

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO E HISTORIA
DEL DERECHO



**“ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS CLASES DE PARENTESCO
RECONOCIDAS EN EL DERECHO ROMANO, CON LAS DEL ACTUAL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL MEXICANO”**

T E S I S
PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

TEODOSIO GARCIA CABRERA

ASESOR: PROF. LIC. CARLOS D. VIEYRA SEDANO

CD. UNIVERSITARIA D.F.

ENERO DE 2005





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.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: TEODASIO DEYUS

CHARRA

FECHA: 21/04/05

FIRMA: 

A mis Padres

María y Roberto: Le doy gracias a Dios por tener y haberme dado unos padres como ustedes, que supieron guiarme con cariño e inculcarme que me condujera con honestidad y valentía, por eso son y serán mi orgullo.

A mis Hijos

Daniela Alejandra, Luis Teodosio, María Dolores y Leslie Kaory: A quienes con todo el cariño, les dedico este trabajo, que con tanto esfuerzo he logrado a los que les reitero que en la vida, vale la pena ser honestos, para que sean respetados y reconocidos, y que sean buenos mexicanos, buenos profesionistas y buenos padres, esten seguros que su Padre, siempre ha sido y seguirá, siendo honesto. Los Quiero.

A mis Hermanos

Roberto, Joél, Lidia, Felipe de Jesús, Norma Leticia, Josefina, María Magdalena, Sandra Verónica y Héctor Luis: Gracias por su apoyo incondicional y fraternal.

A mi Tía Josefina

Por ser ella, la que me apoyó, moral y económicamente, para poder seguir mis estudios, a quien siempre le estaré agradecido.

A la UNAM

Por darme la oportunidad de ser parte de ella y concluir, mis estudios en la Facultad de Derecho, fuente inagotable del conocimiento, mis respetos y admiración por siempre y gracias por ser tu alumno.

A mis Maestros

Quienes me orientaron e inculcaron, creer en la Justicia y en el Derecho Mexicano.

A mi Asesor

Lic. Carlos D. Vieyra Sedano, maestro y amigo: A quien le doy las gracias y le ofrezco para toda la vida mi amistad y respeto, por su ayuda fraternal y desinteresada, para que fuera posible la terminación de este trabajo.

A la **Lic. Cármen Laura López Almaráz**, Magistrada del Tribunal Superior Agrario. A quién agradezco infinitamente, por dispensarme con su amistad y apoyo, en mi vida profesional, gracias por ser mi amiga.

**“ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS CLASES DE PARENTESCO
RECONOCIDAS EN EL DERECHO ROMANO, CON LAS DEL ACTUAL
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL MEXICANO.”**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

I - III

1. CAPÍTULO PRIMERO

“LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO”

1.1. Diversas acepciones de la palabra ‘familia’.....	1
1.2. El paterfamilias y sus amplios poderes.....	4
1.2.1. Dominica potestas.....	7
1.2.2. Manus maritalis.....	8
1.2.3. Patria Potestas.....	8
1.2.4. Mancipium.....	15
1.3. La patria potestas como eje del parentesco en el derecho romano.....	16

2. CAPÍTULO TERCERO.

“CLASES Y GRADOS DE PARENTESCO EN EL DERECHO ROMANO”.

2.1. El parentesco agnaticio.....	18
2.1.1. Regulación de la Agnatio en el Derecho Romano Preclásico.....	21
2.1.2. Disposiciones sobre la agnatio del derecho romano clásico...	22
2.1.3. El edicto pretorio y el parentesco civil.....	23
2.1.4. La compilación justiniana y las clases de parentesco.....	27
2.2. Fuentes del parentesco agnaticio.....	29
2.2.1. La filiación derivada de matrimonio.....	29
2.2.2. La legitimación.....	31
2.2.3. La adopción.- Adoptio y adrogatio.....	34
2.2.4. La <i>manus maritalis</i> y el parentesco agnaticio.....	37
2.2.5. Consecuencias del parentesco agnaticio.....	39
2.3. El parentesco cognaticio.....	44
2.3.1. El paulatino reconocimiento del parentesco cognaticio.	45
2.3.2. La cognatio como impedimento para celebrar <i>iustae nuptiae</i>	46
2.3.3. La cognatio y la adoptio plena.....	47
2.3.4. La sucesión pretoria o <i>bonorum possessio</i>	48
2.3.5. Los <i>senado-consultos</i> Tertuliano y Orphiciano.....	54
2.3.6. Las novelas justinianas.....	56
2.4. El parentesco por afinidad o ‘alianza’.....	61
2.4.1. Niveles de vinculación de la ‘alianza’.....	62
2.4.2. Consecuencia única de la alianza o afinidad.....	64
2.5. El parentesco especial derivado de la adoptio minus plena.....	65
2.6. Cómputo de grados de parentesco, en el derecho romano.....	67

3. CAPÍTULO TERCERO.	
“CRÍTICA A LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS CLASES DE PARENTESCO, EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.”	
3.1.	Disposiciones originales en materia de parentesco del Código Civil de 1928 y su comparación con los antecedentes romanísticos..... 71
3.2.	Génesis de la reforma al Código Civil de 1998, en materia de parentesco..... 80
3.2.1.	La incorporación de la adopción plena..... 82
3.3.	La Reforma al Código Civil local para el Distrito Federal, del año 2000..... 88
3.3.1.	Crítica a la regulación del parentesco por consanguinidad, en el Código Civil para el Distrito Federal..... 104
3.3.2.	Adecuaciones legislativas del año 2004..... 109
3.3.2.1.	La reforma al segundo párrafo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, del 6 de septiembre de 2004..... 110
3.4.	Comparación entre las clases de parentesco del derecho romano y las que contempla actualmente el Código Civil para el Distrito Federal..... 116
CONCLUSIONES..... 119	
BIBLIOGRAFÍA..... 122	

**“ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS CLASES DE PARENTESCO
RECONOCIDAS EN EL DERECHO ROMANO, CON LAS DEL ACTUAL
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL MEXICANO.”**

Í N D I C E

INTRODUCCIÓN.

I - III

1. CAPÍTULO PRIMERO

“LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO”

1.1.	Diversas acepciones de la palabra ‘familia’.....	1
1.2.	El paterfamilias y sus amplios poderes.....	4
1.2.1.	Dominica potestas.....	7
1.2.2.	Manus maritalis.....	8
1.2.3.	Patria Potestas.....	8
1.2.4.	Mancipium.....	15
1.3.	La patria potestas como eje del parentesco en el derecho romano.....	16

2. CAPÍTULO TERCERO.

“CLASES Y GRADOS DE PARENTESCO EN EL DERECHO ROMANO”.

2.1.	El parentesco agnaticio.....	18
2.1.1.	Regulación de la Agnatio en el Derecho Romano Preclásico.....	21
2.1.2.	Disposiciones sobre la agnatio del derecho romano clásico... ..	22
2.1.3.	El edicto pretorio y el parentesco civil.....	23
2.1.4.	La compilación justiniana y las clases de parentesco.....	27
2.2.	Fuentes del parentesco agnaticio.....	29
2.2.1.	La filiación derivada de matrimonio.....	29
2.2.2.	La legitimación.....	31
2.2.3.	La adopción.- Adoptio y adrogatio.....	34
2.2.4.	La <i>manus maritalis</i> y el parentesco agnaticio.....	37
2.2.5.	Consecuencias del parentesco agnaticio.....	39
2.3.	El parentesco cognaticio.....	44
2.3.1.	El paulatino reconocimiento del parentesco cognaticio.	45
2.3.2.	La cognatio como impedimento para celebrar <i>iustae nuptiae</i>	46
2.3.3.	La cognatio y la adoptio plena.....	47
2.3.4.	La sucesión pretoria o <i>bonorum possessio</i>	48
2.3.5.	Los senado—consultos Tertuliano y Orphiciano.....	54
2.3.6.	Las novelas justinianas.....	56
2.4.	El parentesco por afinidad o ‘alianza’.....	61
2.4.1.	Niveles de vinculación de la ‘alianza’.....	62
2.4.2.	Consecuencia única de la alianza o afinidad.....	64
2.5.	El parentesco especial derivado de la adoptio minus plena.....	65
2.6.	Cómputo de grados de parentesco, en el derecho romano.....	67

3. CAPÍTULO TERCERO.

“CRÍTICA A LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS CLASES DE PARENTESCO, EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.”

3.1. Disposiciones originales en materia de parentesco del Código Civil de 1928 y su comparación con los antecedentes romanísticos.....	71
3.2. Génesis de la reforma al Código Civil de 1998, en materia de parentesco.....	80
3.2.1. La incorporación de la adopción plena.....	82
3.3. La Reforma al Código Civil local para el Distrito Federal, del año 2000.....	88
3.3.1. Crítica a la regulación del parentesco por consanguinidad, en el Código Civil para el Distrito Federal.....	104
3.3.2. Adecuaciones legislativas del año 2004.....	109
3.3.2.1. La reforma al segundo párrafo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, del 6 de septiembre de 2004.....	110
3.4. Comparación entre las clases de parentesco del derecho romano y las que contempla actualmente el Código Civil para el Distrito Federal.....	116
CONCLUSIONES.....	119
BIBLIOGRAFÍA.....	122

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación jurídica, con el que pretendo optar por el título de Licenciado en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México, y que someto a la benevolente consideración del sínodo de examen profesional, es un estudio histórico y comparativo sobre una institución cuya regulación jurídica conlleva trascendentes consecuencias en la vida privada de las personas: **el parentesco**.

El motivo que impulsó al sustentante para abordar este tema lo constituyen las más recientes reformas a preceptos básicos del anterior Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en Materia Federal, producidas por el Congreso de la Unión, en el año de 1998; la posterior creación del Código Civil local para el Distrito Federal, del año 2000; y las reformas al mismo de los meses de junio y septiembre de 2004, por parte de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

El legislador local del Distrito Federal, ha intentado modernizar los conceptos fundamentales del parentesco y adecuarlos a las nuevas circunstancias que la actualidad y la ciencia médica han generado, primero en cuanto a la pretendida erradicación de la adopción simple de nuestro derecho local, así como los dilemas que presenta la relación paterno-filial, derivados de las prácticas terapéuticas de la reproducción asistida, con un franco olvido de los principios básicos plasmados por la madre de nuestro derecho, que lo es la ciencia jurídica dogmática y casuística de Roma.

En el primer capítulo de este trabajo se analiza a la familia y los amplios poderes del *paterfamilias* bajo la óptica y la realidad de la época del Derecho

Romano, desde la fundación de Roma, hasta la compilación justiniana, al efecto de comprender las causas y el por qué de la estructura social de ese pueblo, que le permitió crear institutos legales de sólida configuración, mismos que han trascendido por siglos a distintas legislaciones, tanto de la familia jurídica latina heredera de esa idea creadora, como del common law, y que se encuentran, incluso, plasmados en instrumentos del derecho internacional.

El capítulo segundo se encargará de profundizar en el análisis del fenómeno del parentesco en el derecho romano, y su desenvolvimiento en las diversas épocas de la existencia de ese Estado, tomando como base la periodización de Cuq, quien divide a la historia del derecho romano en tres períodos: El derecho romano antiguo, el derecho romano clásico, y el derecho del bajo imperio, dentro del cual incorpora la compilación de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*.

De esta manera, se estudiarán las clases y grados de parentesco que reconoció el derecho romano y sus respectivas consecuencias jurídicas, tanto por lo que toca a las relaciones familiares propiamente dichas, como en lo que atañe al sistema sucesorio del derecho romano.

El tercer capítulo se ocupa de la comparación entre la regulación del parentesco analizada en los capítulos precedentes, con las tres etapas del derecho civil mexicano, a saber: el Código Civil de 1928, para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal; las reformas al mismo de 1998; la creación del Código Civil Local para el Distrito Federal en el año 2000, y las reformas a éste de junio y septiembre de 2004, en materia de parentesco.

En este tercero y último capítulo, se contienen las críticas y propuestas del sustentante, con la intención de sugerir a nuestros legisladores que retomen la sabiduría del derecho romano y no provoquen antinomias y contradicciones legales, por un ignorante y desmedido afán de renovación y supuesta actualización.

Es menester precisar que no se pretende la fatuidad de resolver definitivamente el problema base del proyecto de investigación, sino destacar la realidad provocada por actos legislativos equivocados y apuntar algunas de las controversias y situaciones irregulares que pueden suscitarse a partir de los mismos.

En la etapa conclusiva se destacan los resultados de esta investigación y se aportan sugerencias para las posibles soluciones al problema planteado.

Finalmente, se enlista la bibliografía consultada, así como las diversas fuentes directas, bibliográficas y electrónicas en que se apoyó esta investigación.

1. CAPÍTULO PRIMERO: “LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO.”

1.1. Diversas acepciones de la palabra ‘familia’.

Al abordar el tema del origen de la Familia en Roma, resulta tan controvertido como la fundación de la ciudad de Roma. A través de un dedalo de verdades y leyendas se relata la historia de la Roma primitiva, influyendo en ella notablemente la religión y habrá que atenerse a la tradición, puesto que la antigüedad del hecho impide comprobar su autenticidad.

