



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE
ESTUDIOS PROFESIONALES**

CAMPUS ARAGÓN

**"ANÁLISIS SOCIO JURÍDICO DE LA
PROTECCIÓN REAL DE LOS MENORES,
PARA EL CASO DE DIVORCIO DE LOS
CÓNYUGES"**

T E S I S

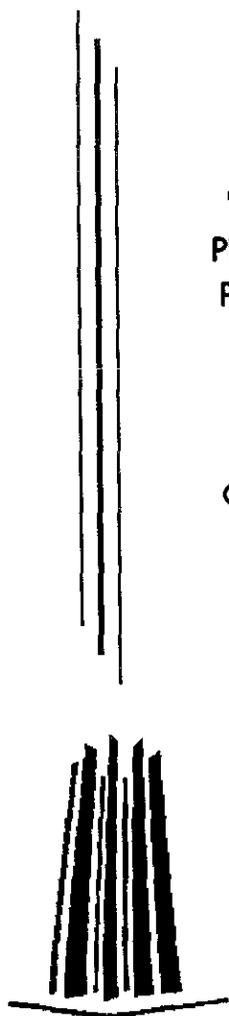
**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A:**

**SELENE EDUWIGES CENTENO
MANZANARES**

202209

**ASESOR:
LIC. EDUARDO TEPALT CERVANTES**

SAN JUAN DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO 2000





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

POR HABERME BRINDADO LA OPORTUNIDAD DE VIVIR, POR
PERMITIRME SER UNA PERSONA DE BIEN, TE AGRADEZCO POR ESTAR
SIEMPRE CONMIGO Y NUNCA DESAMPARARME.

A MIS AMADOS PADRES

POR HABERME BRINDADO LA OPORTUNIDAD DE VIVIR,
MI MÁS PROFUNDA GRATITUD Y RESPETO,
PARA QUIENES ME HAN BRINDADO TODO,
POR SUS INNUMERABLES SACRIFICIOS REALIZADOS PARA QUE
TUVIERA UNA EDUCACION ADECUADA Y UNA CARRERA PROFESIONAL,
INFINITAS GRACIAS POR SER LOS MEJORES PADRES QUE DIOS
ME PUDO HABER DADO, CON MUCHO AMOR Y CARIÑO
PARA USTEDES LES DEDICO MI TESIS PROFESIONAL.

A MI AMADO ESPOSO

POR BRINDARME LA FELICIDAD DE ESTAR JUNTOS, POR NUESTRO
GRAN AMOR, POR ALENTARME SIEMPRE Y NUNCA DEJARME
CLAUDICAR, POR TUS GRANDES CONSEJOS Y ENSEÑANZAS EN EL
CAMPO DEL DERECHO PENAL,
Y POR SER UN GRAN SER HUMANO GRACIAS
LIC. ISMAEL GONZÁLEZ LARA.

A MI HERMANO

POR ALENTARME A SEGUIR SIEMPRE ADELANTE, Y NUNCA DEJAR QUE
ME DIERA POR VENCIDA Y HABERME ENSEÑADO A LUCHAR
POR LO QUE UNO QUIERE GRACIAS
C.P. ADRIAN CENTENO MANZANARES.

A MUY QUERIDA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

POR PERMITIRME ENTRAR A SUS AULAS,
POR BRINDARME LA OPORTUNIDAD DE SER UNIVERSITARIA
Y HABERME FORMADO EN LA ESCUELA NACIONAL PREPARATORIA,
EN DONDE OBTUVE ENSEÑANZAS INOLVIDABLES,
ASI COMO VERDADEROS AMIGOS Y SOBRE TODO POR HABERME
CONVERTIDO EN UNIVERSITARIA,
INFINITAS GRACIAS.

A MI MUY ESTIMADA

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“CAMPUS ARAGON”

QUIEN ME BRINDO LA OPORTUNIDAD PARA SER MIEMBRO DE ELLA,
CON QUIEN COMPARTI LOS 4 MEJORES AÑOS DE ESCUELA,
Y ME DIO LA OPORTUNIDAD DE HABER CONOCIDO
A MAESTROS MARAVILLOSOS
QUE COMPARTIERON CONMIGO SUS ENSEÑANZAS,
EXPERIENCIAS, PERO SOBRE TODO LO MEJOR DE ELLOS
MIL GRACIAS POR TODO.

AL LIC. EDUARDO TEPALT CERVANTES

POR SER UN PROFESIONAL EN TODO EL SENTIDO DE LA PALABRA,
POR SU ENTUSIASMO Y DEDICACIÓN, POR HABERME AYUDADO A LA
REALIZACIÓN DE LA PRESENTE TESIS,
Y POR PERTENECER A TAN NOBLE INSTITUCIÓN NUESTRA MAXIMA
CASA DE ESTUDIOS, U.N.A.M.
MUCHAS GRACIAS.

A MI HONORABLE JURADO:

DR. JOSE LUIS BENITEZ LUGO,
LIC. MARIA DE LOS ANGELES SERRA RUIZ,
LIC. EDUARDO TEPALT CERVANTES,
LIC. LUISA HERNANDEZ CABRERA
Y LIC. MARIA DEL CARMEN HERNANDEZ VACA,

MUCHAS GRACIAS POR AYUDARME A CULMINAR UNA DE MIS GRANDES
METAS EN LA VIDA, GRACIAS POR COMPARTIR SUS CONOCIMIENTOS,
POR SER MAESTROS DE LA U.N.A.M.,
PERO SOBRE TODO POR DARNOS LO MEJOR DE SUS PERSONAS.

AL LIC. OCTAVIO AVILA MARTINEZ

QUIEN ME BRINDO LA CONFIANZA,
QUIEN ME HA APOYADO INCONDICIONALMENTE
PARA SER POSIBLE ESTA TESIS,
POR SER MI MEJOR EJEMPLO A SEGUIR,
POR SER UN PROFESIONISTA SIN IGUAL
MUCHAS GRACIAS.

A MIS COMPAÑEROS DE:

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

DR. ARTURO ARRIAGA FLORES.
LIC. ENRIQUE NAVARRO GALICIA,
LIC. MIGUEL ANGEL TELLEZ MORALES,
LIC. MARIO DIAZ HERNANDEZ,
LIC. JORGE HERNANDEZ REYES,
LIC. DAVID VARGAS ARISTA Y EL
C.P. JOSE B. ESTRADA CERON,

POR ALENTARME A TERMINAR MI TESIS PROFESIONAL, POR SUS
CONSEJOS, POR SUS EXPERIENCIAS PROFESIONALES COMPARTIDAS
ASÍ COMO POR SU CONFIANZA DEPOSITADA EN MI PERSONA
Y POR EL GRAN APOYO BRINDADO MIL GRACIAS.

AL LIC. ENRIQUE PEREZ GRANADOS

POR SER MI MEJOR AMIGO, POR TU APOYO INCONDICIONAL, POR SER
UN EJEMPLO A SEGUIR EN TODOS LOS ASPECTOS TE AGRADEZCO
INFINITAMENTE PERMITIRME TENERTE COMO MI AMIGO
Y POR SER UNA PERSONA MUY ESPECIAL,
PARA MUCHAS PERSONAS
PERO ESPECIALMENTE PARA MÍ

A MIS GRANDES AMIGAS Y AMIGOS

JANE, LETICIA, ALEJANDRO, NORMA Y JOSE

QUIENES SIEMPRE HAN ESTADO CONMIGO Y HAN COMPARTIDO
MOMENTOS MUY ESPECIALES,
POR SER QUIÉNES SON Y SER MIS AMIGOS DEL ALMA
YA QUE USTEDES SABEN EL VERDADERO VALOR DE UNA MUY BUENA
AMISTAD MUCHAS GRACIAS.

A MIS SUEGROS Y A MI CUÑADA
PERLA DEYANIRA GONZALEZ LARA

POR DEMOSTRARME SU CARIÑO INCONDICIONAL,
POR SU GRAN APOYO DEMOSTRADOS SIEMPRE,
EN TODO MOMENTO
MUCHAS GRACIAS.

**"ANÁLISIS SOCIO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN
REAL DE LOS MENORES, PARA EL CASO DE
DIVORCIO DE LOS CÓNYUGES"**

**“ANÁLISIS SOCIO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN
REAL DE LOS MENORES, PARA EL CASO DE
DIVORCIO DE LOS CÓNYUGES”**

Introducción	I
--------------------	---

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA FAMILIA

1.1. Derecho Romano	1
1.2. Derecho Francés	7
1.3. Derecho Español	13
1.4. Derecho Canónico	17
1.5. Derecho Mexicano	21

CAPITULO II

DEL PARENTESCO

2.1. Concepto de Parentesco	30
2.2. Reconocimiento	35
2.3. Legitimación	44
2.4. Adopción	47
2.5. Efectos jurídicos del parentesco	51

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

3.1.	Concepto de matrimonio	59
3.2.	Promesa de matrimonio	68
3.3.	Elementos del matrimonio	
3.3.1.	De existencia	72
3.3.2.	De validez	77
3.4.	Finalidad del matrimonio	82
3.5.	Jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	85

CAPITULO IV

NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO

4.1.	Conceptos de divorcio	94
4.2.	Clases de divorcio	97
4.2.1.	Separación de cuerpos sin divorcio	98
4.2.2.	Divorcio administrativo	102
4.2.3.	Divorcio voluntario	104
4.2.4.	Divorcio necesario	110
4.3.	Análisis de las causas de divorcio	114
4.4.	Finalidad del divorcio	130
4.5.	Efectos del divorcio sobre los menores	134

CAPITULO V

PROTECCION DE LOS MENORES

5.1.	Fijación de la obligación alimentaria	137
5.2.	Modificación de la obligación alimentaria	142
5.3.	Extinción de la obligación alimentaria	148
5.4.	Protección legal de los alimentos	158
5.5.	Propuesta personal de posibles soluciones	164
Conclusiones		172
Bibliografía		178

INTRODUCCIÓN

En la historia de la humanidad, se han dado una gama infinita de acontecimientos relacionados con el comportamiento del hombre, en el ámbito de relaciones personales y en las relaciones de grupo, es decir, *el hombre es un ser social por naturaleza*. Por lo que no puede vivir aislado, necesita la compañía de otros para poder llevar a cabo su vida, y dentro de este ciclo el hombre nace, crece, se reproduce, y muere.

El hombre cuando nace es el ser más indefenso y requiere la ayuda de su madre para poder sobrevivir, es decir, necesita de alguien para poder subsistir, para poder desarrollarse y ser apto para la lucha por la vida, es así como se desarrolla y crece y con ese crecimiento deja de depender de la madre, y se ve en la necesidad de formar su propia familia, de ser padre y de inculcarle a sus hijos los valores que él considera adecuados para su óptimo desarrollo, es decir, el ser humano en la mayor parte de su existencia pertenece a un grupo denominado familia, la cual se rige a través de una serie de normas de Derecho, que hasta cierto punto tienden a proteger a dicha institución, y se dice hasta cierto punto debido a que dentro de la práctica jurídica, lamentablemente esta "protección", consideramos que es insuficiente para poder asegurar plenamente el desarrollo de los individuos que en este caso específico y concreto serían los menores de edad dentro del ámbito familiar.

Cabe hacer mención que *la familia es la célula fundamental de toda sociedad*, y como tal debe protegerse siempre, dentro de un ámbito claramente establecido y no dejar duda alguna que los integrantes de dicho núcleo familiar contaran plenamente con normas jurídicas adecuadas y eficaces para su real protección.

Así dentro de los múltiples problemas que tiene México, dentro de los diferentes ámbitos económico, político, y social consideramos que dentro del campo jurídico existen infinidad de lagunas que lamentablemente no han sido corregidas por los legisladores y que lamentablemente siguen existiendo, y considerando los grandes avances dentro del campo de la tecnología y de los avances científicos que se han venido suscitando así en el campo de las computadoras, del Internet, entre otros adelantos, haciendo la comparación con las cuestiones de Derecho se han quedado rezagadas a comparación de los adelantos que últimamente se han venido alcanzando, por lo que consideramos que uno de los más de los importantes, **es la protección real, jurídica y social de los menores** habidos en matrimonio, así como los nacidos fuera de éste, ya que es verdaderamente interesante conocer el desarrollo social y jurídico de aquellos, porque así podemos encuadrarlos en el marco jurídico y darle a los menores la **Protección Legal Necesaria**, para su mejor desarrollo y protección.

Sin duda que el Derecho, como disciplina normativa es de las ciencias menos exactas con que cuenta el hombre civilizado, debido a que es el mismo hombre el que impone sus propias normas de comportamiento, y en consecuencia es el que propicia las fallas en el sistema jurídico de un país.

La sociedad está conformada por una densa gama de matices sociales, para los cuales, en cada caso, dispone de alguna norma de regulación jurídica, entre las que encontramos preceptos de tales características que algunas gozan de aplicación indefinida tanto en el tiempo, como en los hechos; en tanto que otros se encuentran limitados cronológicamente por su naturaleza, verbigracia las leyes de tipo fiscal, las que se emiten para determinado ejercicio fiscal.

Los primeros contienen, casi siempre, principios inmutables de justicia imperecederos; los segundos representan formas de normatividad circunstancial o de mera conveniencia práctica.

Empero, unas y otras carecen de la exactitud de las ciencias naturales, pues o son inmutables, pero de variada aplicación, o son aplicables a un hecho concreto, pero reiteradamente cambiantes.

Es más podemos encontrar, paradójicamente, en cualquier estructura jurídica, normas de convivencia que ya prevén, o que pueden regular, hechos que no fueron fuente de su creación, así como situaciones fácticas imprevistas por la ley, para lo cual la legislación y la doctrina se han preocupado por establecer reglas de interpretación, con el fin de subsanar las lagunas de la ley, que no son otra cosa que omisiones del legislador.

En fin, es tan amplio el número de tópicos y enfoques que contiene el Derecho que sería irrealizable tratar de condensarlos.

En el Derecho Contemporáneo, concretamente en nuestro país, encontramos un tema que, no obstante su importancia y desarrollo desde tiempo inmemorial, no ha sido plasmado sistematizadamente en los Códigos: nos referimos a la cuestión de la **protección real y social de los menores habidos en matrimonio**, ya que posteriormente el divorcio lesiona los altos valores espirituales y afectivos, y definitivamente, este es uno de los aspectos más científicos del Derecho.

Ahora bien, igualmente resulta importante conocer el desarrollo de la familia en la antigüedad, en donde la familia y los hijos nacidos fuera de

matrimonio recibieron un tratamiento sociológico tan complejo, que en todos ellos se consideró a la mujer como ser impuro e imperfecto, incapaz de alcanzar al hombre, pues éste estaba considerado como el centro de la familia.

Esta evolución social nos lleva a estudiar a la familia en la Edad Media, donde sufrió un gran retraso, debido a las organizaciones feudales, precipitando una de las sacudidas más violentas de la humanidad, a través de la Revolución Francesa, pues jurídicamente se inicia en esta época la codificación del Derecho y es en el Código de Napoleón donde encontramos las germinales de las actuales organizaciones familiares.

Es en el Derecho en donde la familia y los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio encuentran su apoyo y protección, pues en las leyes es como podrá consolidar su personalidad jurídica y con el objeto de una verdadera protección, la cual no debe convertirse en intervención dentro del núcleo familiar, sino rodearla de los instrumentos jurídicos necesarios para desarrollarlo y proyectarlo adecuadamente.

En la legislación actual, encontramos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su artículo 4° en la parte conducente manifiesta claramente que "...El varón y la mujer son iguales ante la Ley. **Está protegerá la organización y el desarrollo de la familia.** Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la 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 ... Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley

establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Es el 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.", y así nos remitimos al Código Civil para el Distrito Federal, entre otras, en donde se trata de proteger a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, tratando de resolver sus problemas de nutrición e higiene mental, tratando de evitar o remediar hasta cierto punto el abandono, previniendo sus reacciones antisociales, que posteriormente en plazos no muy lejanos acarrearán problemas de grandes dimensiones que aunados a los ya existentes crearán un caos mayor que ya de por sí nos agobia en la actualidad.

Pero esté no es el problema principal, sino la creación y regulación de su situación social y jurídica, ya que dejan al libre albedrío a los padres, para que ellos sean los únicos facultados de resolvérselos y no como una obligación, sino como un DERECHO que tienen los padres hacia los hijos, de ver por sus intereses, su desarrollo y su protección hasta que estos alcancen la mayoría de edad, en ciertos casos particulares.

Lo anterior es lo que nos lleva a proponer el título de nuestro tema, tomando en consideración la situación real y social de los hijos, posterior al divorcio de los padres y aún y cuando el Código Civil señala la forma en que se protegen a los hijos, también es cierto que en la práctica no sucede así.

El Código Civil, establece una serie de medidas tendientes a la protección de los derechos de los hijos en caso de divorcio de sus padres, que pueden resumirse en la siguiente forma: *durante el procedimiento de divorcio,*

los hijos quedarán bajo el cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges pudiendo ser uno de éstos.

En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, debiendo el Juez decidir en definitiva, esta cuestión, por el bienestar emocional de los hijos.

Al resolverse por sentencia la disolución del vínculo matrimonial, el Código Civil fija una serie de medidas en relación con la situación de los hijos, distinguiendo las diversas causas de divorcio, por lo que consideramos adecuado hacer el análisis respectivo de cada una de ellas.

En todo caso, la propia Ley establece que antes de que se resuelva de manera definitiva sobre la patria potestad o de la tutela de los hijos, los tribunales deberán tomar en consideración todas aquellas sugerencias que les hagan los abuelos, tíos o hermanos mayores y que los propios tribunales consideren benéficos para los menores, para su bienestar emocional y psíquico que influyen en forma determinante en su desarrollo.

En lo que corresponde a las obligaciones para con los hijos, dice la Ley que se tomarán en la sentencia de divorcio todas las medidas necesarias para asegurar los deberes de los padres con relación a los hijos.

Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad. (Cabe hacer mención la situación de los hijos mayores de edad que siguen estudiando una carrera profesional, situación que se analizara en su apartado correspondiente).

Tomando en consideración que los fines del matrimonio son entre otros los de contribuir cada uno por su parte al fin fundamental de la institución matrimonial, que es la perpetuación de la especie mediante la procreación de los hijos, el deber de los cónyuges de guardarse fidelidad, vivir juntos en el mismo techo, darse alimentos recíprocamente, la ayuda espiritual, no cometer actos inmorales, etc., e inculcarles valores a sus hijos, no debe dejarse pasar por alto.

Asimismo se prevé no como un incumplimiento de una obligación matrimonial, sino como una rescisión voluntaria del contrato de matrimonio, el divorcio por mutuo consentimiento.

Aunque la mayoría de la doctrina considera al divorcio como una sanción por el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales que incumben a cada uno de los esposos, y aunque dentro de este concepto difícilmente podría haber el divorcio para poder determinar nuestro objeto de estudio.

Si bien el legislador no ha captado la necesidad de regular jurídicamente dicha situación en relación con los hijos, lo cierto es que no ha logrado del todo una técnica adjetiva y sustantiva apropiada para ello, de tal suerte que, hasta ahora el Derecho a exigir la obligación real y social de los derechos de los hijos, posterior al divorcio ha sido materialmente impracticable, por eso los postulantes casi no propician o promuevan acciones encaminadas a lograr el resarcimiento moral y social y que nuestros Jueces no cuenten con el apoyo legal suficiente, ni con la experiencia jurisprudencial necesaria, para decidir controversias que impliquen la valoración de una afección de carácter moral y, por tal motivo, den palos de ciego al faltar este tipo de problemas y esto la práctica forense lo demuestra.

De esta forma, el daño moral y social queda de hecho impune de acuerdo a las causas legales que el Derecho permite, y si acaso el Código Civil protege sustantivamente dicho valor humano, en cambio deja mucho que desear en su aspecto procesal, por lo cual se refiere a este Derecho que tienen los menores habidos en matrimonio posterior al divorcio.

Un Derecho impracticable es sinónimo de un Derecho que no existe.

Y en el caso de la protección real de los menores habidos en matrimonio posterior al divorcio, en nuestra legislación, no ha pasado de ser un Derecho vigente sin positividad, o sea, más que normas de conducta, se ha visto reducido a simple declaración literaria, sin que haya logrado la obligada relación material entre la forma y el hecho y todo por falta de técnica legislativa.

Además se ha manifestado en diversos foros del país, tanto por especialistas en la materia, como representantes de distintos sectores de la comunidad, la inquietud de mejorar el régimen jurídico relativo a la familia, *asegurando la igualdad real entre los cónyuges, favoreciendo la mayor protección a los hijos, y garantizando, en suma, medios adecuados para la preservación de las fundamentales relaciones familiares.*

Es palpable la obligación preponderante que tiene el Estado de afianzar el sano establecimiento y desarrollo de la familia que como ya hemos reiterado es la célula básica de la sociedad, sin la cual no se podría asegurar la subsistencia de la humanidad como tal, como la conocemos en la actualidad.

Es por ello, que entre otras circunstancias nos hemos decidido a plantear el siguiente trabajo de investigación que si bien es cierto que hablamos del

Derecho, específicamente del Derecho Familiar, no perdamos de vista el aspecto social del mismo, y por lo que hemos expuesto con antelación, ya que hay que tomarlos en su conjunto para poder observar los beneficios que nos pudiéramos estar perdiendo, y por otro lado darnos cuenta de que la familia es lo más importante dentro de la sociedad.

Ya que debemos recordar que todos, en algún momento de nuestras vidas fuimos niños y que hubiéramos querido lo mejor para nosotros como hijos, así como para nuestras familias, que nos vieron crecer y que con muchos esfuerzos nos has logrado mantener y que gracias a ellas, poder llegar a ser estudiantes para forjarnos un futuro, y otear los retos y dificultades que la vida nos va poniendo en nuestros caminos, para ser mejores seres humanos, hijos, padres, ciudadanos, etc.

Es así como presentamos a su consideración el presente trabajo de investigación, esperando que sea de alguna utilidad a los estudiantes, especialmente a los de la Licenciatura en Derecho, que estudian en la Máxima Casa de Estudios, que es nuestra muy querida UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA FAMILIA

- 1.1. DERECHO ROMANO**
- 1.2. DERECHO FRANCÉS**
- 1.3. DERECHO ESPAÑOL**
- 1.4. DERECHO CANÓNICO**
- 1.5. DERECHO MEXICANO**

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA FAMILIA

Conociendo la vida del hombre en sociedad y su situación ante determinadas circunstancias, estaremos en aptitud de obtener una explicación adecuada de nuestro presente y asimismo, enfrentar el futuro, vislumbrar nuestras posibilidades y entender nuestras limitaciones.

1.1 DERECHO ROMANO

La familia es la más antigua de las instituciones humanas que sobrevivirá mientras exista nuestra especie, ya que el hombre no puede vivir aislado, *ya que es un animal social por naturaleza.*

Sin embargo, es fácilmente comprensible que nuestras familias de hoy no sean igual a las familias de ayer; recordemos a las familias de nuestros padres, veamos las nuestras y observemos las que constituyen nuestros hijos y los jóvenes de nuestra comunidad, para apreciar cambios significativos, en todos y cada uno de los ámbitos de la vida en familia.

Ahora bien, para hablar del Derecho Romano, hay que empezar haciendo la clásica distinción, entre personas "*libres*" y "*esclavos*".

En lo que se refiere a los esclavos, la cuestión de parentesco es sencilla, ya que al ser considerados como cosas, casi no existía la institución entre ellos, o mejor dicho, no existía el Derecho Civil que regulara sus uniones, Derecho que estaba reservado a las personas libres y en especial a los ciudadanos.

Ya que los esclavos no podían contraer matrimonio legítimo y sus hijos seguían su misma suerte, a tal grado que solo había entre ellos lazos naturales, o de sangre.

Existían algunas cuestiones especiales, con respecto a los esclavos, y así éstos, eran de diversas clases, por razón de su origen o causa por lo que lo eran.

Así los que "tenían tal calidad por el Derecho de Gentes, podían en un momento determinado volver a ser libres, disfrutando el "jus postinimum" aunque esto no les beneficiaba en relación a su estado civil, ya que esta institución, no producía efectos respecto a su condición familiar, es decir, si un esclavo regresaba al seno de su familia, y por lo tanto volvía a ser libre (si antes lo era, y si su familia lo era también en ese momento), si estaba casado, no podía sin embargo, continuar estándolo, perdiendo este derecho, por la cautividad en que estuvo, por lo que hace al Derecho Civil el esclavo no tenía ningún derecho; pero en cuanto al Derecho Natural, sí." ¹

Y de esta manera aunque el esclavo, conforme al Derecho Civil no podía celebrar matrimonio, "si podía unirse en contubernium y esta unión solo engendraba un parentesco natural (cognatio servilis), cuyos efectos eran muy limitados, habían unos esclavos dentro de las diferentes categorías, llamados servi peni, que no gozaban de ningún derecho; así como las otras diferentes categorías de esclavos." ²

¹ ARANGIO RUIZ, Vicente "Instituciones de Derecho Romano." Traducción de José M. Cájica Ferró. Ediciones De Palma. Buenos Aires 1986. p. 168

² IHERING, R. Von. "El Espíritu del Derecho Romano." Quinta Edición. Editorial Bailly-Bailliere. España 1955. p. 78

También entre las personas libres había diferencias, existían como hoy en día, los llamados *ciudadanos* y *los no ciudadanos o extranjeros*; también había otra distinción que deriva de los esclavos.

Los ingenuos eran los que no habían sido nunca esclavos; los libertinos, que sí habían sido esclavos, habiéndose liberado posteriormente disminuyéndoles su capacidad.

"Hasta el siglo III, sólo los ciudadanos poseían el goce del Derecho Civil Romano; los no ciudadanos sólo disfrutaban de un derecho especial más restringido, el Derecho de *Gentes*." ³

Las ventajas que daba el Derecho Civil Romano eran dos: *El Connubium* y *el Comercium*, el primero para contraer matrimonio y poseer relación de parentesco, y el segundo para poder testar y heredar.

"Justiniano antes de Caracalla, hizo algunas modificaciones, favoreciendo a los esclavos y a los hijos naturales." ⁴

La palabra familia, aplicada a las personas, se emplea en Derecho Romano en dos sentidos contrarios.

"*El primero* en el sentido propio se entiende por familia la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único."

³ VENTURA SILVA, Sabino "Derecho Romano." Décima Cuarta Edición Editorial Porrúa. México. 1997 p. 61

⁴ ROSTOUTREFF, M "Historia Social y Económica del Imperio Romano" Volumen I. Cuarta Edición. Editorial Espasa Calpe. Madrid 1981. p. 120

"Se compone del pater familias que es el jefe: los descendientes que están sometidos a su *autoridad paterna* y la mujer in manu, que esta en la condición análoga a la de una hija. Este es el régimen patriarcal, el jefe de la familia arregla a su manera la composición de la misma; es decir, puede excluir a sus descendientes por medio de *la emancipación*, puede también hacer ingresar a un extranjero por medio de *la adopción*. Esta organización es de la época en que tuvo su origen Roma."

"El segundo las personas que forman la familia están unidas entre ellas por el parentesco civil llamado *"agnatio"*. Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos sui juris, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o domus, que entre los miembros de las cuales están formadas. La familia se compone de agnados, es decir, del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil." ⁵

Por lo tanto existen los *cognados (parentesco natural)*, que son los descendientes unos de otros en línea recta o los que descienden de un autor común (línea colateral) sin distinción de ser.

En el Derecho Romano, la familia estaba regulada por dos instituciones jurídicas que eran, *el parentesco natural o "cognación" y el parentesco civil o "agnación"*.

Así los cognados eran los que descendían de un mismo padre o tronco común, es decir, los parientes propiamente dichos por la ley

⁵ PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano." Traducción de la Novena Edición Francesa por D. José Fernández González Décima Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1997. p 113

natural, los lazos de sangre por consanguinidad, como son: los hijos, nietos, bisnietos, etc.

Así los agnados no eran propiamente parientes unidos por lazos de sangre, sino todas aquellas personas que estaban bajo la autoridad de un pater familias.

Por lo que la principal fuente de parentesco en el Derecho Romano era el matrimonio, pero también era reconocido el concubinato y tenían una serie de efectos: asimismo, el matrimonio estaba considerado en algunos casos como la forma de legitimación de hijos naturales.

En cuanto a los hijos naturales, en el Derecho Romano, sólo existía el reconocimiento voluntario por parte del padre: los hijos naturales no tenían ningún derecho respecto al padre; los reconocidos, por éste, tenían derechos restringidos como eran *los de alimentos y llevar el nombre del padre*, y sólo respecto al padre eran estos efectos y no respecto a los ascendientes de éste.

En el Derecho Romano, los hijos naturales, sólo eran cognados de la madre, pero con respecto al padre no tenían ninguna relación de parentesco.

La única manera de tener derechos sucesorios era siendo agnados. El pretor fue el primero en favorecer a los cognados concediéndoles en varios casos los derechos de sucesión que el Derecho Civil solo reservaba a los agnados. Posteriormente, también los Senados-Consultos y las Constituciones Imperiales, concedieron derechos de sucesión a los cognados. Con Justiniano,

desaparecieron definitivamente los privilegios de la agnación y la cognación, fue suficiente para conferir los derechos de familia.

De todo esto podemos deducir que, los efectos del parentesco en el Derecho Antiguo Clásico, o sea el Derecho Romano eran muy variados y restringidos; los hijos tenían derecho a los alimentos en un principio, a la sucesión sólo si mediaban circunstancias tales como la cognación, y por el parentesco civil o agnación, el de llevar el nombre del padre, etc.

La construcción de la familia así entendida, está caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal; la soberanía del padre o del abuelo paterno, quienes eran dueños absolutos de las personas colocadas bajo su autoridad. Su poder se extiende hasta las cosas. Todas sus adquisiciones y las de sus miembros de familia se concentran en un patrimonio único sobre el cual ejerce él solo durante toda su vida, los derechos de propietario.

"También en Roma se obligaba a los jóvenes a casarse, y así Dionisio de Halicarnaso hablaba de esta obligación y Cicerón en su obra *De Legibus*, que reproduce casi todas las primeras Leyes de Roma, considera muy justo que los censores obligasen al matrimonio imponiendo a los célibes determinadas penas."⁶

El matrimonio romano se halla integrado por dos hechos esenciales: "uno físico, la conjunción del hombre con la mujer (entendida como unión o como unidad de vida), que se manifiesta exteriormente con la ductio de la esposa in domum mariti. El otro elemento intencional o psíquico, vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión a la cual comparan el matrimonio las

⁶ BRAVO GONZALEZ, Agustín y BRAVO VALDEZ, Beatriz. "Derecho Romano." Décima Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1997 p. 68

fuentes romanas, con preferencia el animus es el requisito que integra o completa el corpus." ⁷

Este elemento espiritual, es el affectio maritales, o sea la intención de quererse por marido y mujer, de crear y mantener la vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; la voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, como en el matrimonio germano que es ha modo de contrato, sino que debe prolongarse en el tiempo, renovándose de momento a momento, porque sin ella la convivencia física pierde su valor, y el matrimonio deja de existir.

1.2 DERECHO FRANCES

Los antecedentes más remotos de la institución de la familia, los encontramos en el Antigo Derecho Francés.

Desprendemos que en la legislación de este país, el parentesco, "es la relación que existe entre dos personas que descienden una de otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo o que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos." ⁸

"El parentesco adoptivo, en el Derecho Francés, es una imitación del parentesco real." ⁹

⁷ BIALOSTOSKY W., Sara. "Panorama del Derecho Romano." Cuarta Edición. Imprenta Universitaria. Facultad de Derecho. U. N. A. M. México. 1992. p. 139

⁸ ENNECCERUS, Ludwing. "Tratado de Derecho Civil." Tomo I. Volumen I. Segunda Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1934 p. 159

⁹ BONNECASE, Juhán "Elementos de Derecho Civil." Torno I. Editorial José María Cajica Jr. México 1985 p 268

Los grados de parentesco se cuentan de la siguiente manera: En cada línea se cuentan los grados, es decir, por generaciones, así pues el hijo y el padre son parientes en primer grado; el nieto y el abuelo en segundo grado y así los demás.

