio el interés de uno y otro son diversos, en el Derecho Privado el interés tutelado es el del particular, en el Derecho Privado se concibe a la persona como un ser individual independiente de todas las demás., en el Derecho de Familia no se tutela al interés particular, no se observa a la persona en su individualidad si no como miembro de una familia.

Por otro lado en el Derecho Privado la autonomía de la voluntad constituye la ley suprema de los contratos y aquí la voluntad de los particulares celebrantes del acto jurídico constituyó la ley suprema de esa relación, en cambio en el Derecho Familiar la norma no surge por la voluntad del gobernado u obligado en razón a que es el Estado el que impone todo el conjunto de normas jurídicas familiares, esto lo podemos corroborar desde el acto jurídico del matrimonio que se tiene como la forma legítima de constituir una familia, en este acto no basta solo con la voluntad de los pretendientes para que el

acto jurídico del matrimonio exista como los demás actos de derecho privado, esto es en razón de que se requiere además la voluntad del Estado manifestada a través del juez del registro civil sin la cual simplemente no puede haber matrimonio, además de toda una gama de principios de Derecho Privado no aplicables al Derecho de Familia.

Concluyó Cicú diciendo que el Derecho de Familia no encuadra dentro del Derecho Privado y tampoco se encuentra dentro del Derecho Social, por que en el Derecho Social se tutela al interés de una determinada clase social: trabajadora, campesina., mientras que el Derecho Familiar es protector de la familia, dice Cicú que el Derecho de Familia es un nuevo género dentro del campo jurídico.

Lo que es evidente es que en las relaciones del Derecho Familiar no se tutelan intereses individuales como intereses autónomos, independientes o supuestos, ni se tutela tampoco una libertad de querer referente a estos intereses.

En mi opinión teniendo un conocimiento más amplio sobre el contenido y la naturaleza del Derecho Familiar me atrevo a sugerir que debe de haber un equilibrio que es sin duda difícil de encontrar y delicado, ya que no es cuestionable la necesidad de la participación estatal en algunas casos en las instituciones familiares., pero no debe de violarse la privacidad, ni lo propio de cada institución, es decir, que el Estado debe de actuar de acuerdo a la naturaleza propia de cada institución, buscando promoción y protección y respetando el derecho inalienable de los padres de resolver sus propias situaciones familiares.

II.3 AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR.

Tomando en cuenta los razonamientos y aportaciones que nos proporcionó el desarrollo del tema inmediato anterior de el se desprende que el Derecho de Familia quede ubicado dentro del Derecho Privado en general, pero es en este punto donde llegamos al centro del problema, ya que tenemos que determinar si resulta

idóneo que se incluya dentro del orden normativo civil, la reglamentación de la materia familiar y si podemos afirmar que el Derecho de Familia tenga una verdadera autonomía.

Tenemos que preguntarnos según el maestro Rafael Rojina Villegas si el Derecho Civil se debe de regular bajo el mismo sistema de normas tanto los problemas de orden patrimonial que se presentan entre particulares y los que sean de naturaleza familiar, que tienen una serie de características especiales, aún cuando se presentan en algunas situaciones consecuencias de índole económico.

Es claro que para ubicar al Derecho Familiar dentro del Derecho Civil patrimonial, se tuvieran que encontrar características que los hicieran compatibles y dadas las cuales se pudieran concebir como una sola disciplina jurídica diferente del Derecho Mercantil, del Agrario y del Laboral, pero más que una explicación lógica y racional podemos concluir que esta errónea ubicación no tiene un fundamento y que se hace solo por costumbre o por tradición histórica, que se ha continuado

esta clasificación y carece de una justificación científica.

Es la propia naturaleza del Derecho de Familia que nos permite diferenciar esta rama, del Derecho Patrimonial Civil, Mercantil, Laboral o Agrario, ya que en estas últimas disciplinas podemos encontrar como elemento común que la norma jurídica regula todo lo relacionado con intereses patrimoniales. De este modo podemos decir que el Derecho Patrimonial Civil es la organización jurídica del patrimonio y de las relaciones entre particulares valorizables en dinero que no sean comerciales, agrarias o de trabajo, a su vez el Derecho Mercantil es la organización jurídica del patrimonio y de las relaciones derivadas del mismo siempre que estas nazcan de un acto de comercio y que implica la calidad de comerciante y por lo tanto la actividad mercantil. Por lo que hace al Derecho de Trabajo, encontramos también una regulación de las relaciones patrimoniales que surgen de la prestación de servicios entre trabajador y patrón. Por último, el Derecho Agrario implica una especial regulación de cierta forma de propiedad rural, para garantizar a la clase campesina el mínimo necesario para

subsistir, dotándolos de tierras y aguas indispensables para sus necesidades y restituyéndolos de las que fueran privados indebidamente.

De lo anterior se desprende que existe una característica común en todas las ramas jurídicas que citamos y que es la organización jurídica del patrimonio y la regulación de los derechos susceptibles de valorización económica. En cambio en el Derecho de Familia el aspecto principal se refiere a la regulación de los vínculos no patrimoniales que se crean por el parentesco, el matrimonio y la incapacidad de algunos sujetos. Es decir, que de manera accesoria o secundaria, el Derecho de Familia regula relaciones patrimoniales, tanto en lo que se refiere a capitulaciones matrimoniales, como de la administración de los intereses de los sujetos a patria potestad o tutela, de tal suerte que el Código Civil vigente incluye en su reglamentación un capítulo del patrimonio familiar.

Concluyendo, podemos decir que tomando en cuenta las características del Derecho de Familia, tanto por lo que se refiere a su aspecto no patrimonial y por lo que

respecta a su estatuto imperativo inenunciable, fuera del ámbito de la autonomía consensual e integrado por normas de interés público y superior considero que debe separarse del Derecho Civil Patrimonial para conformar una rama autónoma dentro del Derecho Privado.

Además de la argumentación que se expuso para justificar que se pueda dar una autonomía del Derecho de Familia podemos agregar que en el Derecho de Familia se dan características que satisfacen los requisitos para que una ciencia jurídica pueda ser autónoma., así nos dice la maestra Sara Montero que "Es necesario que dicha disciplina reúna características de extensión, de interés propio, de instituciones peculiares y diferentes a las otras ramas del derecho, que tenga materia y perfiles propios que la determinen como particular e independiente, es decir autónoma."¹⁴

Cabe en este punto citar al maestro Guillermo Cabanellas, que, aunque no se especializó en la materia de Derecho Familiar, si no en la rama laboral, aportó a

¹⁴ Montero Duhalt Sara, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, México 1990, página 28.

la doctrina una serie de criterios mediante los cuales podemos llegar a deducir si existe autonomía de una rama del derecho, y así tenemos que dichos criterios son los siguientes: criterio legislativo (sustantivo y procesal), científico, didáctico y jurisdiccional.

Con estas bases vamos a desarrollar cada uno de los criterios mencionados ajustándolos al Derecho de Familia para ver, si de acuerdo con estos, se puede decir que dicha disciplina es una ciencia jurídica autónoma y por lo tanto constituye una rama de derecho independiente.

1) Criterio Legislativo: Este implica que se elaboren leyes aisladas sobre materia familiar o códigos completos de Derecho de familia, también por la incidencia de incluir dentro de la Constitución uno o más artículos relativos a la familia, señalado sus primordiales derechos y protección legal a los mismos, es decir que la materia familiar empieza a independizarse de la rama del Derecho Civil., tenemos varios Estados que han establecido códigos exclusivos de Derecho de Familia, como son Polonia, Alemania, lo que fue la Unión

Soviética, de América Costa Rica., por lo que a México toca fue uno de los primeros Estados en elaborar una legislación independiente de materia familiar, así tenemos la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que vino a derogar la parte relativa del Código Civil de 1884 vigente en esa fecha., al entrar en vigor el Código Civil actual, vuelve a incorporar la materia familiar en su contenido y así permanece.

Considero por mi parte una aberración el que siga incluyéndose la materia familiar dentro de la rama del Derecho Civil, toda vez que como ya se mencionará en su oportunidad, ya existe un órgano jurisdiccional especial para dicha materia, y por lo tanto debería de existir un instrumento jurídico que recopilara únicamente todas las disposiciones que reglamentan a la familia en sus diferentes aspectos y roles., Además considero lógica la creación de una ley o Código Familiar toda vez que la Constitución dedica un artículo a la familia, estipulando los derechos mínimos que se deben de garantizar para los miembros de la misma, así como la protección legal de que debe ser objeto, de tal suerte que lo más racional es que se creara una Ley

Reglamentaria de dicho artículo y que para mayor abundancia citaremos:

Artículo cuarto, "El varón y la mujer son iguales ante la ley, esta protegerá la organización y desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a

la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas."¹⁵

2) Criterio Científico: Este se refiere a los estudios que se han realizado específicamente en materia de derecho familiar, es decir, estamos hablando de la materia doctrinal, la cual empieza hoy en día a tomar gran fuerza, toda vez que ha despertado un gran interés ya que abarca un gran ámbito de ordenes que en muchas ocasiones van más allá del aspecto meramente jurídico.

Este interés se ha ido incrementando en la actualidad, ya que se observa una descomposición social en la mayoría de las sociedades y que tiene sus raíces en la descomposición de la familia, ya que la familia está pasando por una crisis y esto no solo despierta el interés de los juristas, si no que también a impulsado a los filósofos, moralistas, psicólogos, sociólogos, pedagogos, etcétera a realizar innumerables estudios sobre la célula social, y que han quedado plasmados en sus

¹⁵ Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México 1991, página 4.

obras, las cuales están al alcance de los interesados en cualquier biblioteca. En el orden de normatividad jurídica, se han editado numerosas obras bajo el título de Derecho de Familia, pero creo que aún no se ha agotado todo el inmenso caudal de la problemática familiar, es decir, que faltan estudios que analicen y esclarezcan todas las situaciones que deben ser normadas en el desarrollo de las relaciones familiares.

3) Criterio Didáctico: Se refiere a que haya un curso específico de Derecho Familiar en el que se imparta su enseñanza, aquí nos encontramos que escuelas y facultades de derecho en la mayoría de los países, incluyen en su programa el curso de Derecho de Familia, ya sea dentro de la enseñanza de Derecho Civil o como una rama aparte e independiente.

Por lo que hace a México, tanto las instituciones públicas como las privadas, organizan cursos y actividades didácticas, relacionadas con la familia, sus instituciones jurídicas y administrativas. De este modo podemos deducir que el Derecho de Familia,

si goza de una autonomía de carácter didáctico., aunque cabe señalar que debería de impartirse como una rama independiente del Derecho Civil en todos los casos, ya que todavía en instituciones tan respetables como La Universidad Nacional Autónoma de México, se imparte esta asignatura como Derecho Civil IV, aunque después se aclare que se trata de Derecho de Familia.

Criterio Jurisdiccional: Consiste en que exista un órgano jurisdiccional específico para ventilar las controversias que surjan en materia familiar, concretamente que existan juzgados y tribunales especializados en problemas de Derecho de Familia., generalmente estos han surgido a raíz de la creación de una legislación familiar, pero México es un caso muy especial, ya que tenemos juzgados y tribunales especiales familiares, pero no tenemos una legislación autónoma en dicha materia.

En el Distrito Federal el 18 de marzo de 1971, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la creación de los juzgados de lo familiar y que entró en

vigor el 18 de junio del mismo año. Esta creación fue el resultado de la necesidad, ya que dada la naturaleza de los conflictos tan especiales y que van más allá de las simples controversias de materia civil que atañen generalmente a cuestiones meramente patrimoniales.

Como es normal de toda creación humana, estos juzgados tienen sus deficiencias, ya que lo ideal sería que en estos juzgados se brindara ayuda a la familia mexicana en problemas o controversias por parte de especialistas en materias como psicología, medicina, trabajo social etcétera. Esto dadas las consecuencias que traen para los miembros del núcleo familiar los problemas que se suscitan y que provocan un perjuicio o daño emocional. Además atendiendo a esto, también debería de llevarse acabo una especialización del personal jurisdiccional de esta rama, ya que esta envuelve una carga de emotividad que puede confundir a dichos jueces y hacerlos tomar determinaciones incongruentes.

Después de haber hecho el análisis de los criterios que nos da el maestro Cabanellas y ajustándolos al Derecho Familiar comprobamos que, en efecto el Derecho de Familia reúne todas las características para constituir una ciencia jurídica autónoma y que debe de ser separada del contenido del Derecho Civil, toda vez que como ya lo deducimos ambas ramas tutelan intereses y derechos de diferente naturaleza. Además de que dada la importancia de los intereses que protege el Derecho Familiar lo más idóneo sería que tuviera su propia codificación en un instrumento exclusivo de la materia.

II.4 INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA.

Al constituir el Derecho de Familia una rama autónoma del derecho, esta tiene sus propias instituciones y que constituyen la parte medular que dicha disciplina debe reglamentar, dichas instituciones son: el matrimonio, la filiación y el parentesco, al ser estas instituciones la esencia del Derecho Familiar, consecuentemente de estas se derivan el surgimiento de

otras figuras que nacen de las situaciones genéricas que las propias instituciones producen., de este modo tenemos que en relación a la filiación se regula la patria potestad, la investigación de la paternidad y la adopción, claro, esto entre otros aspectos que se pueden escapar en esta cita. Por lo que hace al matrimonio, surgen los regímenes patrimoniales del matrimonio, la nulidad del mismo y el divorcio. También tenemos que del parentesco y demás lazos familiares nace la obligación alimentaria, la tutela legítima, el patrimonio de la familia y la sucesión legítima., las anteriores conclusiones se llevaron acabo tomando en cuenta la postura de la maestra Sara Montero, ahora vamos a tomar en cuenta las apreciaciones que hace a este respecto el maestro Ignacio Galindo Garfias.

Así tenemos que para dicho autor el Derecho de Familia se ocupa de: el matrimonio, el concubinato, de la filiación y el parentesco.

Encontramos aquí una figura muy importante y que no se había incluido en la clasificación que hace la maestra Sara Montero, la cual es el concubinato, este

creo que se incluyó muy acertadamente, toda vez que no podemos ignorar la realidad que vive la sociedad de nuestros días y en la cual esta inmersa con gran extensión dicha figura, ya que es muy frecuente que la juventud ponga en tela de juicio la importancia que reviste el matrimonio y obtén por mantener una cohabitación al margen de la ley, pudiendo traer esto como consecuencia la procreación, de aquí la importancia de regular esta figura, ya que se deben de proteger los derechos de los menores que surjan de esa "unión libre" y que no tienen culpa alguna para que sean tratados con inferioridad, así que la ley debe de establecer los mecanismos necesarios para que se evite que dichos hijos sufran al ser desconocidos e ignorados sus derechos por parte de sus padres.

Ahora abordaremos superficialmente al matrimonio, ya que este se analizará con mayor detenimiento en el capítulo específico y aquí solo se hace mención por ser una institución del Derecho de Familia., así tenemos que el Derecho Matrimonial comprende el conjunto de relaciones que nacen entre los cónyuges, que norman su vida común y se ocupa de

establecer reglas relativas a su administración, disfrute y disposición de los bienes adquiridos por los consortes antes o durante el matrimonio y los que se refieren al patrimonio de la familia, al disfrute de los bienes de los cónyuges que constituyen las capitulaciones matrimoniales, las cuales pueden ser en dos sentidos régimen de separación de bienes o sociedad conyugal. Para terminar con este punto diremos que el Derecho Matrimonial comprende también la disolución del vínculo jurídico entre los consortes y que puede ser el divorcio y la nulidad del matrimonio.

Por lo que se refiere al parentesco diremos que las normas al respecto establecen las diversas especies de parentesco, el cual puede ser consanguíneo o por afinidad, del vínculo jurídico que surge con la adopción y que es denominado parentesco civil, que para mal nuestro derecho no regula una adopción plena, ya que no vincula al adoptado con los parientes del adoptante, limitandose a crear un vínculo de parentesco entre este y el adoptado. El adoptado conserva el parentesco consanguíneo. De tal suerte que tenemos dos maneras para establecer el lazo del parentesco:

1) Parentesco Consanguíneo., se da por el hecho de la generación y que nuestro derecho reconoce hasta el cuarto grado en la línea colateral, osea hermanos, tíos, sobrinos y primos, sin limitación alguna en línea ascendente.

2) Parentesco por Afinidad., que es el que se da entre el marido y los parientes consanguíneos de la mujer, o entre la mujer y los parientes consanguíneos del marido.

De la patria potestad y la tutela tenemos que la primera, es la institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad, no emancipados que nace de la filiación. Su ejercicio atañe en primer término a los progenitores y a falta de estos a los demás ascendientes por línea paterna y materna, a falta de padres y abuelos paternos.

La tutela por otra parte es la figura jurídica que protege a los menores no sujetos a patria potestad y a los incapacitados., esta institución dada su naturaleza

tiene una muy importante función de protección en favor de aquellos sujetos que no pudiendo por si mismos disponer de su persona y bienes, requieren la protección de una persona capaz, que los asista en tales casos, de este modo podemos decir que la tutela constituye una protección subsidiaria, sustitutiva de la patria potestad.

CAPITULO III. DEL PARENTESCO Y ALIMENTOS

III.1 ETIMOLOGIA DE PARENTESCO.

Del latín popular parentatus, de parens, pariente.

Nos dice la maestra Sara Montero que el primer vínculo familiar es el que se establece entre la pareja humana que entabla relaciones sexuales de manera permanente, y que derivada de esta relación sexual surge la procreación, que a su vez es el origen del parentesco, osea que cuando las personas tienen un origen común a través de sus progenitores o de sus ascendientes más lejanos, estas personas tienen lazos comunes de sangre, son parientes.

La relación entre progenitor e hijo es el parentesco más cercano que puede darse y toma el nombre estricto de filiación. La filiación es parentesco, más no todo parentesco es filiación.

III.2 CONCEPTO BIOLÓGICO Y JURÍDICO DE PARENTESCO.

CONCEPTO BIOLÓGICO.

Para la maestra Sara Montero el parentesco "Es la relación que se establece entre los sujetos que descienden unos de otros o de un tronco común."¹⁶

El parentesco presenta dos especies que son: el primero el que se establece entre los sujetos que descienden directamente unos de otros, o sea padre, hijo, nieto, bisnieto., y el que se da entre los sujetos que, sin descender unos de otros, tienen un progenitor común, hermanos, tíos, primos, sobrinos etcétera, de tal suerte que esta relación surge en forma espontánea, derivada biológicamente de la procreación.