Respecto a la fundación de Roma, el historiador Tito Livio expresa “Más divulgada está la tradición de que Remo saltó los muros recién contruidos, con desprecio de su hermano, y que éste le dio muerte, increpándole con las siguientes palabras: “Así perezca todo el que se atreva a saltar mis murallas”. De este modo quedo todo el poder en manos de Rómulo, y la ciudad recibió el nombre de su fundador”.¹

Fustel de Coulanges, asienta que la religión ha sido el principio constitutivo de la familia antigua, mencionando “Habiendo muy justamente observado los historiadores del derecho romano que ni el nacimiento ni el afecto eran el fundamento de la familia romana, han creído que ese fundamento debía encontrarse en el poder paternal o marital. De este poder hacen una especie de institución primordial.”

¹ TITO LIVIO.- *Desde la Fundación de Roma*.- Trad. de Agustín Millares Carlo.- Biblioteca Scriptorvm Graecorvm et Romanorvm Mexicana.- UNAM, México, 1998.- Pág. 13.

“Lo que une a los miembros de la familia antigua es algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física: Es la religión del hogar y de los antepasados. Por ella la familia forma un cuerpo en esta vida y en la otra. La familia antigua es una asociación religiosa todavía más que una asociación natural.”²

La Familia se constituyó como un cuerpo independiente, antes de la ciudad, y fue la base de la estructuración política social primitiva del pueblo romano. La ciudad de Roma, se consideró una confederación de *gens*, y cada *gens*, como una confederación de *domus*. La familia, con su constitución de monarquía doméstica, era indivisible como la religión del hogar, y se transmitía de generación en generación, por lo que no había más que un jefe de familia: el *paterfamilias*, que ejerce la autoridad de *pater* que significa ‘poder’.

Al respecto, Séneca decía: “*Maiores nostri ... domum pusillam rem publicam esse iudicaverunt*” (Nuestros mayores consideraron al hogar como una pequeña república)³

El derecho de familia del antiguo mundo mediterráneo no ha encontrado la misma repercusión en el derecho moderno, que otras instituciones jurídicas. Contiene una serie de figuras expresamente rechazadas por el derecho de familia actual. En materia de parentesco, la historia jurídica romana nos muestra el desarrollo desde la estricta agnación hasta las disposiciones del derecho justiniano. Originalmente era el grupo de personas y cosas sobre las cuales un *paterfamilias* ejercía el poder

² MARGADANT SPANDJAERDT Guillermo Floris.- *La Segunda Vida del Derecho Romano*.- 1ª Ed., Gpo. Editorial Miguel Angel Porrúa, S. A., México, 1986.- Pág. 50.

³ GARAY Raúl.- *Revista de Derecho Notarial*, No. 147 – 150, Madrid, 1990, pág. 58.

doméstico como único jefe. En otro sentido, la familia es el conjunto de personas ligadas por el parentesco civil o agnaticio.⁴

De las anteriores conceptualizaciones, podríamos desprender dos maneras de entender a la familia romana: La familia propiamente dicha o *familia proprio iure*, que se caracteriza y se forma genuinamente por el sometimiento de todos sus miembros a la autoridad única de un solo jefe, el paterfamilias, a quien se entendía como señor o soberano de la familia, y no como 'progenitor'.⁵

Lo anterior se confirma a través de un párrafo del Digesto atribuido a Ulpiano, en el que afirma: "*iure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt ubi unius potestate aut natura aut iure subiectæ*" (Por derecho propio decimos familia al conjunto de personas que, por naturaleza o por derecho, están sujetas bajo una misma potestad)⁶

A continuación, Ulpiano nos aclara la otra forma, la del derecho común: "*Communi iure familia dicimus omnium adgnatorum: nam est si patre familias mortuo singulis singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiæ appellabuntur, qui ex ædem domo et gente proditi sunt.*" (Por derecho común llamamos familia a la formada por todos los agnados porque, al morir el cabeza de familia, cada uno tiene su familia propia, todos los que estuvieron sometidos a la misma

⁴ PADILLA SAHAGÚN Gumerindo.- *Derecho Romano*; 3ª Ed. Editorial McGraw Hill, S. A., México, 2004.- Pág. 44.

⁵ Cfr. IGLESIAS Juan. *Derecho Romano; Historia e Instituciones*. 11ª Ed. Editorial Ariel, S. A.- Barcelona, 1994; pág. 467.

⁶ D. 50, 16, 195, 2.

potestad serán propiamente considerados de la misma familia, pues proceden de la misma casa y estirpe)⁷

Aún podemos considerar una tercera acepción de la palabra familia, que la entiende como el conjunto del patrimonio, "...*adgnatus familia habetu...*", (que los agnados cuiden los bienes hereditarios)⁸

1.2. El paterfamilias y sus amplios poderes.

Desde su fundación, en el derecho romano se concibió un sistema patriarcal, ya que solamente cuenta el parentesco por vía paterna. La soberanía de la *domus* es del padre o abuelo paterno, generalmente.

El *paterfamilias* es el hombre *sui iuris*, que aún sin tener hijos era investido como magistrado doméstico, en virtud de un derecho propio, pero respetado y garantizado por la ley, de ejercer toda la autoridad en su casa (*domus*), en la cual el poder público no penetraba, según se desprende de un texto muy conocido del Digesto (L, XVI, 195, No. 2) "*Pater autem familias appellatur is qui in domo dominium habet; recte qua hoc nomine appellatur quamvis, fillium non habeat*"⁹. Sólo él administraba justicia e imponía penas, que podían ser incluso de muerte, a los integrantes de la *domus*. La familia tenía un patrimonio común del que disponía y administraba el *paterfamilias* sin restricciones. La *domus* tenía su culto y fiestas religiosas -*sacra privatæ* - culto tributado a las divinidades domésticas: *Dei Penates*, *Lar domesticus* o *familiaris* y *Dei Manes*, almas de los antepasados. Tenían su panteón común y el hogar que ardía en el atrio. El *paterfamilias* era su sacerdote y

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Infra*.- Capítulo II, Pág. 25.

⁹ cfr. FOIGNET René.- Manual Elemental de Derecho Romano.- Trad. de Arturo Fernández Aguirre.- Editorial José Ma. Cajica Jr. Puebla, México, 1948.- Pág. 78; FrVal. 322. (Gayo 4, 182)

debía perpetuar sus ritos, es el centro de toda *domus* romana, dueño de los bienes, señor de los esclavos, con vasto poder sobre su esposa *in manu* e hijos, monarca doméstico que tenía cierta vigilancia de la organización gentilicia y, después, de censor sobre sus actos.

Paterfamilias no es necesariamente el progenitor, sino "cabeza libre", es decir, persona que no está sometida a otra potestad, por lo que es el "señor que gobierna en su casa" (*Qui in domo dominium habet*)¹⁰ y, en consecuencia, '*filiusfamilias*' no quiere decir hijo como lo entendemos actualmente, o sea, no es hijo procreado (*liber*), sino persona sometida a potestad.

Para comprender un poco más esta distribución de los integrantes de la familia, sobre todo frente al derecho, frente al estado romano y su sociedad, debemos precisar la distinción entre personas *SUI IURIS*, y personas *ALIENI IURIS*.

"*Sui iuris* es la persona independiente, que está libre de toda potestad, en tanto que no tiene ascendiente varón en línea directa. El varón *sui iuris* es llamado *paterfamilias*, aunque no tenga hijo, como dice Ulpiano, esto implica que un recién nacido será *sui iuris* y por tanto *paterfamilias*, si no está bajo la potestad de alguien. [...] La mujer *sui iuris*, igualmente es llamada *materfamilias*, sea casada o no, y sólo puede ejercer la *dominica potestas*."¹¹

¹⁰ D. 50, 16, 195, 3.

¹¹ PADILLA SAHAGÚN.- Op. Cit.- Pág. 44.

Por exclusión, las demás personas necesariamente debían estar sujetas a un poder ejercido por un *sui iuris*, llamándose entonces personas *alieni iuris*, o más propiamente: '*homo alieni iuris*'.

Quien puede lo más, puede lo menos; así, el *paterfamilias* pudo por mucho tiempo, ejerciendo el *ius vitæ naciisque* -poder de vida o muerte- o como lo refiere Sohm: *ius vitæ ac (et) necis*¹², matar al hijo, por lo que también pudo venderlo (*ius vendendi*), exponerlo (*ius exponendi*), entregarlo en *mancipatio* (*ius noxae dandi*), o darlo en adopción; de igual manera, libremente podría incorporar a la *domus* a un extraño, adoptándolo o adrogándolo.

Kunkel y Ruggiero –Citados por Juan Iglesias– vagamente se refieren al requisito de que el *paterfamilias* debería someter al debate dentro de la familia el ejercicio de estos derechos, a lo que ellos llaman '*Consilium propinquorum et amicorum*'.¹³

La venta todavía la permitía Justiniano, siempre que se tratara de situaciones de emergencia financiera. Lo anterior es objeto de una amplia y variada legislación durante el Bajo Imperio; finalmente, la muerte del *filiusfamilia* por su ascendiente fue tratada como un crimen equiparable al homicidio y se sancionaba con la misma pena aplicable al parricidio, la *poena cullei*, que consistía en arrojar al condenado al mar, dentro de un saco¹⁴.

¹² SOHM Rodolfo.- *Instituciones de Derecho Privado Romano*.- Trad de Wenceslao Roces.- Editora Nacional, S. A. México, 1975.- Pág. 298.

¹³ Cfr. IGLESIAS Juan.- Op. Cit.- Pág. 469.

¹⁴ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino.- *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1982.- Pág. 535.

Actualmente, de este amplio poder del padre sobre los hijos, queda un moderado derecho de castigar.

Para ejercer sus poderes sobre sus sometidos, el *paterfamilias* tenía reconocidas las siguientes *potestas*, llamadas genéricamente como "*Manus*":

1.2.1. Dominica potestas.

Patrimonio es el conjunto de cosas corporales, créditos (cosas intangibles) y deudas que corresponden a una persona. En la antigua Roma sólo el *paterfamilias* es realmente una persona con plena capacidad de goce y ejercicio. Como ya se dijo, los esclavos, los hijos, la esposa o nuera *in manu* adquieren cosas para aumentar el patrimonio del *paterfamilias* que es el dueño de los bienes, los sometidos no pueden tener algo propio. "*Filius nihil suum habere potest*" (El sometido nada puede tener como suyo)¹⁵

La *dominica potestas* era el poder, dominio o señorío, que tenía el *paterfamilias*, en su calidad de dueño o señor, sobre el esclavo. Ese poder lo ejercía sobre su cuerpo y aptitudes, incluyendo el derecho de matar al esclavo, siendo paulatinamente moderado ese derecho por sucesivas legislaciones humanitarias, que reprimían el abuso. En el caso de adquirir bienes el esclavo, éstos se destinaban para el incremento del patrimonio familiar.

¹⁵ VENTURA SILVA Sabino.- *Derecho Romano; Curso de Derecho Privado*, 16ª ed. Editorial Porrúa, S. A., México, 2000.- pág. 123.

Dentro del campo de las personas, en el derecho romano, tampoco contaban los esclavos, porque formaban parte del patrimonio y no eran en realidad miembros de la familia.

1.2.2. Manus Maritalis.

Potestad establecida por el derecho civil, propia y exclusiva del ciudadano romano *sui iuris*, que ejercía el *paterfamilias* sobre la esposa, cuando el matrimonio se celebraba *cum manu* y ésta ingresa a la familia como *loco filiaë*, esto es, como su hija. Por la misma razón, en tanto los hijos varones se encontraran bajo la patria potestad del *pater*, las cónyuges de éstos (*uxor*) quedaban colocadas bajo la *manus* del jefe doméstico en calidad de *loco nepoti* (en lugar de nietas) ¹⁶.

“La mujer *in manu* sale de su familia civil y entra en la de su marido. Su condición es igual a la de una hija en potestad paterna si el marido es *sui iuris*, y a la de una nieta estando el marido sometido a la potestad paterna [...] y, en la misma forma que si fuera una hija, no puede adquirir nada en propiedad.”¹⁷

1.2.3. Patria Potestas.

Pertenece al *paterfamilias*, y es el poder vitalicio sobre sus descendientes que forman parte de la familia civil. Es una Institución del derecho civil, y sólo la podía ejercer un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano. Interesaba menos la protección del hijo que el interés

¹⁶ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO.- Op. Cit.- Pág. 157 - 158.

¹⁷ VENTURA SILVA Sabino.- Op. Cit.- Pág. 114.

del jefe de la familia, quien ejercía plena autoridad sobre sus descendientes legítimos o legitimados por vía de varones y personas adoptadas.

Fuentes.-

La *patria potestas* es una sola, es decir, no había diferentes clases de este poder, lo que podría distinguirse es la manera por la que se adquiría el mismo; de tal forma que podía adquirirse por matrimonio, adopción, adrogación y legitimación.

Las *iustis nuptiis*.-

Los hijos nacidos del matrimonio civil *-iustæ-nuptiæ-* caen bajo esa patria potestad y son considerados hijos legítimos (*liberi iusti*), pueden reclamar alimentos al padre y (desde la época clásica) deben a su vez proporcionarlos. Las hijas tienen además derecho a que les proporcione el *pater* una dote.

En este momento, es necesario anotar una característica establecida desde el derecho romano, para determinar la calidad de hijo de familia y de *alieni iuris* sometido a la patria potestad del jefe de la familia.

El derecho romano legó a la posteridad el apotegma –verdad incuestionable– que reza: “*Mater semper certa est, pater est quod nuptiam demonstrant*”¹⁸ Y hasta hace poco era verdad que la maternidad era siempre cierta por encontrarse vinculada al hecho externo y visible de la gestación y el parto, por lo que toca a la mujer; pero actualmente tal verdad puede ser controvertida, dado que la ciencia médica ha introducido la práctica de métodos de reproducción asistida, en la que se emplea la fecundación

¹⁸ Ídem.- Pág. 296.