En línea directa: hay también grados como generaciones para ir de un pariente a otro.

En el caso del parentesco colateral, la forma del computo consiste en contar el número de generaciones en las dos líneas, partiendo del autor común y en sumar las dos series de grados: así dos hermanos son parientes en segundo grado (una generación en cada ramal, un tío, un sobrino, un tercero).

El grado de parentesco tiene extrema importancia, puesto que los parientes, para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones se clasifican por orden de grado, los efectos del parentesco se producen en su plenitud en el primer grado en línea recta, cesaban enteramente, según el Código Civil de ese país en el duodécimo grado.

Las clases de parentesco permiten distinguir, el parentesco legítimo que goza de la plenitud de efectos, del parentesco ilegítimo que no produce efectos limitados, este parentesco se subdivide aún, en adulterino o incestuoso que producen menos efectos que el parentesco natural simple.

La afinidad es el lazo que existe entre los parientes de una persona y el cónyuge de esta misma persona.

La filiación, la definen Planiol y Ripert, como "el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra"¹⁰

Como vemos, el concepto de parentesco es más amplio, que el de la filiación, siendo aquel el género y éste una de sus especies, pues como ya anotamos anteriormente, el parentesco puede ser colateral, directo, etc., también entre el adoptado y el adoptante y el parentesco por afinidad en cambio, la filiación es solamente un parentesco de descendencia; en lenguaje corriente, la filiación comprende, toda la serie de intermediarios que unen determinada persona, con su madre o padre.

La relación de filiación toma también los nombres de paternidad o de maternidad, según el caso.

La filiación puede ser en el derecho que estudiamos: legítima, natural simple, natural adulterina, natural incestuosa y adoptiva.

La filiación legítima supone la existencia de un matrimonio, es decir, que el hijo es nacido de padre y madre unidos en matrimonio. En principio, sólo es hijo legítimo el engendrado por los padres durante el matrimonio, no obstante, la Ley concede el beneficio de la legitimidad a los hijos concebidos antes del matrimonio, que nazcan durante éste, o que habiendo nacido, antes de su celebración, hayan sido reconocidos por el padre y la madre, estos hijos se denominan legitimados y se equiparan a los legítimos.

¹⁰ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés." Traducción de Mario Díaz Cruz. Editorial Cultural. La Habana. 1966. p. 468

El hijo se llama **natural simple**, cuando nace de personas, que no estando casadas, hubieran podido casarse válidamente entre sí, al tiempo de la concepción.

Adulterino, si uno de los padres estaba casado con persona distinta a la madre del hijo (en el momento de la concepción).

Incestuoso, cuando sus autores son entre sí parientes.

Hay que hacer notar a identidad de estas disposiciones a nuestra actual legislación, de ahí la importancia del estudio de estas legislaciones pioneras de todo principio del Derecho.

Para el efecto de la distinción de los hijos legítimos o nacidos dentro del matrimonio, y los nacidos fuera de esta institución, que son los que propiamente nos interesan, los reglamentaban a manera de que estos últimos también pueden nacer dentro del matrimonio, pero habiendo sido concebidos antes de celebrarlo, pues el momento de la concepción, época que a pesar del misterio de la generación si se puede conocer, sino precisar exactamente, al menos señalar una fecha aproximada; así para fijar la condición, legítima, natural, adulterina o incestuosa de una filiación, se parte de la concepción del hijo, y no de su nacimiento, esta solución aceptada por la Jurisprudencia Francesa, ha sido muy discutida, se ha pretendido que la legitimidad no solamente resultaba vinculada al hecho de la concepción (artículo 312 del Código Civil Francés), sino también del nacimiento durante el matrimonio; al respecto Galindo Garfias, decía: "este carácter de la legitimidad, es propio del hijo que nace durante el matrimonio, ya sea concebido antes o después." ¹¹

¹¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil." Décima Sexta Edición. Editorial Porrúa México 1997 p 638

En cuanto a la equiparación, establecida por la ley entre los hijos nacidos durante el matrimonio y concebidos con anterioridad a su celebración, y los verdaderamente legítimos tiene su razón de ser, por la idea de legitimación, esta solución es la que prevalece en el Derecho Civil Francés, pero como de ese momento dependen las distinciones anotadas, los estudiosos del Derecho y las legislaciones, han señalado épocas determinadas para considerar como legítimos o naturales a los hijos nacidos o concebidos dentro o fuera del matrimonio.

El nacimiento legítimo en el Derecho Francés, es un suceso que los padres no intentan ocultar, en tanto que un nacimiento ilegítimo por suponer relaciones culpables, se trata generalmente de ocultar, la comprobación de ese hecho, cuyo alcance no debe exagerarse, justifica una circunspección mayor a la fe que puede darse al acta de nacimiento, cuando se trata de hijos naturales, si fuera así, la desigualdad de las dos filiaciones subsistiría al menos en lo que respecta la prueba de la filiación paterna.

La filiación natural, legalmente probada, produce efectos menos completos que la filiación legítima (se refieren a las anteriores legislaciones). El hijo natural se encontraba en una situación inferior a la del hijo nacido dentro de matrimonio y la prueba de filiación ha sido establecida tanto por la madre como por el padre. Si a dicha prueba se diera la falta de uno o de otro lado, o de ambos padres a la vez, el hijo se encontraba privado de derechos con relación a aquello, con sus padres. Así, la interioridad de los hijos naturales es tradicional. "Si en Roma, los Vulgo Concepti y los Spuri no eran objeto de ninguna desconsideración legal... en el Derecho Antiguo Francés, bajo la influencia de la Iglesia no fue así. Está dicho que esta lucha de la Iglesia para regenerar las costumbres y favorecer el matrimonio, empezó por establecer que

los hijos bastardos tuvieran el derecho a los alimentos respecto de sus padres, quedando privados de los demás derechos, esta situación tan ruda estaba compensada con la facilidad de la prueba de la filiación natural, el acta de bautismo o en su defecto el reconocimiento a la posesión de estado, bastaban para probar su investigación, por otra parte, los rigores de la condición del hijo natural eran también, compensados por la institución de la legitimación por el subsecuente matrimonio y aun por rescripto del Príncipe." ¹²

La situación cambió con la Revolución Francesa. La filosofía del siglo XVIII, había combatido la idea de la inferioridad social del hijo natural, parecía inhumano hacer pasar sobre el hijo inocente las consecuencias de la falta de los padres.

La tendencia individualista del legislador del período revolucionario le hizo actuar enérgicamente en favor de los hijos naturales. La Ley del 12 Brumario, año II, les aseguraba igualdad de derechos con los hijos legítimos; con relación a la prueba de Ley, está era obscura pero tendía a excluir toda prueba de paternidad fuera del reconocimiento voluntario. Las pruebas de la filiación natural, como a menudo se ha podido ver, son tanto más rigurosas cuanto más afectas a llevar consigo esta filiación.

"El actual Código Civil Francés, señala una reacción seria contra el individualismo revolucionario. El primer cónsul consideraba que la sociedad debía desinteresarse de los hijos naturales, por lo que sus derechos se redujeron, y si bien no llegó a la severidad extrema del Derecho Antiguo, toda

¹² GUITRON FUENTEVILLA, Julian. "Derecho Familiar." Segunda Edición. Editado por U. A. CH México 1998 p. 97

En cuanto a los efectos de esta situación, es decir, de hijos naturales, éstos tenían derecho a alimentos, crianza y a la sucesión de los padres, a falta de hijos legítimos, según la Ley IX de Toro.

Esto es todo en cuanto al Derecho Español, podemos hacer referencia no citando lo relativo a la investigación de la paternidad precisamente y por ende a las pruebas de ésta.

En cuanto al Derecho Francés, que como apuntábamos guarda los más remotos antecedentes, nos encontramos que en el Derecho Antiguo no se imponía restricción alguna a la investigación de la paternidad, lo cual se comprende, puesto que el hijo natural no tenía derechos sucesorios que ejercer, y como ya dejamos visto solo podía reclamar alimentos de sus padres. En este último punto se mostraba muy severo con el presunto padre. En primer lugar la mujer, al ir a dar luz, podía pedir al juez que se condenara, al padre el pago de los gastos del parto y primera sustentación del hijo, al hombre que ella aseguraba que es autor de su preñez. El atenerse a la simple declaración de la madre, obedecía a esta consideración: que los gastos del parto no sufren retraso.

Sin embargo, la afirmación de la parturienta no bastaba para establecer la paternidad del demandado; para probarla era preciso que la madre o el hijo intentaran una acción especial y presentaran pruebas que corroboran la exactitud de su alegación. Por otra parte, para rechazarla, el demandado no necesitaba más que demostrar la mala conducta de la madre.

Es muy probable que "los legisladores de la Revolución Francesa se equivocaran acerca de las verdaderas consecuencias jurídicas de la máxima

"creditur virgini parturienti asserenti se prognatem esse es aliquo" creyendo que la simple afirmación de la madre soltera era suficiente para probar la paternidad del hombre a quien ella denunciaba." ¹⁵

De ahí las reclamaciones contra los abusos intolerables, en los procesos escandalosos a que dieron lugar a las acciones de investigación de la paternidad. Cuando una joven se declaraba encinta y señalaba a un hombre como el autor de su embarazo, éste era condenado con la simple declaración de ella, y era obligado a proveer provisionalmente a los "gastos de parto" de la madre y a la manutención del hijo, de ahí el adagio "virgini praegnati creditur".

Dicha regla no solucionaba la cuestión de filiación y la joven que quería triunfar definitivamente tenía que aportar pruebas decisivas sobre la paternidad del hombre que ella indicaba.

Según Planiol y Ripert "los juicios de investigación de la paternidad se convirtieron en esa época en la calamidad de la sociedad, y cuentan que las mujeres que querían dar un padre a su hijo, perseguían a los más ricos de los que habían frecuentado". ¹⁶

Entonces como vemos, hasta la Revolución Francesa, la investigación de la paternidad era libre; pero su objetivo no era el mismo que en nuestros días, puesto que verbigracia, los bastardos no tenían derecho de sucesión alguno, el único objeto era obtener los alimentos y había que distinguir entre la acción destinada a asegurar los primeros gastos resultantes del parto de la madre y la tendiente a probar definitivamente la filiación del hijo.

¹⁵ RUGGIERO, Roberto De. "Instituciones de Derecho Civil." Volumen I. Editorial Reus. Madrid. España. 1992. p. 265

¹⁶ PLANIOL Y RIPERT. Op. cit. p. 312.

El relajamiento de las costumbres por este motivo era tal a fines del siglo XVIII, que las acciones de investigación de la paternidad eran frecuentes convirtiéndose en el azote de la sociedad.

La Ley del 12 Brumario año II, era muy favorable a los hijos naturales, a los que concedía iguales derechos que a los legítimos, de hecho suprimió la investigación de la paternidad para los hijos no nacidos en su fecha, al menos en ese sentido fue que se orientó la aplicación de la Ley.

Así de ese modo, durante más de un siglo, la legislación Francesa encontró en el artículo 340, una fórmula "*la investigación de la paternidad está prohibida*".

En caso de raptó cuando la época de éste coincida con la época de la concepción, puede hacerse la prueba de la paternidad natural (de plano, por todos los medios posibles, incluso los testigos y las presunciones).

Esta hipótesis excepcional de raptó deberá interpretarse restrictivamente, no debiendo prosperar ninguna tentativa doctrinal o legislativa que se propusiera ampliar la noción de raptó, seducción o violación (aunque la violación, es en suma, un raptó momentáneo).

La prohibición de investigar la paternidad natural, fue una innovación revolucionaria. La Ley del 12 Brumario II, no permitía otra prueba de la paternidad natural que la que resultaba del reconocimiento voluntario del padre hecho en acta auténtica.

El Antiguo Derecho admitía una regla diametralmente opuesta. El nuevo principio, que al parecer está muy poco de acuerdo con las tendencias revolucionarias tan favorables a los hijos naturales, se explica en primer lugar, según hemos indicado, por la exageración misma de las ideas igualitarias, y precisamente porque el nuevo Derecho concedió al hijo natural derechos sucesorios y situación de familia considerables, creyó un deber mostrarse severo en cuanto a la demostración de su filiación.

Por otra parte, se pretendía que la investigación de la paternidad en el Antiguo Derecho había dado lugar a escándalos; a este último dicen Colín y Capitant: "La refutación del primero de estos argumentos (se refiere a los escándalos), es fácil. La Ley tolera procesos, tanto civiles como criminales, de divorcio, de negación de paternidad, adulterio, proxenetismo, delito contra la honestidad y buenas costumbres tan desagradables y perturbadores de la tranquilidad de las familias, como puede serlo un pleito de la investigación de la paternidad".¹⁷

1.4 DERECHO CANONICO

En el Derecho Canónico se hace una clasificación de los hijos, pues este derecho consideraba al matrimonio como la base de la familia, y clasificaba a los hijos nacidos fuera de matrimonio en naturales, espurios, adulterinos, sacrílegos e incestuosos, pues se alegaba en este Derecho, que si se ponían en un mismo plano de igualdad a los hijos nacidos dentro del matrimonio como los nacidos fuera de éste, sería como venir a arruinar la institución matrimonial.

¹⁷ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, M. "Curso Elemental de Derecho Civil." Tomo I. Tercera Edición. Editorial Reus. Madrid, 1962. p. 260.

Consideraba hijos naturales, a los nacidos fuera de matrimonio y cuyos padres no estuvieran unidos en matrimonio y no les estuviera vedado éste.

Además de los adulterinos, incestuosos, se agregaban los sacrílegos, que eran los engendrados por aquellas personas que han hecho profesión religiosa.

Los espurios que eran los hijos de padres que tenían algún impedimento para contraer matrimonio, pero que este impedimento era susceptible de dispensa.

Así pues, el Derecho Canónico en conclusión "conserva la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, debido esto a que, en este Derecho se santifica la unión matrimonial otorgándole la calidad de sacramento y por lo tanto consideraba deshonrosa toda unión extra matrimonial, y colocaba a los hijos nacidos fuera de matrimonio en un plano inferior totalmente."¹⁸

De esta forma y como puede observarse la clasificación que se hace de los hijos es a todas luces injusta, pues el hijo es inocente de la falta que cometieron sus padres, de aquí que no sea justo marcarlos con nombres y clasificaciones denigrantes, que no vienen sino a señalarlos de los demás, como seres inferiores y con sus derechos restringidos, de esta forma creemos que sean dignos de elogio las mejoras de las situación de los hijos, que se han introducido al Código para el Distrito Federal, así podrá observarse que ya se les llama sólo "*hijos nacidos fuera de matrimonio*" denominación muy justa y más humana.

¹⁸ GUITRON FUENTEVILLA, Juhan. "¿Qué es el Derecho Familiar?." Editado por U. A. CH. México. 1989. p. 78.

De aquí la clasificación de los hijos ilegítimos: Los naturales simples que pueden ser reconocidos y que adquieren con el reconocimiento un estado familiar de grado inferior y estrictamente personal; los adulterinos e incestuosos que no pueden nunca tener un estado familiar, aún cuando su paternidad conste de un modo directo.

Ahora bien se entiende **por filiación natural el vínculo que une al hijo con los progenitores que no se han unido en matrimonio.**

De esta manera existían varias formas distintas de **filiación natural**:

a).- **La simple** que es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero que pudo legalmente celebrarlo con el padre, o sea que no existía ningún impedimento que originase la unidad de ese matrimonio si éste se hubiese celebrado.

b).- **La adulterina** que es cuando el hijo es concebido por la madre unida en matrimonio y el padre es otro que no es su marido, o en el caso también en que el padre es casado y la madre no sea su esposa. Así pues, el hecho de que alguno de los progenitores esté unido en matrimonio con tercera persona hace que el hijo natural sea adulterino.

c).- **Incestuosa** que es el caso de que el hijo sea procreado por parientes en grado de que la Ley impida el matrimonio sin celebrar éste, así puede ser entre ascendientes sin limitación de grado, o entre hermanos o sea en línea colateral o entre tío y sobrina, o sobrino y tía, aunque se dice que este último si fue procreado por parientes fuera del matrimonio, se le consideraba incestuoso.

Así la paternidad que gramaticalmente quiere decir *calidad de padre y la filiación son vínculos o lazos biológicos y legales que unen a los padres con sus hijos o viceversa con sus padres.*

Roberto De Ruggiero; nos dice: "La filiación natural es la antítesis de la legítima, de los requisitos fundamentales de ésta: matrimonio y generación, falta en aquella lo primero ya que el hijo nace de personas unidas entre sí por un vínculo conyugal, pero la ilegitimidad, que es consecuencia del defecto de matrimonio entre los padres, asume dos modalidades, según que dicho matrimonio fuera posible o no lo fuere por existir un impedimento absoluto como el parentesco o la afinidad, en línea recta o el segundo grado de colateralidad o el precedente matrimonio de uno o ambos padres con otra persona." ¹⁹

Los principios establecidos por el Derecho Canónico, participaban de la impopularidad que a fines del siglo XVIII iba unida a todo establecimiento clerical.

El Derecho Canónico no consideraba el matrimonio, ni a la filiación, desde el punto de vista tan formal como el Derecho Francés; estaba, digámoslo así, más cerca de la naturaleza.

El simple comercio carnal, que sí era seguido de los esponsales podría llevar al matrimonio, concedía a la joven seducida una acción contra el seductor para obligarle a que se le desposara o a que se le dotara.

Este principio que debía facilitar la investigación de la paternidad no podría seguir gozando del favor ante un legislador inclinado a estirpar de la ley

¹⁹ RUGGIERO Op. Cit. p. 280

todo prestigio confesional y toda la institución que de cerca o de lejos se refería a las concepciones fundamentales de la sociedad religiosa.

1.5 DERECHO MEXICANO

Antes de la promulgación del Código de 70, algunas materias especiales de Derecho Civil como las relativas al Registro Civil y al Matrimonio, fueron objeto de modificaciones, pues a ellas se refieren varias de las Leyes de Reforma concretamente las del 27 de enero de 1857, 28 de junio y 23 de julio de 1859 y asimismo la Ley del 2 de mayo de 1857, reformada el 10 de agosto del mismo año, que dio a los hijos naturales el derecho de heredar.

Los primeros sentados por estas **Leyes de Reforma** pasaron después al Código de 1870 y a los diversos ordenamientos civiles del país, constituyendo por tanto piedras angulares de nuestra legislación nacional.

Luego entonces la codificación del Derecho Civil en nuestro país arranca pues del código del 13 de diciembre de 1870, que vino a sustituir la legislación española que no obstante nuestra separación política de la madre patria, había seguido rigiendo en el país, en atención a que, por las vicisitudes de nuestra vida pública en los dos primeros tercios del siglo pasado, no había sido posible que la Nación tuviera sus propios Códigos.

Así vemos que el Código de 1870 fue redactado por una Comisión que tomó como base el Proyecto de Don Justo Sierra padre, quien a su vez se inspiró en el Proyecto del jurisconsulto español Don Florencio García Goyena con fuertes raigambres en el Código de Napoleón.

Se trata en consecuencia de un Código de tipo clásico basado en las ideas filosóficas y políticas del liberalismo, transportado al campo del derecho con dogmas, como la propiedad absoluta de tipo romano, la autonomía de la voluntad como suprema ley de los contratos, o en el Derecho de Familia la supervivencia de la autoridad marital y de una fuerza potestad paternal.

Entre el Código de 1870 y el de 1884 del Distrito Federal, no existe una diferencia esencial sino modificaciones de mera forma, salvo la supresión que hizo en el segundo de la legítima forzosa y el establecimiento en su lugar de la libre testamentación.

Este último Código estuvo en vigor desde el 1° de junio de 1884 hasta el 1° de octubre de 1932 en que entró a regir el Código actualmente vigente, conocido como el Código de 1928, por ser este el año en que se publicó y se dió a conocer al Foro, si bien su vigencia vino siendo diferida hasta el año de 1932, como se ha dicho antes.

Sin embargo, desde antes de su abrogación el Código de 1884 sufrió importantes modificaciones al advenir la Revolución de 1910, ya que como se verá más adelante todo el libro sobre el Derecho de Familia dejó de aplicarse siendo sustituido por la **Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917**.

"Estas disposiciones y otras similares que fueron dictadas sobre todo por la fracción Carrancista en los años de 1914 a 1916 y que constituyen lo que se ha llamado "Legislación Preconstitucional", correspondieron a la promesa que Carranza había hecho en el Plan de Guadalupe del 26 de marzo de 1913, cuando se dijo en él que la Revolución expediría y podría en vigor durante la lucha

contra la usurpación todas las leyes, disposiciones y medidas encaminadas a dar satisfacción a las necesidades económicas, sociales y políticas del país, efectuando las reformas que la opinión pública exige como indispensables para establecer un régimen que garantice la igualdad de los mexicanos entre sí.”²⁰

Entre esas reformas se enumeraban: revisión de las leyes relativas al matrimonio y al estado civil de las personas, admisión del divorcio desvinculatorio; elevación de la dignidad de la mujer en el matrimonio y disminución correlativa de la autoridad marital; establecimiento del régimen de separación de bienes permitiendo a la mujer conservar la administración y propiedad de sus bienes personales; supresión de las designaciones ominosas para los hijos nacidos fuera de matrimonio y equiparación de los mismos a los hijos legítimos.

En general, la Revolución planteó la necesidad de una reforma íntegra del Código Civil para hacer un ordenamiento más acorde con los principios revolucionarios y los que estableció la nueva Constitución Política del país de 1917, como base de nuestra organización pública, considerando que dicha reforma debía ser estimada como un deber ineludible de la Revolución, pues en tanto que la organización de la familia, el concepto de propiedad y la reglamentación fácil y expedita de las transacciones diarias, no se armonicen con las exigencias de la vida moderna, el antiguo régimen vencido en los campos de batalla seguirá gobernando nuestra sociedad.

Continuando con el Código Civil de 1928, los autores de este ordenamiento, con la inspiración revolucionaria de que se ha hablado, tuvieron el

²⁰ LOZANO, José María. “Estudio del Derecho Constitucional Patrio.” Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1987. p 109.

propósito de realizar un Código privado social, entendiendo por tal un cuerpo de leyes que subordine los derechos individuales a los derechos sociales, sobre todo en los tres conceptos fundamentales de libertad, propiedad y responsabilidad.

El Código pretendió así, según dijeron sus autores en la Exposición de Motivos correspondiente, "transformar el Código Civil con criterio predominantemente individualista, en un Código Privado Social, derogando para ello todo cuanto favorezca exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad."

"Es completamente infundada, añade la Comisión redactora, la opinión de los que sostienen que el Derecho Civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad y que por tanto dichas relaciones deben ser reguladas únicamente en interés de quienes las contraen. Son poquísimas, añade, las relaciones entre particulares que no tienen repercusión en el interés. El individuo, sea que obre en interés propio o como miembro de la sociedad y en interés común, no puede dejar de ser considerado como miembro de una colectividad; sus relaciones jurídicas deben reglamentarse armónicamente y el Derecho de ninguna manera puede prescindir de su fase social." ²¹

Por eso el pensamiento capital que informa el Código puede expresarse brevemente en los siguientes términos: armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el Código Civil de 1884.

²¹ BATIZA, Rodolfo. "Las Fuentes del Código Civil de 1928." Editorial Porrúa. México. 1979. p 128

Son numerosos los preceptos contenidos en el Código vigente en los cuales se concretaron las tendencias filosófico-jurídicas en que se basa dicho ordenamiento, y para no hacer interminable este capítulo solamente bastará mencionar algunos de ellos como típicos de la tendencia de socialización del Derecho que inspiró el Código de 1928.

Pero además de estos aspectos puede verse, por ejemplo, cómo el Código de 1928 organizó la estructura familiar en forma muy avanzada, anticipándose en muchos años a algunas legislaciones extranjeras.

Es así como en este Código se reconocieron a la concubina derechos alimentarios y sucesorales; se impuso a la mujer la obligación de proveer en ciertos casos a las necesidades alimentarias del hogar, etcétera.

Cuadros esquemáticos igualmente avanzados podríamos formar si analizáramos los restantes libros del Código, pues también en materia de derechos reales, de sucesiones y de obligaciones el Código de 1928 introdujo importantes innovaciones en el Derecho Mexicano.

El Código Civil actual ya no considera el matrimonio como eje alrededor del cual gira el Derecho de Familia, sino que ahora, con otro criterio el hombre y la mujer gozan de idéntica capacidad jurídica por lo que ésta por virtud de su sexo, no queda sometida a ninguna restricción legal para la adquisición y ejercicio de sus derechos, de tal manera que puede celebrar contratos libremente, servir en empleos, administrar bienes, así como tomar parte activa en la vida política de la sociedad, y así contribuir necesariamente al desarrollo integral de nuestro país.

De acuerdo con los artículos 98 y 178 del Código que comentamos se obliga a los interesados en contraer matrimonio, a pactar el régimen que adopten en cuanto a los bienes, esto es, sociedad conyugal o separación de bienes.

Siguiendo este sistema, se supera aquel en que el silencio crea la sociedad conyugal, ya que este sistema es extraño al régimen general de los contratos; también se supera el régimen obligatorio de separación de bienes consignado en la Ley sobre Relaciones Familiares.

En el sistema del Código Civil actual ya no se suple la voluntad, porque probablemente el legislador pensó, que el mexicano no se ha vuelto más egoísta, y que ha superado la tradición o costumbre de que el matrimonio se celebrara bajo el régimen de sociedad conyugal, o quizá haya sido con el ánimo de garantizar en forma adecuada los intereses de la esposa, que es la parte más débil y de desterrar sentimientos equivocados de vergüenza y dignidad.

Por lo que se refiere a los hijos, ya no existe diferencia en espurios (adulterio e incestuoso) y legítimos, sino que superando al Código anterior, sólo se conocen *legítimos y naturales*, teniendo ambos los mismos derechos, acabando de ese modo con esa concepción injusta e inhumana que se reflejó no sólo en nuestro Derecho Familiar sino que en todos los Códigos que siguieron al patriarcal Código de Napoléon, inspirado en la frase *"al Estado no le interesan los hijos naturales"*.

Luis Jiménez de Asúa, afirma que: "El problema surge cuando nacen hijos. Un tercer ser aparece en la vida y al Derecho le interesa entonces

garantizar su existencia y asegurar sus facultades, la ley debe protegerle, definiendo las obligaciones de los progenitores. A nuestro juicio el Derecho de Familia debe cancelar su sector conyugal y en cambio extender el área jurídica de la paternidad y filiación." ²²

Si bien es cierto que al Estado le interesan los hijos más que los cónyuges progenitores, también es cierto que no por esa causa debe derogarse esa parte de la legislación, puesto que se convertirían entonces los padres, en huérfanos de Derechos, lo cual no parece un pensamiento exagerado, y de falta de análisis jurídico.

Tratándose de la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, el Código Civil de 1984, resultó ser más liberal que la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, pues ésta por un retroceso inexplicable, prohibió de manera absoluta la investigación de la paternidad y maternidad, permitiendo ésta última sólo en los casos de posesión de estado, rapto o violación.

En el Código actual se han ampliado los casos en que procede la investigación de paternidad y maternidad prohibiendo sólo esta última en el evento de que se tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada aunque el matrimonio haya sido posterior al nacimiento, salvo que dicha investigación de maternidad se deduzca de una sentencia civil o penal y también cuando la presunta madre ocultó el embarazo y parto y presente al niño como hijo de madre desconocida.

²² JIMENEZ DE ASUA, Luis. "Libertad de Amor y Derecho a Morir." Editorial Heros. México 1974. p. 110

No obstante la ampliación de la investigación de la paternidad y maternidad a que nos hemos referido, y de conformidad con el criterio sustentado por el Doctor Rojina Villegas, "los únicos que han sido desamparados en el Código actual son los hijos naturales habidos por virtud de una unión accidental en la que no haya mediado: violación, estupro, rapto, concubinato o posesión de estado, ya que difícilmente podrían ofrecer pruebas suficientes, pues éstas en todo caso serían pruebas presuncionales."²³

Podemos concluir diciendo que, *el Derecho de Familia es el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre éstos con otras personas y el Estado, que protegen a la familia y sus miembros y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin.*

Para concluir queremos señalar que la importancia del Derecho de Familia, radica principalmente en que éste rompe con los antiguos moldes de codificación y que ahora este Derecho abarca la temática del matrimonio, como acto construyente de la familia legítima; de los esponsales y su naturaleza jurídica; de los requisitos para contraer matrimonio y de las formas de su celebración; de los efectos de la unión tanto en el orden personal como en el patrimonial; incluyéndose en este aspecto a los regímenes matrimoniales y a la eficacia propia del matrimonio. Se estudia también el divorcio, como medio legítimo de disolución del vínculo conyugal; el concubinato, como hecho natural y jurídico que tiene profunda influencia en

²³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano." Tomo II. Octava Edición. Editorial Porrúa. México. 1993 p. 720

la familia natural o extramatrimonial; se explica al parentesco, la obligación alimentaria y las consecuencias naturales de la unión; la filiación con sus diversas modalidades, la patria potestad y la tutela; siendo todos ellos elementos integrantes de esa dimensión a la que se denomina Derecho Familiar.

CAPITULO II

DEL PARENTESCO

- 2.1. CONCEPTO DE PARENTESCO**
- 2.2. RECONOCIMIENTO**
- 2.3. LEGITIMACIÓN**
- 2.4. ADOPCIÓN**
- 2.5. EFECTOS JURÍDICOS DEL PARENTESCO**

CAPITULO II

DEL PARENTESCO

Los tratadistas hacen surgir el vínculo familiar del matrimonio; que es el que da origen a la familia propiamente dicha, de la unión matrimonial surge la relación de parentesco entre los cónyuges y sus descendientes, y de ella se derivan una serie de derechos y obligaciones recíprocas en la que los componentes forman un todo unitario.

Se contempla también en el sentido amplio de familia, a los ascendientes, aún en el caso de haber fallecido, y a los hijos por nacer, también hacen alusión al parentesco legal creado por la adopción.

2.1 CONCEPTO DE PARENTESCO

Al iniciar el presente tema expondremos las definiciones de algunos tratadistas para una mayor comprensión del inciso a desarrollar.

En el lenguaje común se dice que **son parientes, aquellas personas que forman parte de un núcleo familiar.**

Colín y Capitant afirman que el parentesco es: "... el lazo que les une a los demás individuos que forman parte del mismo grupo fundado en la comunidad de sangre, es decir, la familia." ²⁴

²⁴ COLIN Y CAPITANT Op. Cit. p. 543.

Por su parte, Bonnecase dice: "El parentesco es el lazo de unión entre dos personas que descienden una de otra o de un autor común " ²⁵

En ese sentido Planiol y Ripert establecen: "El parentesco es la relación que existe entre dos personas que descienden una de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos..." ²⁶

En términos generales, se considera que el parentesco es un estado jurídico y se establece que **"La Ley solamente reconoce el parentesco entre dos o más personas en virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, originando un conjunto de consecuencias de Derecho.**

Con ese pensamiento, el Código Civil vigente reconoce como parentesco únicamente los de **consanguinidad, afinidad y el civil**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 292.

Se puede afirmar que **el parentesco consanguíneo es el vínculo jurídico que existe entre personas que descienden una de otra, o que reconocen un autor común.**

Este parentesco se extiende a la familia legítima y natural, en la primera dependerá del matrimonio, la determinación de los vínculos que respectivamente se originen entre ascendientes o descendientes. Y en el parentesco natural, la vinculación consanguínea se crea exclusivamente por los

²⁵ BONNECASE, *Op. Cit.* p. 564.