CONCEPTO JURÍDICO.

Según el criterio del maestro Antonio de Ibarrola "Se llama parentesco al lazo que existe entre

¹⁶ Montero Duñalt Sara, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa S.A, México 1990, página 46.

personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la ley civil por analogía a los anteriores, o dicho de otro modo, lazo permanente que existe entre dos o mas personas por razón de tener la misma sangre o de un acto que imita al engendramiento y cuya similitud con este se haya reconocido por la ley"¹⁷

Del concepto que antecede, que nos proporciona el maestro Antonio de Ibarrola, podemos distinguir claramente que nos habla de dos tipos de parentesco, uno es natural, es decir que se ajusta con el concepto biológico, ya que surge como consecuencia de la procreación, y por otra parte, nos habla de un parentesco que establece la ley, pero que no se establece por consanguinidad, si no por un acto de voluntad, y lo asemeja al consanguíneo., de lo que se desprende claramente que se refiere a la adopción, sin embargo y como veremos en el momento oportuno a esta definición escapa otro tipo de parentesco, ya que existen tres clases del mismo, pero además cae en otro error al afirmar que la similitud entre el parentesco consanguíneo

¹⁷ De Ibarrola Antonio, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa S.A., México 1978, página 75.

y la adopción, se haya reconocido por la ley, ya que en la mayoría de las legislaciones mexicanas, no existe una adopción plena, es decir que el adoptado solo es pariente de los adoptantes, más no de los parientes de estos, por lo tanto, de ninguna manera existe tal similitud, aunque sería lo ideal el que la adopción tuviera los mismos efectos que la procreación por lo que se refiere al parentesco, ya que finalmente lo que se pretende con la adopción es crearle al adoptado un ambiente en el cual se desarrolle y se sienta como miembro de una familia.

De lo anterior se desprende que el derecho toma en cuenta las fuentes primarias de la relación humana y crea otras más, independientes de los datos biológicos, para configurar su propio concepto de parentesco., por lo que en este momento es muy viable mencionar el concepto que nos proporciona la maestra Sara Montero, la cual es muy congruente con la realidad jurídica civil mexicana y nos dice que "parentesco es la relación jurídica que se establece entre los sujetos ligados por la consanguinidad, la afinidad o la adopción."¹⁸ Este

¹⁸ Montero Duhalt Sara, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa S.A., México 1990, página 46.

concepto nos conlleva a establecer que existen tres clases de parentesco que son los que ya había abordado en su definición el maestro Antonio de Ibarrola, más el que añade acertadamente esta autora y que es el parentesco por afinidad.

Siguiendo con el desarrollo de nuestro tema ahora nos ocuparemos del concepto que nos da el maestro Manuel Chávez Ascencio acerca del parentesco y nos dice que "es el vínculo jurídico entre personas dentro de la familia."¹⁹ Este concepto es un tanto escueto, ya que por ejemplo, los cónyuges son familia o familiares, sin embargo no son parientes.

Al abordar la postura que sostiene el maestro Rafael Rojina Villegas, podemos concluir que el parentesco implica en realidad un estado jurídico ya que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas, por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho., es

¹⁹ Chávez Ascencio Manuel F., *La Familia en el Derecho*, Editorial Porrúa S.A., México 1992, página 249.

decir que el estado jurídico condiciona la aplicabilidad de todo un estatuto de derecho para que se produzcan en forma renovada y continua múltiples consecuencias.

Otra de las definiciones que pueden cumplimentar nuestro estudio del parentesco lo es la que nos proporcionan los maestros Rosalía Buenrostro Báez y Edgar Baqueiro Rojas, para quienes el parentesco "Es un estado jurídico, ya que implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones tanto en los miembros de la relación, como en lo que se refiere a terceros (parientes consanguíneos y políticos) que se conoce como estado civil o familiar y se identifica como atributo de la personalidad."²⁰

Definido el parentesco como las relaciones jurídicas familiares que se derivan de dos fenómenos biológicos, la unión de los sexos mediante el matrimonio, y la procreación a partir de la filiación y de un hecho civil encaminado a suplir el fenómeno biológico de la procreación, la adopción., estos tres tipos de hechos son

²⁰ Baqueiro Rojas Edgar y Rosalía Buenrostro Baez, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Harla, México 1990, página 17.

los únicos que originan a las relaciones de parentesco, de ahí que el matrimonio, la filiación y adopción constituyan las tres grandes fuentes de parentesco en nuestra legislación.

III.3 CLASES, GRADOS Y LINEAS DE PARENTESCO.

CLASES DE PARENTESCO.

Derivado del concepto jurídico de parentesco, surgen tres especies: parentesco por consanguinidad, por afinidad parentesco civil, o por adopción.

El parentesco por consanguinidad es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden unas de las otras o que reconocen un antecesor común., dicho de otra forma es la relación jurídica que surge entre las personas que descienden de un tronco común.

Según el maestro Chávez Asencio la calidad de pariente consanguíneo existe, tanto en la familia que se deriva del matrimonio, como en la que se origina por el

concubinato o con la madre soltera, ya que este parentesco es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, es decir, son los vínculos que se originan entre ascendientes y descendientes y también los que se originan entre aquellos que sin descender unos de otros, reconocen un antepasado común.

El parentesco que se origina del concubinato o de la madre soltera es consanguíneo, pero se crea exclusivamente por los lazos de filiación, a efecto de referir a una determinada persona con sus ascendientes, descendientes y colaterales., aquí no interviene el vínculo matrimonial y, por lo tanto la calidad de pariente se origina solo en la consanguinidad.

El parentesco por afinidad es la relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro.

Los parientes por afinidad son comunmente llamados parientes políticos. El parentesco por afinidad se da únicamente entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Los parientes

consanguíneos recíprocos de uno y de otro cónyuge no son parientes o al menos no por afinidad.

El maestro Rojina Villegas, en su libro Derecho Civil Mexicano, nos dice que por virtud del divorcio o la nulidad, se extingue el parentesco por afinidad, ya que este parentesco se origina por el matrimonio y al disolverse este vínculo por el divorcio debe extinguirse este parentesco., también la nulidad termina con este parentesco toda vez que deja sin efecto al matrimonio, se puede aludir además que la muerte de uno de los cónyuges también va a disolver dicho vínculo.

Es importante hacer notar que la ley no reconoce el parentesco por afinidad en relación con el concubinato, lo que se desprende del artículo 294 de nuestro Código Civil.

En cuanto al parentesco civil o parentesco por adopción, podemos decir que es el que resulta el acto jurídico respectivo, que por virtud del mismo se generan entre el adoptante y el adoptado los mismos derechos y obligaciones que se desprenden de la filiación legítima

entre padre e hijo, sin embargo este parentesco no se extiende a los parientes del adoptante ni a los parientes del adoptado, de acuerdo con lo que establece el artículo 402 a efecto de limitar las consecuencias de dicho vínculo sólo entre dichos sujetos.

En nuestro derecho el parentesco por adopción no excluye los vínculos de consanguinidad, de tal manera que el adoptado mantiene las mismas relaciones jurídicas que aquellos vínculos crean respecto a sus ascendientes, descendientes y colaterales, con los derechos y obligaciones respectivos, salvo en relación a la patria potestad en que se opera la transferencia de los padres o abuelos del adoptado al adoptante "salvo que en su caso este casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges." Si nos remitimos a lo dispuesto por los artículos 390 al 410 del Código Civil es posible deducir que este tipo de parentesco nace de un acto jurídico de carácter mixto, en que concurren los que ejercen la patria potestad o tutela de las personas que se trata de adoptar, el Ministerio Público, el adoptante que debe de ser mayor de 25 años y el juez que debe dictar la resolución. Para que quede

más clara la anotación que se acaba de hacer es preciso saber que los actos jurídicos mixtos son aquellos en los que intervienen uno o varios particulares y uno o varios funcionarios del Estado.

LINEAS Y GRADOS DE PARENTESCO.

1. El grado es cada generación que separa a un pariente de otro, para ejemplificar esto podemos decir que todos los hijos de un padre, sin que importe si nacieron o no de la misma madre o si nacieron antes o después, pertenecen a la misma generación y se encuentran en el mismo grado de parentesco, respecto a su progenitor.

2. La línea es la serie de grados o generaciones. Las líneas son recta y colateral. La recta es a su vez descendente o ascendente. La colateral es igual o desigual. Ambas líneas son también paterna o materna, en razón de que el ascendente sea el padre o la madre.

La línea recta se forma por la serie de grados entre personas que descienden unas de otras o sea padre, hijo, nieto, bisnieto etcétera., la línea recta es ascendente o descendente, la ascendente es la que liga a un individuo con su progenitor o tronco de que procede, padre, abuelo, bisabuelo etcétera., descendente es la que liga al progenitor con los que de él procedan hijo, nieto bisnieto, etcétera., cabe mencionar que la misma línea puede ser ascendente o descendente según el punto de partida y la relación que se pretenda establecer.

En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de personas, excluyendo al progenitor., el parentesco en línea recta no tiene limitación de grados.

La línea colateral o transversal es la serie de grados que une a los parientes que descienden de un progenitor común, es decir, hermanos, tíos, sobrinos, primos, tíos abuelos, sobrinos nietos. En esta línea los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o bien por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo al

progenitor o tronco común. De lo cual se desprende que el parentesco más cercano en la línea colateral es de segundo grado y que es el de los hermanos y medios hermanos. La línea colateral puede ser igual o desigual dependiendo si los parientes tienen con respecto al tronco común el mismo número de grados. En el parentesco colateral el derecho reconoce únicamente hasta el cuarto grado. Son colaterales en cuarto grado los primos en línea igual y los tíos abuelos con los sobrinos nietos en línea desigual.

III.4 CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL PARENTESCO.

Para iniciar el desarrollo del presente tema tendremos que esclarecer que al hablar de consecuencias jurídicas nos estamos refiriendo a los derechos y obligaciones que se derivan del parentesco., dichas obligaciones pueden consistir en la imposición de conductas o en prohibiciones.

Los deberes que se generan a través del parentesco son diversos y se dan en función a la clase y grado del mismo.

Las consecuencias jurídicas del parentesco por consanguinidad son básicamente las siguientes:

1. Crea el derecho y la obligación alimentaria.
2. Origina el derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima, o en su caso el derecho de poder exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria.
3. Crea determinadas incapacidades en el matrimonio y en relación con otros actos o situaciones jurídicas. En la tutela legítima constituye la base para el nombramiento del tutor.
4. Genera los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contraen solo entre padres e hijos, abuelos y nietos, en su caso.

Por lo que hace a la obligación alimentaria, esta se analizará con mayor profundidad más adelante en el inciso correspondiente de la presente tesis.

En cuanto al derecho subjetivo para heredar en la sucesión legítima el Código Civil para el Distrito Federal establece que heredaran:

1. En primer orden los descendientes y el cónyuge o concubino. A falta de descendientes.

2. En segundo orden los ascendientes, el cónyuge o el concubino. A falta de descendientes y ascendientes.

3. En tercer orden los hermanos y el cónyuge o el concubino. A falta de los descendientes, ascendientes y hermanos.

4. En cuarto orden, el cónyuge o el concubino, a falta de todos los anteriores.

5. En quinto orden, los colaterales hasta el cuarto grado, si no hubiere pariente o cónyuge concubino.

6. En sexto orden, la beneficencia pública.

Por otro lado en cuanto a las incapacidades para contraer matrimonio, al estudiar el matrimonio tendremos oportunidad para abordar esta cuestión.

Continuando con la que se señala como la cuarta consecuencia del parentesco consanguíneo y que es lo respectivo a la patria potestad, podemos deducir que, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos recae sobre el padre y la madre, y sólo por la muerte de alguno o por haber incurrido en la pérdida del mismo, pasa al otro. A falta de los padres la ejercerán los abuelos paternos, y al falta de ellos los maternos., cuando falta uno de los abuelos el otro la tendrá solo, antes de la pareja que siga en orden.

En el caso de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad corresponde al que reconozca al hijo en primer lugar, si los dos padres lo reconocen simultáneamente, como lo establezcan de común acuerdo. Si se suscita controversia, el juez de lo familiar resolverá lo mas conveniente para el menor.

En caso de adopción, solo el adoptante puede ejercer la patria potestad.

Son muy diversos y abundantes las situaciones o actos que regula nuestra legislación positiva en los que

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

repercute directamente el parentesco consanguíneo, pero sería ocioso citar todos así que solo se mencionarán algunos., como lo es la prohibición que marca el Código civil a el tutor para enajenar los bienes del incapacitado a su cargo, a no ser que el tutor o los parientes de este sean coherederos, partícipes o socios del incapacitado., por otra parte tenemos que en la tutela legítima el parentesco por consanguinidad va a establecer el orden en que los posibles tutores deben de nombrarse., ya que corresponde a los hermanos de preferencia a los que lo sean por ambas líneas, y a falta o incapacidad de estos a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive. En cuanto a la tutela legítima de los idiotas, imbeciles, sordo mudos y demás personas que establecen los artículos 486 al 491 del Código Civil para el Distrito Federal, los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre viudos. A su vez el padre, por muerte o incapacidad de este la madre, son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando estos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, e inclusive la ley llama también a los tíos abuelos para desempeñar esta tutela., en materia testamentaria son varias las prohibiciones para heredar

las que están en función al parentesco como lo es para el médico que atendió al testador durante su última enfermedad cuando esta fue la causa de su muerte y que se extiende a los parientes de este., un caso similar lo es para el notario que redactó el testamento y sus parientes., también podemos citar respecto a la violencia como vicio de la voluntad la definición de violencia ya que existe esta cuando se emplea la fuerza física o amenaza que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

El Código Procesal contiene variadas prohibiciones a los parientes, por citar alguno, el artículo 170 en sus fracciones II, III, IV, V, XI, XIII y XIV, impide forzosamente a todo magistrado, juez o secretario, conocer de los casos en que intervengan sus parientes., el perito que sea consanguíneo dentro del cuarto grado de alguna de las partes, puede ser recusado., el testamento de los parientes puede ser puede ser objeto de tacha en algunas circunstancias.

El Código Penal recoge en muchas de sus normas las relaciones de parentesco entre el inculcado y la víctima, tanto en la aplicación de las sanciones, como excluyente de responsabilidad o como agravante de la misma en los delitos de corrupción, violación, incesto, homicidio en relación al parentesco, infanticidio y otros, así mismo los parientes no están obligados a declarar en el juicio.

Ahora tocaremos las consecuencias jurídicas que se originan a partir del parentesco por afinidad y que son las siguientes:

1. El parentesco por afinidad no da derecho a heredar.

2. Crea el impedimento para contraer matrimonio entre afines de la línea recta sin limitación de grado.

3. El derecho a alimentos solo es entre los cónyuges.

4. Se imponen también algunas limitaciones o impedimentos., la ley notarial impone al notario rehusar a ejercer sus funciones cuando intervengan parientes

consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grado.

5. El Código de Procedimientos Civiles también observa limitaciones tomando en cuenta esta afinidad. Así el artículo 363 señala que debe hacerse constar, además del nombre y edad, estado, domicilio, ocupación, si es pariente por consanguinidad o afinidad y en que grado de alguno de los litigantes.

Es importante señalar que existe una laguna legal muy grande por lo que hace a la obligación alimentaria entre los parientes afines ya que en algunas situaciones específicas es muy injusto el que no se imponga esta obligación, ya que por ejemplo cuando muere uno de los cónyuges y este deja un hijo que vivió y dependió económicamente de la pareja, lo más lógico es que el cónyuge o viudo (a) se haga cargo de dicho hijo, esto en el supuesto de que sea menor de edad o estuviere incapacitado., además el Código tampoco establece si en caso de nulidad de matrimonio también subsiste la prohibición para contraer matrimonio con alguno de los parientes en línea recta del exconyuge.

Las consecuencias jurídicas del parentesco por adopción o parentesco civil son idénticas a la filiación consanguíneo, aunque sólo se dan entre el adoptante y adoptado. La única gran diferencia con la filiación consanguínea es que esta es un vínculo irrompible en vida de los sujetos sólo se extingue con la muerte. En cambio la adopción puede ser revocado uni o bilateralmente, con la aberración de que hasta pueden contraer matrimonio entre sí adoptante y adoptado, una vez que se rompa en vínculo de la adopción.

III.5 DEFINICION Y GENERALIDADES DE LOS ALIMENTOS.

Los alimentos son una de las principales consecuencias que origina el parentesco y avocandonos a lo dispuesto por el artículo 308 estos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad, respecto de los menores comprenden además

los gastos de educación primaria del alimentista para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Los alimentos también se presentan como una consecuencia del matrimonio y para tal efecto referiremos al artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal "Los cónyuges deben darse alimentos. La ley determinará cuando queda subsistente esta obligación, en los casos de divorcio y otros más que la ley señala."²¹

En cuanto al parentesco por adopción, toda vez que crea los mismos derechos y obligaciones que el parentesco legítimo entre padre e hijos, se crea sólo entre adoptante y adoptado la obligación de darse recíprocamente alimentos.

El maestro Rafael Rojina Villegas, define al derecho de alimentos diciendo que "Es la facultad jurídica que tiene una persona llamada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del

²¹ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa. México 1990.

parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos."²²

La observación que se puede hacer a esta definición es que dicho autor omitió incluir dentro de la misma como fuente de la obligación alimentaria a la adopción, ya que sólo hace mención al matrimonio, al parentesco consanguíneo o al divorcio.

Dada la gran importancia de los alimentos, toda vez que de ellos depende la sobrevivencia del acreedor de los mismos, dicha obligación se encuentra conformada de una serie de características que la distinguen de las obligaciones comunes, cuyo objeto es la protección del pariente o cónyuge necesitado, de tal suerte que la obligación alimentaria es:

1. Recíproca, tiene este carácter ya que el obligado a darla puede tener en un momento dado el derecho a exigirla.

²² *Derecho Civil Mexicano*, Rojina Villegas Rafael, Editorial Porrúa S.A., México 1993, página 165.