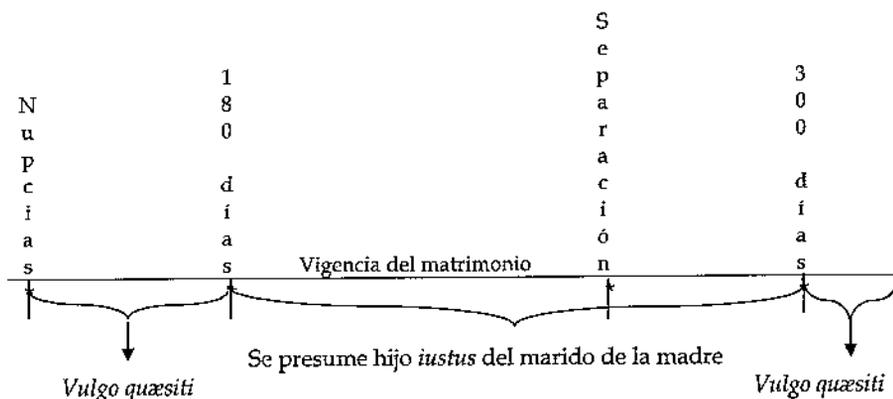
extracorporal y donación (¿?) de embriones y la maternidad subrogada o heteróloga.

Por lo que hace al varón, su labor en la procreación se limita a engendrar, y nada importa que llegase a morir inmediatamente después de la concepción, pues ya habría transmitido a su hijo sus calidades de hombre libre, ciudadano romano y otras características jurídicas hereditarias –*ius sanguinis*–; por lo que se hizo válido el principio anotado, es decir: 'Padre es el que demuestra el matrimonio'.

De lo antes precisado, se deriva que los juristas romanos tomaran en cuenta los plazos mínimos y máximos de duración de la preñez, para poder presumir la paternidad de un infante o, en otras palabras, para poder atribuir la paternidad del infante al marido de la mujer que lo trajo al mundo.

Apoyándose en la experiencia de los médicos griegos y en la observación cotidiana, llegaron a concluir que la gestación más corta era de 180 días y la más larga podría llegar hasta los 300 días, estableciendo legalmente que se presumiría hijo del marido de la madre, al infante que naciera después de 180 días, contados a partir de la fecha de celebración de las justas nupcias; o bien, al que naciera dentro ó antes de los trescientos días contados desde la fecha de separación física de los cónyuges, por enfermedad, divorcio, viudedad u otra causa similar. Fuera de estos plazos, los infantes serían considerados *vulgo quæsitus* (extramatrimoniales) o *spurii* (bastardos) y además *sui iuris*, pues no caerían

bajo la patria potestad de su padre natural o de su ascendiente varón y, por lo mismo, no tendrían parentesco agnaticio.¹⁹



Adopción.-

Se debe hacer la precisión de que la palabra **adoptio**, en términos generales, significa "imitar a la naturaleza", y para lograrlo, el derecho romano reconoció dos procedimientos, cuya diferencia reside en la condición jurídica del ciudadano que será incorporado a la patria potestad del peticionario; es decir, la *adoptio* propiamente dicha, cuando se pretendía trasladar a un *alieni iuris* sometido a patria potestad, hacia otra nueva patria potestad; y la *adrogatio* cuando se pretendía 'crear' una patria potestad sobre una cabeza libre o independiente, sobre un *sui iuris*

El Licenciado Ventura Silva la define como: "... el acto por el cual un extraño quedaba agregado a una familia romana sometiéndose a la patria potestad del *pater*, como hijo o como nieto".²⁰ Mediante ella se introducía en la familia civil a personas que no tenían, por lo regular, ningún lazo de

¹⁹ Cfr. BRAVO GONZÁLEZ Agustín.- Primer Curso de Derecho Romano.- Edit. Porrúa, México, 1998.- Pág 143.

²⁰ VENTURA SILVA Sabino.- Op. Cit.- Pág 146.

parentesco natural con el jefe. Se efectuaba con la intervención del pueblo o de los pontífices, porque el adoptado era un *alieni iuris*.

Es una institución de naturaleza solemne del *ius civile* que tenía por objeto crear artificialmente, entre dos personas, relaciones idénticas a las resultantes de una reproducción *ex iustis nuptiis*, entre el *paterfamilias* y un *alieni iuris* extraño.

Tiene su origen en la *interpretatio* de las disposiciones de la ley de las XII tablas, que sancionaban con la pérdida de la patria potestad y la consiguiente emancipación del hijo, al *paterfamilias* que se veía precisado de entregar en *mancipium* (abandono noxal) tres veces al mismo descendiente, para resarcir los daños que éste había ocasionado a un tercero, seguidas de sus correspondientes tres manumisiones.

Mediante la *interpretatio* pontificia, se empleaba este procedimiento para debilitar la patria potestad del padre natural, y en la tercera *mancipatio*, el tercero 're-mancipaba' al *alieni iuris* a su propio padre, quedando éste en una situación muy irregular, dado que la manumisión de su progenitor natural lo convertiría en *sui iuris*. Ello permitía que el tercero adoptante acudiera ante el Magistrado para demandar la patria potestad –imaginaria *vindicatio in patriam potestatem*²¹ sobre el todavía *alieni iuris*, declarando solemnemente y por el derecho de los quirites, que éste era hijo suyo. Como el padre natural no contradecía la declaración hecha en forma tan solemne, el Magistrado empleaba su facultad atributiva llamada *addictio*²², y confería la patria potestad al adoptante, incorporando al adoptado a la familia de éste como hijo procreado dentro de su matrimonio.

²¹ SOHM Rodolfo.- Op. Cit.- Pág. 297

²² Ver GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO.- Op. Cit.- Pág. 42.

Adrogación.-

La *Adrogatio*, es el género de adopción más antigua, se le conoce también como *arrogatio*. Es la adopción de una persona *sui iuris*, es decir, el sometimiento a la potestad de un *paterfamilias* por otro *paterfamilias*. La persona que se daba en adrogación, se le denominaba adrogado y la que le recibía, adrogante. Se le da propiamente este nombre, porque los que intervienen en esta transformación son ‘rogados’ ó consultados, para asegurarse de que no se tratara de una mera especulación lucrativa, y que verdaderamente fuera necesaria para perpetuar a una estirpe en riesgo de extinguirse, así como que el consentimiento del *sui iuris* que se iba a adrogar se otorgara libremente.

Por la importancia del acto, fue objeto de procedimientos sucesivos:

- a) Ante los comicios, *adrogatio per populum*;
- b) Ante 30 lictores²³;
- c) Fundada en rescripto imperial. La *adrogatio per rescriptum principis*, se restringía al caso del riesgo de la desaparición de la *domus* y el culto religioso de la familia al adrogarse al *paterfamilias*, y Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario apunta que fue un favor especial introducido por el derecho imperial en favor de las mujeres, porque éstas no podían acudir a los comicios ni ante los lictores que después los substituyeron.²⁴

Ampliaremos estos conceptos en el siguiente capítulo, al estudiar el parentesco derivado de la *adoptio* en el derecho romano.

²³ Ídem.- Pág. 439. Los Lictores eran oficiales subalternos de mucha confianza de los monarcas y/o cónsules; encargados de la ejecución de sus órdenes y otras funciones de policía. (D. 40, 2, 8, 23)

²⁴ Ídem.- Pág. 49.

Legitimación.-

Institución por la cual el padre adquiriría la patria potestad sobre sus hijos naturales nacidos de concubinato, aparece en el bajo imperio.

El progenitor natural, que no ejercía la patria potestad sobre su hijo natural, por no haber sido éste procreado *ex iustis nuptiis*, podría adquirir ese poder por los siguientes medios:

- 1) Por subsiguiente matrimonio con la madre del hijo, siempre que éste hubiera sido posible, o que no hubiera algún impedimento para el matrimonio en el momento de la concepción (no eran legitimables los hijos incestuosos o los adulterinos), con reconocimiento por escrito y la aceptación expresa de los hijos.
- 2) Por oblación a la curia, destinando al servicio de la curia al hijo por legitimar, y a las hijas, a casarse con un decurión.
- 3) Por rescripto imperial, en el evento de que el matrimonio con la madre del hijo extra matrimonial fuera imposible porque ésta hubiere muerto o hubiera ya contraído matrimonio con otro.

Termina la patria potestad por:²⁵

A) Acontecimientos fortuitos

- 1) Debidos al *paterfamilias*; su muerte física o por pérdida del *status libertatis* y el *status civitatis* (*capitis deminutio máxima* o *minor*).
- 2) Relacionadas al *filius*; muerte física y sufrir la *capitis deminutio minor* (muerte civil)

²⁵ BRAVO GONZÁLEZ, Agustín.- Op. Cit.- Pág. 152.

B) Acontecimientos solemnes:

- 1) La *Capitis deminutio Mínima* del *paterfamilias*, cuando acepta ser adrogado.
- 2) La *Capitis deminutio Mínima* del hijo cuando se le da en adopción.
- 3) Exaltación del hijo o hija de familia a determinadas funciones religiosas o civiles, incompatibles con su dependencia a la patria potestad: *flamen dialis*, *virgo vestalis*, cónsul, prefecto del pretorio, magistrado u obispo.
- 4) Por la emancipación, que se verá a continuación.

1.2.4. Mancipium.

Potestad originada por el *Ius Civile*, que ejercía el *paterfamilias* sobre una persona libre que le había sido sometida mediante la *mancipatium*, para utilizar su fuerza de trabajo y resarcirse de daños y perjuicios en determinados casos.

Al referirnos brevemente a la adopción, hicimos alusión a esta potestad, en la que un *alieni iuris* quedaba bajo el poder de un *paterfamilias* extraño al padre natural, por acuerdo privado entre ellos y por causa de deuda. El dependiente sometido –*mancipatus*– era considerado como un esclavo de hecho y en forma temporal –*servi loco*–²⁶, por lo que el *accipiens* –receptor– estaba obligado a manumitirlo al llegar el plazo acordado, con lo que el *alieni iuris* retornaba a la patria potestad de su progenitor natural. Pero si esta entrega en *mancipium* se repetía tres veces, la tercera manumisión producía la emancipación del *alieni iuris*, que adquiría su independencia, es decir, se tornaba en *sui iuris*.

²⁶ SOHM Rodolfo.- Op- Cit.- Pág. 298.

Tanto para el *paterfamilias*, cuanto para el *filiusfamilias*, la emancipación constituía una *capitis deminutio mínima*, que no siempre era deshonrosa, pues podría ser el medio para conceder plena capacidad jurídica a un descendiente que debería hacerse cargo de los negocios de la familia en un lugar distante.

1.3. La *patria potestas* como eje del parentesco en el derecho romano.

Como ya apuntamos anteriormente, la *patria potestas* del derecho romano presenta las siguientes características:

- 1.- Es una institución del derecho civil.
- 2.- Es el poder de un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano.
- 3.- Correspondía al ascendiente varón y mayor de edad.
- 4.- Era vitalicia.
- 5.- La mujer no podía ser titular de la *patria potestas*.
- 6.- Otorgaba a su titular, derechos sobre la persona y bienes de quienes estaban sujetos a ella.

El derecho romano ha recibido múltiples críticas por su régimen masculinista o patriarcal, sustentado en el poder de los varones; pero no es el objeto de este estudio el justificar o recriminar tal situación. Lo trascendente, reside en comprender que la idea de los fundadores o *patres*, era el conservar los privilegios que su carácter de forjadores de una nación les daba, en beneficio de sus descendientes, los patricios.

El mecanismo que adoptaron fue el de transmitir el *nomen gentilitium* -el nombre identificador de la gens y la familia- por vía de los varones, estableciendo el derecho-deber para éstos de convertirse en sacerdotes del culto doméstico a los antepasados muertos -*sacra privatae*-, a la muerte de su respectivo *paterfamilias*.

De aquí surgió la supremacía de los varones y sus amplios poderes respecto de la familia toda.

Luego entonces, el parentesco va a producir mayores o menores consecuencias, en función de la relación existente entre los progenitores del infante, de donde las justas nupcias eran la fuente más pródiga de implicaciones parentales entre las personas vinculadas por éstas.

De estas previsiones legales, tendentes a determinar el ejercicio de la patria potestad sobre los descendientes, surge la distinción entre el parentesco agnaticio o simplemente *agnatio*, que es el que deriva de la patria potestad, y el parentesco cognaticio ó *cognatio*, que careció durante siglos de protección jurídica, y que es el simple parentesco consanguíneo o biológico.

Es también ampliamente conocido que el parentesco es una liga o relación entre las personas, derivada de su procedencia; es decir, son parientes los que proceden unos de otros o los que no proceden unos de otros, pero que proceden juntos de un mismo origen o autor común.

2. CAPÍTULO SEGUNDO

“CLASES Y GRADOS DE PARENTESCO EN EL DERECHO ROMANO”.

2.1. El parentesco agnaticio.

Al principio, el parentesco se ubica en relaciones de alianza o lazos de consanguinidad que se establecen entre las personas dentro de la familia, que producen derechos y obligaciones de acuerdo a las disposiciones del derecho romano, basadas fundamentalmente en el parentesco de agnación y cognación, contemplando el antiguo parentesco gentilicio, lo que presentamos en los términos siguientes:

Agnación.- Es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. Los agnados son los descendientes por vía de varones de un jefe de familia común y su esposa legítima, colocados bajo su autoridad. Sobre el parentesco, la vía paterna es la única que cuenta en derecho, consecuentemente cada persona tiene sólo una clase de abuelos, los paternos.