²⁶ PLANIOL y RIPERT. *Idem* p. 12

lazos de la filiación, a efecto de referir a una persona determinada con sus ascendientes, descendientes o colaterales.

Las consecuencias jurídicas de este tipo de parentesco, **son el derecho y la obligación de dar alimentos**, los derechos y las obligaciones de la patria potestad que se contraen sólo entre padres e hijos, abuelos y nietos en su caso; establece determinadas incapacidades en el matrimonio y en relación con otros actos y situaciones jurídicas; además, el derecho de heredar a la sucesión legítima.

El parentesco consanguíneo, de conformidad con el artículo 297 del Código Civil lo define en dos líneas, en línea recta y línea transversal en la forma siguiente: "La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común."

La línea recta puede ser ascendente o descendente. El citado ordenamiento legal en el artículo 298 establece: "**La línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.**"

La línea transversal puede ser igual o desigual, según que parientes se encuentren en el mismo o en distintos grados.

Es de observarse que en el parentesco se distinguen los grados, formados por cada generación, los que se cuentan en línea recta, tantos grados como generaciones hay en las personas: así el hijo con relación a su padre, está en el primer grado, el nieto en el segundo y recíprocamente lo están el padre y el abuelo, respecto de sus hijos y de sus nietos.

En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, desde uno de los parientes, ascendiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, excluyendo al progenitor o tronco común: así es que los hermanos están en segundo grado, los primos hermanos en cuarto y así sucesivamente.

Acerca de las líneas ascendente y descendente, se estima que en la primera se sube la serie de grados, en tanto que en la segunda se sigue la serie de parientes. *La serie de grados forma la línea.*

Además existe en el parentesco la llamada *línea paterna y materna*; en el primer caso se toma como punto de partida, el padre de la persona cuyo parentesco se trata de determinar, en tanto que en la segunda se considera a la madre. En este tipo de parentesco suele suceder que las mismas personas pueden encontrarse en ambas líneas y, presentándose como consecuencia de la unión entre parientes, la siguiente situación: cuando un primo se casa con su prima, los dos esposos tienen el mismo abuelo y la misma abuela por ser hijos de hermanos y hermanas; en esa consideración los abuelos vienen siendo para los hijos, ascendientes paternos y al mismo tiempo maternos.

El parentesco por afinidad se define en el artículo 294 del Código Civil de la siguiente manera: "El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón."

En realidad este tipo de parentesco viene a constituir una combinación del matrimonio y del parentesco consanguíneo, puesto que se presentan la línea recta y la transversal, haciéndose la computación respectiva de grados. De tal manera que la esposa entra en parentesco de afinidad con los ascendientes, descendientes o colaterales de su marido, en los mismos grados que existen respecto a los citados parientes consanguíneos; esto es, se encuentra en el parentesco de primer grado en línea recta ascendente con sus suegros, en parentesco colateral igual de segundo grado con sus cuñados y así sucesivamente. Lo propio se puede decir del marido en relación con los parientes de su esposa.

La afinidad nace siempre del matrimonio, no existiendo otra fuente posible, puesto que por medio del concubinato no se engendra esta clase de parentesco.

En la legislación civil vigente, el parentesco por afinidad produce consecuencias muy restringidas, pues no existe el derecho de alimentos, ni tampoco el derecho a heredar; además, no puede celebrarse matrimonio entre parientes por afinidad en línea recta; extinguiéndose a consecuencia del divorcio, así como en los casos de disolución del matrimonio, por muerte de uno de los cónyuges o por nulidad. **El parentesco por adopción resulta del acto jurídico que lleva ese nombre, por virtud del mismo, se establecen entre el**

adoptante y el adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo.

Las consecuencias legales con relación a este parentesco, se concretan como se ha mencionado a aplicar todo el conjunto de derechos y obligaciones que impone la filiación legítima, es decir, entre padres e hijos, o mejor dicho, entre el adoptante y el adoptado.

2.2 RECONOCIMIENTO

El reconocimiento es un acto jurídico, unilateral o bilateral, irrevocable, en virtud del cual se asumen por quien hace el reconocimiento, todos los derechos y obligaciones de la filiación respecto al reconocido.

Hemos escogido la anterior definición, porque la creemos más completa, y que reúne todos sus elementos, los cuales constituyen las características del reconocimiento.

De aquí las dos formas esenciales para establecer la filiación natural, que son: **el reconocimiento voluntario y la declaración judicial.**

Para el buen orden de este trabajo y meridiana claridad, se examinan separadamente éstas dos formas de establecimiento de la relación paternofilial ajena al matrimonio.

Siendo cierto, como evidente lo es, la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio requiere para establecerse, **la prueba tanto de la maternidad**

como de la paternidad. Respecto de la maternidad el artículo 360 del ordenamiento civil en vigor, indica: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento..."

A simple vista parece muy sencilla la prueba de esta filiación, sin embargo en la práctica, el problema es bastante complejo, porque los padres no siempre concurren al Registro Civil a registrar los nacimientos de sus hijos y en consecuencia la maternidad es difícil de probar, por lo que se estima, que debe disponerse de manera expresa en el Código Civil la admisibilidad de los medios ordinarios de prueba a fin de demostrar fácilmente la maternidad, esto es, tanto el parto de la *madre* como el nacimiento del hijo, sin más limitaciones que las que impone la moralidad y las buenas costumbres.

En tanto, con relación al *padre*, puede establecerse la filiación natural, conforme al precepto invocado anteriormente: "... Por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad."

Es de señalarse que la prueba de la paternidad por los problemas que entraña, debe seguir sujeta en cambio a un régimen forzoso y limitativo de prueba, ya que necesariamente debe demostrarse el reconocimiento del hijo en los términos de Ley.

Pues bien, *el hecho de establecer la paternidad y la maternidad se llama reconocimiento*, porque obviamente, siendo en la filiación legítima, el acta de nacimiento el medio normal para establecer el vínculo de filiación correspondiente; es en la filiación natural, el reconocimiento de los

progenitores, es el medio normal para acreditar el lazo de descendencia que une a una persona con otra.

Evidentemente, el reconocimiento es el acto jurídico, unilateral o plurilateral, solemne e irrevocable, mediante el cual se asumen a favor del reconocido, *todo el conjunto de derechos y obligaciones que atribuye la filiación.*

Es de hacerse notar que el reconocimiento puede ser: voluntario o forzoso.

Es voluntario, aquél que tiene lugar en virtud de un acto espontáneo del progenitor, una libre manifestación de la voluntad, ya sea del hombre o de la mujer, verbigracia, cuando el que declare, manifiesta que determinado niño es hijo suyo; se requiere que lo haga una persona capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

En cambio, el reconocimiento forzoso es el que se impone al progenitor, bien puede ser el padre o la madre, o ambos mediante una resolución judicial, a fin de reconocer a un hijo natural. Es el derecho del hijo de entablar juicio, a efecto de probar su filiación. Este reconocimiento se llama *investigación*, según se quiere obtener el reconocimiento del padre o de la madre.

La formalidad en el reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio es *imprescindible*, pero se deja en libertad a los progenitores para seleccionar el documento y fórmula, en la declaración de nacimiento.

La expresión sacramental del reconocimiento la indica imperativamente el artículo 369 que textualmente dispone: **"El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio deberá hacerse de alguno de los modos siguientes: En la partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil. Por acta especial ante el mismo oficial. Por escritura pública. Por testamento. Por confesión judicial directa y expresa."**

En efecto, el reconocimiento puede hacerse en la misma acta de nacimiento, es cuando interviene una sola manifestación de voluntad; se realiza al presentar al hijo ante el Juez del Registro Civil, dentro del término de Ley para levantar al acta de nacimiento, esto es, **quince días al padre y cuarenta a la madre**, siguientes al en que ocurrió el alumbramiento, afirmación que va en consonancia con el artículo 55. Por tanto, bastará que en dicha acta se haga constar la manifestación expresa que hiciere el padre o la madre, reconociendo al hijo. En este caso, un mismo documento contiene *la declaración de nacimiento y la confesión de maternidad* o paternidad; si el acta de nacimiento es nula, no será nulo el reconocimiento.

En cambio, el reconocimiento del hijo será un acto plurilateral, por el simple hecho de no acudir a presentarlo para su debido registro dentro del término legal, o cuando habiéndolo presentado, no se hizo su reconocimiento en el acta respectiva. En tales eventos, habrá **de levantarse un acta especial de reconocimiento** ante el mismo oficial del Registro Civil, debiendo nombrarse un tutor especial para el efecto de que represente al hijo si es menor de edad. En caso, de que el hijo haya cumplido catorce años, deberá manifestar su conformidad con el reconocimiento y, si fuese mayor de edad, ya no habrá intervención del tutor; pero sólo podrá llevarse a cabo, si consintiera el acto.

En virtud de que el reconocimiento debe realizarse también por **escritura pública, testamento, o por confesión judicial directa y expresa**, como se ha indicado, éstas tres fórmulas le dan al **reconocimiento el carácter de un acto jurídico unilateral**.

Además, el reconocimiento puede hacerse por **escritura pública**, encontrándose aquí **la posibilidad de un acto jurídico unilateral**.

Si el reconocimiento se hace con motivo de una cláusula testamentaria, se presenta el problema del carácter esencialmente revocable del testamento. Es de observarse que el testador puede revocar su testamento, pero no así la confesión de paternidad. Va en contra de la esencia misma del testamento, el estipular su no-revocabilidad; es por ello que la cláusula de no revocar el testamento es inexistente, pero hay una disposición testamentaria que sí es irrevocable, la que se refiere al reconocimiento del hijo, según lo declara expresamente el artículo 367. *"El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento."*

Mediante la **confesión judicial directa y expresa**, se logra el **reconocimiento de un hijo**; no pudiendo realizarse en cualquier juicio, porque, la confesión debe realizarse directamente con los puntos controvertidos.

Cuando se reconoce a un hijo mayor de edad por el que rinde la confesión ante el Juez, por el testador, o por el padre o la madre que comparecen ante el notario público a otorgar el acta respectiva, la Ley es omisa, supuesto que no establece la posición que el hijo así considerado debe adoptar. Sin embargo, la sana lógica indica seguir el mismo criterio que se adopta en el

reconocimiento del hijo mayor de edad ante el Juez del Registro Civil, en donde se requiere de su absoluta conformidad para la celebración del acto.

Luego entonces, cuando el reconocimiento se lleva a cabo en un acto que es unilateral en la forma en que se realiza: **escritura pública, testamento o confesión judicial directa y expresa**, en tanto se refiere a hijos mayores de edad, quedará al arbitrio de éstos, admitir o rechazar el reconocimiento que a su beneficio se hiciera.

Es más, si el reconocimiento se hace por un acto unilateral sin que comparezca el hijo mayor de edad, podrá éste oponerse, repudiando el reconocimiento, para que no pueda exigirse las consecuencias que se pretendan derivar del mismo, de donde se puedan obtener beneficios patrimoniales o derechos por parte de quien reconoce.

La Ley ha establecido que los Jueces del Registro Civil, los notarios y los Jueces, pueden recibir la confesión del reconocimiento.

Luego, también los fedatarios pueden autorizar estas actas que permanecerán en secreto para los terceros, ya que sólo las partes interesadas pueden obtener la exhibición o comunicación de los protocolos u obtener copias certificadas.

Dado que el reconocimiento es una confesión de paternidad, cuando ésta se hace ante una autoridad judicial debe producir todos sus efectos; ésta tesis está de acuerdo con la naturaleza probatoria del reconocimiento y de conformidad con los principios del Derecho Procesal.

Naturalmente, **el reconocimiento debe inscribirse en los libros del Registro Civil**. La inscripción en hoja volante, hace nulo el reconocimiento y sujeta a los responsables a una responsabilidad penal por el delito de supresión de estado. Se debe igualmente hacer una anotación al margen del acta de nacimiento.

Los requisitos anteriores se refieren únicamente a las declaraciones de paternidad o maternidad que se realicen ante el Juez del Registro Civil y no se comprenden los reconocimientos notariales o judiciales; sin embargo, se autoriza a transcribir las actas de reconocimiento notarial y judicial en los libros del Registro Civil a solicitud de los interesados.

Es importante consignar que el reconocimiento es un elemento probatorio que produce efectos legales, toda vez que el hijo puede hacer valer su título a cualquier persona; es al mismo tiempo un acto jurídico del estado civil. Desde que el reconocimiento se hace, **es cierto para todo el mundo que el hijo tiene por ascendientes inmediatos a los que lo han reconocido**.

A decir verdad, **el reconocimiento en principio, sólo es válido si se ha hecho en un documento auténtico**. La autenticidad tiende a asegurar la libertad del autor del reconocimiento y a la conservación de la prueba en favor del hijo.

Con ese espíritu, si el reconocimiento no se realiza en un acto auténtico, carece de validez.

Indudablemente, *el reconocimiento es un acto solemne* y como ha quedado asentado, *sólo puede otorgarse a través de las cinco formas que la Ley reconoce, las cuales son:*

- a) *acta de nacimiento,*
- b) *acta especial del reconocimiento ante el Juez del Registro Civil,*
- c) *escritura pública,*
- d) *testamento o*
- e) *confesión judicial directa y expresa.*

Por tanto, se estaría ante la presencia de un reconocimiento inexistente, por no haberse realizado en alguna de las cinco formas establecidas por el Derecho, el que resulte de un documento que no tenga por finalidad especial recibir la confesión de paternidad, sino de otro fin diverso. En tal evento, no podría considerarse que el reconocimiento pudiere estar incidental o implícitamente contenido; aunque formando parte del dispositivo de un documento, resultara de un anunciado. En cambio, si ese contrato privado se otorgase en escritura pública, al hacerse una oferta de donación por ejemplo, ese reconocimiento, por ser hecho ante notario público, sí tendrá plena validez.

Como la Ley ha ordenado en términos sacramentales, no es suficiente conque aparezca, aun con claridad, la intención de reconocer al hijo.

Como ha quedado establecido, cuando el reconocimiento se lleva a cabo por testamento y sea de la esencia de éste ser revocable, se determina que el reconocimiento no puede revocarse; no obstante, éste puede impugnarse en ciertos casos.

En acierto de lo anterior, se hace notar, que el artículo 367 del Código Civil, aun cuando señala el principio concerniente a la naturaleza irrevocable del reconocimiento, poco antes, en el artículo 363, admite una **excepción**, desde luego justificada, declarando que, no obstante los complementos de capacidad exigidos en el artículo anterior cuando se trata del reconocimiento efectuado por un menor de edad, éste podrá revocarlo, *si prueba que sufrió engaño al hacerlo y, estará asistido de acción o posibilidad de realizar la revocación hasta cuatro años después de haber llegado a la mayoría de edad.* De los términos del precepto, se deduce que se trata de un caso de revocación especial, la cual no consiste en una mera declaración unilateral de voluntad, sino en una acción que queda sujeta a las contingencias de un juicio y de una prueba para justificar no el error, sino el engaño de quien reconoció, y afectada por una prescripción de cuatro años, que empiezan a contarse desde la mayoría de edad del menor que efectuó el reconocimiento. Es más bien una forma de impugnación por parte del mismo que reconoció, la cual se confunde fácilmente con la revocación.

En sinopsis, puede afirmarse que a pesar de ser el reconocimiento, un acto jurídico irrevocable, hay la posibilidad de que pueda estar afectado

de nulidad, que el interesado puede hacer valer, cuando se haya obtenido por error, engaño o violencia, o por ser incapaz el que reconoció.

Una característica más del reconocimiento, *es la de ser un acto eminentemente personal*; sin embargo, la legislación común, admite que puede llevarse a cabo por un apoderado con mandato especial que deberá constar en escritura pública o en documento privado, siempre y cuando se ratifiquen las firmas del otorgante y de los testigos, ante notario público, Juez de primera instancia, o mixto de paz, es preciso señalar a un individuo determinado a quien se va a reconocer.

Al efecto el artículo 44 en su parte conducente, previene: "...En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, *se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, juez de primera instancia, juez de lo familiar o juez menor o juez de paz.*"

Luego entonces, se precisa aludir al texto del artículo 366: "El reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto a él y no respecto del otro progenitor."

2.3 LEGITIMACION

Consideramos que la legitimación es la situación jurídica en virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se confiere a los hijos naturales la calidad de legítimos, con todos los derechos y obligaciones que a éstos les corresponden.

Esto es, en términos llanos, se puede decir, que *la legitimación es el medio legal por el que, los hijos naturales pueden adquirir la calidad de hijos legítimos.*

A través de dicha institución se logra la igualdad del hijo legitimado con el legítimo, toda vez que *se trata de facilitar el retorno a lo normal, dentro de los elementos de la familia.*

En ese orden de pensamientos, el Código Civil vigente en su artículo 354 estatuye: *"El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración."*

No basta la celebración del matrimonio, sino que se requiere además, como establece el artículo 355 del Código en cita: *"Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente."*

Por tanto, para que la legitimación por subsecuente matrimonio llegue a cristalizar, es preciso además el reconocimiento, toda vez que la institución se constituye a través de la fusión de dos actos jurídicos independientes: en el del matrimonio de los padres y el reconocimiento de los hijos nacidos o simplemente concebidos. El reconocimiento puede hacerse durante la relación matrimonial; pero la legitimación siempre surtirá sus efectos a partir del vínculo matrimonial, situación concebida en el artículo 357 y expresada en otros términos, se afirma que los hijos legitimados tienen los mismos derechos que los legítimos y los

adquieren desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento sea posterior.

Además la Ley, haciendo extensiva su acción de tutelar a los hijos que al tiempo de celebrarse el matrimonio, hayan fallecido, les concede el derecho de ser legitimados si dejaron descendientes; e igual derecho concede también a los no nacidos, pero ya concebidos si al casarse el padre, hace la declaración de reconocer al hijo de quien la mujer está encinta, o la que pueda estarlo, prolongándose aún más todavía los derechos del hijo legitimado; la Ley considera que tales derechos aprovechan a los descendientes. Lo anterior, es una clara visión de lo establecido en los artículos 358 y 359 del mismo Código.

Una forma más de constituir la legitimación, es aquella en la cual, por virtud de una sentencia se haya declarado la paternidad y la maternidad, aún cuando no haya habido reconocimiento.

"La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad." (artículo 360).

Evidentemente, la legitimación se realiza por medio del acta de matrimonio que se extiende ante el Juez del Registro Civil y puede hacerse constar, que los cónyuges que se han unido, han legitimado al hijo que nazca, o que han tenido uno o varios, lo s cuales quedan legitimados.

Una vez hecha la legitimación no puede revocarse. Es de observarse que si se divorcian los padres o se declara nulo el matrimonio o en caso extremo, si se mueren los cónyuges, el hijo legitimado continúa con la calidad de legítimo.

Por último, es incuestionable que la expresión "hijos legitimados" no concuerde con el propósito de la institución regulada por los artículos 354 a 359 del Código Civil vigente, inspirado en ideas más humanas y por otra parte, como señala Cicú, el fin político de dicha institución es únicamente el deseo de: "...Favorecer con ella la celebración del matrimonio, la regularización de las relaciones extralegales, la eliminación de la diversidad de condición jurídica entre los hermanos." ²⁷

Sin embargo, la legislación en vigor, se encuentra empapada por ideas de humanidad y solidaridad social, orientada hacia la equiparación de los hijos, establece la calificación de los hijos legítimos, misma a que de lugar a la legitimación, como reitera de Pina: "... Sin duda por no haber encontrado otra expresión más conforme con el verdadero espíritu de este Código." ²⁸

2.4 ADOPCION

La adopción o prohijamiento, como decían las antiguas leyes castellanas, ha sido y es sumamente discutida en la doctrina, y ha tenido en las leyes positivas muy variadas fortunas.

El Derecho Moderno, la ha modificado concediendo la facultad de

²⁷ CICU, Antonio. "La Filación." Traducción de Faustino Jiménez Armas y José Santa Cruz Tejero Revistas de Derecho Privado. Madrid 1930 p 76.

²⁸ PINA, Rafael De. "Diccionario de Derecho." Vigésima Cuarta Edición Editorial Porrúa. México 1995

adoptar a mujeres y hombres, habiéndole en el interés del adoptado y haciendo intervenir a la autoridad judicial y al Ministerio Público. Casi la totalidad de las legislaciones, exigen como requisitos para que una persona pueda adoptar los siguientes:

1.- Un mínimo de edad en el adoptante.

2.- Una diferencia más o menos grande con el adoptado.

3.- Que el que pretenda adoptar no tenga descendencia. (Que en muchas legislaciones circunscriben a la condición legítima).

El Código Francés en su artículo 344, el Venezolano (artículo 246), y el Suizo, fijan como edad mínima para poder adoptar, los cuarenta años, y el Distrito Federal en su artículo 390, fija la edad de veinticinco años.

De las personas que pueden ser adoptadas por regla general, pueden ser adoptadas las personas de ambos sexos, mayores o menores de edad. Sin embargo, existen excepciones, y así los Códigos Colombiano y el Panameño, imponen limitaciones en cuanto al sexo. El Código Civil del Distrito Federal, solo consiente la adopción de los menores e incapacitados. El Código Italiano en su artículo 291, establece, "que el hijo nacido fuera de matrimonio, no puede ser adoptado."

De la forma y solemnidades de la adopción.- En este aspecto, casi la totalidad de las legislaciones rodean la adopción de requisitos formales y no solo exigen la autenticidad preconstituída del documento en que conste sino que,

como garantía del cumplimiento de las prescripciones legales, imponen la intervención de la autoridad judicial, ya en forma de simple aprobación, ya en la formación o constitución de un expediente, que la propia autoridad judicial tramita y resuelve.

Efecto de la adopción.- Al respecto, los Códigos Civiles Francés (artículo 352), Suizo (artículo 268), Alemán (artículo 1764), Español (artículo 177), Mexicano en el del Distrito Federal (artículo 403), coinciden en que, no obstante que el adoptado, conserva sus derechos y deberes en su familia natural, o de origen, se transfieren al adoptante la patria potestad y las facultades y obligaciones inherentes a ella. Así, también algunos Códigos Vigentes, (Alemán, Suizo y otros) autorizan para excluir en el acta o escritura de adopción, al adoptante del usufructo de los bienes del adoptado que corresponde por el ejercicio de la patria potestad. La obligación de prestarse mutuamente alimentos adoptante y adoptado en general también en todos los códigos, obligación que se extiende a los descendientes legítimos del adoptado. Con excepción del Código Francés que establece, (artículo 356) que es obligación recíproca de alimentos exclusivamente en lo que respecta al adoptante y al adoptado. En materia de sucesión, el problema es más complicado, casi ninguna legislación admite el derecho sucesorio del adoptante en la sucesión del adoptado. Y solo como especialísimas y limitadas excepciones, el Código Civil Francés, el de Colombia y el del Distrito Federal.

El Código Civil establece expresamente la obligación recíproca entre adoptante y adoptado. Esta obligación crea entre el adoptante y el adoptado lazos de familia de carácter civil.

Encontramos en los artículos 395 y 396 del mismo ordenamiento que se conceden idénticos derechos y las mismas obligaciones que tiene el padre y el hijo entre sí. Por lo mismo, es aplicable a ellos todo lo que dijimos al expresarnos de los ascendientes y descendientes, pero teniendo presente que dada la reglamentación de esta forma de parentesco, que no está fundada en la consanguinidad sino que deriva de la Ley, no puede extenderse la obligación alimenticia a los parientes del adoptante ni a los del adoptado; por no estar emparentados con ellos. Así es que, en ningún caso ni aún tratándose de los descendientes del adoptado rigen los principios de la obligación alimenticia.

Pero en el artículo 1613 del Código Civil establece una excepción en relación con los descendientes del adoptado, en que se ve en que caso de sucesión legítima del adoptado en que concurren los padres adoptantes y los descendientes de aquél, **sólo tendrán derecho a percibir alimentos los adoptantes**, sin que pueda participar de la herencia. Este es el único caso en que los descendientes del adoptado, deberán proporcionar alimentos a persona diversa del adoptado, en relación con el parentesco civil, es decir, cuando se trata de alimentos debidos por sucesión del adoptado.

Hay que mencionar el caso de que si el adoptado se niega a proporcionar alimentos al adoptante, por este simple motivo se le considera como ingrato, para los efectos de *la revocación de la adopción* de acuerdo con los artículos 405 fracción II y 406 fracción III del Código Civil, tratándose de una sanción para caso de incumplimiento de la obligación alimenticia.

En la adopción se puede dar la nulidad y en este aspecto, tenemos que la adopción, se haya expuesto a inducir en causas de nulidad absoluta,

cuando el orden público entra en juego o cuando las condiciones de forma no se han cumplido o han sido desconocidas, así también, está expuesta a causas de nulidad relativa, por ejemplo cuando el consentimiento de alguna de las partes ha sido viciado, o si falta la autorización legalmente exigida, de los padres, ascendientes o tutores, o del cónyuge en su caso. Al respecto, tenemos que el Código Civil Español, no admite la revocación, únicamente concede la impugnación al menor o incapacitado que haya sido adoptado (artículo 1809, dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad, o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad).

Por otra parte, el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 394 establece, que los menores incapacitados, podrán impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad. Y así, también el Código del Distrito Federal en sus artículos 405 a 410 concede derecho al adoptado para obtener por su parte la revocación cuando concurren causas justificadas que provengan de la conducta del adoptante, o de situaciones de tipo objetivo que puedan ocasionarle perjuicio por la persistencia de la adopción.

2.5 EFECTOS JURIDICOS DEL PARENTESCO

Familia, dice el Diccionario Enciclopédico U. T. E. H. A., es una "Institución fundada normalmente en el matrimonio y constituida por personas ligadas por el vínculo del parentesco, que ya viven conjuntamente y bajo una autoridad común, ya de modo separado, se deben afecto y mutuo auxilio y tienen como tales miembros de la entidad familiar, derechos

y obligaciones recíprocas, y en el orden moral deberes de respeto y obediencia.”²⁹

Familia, en el sentido estricto, es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), y que constituye un todo unitario.

En sentido amplio pueden incluirse en el término familia, personas difuntas (antepasados aún remotos), o por nacer, familia con stirpe, descendencia, continuidad de sangre, o bien, todavía en otro sentido, las personas que contraen entre sí un vínculo legal que emita el vínculo del parentesco de sangre (adopción); familia civil.

Consideramos que la familia en el **sense estricto**, comprende a **padres e hijos**, mientras no se hayan separado estos últimos del hogar para formar una nueva familia, y que si bien el matrimonio perfecciona la institución de la familia, dando origen a la familia de tipo, es decir, la que llega al ideal del estado conyugal y familiar trazando por el cristianismo en la Iglesia Católica y por la sociedad a través de la mayoría de sus legislaciones, no debe considerarse como un elemento esencial de la misma, pues es el vínculo de la sangre el que da origen al parentesco ya que surjan los derechos y obligaciones propias de la institución de la familia, independientemente de que se origine o bien se perfeccione por el matrimonio, pero no puede desconocer otro tipo de uniones que dan origen a los

²⁹ Diccionario Enciclopédico U T E. H. A. Editorial Uteha. Barcelona. España. 1962. p. 190

que deben ser sujetos del Derecho de Familia, y que por lo tanto requieren del reconocimiento del Estado como tales.

De este orden de ideas se desprende **que la familia se origina en el matrimonio, en el parentesco consanguíneo y en el parentesco legal o sea en la adopción.**

Bien sabido es, que hay un hecho natural con fundamento biológico que se concibe por encima de la consideración jurídica y religiosa del matrimonio y a cuya existencia primaria se debe la comunidad social llamada *familia*.

Es indudable que la familia es una institución legendaria, arrastra un inmenso caudal de historia, considerándose más antigua que el mismo Estado y más universal que cualquier otra institución; **su importancia se funda en el valor creativo que se presenta socialmente, en la estructura de la vida colectiva.**

En efecto, la familia puede existir sin el matrimonio, su presupuesto legítimo y anhelado por la sociedad; su existencia depende de un hecho naturalmente deseado y sostenido a través de la comunidad de hombre y mujer.

Se estimó que la sociedad era más perfecta a medida que la familia alcanzaba su mayor grado de evolución, he aquí el interés del Derecho de abarcarla en su aspecto constitutivo y regularla en su función social, el Estado vela por su mayor integridad y prevé jurídicamente sus efectos.

La intervención del Estado en la organización jurídica de la familia es determinante, porque la solidaridad política está supeditada al vínculo familiar,

de tal modo que la existencia misma del Estado, peligraría si ocurriera la disolución de la familia, además, porque deben tutelarse una serie de intereses de orden público que existen en el grupo familiar. Asimismo, porque el Estado debe intervenir por medio de sus órganos a efecto de que se realicen determinados *actos jurídicos* del *Derecho Familiar*, como son **el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos, etc.**, a fin de otorgar autenticidad a los mencionados actos y se protejan los derechos de quienes intervengan en su celebración. Como también tiene injerencia acerca de la actividad de los que ejercen la patria potestad y la tutela, con la intervención del Juez, evitando así que se realicen perjuicios a los intereses de los menores incapacitados.

Por tanto, estimándose que la vida social se desarrolla dentro del ámbito del Derecho y a la sociedad le interesa, lo mismo por razones biológicas que económicas, la formación legítima de la familia, deben considerarse las reglas jurídicas que la regulan.

Acorde con ese fin, Bonnecase establece: "Por Derecho de Familia entendemos el conjunto de reglas del Derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia." Continúa diciendo: "...Dentro de la primera categoría de las normas jurídicas que organizan la familia clasificaremos la mayor parte de las reglas relativas al *matrimonio* a la *paternidad* y a la *filiación*...", para concluir diciendo "... Si se desea reducir el Derecho de Familia a límites más estrictos, debe comprender el matrimonio y los regímenes matrimoniales o Derecho Matrimonial y el parentesco o Derecho del Parentesco. Pero, no deja de ser legítimo, cuando se quiere comprender al Derecho de

Familia en su conjunto, considerarlo en el sentido amplio del término, tal como lo hemos definido.”³⁰

Ahora bien, consideramos que la familia en sentido amplio, comprende en general a todos los que descienden de un antepasado común, abarcando a los parientes en línea recta y colateral, hasta determinado grado. Y a contrario sensu, restringida la familia se encuentra comprendida únicamente por los padres e hijos, en tanto éstos no se casen y formen una nueva familia.

De conformidad con la exposición anterior, se concluye que *el Derecho Moderno la familia está determinada por el matrimonio y el parentesco consanguíneo, excepcionalmente puede establecerse a consecuencia del parentesco por adopción.*

Por otra parte, no debe adoptarse una posición indiferente a la unión del hombre y de la mujer, cuando esas relaciones sexuales contengan una serie de requisitos, en virtud de tener socialmente la importancia de ser base de una familia. En tal consideración, la Ley Civil las toma en cuenta reglamentándolas no tanto por conveniencia del varón y de la mujer, sino por el interés del fruto de esa unión sexual, acerca del cual *la sociedad tiene deberes que cumplir toda vez que el nacimiento del ser humano, sea cualquiera su procedencia, merece que se le presten las consideraciones debidas de asistencia y protección.*

En otra esfera de actividades, se afirma que en relación al orden moral, es indudable que la organización de la familia sólo cumple su finalidad cuando se

³⁰ BONNECASE, Juhán. “La Filosofía del Código de Napoleón Aplicado al Derecho de Familia” Volumen II. Traducción del Lic. José Ma. Cájica, Jr. Editorial Cájica. Puebla, Pue. México 1945 p. 33

basa en preceptos de sana moral, toda vez que sirve de base para la celebración del matrimonio como una forma de vida permanente entre los consortes, tanto en sus propias relaciones como en la educación de sus hijos.

Además en la filiación se encuentra presente la moralidad que el Código Civil en vigor, regula tanto la descendencia legítima como en la natural; estableciéndose desde luego, el principio de considerar como hijos del marido a todos los hijos de su esposa, el cual se basa en la fidelidad de la mujer y en contra de esa presunción establece el artículo 325: "...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."