2. Proporcional, puesto que los alimentos deben de ser proporcionales a la posibilidad del que los da y a la necesidad de quien los recibe, cabe mencionar en este punto que el Código Civil para el Distrito Federal, recientemente reformado establece un incremento automático mínimo, equivalente al aumento, porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, esto salvo que el deudor no hubiere aumentado sus ingresos en la misma proporción, en cuyo caso el aumento será proporcional a los que hubiere obtenido., dicha regla favorece la comisión de injusticias., ya que hubiere sido preferible la no definitividad de la sentencia o del convenio que establece los alimentos toda vez que estos variarían al cambiar las necesidades o posibilidades de las partes, y de esta forma se aplicaría efectivamente el principio de la proporcionalidad que atiende tanto al monto patrimonial como a la necesidad.

3. A prorrata, esto es que la obligación alimentaria debe prorratarse cuando son varios los obligados a dar alimentos a otro, es decir que debe dividirse de acuerdo a la fortuna de los deudores., en caso de que una sola persona sea la obligada, también la naturaleza de los alimentos permite su división, la

doctrina considera que la obligación alimentaria no debe satisfacerse en especie, si no en dinero, lo que permite dividir su pago en días, semanas o meses, en contraposición con esta estipulación está el caso de los deudores que incorporan a los acreedores alimentarios a su casa, ya que entonces si se puede satisfacer dicha obligación en especie, aunque no sea totalmente en dicha forma.

4. Subsidiaria, pues se establece a cargo de los parientes más lejanos, en el caso de que los parientes más cercanos no puedan cumplirla.

5. Imprescriptible, en tanto que no se extingue aunque el tiempo transcurra sin ejercerla.

6. Irrenunciable, la obligación alimentaria no puede ser objeto de renuncia, de tal suerte que es un derecho al que no se puede renunciar al futuro, pero si a las pensiones vencidas.

7. Intransigible, es decir, no es objeto de transacción entre las partes.

8. Incompensable, toda vez que no es extingible a partir de concesiones recíprocas.

9. Inembargable, ya que está considerada como uno de los bienes no susceptibles de embargo. Sólo las

pensiones vencidas pueden renunciarse, ser materia de transacción y prescribir como todas las obligaciones periódicas.

10. Asegurable, como la obligación de alimentos tiene por objeto garantizar la conservación de la vida del alimentista, el Estado esta interesado en que ese deber se cumpla y por ello exige el aseguramiento de la misma a través de los medios legales de garantía, los cuales son la hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualquier otra forma de garantía suficiente a juicio del juez., para tal efecto tienen acción el acreedor alimentario, el ascendiente que le tenga bajo su patria potestad, el tutor, los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado y el Ministerio Público.

11. Sancionado su incumplimiento, cuando el alimentante no cumple con el deber a su cargo, el acreedor tiene acción para reclamarle judicialmente su cumplimiento, el incumplimiento de este deber puede constituir un delito previsto y sancionado en el Código Penal.

La legislación positiva mexicana establece dos formas para dar cumplimiento a la obligación alimentaria y son, una a través de una pensión en efectivo, y la otra incorporando al deudor a su hogar.

Si la obligación alimentaria se cumple a través de una pensión en efectivo, esta debe ser realmente en efectivo y no en especie., el deudor no podrá liberarse ofreciendo alimentar al acreedor ni este deberá de presentarse al domicilio de aquel u otro que le señala para tomar sus alimentos., tampoco puede pretender el acreedor que se le de determinado capital, pues las pensiones son periódicas.

Ahora bien cuando se incorpora al acreedor a la casa del deudor alimentario, debe ser en el hogar de este y no en otro equivalente, esta se da generalmente en el caso de menores o incapacitados ya que implican una mayor dependencia, pero esta incorporación no procede en caso de cónyuge divorciado, ni cuando haya impedimento moral o legal para que el acreedor y deudor vivan juntos, en caso de controversias sobre la forma de suministrar los alimentos, el juez familiar resolverá lo que corresponda.

III.6 DERECHO A PERCIBIR ALIMENTOS, SUJETOS Y EXTINCION DE LA OBLIGACION.

Según los maestros Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, de acuerdo con las fuentes de las que se desprende la obligación alimentaria, claramente podemos distinguir que los sujetos obligados a darse alimentos, son todos los parientes en grados reconocidos por la ley y que se extienden sin limitación de grado en línea recta a los parientes consanguíneos y en línea colateral hasta el cuarto grado, incluye también a la pareja conyugal y el adoptante hacia el adoptado.

La legislación positiva vigente no reconoce la obligación de dar alimentos a los parientes por afinidad., y no debe dejar de mencionarse que el actual Código Civil para el Distrito Federal hace extensivo este derecho a los concubinos. Los cónyuges deben darse alimentos mientras exista el matrimonio, pero también en caso de divorcio causal el culpable puede ser condenado al pago de alimentos en favor del inocente., sin embargo también nuestro Código Civil ha establecido en los divorcios voluntarios que la mujer tiene derecho a

recibir alimentos por el mismo lapso que haya durado el matrimonio, siempre y cuando no tenga ingresos suficientes y permanezca libre de matrimonio o concubinato. El varón tiene el mismo derecho si se encuentra imposibilitado para trabajar, carece de bienes y no ha contraído nuevas nupcias o se ha unido en concubinato.

En nuestro derecho la obligación de proporcionar alimentos cesa de acuerdo con el artículo 320 del Código Civil, por las siguientes causas:

1. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla.

2. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos.

3. En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe de prestarlos.

4. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas.

5. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de este por causas injustificadas.

Es importante aclarar que no todas las causas que señala el artículo anterior determinan la extinción de la obligación alimentaria, pues las señaladas en los incisos uno, dos y cuatro, sólo producen la suspensión temporal de ese deber, ya que la modificación de las circunstancias que prevén dichos lineamientos, pueden ocasionar que se vuelva a generar la obligación de dar alimentos., completando la aseveración anterior podemos decir que para que se de dicha obligación son indispensables dos elementos, el primero de ellos es la necesidad del acreedor a recibirlos y la otra es la posibilidad para proporcionarlos, toda vez que si falta uno de ellos, la obligación no se da, pero si surgen aunados los mismos la obligación renace.

CAPITULO IV DEL MATRIMONIO.

IV.1 EVOLUCION Y CONCEPTO ACTUAL DE MATRIMONIO.

Para empezar con el desarrollo del presente capítulo podíamos hablar del gran peso que la institución del matrimonio representaba en los sistemas legislativos familiares en el pasado, así podemos mencionar la posición que el maestro Ruggiero sostiene sobre la misma, ya que sostiene que el matrimonio es la institución fundamental del Derecho Familiar, toda vez que el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios, nos dice también que de él derivan todas las relaciones, derechos y postestades, ya que cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir dichas relaciones, derechos y postestades por benigna concesión, y aún cuando estos se otorguen, lo serán inferiormente o asimilados a los que el matrimonio origina. Sostiene que la unión de un hombre y una mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y sólo es aceptada como concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto., y es aquí donde empieza a referirse a los hijos

nacidos fuera de matrimonio, nos dice que el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad, además que fuera del matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo., una extensión benigna que la legislación hace a la unión ilegítima, responde a razones de piedad y a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad contraída por quien procrea fuera de justas nupcias.

En el derecho mexicano, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, sustenta un criterio claramente humano y sobre todo realista ya que al hablar de familia dice que está fundada en el parentesco por consanguinidad, especialmente de las relaciones que se generan a partir de la filiación tanto legítima como natural, de lo que se desprende que el matrimonio pierde su supremacía para regular las relaciones de la paternidad, de la maternidad y de la patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos, resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.

El Código Civil vigente ha continuado la obra que dejó incompleta la Ley sobre Relaciones Familiares, al aceptar caso en que es posible investigar la paternidad que todavía no reconoció la ley antes citada, además equiparó los derechos de los hijos naturales con los de los legítimos y facilitó la prueba de los nacidos dentro del concubinato.

El criterio sustentado por la nueva legislación mexicana, es a todas luces más humanitario, que el viejo sistema en el que se desconocen algunos derechos de los hijos, solo por el hecho de haber nacido fuera del matrimonio.

Pero para tener un mejor conocimiento sobre algunos de los factores que condicionaron la connotación actual del matrimonio, nos remontaremos a algunos periodos que nos permiten observar su trascendencia en nuestra presente organización., de tal suerte que partiremos del origen de la reglamentación jurídica del matrimonio, como antecedente de la actual.

En Roma el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos., de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la de un estado de vida de pareja, al que el Estado otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio., sólo era necesario el hecho mismo de la convivencia como pareja.

Cabe señalar que la celebración a propósito del acto era frecuente, esta revestía un carácter religioso, no jurídico. Con ella comenzaba un nuevo estado, aunque tal ceremonia tampoco era indispensable., de aquí que hubiere varias formas de iniciar el matrimonio: desde la ceremonia de la confarreatio y la coemptio, hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido, o la ausencia total de formalidades en el matrimonio por usus.

Más adelante, con el cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la iglesia y el registro de la ceremonia en actas parroquiales, con lo que el matrimonio adquiere una forma determinada de celebración, que permitió distinguir claramente la unión matrimonial, de otras uniones como el

concubinato. Pero no obstante que la celebración se hizo indispensable para que hubiera matrimonio, como lo estableció el Concilio de Trento, la iglesia siguió distinguiendo el simple matrimonio celebrado (rato), del matrimonio consumado por la unión real de los cónyuges., de tal suerte que se daba el caso de que no obstante haberse celebrado el matrimonio, no hubiere tal por no existir la relación sexual, circunstancia que lo colocaba como matrimonio ratum vel no consumatum.

Siguiendo con este proceso de evolución Carlo Jemolo hace una distinción entre matrimonios constituidos y matrimonios celebrados. Para el, los matrimonios constituidos son aquellas uniones que conforman un género de vida, independientemente de haber sido precedidos o no por una ceremonia, y son matrimonios celebrados las uniones precedidas por ceremonias creadoras del vínculo, sin que sea necesario, para que existan los derechos y deberes consiguientes, que a la celebración siga una relación sexual en la pareja o un estado de convivencia.

Para algunos países que la adoptaron, esta distinción entre dos tipos de matrimonio hizo prevalecer

el matrimonio celebrado desde el Concilio de Trento, un sistema de legislación civil. Tal fue el caso de España y consecuentemente de sus colonias, en virtud de un decreto de Felipe II y, para otras naciones, el reconocimiento de efectos al matrimonio religioso, como en el caso de Italia, al mismo tiempo de la legislación laica.

Con la Revolución Francesa por primera vez se efectúa la laicización del matrimonio, de modo que el único matrimonio válido es el celebrado ante la iglesia o bien ante funcionarios del estado civil.

En tiempos recientes se ha tratado de retornar al tipo de matrimonio constituido. Así lo reglamentan, entre otros, Cuba, algunos Estados de los Estados Unidos de Norte América y el Estado de Tamaulipas en México, con el llamado matrimonio por comportamiento, en el fondo no se trata si no se reconocer al concubinato los mismos efectos que al matrimonio celebrado con las formalidades legales. Resultado similar han venido a tener las últimas reformas al Código Civil vigente para el Distrito

Federal, al igualar a los concubinos con los casados, en los derechos a la sucesión y a los alimentos.

En esta ocasión haremos alusión a la postura que sobre el matrimonio sostiene el maestro argentino Eduardo Zannoni, quien dice que la familia se capta en la constitución de relaciones cuya base biológica-unión sexual y procreación-son objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración en el sistema de la cultura de modo tal que "El matrimonio es una de estas relaciones cuyo sustrato, de conformidad con dichas pautas, se proyecta en la institucionalización de la unión intersexual monogámica."²³

El anterior concepto se puede interpretar en el sentido de que el matrimonio es el reconocimiento que el Estado hace a la unión sexual monogámica.

Recurriendo ahora al maestro Rafael de Pina, observamos que el matrimonio puede ser considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista

²³ Zannoni Eduardo A., *Derecho de Familia Dos, segunda edición actualizada y ampliada*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1989, página 117.

meramente civil, desde el punto de vista de la iglesia católica, es un sacramento., y por otro lado desde una concepción civil, el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que en términos generales puede definirse como "Un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo, una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes."²⁴

Los elementos importantes que se desprenden de la definición que se acaba de citar son por un lado que es un acto bilateral ya que interviene la voluntad de los contrayentes, y por otro lado la solemnidad, elemento que será analizado en su oportunidad con toda la extensión que esta requiera.

El Código Civil vigente concibe al matrimonio como un contrato civil y que al igual que otros actos civiles de las personas, debe celebrarse ante los

²⁴ De Pina Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Editorial Porrúa S.A., Decimo Quinta Edición, México 1986, página 314.

funcionarios del orden civil, osea ante los funcionarios del Estado, de conformidad con los preceptos de las leyes correspondientes, lo anterior se desprende del artículo 130 Constitucional en su párrafo tercero y podemos afirmar que es el producto de la lucha que realizó el Estado mexicano por delimitar la actividad de la iglesia, de la actividad propia del Estado, aspecto que se logró gracias a las leyes de Reforma de 1859-1861, dado que la iglesia era la que controlaba todos los actos civiles de mayor relevancia para las personas como: el nacimiento, matrimonio, defunciones.

Uno de los ordenamientos jurídicos en materia civil más modernos y que contiene lineamientos que van más de acuerdo con la realidad de la sociedad actual lo es el Código Civil para el Estado de Hidalgo, situación por la cual tomaremos del mismo el concepto de matrimonio que en el se consagra., de este modo tenemos que en su artículo 11 nos dice que el matrimonio "Es la institución social permanente, por medio de la cual se unen jurídicamente un hombre y una mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones dan origen y estabilidad a una familia y establecen una comunidad de vida plena y

responsable, procurando la procreación de la especie y la ayuda mutua."²⁵

Para la maestra Sara Montero el matrimonio es la forma legal de constitución de la familia, a través de la unión jurídica de un solo hombre con una sola mujer que crea entre ellos una comunidad de vida total y permanente, con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.

El concepto que nos acaba de proporcionar la citada autora es erróneo, toda vez que el matrimonio no es de ninguna manera la única forma legal de constituir una familia.

IV.2 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

A la figura del matrimonio se le han atribuido multiplicidad de posturas en torno a su naturaleza

²⁵ Código Familiar para el Estado de Hidalgo, Editorial Porrúa, página 205.

jurídica, pero sólo retomaremos las más importantes y que se desarrollarán separadamente a continuación.

1) El matrimonio es un acto jurídico, la mayoría de los tratadistas coinciden en que el matrimonio es un acto jurídico, en virtud a que es un acuerdo de voluntades que trae consigo consecuencias jurídicas, pero dicha estipulación es muy abstracta ya que existen infinidad de actos jurídicos, así que hay que determinar que tipo de acto jurídico es el matrimonio., así tenemos que es un acto bilateral, algunos dicen que es plurilateral, ya que participan más de dos voluntades que son las de los contrayentes y la del Estado., dicha postura es demasiado simple para poder determinar la naturaleza jurídica del matrimonio.

2) El matrimonio es un acto jurídico mixto, los tratadistas que sostienen esta postura nos dicen que hay tres tipos de actos jurídicos a saber y que son: el acto jurídico público, privado y mixto.

En el acto jurídico público, El Estado participa en su calidad soberana y la voluntad del gobernado se ve

subordinada a aquel por el interés que tutela el acto jurídico público y que es el interés de la generalidad.

Acto jurídico privado, es aquel que realizan los particulares entre sí, sin que sea necesaria la participación del Estado para la existencia del acto, pues aquí la voluntad de los particulares es suficiente para crear el acto jurídico.

El matrimonio, dicen, es un acto jurídico mixto, porque para su existencia se requiere, tanto la participación de la voluntad particular de los pretendientes, como de la voluntad del estado otorgada a través del juez u oficial del Registro Civil.

La observación que se puede hacer a esta postura es en el sentido de que sólo se está atendiendo al momento de la celebración del acto jurídico del matrimonio, pero no atiende a los efectos posteriores que se producen una vez celebrado este, ni aún a lo que es la propia celebración.

3) El matrimonio como contrato, los seguidores de esta postura aseveran que el matrimonio es un contrato civil, porque dicen que el matrimonio constituye un acuerdo de voluntades que crea y transfiere derechos y obligaciones como lo señala el artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 130 constitucional párrafo III le da a este el rango de contrato civil al acto jurídico del matrimonio, ante esta postura contractualista existe la teoría no contractualista, la cual establece que el matrimonio no es un contrato civil en razón a que al matrimonio no se le pueden aplicar los principios propios de los contratos civiles, esto es que en un contrato civil para la existencia del acto jurídico es suficiente la voluntad de los particulares celebrantes en oposición al matrimonio, ya que este no puede existir sin voluntad del Estado, manifestada a través del juez u oficial del registro civil, además de que los objetos de un contrato son muy diferentes al objeto que persigue el matrimonio, es decir, en el matrimonio el objeto lo constituye la procreación y la ayuda mutua entre los cónyuges, siendo que dicho objeto no reúne las características que exige

el artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, el que nos dice que para que sea materia de contrato debe de: existir en la naturaleza, estar determinado o determinable en cuanto a su especie, estar en el comercio.

Los objetos del matrimonio no reúnen estas características, además otra diferencia básica, consiste en que la materia de contratos civiles en general es de tipo patrimonial, lo que no ocurre en el matrimonio, en el cual se establecen relaciones personales sobre todo éticos-morales.

Por todo lo anterior el matrimonio no es un contrato civil, el hecho de que el párrafo III del artículo 130 constitucional lo defina como un contrato civil y añada de este y todos los demás actos jurídicos de las personas deban de celebrarse ante los funcionarios civiles (osea del Estado) de conformidad con lo que establezcan las leyes específicas, no es más que una reminiscencia histórica, que nos remonta a las leyes de Reforma, con las cuales se logró separar las funciones

meramente espirituales de la iglesia a las funciones del Estado, atribuyendole a este la autoridad civil.

4) El matrimonio como un contrato de adhesión, se entiende como un contrato de adhesión aquel en el que las cláusulas ya están establecidas previamente y los celebrantes sólo se agregan o adhieren a ellas., pero por todo el análisis que se realizó en el inciso anterior, podemos deducir que es inadmisibile ajustarse a esta postura ya que en el matrimonio no se estipulan o cuestionan intereses patrimoniales como parte de su esencia, si no cuestiones personales éticas y morales., de tal suerte que no lo podemos concebir como un contrato civil y por consecuencia tampoco como un contrato de adhesión.