Paulo expresa, de acuerdo a una cita del Digesto: “De la agnación.- Se puede ver que la agnación, agnatio, o parentesco civil es opuesto a la cognación, cognatio, o parentesco natural”²⁷.

Según Foignet, “La agnación era la liga de parentesco civil que existía entre los que estaban, o hubieran podido estar, bajo la *patria potestas* de un autor común, suponiendo una existencia de indefinida duración”²⁸

²⁷ D. 26, 4, 7.

²⁸ FOIGNET René.- Op. Cit. Pág. 42

Atendiendo a las anteriores informaciones, podemos tal vez criticar a sus autores, por no hacer la precisión de que este parentesco se establece por la vía de los varones, únicos a quienes se permitía ejercer la patria potestad, "*Adgnati sunt per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati*"²⁹ pero entendemos que la agnación es el parentesco civil que vincula a los que descienden unos de otros en virtud de una unión conyugal justa o una adopción; o a los que, sin descender unos de otros, se encuentran todos bajo la *patria potestas* del mismo jefe común, o a los que lo estarían si dicho *paterfamilias* aún viviera. En conclusión, cuando se desea determinar si dos personas son parientes agnaticios entre sí, se debe 'revivir' ficticiamente al autor común, así como a los ascendientes varones intermedios de ambos sujetos, y establecer si los mismos estarían bajo la patria potestad de aquel. En caso afirmativo, se estará frente a un parentesco agnaticio; en caso contrario, si se rompieron las conexiones de patria potestad sucesivas, será un parentesco cognaticio, del que nos ocuparemos a continuación únicamente como referencia de comparación, pues explicaremos más extensamente este tipo de parentesco.

Cognación.- Es el parentesco natural que une a las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendientes de un autor común, (línea colateral) sin distinción de sexo. Son los lazos de sangre. Se reconoce el parentesco tanto por la línea materna y paterna, resultando la familia mixta, reconocido por Justiniano, el "*Imperatur Uxorius*" (protector de las esposas) y unificador del derecho romano.

Al respecto, el jurista Gastón May asienta: "La existencia de dos tipos de parentesco es la consecuencia de antiguas ideas sobre la organización

²⁹ IGLESIAS Juan.- Op. Cit.- Pág. 478, Nota 70 (Gayo I, 156)

de la familia. Ésta no está en armonía con las ideas actuales. Para nosotros, el parentesco deriva exclusivamente de los lazos de sangre. Este es el lazo que une a los hijos con sus ascendientes de ambos sexos (parentesco en línea directa), o que une a los que descienden, sea por los hombres, sea por las mujeres, de un autor común (parentesco en línea colateral). Que es la *cognatio romana*, fundada exclusivamente sobre los lazos de sangre, independientemente de la idea de matrimonio legítimo, o de la idea de poder. A este parentesco natural los romanos oponen la *agnatio* que proviene de la *justæ nuptiæ*, así como de la *patria potestas*.”³⁰

Respecto a la evolución del parentesco, el autor Chávez Asensio expresa: “La evolución comenzada en la época clásica, en beneficio del parentesco cognaticio, terminó para el Oriente cuando las Novelas 118 y 127 establecieron el régimen sucesorio únicamente sobre la proximidad de la sangre y el grado de afecto que la misma permite presumir: sistema inorgánico de la familia inorgánica moderna que la recepción tardía del derecho de Justiniano en Occidente hizo triunfar, borrando los últimos restos del parentesco agnaticio que aun subsistían. Desde entonces, la *cognatio* fue ya natural, es decir, resultante del nacimiento cualesquiera que fuesen las condiciones de éste, con tal de que la filiación quedase establecida, ya puramente legal, como en el caso de adopción y a veces del reconocimiento”.³¹

³⁰ MAY Gastón.- *Elements de Droit Romain*.- Citado por Poignet. Op. Cit. Pág. 44.

³¹ CHÁVEZ ASENSIO Manuel. *La familia en el Derecho. Relaciones paterno filiales*, 4ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 2001. Pág. 67.

2.1.1. Regulación de la agnatio en el derecho romano preclásico.

Esta clase de parentesco civil tenía su fundamento y aplicabilidad en materia de sucesiones, pues la Ley de las XII tablas establecía un orden de preferencia para deferir la herencia a los parientes civiles del *de cuius*³² con la siguiente sentencia: “*Si intestato moritur, qui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habeto.*”, [Si el paterfamilias murió intestado, y si no existen herederos suyos, que los agnados cuiden de la ‘familia’ (el patrimonio) Si tampoco existen agnados, que la cuiden los gentiles.]³³

Los *heredes sui*, o los herederos suyos, eran los que estaban bajo la inmediata potestad del *paterfamilias* al momento de su muerte y que, por el hecho de esa muerte pasan, de ser *homo alieni iuris* –dependientes o sometidos– a ser *homo sui iuris* –independientes–. Esta expresión da la idea de que en realidad no suceden al difunto, sino que entran en inmediata posesión del patrimonio, pues continúan siendo copropietarios de la ‘familia’ (patrimonio familiar) misma que ellos contribuyeron a enriquecer con su trabajo y adquisiciones, y sobre la que ya tenían un derecho abstracto, que se consolida por la muerte del titular único.

En este primer nivel se encontraban la mujer casada *in manu conventio* con el *de cuius*, los descendientes del primer grado (hijos e hijas) y los nietos que permanecían bajo la *patria potestas* del autor de la sucesión, ya fuera por muerte de su respectivo padre, o porque éste hubiera salido de la familia por emancipación, adopción en extraña familia o por otra causa.

³² Contracción de la frase “*De cuius benes habemos*”

³³ SOHM Rodolfo.- Op. Cit.- Pág. 313.

2.1.2. Disposiciones sobre la agnatio del derecho romano clásico.

Primeramente, habrá que establecer qué se entiende por derecho romano clásico.

Es la época que va del siglo I antes de Cristo, al siglo II de nuestra era, y que se caracterizó por el crecimiento de la ciencia jurídica a niveles extraordinarios, a través de la participación de grandes pensadores a los que se ha dado en llamar, precisamente, los jurisconsultos clásicos.

Actualmente entendemos por Derecho Civil al derecho privado, pero en Roma, el *ius civile* era el que regía por su propio imperio, entre los ciudadanos; entonces es sinónimo de *ius quirítium* -Derecho quiritario-, caracterizado por ser angosto y localista, estricto y riguroso, solemne y ritualista, como lo llama Sohm: "*ius proprium civium Romanorum*"³⁴.

Con el tiempo, ese derecho ritualista y estricto se convertiría en un derecho más abierto y progresivo, gracias a la evolución del *ius gentium*. Es un derecho más flexible, que contiene instituciones libres de formas y que adquieren fuerza jurídica al contacto del comercio romano con el resto del mundo, razón por la que son accesibles también a los extranjeros o peregrinos. En estas instituciones, los romanos ven un derecho común a todos los pueblos, basado en los sentimientos de justicia, equidad, igualdad y bondad. "*ius gentium, quod apud omnes gentes peræque custoditur*".³⁵

El dualismo entre el *ius civile* y el *ius gentium* revela que, asimilándose elementos más libres, el derecho romano se va

³⁴ SOHM Rodolfo.- Op. Cit.- Pág. 39.

³⁵ Ibidem.

sobreponiendo a su nacionalismo, para convertirse en un derecho común y universal, que coincide en los principios fundamentales con el derecho privado de otras naciones. En otras palabras, es el derecho privado que rige las relaciones entre los peregrinos y las de éstos con los ciudadanos romanos.

En el año 367 A. C., se separa del poder consular la administración de justicia o jurisdicción, creándose una magistratura novedosa y especial, el *prætor urbanus*. Las necesidades prácticas de la relación comercial en expansión, hacia el año 242 A. C., provocaron la creación de otra magistratura especial: el *prætor peregrinus*, al cual se encomiendan los procesos entre ciudadanos y peregrinos, y los de éstos entre sí.

2.1.3. El Edicto pretorio y el parentesco civil.

Teodoro Sohm explica que: “El antiguo derecho civil –de sello patricio– cimenta la familia exclusivamente sobre la agnación. Más tarde, gracias principalmente al derecho pretorio, empieza a destacarse la cognación; hasta imponerse y triunfar, finalmente, sobre la primera, en la época de la legislación imperial. Es también Justiniano quien da, en este respecto, el paso decisivo, especialmente con sus novelas. A partir de esta reforma, prevalece exclusivamente la cognación, como antes había imperado la agnación, triunfando así el moderno concepto de familia sobre el arcaico del *ius civile*.”³⁶

³⁶ Ídem. Pág. 280

El derecho pretorio es una de las especies del *Ius Honorarium*, pues al crearse las magistraturas, fundamentalmente la del pretor³⁷, en sus dos clases, el pretor urbano (367 A. C.) y el pretor peregrino (242 A. C.), mismas que se separaron de la magistratura consular para encargarse de la función jurisdiccional; se les atribuyó "honor", toda vez que gozaban de arbitrio judicial soberano por ser derivado de la soberanía del pueblo romano; esa atribución suprema les facultaba, a lo largo de un año que duraba su encargo, para aplicar el derecho y también para crearlo, si así lo consideraban necesario para satisfacer las exigencias de la práctica, erigiéndose en un poder creador y modificador del derecho, como lo explica la Doctora Sara Bialostosky: "*Ius Honorarium* es el derecho introducido por los magistrados que tienen el derecho de promulgar edictos (*ius edicendi*) para ayudar, suplir o corregir el derecho existente [...] consiste principalmente en medidas procesales y deviene en un sistema legal paralelo al *ius civile*. Dentro del marco general del *ius honorarium*, el *ius praetorium* ocupa un espacio muy grande en virtud del edicto y de la actividad procesal del pretor."³⁸.

Inicialmente, su actuación se reducía a administrar justicia entre los ciudadanos, por lo que sus decretos eran meras sentencias que declaraban a un vencedor en el juicio y, por consecuencia, declaraban a un condenado a cumplir con lo que el pretor ordenaba; orden que debía ser acatada inexorablemente debido al *imperium* de que estaba investido este magistrado, es decir, la práctica judicial se limitaba a la aplicación exacta de la letra de la ley.

³⁷ *Prætor* significa "Mariscal de campo"

³⁸ BIALOSTOSKY B. Sara.- Panorama del Derecho Romano.- UNAM – Facultad de Derecho.- México, 1998, pág. 253.

Más tarde, si creían justo y equitativo dar fuerza jurídica a pretensiones desprotegidas por el *ius civile*, concedían ciertos recursos extraordinarios y ordenaban a las partes determinadas conductas o abstenciones –decretos, interdictos, etc.- por medio de actos imperativos que les permitían sus atribuciones. La reiteración de los casos sometidos a su jurisdicción, paulatinamente van sentando principios generales que los magistrados pretores establecen y hacen públicos, tales como los formularios para solicitar los diversos interdictos, para oponer las excepciones y para concertar las estipulaciones pretorias, acordadas por ese pretor, y aplicables únicamente durante el tiempo para el que había sido electo, de un año.

Como los pretores acostumbraron inscribir y publicar esos formularios en tablas pintadas de blanco –*albo*-, se les dio el nombre de “*album prætoris*”, el cual define Faustino Gutiérrez de la siguiente manera: “Tablas de madera blanqueadas, generalmente colocadas ante el tribunal o sede del magistrado pretor, sobre las cuales se insertaba el edicto del mismo para su exposición al pueblo; por ampliación, terminó dándose ese nombre al conjunto de las disposiciones contenidas en el edicto.”³⁹

Ese *album* contenía la comunicación dirigida al pueblo por un futuro magistrado (cónsul, censor, pretor, edil curul, cuestor, gobernador provincial) una vez electo y antes de iniciar sus funciones, para dar a conocer los criterios a los que se sujetaría en la administración de justicia o en su cargo gubernativo. En el caso de los pretores, este edicto previo a ocupar el cargo, recibió el nombre de *Edictum perpetuum*⁴⁰, mismo que

³⁹ GUTIÉRREZ ALVÍZ Y ARMARIO Faustino.- Op. Cit.- Pág. 60.

⁴⁰ NOTA.- También se conoce con este nombre a la obra de Salvio Juliano, del año 134 D. C., hecha por encargo del Emperador Adriano, en la que se compilaron los edictos publicados por los pretores anteriores.

estaban obligados a cumplir estrictamente o serían sometidos a responsabilidad por disposición de la *Lex Cornelia de iurisdictione*, un plebiscito rogado por el Tribuno Cornelius y votado el año 67 A. C.

Además de otras clases de edictos pretorios, debe citarse aquí al *Edictum translaticium* ó *vetus*, en el que se insertaban las normas y principios que el nuevo pretor tomaba del magistrado anterior, por considerarlos eficientes. Y también el *Edictum repentinum*, que era el que dictaba un magistrado dotado de *imperium* y jurisdicción civil, para hacer frente a los casos concretos que se le presentaban y que no había podido prever al elaborar su *edictum perpetuum*.⁴¹

De esta manera, a través del edicto traslativo, la labor sucesiva de generaciones de pretores produjo un cúmulo de disposiciones que confirmaban, modificaban, actualizaban o derogaban a otras del riguroso *ius civile* romano.