Se sigue tomando en cuenta el principio de la moralidad social en la filiación legítima, para reputar hijos de matrimonio a aquellos que nacieren de dos personas que vivieron públicamente como marido y mujer, que hubieren fallecido o por ausencia o enfermedad les fuere imposible declarar el lugar en que celebraron su matrimonio.

Acerca de la patria potestad no se desconoce los principios morales, regulando expresamente la legislación civil su ejercicio, tanto de los padres o de los abuelos sobre toda clase de descendientes; además, se reglamenta respecto de los hijos habidos fuera de matrimonio. Asimismo se deja ver, acerca de la pérdida o suspensión de la patria potestad que tienden a la protección del menor.

Es oportuno decir que sólo sobre una base moral incommovible puede la sociedad constituir su desarrollo material y el Estado realizar sus fines.

En resumen queremos señalar que la motivación esencial de la familia, es la perpetuación de la especie humana, en el hecho de que cuando los hijos han nacido necesitan ser cuidados, asegurados en su existencia, proporcionándoles educación, todo lo cual no puedan ellos hacer por sí mismos, ya que ni siquiera pueden pedirlo, puesto que aún no tienen conciencia ni voluntad suficiente para ninguno de estos menesteres.

Para concluir diremos que la familia tiene en todos, o por lo menos en la mayor parte de sus formas, las siguientes características:

- 1) Una realización sexual continuada.

- 2) Una forma de matrimonio, o institución equivalente, de acuerdo con la cual se establece y se mantiene la relación sexual.

- 3) Deberes y derechos entre los esposos y entre padres e hijos.

- 4) Un sistema de nomenclatura que comprende el modo de identificarse a la prole.

- 5) Disposiciones económicas entre esposos, con especial referencia a las necesidades relativas a la manutención y educación de los hijos.

- 6) Generalmente un hogar aunque no es indispensablemente necesario, pero sí recomendable, que éste sea exclusivo.

7) Es la familia, la institución social más universal. En una u otra forma existen en todas las sociedades, lugares y épocas del desenvolvimiento de la humanidad.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

- 3.1. CONCEPTO DE MATRIMONIO
- 3.2. PROMESA DE MATRIMONIO
- 3.3. ELEMENTOS DEL MATRIMONIO
 - 3.3.1. DE EXISTENCIA
 - 3.3.2. DE VALIDEZ
- 3.4. FINALIDADES DEL MATRIMONIO
- 3.5. JURISPRUDENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

El matrimonio constituye la base de la familia en una sociedad organizada. En consecuencia, la cohesión y estabilidad del grupo social, *exige que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y que la unión de los cónyuges subsista durante la vida de los consortes*. Esta exigencia social se impone, en interés del ciudadano y en la educación de los hijos.

3.1 CONCEPTO DE MATRIMONIO

En el sistema romano, al momento de celebrarse el matrimonio era el compromiso de tomarse por marido y mujer y que no fuese sino la ejecución de este contrato, que se componía así de dos actos sucesivos el *compromiso* y la *consumación del matrimonio*.

Igualmente debe quedar puntualizado que el matrimonio en Roma era una de las formas en las que la autoridad paterna se hacía más grande y comprendía a un número considerable de personas, ya que el fin primordial del matrimonio era la procreación de los hijos, mismos que quedaban bajo la potestad del pater familias, que terminaba cuando este moría, pasando entonces a sus hijos quienes a su vez presidían con tal carácter, pero hasta entonces a su propia familia.

Al analizar la palabra matrimonio de acuerdo a su origen etimológico *"proviene del latín: matrimonium, matris; madre y monium: cargas, o sea*

que el significado etimológico del matrimonio parece comprender las cargas de la madre."³¹

El matrimonio es la "unión legal de dos personas de distinto sexo, realizado voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida."³²

Por otro lado dicen que "La palabra matrimonio se aplica indistintamente a dos situaciones diferentes, si bien unidas entre sí por una relación de causa y efecto: la celebración del matrimonio y el matrimonio en si (sociedad conyugal) que forman marido y mujer."

"En primer sentido, matrimonio es el acto de la celebración; en un segundo es el estado que para los contrayentes se derivan de ese acto; y el tercero es la pareja formada por los esposos."³³

Siguen diciendo los autores lo siguiente: "El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges; efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio."³⁴

Por lo tanto la celebración del matrimonio, produce un efecto primordial: *da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre cónyuges.*

³¹ MATEOS M., Agustín. "Etimologías Grecolatinas del Español." Sexta Edición. Editorial Esfinge. México 1975. p. 68

³² PINA, Rafael De. "Diccionario de Derecho." Vigésima Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1995 p. 351

³³ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. "La Familia en el Derecho." Tomo II. Tercera Edición Editorial Porrúa. México. 1995. p. 41

³⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil" Décima Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1997 p 471

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los intereses superiores de la familia.

"Donde quiera que encontramos a un varón y a una mujer, compartiendo una vida común, hallamos también una forma de matrimonio." ³⁵

Por su parte Planiol dice del matrimonio que es el "acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad." ³⁶

"Para el Derecho Canónico el matrimonio es un sacramento en el cual los esposos son los ministros del acto y en el que interviene el sacerdote como testigo de su celebración, con objeto de asegurarse de la ejecución de las disposiciones del Derecho Canónico, a efecto de registrar el acto mismo." ³⁷

Independientemente de la naturaleza sacramental del matrimonio canónico, para el Derecho de la Iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble, que celebran entre sí los cónyuges, por libre y espontánea voluntad.

En el Derecho Civil los autores discuten sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

Como contrato ordinario. - Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el Derecho Positivo

³⁵ FERRARA, Francisco. "Teoría de las Personas Jurídicas" Versión de Eduardo Ovejero. Editorial Reus. Madrid 1969. p 779

³⁶ PLANIOL, Marcel. "Elementos de Derecho Civil." Traducción del Lic. José María Cájica JR. Editorial Cájica, Puebla, Pue. México. 1986. p. 305

³⁷ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. "El Matrimonio. Sacramento, Contrato, Institución" Tipográfico Editora Mexicana. México. 1965. p. 128.

como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un *contrato* en el cual existen todos *los elementos esenciales y de validez* de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por lo que en dicho *acto jurídico existe el elemento esencial el acuerdo de las partes*.

La Constitución General de la República y los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, se refieren al matrimonio calificándolo de contrato; es decir, de un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos.

Se ha criticado esta posición doctrinaria, con plena justificación diciendo que el contrato de matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico. *El objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio*. Si se juzga el matrimonio como contrato, la entrega recíproca de los cónyuges, no puede ser objeto de un contrato.

Asimismo en los contratos, la voluntad de las partes es la que, dentro de los límites de la Ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas. Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades entre los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y las obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos en la Ley (artículo 164 del Código Civil que en lo conducente se refiere ...Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar). Sólo es libres para establecer, también dentro de ciertos límites, el régimen matrimonial respecto de sus

bienes. Pero no lo son en cuanto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio.

Como contrato de adhesión.- Como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la Ley. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de los mismos. En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone todo el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de poner en movimiento y aplicación, por lo tanto, a sujetos determinados.

Se dice del matrimonio que es un contrato de adhesión, pero se olvida que en los contratos de adhesión, una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo contrato, en tanto que, en el matrimonio ninguna de las partes por sí misma, puede imponer a la otra el conjunto de deberes y derechos propios de tal estado civil.

Otros autores afirman que el matrimonio es un acto condición. Por acto condición se entiende aquella situación creada y regida por la Ley, cuya creación tiene lugar, subordinada a la celebración de ese acto; en este caso el matrimonio.

En el acto condición los efectos jurídicos del acto se producen cuando se han reunido todos los elementos que la Ley establece. Sin embargo, en el matrimonio putativo que es aquél celebrado de buena fe por

ambos consortes, pese a que el acto es nulo, se producen todos los efectos del mismo, en favor de los hijos o en favor del cónyuge de buena fe, como si se hubieran reunido todas las condiciones establecidas por la Ley para la validez del acto.

Como estado jurídico. - Desde éste punto de vista el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Juez del Registro Civil.

El matrimonio es simplemente un acto de poder estatal cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del Juez del Registro Civil que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la Ley.

Se olvida que no basta el pronunciamiento del Juez del Registro Civil, sino que se requiere también la declaración de voluntad previa de los contrayentes. El Estado no puede imponer, por un acto unilateral soberano, los deberes, ni hace nacer entre los cónyuges, las obligaciones propias de los consortes.

Como acto mixto o complejo, en el que concurre la voluntad de los consortes y la voluntad del Estado, algunos han pretendido explicar el carácter jurídico del matrimonio.

Porque al intervenir el Juez del Registro Civil en la celebración del matrimonio, éste representa al Organismo Estatal, *considerándose acto jurídico mixto* porque intervienen igualmente los particulares en dicho acto jurídico,

haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad ante dicho Juez del Registro Civil que declara unida a la pareja.

Este punto de vista sólo es aplicable a la celebración del matrimonio; pero es deficiente para dar razón no sólo del acto de la celebración, sino del *acto mismo matrimonial*.

Como acto jurídico.- Porque existe la voluntad de los esposos. Al hablar del acto jurídico estamos en presencia de que dicho acto jurídico es la manifestación de voluntad con el objeto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. Porque tiene por objeto determinar la *aplicación permanente de todo un estatuto de Derecho a un individuo o a un conjunto de individuos para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero Estado*. Cuando hablamos de *acto jurídico* en el matrimonio son los estatutos que regirán la vida de los consortes de forma permanente, por la creación de situaciones jurídicas permanentes en su vida conyugal que llevarán durante el matrimonio.

Se dice que el matrimonio como acto es un contrato y como género de vida es un estado. Para esta explicación valen las críticas que se han hecho al matrimonio como contrato.

Por otro lado se considera que el matrimonio es una institución. Dentro del concepto de institución se explica no sólo la celebración del mismo, sino todos los efectos jurídicos que nacen *ax lege* del acto y del estado propiamente dicho.

Institución proviene del latín "institutio" que significa "establecimiento o fundación de una cosa." La teoría de la institución y su aplicación al matrimonio, tuvo su desarrollo en Francia.

Por su parte, Planiol y Ripert, dicen: "El matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual." ³⁸

Consideran que en el matrimonio existe una naturaleza mixta, considerando al matrimonio como contrato civil.

Eduardo Pallares, señala que también puede considerarse al matrimonio como institución, como "un conjunto de normas jurídicas debidamente unificado, que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezca estar sujeta a la tutela del Estado en forma especial." ³⁹

Por su parte Jossierand, señala que "la institución jurídica debe quedar integrada por un conjunto de normas que persigan la misma finalidad. Por consiguiente la unidad se alcanza desde el punto de vista funcional entre preceptos de igual naturaleza que se combinan entre sí para lograr un conjunto de relaciones jurídicas. En este enlace teleológico no encontramos una jerarquía normativa, ya que los preceptos que constituyen la institución son de igual rango." ⁴⁰

Al hablar de matrimonio estamos frente a las normas jurídicas que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales que están sujetas al Estado, lo cual le da el carácter de institución al matrimonio.

La tesis de Hauriou, sostiene que el "matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la

³⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. "Tratado Elemental de Derecho Civil." Tomo VII Versión Española. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1991. p. 29

³⁹ PALLARES, Eduardo. "El Divorcio en México." Sexta Edición. Editorial Porrúa México 1991. p. 37

⁴⁰ JOSSERAND, Louis. "Dercho Civil." Tomo I. Volumen I. Traducción de Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires. 1960 p. 346

celebración del acto, sino también al estado de vida que le da significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma." ⁴¹

León Duguit, sostiene que: "El matrimonio es el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estado que vendrá a regir la vida de lo consortes en forma permanente." ⁴²

Por su parte sostiene Rojina Villegas que "El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para el logro de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos de poder, asumiendo igual autonomía como ocurre en el sistema mexicano, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia." ⁴³

⁴¹ HAURIJOU. Citado por ROJINA VILLEGAS Rafael. "Compendio de Derecho Civil." Tomo I. Vigésima Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1995. p. 290

⁴² DUGUIT, León. "Tratado de Derecho Constitucional." Editorial Nacional México. 1977. p. 189

⁴³ ROJINA VILLEGAS. Op Cit. p 289

Para concluir diremos que la institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de Derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que le imprime el Derecho.

El matrimonio es un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer y crea un vínculo permanente, pero disoluble, bien por voluntad de los cónyuges, bien por disposición de la Ley.

3. 2 PROMESA DE MATRIMONIO

Como veremos posteriormente la voluntad de los cónyuges, es uno de los elementos de existencia del matrimonio.

Por razón natural, *esta voluntad que se declara solemnemente en el momento de la celebración del matrimonio, se ha debido formar antes del acto.*

Los prometidos han acordado darse y entregarse mutuamente como marido y mujer y porque así lo han decidido, comparecen ante el Juez del Registro Civil para casarse.

El artículo 139 del Código Civil define los esponsales de la siguiente manera: "La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales."

Luego entonces en el Derecho Civil, la palabra esponsales, se refiere a los sponsalia de futuro, o compromiso formal dado por escrito y aceptado por el otro interesado, de contraer matrimonio entre sí.

Así pues la validez de los esponsales requiere:

a) **Edad para contraer matrimonio**, es requisito para la validez de los esponsales, que quienes los celebren, tengan capacidad para contraer matrimonio (artículo 140 del Código Civil). La capacidad para contraer matrimonio se adquiere a los 16 años cumplidos en el hombre y a los 14 años cumplidos en la mujer (artículo 148 del Código Civil).

b) **Forma escrita.**

c) **Aceptación del compromiso**, este acuerdo previo para celebrar matrimonio, si es verbal no produce efectos jurídicos. En cambio, si se hace por escrito y es aceptado, constituye los esponsales.

d) **En su caso, el consentimiento de los representantes legales (padres o tutores) del prometido o de los prometidos, si uno de ellos o ambos son menores de edad.** Cuando los prometidos son menores de 18 años, aun cuando tengan aptitud para contraer matrimonio, requieren el consentimiento de sus representantes legales (artículos 141, 646, y 647 del Código Civil).

En rigor, en el acto mismo de la celebración del matrimonio, el Juez del Registro Civil, para poder declarar unidos a los contrayentes en legítimo matrimonio, debe recibir en el acto mismo, la declaración expresa y concreta de cada uno de los contrayentes, de que es voluntad de cada uno de ellos, unirse en matrimonio.

Los esponsales, no producen obligación de contraer matrimonio, ni puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa (artículo 142 del Código Civil).

Que los esponsales no produzcan obligación a cargo de ninguno de los prometidos para celebrar el matrimonio, no significa que la promesa legalmente celebrada, carezca totalmente de efectos. Sólo quiere decir, que no puede constreñirse forzosamente a cumplir con la palabra empeñada, a aquella persona que después de otorgar esponsales, se niega a celebrar el matrimonio prometido. Los prometidos en matrimonio, tienen siempre la posibilidad de retractarse de los esponsales otorgados, hasta el momento mismo de la celebración del matrimonio.

La ruptura sin causa justa, de los esponsales o el hecho de diferir indefinidamente el cumplimiento de la promesa otorgada, produce los siguientes efectos:

1) *Quien injustificadamente no cumple su promesa, deberá resarcir a su prometido de los gastos que éste hubiere hecho, con motivo del matrimonio que se había ofrecido.*

En la misma obligación de resarcir esos gastos, incurre el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

La cuantía de esa responsabilidad por incumplimiento de la promesa será fijada por el Juez, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

2) *Deberá indemnizar a la prometida " a título de reparación moral", con una cantidad de dinero que será prudentemente fijada en cada caso por el Juez, de acuerdo con los recursos del prometido culpable y en relación con la gravedad del perjuicio causado al inocente.*

En todo caso, para fijar esta indemnización, el Juez deberá tener en cuenta: la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras razones de igual peso (artículo 143 del Código Civil).

3) Si el matrimonio no se celebra, podrán exigirse mutuamente la devolución de todos aquellos bienes que se hubieran donado, con motivo del matrimonio que al fin no se celebró.

La acción para exigir la reintegración de los gastos erogados con motivo del matrimonio, la reparación moral y la devolución de las donaciones que se hubieren hecho los prometidos dura un año a partir del rompimiento de la promesa (artículos 144 y 145 del Código Civil).

*La responsabilidad civil, impone a quien da lugar al incumplimiento de los esponsales, la obligación de resarcir a la otra parte, los gastos efectuados por ella, con motivo del matrimonio proyectado y en su caso, **la obligación de reparar el daño moral causado**. A la ruptura del compromiso, sigue la obligación a cargo de ambos prometidos, de devolver todo lo que mutuamente se hubieren donado con motivo del matrimonio. Estas obligaciones, nacen no del contrato, sino de la Ley. Son consecuencia natural del incumplimiento.*

Para concluir diremos que a diferencia del Código del Distrito Federal que regula los esponsales como promesa de matrimonio que engendra una indemnización en caso de ruptura, el Código Civil del Estado de México, no regula esa institución ni impone por tanto sanción alguna en caso de incumplimiento o ruptura del noviazgo.

3.3 ELEMENTOS DEL MATRIMONIO

3.3.1 DE EXISTENCIA

Los requisitos para contraer matrimonio están señalados en los artículos 146 a 155 del Código Civil del Distrito Federal y son:

a) Que se celebre ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades para levantar el acta, exigidas por la Ley.

b) Que los pretendientes tengan la edad requerida por la Ley, dieciséis años como mínimo en el hombre y catorce en la mujer.

c) Que en caso de minoridad de los futuros esposos, presten su consentimiento los mayores o los tutores de aquellos y, si se niegan a darlo, suplan el consentimiento el Presidente Municipal del lugar, el Juez de Primera Instancia o el Tribunal Superior de Justicia de la entidad.

d) Que no existan ninguno de los impedimentos que la Ley señala para celebrar el contrato de matrimonio.

e) Que no exista liga de adopción entre los pretendientes, ni de tutela o, en este último caso, que se hayan aprobado las cuentas de la tutela.

f) Que en caso de que la mujer haya sido casada con anterioridad, y transcurra entre la fecha de disolución del matrimonio

anterior y la de la celebración del nuevo matrimonio, un plazo de trescientos días naturales, a menos que dentro de ese plazo diere a luz a un hijo.

Luego entonces los elementos esenciales del matrimonio son:

1° La voluntad de los contrayentes.

2° El objeto.

3° Las solemnidades requeridas por la Ley.

La voluntad se manifiesta a través de la declaración expresa de los contrayentes. Esta concurrencia de voluntades en el sentido de unirse en matrimonio, forma el consentimiento propiamente dicho. Se requiere además la declaración del Juez del Registro Civil, en el sentido de que *los cónyuges quedan unidos en nombre de la sociedad y de la Ley.*

El objeto del acto consiste en que la vida en común entre un solo hombre y una sola mujer, se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por propia voluntad.

El objeto directo consiste precisamente, en la creación de esos derechos y obligaciones entre los consortes y en relación con los hijos.

Por lo tanto al celebrarse el matrimonio, el consentimiento como se ha mencionado se expresa por los contrayentes dando origen al elemento de existencia del mismo; por lo que al no existir este consentimiento se estaría en presencia de la inexistencia por falta de dicho consentimiento. O en su defecto

la omisión en cuanto a la declaración que debe hacer el Juez del Registro Civil será causa de inexistencia.

Por objeto de los actos jurídicos se debe de entender, según lo que establece nuestro Código Civil vigente, la cosa que el obligado debe hacer o no hacer.

El objeto debe ser física y jurídicamente posible.

En relación con lo antes expresado, nuestro Código Civil establece:

Artículo 1825.- "La cosa objeto del contrato debe: 1° Existir en la naturaleza; 2° Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3° Estar en el comercio."

Debe ser posible y lícito; por lo tanto debe de existir o ser compatible con la Ley de la naturaleza y con las normas jurídicas que debe regirlo; sede por lícito, es decir estar de acuerdo con las leyes de orden público y las buenas costumbres.

Relacionando el objeto del matrimonio con el de los actos jurídicos en general, podemos decir que desde el punto de vista estrictamente legal existe también un objeto directo en el acto matrimonial, consistente en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, al existir la vida en común entre los cónyuges ayuda recíproca, débito carnal. Asimismo cuando existen hijos el matrimonio originará consecuencias con relación a los mismos, en cuanto a la patria potestad que ejercerán los cónyuges respecto a los hijos, la filiación en

general, con sus derechos y obligaciones que adquirieron dichos consortes al momento de contraer matrimonio.

Por lo que se puede decir que el objeto del Derecho es una conducta humana referida a las relaciones jurídicas existentes en dicho matrimonio con sus deberes y obligaciones, que como se ha mencionado se adquieren al momento de contraer matrimonio.

Cuando en los actos jurídicos faltan estos elementos esenciales, o sea el consentimiento o el objeto, se consideran inexistentes los contratos celebrados; para el Derecho, es lo que se denomina la nada jurídica. No produce efectos legal alguno. No son susceptibles de valer por confirmación, ni por prescripción, y su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

El artículo 146 del Código Civil, ordena que el matrimonio "debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades que ella exige. Los artículos 101, 102 y 103, señalan específicamente la forma conforme a la cual debe celebrarse ese acto solemne y las personas que en él necesariamente deben intervenir, a saber: El Juez del Registro Civil, los pretendientes o sus apoderados especiales y los testigos que han de concurrir al acto.

El artículo 102 del Código Civil, establece además, que constituidas las personas antes mencionadas, en el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio, el acto se iniciará con la lectura en voz alta de la solicitud de matrimonio y de los anexos que se acompañaron a la misma; que en seguida interrogará a los testigos acerca de la identidad de los pretendientes. Preguntará sucesivamente a cada uno de los contrayentes si es su voluntad unirse

en matrimonio y en caso afirmativo, los declarará unidos en nombre de la Ley y de la sociedad.

El artículo 103 del Código Civil, reza que deberá levantarse desde luego el acta de matrimonio. En dicho precepto se especifican los datos que debe contener ese instrumento que firmados por los contrayentes, los testigos y las demás personas que hubieren intervenido, deberá ser suscrito también por el Juez del Registro Civil. Al margen del acta de matrimonio, se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.

A su vez, el artículo 37 del Código Civil, manda que las actas del Registro Civil sólo se asentaran en el libro del "Registro Civil", que debe contenerlas.

Ahora bien, debemos examinar de acuerdo con la teoría de los actos jurídicos, cuáles de los elementos que establece el Código Civil para la celebración del matrimonio, son indispensables para la existencia del acto (solemnidades), de modo que en su ausencia no puede concebirse éste, y cuáles son sólo los requisitos de validez (formalidades).

Recordemos que para la existencia del acto jurídico, se requiere de estos elementos: la voluntad o consentimiento y el objeto posible. En los actos solemnes, se requiere además, como elemento de existencia, las solemnidades que la Ley establece.

- a) En la presencia del Juez del Registro Civil.

b) En las declaraciones de voluntad de los contrayentes, emitidas ante dicho funcionario en el acto de la celebración del matrimonio.

c) En la declaración del Juez del Registro Civil.

d) En la redacción del acta de matrimonio que debe levantarse en el mismo acto, por el Juez del Registro Civil, precisamente en el libro IV del Registro Civil destinado a contener las actas de matrimonio.

3.3.2 DE VALIDEZ

Los elementos de validez en los actos jurídicos son:

I. La forma.

II. La licitud.

III. Ausencia de vicios en el consentimiento.

IV. La capacidad.

I. Forma. En los actos jurídicos, este es un requisito de validez, siempre y cuando esté determinado por la Ley; así, el artículo 1832 del Código Civil expresa: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezcan que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los actos expresamente designados por la Ley".

Artículo 1833: "Cuando la ley exija determinada forma para un contrato mientras que esté no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario."

II. Licitud.- Como otro elemento de validez en los actos jurídicos, se encuentra la licitud, o sea que el acto jurídico celebrado sea lícito.

En relación con este elemento de validez, el Código Civil vigente establece en el artículo 1830 que: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

III.- Ausencia de vicios en el consentimiento.- La voluntad expresada por los contratantes debe estar exenta de vicios, si la voluntad está viciada obliga, aún cuando el obligado esta en aptitud de atacar la obligación nacida de la misma voluntad, prevaleciéndose del vicio que la hizo imperfecta.

Los vicios del consentimiento son:

a) El error.

b) El dolo y la mala fe.

c) La violencia.

El error es el falso concepto de la realidad, o como acertadamente lo expresa Rafael de Pina, "Es el conocimiento equivocado de una cosa o de un derecho".⁴⁴

⁴⁴ PINA. Op. Cit. p. 256

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

Constituye un vicio que el Derecho toma en consideración para la protección del que se ha obligado debido a él, o la habría contraído en otras condiciones si hubiera conocido el error en que se encontraba.

b) Dolo y Mala Fe.

Definen nuestras Leyes a el dolo como la sugestión o artificio empleado para inducir a error o mantener en él a la persona que celebra un acto jurídico; la simple disimulación del error por parte de quien sabe que existe, para conservar en él a la persona que obra bajo la influencia del mismo, es lo que nuestra Ley llama mala fe.

c) Violencia.

Se entiende por violencia la fuerza física o moral que se hace sobre una persona para inducirlo a que exprese su voluntad en determinado sentido.

El Código vigente para el Distrito Federal, en el artículo 1819, sobre el particular manifiesta:

"Hay violencia cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la 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." Luis de Gaspari expresa: "La violencia, empleada esta palabra en un sentido genérico, comprensivo de las especies que las escuelas llaman fuerza, miedo o intimidación, es toda coacción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una

persona razonable con el objeto de determinarla contra su voluntad, a aceptar una obligación o a cumplir una prestación dada.”⁴⁵

IV.- Capacidad.

Toda persona que celebra un acto jurídico debe ser capaz, es decir, debe estar en aptitud de obligarse por su propia voluntad.

La capacidad puede ser de goce o de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud que tiene cualquier persona desde que nace, para ser titular de derechos y obligaciones.

El artículo 22 del Código Civil vigente, al respecto previene:

“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”

“La capacidad de ejercicio consiste en la aptitud que tiene un sujeto para hacer valer directamente sus derechos, o para cumplir sus obligaciones. La capacidad de ejercicio supone la de goce. Si no hay capacidad de goce no puede haber de ejercicio.”⁴⁶

Ahora bien, toda persona tiene capacidad de goce, pero no todas

⁴⁵ DE GASPERI, Luis. Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 140

⁴⁶ ROJINA VILLEGAS Idem. p. 341

tienen capacidad de ejercicio, pues a algunas, la ley las considera incapaces, en estos casos esas personas no podrán celebrar directamente actos jurídicos, pero sí pueden celebrarlos por intermedio de otras personas.

El artículo 23 del Código Civil Vigente se refiere a estas situaciones, al disponer que: "La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la Ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

La falta en los contratos civiles de algunos de estos elementos de validez que hemos analizado, pueden traer como consecuencia la nulidad de los celebrados sin cumplir con dichos requisitos.

En los artículos 102 y 103 del Código Civil se comprenden tanto formalidades como solemnidades de la celebración del matrimonio y son las siguientes:

- a) Que se otorgue el acta matrimonial;
- b) Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los consortes para unirse en matrimonio, como la declaración del Oficial del Registro Civil considerándolos unidos en el nombre de la Ley, de la sociedad; y
- c) Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.

El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades que la misma Ley establece. (artículo 146 del Código Civil).

Para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido 16 años y la mujer 14 años, el Jefe del Departamento del Distrito Federal o las delegados pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas. (artículo 148 del Código Civil).

El hijo o la hija que no hayan cumplido la mayoría de edad para contraer matrimonio, necesitan del consentimiento de sus padres, si viven ambos, o del que sobreviva; a falta de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos si viven ambos, o el que sobreviva a falta de éstos se requiere el consentimiento de los abuelos maternos. (artículo 144 del Código Civil).

Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando éstos, el Juez de lo familiar de la residencia del menor, suplirá o no el consentimiento. (artículo 150 del Código Civil).

Los interesados pueden acudir ante el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o delegado respectivo, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido, la autoridad municipal después de levantar una información sobre el particular, suplirá o no el consentimiento. (artículo 151 del Código Civil).

3.4 FINALIDAD DEL MATRIMONIO

La materia de derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, artículos 162 a 177 del Código Civil del Distrito Federal, ha sido objeto de algunas reformas por virtud del Decreto del 31 de diciembre de 1953 (D. O. del 9 de enero de 1954), que con el objeto de poner en consonancia la Ley civil con

las reformas constitucionales que dieron a la mujer plena igualdad de derechos en relación con el varón, modifico diversos preceptos que colocaban a la mujer casada bajo la más estricta autoridad marital, para colocarla en un plano de igualdad con el marido. Así fue reformado el artículo 163, para obligar a ambos cónyuges a vivir juntos en el domicilio conyugal, suprimiendo la antigua fórmula según la cual "la mujer debe vivir al lado de su marido". Se dio a la mujer el derecho a oponerse a que el marido desempeñe algún trabajo "que lesione la moral o la estructura de la familia", o sea en los mismos casos en que el marido puede oponerse a que su mujer trabaje, etc.

El complejo de relaciones de derecho que surgen de la celebración del matrimonio, se caracteriza porque su regulación escapa a la voluntad de las partes; es decir, las disposiciones normativas aplicables, son irrenunciables. Los convenios que los cónyuges establezcan contrarios a los fines naturales del matrimonio, carecen de efectos jurídicos. (artículos 147 y 182 del Código Civil).

La conducta de los cónyuges debe conformarse a las normas jurídicas establecidas por el Derecho Objetivo, sin posibilidad alguna de que por la voluntad de las partes, los cónyuges puedan sustraerse al cumplimiento de los deberes que son parte integrante y forman la esencia de la institución. Los derechos correlativos, son irrenunciables. Se habla no de obligaciones propiamente dichas sino de deberes jurídicos, no de derechos subjetivos, sino de potestades, en la medida en que, la regla de conducta permisiva o prohibitiva que deben observar los cónyuges, deriva directamente del ordenamiento jurídico, ya para exigir una prestación del otro cónyuge, ya para interferir válidamente en la esfera de acción de este último.

Las relaciones conyugales que configuran al estado jurídico matrimonial prestan, como ocurre en la relación paterno-filial, con mucha claridad, la característica general que hallamos en todo el Derecho de Familia: *los deberes que el ordenamiento objetivo impone a los cónyuges, tiene un contenido fundamentalmente moral (y ello explica por otra parte que se hable de deberes propiamente dichos. El Derecho para dar firmeza y solidez a la institución misma, ha establecido sanciones jurídicas para lograr en su caso por medio de la coacción, cuando es posible, el exacto cumplimiento de los deberes, que siendo de contenido fundamentalmente ético, informan la estructura orgánica del matrimonio, desde el punto de vista jurídico.*

Las relaciones jurídicas que dan forma al estado de matrimonio, tienden todas ellas, y de allí el carácter institucional de ese estado, a asegurar una comunidad de vida permanente entre los cónyuges.

Esta nota característica del estado conyugal, resume en sí misma y explica por otra parte, la naturaleza imperativa irrenunciable, de las normas jurídicas que crea el vínculo del matrimonio (jus cogens). Pone en relieve además, que la comunidad de vida entre los cónyuges es el elemento fundamental, constitutivo del matrimonio, en cuanto que, a través de esa vida en común, es posible la realización de los fines de la institución en forma cabal.

En nuestro Derecho, las relaciones derivadas del vínculo matrimonial son permanentes, en el sentido de que las relaciones no desaparecen ni se extinguen por su cumplimiento, son de tracto sucesivo y por lo demás, el vínculo se contrae en principio con la intención y el propósito de que se prolongue durante la existencia de los consortes. Conviene desde ahora apuntar que los conceptos de indisolubilidad y permanencia no se identifican ni se excluyen. Es

de la naturaleza del matrimonio que el estado mismo sea duradero y no fugaz o transitorio, aunque puede ser disuelto por muerte de los cónyuges, por nulidad del matrimonio o por divorcio, cuando proceda.