5) El matrimonio es un estado jurídico, los pretendientes al contraer matrimonio, cambian su estado civil de solteros al de casados y automáticamente surge para ellos todo un conjunto de derechos y obligaciones inherentes a su nuevo estado jurídico, el estado jurídico constituye una situación jurídica de permanencia de carácter duradero de una persona en relación con su

nación, con su Estado, con su familia y sociedad, así el matrimonio indiscutiblemente constituye un estado jurídico para los casados, estado que sólo podrá desaparecer a través de algunas de las formas de extinción del matrimonio.

La principal crítica a esta postura es en el sentido de que solamente enfoca los efectos posteriores que produce el matrimonio, ya que esta postura omite los requisitos previos para su celebración, ni los requisitos en el momento del acto mismo.

6) El matrimonio como sacramento, recordaremos que en el pasado, durante toda la Edad Media y hasta bien entrada la Epoca Moderna, todas las cuestiones civiles y entre estas el matrimonio fueron reguladas por la Iglesia Católica, de tal suerte que la prolongada influencia del Cristianismo provocó que incluso las autoridades civiles regularan al matrimonio desde un punto de vista más que jurídico, ético y moral., así el matrimonio para el derecho canónico siempre fue considerado como un contrato natural, estructurado por la ética cristiana y elevado a la calidad de sacramento por el Concilio de Trento de

1543 a 1563 de esta forma el derecho canónico en su canón 1056 dice "Cristo nuestro señor elevó a la dignidad de sacramento al contrato de matrimonio entre bautizados. Por consiguiente entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido, sin que por el mismo hecho sea sacramento, el siguiente canón se refiere a los objetos del matrimonio al señalar, la procreación y la educación de la prole son el fin primario del matrimonio, la ayuda mutua y la concupiscencia.

Los países de ascendencia cristiana regularon el matrimonio siguiendo los lineamientos cristianos y por ello consideraron al matrimonio como un sacramento y como un vínculo indisoluble, hasta que llegó la Reforma Protestante.

Sin embargo no fue hasta la Revolución Francesa con sus postulados cuando se seculariza al matrimonio y fue a partir de entonces cuando los gobiernos civiles empezaron a regular el matrimonio adoptando alguno de los sistemas jurídicos siguientes:

1. Los que dan plena validez al matrimonio eclesiástico.

2. Sistemas jurídicos que dan validez preferente al matrimonio canónico y validez subsidiaria al matrimonio civil.

3. Sistemas jurídicos que dan plena validez tanto al matrimonio eclesiástico como al matrimonio civil.

4. Sistemas jurídicos que solo otorgan efectos legales al matrimonio civil y no reconocen ningún efecto al matrimonio eclesiástico, a este último sistema pertenece la regulación del matrimonio mexicano.

7) El matrimonio es una institución jurídica, la connotación más exacta de lo que es la institución jurídica es la que nos dan los tratadistas que sostienen que es un conjunto de normas jurídicas de carácter imperativo y de interés público tendientes todas a un fin común.

El matrimonio efectivamente es una institución jurídica por que el mismo está regulado en su totalidad por el Estado, en los capítulos y libros correspondientes

del Código Civil en vigor, así en este se establecen los requisitos previos para su celebración, los elementos indispensables en el momento de su celebración, los efectos jurídicos posteriores a esta y las formas únicas de disolverlo, es decir, el matrimonio es contemplado en su totalidad y toda su naturaleza jurídica., es por eso que esta postura es la más idónea.

Concluyendo en relación a la naturaleza jurídica del matrimonio podemos decir que la naturaleza de este es múltiple, aunque como ya se mencionó se le puede ubicar mejor como una institución de Derecho Familiar, por estimar que esta es la postura que lo contempla en su totalidad.

IV.3 ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

El matrimonio, como todo acto jurídico, esta conformado por elementos de existencia para que surja a la vida jurídica, y por elementos de validez para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a la nulidad.

Los elementos de existencia del acto jurídico son: la voluntad, el objeto y las solemnidades. Los elementos de validez: la capacidad de las partes, ausencia de vicios de la voluntad, licitud en el objeto, motivo y condición y las formalidades.

La generalidad de los actos jurídicos se constituyen con sólo dos elementos: la voluntad y el objeto., el matrimonio en la mayoría de las legislaciones, es un acto solemne, por lo tanto requiere de un tercer elemento, que es la solemnidad.

La voluntad, el matrimonio es un acto jurídico bilateral, ya que se requiere del consentimiento expreso de ambos cónyuges, cabe mencionar que esta expresión de la voluntad se lleva acabo en dos momentos que son: en la solicitud de matrimonio que se llena para presentarse ante el juez del Registro Civil de domicilio de cualquiera de los pretendientes y el segundo en el momento de la ceremonia cuando el juez le pregunta a los contrayentes si aceptan como cónyuges a las personas con las que se van a casar., de lo que se desprende que la

voluntad se da siempre en forma expresa y verbal, por comparecencia personal de los consortes o por apoderado especial. Si en el momento de la pregunta cualquiera de los contrayentes contestaran negativamente o no contestaran el matrimonio no tendría efecto, es decir no habría matrimonio, aunque si pueden desprenderse de esta situación consecuencias jurídicas por la ruptura de esponsales., puede darse también que en el momento de la celebración se de su anuencia, pero esta se de como resultado de alguna intimidación o amenazas del otro cónyuge, en cuyo caso posteriormente se podría invocar la nulidad del matrimonio por haberse dado vicios de la voluntad.

El objeto, se puede desprender de la propia definición del matrimonio ya que lo constituye el establecimiento de una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo.

La comunidad de vida total y permanente entre los casados, implica la ayuda mutua, porque la esencia misma del matrimonio, independientemente de la imposición legal, es compartir la vida de la manera más armónica.

posible, en la cual esta implícita forzosamente la ayuda mutua.

La perpetuación de la especie ya no se considera el objeto determinante por el que se contrae matrimonio, pues son muy válidos los matrimonios que por su edad, o circunstancias particulares no quieren o pueden procrear.

Las solemnidades, el matrimonio es por principio un contrato solemne, pues requiere de la intervención de una autoridad especial, de ciertas palabras expresas y del levantamiento de un acta en que estén incluidos ciertos requisitos forzosos., la solemnidad la encontramos en dos momentos de la ceremonia., el primero lo podemos encontrar en el artículo 102 del Código Civil para el Distrito Federal cuando nos dice que el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud, en caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y de estar conformes

los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad., el segundo aspecto de solemnidad consiste en el levantamiento del acta respectiva, cuyos requisitos señala el artículo 103 del Código Civil para el Distrito Federal, de los cuales los que determinan la existencia, son los contenidos en las fracciones I y VI.

La fracción I se refiere a que se debe de acentar en el acta los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio, y lugar de nacimiento de los contrayentes., en cuanto a la fracción VI esta establece que se debe de hacer la declaración de la voluntad de los contrayentes de unirse en matrimonio, la de haber quedado unidos que hará el Juez del Registro Civil en nombre de la ley y la sociedad, el acta será firmada por el Juez, los contrayentes, los testigos y demás personas que hubieren intervenido si pudieren y quisieran hacerlo, también se estamparán las huellas digitales de los contrayentes.

Una vez agotados los elementos esenciales del matrimonio, ahora nos avocaremos a el estudio de los elementos que determinan su validez y empezaremos a

referirnos a la capacidad de las partes. Es indiscutible que el matrimonio constituye la forma legal de la regulación de la relación sexual, de tal suerte que nuestra legislación vigente establece la capacidad para poder celebrarlo a la edad de catorce años cumplidos por lo que respecta a la mujer y a la edad de dieciséis años por lo que hace al varón, es decir que el legislador al establecer esta disposición sólo contempló la capacidad biológica para poder procrear, ya que es obvio que con las edades establecidas se carece de una capacidad intelectual para la realización de un acto jurídico de tanta trascendencia, por lo que es sumamente criticable el que la ley contemple la unión en matrimonio de adolescentes ya que por su condición carecen de un criterio bien formado que les permita comprender la importancia de dicho acto y las consecuencias que de él se generan., por lo anterior pienso que es una verdadera aberración el que se contemplen edades tan tempranas para poder celebrar dicho acto, ya que equivale a aceptar el matrimonio entre niños.

En el matrimonio solamente pueden producirse dos vicios de la voluntad, el error de la identidad, no

cualquier tipo de error y la intimidación (física o moral) o la violencia especial derivada del rapto.

El error de la identidad consiste en quedar casado con persona diversa con la cual se pretendía contraer matrimonio., es muy difícil que se de en la practica, ya que generalmente, el matrimonio se realiza estando presentes los contrayentes, se puede dar sin embargo cuando el matrimonio se realiza a través de apoderado legal, otro caso nos dice la maestra Sara Montero podría ser el que existieran gemelos idénticos.

La violencia o intimidación, es el otro vicio de voluntad contemplado dentro del matrimonio, la violencia puede ser la genérica de todo acto jurídico, hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud una parte considerable de los bienes del contratante, en este caso de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes o de parientes colaterales dentro del segundo grado. Existe además otra forma de violencia particular propia del acto del matrimonio, la que recibe el nombre de rapto, la cual se encuentra

estipulada en el artículo 156 fracción VII del Código Civil para el Distrito Federal cuando establece que son impedimentos para contraer matrimonio, la fuerza y miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras esta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.

La licitud en el matrimonio, significa que este debe de verificarse sin que exista ninguna prohibición legal a la cual la ley llama "impedimentos" palabra que es propia del derecho canónico, así la licitud del matrimonio, consiste en que este sólo debe celebrarse entre aquellas personas que no tienen ninguna prohibición legal para llevarlo a cabo, estas prohibiciones se pueden dar en relación a la condición de las personas, o bien a ciertas circunstancias personales existentes entre los que pretenden contraer matrimonio.

En cuanto a los impedimentos específicamente se analizarán en el siguiente inciso del índice de la presente tesis en razón a la amplitud de su extensión,

por lo que se continuará con el último elemento de validez y que es el que se refiere a las formalidades.

Para que pueda realizarse el acto jurídico del matrimonio se debe de cumplir con ciertos requisitos de forma al solicitar el matrimonio y en el momento mismo de contraerlo.

Las formalidades previas al matrimonio se reducen a llenar una solicitud que ya viene impresa, con todos los datos que en ella se piden y acompañarse de otros documentos.

Las personas que deseen contraer matrimonio, presentaran un escrito ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos, en que se exprese:

- 1) Los nombres, edad ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes, como de sus padres si estos fueran conocidos. Cuando uno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará el nombre de la persona con quien se celebró el matrimonio anterior, causas de su disolución y fecha de esta.

- 2) Que no tienen impedimento legal para casarse.
- 3) Que es su voluntad unirse en matrimonio.

A dicha solicitud deben acompañarse otros documentos (artículo 98) a saber: 1) el acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictámen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciséis años, y la mujer mayor de catorce., 2) la constancia de que prestan su consentimiento para que el matrimonio se celebre las personas que deben darlo., 3) La declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse., 4) Un certificado médico en el que se haga constar que los pretendientes no tienen enfermedades que son obstáculo para el matrimonio., 5) Copia de defunción del cónyuge fallecido, cuando uno o los dos pretendientes fueran viudos, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, si esas fueron las causas de disolución del matrimonio anterior., 6) Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo., y por último 7) Convenio

respecto al régimen de bienes que van a establecer durante el matrimonio.

Como una diligencia previa el Juez del Registro Civil, hará que los pretendientes y los ascendientes o tutores que deben prestar su consentimiento ratifiquen ante el y por separado sus firmas, así también los testigos deberán de ratificar sus declaraciones bajo protesta de decir verdad ante dicho funcionario, el que cuando lo juzgue necesario deberá cerciorarse de la autenticidad de las firmas que obran al calce del certificado médico presentado.

Una vez presentados los requisitos previos el Juez del Registro Civil deberá de señalar una fecha y hora para la celebración de la boda dentro de los ocho días siguientes.

En el lugar, día y hora señalados para la celebración del matrimonio se observaran las disposiciones que establece el artículo 102, el cual ya fue transcrito con anterioridad y que sería ocioso citarlo nuevamente.

Acto seguido se levantará el acta de matrimonio en la cual se hará constar (artículo 103 Código Civil):

I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.,

II. Si son mayores o menores de edad.,

III. Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres.,

IV. El consentimiento de estos, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deben suplirlo.,

V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que este se dispensó.,

VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos que hará el juez en nombre de la ley y de la sociedad.,

VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.,

VIII) Los nombres, apellidos, estado civil, ocupación, edad y domicilio de los testigos, su

declaración sobre si son o no parientes de los pretendientes y especificar en que grado y línea.,

IX. Que cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.

El acta será firmada por todas las personas que intervinieron en la ceremonia si supieren u pudieren hacerlo, además se imprimirán las huellas digitales de los cónyuges.

De todas las formalidades correspondientes al matrimonio, son solemnidades las exigidas en el segundo párrafo del artículo 102 del Código Civil, y las fracciones I, VI y párrafos finales del artículo 103. Todos los demás requisitos citados en dichos artículos, constituyen meras formalidades, las cuales no invalidan el matrimonio de acuerdo con el artículo 250 del Código Civil si a la celebración del mismo se de la posesión de estado matrimonial.

IV.4 IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Por impedimento debemos entender toda prohibición establecida por la ley para la celebración del matrimonio., esto es, toda circunstancia de tipo biológico, moral o jurídico por la cual se considera que el matrimonio no debe celebrarse.

Existen diversas clasificaciones de los impedimentos para el matrimonio, pero de todas ellas sólo se mencionará la que toma nuestro Código Civil y que es la que los clasifica en dirimentes e impedientes.

Los dirimentes son aquellos que por su gravedad, originan la nulidad del matrimonio, por ejemplo la falta de aptitud física (impotencia), o el matrimonio anterior no disuelto.

Los impedientes, son impedimentos simplemente prohibitivos o impedimentos menos graves, que no llegan a producir la nulidad del vínculo, pero que se consideran ilícitos. Por ejemplo, cuando se contrae el matrimonio estando pendiente la dispensa de un impedimento

dispensable o antes del cumplimiento del plazo legal de la viudez.

Son muchos los tratadistas que se han avocado al estudio de los impedimentos, pero el que llega a una conclusión más acertada es quizás Planiol quien nos dice respecto de los efectos de los impedimentos:

"Todo impedimento para el matrimonio es un obstáculo para su celebración, de aquí su nombre., pero la ley no concede a todos la misma fuerza. Unos dejan subsistir el matrimonio, si se ha celebrado simplemente de hecho., estos son los impedimentos simplemente prohibitivos. Hay otros sancionados más severamente y cuya violación implica la nulidad del matrimonio, cuando han sido trasgredidos: tales son los impedimentos dirimentes. De este modo no siempre la nulidad acompaña al impedimento., porque la anulación de un matrimonio es un hecho grave, cuyas consecuencias penosas o escandalosas frecuentemente son de un mal mayor que el mismo hecho de la violación de una regla legal. La ley retrocede ante estas consecuencias., a pesar de que desea que no se celebre el matrimonio y a pesar de que prohíbe

a los oficiales del estado civil que lo celebren, cuando de hecho el matrimonio se ha celebrado lo deja subsistir., en estos casos existe una prohibición sin nulidad."

"Con frecuencia se comete un error sobre esta distinción, porque se confunde con otra, la de las nulidades absolutas y relativas., se piensa que la nulidad absoluta sanciona los impedimentos dirimentes., y la relativa, los prohibitivos. El error es fácil de evitar: no hay concordancia entre las dos especies de nulidades y las dos especies de impedimentos, pues los impedimentos simplemente prohibitivos nunca traen consigo la nulidad, y siempre que se celebra un matrimonio a pesar de un impedimento, y sea nulo, podemos estar seguros que el impedimento era dirimente, aunque sólo se trate de una simple nulidad relativa."

"Se cometería un error de otro género si se creyese que la nulidad de un matrimonio supone siempre la existencia anterior de un impedimento. Hay causas de nulidad que son contemporáneos a la celebración. Tales son la clandestinidad, la incompetencia del oficial del estado civil y los vicios del consentimiento."²⁶

²⁶ Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial Cajica,

La postura que sostiene el citado autor deja muy clara la naturaleza y consecuencias jurídicas de los impedimentos, además marca perfectamente la delimitación entre impedimentos y nulidad, ya que la conjunción de estos es susceptible de confuciones, pero la argumentación referida aclara perfectamente cualquier duda que al respecto pudiera surgir. Por lo que enseguida se estudiarán los diversos impedimentos dirimentes que contiene el artículo 156 del Código Civil:

I. La falta de edad requerida por la ley cuando no haya sido dispensada., esto es que los contrayentes deben de tener edad núbil (se refiere a la pubertad), en nuestro derecho la falta de edad núbil es un impedimento dirimente, dado que origina la nulidad del matrimonio cuando no se observa. Se deben distinguir según el artículo 237 del Código Civil dos casos:

1. Cuando ha habido hijos,
2. Cuando, aunque no los haya habido, el menor hubiere llegado a los dieciocho años y ni el ni el otro

cónyuge hubieren intentado la nulidad. En ambos casos la falta de edad núbil deja de ser causa de nulidad.

La edad avanzada no es impedimento para contraer matrimonio, ni tampoco la notoria diferencia entre las edades de los contrayentes.

II. La falta de consentimiento de los que ejercen patria potestad, del tutor o del juez, en sus respectivos casos constituye también un impedimento dirimente y, por lo tanto, a contrario sensu, se requiere de su consentimiento para la validez del matrimonio.

III. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual el impedimento se extiende únicamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. Se puede desprender de la interpretación de la presente fracción que trata dos tipos de impedimentos, ya que al principio si les da la categoría de impedimentos dirimientes al

matrimonio entre ascendientes y descendientes , al de hermanos y medios hermanos., pero al citar al matrimonio entre tíos y sobrinos nos dice que puede ser susceptible de dispensa, por lo cual constituye un impedimento impediendo.

IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna. Este impedimento supone que el matrimonio que dió origen al citado parentesco, se ha disuelto, por divorcio, por nulidad o por muerte de uno de los cónyuges., de otra manera, si el enlace subsistiera, habría bigamia con motivo del segundo matrimonio. Por consiguiente no obstante la disolución del primero, continúa el parentesco por afinidad, solo por el efecto de constituir impedimento entre uno de los excónyuges y los ascendientes o descendientes del otro. Este impedimento a diferencia del impedimento que establece la fracción anterior no se sustenta en bases biológicas y religiosas, solo obedece a que dicho matrimonio va contra las buenas costumbres y la moralidad.

V. El adulterio habido entre personas que pretenden contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado. Este impedimento es a juicio personal inoperante, en principio por que el adulterio es un delito cuya comprobación judicial es casi imposible y que de hecho en casi la totalidad de los casos la denuncia por este delito es improcedente., por otro lado si ya se disolvió el vínculo matrimonial anterior el individuo debe de tener total libertad para volver a contraer nuevas nupcias con quien le parezca mejor, siempre y cuando se respeten los lineamientos que establecen las fracciones III y IV del presente artículo, además de que si se mantuvieron relaciones extramatrimoniales posiblemente estas pudieron estar basadas en algún vínculo afectivo, de tal suerte que resulta hasta cierto punto esta disposición una violación al derecho de libertad de los individuos.

VI. El atentado contra la vida de uno de los casados para contraer matrimonio con el que queda libre, constituye también un impedimento dirimente, pues de acuerdo con el artículo 244 del Código Civil, si se realiza el matrimonio, pueden pedir la nulidad los hijos

del cónyuge víctima del atentado o el Ministerio Público, dentro del término de seis meses, contados desde que se celebró el matrimonio. De los términos mismos del artículo 244 del Código Civil parece desprenderse que el impedimento de que estamos estudiando, no debe quedar simplemente en calidad de atentado contra la vida de uno de los cónyuges, para casarse con el que queda libre, sino que además debe causar la muerte de dicho cónyuge, pues solo así se explica que la ley otorgue únicamente la acción de nulidad a los hijos del cónyuge víctima y al Ministerio Público.

VII. La fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras esta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad. Sin lugar a dudas estamos ante un vicio del consentimiento ya que la voluntad de uno de los contrayentes es coaccionada, pero cabe en este punto remitirnos al artículo 245 del Código Civil, el cual nos habla de la violencia y miedo grave como causa de nulidad del matrimonio y dice que esta violencia o miedo grave debe de importar peligro de perder la vida, la honra, la

libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del cónyuge, o de la persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio., La observación que puede hacerse a este precepto es que puede darse el supuesto de que se ejerza la violencia o miedo graves, contra los descendientes de uno de los contrayentes o cónyuges, o de sus ascendientes cuando ya no este bajo su patria potestad, de tal modo que este artículo debería de completarse., aunque se podría supletoriamente aplicar el artículo 1819 del mismo Código ya que dicho artículo extiende el peligro que represente la violencia o miedo graves a los ascendientes, descendientes y parientes colaterales dentro del segundo grado.

VIII. La impotencia incurable para la cópula., y las enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas o hereditarias. En nuestro sistema jurídico como requisito para la celebración del matrimonio se requiere que se extienda un certificado médico, precisamente para detectar este tipo de enfermedades, aunque no la primera de las mencionadas.

IX. Padecer alguno de los estados incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil., por lo que es necesario entonces remitirnos a dicho artículo y en su fracción II dice tienen incapacidad natural y legal, los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos., y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por adicción a sustancias tóxicas, como el alcohol, psicotrópicos o los estupefacientes., siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque que no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

X. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con la que se pretenda contraer., este es también un impedimento dirimente, que origina de acuerdo con el artículo 248 una nulidad absoluta.

De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

Además de los impedimentos que establece el artículo 156, al analizar los artículos 157, 158, 159 y 289 del Código Civil, se puede distinguir que los mismos constituyen una prohibición legal para contraer matrimonio y por lo tanto también pueden ser clasificados como impedimentos, así que es de suma importancia mencionarlos.

El artículo 157 nos dice que el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico de la adopción.

El artículo 158 establece que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz a un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

El artículo 159 prohíbe al tutor contraer matrimonio con la persona que ha estado o esta bajo su

guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le considera por el presidente municipal respectivo, si no cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de este o del tutor.

En cuanto al artículo 289 contiene también un impedimento en el sentido de que dispone que el cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio.

Para que los cónyuges, que se divorcien voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

IV.5 CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL MATRIMONIO EN CUANTO A LOS HIJOS DE LOS CONYUGES.

De entre toda la serie de consecuencias que se generan a través del matrimonio, nos limitaremos a abordar sólo las que repercuten directamente sobre los hijos de los cónyuges, en virtud de que estas son las que encuadran dentro de la presente tesis ya que el matrimonio no es el tema principal de la misma, y por lo mismo sería demasiado ocioso estudiar todas y cada una de ellas.

En principio debe decirse que una de las consecuencias en este aspecto consiste en que los hijos de mujer casada se presumen hijos nacidos de ambos cónyuges y en consecuencia hijos de matrimonio, en este sentido es importante tener presente además que tales hijos nacen con paternidad cierta., el artículo 324 del Código Civil establece las reglas sobre la filiación, al señalar que se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de 180 días, contados desde la celebración del matrimonio.,

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta nulidad del contrato, de la 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.

Con respecto a la primera fracción podría darse que el hijo naciera dentro de los primeros ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, es aquí donde pondríamos preguntarnos si estos hijos se consideran nacidos fuera del matrimonio., dicha interrogante tiene solución si nos remontamos al artículo 328 del Código Civil, el cual establece cuatro supuestos, bajo los cuales el marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido en el término mencionado y son:

I. Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte., para esto se requiere un principio de prueba por escrito.,

II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y esta fue firmada por el, o contiene su declaración de no saber firmar.,

III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer.,

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

Por otro lado considerando la presunción que prevé la fracción II del artículo 324 del Código Civil, es menester mencionar que según lo establecido por el artículo 325 del mismo Código, contra esa presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Por otro lado, a través del matrimonio subsecuente de los padres, surge la institución llamada legitimación, que se produce cuando los padres de los hijos nacidos fuera del matrimonio, deciden contraer después este acto jurídico y al contraerse el mismo se produce el efecto jurídico de considerarse que los hijos nacidos fuera de matrimonio nacieron dentro del matrimonio.

Así pues los hijos de mujer casada o bien los que nazcan dentro de los trescientos días posteriores a la disolución de su matrimonio, nacerán con paternidad cierta, los que no nazcan dentro de los plazos señalados por las dos fracciones del artículo 324 del Código Civil, y con la excepción señalada por el artículo 328 del mismo ordenamiento, serán hijos nacidos fuera de matrimonio y su filiación sólo será posible a través de las dos formas señaladas por el artículo 360 del Código en referencia, o sea por el reconocimiento voluntario que del hijo haga su padre, porque en relación con la madre la filiación se establece por el simple hecho del nacimiento, y la otra forma en que se puede establecer la filiación del padre, lo es la sentencia judicial que declare dicha paternidad.

CAPITULO V.

DE LA FILIACION EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO E
IMPUTACION DE LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS
EXTRAMATRIMONIALES.

V.1 DE LA FILIACION EN GENERAL.

De las instituciones que constituyen el Derecho de Familia, la filiación tiene una relevante importancia, sobre todo en el sentido de la responsabilidad que se genera con la procreación, ya que esta es única, sobre todo en los primeros años que exigen una permanente atención al hijo hasta que alcanza su desarrollo que le permita integrarse a la comunidad.

La concepción, gestación y nacimiento son hechos naturales del hombre que se toman en consideración por el Derecho y tienen relación con la paternidad y la filiación. La procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho natural que interesa, no sólo a los padres e hijos, sino tam

el punto de vista natural, como desde el punto de vista jurídico.

En cuanto al enfoque natural que se le puede dar al la filiación el maestro Manuel Chávez Asencio nos refiere que "La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres., significa una relación de origen que permite conocer quienes son los ascendientes de una persona determinada."²⁷

Podemos deducir según el concepto anterior que la paternidad y la filiación no siendo sinónimos, se refieren a la misma relación humana que existe entre procreantes y procreados., desde un ángulo se contempla como paternidad, la que afecta a los padres y madres, y desde el otro como filiación, que hace referencia a los hijos.

La paternidad y la filiación jurídica se basan en la filiación biológica, ya que de ella toman las presunciones e indicios para establecer tal vínculo.

²⁷ Chávez Asencio Manuel, *La Familia en el Derecho*, Editorial Porrúa S.A., México 1992, Página 2.

Ahora bien, no siempre ambas filiaciones coinciden, pues biológicamente no puede haber hijos sin padre y madre., en cambio jurídicamente si, ya sea porque los padres se desconozcan, o bien porque no se cubrieron las formalidades y los requisitos legales para que se estableciera la relación de derecho.

La filiación, en su aplicación al Derecho Civil, nos dice el maestro Rafael de Pina que "equivale a la procedencia de los hijos respecto de sus padres, significando pues, una relación que origina que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física."²⁸

Sobre el mismo concepto el maestro Rojina Villegas, maneja dos connotaciones. Una amplísima que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, de este modo puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etcétera, sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación los

²⁸ De Pina Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Editorial Porrúa S.A., México 1986, página 348.

hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etcétera., la otra connotación es más estricta y comprende la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo, por lo tanto va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones, que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico.

Puede la filiación excepcionalmente existir como un vínculo simplemente consanguíneo, pero que el derecho no reconozca, porque no llegue a probarse o porque no se viva el estado jurídico familiar correspondiente, de lo cual se desprende el que podemos distinguir dentro del término estricto de filiación, tanto la filiación legítima como la natural.

La filiación legítima es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. Podemos observar que de acuerdo con nuestra legislación se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres, y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido

concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio, en cuyo caso pueden sucitarse dos situaciones, una es que dicho hijo puede ser legitimado, y en el peor de los casos que el marido impugne su paternidad.

Por la misma razón, el hijo legítimo puede nacer cuando el matrimonio de los padres este ya disuelto, por muerte, por divorcio o por nulidad, en estos casos su legitimidad se determina por razón de su concepción, nunca del nacimiento. Nunca la nulidad del matrimonio va operar retroactivamente en perjuicio del hijo, para arrancarle su carácter de legítimo, aún en los casos de nulidad por bigamia, o incesto, el hijo concebido antes de la sentencia de nulidad, se reputa para todos los efectos legales, como legítimo.

Para mayor abundancia sobre los lineamiento legales que a este respecto estipula nuestro Código Civil, podemos remontarnos al capítulo inmediato anterior específicamente en el punto en el que quedaron precisadas las consecuencias jurídicas del matrimonio en cuanto a los hijos, ya que en dicho inciso se establecen los casos

y términos en los que puede considerarse a los hijos como legítimos, y en los que el padre o marido puede impugnar su paternidad.

Siguiendo con el desarrollo de nuestro tema es menester determinar lo que se debe entender por filiación natural, para lo cual diremos que esta es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio.

Dentro de esta clasificación de filiación, la doctrina establece tres tipos de la misma y que son a saber: la simple, la adulterina y la incestuosa. La filiación natural simple es aquella que le corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir no había ningún elemento que originase la nulidad del matrimonio, si se hubiese celebrado. En cambio la filiación natural se llama adulterina, cuando el hijo ha sido concebido por la madre estando esta casada y el padre es distinto del marido, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa. Por último la filiación natural puede ser incestuosa cuando el hijo

haya sido procreado por parientes en grado que la ley impida el matrimonio, sin celebrar este.

La clasificación que se acaba de mencionar es a todas luces injusta y errónea, ya que el hacer una especificación del origen de estos hijos es sin duda alguna cruel y por otra parte es errónea ya que dicha clasificación en todo caso correspondería a los padres ya que estos fueron los adúlteros o incestuosos y de ninguna manera deben de imputarse a los hijos los errores de los padres, toda vez que estos no deben de pagar las consecuencias de los actos en los que ellos no tuvieron nada que ver.

Por otro lado tenemos la filiación legitimada, que es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante el o estos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración.

Por consiguiente caben dos casos de hijos legitimados y que son, el primero de ellos para los hijos que nazcan dentro de los primeros ciento ochenta días de

celebrado el matrimonio de sus padres, y el segundo lo es para los hijos que hubieren nacido antes de dicho matrimonio.

Al hacer un análisis del párrafo inmediato anterior podemos darnos cuenta de que existe una laguna legal, ya que no se especifica que calidad tienen los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero tampoco fue impugnado ejercitando el marido acción de contradicción de paternidad y encontramos que al no haber una declaración expresa en el Código Civil, a esta clase de hijos se les llama legitimados por ministerio de la ley, mientras que a los otros hijos se les llama legitimados por reconocimiento expreso.

La filiación constituye un estado jurídico, en cambio la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento son hechos jurídicos. El estado jurídico consiste en una situación permanente de la naturaleza o de el hombre que el derecho toma en cuenta, para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están

renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo que se mantenga esa situación, se continuarán produciendo esas consecuencias. Por lo que se refiere a la filiación, encontramos una situación permanente que regula el derecho y que se origina, no sólo por virtud del hecho de la procreación, sino que supone además otros elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable, que se manifieste a través de derechos y obligaciones, durante toda la vida del progenitor o el hijo, y que no va a desaparecer por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo podemos citar la minoría o mayoría de edad, la incapacidad por enajenación mental, cuando el sujeto recobra el uso de la razón.

V.2 CONDICION JURIDICA Y SOCIAL DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES Y SU EVOLUCION HISTORICA.

Cuando nace un hijo de mujer no casada, no existen bases jurídicas para atribuirle la paternidad a cierto y determinado varón, como si ocurre en el caso de

la mujer casada, a cuyo marido atribuye la ley la certeza de la paternidad.

No obstante la secular existencia de la institución matrimonial y el acatamiento a la misma por considerables elementos de la población de todas las épocas, no es menos numerosa la cantidad de individuos que, desde siempre también, han olvidado o desdeñado la institución matrimonial y ejercen su libertad en materia sexual. La procreación que surge allende el marco matrimonial es una realidad a la que se ha enfrentado siempre cualquier sistema impositivo de normas, llamese moral, religión, costumbres o derecho.

Los diversos ordenes normativos han asumido frente a los hijos extramatrimoniales, diversas actitudes, que van desde la plena aceptación de los mismos sin ningún distingo con los nacidos de matrimonio, hasta el rechazo total y condenatorio, haciéndolos víctimas de la negación de todo tipo de derechos, y marcándolos con denominaciones infamantes. Entre ambos criterios tan radicalmente opuestos, se dan variados matices de tolerancia y concesión de derechos.

Los regímenes jurídicos revolucionarios y liberales, las culturas con mayor humanismo y recto sentido de la justicia, extienden a todos los individuos la igualdad de derechos, sin importar su origen. A ellas pertenece afortunadamente, nuestro sistema jurídico positivo y vigente a partir de 1932, año de entrada en vigor del actual Código Civil para el Distrito Federal.

Cabe también mencionar que a este respecto organismos internacionales tan importantes como lo es la propia ONU se han interesado por promover la igualdad de dignidad y derechos de los hijos independientemente de su origen y la prueba mas firme de esto lo constituye la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por dicho organismo en 1948, en la cual se encuentran artículos relativos a este tema, por lo que se mencionaran algunos fragmentos de los mismos.

El artículo 2 establece que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole,

origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Adicionalmente a esta igualdad la refuerza otro artículo dentro de la misma declaración que establece que, la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social. Aún cuando esta disposición hace referencia sólo a la protección social, se ha interpretado que esta igualdad abarca todos los derechos, pues no parece justo sólo limitar a la protección social.

Se concretan estos derechos en el artículo 1, de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 que dice que el niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Ahora se estudiarán algunas raíces jurídicas remotas contempladas en legislaciones que se ocuparon entre otras cosas a la normalización y estructuración de la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio y se empezará por Las Siete Partidas. La Partida Cuarta, en el título XV, habla "De los fijos que non son legítimos." La primera distinción que esta legislación establece entre los hijos, es la de legítimos y naturales. Los legítimos son los que nacen de padre y madre que son casados verdaderamente según manda la Iglesia. Son naturales los que no nacen de casamiento según la ley. Estos a su vez se subclasifican., son simplemente naturales los que nacen de barragana, o sea de mujer soltera a quien el hombre tiene como amiga viviendo o no con ella.

Llama "fornezinos" a los que nacen de adulterio, o son fechos en parienta (los después llamados incestuosos), o en mujeres de Orden. Son hechos contra la ley, o contra razón natural. Otros más son llamados manzeres, nacen de las mujeres dedicadas a la prostitución, y por ello no puede saberse que hijos nacen

de ellas, manzeres significaba tanto como mancillados porque fueron malamente engendrados.

Otra denominación fue los llamados con el vocablo latino "spurii", eran los que nacían de barraganas que los hombres tienen fuera de sus casas y que se dan a otros hombres, es decir una amiga infiel.

Otra clase de hijos son los llamados "notos", nacidos de mujer casada, pero adúltera y que aparentan ser hijos del marido que la tiene en casa, pero en realidad no son de él.

Deduciendo la abarragada clasificación de las Partidas, los hijos podían ser: legítimos o ilegítimos. Los ilegítimos eran a su vez de dos clases: naturales y fornecinos. Y los fornecinos (hechos contra ley o la razón natural): adulterinos, incestuosos, sacrílegos, mazerer, espurios, notos.

A esta última clase de fornecinos habría que añadir la que señala la ley II: hijos que no son legítimos aunque nazcan de matrimonio. Son llamados por

el derecho canónico, hijos putativos, o sea de matrimonio declarado nulo o ilícito. No podían legitimarse estos hijos aunque muriera la esposa del hombre que se había casado sin extinguir su primer matrimonio.

En resumen, para la legislación de Las Partidas, con excepción de los hijos simplemente naturales, los otros llamados ilegítimos en sus diversas designaciones, no podían tener honores ni dignidades, y si las lograban, una vez descubierto su origen, las perdían. No tenían tampoco derecho hereditario de sus padres y, con mayor razón de ninguno de sus demás parientes. Parentesco, por otro lado, que no podían adquirir en forma legal, al serles negada su calidad de hijos a tres de la legitimación.