En materia de parentesco agnaticio, el derecho pretorio confirmó a la Ley de las XII Tablas, en cuanto a dar preferencia al parentesco derivado de la patria potestad, para los efectos de deferir una tutela o una curatela legítimas y para adjudicar una herencia.

Su aportación al derecho universal consistió en llamar a tomar posesión de los bienes hereditarios a los parientes cognaticios del autor de la sucesión, antes de autorizar que el erario público se los adjudicara.

⁴¹ Cfr. BIALOSTOSKY, Sara.- Op. Cit., Pág. 244.

En otras palabras, el edicto pretorio no substituyó a los parientes agnaticios por los cognaticios, ni les confirió igualdad de derechos en materia de sucesiones, sino que creó un nuevo orden de sucesores, a los que no podía otorgar el título de herederos, porque carecían de la relación jurídico-parental de agnación o gentilidad exigida para ello. Lo que decidió este derecho, en aras de la justicia, la bondad y la equidad, fue darle a los parientes cognaticios la oportunidad de entrar en posesión de los bienes del difunto, a falta de herederos suyos, a falta de parientes agnaticios y a falta de parientes gentiles, antes de alimentar la voracidad del fisco, a quien correspondía la adquisición de ese patrimonio vacante.

Más delante, dentro de este mismo capítulo nos extenderemos en la explicación del sistema sucesorio pretorio, denominado *Bonorum Possessiones*.

2.1.4. La compilación justiniana y las clases de parentesco.

El Emperador Justiniano, ascendió al trono del Imperio Oriental en el año de 527 D. C., y se echó auestas la misión de culminar la tarea iniciada por los compiladores desde finales del siglo II de nuestra era, es decir, las compilaciones de las constituciones imperiales conocidas como Código Gregoriano, Código Hermogeniano y Código Teodosiano. El primero de ellos se inició en el año 291 y abarca las constituciones edictales y en forma de rescriptos, desde el año 196, hasta el 302; el Código Hermogeniano abarca desde Dioclesiano (Año 291), hasta Valentiniano III (Año 365).

Además, tomó en cuenta las disposiciones de la Ley de citas, promulgada alrededor del año 438 D. C., y que organizó los usos judiciales, en cuanto al empleo de las respuestas de los prudentes –*responsa prudentiarum*–, pues la constante publicación de notas, comentarios y opiniones sobre las obras de los jurisconsultos clásicos, había generado un galimatías de contradicciones y dudas acerca de lo que era original de dichos eruditos y qué era agregado con mala intención. Esta Ley regulariza al *IUS* y establece el llamado ‘Tribunal de los Muertos’, dado que los jurisconsultos cuyas opiniones podrían ser invocadas por los jueces, ya habían muerto (incluso, se concedió a Gayo el *Ius Pública Respondendi* después de muerto) Elimina a muchos pseudo-jurisconsultos; suprime valor a las notas hechas sobre las obras originales de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo, y declara que sólo las opiniones de estos cinco y de los que ellos hubieran citado en sus obras, podrían ser invocadas por los jueces para fundamentar sus resoluciones, y que en caso de que hubiera empate en cuanto a las opiniones contradictorias, triunfaría el bando del que formara parte Papiniano, por lo que se le conoció como ‘El Príncipe de los Jurisconsultos’.

Justiniano ha sido criticado por haber ‘destruido’ la historia del derecho romano, debido a que ordenó la abrogación de todas las disposiciones caídas en desuso y contradictorias; pero se debe tomar en cuenta que a este gobernante no le interesaba hacer una recopilación histórica del *ius* y de las *leges* del estado romano, sino estructurar y organizar un cuerpo de leyes armónico y coherente, que le permitiera gobernar al reducido territorio que conformaba su imperio.

Adicionalmente, se debe reconocer que Justiniano ascendió al trono imperial cuando el cristianismo estaba en plena expansión, por lo que la influencia de esta doctrina religiosa pugnaba por la erradicación de muchas instituciones jurídicas y sociales que eran opuestas a sus dogmas, y la más combatida era, precisamente, el parentesco agnaticio, toda vez que tenía como sustento a la *sacra privatae* o culto doméstico.

Es entonces comprensible por qué este Emperador se inclinó a erradicar al concubinato (sin haberlo conseguido), a favorecer al parentesco consanguíneo frente al artificial parentesco agnaticio y a dar una mayor libertad patrimonial a las mujeres, principalmente a las casadas (*uxor*).

2.2. Fuentes del parentesco agnaticio.

Como ha quedado claro que el parentesco agnaticio es la relación jurídica producto de la patria potestad, en realidad existe una coincidencia de fuentes, por lo que en este capítulo se reitera parcialmente lo analizado en el precedente, pero relacionado a este tipo de parentesco.

2.2.1. La filiación derivada de matrimonio.

Ya habíamos precisado que la palabra filiación, procede del vocablo '*filius*' o afiliado, que es sinónimo de *alieni iuris*, es decir, sometido a una patria potestad, por lo que no debe interpretarse como 'hijo engendrado', para el que se emplea la palabra '*liber*'.

De lo anterior desprendemos que la filiación es la relación jurídica que se establece entre el paterfamilias y los que están sometidos a su patria

potestad, sean éstos sus descendientes biológicos o no. Pero la regla general es que exista una coincidencia entre la reproducción humana y el sometimiento a la potestad paterna.

Es por ello que la mayoría de los autores de esta área del conocimiento jurídico, coinciden en que la filiación más plena es la que deviene de las justas nupcias, debido a que la paternidad biológica se presumía a partir de los tiempos mínimo y máximo de la gestación⁴² por lo que el hijo nacido dentro de dichos parámetros, debía ser considerado *liberī iusti* –hijo legítimo- “Dice Juliano que no ha de consentirse que aquel que vivió asiduamente con su mujer no quiera reconocer al hijo como si no fuera de él”⁴³

Las principales consecuencias de la filiación legítima, en el derecho romano, eran las siguientes:

1. Da lugar a la agnación o parentesco civil.
2. Genera la obligación recíproca de darse alimentos y que para el hijo comprende, además, el beneficio de la educación.
3. El hijo debe respeto y afecto a sus ascendientes.
4. El padre comunica a sus hijos su calidad de ciudadano romano y su condición social, desde el momento de la concepción.

Debe recordarse que uno de los objetivos más trascendentes del parentesco agnaticio era garantizar la perpetuación y continuidad de la *sacra privatæ* y consolidar la unidad de la *gens* (Federación de familias

⁴² Ver SUPRA, Pág 14.

⁴³ FERNÁNDEZ DE LARA R. Ma. del Pilar.- Derecho Romano I, Lecciones de Cátedra.- UNAM – Facultad de Derecho – SUA.- México, 1998.- Pág. 42.

provenientes de un autor común, fundador de Roma) ya que sus caracteres identificadores eran, fundamentalmente, llevar el mismo *nomen gentilitium* y los ritos sagrados domésticos dedicados al culto de los mismos antepasados muertos. Por ello se debe considerar una consecuencia más, derivada de la filiación legítima o matrimonial, y ésta es que el *filius familias* debía continuar el culto privado, en calidad de sacerdote doméstico, al convertirse en *sui iuris* por la muerte de su *pater*, y encabezar a su propia familia.

2.2.2. La legitimación.

Anteriormente habíamos anotado que la legitimación era una fuente de la patria potestad, sobre los hijos que habían nacido *sui iuris*, por no haberse celebrado el matrimonio con la madre de éstos antes de su concepción.

Al respecto, Foignet señala: "La legitimación es una institución que tenía por objeto hacer caer a los hijos naturales bajo la *patria potestas* de su padre, transformando el concubinato en justas nupcias."⁴⁴

En este asunto en concreto, existe una contradicción aparente en cuanto a sus motivos; toda vez que esta institución es de aparición tardía en el derecho romano, atribuyéndosele al emperador Constantino, quien ejerció el poder de los años 325 al 337 de nuestra era, y desarrollada por sus sucesores, Zenón, Anastasio y Justiniano; es decir, surgió bajo el influjo del cristianismo⁴⁵, con la intención de favorecer la celebración de matrimonios

⁴⁴ FOIGNET René.- Op. Cit.- Pág. 58.

⁴⁵ Cfr. BIALOSTOSKY, Sara.- Op. Cit.- Pág. 65.

honestos y regularizar las uniones informales, a través del atractivo de conceder al progenitor la patria potestad sobre sus descendientes naturales.

La contradicción reside en el hecho de que, al mismo tiempo, el cristianismo inicial propugnaba por la eliminación del parentesco agnaticio, argumentando que éste preservaba un culto pagano y politeísta a los muertos, que contrincaba con la ideología religiosa monoteísta prevaleciente.

Al respecto, el ilustre Agustín Bravo González señala: "La legitimación, tal como la concebimos ahora, fue instituida en el Bajo Imperio en favor de los hijos nacidos del concubinato, pues el cristianismo lo consideró como un desorden legal y una mancha para los hijos. Desde entonces se juzgó equitativo que el padre pudiera lavar esa mancha reparando su propia falta; de ahí la legitimación por matrimonio subsiguiente de los concubinos."⁴⁶

Por otra parte, existen muchas conjeturas acerca de los requisitos que debían cubrirse para alcanzar la patria potestad y el parentesco agnaticio consiguiente, entre el progenitor y el descendiente natural.

La mayoría de los autores consultados, afirman que podría legitimarse a cualquier descendiente *sui iuris*, siempre que no se hubiera presentado algún impedimento para el matrimonio de los progenitores, al momento de la concepción, y que se hubiera obtenido el consentimiento expreso del hijo, para aceptar someterse a la patria potestad de su ascendiente. Pero autores como Foignet y Pietro Bonfante señalan otro

⁴⁶ BRAVO GONZÁLEZ Agustín y otra.- Primer Curso de Derecho Romano.- 20ª ed...- Editorial Porrúa, S. A., México, 2003.- Pág. 148

requisito para la legitimación *per subsequens matrimonium*, el de que se tratase de un verdadero concubinato, considerando que los *liberi spurii* (producto de una unión pasajera) y los *liberi vulgo concepti* (hijos de una mujer promiscua) no podrían ser legitimados.⁴⁷

En nuestro criterio, ese requisito no se encontraba previsto en ninguna de las formas de legitimación.

Por lo que toca al objetivo de este segundo capítulo, diremos que la legitimación convierte al hijo en *alieni iuris* sometido a la patria potestad de su progenitor, por lo que lo iguala a un hijo nacido dentro del matrimonio, por lo que le confiere el carácter de pariente agnaticio de su paterfamilias, del resto de su parentela de éste y de su materfamilias, en el caso de la legitimación *per subsequens matrimonium*.

Las únicas excepciones, las encontramos en el caso de la legitimación *per rescriptum principis*, en la que era indispensable probar que el legitimario no contaba con hijos legítimos de otro matrimonio, y como esta forma, creada por Justiniano, era aplicable en el caso de que el matrimonio con la madre del hijo por legitimar fuera imposible por muerte, ausencia o encontrarse unida en matrimonio con otro hombre, entonces no se establecía parentesco agnaticio con la madre.

Igualmente, en el caso de la legitimación *per oblationem curiae*, como el legitimario debía emancipar al hijo, para hacerlo titular de un fundo de, por lo menos, 25 arpentos⁴⁸ de tierra; y en el caso de las hijas, darlas en matrimonio *cum manu* a un decurión, además de que podría legitimarse por

⁴⁷ Cfr. FOIGNET René.- Op. Cit.- Pág. 58, Nota 1.

⁴⁸ Arpento = medida romana equivalente a 30 pies cuadrados, por 25 = 750 pies cuadrados.

esta vía, aún cuando se tuviese hijos legítimos de otro matrimonio, entonces no se establecía parentesco agnaticio con toda la familia del legitimario, sino que ese parentesco se limitaba restringidamente, únicamente entre el paterfamilias y el o los legitimados.

“Esta forma de legitimación parece que data del año 443, más de un año después de la legitimación por matrimonio [...] Se inspiró en las dificultades que presentaba el reclutamiento de la curia debido a la penuria del fisco. [...] No era grato ser miembro de la curia, pues ésta se encargaba de recaudar los impuestos y sus integrantes respondían con sus bienes del éxito de su labor”.⁴⁹

Esta especial circunstancia da origen al llamado parentesco civil del derecho moderno, en que los derechos y obligaciones se establecen únicamente entre los interesados, sin irrogar consecuencias entre los demás parientes de éstos.

2.2.3. La adopción.- Adoptio y adrogatio.

En el capítulo anterior estudiamos el origen y el procedimiento para lograr la adrogación y la *adoptio* propiamente dicha; en este apartado nos referiremos al parentesco derivado de esas instituciones romanísticas.

Tanto la adrogación como la adopción establecen una relación jurídica análoga a la que surgiría de una procreación *ex iustis nuptiis*, dando como resultado un parentesco también análogo al parentesco agnaticio.

⁴⁹ BRAVO GONZÁLEZ Agustín.- Op. Cit.- Pág. 149.

Respecto de la adrogación, misma que, por otra parte, fue la forma más antigua de incorporar a la *domus* a un *filius familias*, por un acto de voluntad compuesto, ya que se requería el consentimiento expreso del adrogante y del adrogado, así como la sanción del pueblo romano, podemos afirmar que generaba un parentesco agnaticio pleno entre adrogado y adrogante, así como con la parentela de éste.