En resumen, el matrimonio forma un estado entre los consortes constituidos por un conjunto de vínculos que imponen deberes y derechos, que o pueden ser renunciados por la sola voluntad de las partes, permanentes, recíprocos, y que establecen un conjunto de relaciones de contenido ético jurídico. Los deberes impuestos a los cónyuges, que forman el contenido esencial del complejo de relaciones jurídicas de esa comunidad de vida entre los cónyuges, tradicionalmente se designan como:

a) El deber de cohabitación.

b) El deber de fidelidad.

c) El deber de asistencia.

3.5 JURISPRUDENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

Siguiendo la temática de nuestro estudio nos corresponde en este capítulo examinar la Jurisprudencia, por lo que lógicamente, surge una cuestión que tiene que resolverse previamente, es decir, la consistente en determinar ¿qué se entiende por Jurisprudencia en general?, esto es, tomando esta idea en su aceptación genérica, desde luego, atendiendo a la definición romana clásica del

concepto Jurisprudencia, elaborada por Ulpiano "esta es la noticia o conocimiento de las cosas humanas y divinas, así como la ciencia de lo justo y de lo injusto." ⁴⁷

En efecto la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o del Tribunal Colegiado de Circuito, que al conocer una autoridad jurisdiccional de los diversos casos concretos, que se le van presentando para resolverlos necesariamente tienen que interpretar la Ley que sea aplicable a los mismos, hacer consideraciones de Derecho, en una palabra, tiene que verter los conocimientos jurídicos científicos en la sentencia correspondiente, pues bien, cuando la parte jurídica considerativa de una sentencia en la que se presume la aplicación concreta de los conocimientos jurídicos generales que hace la autoridad jurisdiccional encargada de dictarla, está formulada en un sentido uniforme e ininterrumpido en varios casos especiales y particulares, interpretando una disposición legal determinada o haciendo una estimación lógica concreta respecto de cierto punto de Derecho, entonces se dice que hay Jurisprudencia.

Así tenemos las principales tesis jurisprudenciales y relacionadas que se refieren a nuestro estudio, que a continuación se detallan:

"Divorcio. Concepto de injuria.- Para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el Juez al dictar la sentencia de divorcio. En la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la Ley en forma casuística por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las

⁴⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "El Juicio de Amparo". Trigésima Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1997. P. 335

palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intensión con que se profieren o ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido.”

(Tesis 156 de la última compilación de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 499).

“Divorcio, injurias graves como causal de.- *Tratándose de juicios de divorcio, por causa de injurias graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador, la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos, que ha roto, de hecho, el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio, es el índice que fija racionalmente el ánimo del juzgador.”* (Tesis 161 de la última compilación de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 513).

“Divorcio, injurias graves como causal de. *Deben expresarse en la demanda los hechos en que consisten y el lugar y tiempo en que acontecieron.- Para que proceda la causal de divorcio por injurias graves, es indispensable que se expongan en la demanda los hechos en que consisten y el lugar y el tiempo en que acontecieron para que el demandado pueda defenderse y el juzgador pueda hacer la calificación de su gravedad, la que deberá ser de tal naturaleza que haga imposible la vida conyugal.”* (Tesis 164 de la compilación citada, cuarta parte, pág. 515).

De las tesis antes señaladas debemos únicamente comentar *que dada la reciprocidad de las relaciones jurídicas entre los consortes que nacen del matrimonio, el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales.*

... ~~“Divorcio, falta de ministración de alimentos como causal de.- El~~ artículo 267, fracción XII del Código Civil establece como causal de divorcio, la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento o el incumplimiento sin justa causa por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168. Ahora bien, cuando no se alega un incumplimiento total, sino parcial, que se hace consistir en que el demandado no da dinero a la actora, ese hecho no basta para que se surta la hipótesis a que se refiere la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, toda vez que, los alimentos de conformidad con el artículo 208 del Código Civil comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad y respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales; además de que, la institución del matrimonio es de orden público, por lo que las sociedad está interesada en su mantenimiento y solo por excepción la Ley permite que se rompa el vínculo matrimonial; de ahí que en los divorcios necesarios será preciso que la causal invocada quede plenamente especificada y se acredite la negativa del obligado, a fin de que el tribunal pueda apreciar la gravedad del incumplimiento que ponga de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a sus hijos, y que haga imposible la vida en común; gravedad que o se justifica cuando en forma imprecisa se alega que el demandado no ha cumplido en su totalidad con la ministración de alimentos.”

Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. I. 3º. C.J./7.

Amparo Directo 3873/89. Roberto Páez Páez. 5 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

Amparo Directo 2963/90. Marie Therese Casaubon Huguein. 9 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gómez.

Amparo Directo 3228/90. Josefina Tapia Serrano. 9 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

Amparo Directo 5403/94. Blanca Rosa Hernández González. 28 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Arnulfo Moreno Flores.

Amparo Directo 3233/96. Lilia Pérez Ramírez. 13 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

Todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos, así como a la administración de los bienes que a éstos pertenecen, será arreglado de común acuerdo por ambos consortes. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente. (artículo 168 del Código Civil).

El matrimonio produce efectos sobre los bienes de los cónyuges. El matrimonio no solamente produce efectos en cuanto a las personas de los cónyuges y a los hijos de éstos, también los produce sobre el patrimonio de los cónyuges; es decir, sobre los bienes que pertenecen o que lleguen a pertenecer a los consortes.

La familia, como toda entidad, necesita, para cumplir sus funciones, medios económicos para satisfacerlos y por lo mismo le es indispensable un patrimonio. Pero cómo ha de formarse éste, de qué fuentes ha de nutrirse, de qué modo han de combinarse y coexistir los bienes patrimoniales del matrimonio, con los particulares o privados de cada cónyuge, son otras tantas cuestiones que da lugar a la distinta organización de los bienes de la sociedad conyugal, que es en suma, el régimen matrimonial de bienes.

“Divorcio. Interpretación de la causal, prevista en el artículo 267, fracción XVIII, del Código Civil para el Distrito Federal. La disposición en comento establece como causal de divorcio necesario: “La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera (sic) de ellos.” Después de haberse hecho un estudio profundo del contenido de esta norma, en el que se tomaron en cuenta una fuente inmediata, las causas reales que la originaron y los fines perseguidos, este Tribunal considera que, la causal de divorcio que contempla, surgió para ajustar la legislación a la realidad social, a fin de regularizar la situación jurídica y fáctica de una gran cantidad de parejas en esta capital, que estando casadas sólo mantienen el vínculo formal, el que en la realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos familiares debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han promovido o conseguido el divorcio, por lo que es aplicable sólo a quienes se encuentren en esa situación, de modo que para proceda el divorcio con apoyo en esta causal, deben reunirse los dos siguientes elementos: a) que la separación se dé con el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial y de dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se derivan, como pueden ser la ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y formación de los hijos, la perpetuación de la especie, etcétera, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita, mediante actos, omisiones o manifestaciones de cualquier índole que así lo revelen; y b) que ninguno de los

cónyuges realice actos tendientes a regularizar esa situación dentro del lapso de la separación, ya sea el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las otras causales, o su tramitación en forma voluntaria, o actos encaminados a la reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio.”

Cuarto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito.

Amparo Directo 336/85. María Magdalena Angeles Rodríguez. 7 de marzo de 1986, Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: J. Jesús Contreras Cora.

Amparo Directo 2109/90. Gaspar Gómez Ruiz. 31 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: J. Jesús Contreras Cora.

Amparo Directo 3514/90. Francisco Alvarez Contreras. 23 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: J. Jesús Contreras Cora.

Amparo Directo 6024/93. Marco Antonio Mendoza Martínez. 2 de diciembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Jaime Uriel Torres Hernández.

Amparo Directo 6294/94. José Luis González Monroy. 5 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Carlos Arteaga Alvarez.

“Divorcio, separación por más de dos años; como causal de. Del análisis comparativo, sistemático y lógico jurídico de las causales de divorcio previstas por las fracciones VIII, IX y XVIII, del artículo 226 del Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, que tienen su origen en la separación de los cónyuges, así como de la exposición de motivos de la fracción XVIII, del artículo 267 del

Código Civil para el Distrito Federal, que constituye un antecedente legislativo, se concluye que la separación a que se refiere la fracción XVIII de la primera de las invocadas disposiciones, es distinta de la regulada por las diversas fracciones de la propia norma que igualmente se citan y no puede aceptarse que sea repetición de alguna de ellas, porque se refiere a una causa objetiva que produce la disolución del vínculo matrimonial por el solo hecho de la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la hubiere originado, pero desde luego, sin que medie una causa legal o un mandato judicial. Lo anterior así es porque al darse esa separación, debe entenderse que el matrimonio ya no es tal y no presenta por tanto la basa armónica para la convivencia en común, que es el objeto y la finalidad del matrimonio; y por consiguiente, no es razón suficiente que uno de los consortes, a través de las diligencias de jurisdicción voluntaria, expresa su voluntad de que no continúe esa separación y asimismo, requiera al otro cónyuge para que nuevamente constituya el domicilio conyugal, para estimar interrumpido el término de más de dos años, como presupuesto necesario para la actualización de la anotada causal del divorcio, en virtud de que esa actuación constituye un acto unilateral que como tal no puede constreñir al otro cónyuge ni producir por tanto una consecuencia que incida en la esfera de derechos de éste. Obviamente, tampoco interrumpe el término de más de dos años a que se refiere la causal de divorcio que se examina, el que uno de los cónyuges demande el divorcio al otro dentro de dicho término y con apoyo en distinta causal de divorcio, pues con tal acto jurídico no se demuestra el advenimiento o reconciliación de los cónyuges; al contrario, sigue existiendo el ánimo permanente de romper con el vínculo matrimonial. Para que se interrumpa el término de más de dos años a fin de que se considera no procedente la causal de divorcio de que se trata, es necesario que se lleve a cabo una reconciliación entre los cónyuges que demuestre de manera plena y fehaciente la unión de los mismos, por ejemplo, que ambos cónyuges cohabiten con todas las obligaciones inherentes al matrimonio, débito carnal, alimentos, ayuda mutua, etcétera”.

1ª./J.15/96

Contradicción de tesis 45/95. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del mismo Circuito. 8 de mayo de 1996. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Martín Angel Rubio Padilla.

Tesis de Jurisprudencia 15/96. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal. En Sesión. 8 de mayo de 1996, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros: Presidente Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Humberto Román Palacios, previo aviso a la Presidencia.

CAPITULO IV

NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO

- 4.1. CONCEPTO DE DIVORCIO**
- 4.2. CLASES DE DIVORCIO**
 - 4.2.1. SEPARACION DE CUERPOS SIN DIVORCIO**
 - 4.2.2. DIVORCIO ADMINISTRATIVO**
 - 4.2.3. DIVORCIO VOLUNTARIO**
 - 4.2.4. DIVORCIO NECESARIO**
- 4.3. ANALISIS DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO**
- 4.4. FINALIDAD DEL DIVORCIO**
- 4.5. EFECTOS DEL DIVORCIO SOBRE LOS MENORES**

CAPITULO IV

NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO

La doctrina considera al divorcio como una sanción por el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales que incumben a cada uno de los esposos, y aunque dentro de este concepto difícilmente podría haber el divorcio por mutuo consentimiento, admitiremos aquella definición para obtener una clasificación de las causas de divorcio, según sea el Derecho o la Obligación correspondiente a cada cónyuge que, al ser violado por el otro, engendra en el esposo inocente la facultad de demandar la disolución del vínculo conyugal.

4.1 CONCEPTO DE DIVORCIO

En el Antiguo Testamento, se puede leer en el Deuteronomio (XXXIV-I) un pasaje del que se desprende que el marido, que por torpezas de la mujer (sospecha de adulterio, impudicia, costumbres licenciosas de éste) haya dejado de amarla, podrá entregar a su consorte un libelo de repudio para despacharla a su casa.

Parece que más tarde este *derecho de repudiación* también le fue reconocido consuetudinariamente a la mujer respecto del marido.

Este derecho de repudio, aparece en el Derecho Romano Antiguo, en el que la disolución del vínculo conyugal, podía tener lugar por la sola voluntad del marido o de la mujer, sin intervención del Magistrado o Sacerdote, a veces sin expresión de causa alguna (*repudium sine nulla causa*) y aunque en algunos casos,

el consorte que hace uso de esta vía podía incurrir en graves penas, la repudiación subsistía plenamente.

Una vez asentado lo anterior diremos que, la voz latina "divorium, evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Divortium deriva de divertere, irse cada uno por su lado".⁴⁸

El divortium es una institución jurídica que propiamente surgió al mismo tiempo en que el Derecho intervino para organizar jurídicamente al matrimonio, constituyéndolo sobre la base de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común.

Apareció en una forma primitiva, como un defecto concedido al varón, de repudiar a la mujer en ciertos casos, por causas de adulterio de la esposa y también con no menor frecuencia, se aceptaba el ejercicio del derecho de repudiar, fundada en la esterilidad de la mujer.

Como apuntábamos anteriormente en el Derecho Romano, el matrimonio, se fundaba en la affectio coniugalis; la disolución de la conferreatio tenía lugar por medio de la difarreatio, que como es sabido era la declaración de la voluntad de separarse marido y mujer, por medio de la cual cesaba de producir efectos entre los consortes la voluntad declarada en la ceremonia nupcial, de tomarse recíprocamente como marido y mujer.

Ahora bien, el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las

⁴⁸ MATEOS, M. Op. Cit. p. 269

causas expresamente establecidas por la Ley. "Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la Justicia y por las causas determinadas por la Ley." ⁴⁹

Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa; dentro de un procedimiento señalado por la Ley, en que se compruebe la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial.

Así pues, "El divorcio es la disolución del matrimonio viviendo los esposos, a consecuencia de una resolución judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la Ley". ⁵⁰

Por lo que "la palabra divorcio, en el lenguaje corriente contiene la idea de separación, en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso." ⁵¹

También se puede anotar que "el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, en la vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio". ⁵²

⁴⁹ PLANIOL y RIPERT. Op. Cit. p. 13

⁵⁰ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, M. "Curso Elemental de Derecho Civil." Tomo I Tercera Edición. Editorial Reus Madrid 1962. p. 436

⁵¹ PINA, Rafael De. "Elementos de Derecho Civil Mexicano." Tomo I. Décima Novena Edición. Editorial Porrúa. México. 1995. p. 340

⁵² FLORES BARROETA, Benjamín. "Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil." Editorial Esfinge México. 1960. p. 382

En cualquier caso, la resolución que decreta la ruptura del vínculo matrimonial, debe ser pronunciada cuando no hay duda de que ha cesado la posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los consortes, ya sea porque ha quedado probada en el juicio la existencia de hechos en tal manera graves que considerados en la Ley como causa de divorcio, han provocado la ruptura de ese consenso necesario para mantener el vínculo (divorcio contencioso o necesario) o porque marido y mujer están de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial (divorcio por mutuo consentimiento), que más adelante analizaremos.

Así diremos que el matrimonio, fuente primordial de la familia y garantía de su subsistencia, por su propia naturaleza debe ser permanente. No puede aceptarse en manera alguna, por la función misma de la institución matrimonial, que al celebrar el matrimonio la voluntad de los contrayentes sea otra, distinta a la de mantener la subsistencia del vínculo conyugal, durante su vida, mediante el firme propósito de superar las contingencias que por azares de la vida, amenacen el mantenimiento de ese vínculo.

El contenido de esa voluntad en el momento de la celebración del matrimonio, constituye una verdadera promesa de llevar a cabo, hasta el final de la vida, ese propósito.

En nuestra legislación civil vigente, debemos distinguir cuatro formas distintas de divorcio, tres de las cuales se encontraban ya reglamentadas en la Ley de Relaciones Familiares, consistentes en:

4. 2 CLASES DE DIVORCIO

a) Divorcio necesario:

- b) Divorcio voluntario;
- c) Separación de cuerpos,
- d) y la introducción de un nuevo sistema de divorcio, **Divorcio administrativo.**

Los cuales analizaremos cada uno de estos sistemas, conforme a nuestra legislación civil vigente.

4. 2. 1 SEPARACION DE CUERPOS SIN DIVORCIO

En este sistema el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente, a hacer vida marital.

Es "el estado de dos esposos, que han sido dispensados por la Justicia competente, de la obligación de vivir juntos".⁵³

La separación de cuerpos no rompe el vínculo conyugal, sólo dispensa a los consortes del deber de cohabitación.

La separación de cuerpos según nuestro Código Civil (artículo 267 fracciones VI y VII) no procede, en todos los casos en que puede tener lugar el divorcio vincular, sino que se ofrece como una medida optativa, sólo en los casos mencionados en las dos fracciones citadas del artículo 267 del Código Civil; es

⁵³ RIPERT, Georges y BOUTANGER, Jean. "Tratado de Derecho Civil". Tomo II. Volumen I. Versión Castellana. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1963 p. 431

decir, cuando uno de los consortes padece una enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y cuando sufre impotencia incurable, si sobreviene después de celebrado el matrimonio, o cae en enajenación mental incurable. Sólo en estos casos, el cónyuge sano, podrá optar por la simple separación de cuerpos o por el divorcio vincular, que más adelante estudiaremos.

El legislador ha establecido este remedio y permite la separación de los cónyuges, por la existencia del estado patológico en que se encuentra el otro cónyuge, independientemente de todo concepto de culpa imputable al esposo enfermo.

En las demás causas de divorcio mencionadas en el artículo 267 del Código Civil, la conducta del cónyuge demandado, es violatoria de los deberes conyugales, lo que implica que ha incurrido en culpa. La sentencia judicial que decreta la separación de los cuerpos, produce el efecto de autorizar la vida separada de los cónyuges, y como consecuencia de ello, quedan relevados de prestarse el débito conyugal.

La separación de cuerpos entre los consortes, no puede tener lugar por el mutuo consentimiento de los consortes; siempre habrá de fundarse en la comprobación de la existencia de las causas que en forma limitativa, señalan las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil. La causa que da lugar al divorcio no vincular, no entraña en ningún caso la aplicación de sanciones en contra del cónyuge enfermo. En consecuencia, marido y mujer conservan el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de ambos.

Tampoco se disuelve la sociedad conyugal, que por lo tanto subsiste y el cónyuge enfermo podrá seguir administrando los bienes comunes, si antes de la

celebración de la sentencia que autorice la separación tenía la administración de los mismos, ya individualmente o en forma conjunta con el cónyuge sano; excepto que la sentencia que autorice la separación corporal, se funde en que uno de los cónyuges padezca enajenación mental. En este supuesto, declarado judicialmente el estado de interdicción, el cónyuge sano debe administrar los bienes de la sociedad conyugal.

Ha de observarse también que, tratándose de la separación de cuerpos, la reconciliación entre los consortes, no pone fin al procedimiento judicial, porque el cónyuge sano no imputa al demandado haber incurrido en falta. Solo procede al desistimiento de la acción, para que el Juez pueda fundadamente sobreeser el procedimiento. Como efecto de la sentencia que decreta la separación de cuerpos, desaparece el domicilio conyugal.

En efecto, el concepto de domicilio conyugal implica, dos elementos:

- a) *La residencia común de los cónyuges, y*
- b) *El deber de vivir juntos (artículo 163 del Código Civil)*

La violación del deber de fidelidad en que incurra cualquiera de los cónyuges autorizados judicialmente para vivir separados, constituye adulterio y es causa de divorcio de acuerdo con la fracción I del artículo 267 del Código Civil.

El divorcio no vincular que por medio de la separación de cuerpos, ha sido adoptado en nuestro Código Civil del Distrito Federal, no ha llenado en la práctica el propósito que movió al legislador a establecerlo; porque parte de

que legislativamente fue adoptado sólo en los casos a que se refiere las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, condena a los cónyuges separados a una continencia carnal que deben mantener de por vida.

Para concluir diremos que en los casos en que uno de los cónyuges sufra alguna enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, cuando después de celebrado el matrimonio, padezca impotencia o bien cuando sufra enajenación mental incurable (artículo 267 fracciones VII y VIII del Código Civil) el cónyuge sano, si no desea hacer valer estas causas para disolver el vínculo matrimonial, puede solicitar del Juez competente la autorización para vivir separado de su consorte enfermo (suspensión del deber de cohabitación) y el Juez podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones que derivan de la relación conyugal como son:

a) El deber de fidelidad y

b) De ayuda mutua.

En la hipótesis mencionada, los efectos de la sentencia que se pronuncie, son restringidos, se limitan al otorgamiento de una simple dispensa del cumplimiento del deber de cohabitación, que no es un verdadero divorcio sin embargo, a esta situación entre consortes se le denomina divorcio no vincular. La denominación ciertamente no parece adecuada. En el Derecho Canónico se usa una locución más clara, separación de cuerpos.

4. 2. 2 DIVORCIO ADMINISTRATIVO

La Ley de Relaciones Familiares estableció por primera vez en México, la disolución del matrimonio, mediante resolución judicial, a instancia de ambos cónyuges que declaran su voluntad concorde de querer divorciarse.

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, adoptó el mismo sistema y además habilita dos vías de divorcio por voluntad de los consortes. Una de ellas, por medio de un procedimiento simplificado al extremo, que se lleva al cabo ante el Juez del Registro Civil y que se conoce como divorcio administrativo y otro procedimiento, que los cónyuges deben tramitar ante la autoridad judicial, en la vía de jurisdicción voluntaria.

La exposición de motivos del proyecto de Código en cuestión, en su parte relativa, indica que "si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución; lo es también, el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario será de interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruentes con el espíritu y la naturaleza de la institución del matrimonio.

Tomando en cuenta que el divorcio puede ser solicitado por el acuerdo de ambos cónyuges o bien que sea uno de ellos quienes demande la disolución del vínculo matrimonial en un juicio ordinario civil planteado en contra de su consorte, al divorcio se le denomina en el primer caso, divorcio por mutuo

consentimiento voluntario y en el segundo caso, divorcio contencioso, llamado también necesario.

Se les distingue claramente, porque en tanto que, en la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento no se plantea disputa alguna sobre las causas que dan origen a la ruptura del vínculo de los cónyuges ante el cual deberán comprobar, con las copias certificadas de sus actas de nacimiento, que son mayores de edad, manifestarán que no tienen hijos y presentarán el convenio para liquidar la sociedad conyugal, si se casaron bajo ese régimen.

Deberán ocurrir personalmente ante el Juez del Registro Civil que conozca de la solicitud de divorcio. El Juez del Registro Civil después de identificar a los consortes, hará constar la solicitud de divorcio en un acta que levantará al efecto y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificar esa solicitud a los quince días.

Si ambos cónyuges ratifican la solicitud presentada, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantará el acta correspondiente, hará la anotación marginal en la del matrimonio anterior y comunicara al Juez del Registro Civil que levantó el acta de matrimonio, la resolución de divorcio, para el fin citado (artículo 272 del Código Civil).

La reconciliación de los cónyuges pone fin al procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento. Los cónyuges no podrán solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, sino después de que transcurra un año desde su reconciliación (artículo 276 del Código Civil). El divorcio por mutuo consentimiento, sea judicial o administrativo, no puede iniciarse sino después de un año de la celebración del matrimonio (artículo 274)

4. 2. 3 DIVORCIO VOLUNTARIO

Cuando no se llenan los requisitos enunciados en el número anterior para que sea procedente el divorcio voluntario de tipo administrativo, y se tiene la voluntad de disolver el matrimonio existe un divorcio de tipo judicial, el cual se decreta por sentencia, dictada por el Juez de lo Civil o de Primera Instancia, la cual disolverá el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, en caso de existir.

Deseando aclarar que el divorcio propiamente dicho, al disolver el vínculo matrimonial, produce el efecto de que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, deja de existir y cada uno de ellos recobra su capacidad para contraer nuevo matrimonio. A esta clase de divorcio se le denomina divorcio vincular.

Si los consortes son menores de edad, si existen hijos en el matrimonio, o bien, si el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, sin haberse liquidado, se deberá tramitar el divorcio voluntario ante el Juez competente.

Es decir, si los consortes que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, no tienen los requisitos señalados para el divorcio de tipo administrativo, por ser menores, tener hijos o bienes comunes, deberán acudir ante el Juez competente. El divorcio por mutuo consentimiento, en la vía judicial se sujeta a la tramitación que establecen los artículos 674 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

Presentada la solicitud el Juez de lo Familiar citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público, a una junta que se efectuará después de

los ocho o antes de los quince días siguientes, en la que exhortará a los interesados a procurar la reconciliación. Si no hay arreglo entre ellos, aprobará personalmente el convenio que ambos deberán presentar con su solicitud de divorcio sobre la situación de los hijos menores o incapacitados y de la mujer, fijando el importe de los alimentos que un cónyuge debe dar al otro, mientras dure el procedimiento, y dictando las medidas necesarias para asegurar éstos.

Si los cónyuges insistieren en divorciarse, deberán solicitar la celebración de una segunda junta, que se efectuará ante el Juez, después de los ocho y antes de los quince días de la solicitud. Si a pesar de la nueva exhortación que haga el Tribunal a los cónyuges y oyendo al representante del Ministerio Público, el Juez estimara que en el convenio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, dictará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial y aprobará el convenio presentado, con las modificaciones que juzgue convenientes.

Por lo que se refiere al convenio que deben presentar los cónyuges con su solicitud de divorcio, debe decirse que el Código Civil menciona expresamente en el artículo 273 las cláusulas que forzosamente deben quedar incluidas en el mismo; por lo tanto, la solicitud de divorcio no debe ser admitida sin la presentación de este convenio, en el que se incluyan precisamente las estipulaciones que la Ley exige.

Además debe observarse que en el convenio que sirve de base al divorcio, aun cuando exista acuerdo de las partes, se requiere para su validez, la aprobación del Juez de lo Familiar que conoce del divorcio y que sin ella, no puede decretar la disolución del vínculo matrimonial, mientras no hayan quedado

debidamente garantizados los derechos de los hijos y su situación y guarda, así como los alimentos que deben prestar un cónyuge al otro, durante la tramitación del divorcio y la manera de subvenir a las necesidades de los hijos durante el procedimiento y después de decretar el divorcio, así como los puntos relativos a la administración de los bienes de la sociedad conyugal, durante el procedimiento y las bases para la liquidación de dicha sociedad, después de ejecutoriado el divorcio.

El artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles exige la comparecencia personal de los consortes a las juntas de avenencia a que nos hemos referido en párrafos anteriores.

~~Mientras se decreta el divorcio, el Juez autorizará la separación~~ provisional de los cónyuges y dictara las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos (artículo 275 del Código Civil).

Ejecutoriada la Sentencia que decreta el divorcio, se enviara copia de la misma al Juez del Registro Civil que levantó el acta de matrimonio para los efectos del levantamiento del acta de divorcio y la anotación correspondiente al margen del acta de matrimonio que ha quedado disuelto (artículo 291 del Código Civil y 682 del Código de Procedimientos Civiles).

El divorcio por mutuo consentimiento, en la vía judicial o en la vía administrativa, no se funda en la violación de los deberes conyugales, y por lo tanto no se plantea entre los cónyuges conflicto alguno. De allí que el legislador haya optado por simplificar en lo posible los procedimientos de esta clase de divorcio.

En los casos en que el divorcio por mutuo consentimiento puede ser decretado por el Juez del Registro Civil, la intervención de dicho funcionario se limita a la comprobación de que se han llenado los requisitos que la Ley establece, para que proceda esa vía de divorcio, se cerciorará de la identidad de los cónyuges y de que efectivamente es voluntad de ambos divorciarse.

En el divorcio voluntario que se tramita en la vía judicial, la intervención del Juez y del Ministerio Público, cuando hay hijos, a parte de aquella función de comprobar la identidad de los consortes y la firmeza de su voluntad de divorciarse, cumple la función importante de garantizar el interés de los hijos de los que pretenden divorciarse y cerciorarse de que en la disolución de la sociedad conyugal, la distribución de los bienes que la constituyen no reporta ventajas o ~~provechos injustificados para ninguno de los divorciados.~~

Por su parte el artículo 273 del Código Civil, dispone: "Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior (es decir que tengan hijos, o bien que sean menores de edad, o que tengan bienes comunes) están obligados a presentar al juzgado un convenio en el que se fijen los siguientes puntos: I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio. II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, así como durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio. III La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento. IV. La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma en que debe dar el pago y la garantía que debe dar para asegurarlo. V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el

divorcio, así como la designación de liquidadores. A este efecto se acompañará un inventario y un avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad ”.

Generalmente es en relación con el primer punto del artículo 273, como los cónyuges no llegan a un acuerdo estrictamente legal para definir la situación de los hijos, porque en realidad pretende alguno de ellos excluir al otro de la patria potestad.

Es decir, concede el divorcio siempre y cuando se le entregue la custodia de sus hijos menores, y además, que el otro cónyuge renuncie de hecho a la patria potestad. Ahora bien, como la patria potestad no es renunciable, se trata de buscar una manera de burlar a la Ley, redactando el convenio de divorcio de tal manera que sin emplear la expresión categórica de que un cónyuge renuncia a la patria potestad sobre sus hijos, de hecho hace esa renuncia, porque se obliga a no visitarlos, a no intervenir en su educación, en su representación jurídica. En una palabra: a no volver a tener trato alguno con sus hijos menores. Pues bien, esta forma es como generalmente se redacta la cláusula, cuando hay esa condición indebida, impuesta por un cónyuge al otro, a fin de que el divorcio se tramite de común acuerdo, no debe ser aprobada por el Juez.

Por desgracia, nuestros Jueces se dejan guiar por la letra de estas cláusulas en donde con todo cuidado, no se emplea el término renuncia de la patria potestad, sin darse cuenta de que de hecho hay una verdadera renuncia, si en algún sentido se impide el ejercicio de la patria potestad que no puede perderse jamás en el divorcio voluntario.

La pérdida de la patria potestad, es solo una sanción en el divorcio necesario contra el cónyuge culpable, y es en el único caso en que el cónyuge inocente sí la ejerza exclusivamente.

También debe hacerse notar, que una vez que ha sido aprobado judicialmente el convenio, no puede ser rescindido por incumplimiento de sus cláusulas y sólo tiene lugar la ejecución forzada de las obligaciones que en él han contraído los consortes, puesto que la fuerza obligatoria del convenio deriva de la aprobación otorgada por el Juez en la sentencia de divorcio.

Pero en el divorcio voluntario, la Ley parte de que no hay causa imputable a ninguno de los consortes, sino simplemente que es voluntad de ellos, disolver el vínculo. Entonces no hay razón jurídica que justifique la pérdida de la patria potestad, pues el artículo 448 del Código Civil dice: "La patria potestad no es renunciable."

Los demás puntos que comprende el artículo 273 del Código Civil, se refieren respectivamente al modo de subvenir las necesidades de los hijos, tanto durante el juicio de divorcio, como después de ejecutoriada la sentencia que se dicte en el mismo; el modo de subvenir las necesidades de un cónyuge durante el juicio, que puede ser la mujer, pero puede serlo el hombre, cuando está incapacitado para trabajar y carezca de bienes propios; la casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento y la manera de administrar, primero, la sociedad conyugal y después proceder a su liquidación, nombrando al efecto liquidadores en el convenio de divorcio.

Por último la Sentencia que decreta el divorcio por mutuo consentimiento, es apelable en el efecto devolutivo. La que lo niegue es apelable en ambos efectos (artículo 681 del Código de Procedimientos Civiles). La apelación puede ser interpuesta por cualquiera de los cónyuges que pretenda divorciarse y por el Ministerio Público. Es obvio que los cónyuges en el divorcio

por mutuo consentimiento, no pueden apelar de la sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial. Pero, podrán interponer el recurso de apelación contra la sentencia que niegue el divorcio y contra los puntos resolutive de la sentencia de divorcio que modifique una o varias de las cláusulas del convenio presentado por ellos, tanto sobre la situación y guarda de los hijos como respecto de la liquidación de la sociedad conyugal o sobre los alimentos.