En la primera etapa de México independiente, en todo lo relativo a las relaciones familiares, se aplicaban paralelamente las Leyes de Partida, el derecho canónico. Se señala someramente algunas disposiciones de este particular Fuero, leyes dispersas que fueron recopiladas, algunas de las cuales se mencionarán a continuación.

"El hijo natural de soltero y soltera, se hace legítimo por el matrimonio siguiente, y se legitima en cuanto a la herencia."

"los hijos de Clérigos no les pueden heredar, ni a sus parientes"

En el mismo orden de ideas es necesario en este punto hablar del primer Código Civil para el Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870.

Desde el inicio de la vida independiente los gobernantes mexicanos atendieron a la necesidad de crear un Código Civil, ya que la tendencia codificadora se había extendido entonces por todos los países civilizados. En 1859 el benemérito Benito Juárez encomendó al abogado Justo Sierra la redacción de un proyecto de Código Civil. La intervención francesa y el reinado de Maximiliano impidieron que la comisión nombrada a efecto de revisar el proyecto de Don Justo Sierra, terminado en 1862, pudiera finalizar su trabajo. No obstante, los dos primeros libros de ese proyecto

fueron aprobados por el gobierno de Maximiliano. Cuando el gobierno republicano se restableció, Don Benito Juárez ordenó de inmediato la constitución de una comisión codificadora, misma que formó el Código Civil de 1870., dicho Código era totalmente liberal, heredero de la ideología imperante en el Código de Napoleón y de la moral decimonómica. El legislador explica en la materia que nos ocupa, con las siguientes palabras:

"Respecto de los hijos ilegítimos, la comisión creyó que el respeto a la familia, la tranquilidad y armonía de los matrimonios exigían que no se hiciese constar el nombre de los padres, sino en el caso de que estos lo pidiesen, prohibiéndose absolutamente que consten el nombre del casado, si el hijo fuere adulterino, y el del padre soltero si la mujer es casada y vive con el marido. Respecto a los hijos de parientes, la comisión creyó, que no asentándose más que el nombre de uno de los padres, se logrará evitar el escándalo., porque no es creíble que haya un hombre tan imprudente, que cuando la ley no le exige el nombre de su cómplice, lo revele sin necesidad ni objeto. Ciertamente es que se corra el riesgo de que aparezca como simplemente natural

el hijo adulterino o incestuoso., pero este mal no tiene remedio, pero es preferible a las escandalosas revelaciones que se prohíben el proyecto."

"Puede también suceder, que haciendose uso de la libertad que deja la ley para ocultar los nombres, se sigan perjuicios a los desdichados frutos de las uniones ilegítimas., más de ellos responderán los padres, a cuya conciencia queda la resolución de estos casos. Entonces constará nomás que el presentado hijo de padres desconocidos. La ley no puede ir más allá., y en la delicada materia, hay necesidad de escoger entre males, el que sea menor."

El Código de 1870 regula la legitimación "que únicamente se consede en favor de los hijos naturales y sólo por el subsecuente matrimonio. Si este se anula es justo que la legitimación subsista habida buena fé., el reconocimiento del hijo natural es necesario para la legitimación., porque de otra manera no descansaría esta en un fundamento tan sólido como la confesión de los padres."

Tan inflexible en su dureza se mostró el Código de 1870 con los hijos extramatrimoniales no naturales que hace que, aunque hayan sido previamente reconocidos, obviamente ocultando su calidad de incestuosos o adulterinos, perderán sus derechos adquiridos una vez declarada su calidad por sentencia, argumentando que de esa forma se conservaría el orden de la sociedad, la paz de las familias y la moral, y que estos bienes eran del todo superiores al de un solo individuo.

No obstante la rigidez de este sistema jurídico, el mismo raramente otorgó a los hijos espurios el derecho heredar en sucesión legítima e hizo una minuciosa reglamentación acerca del orden jerárquico en que las diferentes clases de hijos podían heredar así como la proporción en que se debía de repartir la herencia en razón a la misma jerarquía. En síntesis, los hijos eran de tres calidades: legítimos, naturales y espurios y sus derechos iban en orden descendente.

El Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1884, guardó exactamente la misma tendencia

por lo que se refiere a la asignación de diferentes calidades a los hijos ilegítimos.

La ley sobre Relaciones Familiares de 1917, esta ley tan revolucionaria en otras materias, y que tuvo el acierto de eliminar la calificación de los hijos espurios, fue enormemente retrógrada en los derechos que otorgaba a los hijos extramatrimoniales, pues sólo se les consede el dudoso honor de al ser reconocidos, llevar el apellido del progenitor que reconoce, ya que los dos Códigos anteriores establecían que el hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tenía derecho a llevar el apellido del que lo reconozca, a ser alimentado por este y a recibir la porción hereditaria que le señala la ley en caso de intestado y la pensión alimenticia establecida en dicha ley.

Es inconcebible que una ley revolucionaria de la magnitud de la que comentamos que, por un lado extinguió la potestad marital y por otro, los calificativos infamantes a los hijos, haya retrocedido de tal manera en su sentido de la justicia. Explica el legislador que esta medida tiene por objeto evitar el fomento de las

uniones ilícitas y los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar.

Finalmente el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, que entró en vigor en octubre de 1932, no distingue en los derechos de los hijos en razón de su origen. Una vez establecida la filiación, por matrimonio, por reconocimiento voluntario o por imputación de la paternidad, los derechos entre padres e hijos son idénticos, por lo menos en el plano jurídico.

V.3 RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES.

Como la maternidad es un hecho evidente y comprobable, la filiación entre madre e hijo resulta sólo del hecho del nacimiento. No importa si la madre esta o no unida en matrimonio en el momento de la concepción de su hijo, pues nacido este, se crea entre los dos el lazo de filiación por razones biológicas, mismas que recoge el derecho para establecer entre ambos las consecuencias jurídicas de la filiación. Solamente en forma

excepcional cuando la madre da a luz sin testigos y después abandona al hijo, o cuando se hace pasar al recién nacido como nacido de otra mujer, podrá surgir con posterioridad el reconocimiento de la madre con respecto de su hijo.

No sucede lo mismo con respecto al padre del hijo nacido fuera de matrimonio. Por evidente que resulte para la madre, para el propio padre y para muchas otras personas que conocen a ambos, que el hijo de la mujer no casada es de determinado varón, el derecho no tiene elementos para establecer entre ellos una presunción de filiación, puesto que la madre soltera no tuvo como la casada, deberes de fidelidad y de exclusividad sexual con respecto a un hombre cierto: el marido de la mujer casada. Por ello para que surjan las consecuencias jurídicas de la paternidad y filiación, es necesario el reconocimiento voluntario que el progenitor haga de su hijo, o una sentencia que impute forzosamente la paternidad a un determinado varón.

Para adentrarse más en el conocimiento de este particular es indispensable tener un conocimiento

doctrinal, para lo cual se precisará la definición que el maestro Rojina Villegas nos proporciona acerca del reconocimiento de los hijos "naturales" y nos dice que "el reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación."²⁹

De la anterior definición claramente se desprenden cuatro elementos, los cuales nos ayudarán a llegar a un conocimiento de la naturaleza jurídica del reconocimiento.

Así tenemos el primer elemento y que es que el reconocimiento es un acto jurídico, a este respecto podemos decir que es un acto jurídico sólo en el sentido estricto de que el que reconoce expresa su voluntad y esto va a generar derechos y obligaciones. Este enfoque doctrinal es muy objetable, toda vez que según este las obligaciones entre el progenitor y su hijo sólo surgen a

²⁹ Rojina Villegas Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Editorial Porrúa S.A., México 1993, página 729.

través de este acto específico de voluntad, pero en realidad toda la secuela de derechos y obligaciones que se establecen entre ambos deben imponerse por virtud del vínculo sanguíneo. De tal manera que el reconocimiento es sólo un medio de prueba, no un acto creador de derechos y obligaciones.

Tampoco se puede olvidar que puede existir un reconocimiento sin que en realidad exista un vínculo consanguíneo, ya que la ley no exige previamente prueba de la presunta paternidad cuando se lleva a cabo el reconocimiento.

El segundo elemento consiste en que el reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, ya que en efecto puede realizarse por una sola manifestación de voluntad o pueden intervenir en su celebración varias declaraciones de voluntad., esto puede acontecer en el caso que establece el artículo 78 del Código Civil para el Distrito Federal prevé que cuando el reconocimiento se efectúe cuando el reconocido sea mayor de edad deberá de constar además de la voluntad del progenitor que reconoce la anuencia de ser reconocido.

El tercer elemento es el que el reconocimiento es un acto solemne, la solemnidad es una formalidad especial de la cual depende la existencia del acto jurídico, de tal manera que si no se observare, será inexistente. Como el reconocimiento sólo puede otorgarse a través de las cinco formas únicas que la ley reconoce y que son: en acta de nacimiento, en acta especial de reconocimiento, en testamento, en escritura pública o por confesión judicial directa y expresa, de no llevarse acabo por estos medios el reconocimiento no existe.

El tercer carácter del reconocimiento según la definición del maestro Rojina Villegas lo es la irrevocabilidad, esta no impide que pueda impugnarse en ciertos casos, cuando en derecho se dice que un acto es irrevocable, simplemente significa que no puede quedar privado de efectos por la sola voluntad de quien lo llevó acabo, es decir, que una vez realizado este ya no puede retractarse quien hizo la manifestación de la voluntad.

La maestra Sara Montero en su obra Derecho de Familia señala sobre el reconocimiento que se deben de

agotar ciertos requisitos y hace referencia a requisito sustanciales y requisitos formales.

Con respecto a los requisitos sustanciales nos establece en principio la edad y sobre esta el artículo 361 dispone que pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido, este artículo omite precisar que la edad del hijo debe de contarse a partir de la concepción del mismo., por lo tanto el hombre que quiere reconocer a su hijo acabado de nacer, deberá tener cuando menos diecisiete años (dieciséis que es la mínima para contraer matrimonio, mas casi un año que tarda la gestación de una persona).

Otro de los requisitos que se establecen para llevar acabo el reconocimiento es el consentimiento, ya que si el que intenta reconocer a un hijo es un menor de edad, requiere del consentimiento de las personas que sean sus representantes legales (los que lo tengan bajo su patria potestad o tutela) y a falta de ellos, de la autoridad judicial, lo anterior de conformidad por lo

dispuesto en el artículo 362 del Código Civil del Distrito Federal.

Se requiere también del consentimiento del propio hijo que se va a reconocer si ya cumplió la mayoría de edad.

Por otro lado la madre también debe de dar su consentimiento para que su hijo sea reconocido por un hombre. Sin este requisito, el reconocimiento que se haga quedara sin efecto, lo anterior con fundamento en el artículo 379 del Código de referencia. Lo mismo ocurre también con la mujer que, sin ser realmente la madre del hijo que se pretende reconocer, ha asumido ese papel, en este caso no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que pueda obligada a efectuar la entrega por sentencia ejecutoriada. En ambos casos tendrán derecho a contradecir el reconocimiento hecho sin su consentimiento en un término de sesenta días contados a partir de que se tuvo conocimiento de el.

Además como ya se había dicho esta autora maneja la existencia de requisitos formales, y nos dice que el

reconocimiento deberá de realizarse bajo alguna de las siguientes cinco formas, citando el artículo 369, el cual establece que podrá hacerse en acta de nacimiento, en acta especial de reconocimiento, cuando se ha levantado previamente acta de nacimiento y en esta no consta el nombre del progenitor, por escritura pública, por testamento o ante el Juez de lo Familiar por confesión directa y expresa. La observación que cabe hacer en este renglón es que al ser el reconocimiento un acto solemne, como ya se ha explicado, y al establecer el Código de referencia que el reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio deberá de hacerse por alguno de los modos que ya quedaron precisados, luego entonces no estamos ante la presencia de requisitos formales, ya que de no efectuarse el reconocimiento por estos medios, este no tiene ningún efecto, no existe, por lo tanto son elementos de existencia.

Es menester hacer un análisis del artículo 379 de nuestro Código Civil, ya que el mismo encierra algunas hipótesis que valen la pena cuestionarse, y para tal efecto se transcribirá literalmente "Cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento,

quedará aquel sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente."³⁰

De acuerdo a su texto se desprende que el reconocimiento si puede hacerse sin el consentimiento de la madre, aunque esta lo puede contradecir, por lo tanto no es claro cual es el sentido de tal disposición, ya que pareciera por un lado que requiere del consentimiento de la madre para efectuarse el reconocimiento, y por otro lado nos dice que puede realizarse sin este, además no establece un término para ejercer la acción de la contradicción de dicho acto.

Ahora que si dicho artículo concede a la madre el derecho de decidir si su hijo es reconocido por su padre o no, me parece en cierta forma injusto ya que debería de ser incuestionable el derecho del propio hijo a tener la figura de su padre, ya que en ningún caso el vínculo de la filiación del hijo con el padre implica que tengan que vivir juntos los progenitores, tampoco

³⁰ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa S.A., México 1994, página 114.

significa que el padre que reconozca se quede con la custodia del menor, ya que esta se le otorga al primero que reconoce o bien de común acuerdo entre ambos progenitores y en última instancia por decisión judicial, ni mucho menos casarse, sino que implica una serie de beneficios a favor del hijo, ya que este en principio gozará de la certeza de su origen, de un apoyo económico y posiblemente moral, y por otro lado el progenitor asumiría la responsabilidad que se derivó del ejercicio de su sexualidad y en cierta forma también representa un apoyo para la madre porque de esta manera no recaería totalmente la carga del hijo sobre ella.

Otra cuestión que se puede dar es cuando el reconocimiento es hecho por testamento y en mismo se le otorgan derechos pecuniarios al hijo, podrá la madre contradecir ese reconocimiento y privar al hijo de las ventajas de ser heredero.

Otro artículo del Código que nos ocupa que es muy escueto es el 364, el cual literalmente dice: "Puede reconocerse al hijo que no ha nacido, y al que ha muerto si ha dejado descendencia." En el primero de los casos se

debe entender que se esta refiriendo al hijo simplemente concebido. Por lo que hace al otro supuesto parece indicar que existe un reconocimiento extensivo a los nietos, así sea en forma tácita. Para el reconocimiento del hijo simplemente concebido, se requiere forzosamente de la anuencia de la futura madre, y con respecto al hijo premuerto no se necesita el consentimiento de nadie, aunque se puede desprender en forma extensiva, que los nietos tendrán el derecho de contradecir ese reconocimiento que se haya hecho de su padre ya fallecido, en ejercicio del derecho que le hubiera correspondido a aquel, lo anterior puede fundarse en lo dispuesto por el artículo 375 del Código ya mencionado.

El reconocimiento es anulable cuando fue hecho por un menor de edad y prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intenta su acción hasta cuatro años después de la mayor edad. De acuerdo con este artículo, la ley concede el derecho de anular el reconocimiento solamente al que reconoció siendo menor de edad.

Sin embargo si se toma en cuenta que el reconocimiento es un acto jurídico familiar, entonces si

sería operante interponer nulidad si el que reconoció estuvo en presencia de error fortuito, dolo o violencia en el momento de efectuarse el reconocimiento y se tendrá que aplicar la norma general que señala el derecho para pedir nulidad basado en estas causas.

El reconocimiento también puede impugnarse y tendrá este derecho, primeramente, el hijo que fue reconocido siendo menor de edad. Al llegar a la mayoría, tiene dos años para intentar esa acción si antes tuvo conocimiento del reconocimiento, o dos años a partir de la fecha en que lo adquirió. lo anterior esta contenido en los artículos 376 y 377 del Código que nos ocupa.

Además del hijo, pueden ejercer el derecho de impugnar el reconocimiento: la madre, cuando no se obtuvo su consentimiento para efectuarlo., la mujer que se ha portado como madre respecto al hijo reconocido., el Ministerio Público, cuando el reconocimiento se hubiere efectuado en perjuicio del menor., el progenitor que reclame para sí tal carácter con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente, o solo

para el efecto de la exclusión., el tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado, tiene este derecho en vía de excepción. Ninguna acción de impugnación puede proceder por causa de herencia cuando se trata de privar de ella a un menor reconocido (artículo 368 del Código Civil para el Distrito Federal.)

El reconocimiento legalmente efectuado es irrevocable. Si se hizo por testamento cuando este se revoque, no se tendrá por revocado el reconocimiento (artículo 367 del Código ya referido). Aquí se puede hacer una observación y es que si el testamento en que se asentó el reconocimiento de un hijo, es público abierto, existe constancia de reconocimiento ante el Notario Público, en este caso revocado el testamento quedará firme el reconocimiento., pero si se trata de un testamento público cerrado, u ológrafo, y el testador lo revoca y recoge sus pliegos respectivos, el reconocimiento que hubiere efectuado a través del mismo se revocará junto con el testamento dada su propia naturaleza de ser una expresión de la voluntad conocida únicamente por el testador.

Por último se precisaran las consecuencias jurídicas que se derivan del reconocimiento, las cuales están estipuladas en el artículo 389 del multicitado Código, las cuales estriban en los siguientes derechos:

I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores o en su caso ambos apellidos del que lo reconozca.,

II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

Para tener una mayor visión de como se maneja este tema en la practica judicial se presentan a continuación algunas tesis relacionadas con el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales.

HIJOS ADULTERINOS, RECONOCIMIENTO DE, CUANDO LA MUJER VIVE SEPARADA DEL MARIDO (LEGISLACION DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI).