También podemos mencionar el caso de Octavio, quien fue adrogado por Julio César en el testamento de éste. Aquí parecen entrelazarse las formas de la *adoptio* y la *adrogatio*, pues el testamento fue aprobado por los Comicios por curias, cumpliendo con una de las solemnidades exigidas, pero como el testamento es un acto jurídico *mortis causa*, debemos concluir que Julio César nunca ejerció la *patria potestas* sobre Octavio, quien era *sui iuris*, pero la aceptación de éste a someterse a ese *sui generis* testamento, produjo todas las consecuencias de una adrogación ordinaria, convirtiendo al aceptante en heredero suyo, como si hubiera sido procreado por el testador - adrogante.

Debe tenerse en cuenta que el derecho justiniano elaboró la distinción entre la adopción plena y la adopción *minus plena*, cuyas consecuencias son también distinguibles.

Antes de Justiniano, la adopción era fruto de un complicado procedimiento que tenía como fin el debilitamiento del lazo paterno-filial, para que el adoptante estuviera en condiciones de intentar ante el magistrado una ficticia reivindicación de la patria potestad sobre el *alieni iuris* adoptado. En el derecho Justiniano el acto de la adopción queda reducido a manifestar la voluntad de adoptar ante el magistrado, en

presencia del *paterfamilias*, cuya potestad se extingue, y del hijo dado en adopción, confirmándose a través de un acta, y pudiéndose adoptar en calidad de hijo, de nieto o de sobrino.

La *adoptio plena* fue identificada como la adopción realizada por un ascendiente, que no ejercía la patria potestad, sobre su descendiente. Como en el caso del abuelo materno sobre su nieto, hijo de hija; o del abuelo paterno sobre su nieto, hijo de un hijo emancipado; y a la inversa, cuando el padre ‘adoptaba’ a su hijo que había procreado antes de ser emancipado y que había permanecido bajo la patria potestad del emancipante, es decir, de su abuelo⁵⁰. Se le llama ‘plena’ porque se complementan el parentesco cognaticio, derivado de la vinculación biológica, y el artificial parentesco agnaticio surgido del acto de la adopción. Esta clase de adopción genera, entonces, un parentesco agnaticio con toda su fuerza y alcances, entre el adoptado y la parentela del adoptante, misma con la que ya le unían, por lo menos, los lazos de la sangre. De donde resultaba que, si el adoptante lo emancipaba después de la muerte de su *paterfamilias* original, de todos modos comparecía a la herencia pretoria del adoptante—emancipante, como su cognado.⁵¹

En cambio, la *adoptio minus plena* es denominada así por los comentaristas posteriores, debido a que entre el adoptante y el adoptado no existía un lazo consanguíneo que los vinculara, y provocaba que el adoptado no saliera de su familia agnaticia, continuando bajo la *patria potestas* de su padre natural, pues únicamente establecía derechos sucesorios para el adoptado, respecto de la herencia del adoptante.

⁵⁰ Cfr. FOIGNET René.- Op. Cit.- Pág. 64

⁵¹ Si el adoptante lo emancipaba antes de la muerte de su *paterfamilias* original, el derecho pretorio le permitía solicitar la *bonorum possessio* sobre la herencia de su padre legítimo, como cualquier otro emancipado ordinario.

Aún cuando abordaremos más extensamente este asunto en el siguiente capítulo, es oportuno dejar apuntado que el actual Código Civil para el Distrito Federal mexicano, contempla invertidas estas formas de adopción, es decir, llama adopción plena a la que se autoriza entre adoptante y adoptado extraños (artículo 410 – A); y considera adopción simple o *minus plena*, a la que se autoriza entre parientes por consanguinidad (artículo 410 – D)

En cuanto al parentesco, el legislador local para el Distrito Federal consideró que se producen las consecuencias de un parentesco por consanguinidad entre el adoptado y el ó los adoptante(s) y los parientes consanguíneos de éste o éstos cuando se autoriza una adopción plena entre extraños (Artículo 293, tercer párrafo del Código Civil para el D. F.); en cambio, si la adopción es *minus plena* o simple, porque adoptante y adoptado tienen un parentesco por consanguinidad, entonces se establece un parentesco civil, en el que los derechos y obligaciones quedan restringidos únicamente a adoptado y adoptante, pero ¡DEJA AL ADOPTADO SIN NINGÚN OTRO TIPO DE PARENTESCO! (Artículos 403 derogado, 410 – C y 295 del Código Civil para el Distrito Federal)

2.2.4. La *manus maritalis* y el parentesco agnaticio.

Si la *manus maritalis* es una potestad modelada bajo los principios de la patria potestad, corresponde entonces al *paterfamilias* su ejercicio, y consiste en el poder que éste ejercía sobre su mujer y sobre sus nueras.

Este poder, que actualmente podríamos calificar de odioso, machista y hasta misógino, tuvo su razón de ser en la vida social y religiosa de Roma, pues la pretensión era la de atraer a la recién casada a integrarse totalmente a la *domus* de su marido, sin importar que fuese éste *sui iuris* o *alieni iuris*, a efecto de garantizar que educara a los hijos para someterse a la voluntad absolutista del *paterfamilias* y para rendir culto a los antepasados muertos de su marido, y no a los antepasados de ella. Por eso era necesario que las mujeres dejaran de formar parte de sus familias originarias, tanto en cuanto a su parentesco, como en cuanto a su *sacra privatae*, lo que acarreaba la pérdida de sus derechos hereditarios respecto de su *paterfamilias* original, misma que se compensaba a través de la *dotis datio* —entrega de la dote—.

Es por ello que la *manus maritalis* del derecho romano parecía una especie de adopción, pues la mujer quedaba colocada como una descendiente del *paterfamilias*. Si el marido era *sui iuris* y recibía la *manus* directamente en su favor, la *uxor* (mujer) quedaba *loco filia* —en lugar de hija— de éste. Pero si la *manus* era adquirida por un ascendiente varón del marido *alieni iuris*, la cónyuge de éste quedaba *loco neptis* —en lugar de una nieta— del *paterfamilias*.

De ello se colige que también se incorporaba al parentesco agnaticio de la familia de su marido y, por consiguiente, era pariente agnaticia de sus propios hijos, pero no en calidad de ascendiente, sino de pariente colateral en segundo grado, es decir, *loco sororis* —en lugar de una hermana—.

2.2.5. Consecuencias del parentesco agnaticio.

Habrà que recapitular en cuanto a lo que se comprende como parentesco agnaticio, diciendo que se trata del "...parentesco civil que liga a todas aquellas personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*, o que lo estarían si este antepasado común viviese todavía."⁵²

Y si recordamos quiénes estaban 'bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*', concluiremos que son: los descendientes procreados en legítimo matrimonio (hijos e hijas y nietos de un hijo pre-muerto o emancipado), la mujer y las nueras casadas *in manu*, los adoptados, los adrogados y los legitimados.

Estas personas son identificadas también por el derecho romano con la denominación de "*heredes suus*" –herederos suyos ó herederos de sí mismos- pues su sometimiento al *paterfamilias* los convertía en una especie de copropietarios del patrimonio familiar; tanto así que no requerían solicitar y/o aceptar la herencia del *pater*. Refiriéndose a este *heredes sui*, Sohm explica: "... como quiera que sea, pertenece ya jurídicamente a la 'familia' del causante, de cuya personalidad es el natural continuador, y adquiere la herencia *ipso iure*, por el mero hecho de producirse, sin que sea menester un acto especial de voluntad: es *heres necessarius*."⁵³ Y, por otra parte, es directa y personalmente responsable de las deudas del *de cuius*⁵⁴ frente a sus acreedores, quienes se sentían garantizados de que al morir un deudor, su deuda no caducaba, pues para los efectos del derecho privado romano,

⁵² GUTIÉRREZ ALVIZ-ARMARIO Faustino.- Op. Cit.- Pág. 44

⁵³ SOHM Rodolfo.- Op. Cit.- Pág. 313.

⁵⁴ Contracción de la frase: '*De cuius benes habemus*'.

la personalidad patrimonial se inmortaliza, a través de la sucesión hereditaria.

Estas personas que se encontraban directamente bajo la potestad del *paterfamilias* y que, como consecuencia de su muerte, dejaban de estar sometidos a su autoridad y poder, convirtiéndose en *sui iuris*; continúan la personalidad del *paterfamilias* muerto, tanto en la titularidad de los derechos reales y personales de carácter económico (patrimonio), como en sus deberes de culto (*sacra privatæ*) y hospitalidad (apoyo a la clientela).

También debemos recordar que el parentesco agnaticio se enlazaba únicamente por vía de los varones, de donde los herederos suyos del sexo masculino, a la muerte de su progenitor, formaban sus propias e independientes *domus*, en las que asumían los poderes y facultades de un *paterfamilias*. Pero ello no significaba que rompiera su vinculación con los que, junto con él, se habían autonomizado de la patria potestad del difunto, sino que se integraban en una federación de familias denominada *gens*, que tenían como datos identificadores el llevar el mismo *nomen gentilitium* y por profesar el mismo culto privado a los mismos antepasados muertos, hasta coincidir en un autor común que debió haber figurado entre los jefes de familia que fundaron Roma en el año 753 antes de nuestra era.

Esta era la segunda relación parental agnaticia, es decir, la vinculación entre los que no descienden unos de otros, pero que proceden de un autor común, a cuya patria potestad estarían sometidos, si ese autor común hipotéticamente estuviera vivo.

El Maestro Carlos Vieyra Sedano, Profesor asesor de este trabajo, explica en su Cátedra este tema con el ejemplo de un encuentro casual entre dos jóvenes de uno y otro sexo, entre los que ha surgido una fuerte atracción, y que conversando descubren que ostentan el mismo *nomen gentilitium*. Su dilema personal consiste en indagar si entre ellos existe un parentesco agnaticio, para lo que deben recorrer en forma ascendente por su respectiva rama hasta encontrar un punto de coincidencia o intersección, localizando a su antepasado común. Luego deberán imaginar que todos sus ascendientes varones, incluyendo al antepasado común, estuvieran vivos; y confirmar si no se rompieron por alguna causa (entrega en adopción, emancipación, etc.) las sucesiones continuadas de patria potestad entre el autor común y cada uno de los interesados, de tal manera que ambos estarían sometidos a la patria potestad de ese antepasado remoto. Si todas las cuestiones planteadas resultaran afirmativas, entonces se trataría, en efecto, de un parentesco agnaticio. Pero si alguna de ellas fuera negativa, como la no existencia de un autor común o, si existió el mismo y se interrumpió la continuidad de las sucesivas patrias potestades, entonces no tienen parentesco alguno o serían parientes cognaticios nada más.

Es este parentesco agnaticio entre las personas que, sin descender unas de otras, descienden de un cercano o remoto *paterfamilias* común ya fallecido, el que tomaba en cuenta el derecho romano para producir consecuencias jurídicas, en el orden de establecer los derechos y obligaciones relativos a la tutela, la curatela y, sobre todo, a la sucesión *mortis causa*, en el evento de que no existiera un testamento válido elaborado por el *de cuius* o, en su defecto, que éste no contara con herederos suyos.

El citado Profesor, Licenciado Carlos Vieyra, señala sobre este particular lo siguiente:

“La disposición de la Ley de las XII Tablas era muy estrecha: *“Si intestato moritur, qui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.”* = Si muere intestado, a falta de herederos suyos, que tenga el patrimonio el agnado más próximo. Si tampoco hay agnados, que lo tengan los gentiles.

“Luego entonces, la sucesión legítima únicamente contemplaba cuatro posibles clases de herederos: Los herederos suyos, los parientes agnaticios, los parientes gentiles y el fisco, en ese orden. Los demás parientes, sobre todo los sólo cognaticios (consanguíneos y no civiles) como los descendientes varones emancipados o naturales, las hijas y nietas casadas *cum manu* y sus respectivos descendientes; incluso, la madre soltera o casada *sine manu*, no heredaba de sus hijos ni éstos de ella, pues el parentesco agnaticio entre ellos únicamente lo proporcionaba la *manus*, que colocaría a la madre *loco sororis* –en lugar de una hermana- respecto de sus hijos.

“Los *sui heredes*, eran los descendientes agnaticios colocados directamente bajo la potestad del *de cuius*, eran sus *alieni iuris* y que por su fallecimiento adquirirían el carácter de *sui iuris*. El antiguo principio de la copropiedad del patrimonio familiar (todo lo que los sometidos adquieran, por cualquier título, es adquirido por el paterfamilias) les atribuía un derecho abstracto al patrimonio paterno que los hacía automáticamente herederos, sin posibilidad de excluirse aún cuando la herencia estuviera cargada de deudas, es decir, eran *heredes sui et necessarii*. Posteriormente el Pretor les concedió a los descendientes agnaticios el *beneficium abstinendi*, que

debían solicitar antes de realizar cualquier acto que supusiera una aceptación (*inmiscere se hereditatis*), para desechar la herencia y rechazar las acciones enderezadas en su contra por los acreedores del *de cuius*. Con esto, el carácter de *heredes necessari* se dejó exclusivamente para los esclavos manumitidos por testamento e instituidos como herederos en el mismo, como recurso para evitar la deshonra a la memoria del autor o la nota de infamia para los herederos agnados, cuando las deudas superaban al activo de una sucesión.