El Ministerio Público podrá apelar de la resolución judicial que decrete o niegue el divorcio y que resuelva sobre los puntos relativos a la situación y guarda de los hijos, así como respecto de la liquidación y disolución de la sociedad conyugal.

4. 2. 4 DIVORCIO NECESARIO

Desde otro punto de vista, atendiendo a la existencia o no existencia de culpa así como en su caso, al grado de gravedad de esa culpa, en que haya incurrido el cónyuge que ha dado motivo a la disolución del vínculo matrimonial, se distingue entre divorcio remedio, para los casos en que el divorcio se funde en la enfermedad padecida por uno de los esposos (fracciones VI y VII del artículo 267) y el divorcio sanción (las causas mencionadas de las demás fracciones del artículo 267 y el artículo 268 del Código Civil).

En estos casos el Juez, en la misma sentencia de divorcio decretará a cargo del cónyuge culpable, la pérdida o la suspensión del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos durante el matrimonio (artículo 283 del Código Civil).

Si en el juicio correspondiente se prueba que alguno de los cónyuges ha dado causa al divorcio, el inocente tendrá derecho a alimentos, mientras permanezca célibe y viva honestamente; el cónyuge culpable responderá de los daños y perjuicios que cause al cónyuge inocente por haber dado causa al divorcio (artículo 288 del citado ordenamiento legal).

El divorcio vincular, que según se dijo, procede de la mutua voluntad de los cónyuges (divorcio de mutuo consentimiento) o por demanda fundada de uno de los consortes en contra del otro (divorcio litigioso o necesario) tiene establecido en la Ley, vías diferentes y procedimientos distintos en uno y otro caso; pero cualquiera que sea la hipótesis o fundamento de la solicitud de divorcio, **para que proceda la disolución del vínculo, se requiere:**

a) La existencia de un matrimonio válido;

b) Capacidad de las partes, y

c) Legitimación procesal.

a) La existencia de un matrimonio válido, es un requisito o presupuesto lógico necesario, para la disolución del vínculo matrimonial. Ese requisito queda satisfecho con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio de quienes pretenden divorciarse. El matrimonio tiene a su favor la presunción de validez, mientras no haya sido pronunciada una sentencia ejecutoriada, que declare su nulidad (artículo 253 del Código Civil).

b) Los menores de dieciocho años aun cuando hayan sido emancipados, requieren la asistencia de un tutor dativo para solicitar su

divorcio, ya se trate de divorcio contencioso (artículo 499 y 643 fracción II del Código Civil) o por mutuo consentimiento (artículo 677 del Código de Procedimientos Civiles).

La intervención del tutor en el procedimiento de divorcio de menores de edad, tiene por objeto integrar y no substituir en el procedimiento, la voluntad del pupilo, autorizando con su firma en unión de este último, los escritos o instancias que se presenten durante los trámites del divorcio, porque se trata de una decisión personalísima de los cónyuges que no admite la institución de la representación propiamente dicha, para obtener la disolución del vínculo no puedan ser representados por el tutor. El tutor se limitará a asistir al cónyuge menor, en la secuela de procedimiento judicial de divorcio.

Puesto que, como ya se ha dicho, en todos los casos, la disolución del vínculo matrimonial, ha de ser fundada en la firme voluntad de los que pretenden obtenerla, esta determinación aparece clara en el divorcio por mutuo consentimiento, vía en la cual se exige la comparecencia personal de ambos consortes en las juntas previas al pronunciamiento del divorcio acompañados si se trata de menores de edad, del tutor dativo (artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles).

Asimismo, basta el sólo hecho de que los consortes que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento vuelvan a reunirse en cualquier momento, antes de que el divorcio hubiere sido decretado, para que este hecho, ponga fin al procedimiento de divorcio (artículo 276 del Código Civil). De la misma manera la reconciliación entre los cónyuges en el juicio de divorcio contencioso, pone fin al juicio de divorcio cualquiera que sea el estado del procedimiento, antes de que

se pronuncie sentencia ejecutoriada (artículo 280 del Código Civil) que decrete la disolución del vínculo matrimonial.

El tutor debe intervenir en la celebración del convenio que presentan los menores de edad que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, respecto de sus bienes, y en cuanto a la situación y guarda de los hijos de ambos.

c) Legitimación procesal. Desde el punto de vista de la legitimación procesal, son los cónyuges que pretenden divorciarse, los únicos que tienen interés legítimo, personalísimo en obtener la disolución de su matrimonio.

Si respecto de los menores de edad es improcedente la solicitud de divorcio suscrita sólo por el tutor, tratándose de mayores de edad, con plena capacidad de goce y de ejercicio, nada impide que puedan instituir apoderado para tramitar el juicio de divorcio necesario más no en el caso de divorcio por mutuo consentimiento. Cuando proceda el divorcio en la vía administrativa, queda excluida la intervención del apoderado para obtener el divorcio.

De acuerdo con el artículo 272 del Código Civil, la comparecencia ha de ser personal, tanto en la presentación de la solicitud de divorcio, como en la ratificación de dicha solicitud. El Juez competente para conocer y decidir del divorcio, es el del domicilio conyugal y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado (artículo 156 fracción XII del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Cuando existe una separación de hecho entre los cónyuges, el Juez competente es el del domicilio del demandado.

4.3 ANALISIS DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO

Examinando pues, las diversas obligaciones a cargo de los cónyuges, diremos que éstas son:

La de contribuir cada uno por su parte al fin fundamental de la institución, que es el de la perpetuación de la especie mediante la procreación de los hijos, para lo cual los esposos no sólo deben ir al matrimonio en condiciones de salud física y mental, sino que deben mantenerse en esas condiciones. La violación, por uno de los cónyuges, a esta obligación de estar y de mantener sanos física y mentalmente, engendra la primera clase de causas de divorcio que podríamos llamar "eugenésicas", por motivar todas ellas a la salud de la familia y de la raza.

En el Código Civil del Distrito Federal de 1928, pueden considerarse como causas eugenésicas de divorcio las contenidas en las fracciones VI, VII y XV del artículo 267 de dicho Código, o sean las de que uno de los esposos padezca sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria. La impotencia incurable sobrevenida después de celebrado el matrimonio, la enajenación mental incurable; la embriaguez habitual y, por último, el uso indebido y persistente de drogas o enervantes.

El segundo deber se deriva del matrimonio es la obligación mutua de los cónyuges de guardarse fidelidad. La violación a este deber, engendra las causas de divorcio por adulterio de uno de los cónyuges, fracción I del artículo 267, y la fundada en el hecho de que la mujer dé a luz, durante el

matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo (fracción II del artículo 267).

El deber de los cónyuges de vivir juntos bajo el mismo techo. La violación de este deber, engendra las causas de divorcio contencioso en las fracciones VIII, IX, X y XVIII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, o sean las de separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, o por más de un año, por causa que podría engendrar el divorcio; así como la declaración de ausencia o, en su caso, la de presunción de muerte, en los casos excepcionales en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia, o bien la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación de conformidad con la fracción XVIII, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

El deber de los cónyuges de darse alimentos recíprocamente. La violación al cumplimiento de la obligación alimentaria, engendra la causa de divorcio prevista en el fracción XII, o sea la negativa de los cónyuges de darse alimentos, cuando no se puedan hacer efectivos coactivamente.

Obligación de los cónyuges de guardarse mutuo respeto. La violación de esta obligación da lugar al divorcio fundado en las fracciones XI y XIII del artículo 267 citado, o sean la sevicia, amenazas e injurias graves de un cónyuge para con el otro, y la acusación calumniosa que haga un cónyuge al otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

Los cónyuges tienen por último y no sólo como tales, sino en función de miembros de la sociedad que deben guardar una conducta recta, la de no cometer actos inmorales.

Cuando los cometen, procede el divorcio por alguna de estas causas: Propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer (fracción III).

La incitación a la violencia hechas por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal (fracción IV).

Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción (fracción V).

~~Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena mayor de dos años de prisión (fracción XIV).~~

El hábito de juego, cuando amenaza causar la ruina de la familia, o constituye un continuo motivo de desavenencia conyugal (fracción XV).

Por último, cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión (fracción XVI).

Y ya no como sanción al incumplimiento de una obligación matrimonial, sino como rescisión voluntaria del contrato de matrimonio, según decimos antes, el Código Civil del Distrito Federal prevé como última causa de divorcio el mutuo consentimiento de los cónyuges (fracción XVII).

El estado de matrimonio, la vida común entre los consortes, descansa en la voluntad de cada uno de ellos, en mantener y alentar la comunidad de vida, por ello es que con gran acierto encontramos la fracción XIII.

Por último encontramos las fracciones XIX y XX que nos hablan de la reforma que sufrió hace poco el artículo 267 y dicha reforma nos parece muy acertada, ya que va en caminata a un tema que en materia familiar se da con mucha frecuencia, es decir, se da día con día a todas horas y en todo momento; y que lamentablemente existe casi en la mayoría de los hogares en donde las condiciones de vida son muy precarias por las carencias cotidianas, surgen los problemas y las familias sufren de la violencia y que nuestro Código no contemplaba tan claramente, como hoy en día lo establece; el tema de la violencia familiar, este se refiere a las conductas cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos, ya que establece con precisión la protección que se les brinda a los hijos de ambos o de alguno de ellos, ya que por lo general existen muchas parejas de vienen de matrimonios, de concubinatos, etc., que se desintegran y pasan a formar parte de otra forma relación, es así como llegan con hijos que provienen de su primera relación de pareja y por lo general cuando ya no existe entendimiento comprensión y sobre todo amor, buscan otras parejas para rehacer sus vidas y esos hijos de su primera relación se ven relegados por los nuevos hijos que se tienen con su otra pareja y por lo general son a estos primeros a los que se maltrata y abusa de ellos ya sea física, psíquica o mentalmente y lamentablemente sexualmente.

La fracción XIX manifiesta que "las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código"

"Artículo 323 ter.- Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atenté contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato."

Asimismo el multicitado artículo en su fracción XX reza que "el incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello".

Para los fines de este estudio, podría, pues, hacerse una clasificación de las causas de divorcio conforme al Código Civil, a fin de advertir las diferencias que los mismos presentan en esta materia de tan grande trascendencia social. Dicha clasificación sería la siguiente:

- a) *Causas eugenésicas.*
- b) *Causas fundadas en la infidelidad de los cónyuges.*
- c) *Causas fundadas en la separación de los esposos.*
- d) *Causas fundadas en el abandono de las obligaciones alimentarias.*

e) Causas fundadas en la falta de respeto de uno de los cónyuges a la persona del otro.

*f) Causas fundadas en la conducta inmoral de uno de los cónyuges,
y*

g) El mutuo consentimiento.

h) Violencia Familiar.

Por lo que analizaremos a continuación cada una de estas causas:

a) Causas eugenésicas. - El grupo de causas que originan el divorcio, se refieren a las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias. También se comprende la impotencia incurable para la cópula que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, y la locura incurable, para cuyo efecto se requerirá que transcurra el término de dos años, a fin de que se confirme el diagnóstico respecto de la misma.

Dicen sobre este grupo de enfermedades las fracciones VI y VII: "Son causas de divorcio: Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica e incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio." "Padecer enajenación mental incurable." Y el artículo 261 agrega: "Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecer la enfermedad."

Para el estudio de estas causas de divorcio, conviene hacer las distinciones siguientes: evidentemente se desprende del texto de la fracción VI, que la idea fundamental es que la enfermedad sea crónica e incurable, contagiosa o hereditaria. Es decir, debe reunir tres requisitos:

1) *Enfermedad crónica,*

2) *Incurable y*

3) *Contagiosa o hereditaria.*

Además de este tipo de enfermedades que constituyen el divorcio que hemos llamado remedio, en oposición al divorcio sanción (cuando existan delitos, hechos inmorales, actos contrarios al estado matrimonial, o incumplimiento de las obligaciones conyugales), tenemos otro grupo de causales que no deben considerarse como formas del divorcio remedio. Nos referimos a los vicios del juego, de la embriaguez, o al uso excesivo de drogas enervantes. No se ésta en la misma hipótesis de las enfermedades, ya aquí estamos en una categoría de causales de divorcio por vicios, que implican indiscutiblemente hechos ilícitos, hechos imputables, en donde hay culpabilidad, y que separamos de los delitos o de los hechos inmorales, por la fisonomía especial que presentan, pero que de ninguna manera podemos equiparar con las enfermedades en donde sólo existen el divorcio como un remedio, y tan es así; que el Código Civil vigente permite que en el caso de enfermedades, el cónyuge sano pueda tener la acción de divorcio vincular, o la acción de separación de cuerpos, único caso en que según el artículo 277, se mantiene aquella institución regulada en los Códigos anteriores y que sólo traía como consecuencia la separación de los consortes en cuanto a la vida en

común bajo el mismo techo. Dice sobre el particular este artículo 277: El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, es decir, enfermedades, incluyendo además impotencia y locura incurables, podrá sin embargo solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge; y el Juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

b) Causas fundadas en la infidelidad de los cónyuges.-

Evidentemente que en este caso no se requiere que existe Sentencia en el orden penal para tipificar el delito de adulterio. El Juez Civil puede apreciar libremente las pruebas que se le presenten para acreditar el adulterio que se imputa al demandado, y esto por la razón fundamental de que el adulterio es un delito que puede simplemente ejercitar la acción de divorcio, sin presentar querrela para que se sancione penalmente ese acto.

El Código Civil vigente lleva a cabo la equiparación en el adulterio del hombre y el de la mujer. Por eso dice el precepto que será causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, sin exigir ningún otro requisito. Además, el artículo 269, complementando al 267, agrega que cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio, sin necesidad, por lo tanto, de que haya una Sentencia en el orden penal.

Como la jurisdicción civil es autónoma, y en el juicio de divorcio se pueden rendir pruebas distintas de aquellas que se presentaron en la causa penal, podrá el Juez del divorcio considerar probado el adulterio para los efectos de

disolver el matrimonio, justamente porque está operando sobre distintas pruebas de aquellas que hayan tomado en cuenta el Juez penal.

c) **Causas fundadas en la separación de los esposos.**- La fracción VIII comprende la separación de la casa conyugal por más de seis meses, sin causa justificada, es decir, un hecho imputable. Esta separación no justifica necesariamente abandono de todas las obligaciones conyugales. El Código Civil, a diferencia de otras legislaciones, no nos dice abandono de un cónyuge por el otro, por más de seis meses, sin causa justificada, sino separación de la casa conyugal, sin tener causa. Es frecuente que el marido se separe de la casa conyugal sin causa justificada y siga cumpliendo su obligación alimentaria. No hay abandono de cónyuge en el sentido de cometer el delito específico de dejar sin medios para subsistir, y por lo tanto, no se tipificará la causal de divorcio que conforme a una determinada legislación, requiere el abandono del cónyuge y que también está prevista por la fracción XIV de nuestro artículo 267.

La fracción del artículo VIII del artículo 267, simplemente requiere que se demuestre el hecho objetivo de la separación de la casa conyugal y que no se pruebe por el demandado a quien se señala como cónyuge culpable, que tuvo motivo justificado para separarse.

Es motivo justificado para separarse, el que el otro cónyuge hubiere dado causa de divorcio; pero entonces, en relación con la fracción IX, debe entablarse la demanda de divorcio dentro del año, a partir de la separación, porque de lo contrario, es jurídico interpretar que, al pasar los seis primeros meses, quedo perdonada la causal de divorcio que se tuvo para separarse y comienza a correr el término de seis meses de separación injustificada. De ahí la posibilidad de que el cónyuge que dio causa para que el otro se separara, si éste

se separa y no entabla su demanda dentro del año, pueda él que motivo aquella causa, presentar a su vez demanda de divorcio. Dice la fracción IX: "La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para originar el divorcio, si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio."

Dice la fracción XVIII: "La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser provocada por cualesquiera de ellos." Se trata de la obligación fundamental, por cuanto que si no hay vida en común, no se pueden cumplir otros fines naturales del matrimonio para constituir la familia, para que si hay hijos, pueda ejercerse convenientemente la patria potestad por ambos padres.

Para que exista la ayuda mutua, no sólo en lo que se refiere a alimentos, sino también la ayuda de carácter moral, espiritual, que la ley supone entre los consortes.

d) Causas fundadas en el abandono de las obligaciones alimentarias.- En la fracción XII se estatuye que es causa de divorcio la negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no se puedan hacer efectivos los derechos que les concede el artículo 165. Es decir, en principio el cumplimiento de esta obligación que es necesario al estado matrimonial, no es causa de divorcio, si hay la posibilidad de que el cónyuge acreedor pueda embargar bienes para que el cónyuge deudor cumpla con su obligación alimentaria; sólo que exista esa imposibilidad, habrá causa de divorcio. Pero aquí tenemos que distinguir la causa por la que exista esa imposibilidad, pues la Ley no se refiere a que un cónyuge

carezca de bienes y, por lo tanto el otro esté imposibilitado de embargarlos, porque entonces, si un cónyuge careciere de bienes, no tendría la obligación de dar alimentos al otro. Siempre la obligación de dar alimentos supone la posibilidad económica del cónyuge deudor y la necesidad del cónyuge acreedor; debiendo los alimentos estar proporcionados justamente a esa posibilidad económica del que deba darlos y la necesidad del que deba recibirlos. En el artículo 311 se dispone: "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos." A su vez, el artículo 320 dice: "Cesa la obligación de dar alimentos: I.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla."

Ahora bien, la causal del divorcio, para que pueda justificarse, deberá intentarse en condiciones tales que se demuestre que no ha sido posible asegurar los ingresos o percepciones del cónyuge deudor.

e) Causas fundadas en la falta de respeto de uno de los cónyuges a la persona del otro. - En la fracción XI del artículo 267 se comprenden las causas de divorcio que con más frecuencia se invocan ante nuestros tribunales. Lo propio ocurre en los tribunales de todo el mundo, y especialmente en Francia, la Jurisprudencia ha hecho aplicación amplísima de estas causas que consisten en la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro. Nuevamente como en los casos anteriores, pueden llegar a tipificar o el delito de amenazas, de injurias, o bien, constituir sólo desde el punto de vista civil una causa de divorcio independientemente de que se establezca por sentencia de la existencia o comisión de esos delitos.

En los divorcios verdaderamente simulados que se presentan en México, se confiesan estas injurias graves, y se cree que ante la confesión que va a hacer

el demandado, (que se sabe que la hará debido el previo acuerdo, cuando no quieran recurrir al divorcio voluntario para no garantizar pensión de alimentos a los hijos), el Juez tendrá que decretar el divorcio, porque el demandado confiesa la injuria grave. Tal proceder es infundado, porque entonces queda a la determinación de los cónyuges que hubo injuria, que fue grave y que por lo tanto hizo imposible la vida conyugal, privando al Juez de su facultad de estimar la gravedad de la misma, y como es una función de evidente orden público, a pesar de que se confiese la demanda de divorcio, el Juez podrá perfectamente establecer que no quedó debidamente probada la acción, porque desde que se presentó la demanda no se señalaron los elementos necesarios para poder calificar la injuria misma, y en tal virtud, la causa resultó insuficiente.

La fracción XIII del artículo 267 estatuye como causa de divorcio, la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. En el Código Civil de 1884, también se reconoció esta causa de divorcio, pero bastaba con que hubiese una acusación calumniosa de un cónyuge contra el otro, aun cuando fuera por un delito que tuviese cualquier pena. En cambio, el Código Civil vigente exige que la acusación sea grave, por imputar calumniosamente un cónyuge al otro, un delito que merezca una pena mayor de dos años de prisión.

Estamos en presencia de una causal que sí requiere previamente que se siga el juicio penal, se pronuncie Sentencia y se declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le imputó al otro cónyuge. Si en esa Sentencia se establece que el acusado es inocente de un delito que merecía una pena de prisión mayor de dos años, entonces el cónyuge calumniado tendrá ya comprobada plenamente su causa de divorcio; pero se requiere que la Sentencia penal que declare su inocencia, causa ejecutoria.

En la fracción XIV del artículo 267 se establece también como causa de divorcio haber cometido uno de los cónyuges, un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años. Evidentemente que también en esta causa, hasta en tanto no haya Sentencia ejecutoriada que imponga al cónyuge que cometiere el delito una pena mayor de dos años de prisión, no se podrá configurar la causa de divorcio que la Ley otorga al otro cónyuge, pero siempre y cuando el delito no sea político y resulte infamante.

Por último, la fracción XVI señala también como causa de divorcio, cometer un cónyuge contra la persona o los bienes de otro un acto que sería putable si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión. Aquí el Código Civil se refiere al caso previsto por el Código Penal de 1871, en el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aún cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, si ese robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña, fuere sancionable con más de un año de prisión, si constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrando el propio legislador, cuando elaboró esta causal en 1928, fecha en que se promulgó el Código Civil vigente, que el delito debería apreciarse por el Juez civil, para los efectos exclusivamente del divorcio, por cuanto que no había conforme al Código Penal, el delito de robo entre consortes. En los demás casos, por ejemplo, lesiones entre cónyuges, sí implican un delito para los efectos del Código Penal, y, por consiguiente, ya no estaban regulados por esa fracción XVI sino por la XIV. En la actualidad, ya el Código Penal vigente no exceptúa el caso que sí admitía el de 1871, o sea el de que no había robo entre consortes, y como conforme a este Código, si hay delito si el ofendido se querella, ya no es aplicable la fracción XVI, que en rigor ha perdido toda posibilidad de ser aplicada, ya que tendremos que

referirnos al delito que cometiera un cónyuge contra el otro, en los términos de la fracción XIV, para el caso de que este delito tenga una pena superior a dos años de prisión.

f) Causas fundadas en la conducta inmoral de uno de los cónyuges. - La fracción II del artículo 267 comprende como causa de divorcio el hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese acto y que judicialmente sea declarado ilegítimo. Evidentemente no hay delito alguno en que la mujer oculte a su futuro marido, que se encuentra embarazada respecto de un hijo de quien no es padre éste; pero si hay un gran hecho inmoral, porque ello demuestra una deslealtad absoluta, tanto antes del matrimonio, como en el momento de celebrarlo, y esta deslealtad de la mujer, de no revelar a su futuro marido que se encuentra encinta, y que evidentemente implica además injuria, es la que se sanciona como causa de divorcio. Se ha discutido en la doctrina si existe una injuria, por cuanto que va a resultar deshonra para él marido y a través de ese silencio de la mujer lo ofenda gravemente, exponiéndolo hasta la burla y desprecio de los demás.

El mismo artículo 267, fracción III, puede comprender, según ya explicamos, el delito de lenocinio, cuando el marido explota el cuerpo de su mujer, o bien, el hecho inmoral que consista en la propuesta del marido para prostituir a su mujer y que ésta rechaza. Dice así esta fracción, que ya hemos estudiado: "La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer."

La causa de divorcio que se hace consistir en el hecho de que el marido prostituyese a su mujer, bien cuando lo lleve a cabo directamente o cuando acepte dinero o alguna otra recompensa para que su mujer tenga relaciones carnales con otro hombre, no requiere que previamente se declare al marido penalmente responsable del delito de lenocinio, pues dada la amplitud con que está expresada esta causa por la fracción III del artículo 267 del Código Civil, puede ir más allá del mismo delito de lenocinio que castiga el Código Penal, cuando alguien obtenga de otro un lucro a través del comercio carnal, haciendo una explotación de su cuerpo en forma constante o accidental. Una comparación entre el artículo 267, fracción III, del Código Civil y el artículo 207 del Código Penal para el Distrito Federal, el lenocinio, nos permitirá precisar la independencia que existe entre lo que constituye una causa de divorcio ante éste hecho ilícito, y los elementos que integran desde el punto de vista estrictamente penal.

En la fracción IV del mismo artículo 267 se declara que es causa de divorcio la incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. Aquí nuevamente encontramos que esta incitación puede tipificar el delito previsto por el artículo 209 del Código Penal, que textualmente estatuye: "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido."

En la fracción IV se comprenden también los actos ejecutados por el marido o por la mujer, para corromper a los hijos, o la tolerancia en su

corrupción, estos actos pueden llegar a constituir el delito especial de corrupción de menores o bien, el hecho inhumano de corromper a un menor de edad, o a un mayor de veintiún años.

La fracción V del mismo artículo 267 comprende como causas de divorcio tanto delitos como hechos inmorales, porque se refiere a los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción. Podrá darse el caso específico de corrupción de menores de dieciocho años de edad; pero podrán los hijos ser mayores, y entonces ya no estaremos ante ese delito, pero sí indiscutiblemente, ante el acto inhumano del padre o de la madre que inducen o llegan a corromper al hijo o a la hija mayor de dieciocho años.

g) El mutuo consentimiento.- En el Derecho mexicano el mutuo consentimiento como causa de divorcio, o sea según se menciona al principio de este capítulo, que era una rescisión voluntaria del contrato y no ya una sanción por falta de cumplimiento de las obligaciones que incumben a los cónyuges.

h) Violencia Familiar.- En materia familiar se da con mucha frecuencia la violencia familiar lamentablemente en un gran porcentaje de la sociedad, en donde las condiciones de vida son muy precarias debido a las carencias cotidianas, y por estas y otras causas surgen los problemas familiares y las desavenencias y es por ello que sufren la violencia, el tema de la violencia familiar, este se refiere a las conductas cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos, ya que establece con precisión la protección que se les brinda a los hijos de ambos o de alguno de ellos, ya que por lo general existen muchas parejas que tienen hijos de sus primeras relaciones sentimentales y cuando se unen nuevamente con otra pareja

diferente y procrean hijos los primeros hijos sufren el maltrato de las personas que no son sus padres, pero que ya mantienen una relación de parentesco.

Ahora bien la fracción XIX manifiesta que "las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código" "Artículo 323 ter.- Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atenté contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato."

Asimismo el multicitado artículo en su fracción XX reza que "el incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello".

4. 4 FINALIDAD DEL DIVORCIO

El divorcio, disolviendo el matrimonio destruye al mismo tiempo al grupo familiar y con ello, priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico, moral e intelectual.

Prescindiendo de consideraciones ético religiosas, el divorcio se encuentra en pugna con los intereses superiores de la colectividad social y por lo tanto, no se le puede aceptar, por lo menos en principio como una institución deseable; antes bien se justifican las medidas que en diversos países se han adoptado para evitar los divorcios o para hacer difícil la disolución del vínculo matrimonial.

Al respecto no debe existir discusión sobre el particular. Por lo tanto el problema socio-jurídico del divorcio no se plantea en esos términos.

Se presenta a discusión, considerando la cuestión desde el punto de vista más humano, en el sentido de cuáles deben ser los motivos que en la Ley se consideren como causas justificadas de divorcio; porque la resolución judicial que declare la disolución del vínculo, debe ser pronunciada en el caso en que de hecho, el estado matrimonial ya ha desaparecido entre los consortes.

La cuestión se desplaza a la comprobación fehaciente, concienzuda, de que efectivamente ya no subsiste entre los consortes que pretenden divorciarse, la situación socio familiar de un verdadero matrimonio.

No puede pensarse que en este caso, la sociedad tenga interés en mantener el vínculo jurídico.

En cuanto al interés primordial de los hijos, no puede negarse que los constantes problemas y disensiones entre los padres, lejos de ofrecer un clima favorable, para la adecuada formación de la prole, crean un ambiente negativo en la mente de la niñez y de la juventud para su óptimo desarrollo integral, como futuros ciudadanos de nuestra sociedad mexicana.

No puede desconocerse en manera alguna que los jóvenes, hombres y mujeres de las actuales generaciones son las primeras víctimas de ese desajuste, que se observa en la familia moderna y que el creciente número de divorciados, ha sido uno de los factores importantes que han contribuido a formar este actual estado de crisis respecto de la juventud moderna.

Pero debemos tratar de contar mejor, con un criterio objetivo, buscar las raíces del problema.

La institución del divorcio, por si misma no es la causa de ese malestar o inconformidad de la juventud con la estabilidad social del país.

El número creciente de divorcios es índice alarmante de ese desajuste en la familia. La proliferación de los divorcios, es un síntoma del mal que trata de atacarse. En este sentido el divorcio, que se emplea hoy en día como un medio fácil para eludir las responsabilidades de los consortes, frente a la prole y frente a la sociedad, ha recibido las críticas que deben ser enderezadas hacia otras causas más profundas.

La crisis del matrimonio moderno y en consecuencia de la familia, pone en claro que los elementos constitutivos del grupo familiar, no se agotan en la satisfacción sexual, ni es la necesidad de crianza de la prole.

Este elemento psíquico fundamental, el verdadero amor conyugal, que requiere un sentido de responsabilidad y vocación de sacrificio entre los esposos, tiende hoy en día a debilitarse y revierte, en muchos matrimonios modernos en la sola satisfacción de la relación sexual, de la comodidad de vida y de conveniencia personal.

Cuando entre los consortes desaparece la convicción de que el matrimonio es el medio natural de integración del individuo y la sociedad, las causas de la disolución de la familia no se encuentran en la institución del divorcio, ni en el desajuste de los elementos del grupo familiar, sino que el germen destructivo, se encuentra en factores de otra índole de carácter social, político y económico, que han trastocado los valores éticos en la formación del individuo.

Para concluir diremos que el matrimonio presenta uno de los problemas más difíciles para la vida personal del ser humano; el más romántico y hermoso de los sueños, debe ajustarse con la realidad de una tarea común que si es promisorio de la más alta felicidad demandada en cambio, de cada uno de los cónyuges gran dosis de generosidad y sublimes sacrificios. El matrimonio no es una convivencia por siempre feliz entre los consortes. Siendo la base de la familia, es el fundamento de la sociedad actual, como lo fue de todas las sociedades humanas anteriores y mantener este esfuerzo es tarea de todos. Cada uno debe contribuir con su esfuerzo individual y los reformadores y legisladores deben permanecer en constante observación de esta institución. Porque como todas las cosas vivientes, el matrimonio se encuentra en constante desarrollo y cambio. Sabias y moderadas reformas, sin embargo que deben llegar hasta modificar esta institución son necesarias para prevenir posibles desastrosos movimientos revolucionarios.

Así el Código Civil del Distrito Federal vigente establece en sus artículos 283 a 287, inclusive, una serie de medidas tendientes a la protección de los derechos de los hijos en caso de divorcio de sus padres, que pueden resumirse en la forma siguiente: durante el procedimiento de divorcio los hijos

quedarán bajo el cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, debiendo el Juez decidir en definitiva. Al resolverse por sentencia la disolución del vínculo conyugal, el Código Civil fija una serie de medidas en relación con la situación de los hijos, distinguiendo las diversas causas de divorcio. En todo caso la propia Ley establece que antes que de manera definitiva se resuelva sobre la patria potestad o la tutela de los hijos, los tribunales deberán tomar en consideración todas aquellas sugerencias que les hagan los abuelos, tíos o hermanos mayores y que los propios tribunales consideren benéficos para los menores.

----- En lo que corresponde a las obligaciones para con los hijos, dicen la Ley -----
que se tomaran en la Sentencia de divorcio todas las medidas necesarias para asegurar los deberes de los padres con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayoría de edad y de las hijas aunque sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio siempre que vivan honestamente. Afirma la Ley esta situación al establecer en su artículo 285 que el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

4.5 EFECTOS DEL DIVORCIO SOBRE LOS MENORES

En cuanto a la situación de los hijos, el artículo 283 del Código Civil, castiga con la pérdida de la patria potestad al cónyuge culpable cuando

la conducta que ha observado éste, revela un grado de inmoralidad tan grave, que si conservara la patria potestad, constituiría un verdadero peligro para la educación de los hijos.