El hecho de que unos menores nazcan dentro de la vigencia del matrimonio de la madre de los mismos, cuyo padre sea persona distinta del marido, y se aduzca que por ello tales menores no podrían ser reconocidos por esa última persona, si no cuando el marido los hubiere desconocido y por sentencia ejecutoria se hubiere declarado que no son hijos suyos, de ninguna manera puede privar de efectos jurídicos al reconocimiento que el padre haga de los repetidos menores, como sus hijos naturales, porque tal reconocimiento surte efectos jurídicos, mientras no se contradiga judicialmente por algún interesado y así se resuelva por sentencia ejecutoria, tanto más que el artículo 334 del Código Civil de San Luis Potosí debe relacionarse con el artículo 56 del mismo ordenamiento sustantivo, que prescribe que cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el oficial del registro apuntar como padre a otro que no sea el mismo marido, salvo que

este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare, pues es indudable que el artículo 334, que establece que el hijo de mujer casada no podrá ser reconocido por otro hombre distinto al marido, sino cuando este lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, contiene una disposición de orden público, pero no en términos tan amplios y absolutos que no admita excepción, pues es evidente que si el fundamento filosófico, la ratio legis, de tal artículo no puede ser otro que el muy loable de evitar el desquiciamiento de la familia., frente a este fin de orden superior, el legislador no puede pasar por alto la circunstancia impuesta por la realidad de que una mujer casada que no vive con su marido pueda procrear un hijo con un hombre distinto y a cuyo hijo no podrá negarsele el derecho de ser reconocido por su verdadero padre, siendo precisamente por ello que el artículo 56 del mismo Código dispone que el hijo que nazca de una mujer casada que viva con su marido, no podrá asentarse como padre a otro que no sea el propio marido, de donde se infiere que, cuando no viva con el, si puede el hijo ser reconocido por su verdadero padre. Por tal motivo armonizando los

comentarios preceptos con el artículo 55 del mismo Código, el hijo de una mujer casa si podrá ser reconocido por otro hombre distinto del marido, cuando aquella no viva con este, pues el temor al escándalo que el reconocimiento podría entrañar y que es la razón de la prohibición, ya no puede existir, si se tiene en cuenta que en todo caso el escándalo social se produjo con la separación misma de los cónyuges.

Séptima Epoca, Cuarta Parte: Vol 26 pag 31. A. D. 4739/69. Roberto Luna Gonzalez. Unanimidad de 4 votos.

HIJOS ADULTERINOS, RECONOCIMIENTO DE LOS.

Es indudable que el artículo 374 del Código Civil, que establece que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo de otro hombre distinto al marido, sino cuando este lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, contiene una disposición de orden público, pero no en términos tan amplios y absolutos que no admita excepción, pues es evidente que si el fundamento filosófico, ratio legis, de tal artículo, no puede ser otro que el muy loable de evitar el desquiciamiento de la familia, frente a este fin de orden superior nuestro

legislador no puede pasar por alto la circunstancia impuesta por la realidad de que una mujer casada que no vive con su marido pueda procrear un hijo con hombre distinto y a cuyo hijo no podrá negarsele el derecho de ser reconocido por su verdadero padre, siendo precisamente por ello que el artículo 63 del Código Civil dispone que cuando el hijo nazca de mujer casada que viva con su marido (cuando no viva con el, si podrá ser reconocido el hijo por su verdadero padre), en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el oficial del Registro Civil asentar como padre a otro que no sea el marido, salvo que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare". Por tal motivo, armonizando los comentados preceptos con el artículo 62 del mismo Código, el hijo de una mujer casada si podrá ser reconocido por otro hombre distinto del marido, cuando aquella no viva con este, pues el temor al escándalo que este podría entrañar y que es la razón de la prohibición, ya que no puede existir, si se tiene en cuenta que en todo caso el escándalo se produjo con la separación misma de los cónyuges.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XXI, Pag.97. A. D. 7168/57. Amalia Escalona Vda. de Romero. 5 Votos. Vol. CXXXIV, pag. 45. A. D.

8954/66. Antonio Chávez Avalos. Unanimidad de 4 votos. Séptima Epoca, Cuarta Parte: Vol.1, Pag. 57. A. D. 2427/71. Leonardo Ruiz. Unanimidad de 4 votos.

HIJOS, FORMALIDADES PARA EL RECONOCIMIENTO DE.

El reconocimiento de un hijo es un acto de carácter personalísimo que debe hacerse en forma expresa. Séptima Epoca, Cuarta Parte: Vol. 37, Pag. 26. A. D. 2427/71. Leonardo Ruiz. Unanimidad de 4 votos.

HIJOS NATURALES, CONTRA QUIEN PROCEDE LA ACCION DE NULIDAD DE ACTA DE RECONOCIMIENTO DE.

La acción de nulidad del reconocimiento de los hijos habidos durante su matrimonio con persona distinta de su esposa, hecho por el marido, sin contar para ello, con el consentimiento por escrito de esta última, debe enderezarse contra el reconociente y no contra su esposa, por lo que carece de eficacia el pronunciamiento de nulidad de las actas de reconocimiento que se produzca sin haberse oído en juicio al padre que los reconoció; ya que el demandante carecía de acción en contra de la madre, si fue demandada en lo personal y no en su carácter de representante legal de sus menores hijos, lo

que lleva a considerar que tampoco fueron oídos en juicio respecto a su desconocimiento, los propios menores afectados. Por lo que es ilegal la declaración de nulidad de las actas de reconocimiento.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XXVI, pag. 10. A. D. 7641/58. Manuela Hernández Hernández. 5 votos. Séptima Epoca. Cuarta Parte Vol. 32. Pag. 19. A. D. 4964/70. Lucia Orzo de Garcia. Unanimidad de 4 votos.

HIJOS NATURALES, EFECTOS LEGALES DEL RECONOCIMIENTO DE, ATRIBUYENDOLES EN EL ACTA RESPECTIVA LA CALIDAD DE LEGITIMOS.

La falsedad en que incurra el padre al declarar que alguien es su hijo legítimo y que esta casado con la madre, no estándolo en realidad, no afecta el acto del reconocimiento, ya que en todo caso si no es hijo legítimo por no estar casado con la madre, resulta hijo nacido fuera de matrimonio, y en este supuesto, existe su filiación respecto del padre.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. LXVII, Pag. 105. A. D. 4846/60. Esperanza Estrada Vda. de Escobio. Unanimidad de 4 votos. Séptima Epoca, Cuarta Parte: Vol. 22, Pag. 51. A. D. 521/70. Alfonso Cisneros Gómez. Unanimidad de 4 votos.

HIJOS NATURALES, FILIACION DE.

El estado civil se demuestra con las constancias relativas del registro, salvo, los casos expresamente exceptuados por la ley, y si se trata de hijos naturales deben presentarse: el acta de nacimiento, en la que conste que el interesado fue reconocido como hijo natural; el acta especial; la confesión judicial; el testamento en que aparece el reconocimiento, o bien la sentencia que hubiere declarado la paternidad, y si el interesado no presentó alguno de estos documentos, ni demuestra la existencia de algún fallo que declare la relación de parentesco en juicio contradictorio, el juez carece de bases legales para declarar probado el entroncamiento.

Sexta Epoca, Cuarta parte: Vol CXXI, Pag. 59. A. D. 8431/65. Mario Cesar Chávez Millikan. 5 votos. Séptima Epoca, Cuarta Parte: Vol. 45, pag. 27. A. D. 1955/71. Magdalena Alcantara Lira. 5 votos.

HIJOS NATURALES, RECONOCIMIENTO Y REPRESENTACION DE,
CASO EN QUE EL PROGENITOR NO COMPARECIO AL ACTO DEL
REGISTRO (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).

Si bien el artículo 311 del Código Civil del Estado de Veracruz dispone que: "cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con la que fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquella puede ser identificada", debe considerarse que el precepto en cuestión básicamente tiene por finalidad la de evitar que el progenitor que presente al hijo para su registro, cause perjuicio a una tercera persona, imputándole falsamente la paternidad o la maternidad; en consecuencia, si el propio progenitor que no compareció al acto del registro, pero cuyo nombre consta en el acta, ejercita acción a nombre del menor contra el otro progenitor, y el mismo demandado reconoce que es cierto lo asentado en el acta, sin objetar la validez de dicho documento, debe afirmarse que aunque esta constancia adolezca de la mencionada irregularidad, resulta suficiente para justificar la personalidad del demandante en su carácter de representante legal del menor.

Séptima Epoca, Cuarta parte: Vol. 61, pag. 35. A. D. 141/73. Inés Barradas Jiménez. Unanimidad de 4 votos.

PATERNIDAD DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL, EN EL JUICIO EN EL QUE SE CONTROVIERTE ES NECESARIO DESIGNAR UN TUTOR INTERINO PARA QUE REPRESENTA AL MENOR (LEGISLACION DEL ESTADO DE TAMAULIPAS).

Si bien es cierto que el artículo 346 del Código Civil del Estado de Tamaulipas se halla dentro del capítulo relativo a la filiación matrimonial, también lo es que debe aplicarse al caso en que se contradiga la paternidad de un hijo extramatrimonial. La conclusión anterior se funda en las siguientes razones: a) Es un principio de hermenéutica el que en aquellos casos en que existe una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma (ubi eadem ratio, idem jus). Ahora bien, una de las razones jurídicas por las que la disposición en cuestión dispone que debe designarse al menor un tutor interino, es la de evitar que los intereses de aquel se contrapongan a los de su madre. Tratándose de la imputación de la paternidad de un hijo extramatrimonial, puede darse esta situación, por ejemplo, en el caso que

la madre del menor tuviera interés en que se privara al padre de la patria potestad sobre el mismo. En tal hipótesis, para evitar que aquella se allane a la demanda o plantee su defensa en forma defectuosa, en perjuicio del menor, la ley no solo dispone que en el juicio contradictorio deben ser oídos tanto la madre como el hijo, sino que establece que debe proveerse a este de un tutor interino. b) debe también considerarse que cuando un precepto no limita su aplicación a determinadas situaciones, el mismo debe aplicarse a todos los casos que coinciden con su hipótesis normativa (donde la ley no distingue, el interprete tampoco debe distinguir). Consecuentemente, si el precepto en cuestión no limita su aplicación a los juicios de contradicción de la paternidad de los hijos matrimoniales, es inconcuso que también debe aplicarse a los casos de filiación extramatrimonial.

Séptima Epoca, Cuarta Parte: Vol. 181-186, pag. 219. A. D. 1692/82.

Alicia Contreras Avila. Unanimidad de 4 votos.

RECONOCIMIENTO DE HIJOS, REQUISITOS DE LA CONFESION PARA CONSTITUIRLO.

Los formalismos previstos en el artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal, tienen la

finalidad de establecer la prueba auténtica del reconocimiento de un hijo, esto es, la declaración de voluntad de admitir el hecho de la paternidad (o la maternidad) y de asumir las consecuencias legales inherentes a esa aceptación. En lo que concierne específicamente a la fracción V de dicho precepto, el legislador instituyó la confesión del progenitor como medio para llevar acabo el reconocimiento, pero no cualquier tipo de confesión, sino precisamente la que llena los siguientes tres requisitos: a) judicial, b) directa y c) expresa. Judicial porque debe producirse dentro del juicio (aún cuando se admite por extensión, la hecha en los medios preparatorios del mismo o en providencias precautorias) y ante el juez competente. Directa, porque la voluntad consciente del confesante debe estar encaminada exclusivamente a una única meta, como es la admisión de la certeza de la paternidad (o de maternidad); por tanto, este requisito no se surte, si esa voluntad se encuentra dirigida a un fin distinto al reconocimiento y solo se alude de manera incidental al parentesco. Expresa, porque la confesión ha de externarse necesariamente de manera hablada o escrita y no debe ser advertida mediante inferencias. Si la

confesión no reúne estos tres requisitos, no tendrá eficacia de medio de reconocimiento de un hijo.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 4624/91. Anselmo Colín Bernal. 29 de agosto de 1991.

Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata.

Secretaria: Reyna Franco Flores.

V.4 INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

Doctrinalmente se ha definido a la investigación de la paternidad, como la averiguación judicial que tiene por objeto establecer la filiación de una persona nacida fuera de matrimonio y no reconocida por su progenitor.

A la definición aludida anteriormente podemos cuestionar el que sea una averiguación judicial, ya que no es la propia autoridad la que ordena que se presente en forma concreta tal o cual prueba, sino que se limita a aceptar o no las que presente el titular de la acción y

luego entonces ordenar su desahogo, de tal suerte que puedan llevar al conocimiento certero de la paternidad, ya que es la parte actora la que tiene la carga de la prueba y con esto también la obligación de rendir las pruebas pertinentes que permitan establecer la relación de filiación, ya que es el artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal el que establece los presupuestos para poder ejercitar la acción de investigación de la paternidad, en cuya fracción IV establece que esta progresará cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba., es decir que el hijo antes de intentar la acción debe de contar ya con algún indicio o prueba, de aquí que la autoridad judicial para poder dar entrada a dicha demanda debe de contar con elementos de los cuales se desprenda que puede ser posible atribuir la paternidad del actor al demandado. Pero para seguir con un orden de ideas se tendrá que abordar por completo el artículo anteriormente citado, ya que este refleja el criterio que en este particular nuestra legislación ha tomado, porque en este sentido el criterio que mantienen los diferentes países es muy variado, pero se puede reducir en tres: el primero lo constituye el sistema jurídico que prohíbe totalmente la investigación de la

paternidad, el segundo es el sistema que permite abiertamente con toda libertad dicha investigación, y el tercero es el sistema que la permite sólo en ciertos casos, y es esta la postura que sigue nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

Como ya se mencionó esta materia esta regulada en el artículo 382 del Código de referencia, que a la letra dice:

La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, esta permitida:

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

II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;

III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.

IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

De la simple lectura del artículo anteriormente transcrito se desprende que este concede la acción de investigación expresamente al hijo, lo cual es muy restrictivo, ya que debería de concederse de la misma manera a la madre del hijo, ya que como se verá con posterioridad, esta sólo puede actuar como representante legal o en ejercicio de su patria potestad, cuando el hijo sea menor de edad, pero no se le considera como titular directo de la acción, lo cual es a todas luces injusto ya que indebidamente en nuestra sociedad, la carga de los hijos extramatrimoniales es casi exclusiva de la mujer, por tanto la legislación debería de buscar un equilibrio entre hombre y mujer y sobre todo el sistema jurídico debería de promover el que las madres solteras puedan obtener el reconocimiento de sus hijos ya sea voluntariamente o por la imputación judicial de la paternidad, para lo cual sería lo más idóneo incluir a la madre dentro del artículo que se discute.

Con respecto a la fracción I del artículo que nos ocupa, se tendrá que probar el hecho delictuoso y la coincidencia del mismo con la época de la concepción.

El delito de que se trate debió ocurrir de 180 a 300 días antes del nacimiento del hijo.

Señala el artículo 384 de la ley multicitada que para los efectos de la fracción II del artículo 382 la posesión de estado se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre, o por su familia, como hijo del primero y que este ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento.

Se tiene que aclarar que el simple hecho de dar alimentos no configura el trato y no constituye por sí solo prueba, ni aún presunción de la paternidad o de maternidad, por ello no puede admitirse la acción en base a este único hecho. Este es un principio de justicia y necesario para no impedir las actitudes solidarias y compasivas de los sujetos que otorgan alimentos a otros sin que exista el deber moral derivado de una presunta paternidad.

Puede investigarse la paternidad cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre

habitaba bajo el mismo techo que el pretendido padre, viviendo maritalmente. El presunto padre podrá poner la prueba, en su caso, de haberle sido físicamente imposible en esa época, tener relación sexual con nadie. Esta relación de la madre con un determinado varón en la época de concepción, no requiere haber sido una relación estable, ni permanente, sólo que coincida la vida marital con la época de la concepción.

El Código de referencia en su artículo 383 contiene algunas presunciones con relación a los hijos nacidos dentro del concubinato y dice que los hijos nacidos después de 180 días, contados desde que comenzó el concubinato y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida en común entre concubinario y la concubina, se presumirán hijos de los mismos, por lo tanto este artículo escuetamente nos establece que los hijos nacidos del concubinato, no tendrán que investigar su paternidad, ya que si su nacimiento se dió dentro de los supuestos que establece el mencionado artículo, estos gozan de una presunción sobre su filiación paterna. Por lo que se puede pensar que solo se tiene que probar el concubinato.

En cuanto al tiempo para intentar la acción de investigación de la paternidad, esta limitado a la vida de los padres o hasta cuatro años posteriores a la mayoría de edad del hijo, cuando su progenitor murió siendo el todavía menor de edad.

Después de leer todo el articulado relativo a la investigación de la paternidad se puede percibir que no hay lineamiento alguno que hable de los medios que se pueden aludir como pruebas para dicha causa, por analogía se podría aplicar el artículo 385 de la ley anteriormente citada, que establece que esta permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Es en este punto en el que la ley debería de profundizar más, ya que dichos medios de presentarse aislados no tendrán el mismo peso por ejemplo la testimonial conviene sea completada con otras pruebas, como pueden ser las documentales, la posesión de estado de hijo del presunto padre y las presuncionales, toda vez que es muy frecuente el uso de testigos cuyo testimonio es falso; La aportación que al respecto se puede hacer

es la de dar mayor difusión y aplicación a las pruebas técnicas relativas al grupo sanguíneo o al genético por el cual, debido a los avances actuales, es posible determinar quien es el progenitor, la práctica de esta prueba conlleva mayor certeza y se podría considerar como la principal pudiendo a su vez ser completada por los demás medios, por lo que debería de establecerse en la propia legislación como obligatoria en todos los casos la práctica de dichas pruebas, con lo cual se correría menos riesgos a dictar una sentencia errónea y se protegería, tanto al actor como al demandado.

En cuanto a los efectos que genera la imputación de la paternidad con respecto al hijo, estos son los mismos que se crean con el reconocimiento, mismos que ya fueron precisados anteriormente.

Por último para terminar con el desarrollo del presente capítulo y para el efecto de ilustrar este tema a continuación después de haber acudido a la jurisprudencia se transcribirán algunas tesis relacionadas con el mismo.

A PETICION DE HERENCIA, JUICIO DE, INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD Y DEMOSTRACION DE LA POSESION DE ESTADO DE HIJO NATURAL. PUEDEN DECIDIRSE EN UN SOLO JUICIO.

Del examen del artículo 13 del Código de Procedimientos Civiles, se puede advertir que no impone la restricción de que el hijo nacido fuera de matrimonio deba de obtener previamente, en acción destacada, el reconocimiento de su filiación, de tal forma que no hay obstáculo para que en el mismo juicio en que se promueve la acción de petición de herencia, se pueda demostrar el reconocimiento de la paternidad y su derecho para reclamar la parte proporcional que le corresponda del acervo hereditario. Es pertinente dejar claro que la calidad de hijo nacido fuera de matrimonio, no solo se circunscribe y puede ser demostrable en las dos hipótesis normativas que señala la autoridad responsable y que son: a través del reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, según lo dispone el artículo 360 del Código Civil; sino que también el propio ordenamiento otorga la facultad de investigación y reconocimiento de la paternidad, a través de la prueba de posesión constante de estado de hijo nacido fuera de matrimonio, acorde a lo que establecen los artículos 382

fracción II, 383 y 384 del Código Civil, demostración que ha diferencia de los dos primeros supuestos, puede darse, por no haber impedimento cuando ya falleció el padre del hijo nacido extramatrimonialmente y que no hay obstáculo para que en el juicio en que se instaura la acción de petición de herencia, se pruebe, por cualquier medio ordinario de convicción, que el reclamante ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero, de tal forma que si en el referido juicio se demuestra esa calidad del actor, llegándose a la conclusión del reconocimiento de la filiación natural, pueda obtener la declaración del derecho a percibir la parte alicuota del acervo hereditario.