“Los parientes agnaticios, como ya sabemos, eran los que estaban vinculados por la patria potestad aunque no descendieran unos de otros; es decir, los parientes colaterales que descendían todos de un autor o progenitor común, y que estaban bajo la patria potestad de éste o que lo estarían si hipotéticamente estuviera vivo en el momento. Por ello, a falta o por imposibilidad de los *heredes sui*, al pariente agnado más cercano en grado se le defería la herencia, y si había varios en el mismo grado, éstos heredaban en partes iguales.

“Los parientes agnaticios eran considerados *heredes voluntarii*, pues no adquirían forzosamente e *ipso iure* como los *heredes sui et necessari*, sino que se requería de un acto de su voluntad—*aditio hereditatis*— mismo que podría ser expreso o tácito, mediante cualquier gestión que revelase el ánimo de adquirir la herencia deferida. En virtud del carácter voluntario de esta “adición” o sumatoria, el derecho romano clásico admitió la facultad para el pariente agnaticio de repudiar —*repudiatio*— la herencia ya deferida, pero ésta, igual que la adición, eran irrevocables.”⁵⁵

⁵⁵ VIEYRA SEDANO Carlos.- *Apuntes de Cátedra*.- UNAM.- Facultad de Derecho.- México, Semestre 2003-2.- Págs. 52 y ss.

2.3. El parentesco cognaticio.

Siguiendo al estudioso autor Agustín Bravo González, "La *cognatio* es el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras en línea directa o que descienden de un autor común, sin distinción de sexo. Este es el parentesco natural o de sangre, aceptado desde Justiniano y al que el pretor principió a reconocer derechos oponiéndolo al parentesco civil."⁵⁶

El parentesco cognaticio es, entonces, la relación biológica o natural entre una persona y sus ascendientes o descendientes, en la línea recta, misma que puede ser, en consecuencia, ascendente o descendente, y también con los demás sujetos que procedan junto con ella de un autor o progenitor común, en la línea colateral.

Lo característico del parentesco cognado es que, a diferencia del parentesco agnado, no se establece únicamente por vía de los varones, sino que puede proceder por vía femenina. Los hijos extramatrimoniales, como no quedan sujetos a la patria potestad de su progenitor, no cuentan con relaciones agnaticias, por lo que su parentesco es únicamente cognaticio.

De la misma manera en que el parentesco agnaticio no siempre coincide con el nexo biológico (como en el caso de la adrogación y la adopción), el parentesco cognaticio no siempre coincide con el vínculo civil.

⁵⁶ BRAVO GONZÁLEZ Agustín ET AL.- Op. Cit.- Pág. 138.

2.3.1. El paulatino reconocimiento del parentesco cognaticio.

A riesgo de equivocarme, pues no encontré alguna fuente que lo confirmara, estimo que la primera disposición que se refiere al parentesco consanguíneo o natural, es una opinión de Ulpiano, en la que se refiere a la *cognatio servillis*, como un impedimento para la celebración del matrimonio entre parientes cognaticios cercanos que habían sido esclavos, tras la manumisión de los mismos.⁵⁷

Muchas disposiciones del derecho romano arcaico prohibían el matrimonio entre los ingenuos (nacidos libres) y los libertinos (manumitidos o ex-esclavos), por lo que se multiplicaron las uniones irregulares inferiores a las *iustæ nuptiæ*, calificadas como concubinato *-inæquale coniugium-*, el cual no bastaba para que el concubinario lograra adquirir la *patria potestas* sobre los hijos procreados dentro de esta unión, mismos que nacían *sui iuris* y vinculados únicamente con la madre y los parientes de ésta, por los lazos de la consanguinidad o cognación.⁵⁸

A partir del bajo imperio, principalmente bajo el gobierno de Constantino, se comenzó a reconocer la existencia de una asociación entre el concubinario y los hijos de la concubina, denominándolos *liberi naturales*, en oposición a los *liberi iniusti* o *spurii* (producto de una relación sexual eventual) y a los *liberi vulgo concepti* (hijos de una mujer dedicada a la prostitución).

Ese reconocimiento fue la base para autorizar la *legitimatio* de los hijos naturales y conferir la *patria potestas* al progenitor, mediante el

⁵⁷ Citado por GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO Faustino.- Op. Cit.- Pág. 116.

⁵⁸ BRAVO GONZÁLEZ Agustín.- Op. Cit.- Pág. 157.

matrimonio subsiguiente con la concubina, si se probaba la causa del error por el que se la había creído ingenua sin serlo. Además se comprende por qué se exigió acreditar que no había impedimento insalvable para el matrimonio entre los progenitores, al momento de la concepción del hijo que se pretendía legitimar, pues ello era imposible respecto de los hijos incestuosos o adúlteros.

2.3.2. La *cognatio* como impedimento para celebrar *iustæ nuptiæ*.

Como habíamos apuntado anteriormente, a pesar de que el derecho romano no consideraba al parentesco *cognaticio* como fuente de derechos y obligaciones, ya que éstos estaban reservados en favor del parentesco civil o *agnatio*, tuvieron que reconocer que incurría en *incestus* todo aquel que contraía matrimonio con persona cuya consanguinidad cercana constituía una prohibición legal insalvable, lo que acarrea la nulidad de ese matrimonio y diversas sanciones penales para el infractor.

En la línea recta -entre los que descienden unos de otros-, la prohibición del matrimonio se estableció *in infinitum* como hasta la actualidad, es decir, no importa el número de grados que separen a los parientes, el matrimonio entre ellos está vedado.

En cuanto a la línea colateral, hubo disposiciones contradictorias al respecto, pues originalmente estaba prohibido el matrimonio entre 'primos hermanos', es decir, en el cuarto grado de parentesco en línea colateral igual, pero dice Bravo González que, "...para que Claudio pudiera casarse

con Agripina, hija de su hermano Germánico, se derogó este principio, pero los hijos de Constantino retornaron al derecho antiguo.”⁵⁹

Más tarde, una constitución de los emperadores Honorio y Arcadio, del año 405 D. C., levantaron esa prohibición, quedando en definitiva como límite mínimo para contraer matrimonio, el tercer grado de parentesco en línea colateral desigual.

Resulta muy interesante la interpretación del Faustino Gutiérrez, acerca del *incestus superveniens*, con la siguiente opinión: “Incesto sobreveniente con posterioridad a la celebración del matrimonio, el cual sucedía, por ejemplo, si el suegro adoptaba como *filiius* al yerno, con lo que quedaban, por parentesco de cognación, los cónyuges como hermanos. Constituye una causa de disolución del matrimonio romano.”⁶⁰

2.3.3. La cognatio y la adoptio plena.

Ha quedado explicado en páginas anteriores, que el elemento de distinción entre la adoptio plena y la adoptio minus plena del derecho romano, reside en el hecho de que entre el adoptante y el adoptado exista una relación de parentesco cognaticio, al que se le agregaba, como consecuencia del acto de la adopción, el artificial parentesco agnaticio, derivado de la vindicación de la patria potestad por parte del adoptante.

Esta realidad, de que la llamada adopción plena sea el resultado de sumar al parentesco consanguíneo, el parentesco civil o agnaticio, es el punto de partida para la crítica que se hace a la actual regulación del parentesco

⁵⁹ Ídem.- Pág. 162

⁶⁰ GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO Faustino.- Op. Cit.- Pág. 293.

consanguíneo y del parentesco civil, en el vigente Código Civil para el Distrito Federal, misma que se formulará en el capítulo siguiente.

2.3.4. La sucesión pretoria o *bonorum possessio*.⁶¹

Según un amplio sector de los estudiosos del tema, la sucesión legítima pretoria –*Bonorum Possessio*– tiene su origen en la necesidad de proteger la precaria situación de un heredero voluntario testamentario al que el testador le impuso la *cretio* ó aceptación *cum cretione* [Exigencia de adir la herencia solemnemente, dentro de un plazo fijo] o bien una condición de difícil y dilatada ejecución, y que temía la pérdida o deterioro de los bienes de la masa hereditaria, por lo que entraba en posesión de éstos, sin las solemnidades exigidas, razón por la que no adquiría el título de *heredes*, sino el de poseedor, mismo que debía ser protegido por el pretor, a través de los interdictos.

Teodoro Sohm⁶², interpreta el significado de la regla general de la Ley de las XII Tablas, que ya anotamos antes: “*Si intestato moritur, qui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*” en el sentido de que la misma ley decenviral solamente consideraba como herederos *ipso iure* a los herederos suyos, y que los agnados y los gentiles, únicamente eran considerados como protectores o conservadores de ese patrimonio, a título de poseedores; ante la posibilidad de que más adelante apareciere algún *heredes sui* que demostrase su calidad, o bien un heredero testamentario. Tanto así, que el heredero suyo y necesario, adquiría el carácter de heredero y titular de la

⁶¹ Este punto contiene una investigación bibliográfica efectuada sobre los textos citados de BIALOSTOSKY, BRAVO GONZÁLEZ, GUMERSINDO PADILLA y SOHM.

⁶² Cfr. Sohm Teodoro.- Op. Cit. - Págs. 318 y ss.

herencia *ipso iure*, pues su condición de descendiente y habitante de la “casa” impedía que dejase de poseer los bienes. En cambio, un pariente agnaticio debía solicitar al pretor que se le pusiera en posesión de la herencia, en tanto se investigaba sobre su mejor derecho a heredar y, por lo tanto, no adquiría *ipso iure*, sino por medio de un acto de su voluntad = la adición.

Sea como fuere, es indudable que el pretor debía entregar la posesión de una herencia a alguien, en tanto se resolvía cualquier cuestión relativa a la vocación hereditaria, máxime si se había entablado controversia entre presuntos herederos, de ahí el nombre de *bonorum possessio*.

En un principio, se trataba de una medida provisional para la conservación de los bienes, que podía ser modificada o confirmada, en cumplimiento del *ius civile*; pero paulatinamente el pretor extendió su aplicación para beneficiar a los parientes más próximos, a falta de herederos civiles, llegando incluso a concederla a quienes estaban expresamente excluidos por el *ius civile*. Todo ello, con la finalidad de que siempre hubiera un heredero e impedir su inmediata adjudicación a favor del fisco, o que la memoria del difunto quedase manchada con la venta por concurso de sus bienes en favor de sus acreedores –*Bonorum venditio*–.

Definición:

Según los últimos jurisconsultos clásicos, “Es la sucesión pretoria de la universalidad del patrimonio de un difunto, a petición del interesado, en favor de los herederos civiles, de los naturales junto con los civiles o, a falta de éstos últimos, en favor de parientes naturales excluidos por el derecho

civil. Pero como no podía otorgarles el título de herederos, los beneficiarios recibían la denominación de *bonorum possessores*.⁶³

Clases de Bonorum Possessiones.

Podemos dividir a las *bonorum possessiones* acordadas por el Pretor, en dos grandes clases:

A.- *Bonorum Possessio testamentaria*:

- a) *B. P. secundum tabulas*.- El Derecho Civil había establecido un procedimiento testamentario *calatis comitiis*, o el rito *per aes et libram*, según el cual, un ciudadano de confianza –el *familiæ emptor*– adquiriría el patrimonio completo de manos del testador y se comprometía a ejecutar la voluntad de éste, por lo que tenía el carácter de un contrato. El derecho pretorio estimó que era muy complicado este procedimiento, por lo que simplificó las formas y determinó que haría respetar toda manifestación unilateral de voluntad hecha por escrito [*tabulæ*] y que contara en la parte exterior con la firma y sello de siete testigos, ciudadanos romanos púberos, que hubieran sido convocados expresamente para fungir como tales. En este caso, dado que no se había cumplido con las solemnidades del *ius civile*, el pretor se convertía en un 'coadyuvante' de la voluntad del testador y concedía la *B. P.* en favor de los beneficiarios instituidos de esta manera, garantizándoles su derecho aún frente a los herederos legítimos que pretendieran ejercitar la *actio petitio hereditatis*, alegando el incumplimiento de la solemnidad mancipatoria.

⁶³ FOIGNET René.- Op. Cit.- Pág. 98.

- b) *B. P. Contra tabulas*.- El testador estaba obligado *iure civile*, a desheredar expresa y nominativamente a todos sus descendientes varones, y a las hijas y nietas podría hacerlo *Inter Ceteros* (entre los demás) con expresión de la causa justificada para excluirlos de la sucesión, por lo que era ilícito simplemente 'omitirlos', lo que se denomina *preteritio de los suos*, y que acarrearía la nulidad absoluta del testamento, según el derecho civil. El pretor decidió no declarar la nulidad, sino conceder al 'preterido' la *bonorum possessio contra tabulas*, por el monto de la parte que le tocaría *ab intestato* de la herencia, mediante la anulación de la institución de herederos, las manumisiones testamentarias y los legados, con la finalidad de que no cayeran las demás disposiciones del difunto, como las desheredaciones legítimas, las designaciones de tutores y las substituciones pupilares. Claro que esta concesión debía ser solicitada por el agraviado, dentro de un año desde la muerte del testador, o de lo contrario el testamento se ejecutaba con plena validez.

B.- Bonorum Possessio Ab Intestato.-

El Edicto de Salvio Iuliano refiere que se crearon ocho grupos de parientes derechosos a la B. P. intestada, pero Justiniano únicamente consideró cuatro.