Este precepto legal impone esa sanción, cuando la causa del divorcio ha sido: el adulterio debidamente probado, el hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concedido antes de su celebración, siempre que sea declarado judicialmente ilegítimo, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, la incitación a la violencia para cometer algún delito, los actos inmorales del marido o de la mujer para corromper a los hijos y la tolerancia en su corrupción, el abandono del hogar por más de seis meses sin causa justificada, la comisión de un delito infamante y los hábitos del juego o de la embriaguez y el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenacen causar ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal (artículo 267 fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV, del Código Civil).

Si los dos cónyuges han incurrido en alguna de las hipótesis mencionadas en el párrafo inmediato anterior, y por lo tanto si la conducta de ambos ha sido igualmente grave e inmoral, pierden ambos la patria potestad y ésta debe pasar al ascendiente o descendiente que corresponda, según el orden establecido por la Ley y no habiendo ascendiente que la ejerzan, la Sentencia deberá proveer al nombramiento de un tutor de los hijos (artículo 283 del Código Civil.)

Hay casos en que la causal de divorcio no reviste extrema gravedad. Entonces, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero el cónyuge culpable la recobra a la muerte de aquél.

Si ambos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente o ascendientes que corresponda, y si no hay quien la ejerza se nombrara tutor a los hijos, quienes ejercerán sus funciones hasta la muerte de uno de los divorciados; en este caso, el padre y la madre que sobreviva, recuperara la patria potestad.

En estos supuestos, no se produce la pérdida de la patria potestad, aún cuando la disolución del vínculo obedezca a culpa imputable a uno de los cónyuges, tales como el que el divorcio tenga su origen en la separación del hogar conyugal originado por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año, el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio; en los casos de la declaración de ausencia o de presunción de muerte; cuando el motivo del divorcio se deba a sevicia, amenazas o injurias graves de un cónyuge para el otro; si ante la negativa de uno de los cónyuges para darse alimentos no pueden hacerse efectivos los derechos que la Ley establece para obtenerlos; en caso de calumnia de uno de los consortes hacia el otro y cuando un cónyuge, contra los bienes del otro, un acto sería punible y que merezca una pena que exceda de un año de prisión si se tratare de persona extraña (artículo 267 del Código Civil).

CAPITULO V

PROTECCIÓN REAL DE LOS MENORES

- 5.1. FIJACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA**
- 5.2. MODIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA**
- 5.3. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA**
- 5.4. PROTECCIÓN LEGAL DE LOS ALIMENTOS**
- 5.5. PROPUESTA PERSONAL DE POSIBLES SOLUCIONES**

CAPITULO V

PROTECCION REAL DE LOS MENORES

Como sabemos la obligación de dar alimentos tiene por objeto, proporcionar al acreedor los medios de vida suficientes, no solamente para subsistir, sino para proporcionar a los menores una educación bastante para hacerlos aptos en la lucha por la vida.

5.1 FIJACION DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA

Como sabemos en México, en cuanto a la forma de cumplir la obligación, se atiende a dos procedimientos: uno que consiste en pagar el equivalente de todas estas prestaciones en cantidad de dinero, y otra que es la incorporación.

1. - El pago de la pensión alimenticia en cantidad de dinero lo consagra el artículo 309 del Código Civil el cual reconoce que: "El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión competente al acreedor alimentario..."

Por lo cual se puede apreciar, que los alimentos se suministran en dinero o en especie, en forma de pensión cuyos pagos deben ser periódicos. Una vez fijada la forma de pensión al cubrir la obligación haciendo entrega de artículos de primera necesidad, ropa, pagando la renta de la casa, o incorporándolo, ya que ha nacido el derecho del acreedor para recibir una cantidad de dinero.

2. - En cuanto a la incorporación a la familia, la doctrina lo funda en la imposibilidad de pagar la pensión. Se aplica el principio de que donde comen tres, pueden comer cuatro.

El artículo 309 del Código Civil vigente dice que: "El obligado a dar alimentos cumple la obligación... incorporándolo a su familia..."

De la reglamentación legal se deduce que la incorporación existe cuando se lleva al acreedor a vivir al domicilio del deudor, proporcionándole sustento, asistencia, etc.: en la misma forma que lo puede hacer el deudor con su familia, sin que por ello pase a formar parte de esa familia por lazo alguno de parentesco. La incorporación sólo es válida si ambos manifiestan su voluntad de convivencia en el mismo hogar. Es por esto que el artículo 310 del Código Civil, no autoriza la incorporación en caso de los cónyuges divorciados, y concede además al Juez la facultad de negar la incorporación en los casos que exista inconveniente legal.

La libertad que se concede al deudor alimentario no es una facultad arbitraria puesto que de acuerdo con la parte final del artículo 309 del Código Civil que otorga facultad al Juez para fijar la manera de ministrar los alimentos. Si se atiende a esta última parte del artículo, no se puede exigir la incorporación del acreedor voluntario, a lo cual, la doctrina sostiene que el derecho de la incorporación a la familia del deudor, se condiciona a los hechos de que tenga domicilio propio y que no exista tampoco estorbo moral o legal para que el acreedor sea trasladado a ella.

"Existe un inconveniente legal para la incorporación cuando el que debe dar alimentos haya sido privado del ejercicio de la patria potestad como ocurre en los casos de divorcio, o bien, cuando se impone tal consecuencia en calidad de

pena por los casos previstos en el artículo 444.”⁵⁴ Este artículo fija cuando se pierde la patria potestad.

En el Derecho Francés se dan dos casos en que si procede la incorporación, como lo hacía notar Planiol, atendiendo a los artículos 210 y 211 del Derecho Francés.

“1. - Los recursos del deudor son insuficientes. El deudor alimentario prueba que no dispone de fondos que necesitaría para el pago de la pensión. Puede el tribunal ordenar en tal caso que reciba al acreedor en su domicilio con el fin de que viva allí y se alimente.”

“2. - El deudor es el padre o la madre del acreedor de alimentos.

En tal caso desaparecen los inconvenientes de una promiscuidad que se hace muy natural; el hijo no podrá declinar el ofrecimiento que se le dirige por sus padres de vivir en común con ellos a su costa.”⁵⁵

Para la fijación del monto de la pensión, debe tenerse presente el principio de que los alimentos han de proporcionarse de acuerdo “a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos” (artículo 311 del Código Civil). Por lo que, la determinación de la cuantía del deber de alimentos, constituye un punto de hecho, que queda sujeto a la apreciación del tribunal sentenciador por cuanto que hay que tomar en cuenta todas las circunstancias, tanto del acreedor como del deudor alimentario, tales como posición social, carga de familia, salud, posibilidades de trabajo, ingresos, lugar de residencia, tiempo, etc.

⁵⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano.” Tomo II. Octava Edición. Editorial Porrúa México, 1993. p. 272

⁵⁵ PLANIOL. Op. Cit. p. 122.

La determinación contractual o jurídica de la pensión alimenticia es provisional, porque se atiende a los cambios que puedan sobrevenir por ambas partes, que se traduce en un cambio en la forma de vivir que o podría sostenerse con la autoridad de una cosa definitivamente juzgada.

La obligación alimenticia varía, y así encontramos que durante el matrimonio existe la obligación para el marido sin limitación alguna; pero la mujer, respecto del marido y subordinada a las condiciones que la Ley fija; en las situaciones de divorcio intentado, a cierto periodo de tiempo, o sea, el que dure la tramitación del juicio; en las de divorcio declarado, depende de la culpabilidad del cónyuge; y entre ascendientes y descendientes la obligación alimenticia está sujeta a las necesidades del acreedor alimentario cuando existan las causas legales.

Tomando en cuenta lo anterior, debemos hacer la distinción entre alimentos provisionales y los alimentos definitivos.

Provisionales son aquellos que, en términos generales, se fijan para hacerse exigibles durante un periodo de tiempo, que tendrán un termino cierto. Son por ejemplo, aquellos que duran mientras se resuelve el fondo de un negocio judicial, y en el cual la Sentencia fijará los alimentos definitivos, o sea, los que duraran ya por tiempo indeterminado, mientras no varíen las circunstancias que sirven de base para su fijación. Tal es el caso de los alimentos provisionales y definitivos señalados por el Juez en los casos de divorcio.

Los alimentos que el Código Civil llama definitivos, son aquellos que se fijan por determinación judicial, legal, contractual o testamentaria, no pudiendo

llamarlos propiamente definitivos ya que los alimentos por su propia naturaleza y por el hecho de estar subordinados a las posibilidades del que los da y a las necesidades del que los recibe, se puede afirmar que casi siempre varían, y por consiguiente, la resolución judicial que los señale causará estado, pero sólo en lo que se refiere al derecho a la percepción, que también puede desaparecer pero que nunca será definitiva en cuanto al monto de los mismos. El monto podrá aumentarse o reducirse en la proporción que aumenten o disminuyan las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor.

Otro caso en el que el arbitrio judicial es necesario en lo que se refiere al monto y manera de pagar los alimentos, es aquella en que el deudor solicita la incorporación del acreedor a su casa y éste se opone a lo mismo. El Juez determinará el modo de pagar los alimentos en el caso de que falte ese consentimiento, de acuerdo con las circunstancias en que se presente. (artículo 309 del Código Civil). El acreedor, probará la posibilidad del deudor para ministrarlos y éste se exceptuará probando la inexistencia de la necesidad de los alimentos. El actor probará su calidad de acreedor y que el demandado tiene bienes bastantes para cubrir la pensión reclamada.

Ahora bien, si el monto de la prestación alimenticia por resolución judicial se tiene que aumentar o disminuir, esto no tiene fuerza retroactiva, porque se debe extender el aumento o disminución sin perjuicio de las cantidades percibidas por el acreedor alimentario; por lo que no se puede devolver la diferencia en el caso de su reducción ni tampoco puede exigirse dicha diferencia en caso de que sea aumentada.

"El crédito por alimentos es de orden público, pues el Estado tiene interés en que el crédito sea cubierto inmediatamente porque si no se cumple

esta obligación por los participantes, el Estado se encontraría obligado a prestar los alimentos, porque debe tutelar a los individuos, y por lo mismo ver la necesidad de la existencia del ser humano y esto lo tendría que hacer por medio de la Asistencia Pública.”⁵⁶

Es más, el Estado que representa a la humanidad y al orden público, debe interesarse en proveer a las necesidades de toda la colectividad; ya sean físicas, intelectuales y morales, ya que el hombre por sí sólo en muchas circunstancias está imposibilitado para bastarse así mismo y a cumplir su destino humano.”⁵⁷

La obligación alimentaria sancionada por las leyes, tiene el mérito de aligerar la carga del fisco, desde el punto de vista de que cada familia provea a la subsistencia de sus miembros por sí mismos.

5. 2 MODIFICACION DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA

La doble variabilidad del deber alimenticio, significa que los alimentos han de ser; como establece el artículo 311 del Código Civil, proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.

Estas características del deber de suministrar alimentos determinan que la fijación del monto tenga siempre un carácter esencialmente provisional, ello debido a que su cuantía se reducirá o aumentará proporcionalmente según el aumento o disminución que sufra la fortuna de la que hubiere de satisfacerlos y las necesidades del alimentista.

⁵⁶ REBORA, Juan Carlos. “Instituciones de la Familia.” Editorial Guillermo Kraft. Buenos Aires. 1966. p 29

⁵⁷ CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Familiar.” Tomo II. Editorial Reus. Madrid. 1976.p. 533

Como consecuencia importante de la doble variabilidad de la obligación de prestar alimentos es la que la Sentencia de alimentos no produce jamás la excepción de cosa juzgada. Así, el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal lo señala y por lo mismo la Sentencia dictada en este juicio trata solamente de resolver sobre uno de los accidentes del juicio y cualquier cuestión que surja con motivo de la ejecución que necesariamente será incidental.

Como ya vimos antes, la pensión alimenticia varía y no es fija, por lo que estudiaremos la forma en que en el juicio se hacen tales variaciones.

En nuestro Derecho existe una unidad en el procedimiento, y este juicio no tiene que esperar a los resultados de un juicio ordinario, sino que todas las cuestiones de alimentos se tramitan en juicio sumario, en los que pueden ser tomados en consideración los principios de prueba que funden el derecho, así como los elementos necesarios para hacer una estimación adecuada a las cantidades que deben proporcionarse. Por lo que se refiere a la competencia de la cuantía, en atención de que no puede fijarse de antemano el monto y la duración de la obligación, sería imposible asignarles competencia a los Jueces de Paz.

Será Juez competente por razón del lugar, para conocer de los negocios de alimentos, en términos generales, el del domicilio del deudor, ya que se trata de una acción personal. Sin embargo, lo será el del domicilio conyugal en el caso de que se trate de los alimentos entre los cónyuges, y el del cónyuge abandonado para cuando se trate de este supuesto (artículo 156 fracción IV, XI y XIII del Código de Procedimientos Civiles).

De acuerdo con el artículo 144 del Código de Procedimientos Civiles "La competencia de los tribunales se determinara por la materia, la cuantía, el grado y el territorio. " Por lo que la competencia del Juez de Primera Instancia que otorga el artículo 323 del Código Civil, se surte por la materia del juicio y no por la cuantía del mismo.

En cuanto a los recursos, podemos decir que contra la resolución definitiva dictada en un juicio de alimentos, rigen las reglas de apelación, a efecto de que mediante la interposición del recurso, el Tribunal de Alzada, confirme, revoque o modifique la resolución del Juez de Primera Instancia. (artículo 688 del Código de Procedimientos Civiles).

~~Dadas las condiciones especiales de la pensión alimenticia, que tiende a~~
satisfacer necesidades inaplazables, la apelación que se interponga sólo deberá admitirse en efecto devolutivo, a fin de que se cumpla con el fallo en Primera Instancia, mientras en la Segunda se resuelve; no puede admitirse en ambos efectos porque esto traería como consecuencia el poner al acreedor en condiciones de no poder subsistir. (artículos 695, 714 y 768 del Código de Procedimientos Civiles).

En la suspensión del Juicio Amparo cuando verse sobre alimentos la Jurisprudencia ha establecido que no procederá, aún cuando si puede concederse en los casos en que versare sobre alimentos caídos y no cobrados oportunamente.

Nos vamos a referir a continuación a casos concretos en que la Ley expresamente señala el monto, o bien la manera de fijar los alimentos, y de modificarlos.

En primer lugar nos encontramos al menor sujeto a tutela, quien debe recibir alimentos y educación que se regularán de manera que nada necesario le falte, según su condición y posibilidad económica. (artículo 538 Código Civil vigente). A este respecto el artículo 530 ve una regla general de apreciación que tiene la obligación de fijarla el tutor, cuando entre en el ejercicio de su cargo o en su defecto el Juez. Estos alimentos podrán variar en cantidad en la porción que varía el patrimonio del menor, ya que es él quien proveerá a su propio sostenimiento. (artículo 537 del Código Civil vigente).

Ahora bien si la cantidad que se destine a alimentos de este menor sujeto a tutela ha sido establecida por otra persona, como sería el caso del testador o donante, el Juez atendiendo a las razones expuestas anteriormente, podrá modificar la pensión alimenticia. "Es más como medida necesaria para que el patrimonio del menor no sufra menoscabo, los alimentos deben sujetarse a los ingresos que el menor obtenga por los productos de sus bienes y en el caso de que estos productos resultaren insuficientes, podrán tomarse todas aquellas medidas que se juzguen necesarias para evitar la merma del capital, a cuyo efecto, si es necesario, se hará que el menor se dedique a algún oficio o profesión." ⁵⁸

Cuando el menor no tiene bienes o los que tienen son insuficientes el tutor debe en primer lugar, exigir el cumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos al menor a todos aquellos que conforme a derecho están obligados y en los casos que no existieran estos, o bien que existiendo se encontraran imposibilitados, deberán con autorización del Juez Pupilar encontrar colocación al pupilo en un establecimiento de Beneficencia Pública o Privada

⁵⁸ TEDESCHI, Guido. "El Régimen Patrimonial de la Familia." Traducción de Santiago Sents Melendo. Editorial Reus Buenos Aires. 1969. p. 53

(artículos 543 y 544 del Código Civil vigente), o le buscará trabajo entre los particulares, siempre que éste sea atendiendo a la capacidad y condición del pupilo.

El artículo 545 del mismo ordenamiento ve el caso en que todo lo anterior fracasare, los indigentes, tienen derecho a ser alimentados por el Estado, a costa de las rentas públicas del Distrito Federal. Esta obligación subsistirá mientras no se encuentre quién proporcione los alimentos al menor o que pueda proveer a su subsistencia.

En segundo lugar tenemos lo que se refiere a las sucesiones, en que el Código Civil fija especialmente los alimentos. Así tenemos que el artículo 1358 del Código Civil ve que: "La condición impuesta al heredero o legatario, de tomar o dejar de tomar estado, se tendrá por no puesta, pero sin embargo, permite que se condicione el pago de una pensión alimenticia al tiempo que permanezca soltero (a) o viudo (a), y que esta pensión se fijará de acuerdo con los principios generales sobre alimentos y no al de sucesiones. (artículos 311 del Código Civil).

Como ya expresamos antes, la libertad del testador está limitada por la obligación alimenticia de acuerdo con los artículos 1368 y 1372 del mismo ordenamiento. Por lo que puede declararse la inoficiosidad del testamento en el caso de que no se dejen alimentos como lo reglamenta el artículo 1373 del Código Civil vigente.

El haber hereditario ha de cubrir los alimentos a las personas que se mencionan en el artículo 1368 del Código Civil que fija como acreedores a los descendientes menores de edad del sexo masculino, y sin limitación de edad para estos mismos en el caso que se encuentren impedidos para trabajar; a las hijas

que siendo solteras vivan honestamente sin limitación de edad; al cónyuge supérstite, si el hombre siempre y cuando se encuentre impedido para trabajar y si es mujer en tanto permanezca viuda y viva honestamente; a los ascendientes y a la concubina que reúna los requisitos a que hemos referido con anterioridad; a los hermanos y colaterales dentro del cuarto grado siempre que sean menores de edad o estén incapacitados para proveer a su subsistencia.

Puede darse el caso de que el haber hereditario no alcance para cubrir las necesidades de todos los acreedores, lo cual prevé nuestra Ley en el artículo 1373 del Código Civil, que establece una preferencia en relación del parentesco y el efecto, por lo que ordena que los alimentos se paguen en primer lugar a los descendientes y al cónyuge supérstite, a prorrata, cubiertos éstos se concederán los alimentos a prorrata a los ascendientes; después y en la misma forma a los hermanos y a la concubina y de manera análoga en el caso de que exista excedente a los demás colaterales dentro del cuarto grado.

La pensión alimenticia se fijará conforme a lo dispuesto en el capítulo relativo a los alimentos, sino fueran específicamente otorgados por el testador; pero la pensión no debe exceder de los productos de los bienes que le correspondería en el caso de sucesión legítima, ni debe infringir el mínimo antes señalado. (artículo 1372 del Código Civil). En el artículo 1376 leemos: "La pensión alimenticia es carga de la masa hereditaria, excepto cuando el testador haya grabado con ella alguno o algunos de los partícipes de la sucesión". Será por lo mismo una carga a la sucesión que debe satisfacerse periódicamente mientras se concluya la tramitación del juicio sucesorio.

Para facilitar el cumplimiento de la obligación en esos casos la Ley, (artículo 1774 del Código Civil), permite que capitalizando el monto de la pensión,

se separe la porción del haber hereditario y se destinen sus productos al pago de los alimentos, convirtiendo al alimentario en usufructuario de esos bienes.

Para concluir diremos que se ha visto, que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades del que los recibe; por lo mismo, si las circunstancias de cada uno cambian, podrán por lo mismo cambiar el importe de los alimentos, por lo mismo, éstos pueden ser reducidos o aumentados proporcionalmente, según las necesidades del alimentante y de la fortuna del que debe satisfacerlos.

5.3 EXTINCION DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA

El Código actual supone casos, por ejemplo, que las necesidades del acreedor provengan de su falta de dedicación al trabajo o a su conducta viciosa. Si se prueba que estos hechos con los que motivan el estado de necesidad cesará la obligación la cual puede renacer al desaparecer esos vicios de la causa (artículo 320 fracción IV del Código Civil).

Otro caso en que subordina la existencia de la obligación a una condición, es la que establece el Código como una sanción para el alimentista ingrato, que perderá los derechos que tiene para percibir alimentos, ya que se le pone en la imposibilidad de cumplir con la obligación en los casos que se trate de una incorporación a la familia. (artículo 320 fracción V del Código Civil). Esta sanción por ingratitud no admite la extinción sino simplemente una suspensión de la obligación alimenticia. Situación análoga en el caso de donación pues el artículo 2370 expresa: "Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud: I.- Si el donatario comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante

o de los ascendientes, descendientes o cónyuge de éste; II.- Si el donatario rehusa socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido a pobreza."

En el artículo 320 se vigila la conducta del acreedor condicionando su derecho a alimentos al hecho de no cometer faltas o daños graves o injurias contra su deudor. (fracción III).

De acuerdo con el artículo 1316 en la fracción VIII expresa: "Por razón de delitos son incapaces de adquirir por testamento o por intestado: VIII.- Los demás parientes del autor de la herencia que teniendo la obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido..."

De este artículo mencionado también se infiere que si bien se tiene derecho a alimentos por razón de sucesión al reunirse los requisitos legales necesarios de parentesco, matrimonio, etc., la existencia o exigibilidad de este derecho está condicionado a los términos del artículo 1316 como lo expresa literalmente el artículo 1340 del mencionado Código Civil.

Durante el matrimonio la obligación de proporcionarse alimentos que se tiene entre los cónyuges no tiene limitación en cuanto al tiempo de duración, pero si con relación a la condición resolutoria que sería el divorcio. Porque al realizarse el divorcio desaparecería la obligación de ministrar alimentos en forma que rige para el matrimonio, pero continuando la obligación durante la tramitación del juicio, en la forma provisional que se señale, hasta que recaiga la sentencia judicial que declare la culpabilidad de uno de los cónyuges, y por consiguiente la obligación de éste de pagar los alimentos definitivos. La obligación por lo mismo

cesa para aquel de los cónyuges que teniendo la obligación de pagar los alimentos sea declarado inocente del divorcio. Así también, en los casos de divorcio voluntario el convenio respectivo fijará a quién deberá relevarse del cumplimiento de la obligación.

Según el artículo 323 del Código Civil, la esposa abandonada tiene derecho a los alimentos durante la separación, pero esta obligación dejará de cumplirse en la forma de pago de pensiones en el momento en que la separación termine. Así también, hay condición resolutoria en el caso de que reciba los alimentos la mujer declarada inocente en el divorcio, pero se subordina la obligación, a que no contraiga nuevas nupcias y que viva honestamente. (artículo 288 del Código Civil vigente); este mismo artículo condiciona la obligación de proporcionar alimentos al marido que se encuentre imposibilitado para trabajar, resolviéndose la obligación al desaparecer la imposibilidad para el trabajo o también por el hecho de adquirir bienes propios, en este mismo sentido se expresa el artículo 1368 del Código Civil en su fracción III, para el caso de sucesión en que se debe dejar la parte correspondiente a los alimentos.

Por lo que respecta a los hijos, la obligación de suministrar alimentos se sujeta a condición resolutoria, de su mayoría de edad; (este criterio no se aplica necesariamente en todos los casos) por lo que toca a los hijos y descendientes, en el supuesto de que los padres se encuentren divorciados, la disolución del vínculo matrimonial no hace desaparecer la obligación de ministrar alimentos, de acuerdo con la cuantía de sus bienes, hasta que los hijos varones lleguen a la mayoría de edad, siempre y cuando sigan estudiando y necesiten de alimentos. En los casos que se deban pagar alimentos por razón de sucesión a los hijos o a los descendientes hasta los 21 años, y aún pasando esta edad si se encuentran

imposibilitados para trabajar, la obligación cesará en los términos del artículo 1368 del Código Civil, en el momento en que deje de existir esa imposibilidad. Los alimentos que el testador deje a los descendientes mujeres, cesarán cuando abandonen la soltería para contraer matrimonio o cuando su conducta deje de ser honesta.

Para los hermanos y colaterales en caso de sucesión que les deje alimentos, cesará la obligación cuando desaparezca la incapacidad del mayor de 18 años, o si siendo menor de esa edad adquiriera bienes.

Ahora bien retomando el criterio que sustenta la obligación de los padres de suministrar alimentos a los hijos se sujeta a la condición resolutoria, de su mayoría de edad; lo cual no es aplicable a todos los casos ya que existen situaciones especiales, que se deben de tomar en consideración para que dicho criterio no se aplique, para mayor abundamiento respecto del mismo hacemos de su conocimiento algunas Jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

"Alimentos. Corresponde al deudor alimentario la carga de probar que los hijos mayores que acrediten se encuentran estudiando un grado escolar adecuado, no los necesitan.- Esta Tercera Sala de la suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia publicada con el número 141, en la página 236, de la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de mil novecientos diecisiete a mil novecientos ochenta y ocho, sostuvo el criterio de que la obligación de proporcionar alimentos a los hijos mayores de edad no desaparece por el solo hecho de que lleguen a esa edad, en virtud de que su necesidad no se satisface automáticamente por la realización de esa circunstancia, toda vez que al igual que los hijos menores de edad, tienen la presunción de necesitar los alimentos, salvo

prueba en contrario, correspondiendo tal carga en esos casos al deudor, quien debe justificar que el actor no los necesita, ya sea porque tiene bienes propios o porque desempeña algún trabajo o alguna profesión, oficio o comercio; sin embargo, tal criterio debe quedar limitado, para que prospere la acción de alimentos intentada por el hijo mayor de edad que afirma estar estudiando, al hecho de que justifique además de su calidad de hijo y de que el deudor tiene posibilidad económica para sufragarlos, el de demostrar efectivamente que se encuentra estudiando y que el grado de escolaridad que cursa es adecuado a su edad , pues atendiendo a que los alimentos deben ser proporcionados en razón a la necesidad del que debe percibirlos, no sería jurídico ni equitativo condenar al padre o deudor a proporcionar alimentos al hijo que cuenta con edad avanzada y estuviera realizando estudios que no corresponde a su edad y situación”.

Octava Epoca:

Contradicción de tesis 16/90. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Matera Civil del Tercer circuito y Primer Tribunal colegiado del Séptimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado (entonces Unico) del Décimo Séptimo Circuito. 5 de octubre de 1990. Unanimidad de cuatro votos.

Nota:

Tesis 3ª./J.41/90, Gaceta número 36, pág. 21; Semanario Judicial de la Federación. Tomo VI, Primera Parte, pág. 187.

“Alimentos, Derecho a los. Cuando el acreedor adquiere la mayoría durante el juicio.- No existe razón jurídica para estimar que por la sola circunstancia de adquirir la mayoría de edad un acreedor alimentario durante la substanciación del juicio, no tiene derecho a recibir alimentos, ya que de adoptarse tal criterio, se le estaría dejando en estado de indefensión, al haber carecido de la oportunidad de ejercitar y probar su derecho a los alimentos aun siendo mayor de edad”.

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Amparo directo 16/90. Juan Crisóstomo Salazar Orea. 26 de junio de 1990. Mayoría de votos de los señores Magistrados. Gustavo Calvillo Rangel y Arnoldo Nájera Virgen, contra el voto particular del Magistrado José Galván Rojas, : Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Amparo directo 55/90. Ezequiel Zárate Barragán .2 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Nuñez Rivera.

Amparo directo 102/89. Francisco Espinoza Carriles. 27 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

“Alimentos. La carga probatoria de la necesidad de continuar percibiendo esa prestación, cumplida la mayoría de edad y concluidos los estudios profesionales, recae en el acreedor alimentario.- El artículo 308 del Código civil para el Distrito Federal, que impone la obligación del deudor alimentista, la circunscribe respecto de los hijos, a la ministración de comida, vestido, habitación, asistencia médica y gastos para la educación primaria y para algún oficio, arte o profesión adecuados a su sexo; por lo tanto, con apego al precepto indicado, la obligación del deudor se satisface cuando se ha cumplido con las hipótesis previstas, esto es, al concluirse los estudios se cumple tal obligación de los padres para con los hijos; de donde se infiere que si el acreedor alimentario únicamente le falta el requisito administrativo de la titulación de los estudios ya sufragados por el deudor, esa sola circunstancia no puede ser considerada como parte integrante de la obligación aludida, por lo que es el acreedor que ya terminó una carrera profesional, a quien le corresponde demostrar que todavía requiere de los alimentos, ya que en ese supuesto sobre él gravita la carga probatoria.

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo en revisión 1791/98. José Miguel Ángel Gutiérrez Cabrera. 10 de septiembre de 1998. Mayoría de votos. Disidente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Poniente: Manuel Ernesto Saloma Vera.

Otra condición especialmente citada por el Código Civil se encuentra en el artículo 1359, que subordina la percepción de alimentos a la no realización de un acontecimiento, que es, que el viudo o soltero contraiga matrimonio.

Asimismo, debemos observar que cesa la obligación de dar alimentos, en los términos previstos por el artículo 320 del Código Civil:

"I.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla.

II.- Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos.

III.- En caso de injuria, falta o daño graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos,

IV. 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.

V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.

Como podemos observar, las dos primeras fracciones que hemos transcrito están concebidas en función del principio de proporcionalidad que rige la materia alimentaria; la tercera de las hipótesis reconoce el aspecto ético que

concorre en la obligación; pero también en cuanto a que éste debe ser recíproco. La cuarta causal encuentra una base de justificación para que cese la obligación, por una conducta imputable al acreedor y la última de ellas se concede cuando ha existido previamente la fórmula de la incorporación que ya hemos explicado anteriormente.

Dentro de la sistemática del Derecho Hereditario, encontramos una regla general en el capítulo de los Testamentos Inoficiosos, en el artículo 1370 que dispone: "No hay obligación de dar alimentos a las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falta para complementarla."

Esta regla es justa y confirmatoria del Principio de Proporcionalidad que hemos ampliamente expuesto.

No obstante lo anterior, el artículo 1368 del mismo ordenamiento dispone que el testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: "I. A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de su muerte;

II. A los descendientes que estén imposibilitados para trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;

III. Al cónyuge superstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;

IV. A los ascendentes;

V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir sus necesidades."

El artículo 1369 agrega: "No hay obligación de dar alimentos, sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado."

El artículo 1374 define: "Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en este capítulo."

"La deuda y el crédito alimenticio son estrictamente personales e intransmisibles, ya que la relación obligatoria, es personal por cuanto se basa en el vínculo familiar que une al deudor con el acreedor. La deuda cesa con la muerte del obligado y no se transmite a sus herederos, que podrán, sin embargo, ser obligados a prestar alimentos, solamente en el caso de que se hallen ligados por el vínculo familiar al que la Ley asocia la obligación; en este caso la obligación

surge en ellos originalmente, no como herederos, también se extingue el crédito alimentario naturalmente con la muerte del alimentista." ⁵⁹

Consideramos que tienen razón aquellos autores que sostienen que la obligación de prestar alimentos es impersonal y transmisible, y que por lo mismo no se extingue con la muerte de la persona, porque además de las razones expuestas considero que se trata de una obligación que tiene el carácter de patrimonial, razón por la cual se toma en cuenta su importe cuando se valora la entidad económica del patrimonio del deudor.

Por lo que es de concluirse que entre las principales modalidades a que se sujeta una obligación encontramos el término y la condición resolutoria. Ambas extinguen la obligación alimenticia.