Amparo Directo 1138/92. Quintil Villanueva Ramos, sucesión 5 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

PATERNIDAD, PRUEBA PRESUNCIONAL SUFICIENTE PARA ACREDITARLA, CUANDO EXISTEN HECHOS BASTANTES QUE LLEVEN A SU DEMOSTRACION.

Para apreciar la prueba presuncional es necesario someterse a dos reglas esenciales: primera, que se encuentren probados ciertos hechos, de los cuales

se deriven las presunciones y, segunda, que exista un enlace natural, más o menos necesario, entre la verdad conocida y la que se busca. Es decir, que la prueba de presunciones, que esta compuesta de indicios, requiere, para que estos lleguen a constituir prueba suficiente en relación a un hecho determinado, que sean varios, que provengan de diversas fuentes y que concurran a probar el hecho ignorado. Así, si en un caso, haciendo un análisis profundo de las pruebas aportadas por las partes, se tiene que el hecho sujeto a comprobación es la paternidad de un menor, para llegar a su demostración, es menester analizar los hechos que se tienen como verdaderos, como pueden ser: que el demandado conoció a la actora, que fueron novios, que la actora vivió aproximadamente año y medio, aproximadamente, en la casa de los padres del demandado, sostuvieron a la actora y posteriormente también a su hijo, que costearon a la actora sus estudios y cubrieron los gastos médicos del alumbramiento; que, tomando como fecha de concepción el que consta en el acta de nacimiento como fecha en que dió a luz la representante del menor, transcurrieron nueve meses seis días. Así mismo, es necesario tomar en cuenta las constancias consistentes en la averiguación

previa, ya que, si bien deben tenerse como meros indicios de verdad, pueden dar lugar a presunciones, ya que, conjuntamente con las demás pruebas aportadas al juicio, se corrobora la certeza de los hechos. En tales condiciones, una vez analizadas y valoradas todas y cada una de las pruebas desahogadas en el juicio, sobre todo la presuncional en su doble aspecto, las cuales tienen valor probatorio pleno, de no haber sido objetadas por las partes, se llega a la conclusión de estimar que el demandado es el padre del menor cuyo reconocimiento se pretende.

Amparo directo 1123/81. Marco Antonio Ruiz Arteaga (menor). 18 de febrero de 1982. 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

FILIACION NATURAL, MEDIOS RECONOCIDOS PARA SU ESTABLECIMIENTO, CON RELACION AL PADRE.

De conformidad con el artículo 360 del Código Civil vigente, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece, con relación al padre, bien, primero, por el reconocimiento voluntario o bien, segundo, por una sentencia que declare la paternidad, para lo cual el artículo 382 del mismo ordenamiento concede la acción de investigación en los cuatro casos

que limitativamente numera el propio precepto, pero el mismo código agrega un tercer medio legal de establecimiento de la filiación natural en su artículo 383, al estatuir que se presumen hijos del concubinario y de la concubina: los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzara el concubinato, y, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina. Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima establece el artículo 324 del propio ordenamiento, ya que conforme a este, se presumen hijos de los cónyuges: los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y, los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. Entonces, pues, cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina o bien después de los ciento ochenta días de iniciado el concubinato, es evidente que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural, legalmente establecida, y que, por lo

mismo, ya no hay necesidad de investigar, puesto que, como acaba de decirse, legalmente se encuentra ya establecida por expresa presunción de la ley civil en su invocado artículo 383, del mismo modo en que tratándose de hijos legítimos lo hace, según también ya se vió, el artículo 324 y si ello es así, es claro que el hijo goza de una posesión de estado que no puede arrebatarsele sino por sentencia ejecutoria dictada en juicio contradictorio en que se destruya dicha presunción, siendo esta la razón por la que el artículo 352 establece al respecto la protección del juicio plenario, y el 353, concede acción interdictal al hijo a quien se pretende despojar o perturbar en dicha posesión; en la inteligencia en que estos dos últimos preceptos se refieren expresamente a los hijos nacidos de matrimonio, debe sin embargo establecerse que igualmente protegen a los hijos naturales, por virtud del bien conocido principio de aplicación analógica de que donde existe la misma razón legal, debe existir igual disposición de derecho.

Amparo Directo 4718/68 Aristeo Maldonado Torres, 26 de junio de 1969

5 votos. Ponente: Ernesto Solís López.

Sexta Epoca: Vol. VII, cuarta parte, pag. 208.

PATERNIDAD, ACCION DE INVESTIGACION DE LA. FACULTADES DE LA MADRE DEL MENOR PARA DEDUCIRLA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).

De la disposición del artículo 318 del Código Civil del estado de Veracruz, en el sentido de que: las acciones de investigación de la paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse durante la vida de los padres; y sólo competen al hijo, y a falta de estos a sus descendientes, si los padres hubieren fallecido durante la menor edad del hijo, la acción puede intentarse antes de que se cumplan cuatro años de la mayor edad de este, y se ejercitará contra el representante de la sucesión del presunto padre o de la presunta madre, no se deduce que la acción de investigación de la paternidad sólo puede intentarla el hijo en lo personal cuando es mayor de edad, sino que este es titular de ese derecho; por lo que si la hija sujeto titular del derecho de investigación de su paternidad, por encontrarse sin goce pleno de sus derechos civiles, dado que es menor de edad, no puede ejercitar tal derecho, es claro que lo debe hacer validamente su representante legítimo, o sea, su madre, en los términos del artículo 354 del Código Civil, que establece: "los que ejerzan la patria potestad son

legítimos representantes de los que están bajo ella"; ya que no existe prohibición legal expresa para que así deba ser y de que tal prohibición no se infiere del hecho de que para el reconocimiento del hijo se le debe nombrar un tutor, porque este nombramiento de tutor el artículo 369 del mismo ordenamiento legal sólo lo prevé para el caso en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, y lógicamente también para cuando el reconocimiento lo hace el padre o la madre o ambos, porque en esa situación se supone que no existe quien ejerza la patria potestad sobre el hijo y se justifica el nombramiento de un tutor para que lo represente en el acto de reconocimiento aceptando o negándose al mismo por razones de protección de los intereses del menor; en esa situación, cabe concluir que habiendo quien ejerza la patria potestad sobre el menor, los derechos de este podrán ser deducidos por aquel, siempre y cuando la ley expresamente no determine lo contrario, y que como el artículo 318 del Código Civil no contiene prohibición alguna al respecto, el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad hecho por la promovente a nombre de su hija es legal.

Amparo directo 3828/75. Luz del Carmen Alejandro. 4 de agosto de 1976. Unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodriguez.

Una vez abordados los criterios que la autoridad judicial adopta en la practica para resolver los juicios de investigación de la paternidad, solo resta aclarar que el hecho de facilitar al hijo extramatrimonial la prueba de su filiación no representa una agresión a la familia legítima, ya que por el contrario, si se logrará en todos los casos que los hijos extramatrimoniales fueran reconocidos por sus padres, con toda la carga de obligaciones que esto representa, se haría responsable a dichos padres y este sería el mejor medio para luchar contra las relaciones extramatrimoniales., o si bien no se logra lo último, si el que dentro de ellas exista por parte de ambos protagonistas un sentido de paternidad responsable.

CONCLUSIONES.

A través de la realización de la investigación correspondiente al título de la presente tesis se logró hacer un análisis de los conceptos e instituciones esenciales del derecho de familia.

PRIMERA.- En relación al primer capítulo que es el referente a la familia, se puede concluir que la familia es el grupo humano que surge como resultado de la satisfacción de las necesidades naturales o biológicas del hombre, ya que básicamente esta surge de la unión sexual de la pareja y de la procreación.

SEGUNDA.- El modelo de familia que conocemos es muy diferente del que prevaleció en los orígenes de la humanidad y que este fue cambiando en función a los diferentes estadios de civilización que se fueron presentando, de tal suerte que de la promiscuidad absoluta que fue la primera forma en que se daban las relaciones sexuales, solo se podía establecer la filiación por la línea materna, dándose así el

matriarcado en el que la mujer tenía gran autoridad y respeto.

TERCERA. El modelo familiar que ahora tenemos es en gran parte herencia del modelo familiar romano, ya que este es monogámico y patriarcal, siendo este quizás un factor que puede propiciar una crisis en la familia actual, ya que este modelo ya no es compatible con la dinámica social de hoy, toda vez que la mujer ha salido a estudiar y trabajar, de tal suerte que ahora también ella puede aportar recursos pecuniarios al sostenimiento del hogar y por ende tiene que haber un equilibrio en cuanto al manejo del poder en las relaciones familiares.

CUARTA.- Deben de desecharse los roles que la costumbre ha atribuido al hombre y a la mujer ya que el mantenimiento del hogar, el cuidado de la prole y su educación deben de ser tareas que se repartan entre la pareja en un plano de igualdad.

QUINTA.- La existencia de la familia se justifica debido a que esta desempeña múltiples funciones de gran importancia que se reflejan directamente en el desarrollo

de sus miembros en su individualidad y su integración a la sociedad, como lo es la función afectiva, la educadora y socializadora la regulación de las relaciones sexuales etcétera.

SEXTA.- Se puede establecer un concepto de Derecho de Familia después de analizar el criterio de la generalidad de los tratadistas de la siguiente manera: el derecho de familia es la rama del derecho cuyos ordenamientos jurídicos se encargan de regular las relaciones entre los miembros de dicho ente, así como asegurar el cumplimiento de las obligaciones familiares.

SEPTIMA.-El derecho de familia se ubica dentro de la rama del derecho privado, pero sin embargo se encarga de tutelar un interés público, de aquí que se justifique la intervención del Estado para que se garantice el cumplimiento de las cargas y potestades familiares.

OCTAVA. Se logró establecer, de acuerdo a diferentes criterios que se recogieron de diferentes estudiosos del derecho, que el Derecho de familia constituye una rama autónoma del derecho ya que cuenta con su propia ley

sustantiva y adjetiva aunque estas se encuentren erróneamente intrínsecas en la legislación civil, cuenta con sus propios tribunales, con sus propias bibliografías, a nivel didáctico se imparte como una cátedra.

NOVENA.- Es una aberración el que se pretenda dar el mismo manejo a la materia familiar que a la materia de derecho civil en donde generalmente se debaten cuestiones que encierran intereses meramente patrimoniales, mientras que en la materia familiar estos se dan sólo de manera accesoria o secundaria, pudiéndose agregar que el interés del derecho de familia es público, mientras que el interés que contiene el derecho civil, es privado.

DECIMA.- Con respecto al tercer capítulo, del parentesco y alimentos se puede decir que el parentesco presenta tres especies a saber, las cuales son: el parentesco por consanguinidad, parentesco por afinidad y parentesco civil.

DECIMA PRIMERA.- El parentesco por consanguinidad bien puede definirse como el vínculo jurídico que une a los

individuos que descienden unos de otros (hijos, nietos, bisnietos) o que sin descender unos de otros si provienen de un tronco común (hermanos, primos, tíos).

DECIMA SEGUNDA.- Del parentesco por afinidad se precisa que es la relación jurídica que se genera a través del matrimonio y existe sólo entre el cónyuge y los parientes consanguíneos del otro.

DECIMA TERCERA.- En cuanto al parentesco civil es el que surge por el acto jurídico de la adopción, se debe aclarar que este parentesco sólo se genera entre el adoptado y el adoptante el cual trae consigo los mismos derechos y obligaciones que existen entre padres e hijos.

DECIMA CUARTA.- Al tratar el tema de los alimentos podemos deducir que esta es la principal obligación que se genera a través del vínculo del parentesco y en forma de imperante obligación por el vínculo de la filiación.

DECIMA QUINTA.- El matrimonio se puede concluir que es una institución de suma relevancia dentro del derecho de familia, tanto que los sistemas jurídicos antiguos y aún

algunos tratadistas ortodoxos lo consideran como la fuente de la familia.

DECIMA SEXTA.- Si bien es cierto que el matrimonio es la forma legal de constituir una familia, también lo es que no se puede ignorar que al margen de la ley se dan relaciones, que pueden traer como consecuencia la procreación, por lo que no resulta idóneo limitar al matrimonio aisladamente como fuente esencial del derecho familiar ya que en todo caso resulta más real el citar al parentesco como fuente principal de dicha rama legal.

DECIMA SEPTIMA.- Después de hacer un minucioso análisis al Código Civil sobre los derechos de los hijos de matrimonio y de los de hijos extramatrimoniales se encontró que en teoría tienen los mismos derechos ambas clases de hijos, a excepción del derecho de presunción de su paternidad, esto siempre y cuando sean reconocidos por sus progenitores.

DECIMA OCTAVA.- La institución de la filiación tiene una relevante importancia sobre todo en el sentido de la

responsabilidad que se genera con la procreación, ya que esta es única.

DECIMA NOVENA.- La propia ley establece una distinción al estipular que existen dos clases de filiación y que son la filiación legítima y la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

VIGESIMA.- La denominación de hijos ilegítimos es errónea ya que en realidad los ilegítimos de ninguna manera son los hijos sino los padres y en todo caso ellos son los que merecen dicha denominación, porque los hijos no tuvieron nada que ver con las relaciones ilegítimas de las cuales nacieron.

VIGESIMA PRIMERA.- En la actualidad los hijos extramatrimoniales están en un plano de igualdad jurídica con respecto a los nacidos de matrimonio, pero esta igualdad sólo se puede dar cuando dichos hijos son reconocidos por sus progenitores, porque de no hacerlo, la ley no puede tutelar sus derechos como hijos.

VIGESIMA SEGUNDA.- Existen dos vías o dos alternativas legales para que un hijo extramatrimonial sea reconocido, estas son: el reconocimiento voluntario que de el haga su progenitor y la otra que es la imputación de la paternidad por una sentencia judicial obtenida de un juicio de investigación de la paternidad.

VIGESIMA TERCERA.- En cuanto al reconocimiento voluntario, este se puede hacer en el acto del registro del nacimiento por supuesto en el Registro Civil, en acta especial de reconocimiento ante la misma autoridad, por escritura pública, en testamento o por confesión judicial expresa y directa.

VIGESIMA CUARTA.- El Estado debe de promover una campaña de paternidad responsable para concientizar a la población de que el matrimonio y el reconocimiento de un hijo no siempre tienen que ir ligados, además de que la relación no se establece jurídicamente con la madre sino con el hijo, el cual tiene derecho a llevar su apellido como un derecho fundamental de poder establecer su origen y en consecuencia gozar de los derechos que la ley le otorga, lo anterior considerando que el hijo pudo nacer

de una relación inestable o que no fue satisfactoria para alguno de los progenitores.

VIGESIMA QUINTA.- Cuando existe una negativa expresa a reconocer a esta clase de hijos, y al no tener una presunción legal de paternidad (excepto en el concubinato) se puede optar por la otra alternativa y que es la interposición del juicio de investigación de la paternidad.

VIGESIMA SEXTA.- El ordenamiento positivo debería de establecer además del hijo como titular de dicha acción, también a la madre y no contemplarla sólo como su representante, ya que en todo caso es la madre la que en estas situaciones lleva toda la carga del hijo, lo cual es injusto ya que la maternidad para la mujer es un hecho y para el padre es un acto de voluntad.

VIGESIMA SEPTIMA.- Por lo que se refiere a las pruebas que se puedan o deban rendirse en la sustanciación del juicio de investigación de paternidad el Código es sumamente escueto; y la propuesta más concreta que se puede hacer en este caso es que se estableciera en la

propia ley como de oficio el sometimiento del presunto padre y del hijo a exámenes de sangre y genéticos que permitan tener un mayor grado de certeza en las sentencias dictadas en estos casos

VIGESIMA OCTAVA.- El hecho de que la ley proporcione facilidad y agilidad para la investigación de la paternidad, no constituye una agresión a la familia legítima, toda vez que al poder establecerse con mayor frecuencia o en la generalidad de los casos la filiación paterna, se generará que exista una paternidad responsable, y con ello se disminuirá la procreación que se da al margen del matrimonio.

BIBLIOGRAFIA.

- Baqueiro Rojas, Edgard. Buenrostro Báez, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México 1990.
- Bellusio Augusto C. Derecho de Familia. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1976.
- Bonnecase Julián. La filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de familia. Editorial José M Cajica Jr. Puebla, México, 1945.
- Burgoa Ignacio, El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa S.A. México 1970.
- Castan Tobeñas José, La Crisis del Matrimonio. Hijo de Reus Editores. Madrid 1914.
- Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa. S.A. México 1992.
- De Ibarrola Antonio. Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa S.A. México 1977.
- Diccionario de Derecho. Rafael de Pina. Editorial Porrúa S.A. México 1965.
- Fraga Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S.A. México 1969.

- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso. Editorial Porrúa S.A. México 1980.
- García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.a. México 1985.
- Guiton Fuentesvilla, Julián. Derecho Familiar, México, 1972.
- Gutiérrez y Gonzalez, Ernesto. El Patrimonio, Pecuniario y moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio. Editorial Cajica, S.A. Puebla, México 1980.
- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Saturnino Calleja, S.A. Madrid.
- Planiol Marcel, con la colaboración de Jorge Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cajica. S.A. Puebla, México 1980.
- Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. S.A. México 1993.
- Recasens Siches, Luis. Vida Humana, Sociedad y Derecho. Fondo de Cultura Económica. México 1945.
- Zannoni, Eduardo A. Derecho de Familia. Editorial Astrea. Buenos Aires 1978.

LEGISLACION.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa S.A., México 1994.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Porrúa S.A., México 1994.

Código Familiar para el Estado de Hidalgo, Editorial Porrúa S.A., México 1991.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México 1993.