I.- Término extintivo.- La obligación alimenticia se encuentra sujeta en su duración a la realización de determinados acontecimientos que ciertamente llegaran, debiendo pagarse todas las prestaciones hasta en tanto el plazo o término que le pondrá fin, es decir, en que se considere que la obligación se ha ejecutado y por lo tanto concluye.

a.- En caso de fallecimiento del acreedor alimentario, como un acontecimiento que ciertamente llegara y que pondrá fin a la obligación alimenticia.

b.- Y por lo que se refiere el divorcio, hay que distinguirse entre el intentado y el declarado. En el primero, los alimentos provisionales están

⁵⁹ RUGEIRO, Roberto De. "Instituciones de Derecho Civil." Volumen I. Editorial Reus. España 1992 p. 698

limitados en su duración a la llegada de un acontecimiento cierto, que es la conclusión del juicio (artículos 273 fracción II y 282 fracción III del Código Civil). Para el caso de divorcio declarado, la obligación entre los cónyuges subsistirá en los términos de la condena, si el Código señala los términos.

c.- Los hermanos y colaterales hasta el cuarto grado tienen derecho a alimentos hasta que lleguen al término fijado por la Ley que es el caso de alcanzar la edad de dieciocho años, (tomando en consideración que no necesariamente por ese sólo hecho se deje de percibir los alimentos como lo hicimos latente con antelación) aún en los casos que no se trate de sucesión, (artículos 306 y 1368 fracción VI del Código Civil).

d.- En lo que se refiere al legado de alimentos se estará a lo que disponga el testador en cuanto al término, pero si no se ha fijado en forma expresa una duración menor, deberán pagarse hasta la muerte del legatario. (artículo 1463 del Código Civil).

II.- Resolución condicional.- La existencia de la obligación alimenticia puede terminar por la realización de un acontecimiento futuro e incierto al cual se subordine, que es un caso de extinción de la obligación alimenticia.

Podemos decir, de acuerdo con todo lo anterior, que la duración de la obligación alimenticia queda comprendida dentro de los límites de la posibilidad de dar los alimentos y la necesidad de recibirlos.

5.4 PROTECCION LEGAL DE LOS ALIMENTOS

Antes de continuar con nuestro trabajo es preciso señalar lo siguiente que por filiación natural se entiende el vínculo que une al hijo con sus

progenitores que no se han unido en matrimonio. Esta situación se ha considerado tradicionalmente en dos formas: "a).- Una relación jurídica lícita que producía determinadas consecuencias si los padres del hijo natural pudieron legalmente celebrar matrimonio, por no existir ningún impedimento; y b).- Una relación ilícita si los padres estaban legalmente impedidos para celebrarlo, por virtud del parentesco o de la existencia de un matrimonio anterior respecto de alguno de ellos o de ambos, dado que entonces los hijos habidos en esa unión se consideraban incestuosos o adúlteros." ⁶⁰

De conformidad a la legislación vigente, se considera que los hijos pueden dividirse en:

I. - Hijos nacidos en matrimonio.

II. - Hijos nacidos fuera del matrimonio.

III. - Hijos adoptivos.

Sin embargo, el mismo ordenamiento al referirse a los hijos nacidos fuera del matrimonio y a diferencia de su antecedente legislativo inmediato Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 que en su artículo 186, declara: "Todo hijo nacido fuera de matrimonio es natural", menciona en sus preceptos a las diferentes clases tradicionales de los hijos, las cuales son:

a) Hijos naturales.

⁶⁰ RJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil" Tomo I Vigésima Sexta Edición . Editorial Porrúa. México. 1995. p 471

b) Hijos adulterinos.

c) Hijos incestuosos.

Esta razón incuestionable, impulsó a consignar las diversas clases de filiación que pueden ser: la legítima, la natural, la adulterina, la incestuosa y la adoptiva.

Por lo que se refiere a la filiación se estima que el matrimonio es la forma que debe prevalecer sobre cualquier otra, para la constitución de la familia, por ofrecer mayores seguridades, no sólo para los cónyuges, sino también para los hijos y en definitiva para la sociedad y el Estado mismo, de ahí que la filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio, ha tenido preferencia respecto de la de los no nacidos dentro del vínculo conyugal.

En consecuencia con ese fin, Rojina Villegas establece: "Los efectos del matrimonio respecto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista: a) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos; b) Para legitimar a los hijos nacidos mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, y c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad." ⁶¹

Respecto de este tipo de filiación Bonnecase estatuye: "La filiación legítima es el lazo que une al hijo con sus padres cuando están casados en el momento de su concepción, o en el de su nacimiento..." ⁶²

⁶¹ ROJINA VILLEGAS "Op. Cit" p. 427

⁶² BONNECASE "Op. Cit" p. 581

Por lo que hace a la filiación natural adulterina, esta resulta cuando el hijo es concebido en el momento en que uno de sus padres estaba casado con otra persona.

El hecho de que uno de los progenitores esté unido en matrimonio con tercera persona, hará que el hijo sea natural adulterino.

Este vicio de adulteridad puede existir no sólo respecto de uno de los padres, sino también con relación a los dos; esto es, los padres que procrean al hijo que corresponde a este tipo de filiación, no están casados entre sí, pero cada uno de ellos tiene un vínculo matrimonial con diversa persona; la madre de ese hijo, está casada con otro hombre que no es el padre, a su vez, el padre de ese mismo hijo está casado con otra mujer que no es la madre. En esta filiación el hijo sólo tiene derecho a alimentos y no hereda a su padre.

Para la filiación natural incestuosa, en lo que respecta a esta, el hijo es incestuoso cuando los padres son entre sí, parientes por consanguinidad o afines en cierto grado próximo, que les impide contraer matrimonio. Es decir, entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; además, parientes en línea colateral en segundo grado y finalmente, entre parientes en línea colateral de tercer grado. Aun cuando este parentesco es susceptible de dispensa, de no otorgarse ésta y habiéndose celebrado el matrimonio, al hijo se le considera incestuoso.

Cabe apuntar que en el Derecho Europeo se coloca a los hijos naturales en una condición jurídica injusta, por su absoluta inferioridad frente a los hijos

legítimos, a diferencia de nuestro Derecho que admite la equiparación de ambas categorías y sólo requiere que se pruebe debidamente la filiación natural.

Por último apuntamos la natural y con relación a esta clase de filiación Bonnecase dice: "La filiación natural es el lazo que une al hijo con su padre o con su madre, o con ambos, cuando éstos no están casados entre sí en el momento de su nacimiento." ⁶³

Por su parte, Rafael de Pina afirma: "Hijos nacidos fuera de matrimonio. Son los engendrados por personas no ligadas por vínculo matrimonial. Se clasifican en naturales aquellos cuyos padres se encuentran en condiciones de contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo, y no naturales aquellos cuyos padres no pudieron haberse unido legalmente cuando los concibieron." ⁶⁴

Ese criterio se estima inadecuado para la legislación mexicana, pues cabe hacer mención que en el ordenamiento vigente al igual que la Ley Sobre Relaciones Familiares, borraron la concepción de los hijos europeos que sostenían los Códigos Civiles de 1870 y 1884, los cuales equivalen a los mencionados por el Dr. De Pina como "no naturales".

Así se establece en la Exposición de Motivos del Código Civil al decir: "Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos

⁶³ BONNECASE. *Idem* p 598

⁶⁴ PINA, Rafael De. "Elementos de Derecho Civil Mexicano" Tomo I. Décima Novena Edición. Editorial Porrúa México 1995. P. 352.

sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quiénes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios para vivir..." "Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quién es su madre, y se estableció a favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina."

La simple lectura de las anteriores expresiones, es suficiente para estimar que la medida legislativa adoptada sobre el particular, es digna de elogio, pues corrige deficiencias muy marcadas de las legislaciones anteriores y viene a ser un paso más hacia la estabilidad de la situación de los hijos; consecuentemente, con ese interés, el Derecho Civil vigente admite la equiparación de la situación jurídica de los hijos naturales con los legítimos, al otorgárseles los mismo derechos, requiriéndose solamente que se pruebe debidamente la filiación natural.

Por otro lado el artículo 74 de la Ley de Relaciones Familiares consideraba responsable de un acto delictuoso, al esposo que abandonara a su esposa y a sus hijos, dejando aquélla a éstos, o a ambos, en circunstancias aflictivas. El mismo artículo admitía la posibilidad de evitar la sanción, si después de realizando el abandono, se pegaba el importe de las cantidades que habían sido erogadas para la manutención y se garantizaba el pago de las pensiones futuras. Ya desde entonces se veía la posibilidad de una responsabilidad penal.

Dentro del capítulo relativo al abandono de personas, el Código Penal vigente, tipifica como delito de querrela necesaria, el abandono que se haga de

los hijos o del cónyuge, dejándolos sin recursos para atender a su subsistencia. Menciona también el Código, la posibilidad de obtener la libertad del culpable, mediante el perdón y el pago de lo que hubiese dejado de ministrar por concepto de alimentos, asegurándose en forma legal el pago de las pensiones venideras. La sanción para esta falta de asistencia, la Ley de Relaciones Familiares la fijaba con precisión de dos meses a dos años, en tanto que el Código Penal vigente sólo lo extiende de uno a seis meses, pero aumenta la pena con la privación de los derechos de familia. Esta responsabilidad se encuentra limitada, porque sólo abarca a los cónyuges, al padre y a la madre, no considerando como sujetos activos del delito a los demás obligados alimenticios. (Código Penal, artículos 335 a 338).

Este delito de abandono de hijos o de cónyuge requiere no sólo el abandono material de la casa, sino de las personas y obligaciones. Es un acto voluntario por el cual el cónyuge deja de prestar al otro o a los hijos, el auxilio que natural y legalmente está obligado a darles; esta obligación se encuentra limitada a la posibilidad de atender a las necesidades, porque si se está en la indigencia o se carece de posibilidades no hay delito.

5.5 PROPUESTA PERSONAL DE POSIBLES SOLUCIONES

Sin que se pretenda negar que hay casos en la práctica en que verdaderamente se aseguran los alimentos, sí sostenemos que en esa misma práctica en la mayoría de los casos de este tipo de asuntos no se cumple con el aseguramiento que pretenden los preceptos legales del Código Civil, y las razones por las que tal consideramos, son principalmente las siguientes:

Primera. - La falta casi absoluta en la mayoría de estos negocios por parte del obligado, de bienes sobre los cuales poder constituir hipoteca y asimismo la carencia de alguna prenda con cuya entrega puede ser segura la pensión alimenticia.

Segunda. - Para lograr por medio de la fianza el aseguramiento de que se trata, y siendo ésta un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si este no lo hace, (artículo 2794 del Código Civil); por la misma ausencia de bienes a que aludimos, consecuentemente se estará en la imposibilidad de asegurar los alimentos por este medio.

Tercera. - Nadie está obligado a lo imposible. Para poder constituir un depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos, es absoluta e incuestionablemente necesario tener ese elemento "sine qua non" que es precisamente el factor dinero, mismo que entre la clase humilde carece con mucha frecuencia y está es la que más abunda en nuestro pueblo y a la cual está enfocado este trabajo como lo hemos manifestado con antelación, es sin lugar a dudas lo que más falta, y no teniéndolo, resulta claro que esta tercer razón de la inoperancia en nuestro medio del aseguramiento de los alimentos es derivada de las otras dos antes expuestas.

La falta de medios económicos, ahora por parte del acreedor para sufragar los honorarios del abogado y los gastos que los trámites procesales acarrear; la imperdonable falta de ética de algunos de los referidos profesionistas que no orientan ni atienden como debería ser a los acreedores alimentarios que a ellos recurren en busca de la solución rápida y satisfactoria del problema que los afecta; el analfabetismo y la impreparación en general de

que adolece la clase social de que se habla; la inmoralidad y falta de responsabilidad y educación de los deudores que obstaculizan con su proceder la consecución del beneficio que se menciona; el mal encausado orgullo de nuestras mujeres al no querer hacer valer los derechos que al respecto les otorga la Ley, etc., son otras tantas de las muchas causas o razones que se pueden mencionar y otras más que no se repetirán aquí por creerlo pertinente.

De todas maneras consideramos que la razón predominante por la que en el terreno de los hechos no es posible en muchos casos asegurar los alimentos, es de índole económica y es la medular, porque si se contara con el dinero suficiente, de un modo regular podrían ser superadas otras dificultades que impiden indirectamente dicho aseguramiento y estimamos también que es de naturaleza económica la razón anotada tanto respecto del deudor como del acreedor; si aquél es solvente desde este punto de vista o sea el económico, se tendrán muchas posibilidades de éxito en el negocio; si éste cuenta con ese factor económico en cuanto baste para cubrir los gastos del procedimiento, el beneficio buscado no se hará esperar.

Ahora bien, determinar el momento en que nace la obligación de prestar alimentos, tiene importancia desde el punto de vista teórico y práctico, en virtud de que el nacimiento de la obligación determina el alcance del mismo.

Si se estima que el deber nace a partir del momento en que el acreedor hace valer sus derechos, ello significa que el deudor estará obligado a pagar los alimentos futuros, más no así los anteriores al juicio, y si por el contrario, se considera que la obligación nace en el momento mismo en que se produce la necesidad, el alimentante estará obligado a pagar los alimentos a los necesitados

con anterioridad al juicio así como las deudas que el proporciono los alimentos se hubiere visto en la necesidad de contraer para poder así subsistir.

En los alimentos debidos a consecuencia de delito, en virtud de una disposición testamentaria, o por convenio, la obligación nace a partir de la comisión del delito, de la apertura de la sucesión y de la fecha en que las partes hubieren fijado en el convenio respectivamente.

El problema de determinar en que momento nace el deber de alimentos, se presenta en relación con la obligación alimenticia de carácter legal. La opinión de algunos tratadistas, es que el derecho a exigir alimentos existe desde el momento en que se produce la necesidad, pero la obligación correlativa no obra sino a partir del momento en que el mencionado derecho se hace valer.

Algunos otros sostienen que el derecho a pedir alimentos existe aún antes de toda demanda, y que desde entonces se está autorizando para sostener, que las deudas de alimentos contraídas por el que estaba en estado de necesidad, eran a cargo del deudor alimentario.

En nuestro Derecho la obligación de suministrar alimentos, nace en virtud de la demanda judicial, en la cual se deben plantear los presupuestos indispensables de parentesco, la necesidad del alimentado y la capacidad económica del alimentante. Por lo que en un principio, el deber de alimentos sólo comprende los alimentos futuros, esta razón se atenúa en razón del artículo 1908 del Código Civil que expresa: "Cuando sin consentimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamar de aquél su importe, a no constar que los dio con ánimo de hacer un acto de beneficencia." Es

por lo mismo que, nuestro Derecho acepta la segunda forma citada para el nacimiento del deber de alimentos, puesto que si nuestro Derecho se ve que el que presta alimentos es un necesitado será considerado como una gestión de negocios.

La obligación alimenticia es sucesiva, porque la Ley hace gravitar la deuda sobre determinadas personas, conforme a cierta graduación, de modo que los deudores no están obligados simultáneamente, y por lo mismo el indigente debe reclamar los alimentos siguiendo el orden que la Ley establece para los deudores alimenticios, y sólo por impedimento de los primeros pasa la obligación a los siguientes.

Así es, que se establece jerarquía entre los diferentes deudores, es decir; los primeros, los cónyuges que es el deber imperioso superior a todos los demás, luego los padres y sus descendientes, los hijos y sus ascendientes, los colaterales, excluyendo entre estos los más próximos a los más remotos.

En nuestro Código Civil vigente, los artículos 302, 303, 304 y 305, fijan el orden en que deben ser llamadas las personas obligadas a prestar alimentos.

Para concluir diremos que es muy común escuchar decir entre las personas que en la actualidad la moral de nuestro pueblo que tradicionalmente fue crisolada e imprimía un sello característico a nuestra sociedad este perdiendo a pasos agigantados la benéfica observancia de sus loables postulados y que es lamentablemente notorio el interés que se observa por todo lo material y al mismo tiempo el olvido que se acentúa cada vez más, de los valores éticos y morales.

Las causas de estos efectos son múltiples y variadas, pero solo nos referimos a aquellos en que reconocen como origen el incumplimiento de la obligación de dar alimentos.

Una de esas consecuencias y tal vez de las principales es la que se advierte primero dentro del seno de la familia al enterarse los menores de que al incumplimiento del padre deben su raquítica alimentación, su inadecuada atención en las enfermedades, su falta de educación escolar o cuando menos de la adquisición de material didáctico para el aprendizaje; libros de texto, y todo lo necesario para su desarrollo normal, y asimismo la carencia de un oficio, arte o profesión; y al enterarse como digo; de dichas circunstancias, lejos de sentir el respeto y cariño que los afortunados experimentamos por nuestro progenitor, van desarrollando en su espíritu que *siente esa inconformidad un sentimiento de desamor e indiferencia que se torna después en un anhelo de reproche y que muchas veces termina transformándose en un verdadero odio hacia quien con su actitud irresponsable es la causa inmediata de su desdicha.*

Por el mal que hemos señalado como a otros que se han mencionado, tampoco termina ahí en el ambiente exclusivamente familiar, sino que trasciende también a la colectividad; el resentimiento y desprecio que anida en su ser respecto de quien solo biológicamente se puede llamar padre, lo vierte más tarde sobre la sociedad en general hiriéndola en muchas formas con sus inmorales actos que desgraciadamente, y lo que es peor, van a ser escuela para otros infelices que por cualquier razón ofrezcan un campo apto y propicio para hacer germinar la semilla de las bajas pasiones, el caos social y el crimen. Lo cual es inmoral e incorrecto para la salud mental de la colectividad.

Por lo anteriormente expuesto, considero que se deben reformar los siguientes artículos de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal.

TITULO SEXTO

DEL PARENTESCO, DE LOS ALIMENTOS Y DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

CAPITULO II

DE LOS ALIMENTOS

Artículo 308.- Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. La obligación de ministrar alimentos subsistirá cuando:

I.- Los hijos se encuentren incapacitados para trabajar y atendiendo a sus condiciones específicas, carezcan de la oportunidad real de allegarse los medios necesarios para subsistir por sí mismos;

II.- Los hijos menores que alcancen la mayoría de edad, y estos sigan estudiando una carrera profesional, siempre y cuando sus calificaciones sean aprobatorias, además que el grado de escolaridad que curse sea adecuado a su edad, debiendo presentar una constancia expedida por la institución en donde se encuentren estudiando y en donde se manifieste claramente dicha situación;

III.- Las hijas que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente conforme a la moral y a las buenas costumbres, además que no cuenten con los medios de subsistencia necesarios, se debe de considerar que tienen la obligación de colaborar conforme a sus posibilidades a los quehaceres domésticos, ayudar a la crianza y cuidado de los hermanos menores, etc., dentro del núcleo familiar.

Artículo 317.- El aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad real y suficiente para cubrir en su totalidad los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficientemente eficaz a juicio del juez, él cual podrá tomar todas las medidas necesarias para poder asegurar plenamente al acreedor alimentario.

En caso contrario el juez del conocimiento dará vista de oficio al Ministerio Público, a efecto de que practique las diligencias necesarias para la debida integración del delito de abandono de personas, previsto y sancionado por el Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 321.- El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción.

Sin embargo, para los casos en donde existan varios deudores alimentarios deberán presentar por escrito al juez que conozca del asunto, un convenio en donde se detalle la forma de cubrir la obligación de ministrar los alimentos a los acreedores alimentarios, dicho convenio deberá ser coherente, real y eficaz al criterio del juez, el cual podrá hacerle las observaciones pertinentes, para proceder a firmarlo ante su presencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El Derecho de Familia debe ser reconocido oficialmente en todas las naciones como la cédula natural primaria y fundamental de la sociedad como la cédula insustituible del organismo social. En efecto, tal será la sociedad cuales son las familias; la familia es algo sagrado, no sólo es la cuna de los hijos, sino también de la Nación, de su fuerza y de su Gloria.

Cabe hacer mención que en nuestra postura, urge que el Sistema Jurídico de nuestro país fortalezca lo ya establecido en materia de familia, de alimentos, etc., no hay que olvidar que se han dado avances pero que, no son suficientes para proteger realmente a esta institución que debe de ser prioridad, si queremos enderezar el camino para lograr subsistir como humanidad.

SEGUNDA: En el seno de la familia es en donde se prepara en gran parte el destino de los Estados, porque así como los fragmentos de la familia deshechos o que están separados no son aptos para constituir una sociedad sana y estable, sino solo un conglomerado amorío de individuos, al contrario, la dignidad y la santidad de la vida conyugal y familiar, es como la columna vertebral del Estado.

En efecto, lo que hace a una Nación prosperar son las costumbres puras de la familia fundadas sobre las bases del orden y de la moralidad, así como del cariño, afecto, respeto que cada uno de una de otra manera nos inculcan nuestros padres para poder establecer con bases firmes nosotros mismos nuestras propias familias y llevarlas por la vida por el buen camino.

TERCERA: Las condiciones de vida de la mayoría de nosotros ciertamente se han demeritado como resultado de las crisis que nos ha venido afectando durante los últimos años, pero, a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes, se han preservado, por la política social del Estado hasta cierto punto, los servicios de educación, empleo, vivienda, salud y abasto.

Por lo que la situación para muchas familias no ha sido alentadora, y se han visto en la necesidad de los padres de contribuir al gasto familiar, es decir, de anteriormente la madre era la única encargada de velar por el bienestar y la educación de los hijos, cuestión que se ha venido debilitando debido a que hoy en día tiene que salir del hogar conyugal para contribuir con su aportación al sostenimiento de la familia.

CUARTA: Por ello, a pesar de la explosión demográfica, a pesar de los movimientos poblacionales, a pesar de la demanda sobre las instituciones públicas, acrecentada por la caída relativa de atención de los servicios privados; a pesar de los muchos rezagos que aún debemos superar, la estabilidad social y la paz social se mantienen. Tenemos que empeñar el trabajo por la justicia para seguir conservándola.

Y en su caso renovarla y corregirla para poder estar en armonía con el sistema por el cual se rigen nuestros actos como individuos, pero sobre todo nuestros actos como seres sociales, es decir, las normas que rigen nuestro comportamiento social para con nuestros semejantes, cuestión que nunca deberá desaparecer, por el bien de la humanidad y la subsistencia de la raza humana como tal.

QUINTA: El cambio de las condiciones sociales en la vida de la mujer moderna, impone la necesidad de renovar la legislación, ya que no puede permanecer ajena al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan.

SEXTA: Ahora bien en el matrimonio, la mujer juega un papel muy importante pero a dejado a un lado sus responsabilidades que había venido desempeñando con anterioridad, la modernidad le ha permitido desarrollarse más en el ámbito de su vida personal, con ello no queremos decir que debería de quedarse en el hogar para procurar a los hijos, de ninguna manera estamos de acuerdo con ese supuesto, ahora bien lo que creemos es que se debería de tomar en consideración, es la participación más activa del hombre en este tipo de cuestiones que desde un principio adquirió al convertirse en esposo y en padre de familia, ya que si bien es cierto el varón y la mujer son iguales ante la ley, deben de compartir las cargas en forma proporcional, para poder sacar adelante a su familia.

SEPTIMA: Nuestro actual Derecho, producto de las necesidades económicas, jurídicas y sociales de otras épocas, se halla fuertemente influenciado por las diarias conquistas de la mujer y por los progresivos triunfos del principio de la solidaridad.

Dicho principio debe de ponerse en practica con más frecuencia y poder así inculcársele a nuestros hijos no como un deber sino como una obligación, para que la sociedad pueda prosperar y buscar una alternativa al caos que nuestros malos gobernantes han creado y así poder subsanar hasta cierto punto las carencias que hemos estado padeciendo en los últimos sexenios.

OCTAVA: Para transformar el Derecho en el que predomina la igualdad del varón y la mujer, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés de cualquiera de los seres con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad, entendido esto como una igualdad integral entre el varón y la mujer.

Que como apuntábamos debe de ser prioridad para nuestros legisladores y dejar de ignorar las necesidades de la sociedad de que exista un sistema perfecto, lo cual es una gran utopía, si un sistema en donde puedan resolver sus problemas, sin tener que pensarlo dos veces para recurrir a nuestro ya deteriorado sistema de impartición de justicia, y darle soluciones eficaces a los problemas planteados ante los tribunales.

NOVENA: Por lo que proponemos que el estigma y la ignominia que las sociedades modernas han impuesto a las mujeres es reprochable y la única opción para reivindicarlas es el Derecho de Familia; ya que mucho se ha dicho y poco se ha hecho en relación con estos atropellos. Por lo que es urgente la creación de una legislación que cree las nuevas bases de una nueva sociedad que termine con los mitos y se iguale en forma definitiva al varón y la mujer ante la Ley y la Sociedad.

DECIMA: Lo que debe ser preponderante es la protección que el Estado proporcione a los hijos, que como ya apuntábamos los alimentos son de orden público, y por lo tanto deben de tener una verdadera trascendencia dentro del campo del derecho, tomando en consideración todas y cada una de las circunstancias que se presenten en cada caso en particular y concreto, debiendo

en todo momento de estar a lo más favorable, para el acreedor alimentario como lo hace latente el artículo 308 del Código Civil, pero es necesario que tal precepto señale con precisión, las circunstancias en que se encuentran los hijos que llegan a la mayoría de edad, para saber si siguen necesitando los alimentos en la inteligencia que tanto los hijos como el cónyuge gozan de la presunción de alimentos.

Cabe hacer mención que nos parece acertada la medida que se tomo por parte del Gobierno para el caso de dar mayor información respecto de los derechos que pueden hacer valer las personas en cuanto al rubro de pensiones alimenticias, tal es el caso en donde se da a conocer que la pensión alimenticia puede ser solicitada por la esposa que tiene hijos, y en donde el padre no quiere ~~cumplir con su obligación de proporcionar los referidos alimentos,~~ independientemente que otra persona lo puede tramitar como es el ejemplo del Licenciado en Derecho, nos parece perfecto que este beneficio llegue a las familias que tienen escasos recursos económicos.

DECIMA PRIMERA: Ahora bien, tomando en consideración que la obligación de ministrar alimentos a los hijos, es de ambos cónyuges para los casos en donde la esposa perciba ingresos propios, la Ley debe establecer claramente la posibilidad de establecer un convenio entre los deudores alimentarios, si bien es cierto que la obligación de ministrar alimentos recae por lo general en el padre, que es el sostiene a la familia, criterio que afortunadamente ha ido perdiendo terreno en la actualidad, pero si hablamos de una igualdad jurídica, correcto es que se distribuya equitativamente dicha obligación y además de ser posible tener la obligación de celebrar siempre que el caso lo permita el convenio entre los deudores alimentarios para poder satisfacer plenamente las necesidades de los acreedores para que alcancen su

optimo desarrollo para que puedan conformar una sociedad sana, y por consecuencia un Estado optimo.

De ahí nuestra insistencia de que se dé verdaderamente la igualdad jurídica del hombre y de la mujer, y no nada más para unas cuestiones en donde intervenga la conveniencia de una o de otra de las partes en cuestión.

BIBLIOGRAFIA

ARANGIO RUIZ, Vicente. "Instituciones de Derecho Romano". Traducción de José María Cájica Ferró. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1986.

BATIZA, Rodolfo. "Las Fuentes del Código Civil de 1928". Editorial Porrúa. México. 1979.

BIALOSTOSKY W., Sara. "Panorama del Derecho Romano". Cuarta Edición. Imprenta Universitaria. Facultad de Derecho U.N.A.M. México. 1992.

BONNECASE, Julián. "Elementos de Derecho Civil". Tomo I. Volumen XIII. Traducción del Licenciado José María Cájica, Jr. Editorial José Ma. Cájica Jr. México. 1985.

BONNECASE, Julián. "La Filosofía del Código de Napoleón Aplicado al Derecho de Familia. Volumen II." Traducción del Licenciado José María Cájica, Jr. Editorial Cájica. Puebla, Pue. México. 1945.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "El Juicio de Amparo". Trigésima Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1997.

BRAVO GONZALEZ, Agustín y BRAVO VALDES, Beatriz. "Derecho Romano". Décima Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1997.

CASTAN TOBEÑAS, José. "Derecho Familiar". Tomo II. Editorial Reus. Madrid. 1976.

CICU, Antonio. "La Filiación". Traducción de Faustino Jiménez Arnas y José Santa Cruz Tejeiro. Revistas de Derecho Privado. Madrid. 1930.

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, M. "Curso Elemental de Derecho Civil". Tomo I. Tercera Edición. Editorial Reus. Madrid 1962.

CHAVEZ ASECIO, Manuel F. "La Familia en el Derecho". Tomo II. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1995.

DUGUIT, León. "Tratado de Derecho Constitucional". Editorial Nacional. México. 1977.

ENNECCERUS, Ludwing. "Tratado de Derecho Civil". Tomo I. Volumen I. Segunda Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1934.

FERRARA, Francisco. "Teoría de las Personas Jurídicas. Versión de Eduardo Ovejero. Editorial Reus. Madrid. 1969.

FLORES BARROETA, Benjamín. "Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil". Editorial Esfinge. México. 1960.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". Décima Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1997.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián. "Derecho Familiar". Segunda Edición. Editado por la Universidad Autónoma de Chiapas (U. A. CH.) México. 1998.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián. "¿Qué es el Derecho Familiar?" Editado por la Universidad Autónoma de Chiapas. (U. A. CH.) México. 1989.

IHERING, R. Von. "El Espíritu del Derecho Romano". Quinta Edición. Editorial Bailly - Bailliere. España. 1955.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. "Libertad de Amor y Derecho a Morir". Editorial Heros. México. 1974.

JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil". Tomo I. Volumen I. Traducción de Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires 1960.

LOZANO, José María. "Estudio del Derecho Constitucional Patrio". Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1987.

MAGALLON, IBARRA, Jorge Mario. "El Matrimonio, Sacramento, Contrato, Institución". Tipográfico. Editora Mexicana. México 1965.

MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971.

PALLARES, Eduardo. "El Divorcio en México". Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1991.

PALLARES, Eduardo. "Derecho Procesal Civil". Décima Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1989.

PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Traducción de la Novena Edición Francesa por D. José Fernández González. Décima Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1997.

PINA, Rafael De. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Tomo I. Décima Novena Edición. Editorial Porrúa. México. 1995.

PLANIOL, Marcel. "Elementos de Derecho Civil". Traducción del Lic. José María Cájica, Jr. Editorial Cájica, Puebla, Pue. México 1986.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Traducción de Mario Díaz Cruz. Editorial Cultural. La Habana. 1966.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo VII Versión Española. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1991.

RIPERT, Georges y BOUTANGER, Jean. "Tratado de Derecho Civil". Tomo II. Volumen I. Versión Castellana. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1963.

REBORA, Juan Carlos. "Instituciones de la Familia". Editorial de Guillermo Kraft. Buenos Aires. 1966.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I. Vigésima Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1995.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Octava Edición. Editorial Porrúa. México. 1993.

ROSTOUTREFF, M. "Historia Social y Económica del Imperio Romano". Volumen I. Cuarta Edición. Editorial Espasa Calpe. Madrid. 1981.

RUGGIERO, Roberto De. "Instituciones de Derecho Civil". Volumen I. Editorial Reus. Madrid. España. 1992.

TEDESCHI, Guido. "El Régimen Patrimonial de la Familia". Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Reus, Buenos Aires. 1969.

VALDERDE Y VALDERDE, Calixto. "Tratado de Derecho Civil Español". Tomo III. Tercera Edición. Talleres Topográficos Cuesta. Valladolid. España. 1925.

VENTURA SILVA, Sabino. "Derecho Romano". Décima Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1997.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

MATEOS M., Agustín. "Etimologías Grecolatinas del Español". Sexta Edición. Editorial Esfinge. México. 1975.

DICCIONARIOS CONSULTADOS

PINA, Rafael De. "Diccionario de Derecho". Vigésima Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1995.

"Diccionario Enciclopédico" U. T. E. H. A. Editorial Uthea. Barcelona. España 1962.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última Edición. Editorial Porrúa. México. 2000.

Código Civil para el Distrito Federal. 68ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 2000.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Última Edición. Editorial Sista S.A de C.V. México. Marzo 2000.

Código Civil para el Estado de México. Última Edición. Editorial Porrúa. México. 2000.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México. Última Edición Porrúa. México. 2000.