- a) *B. P. Unde Liberi*.- Obtienen este beneficio, tanto los hijos que estaban bajo la potestad del autor de la herencia al momento de su muerte, como los hijos emancipados, es decir, abarca a los hijos naturales engendrados por el difunto, y excluye a los hijos adoptivos emancipados y a las hijas casadas *cum manu*. Por esta solución, podrían concurrir juntos el hijo emancipado y los

hijos de éste que hubieran permanecido bajo la patria potestad del difunto en calidad de *heredes sui*. Como esta situación era injusta, el pretor ordenó que la parte del hijo emancipado se dividiera por mitad con sus hijos, o de lo contrario tendrían una parte mayor; Igualmente, para romper las desigualdades, impuso a los descendientes emancipados el deber de la *Collatio Bonorum*, es decir, debían incorporar a la masa hereditaria todo su patrimonio adquirido como *sui iuris*, antes de efectuar la partición, con excepción de sus peculios castrense y cuasi castrense así como la dote que hubiera recibido de su mujer, pues los *sui heredes* no habían podido adquirir para ellos, sino para el *pater* muerto.

- b) *B. P. Unde legitimi*.- Si no existían *liberi* o éstos habían dejado pasar el año para solicitarla, se abría otro plazo de un año más, y la B. P. se concedía al pariente agnaticio más cercano en grado al difunto que la solicitara, y en defecto de éste, se defería a los gentiles (miembros de la *gens*). A falta de los anteriores, el Maestro Bravo González, señala que se incluían en esta B. P. al patrono manumisor y a sus descendientes, y, en el bajo Imperio, por obra de los Senado Consultos Tertuliano y Orphiciano (de los que nos ocuparemos más adelante), a la madre del difunto o a los hijos respecto de la madre soltera o casada *sine manu*. Si tampoco se encontrasen estos parientes, el pretor llamaba a los hermanos o hermanas emancipados o uterinos.
- c) *B. P. Unde cognati*.- Cuando no existían parientes civiles o no habían solicitado una B. P. preferente, el pretor llama a la

sucesión a los parientes cognados o parientes de sangre; en primer lugar a los descendientes naturales (extra matrimoniales), sobre todo a los que habían sido dados en adopción, aunque hubieran sido emancipados por su adoptante. Permite a la madre heredar a sus hijos y a éstos de ella, a pesar de no existir parentesco agnaticio. En la línea colateral, se concede hasta el séptimo grado. Debe aclararse que tienen preferencia los descendientes sobre los colaterales [A pesar de que un hermano está más cercano en grado, sería preferido un bisnieto] y que siempre se excluye al más lejano por el más cercano.

- d) *B. P. unde vir et uxor.*- (*Vir* = marido, *Uxor* = mujer) Tanto el derecho civil como el pretorio, habían omitido reconocer el derecho recíproco de sucesión entre el marido y la mujer cuando habían contraído nupcias bajo el régimen *sine manu*, dado que no habían establecido un lazo de parentesco ni agnaticio ni por afinidad. En algunas ocasiones, la *uxor* contaba con un lazo de parentesco cognaticio con su difunto marido, pero en un grado retirado que le impedía solicitar la *B. P. unde cognati* o era desplazada por cualquier otro pariente más cercano. El pretor remedia esta omisión, concediendo la *B. P.* al viudo o viuda del difunto, a falta de descendientes y agnados.

La Collatio Bonorum.

Como ya habíamos apuntado, al conceder la *B. P. unde liberi*, el pretor consideró que sería injusto que un hijo emancipado (que había tenido la oportunidad de adquirir un patrimonio propio), incrementara sus bienes en la misma proporción que un *heredes sui* carente de patrimonio por el deber

de incorporar al patrimonio del paterfamilias cualquier adquisición. Por lo cual impuso al solicitante de la B. P. que aportara su patrimonio personal a la masa hereditaria, antes de efectuar la partición; sólo podría retener sus peculios castrense y cuasi castrense, y la dote que hubiera recibido de su mujer. Esto incluía que las hijas que pidieran la B. P. debieran retornar a la masa hereditaria la dote que hubieran recibido de su padre antes de morir, a título de *Collatio Bonorum*.

2.3.5. Los senado-consultos Tertuliano y Orphiciano.

En tiempos de Octavio Augusto, después de los dos triunviratos y el odioso derramamiento de sangre de ciudadanos romanos, debido a las constantes luchas fratricidas internas en busca del poder político, se manifestó una despoblación alarmante.

Octavio propuso a los comicios por centurias la votación de dos leyes a las que se ha dado el nombre de 'Legislación caducaria', porque tenían como consecuencia el declarar 'caducas' las porciones hereditarias y demás disposiciones testamentarias hechas en favor de las personas a las que estas dos leyes pretendían castigar.

Para conseguir una re-población de la República a través de un número mayor de matrimonios legítimos y la tenencia de hijos, Octavio Augusto tomó en cuenta que el testamento era de uso corriente en Roma; así, por razones de ostentación social y de vanidad, se gratificaba en él a los amigos ilustres. Cicerón, Plinio y el mismo Augusto eran frecuentemente designados como legatarios por sus contemporáneos.⁶⁴ De tal manera que

⁶⁴ Ídem. Pág. 241.

éste último decidió sancionar con la pérdida de derechos hereditarios a los que persistieran en su soltería. Los *cœlibes* (célibes y viudos no vueltos a casar) estaban privados de la capacidad de recibir una herencia testamentaria o un legado, es decir, se les privó del *ius capiendi*, a través de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, aprobada en el año 18 antes de Cristo.

La *Lex Papia Poppæa*, del año 9 de nuestra era, complementaba a la anterior, propugnando por que no solamente se contrajera el matrimonio justo, sino que, además, esos matrimonios fueran prolíficos; de tal manera que premiaba a la mujer ingenua que diera a luz a tres hijos legítimos, y a la liberta que tuviera cuatro, con la liberación de la Tutela Perpetua de las mujeres --*Tutela Mullierum*--.

En complemento de las anteriores leyes, Hadriano propuso el Senado Consulto Tertuliano, que premiaba a las madres prolíficas que habían contraído matrimonio *sine manu*, llamándolas a la sucesión de sus hijos con los cuales no las ligaba el parentesco agnaticio.

Así las cosas, se había dado un paso enorme en favor de los parientes cognaticios que habían sido excluidos por la Ley de las XII Tablas y por la sucesión pretoria, reconociendo que los que estaban unidos solamente por la vía materna, merecían un mejor sitio.

En tiempos de Marco Aurelio se aprobó el Senado Consulto Orphiciano, "...que llama a los hijos a la sucesión de la madre antes que a

los demás herederos y la suceden sean dependientes, legítimos o *vulgo concepti* –de padre incierto-.”⁶⁵

2.3.6. Las novelas justinianas.

Al concluir su magnífica obra compiladora, Justiniano observó que aún se conservaban serias desigualdades entre los parientes consanguíneos en materia sucesoria; por lo que expidió la *novellæ*⁶⁶ CXVIII el 7 de agosto del 529 de nuestra era, al 17° año de su imperio, en la que elimina definitivamente los últimos vestigios de la Ley de las XII Tablas en esta materia, para regular la delación de las sucesiones sin tomar en consideración más que la cualidad y el grado del parentesco, proscribió toda diferencia entre los dos sexos o entre la descendencia por vía de los varones o de las mujeres; en una palabra, eliminó la distinción entre la agnación y la cognación.

En un bello párrafo de sus “Recitaciones del Derecho Civil, según el orden de la Instituta”, Juan Heineccio se refiere a esta Novela de la siguiente manera:

(SIC) “Ante todas las cosas se debe examinar en qué fundamento apoyó Justiniano el orden de sucesión inventado por él. Sobre esto diremos en pocas palabras, que siguió el principio de que con justicia debe ser el inmediato á la sucesión aquel a quien parezca haber amado mas el difunto. Ahora bien; por todos los filósofos con el mismo Aristóteles está observado que el amor desciende; que si no tiene a donde descender, asciende; y que si tampoco puede ascender, entonces se aparta hácia los lados. En efecto, la

⁶⁵ BRAVO GONZÁLEZ Agustín, ET AL. *Segundo Curso de Derecho Romano*.- 15ª ed.- Editorial Porrúa, S. A.- México, 2001.- Pág. 236.

⁶⁶ Son las constituciones nuevas, promulgadas por Justiniano después de la confección de su Código.- Cfr. FOIGNET.- Op. Cit.- Pág. 22.

esperiencia enseña que cada uno ama á sus hijos mas que á nadie, y despues de los hijos á los padres y colaterales; y el natural amor á los hijos supera tanto el amor a los padres, que hay un proverbio muy trivial que dice, *mas facil es que un padre sostenga á veinte hijos, que veinte hijos á un padre.*⁶⁷

En esta magnífica Novela, Justiniano distinguió tres clases de sucesores: los descendientes, los ascendientes y los colaterales.

a) Sucesión de los descendientes.-

Con la intención de hacer desaparecer la odiosa distinción entre los nietos de un hijo *-ex filio-* de los nietos de hija *-ex filia-*, Justiniano determinó que la vocación hereditaria de los descendientes es independiente de la calidad de la relación con el difunto, es decir, poco importa su sexo, o si es *sui* ó *alieni iuris*, aunque en este caso, el de un heredero *alieni iuris* que sucede a su madre, solamente se le otorgará la *nuda proprietas* *-simple título de propietario-* pues el usufructo y la administración de los bienes heredados le correspondería al *paterfamilias*.

Poniendo en armonía la práctica con el derecho, Justiniano dispuso que la existencia de un solo descendiente excluiría a los parientes colaterales, y que en cada tronco o rama el descendiente más próximo excluiría al más lejano, pero la existencia de un descendiente de menor grado en un tronco, no excluiría a otro descendiente más lejano de otro tronco o rama, es decir, la existencia de un hijo vivo no excluiría a los nietos de otro hijo premuerto. Por ello se ordenó que la partición inicial se hiciera por troncos, de tal manera que si algún descendiente repudia su parte, ésta acrece solamente a los coherederos de su tronco, mas no a los demás coherederos de otras ramas.

⁶⁷ HEINECCIO Juan G., *Recitaciones del Derecho*, Tomo II.- 2ª Ed., Trad. de Luis de Collantes, Imprenta de Cabrerizo, Valencia España, 1833.- Págs. 224 y 225.

b) Sucesión de los ascendientes.-

La regla principal es que sólo a falta de descendientes se podría deferir la herencia a los ascendientes y, entre ellos, el más próximo en grado excluye al más lejano. Si hay ascendientes en el mismo grado en las dos líneas (Ejem. Una abuela paterna y abuelo y abuela maternos) primero se divide una mitad de la herencia para cada línea y luego se divide cada línea en troncos, de tal manera que a la abuela materna del *de cuius* le tocaría un 50% y a los abuelos maternos el otro 50%, dividiéndose entre estos últimos esa mitad correspondiente a su línea, de tal manera que tendría, cada uno, un 25%. Pero introdujo una disposición muy sabia: si concurren los ascendientes junto con hermanos o hermanas carnales del difunto, todos son tratados como iguales, por lo que cada cual recibiría una parte viril.

c) Sucesión de los colaterales.-

Como nos dejó explicado Heineccio, Justiniano deja a los colaterales en tercer lugar, después de los descendientes y los ascendientes y, entre los colaterales, privilegia a los hermanos y hermanas carnales –de padre y madre- del difunto y a sus descendientes en primer grado, es decir, a los sobrinos en tercer grado del autor, ordenando la partición por troncos. En un segundo orden, Justiniano reconoce a los colaterales ordinarios, mismos que son los descendientes ulteriores de sus hermanos y hermanas carnales, los medios hermanos y hermanas, sin importar que lo fueran sólo de padre –germánicos- o sólo de madre –uterinos- y, a falta de los anteriores, a los demás parientes colaterales. Pero en esta sucesión de los colaterales ordinarios, la regla es tajante: el pariente colateral más próximo

excluye al más lejano, y si hubiere varios en el mismo grado, se dividirá la herencia por cabezas.

“Mas si el difunto no hubiere dejado ni hermanos ni hijos de hermanos, según hemos dicho, llamamos a la herencia á todos los demás cognados colaterales con arreglo a la prerrogativa del grado de cada cual, de suerte que los de grado más próximo sean preferidos a los demás. Pero si se hallaren varios del mismo grado, divídase entre ellos la herencia según el número de las personas, á lo que llaman nuestras leyes sucesión por cabezas.”⁶⁸

Constitución CXXVII.

Cuatro años después, el 1º de septiembre de 547, Justiniano expidió la constitución CXXVII, enmendando la anterior constitución CXVIII, para incorporar, junto con los ascendientes y hermanos, a los sobrinos hijos de un hermano premuerto del difunto, en los siguientes términos:

“Corrigiendo con justicia esto, mandamos que, si alguno al morir hubiera dejado algún ascendiente, y hermanos que puedan ser llamados con los ascendientes, é hijos de otro hermano premuerto, entonces sean llamados con los ascendientes y los hermanos también los hijos del hermano premuerto, y reciban tanta porción cuanta habría de haber recibido su padre, si viviera. Mas esto lo mandamos respecto de aquellos hijos de hermano, cuyo padre estaba unido al difunto por parte de padre y de madre...”⁶⁹

En cuanto a la sucesión de los cónyuges, nuevamente recurrimos a la literaria explicación de Heineccio:

⁶⁸ GARCÍA DEL CORRAL D. Ildefonso.- Cuerpo del Derecho Civil Romano.- T. VI, Novelas Constitucionales, 3ª parte.- Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, España, 1977.- Pág. 405.

⁶⁹ Ídem.- Pág. 444.

(SIC) "Por derecho antiguo apenas podrá suscitarse cuestion alguna acerca de la sucesion de los cónyuges, puesto que por el rito de la confarreacion, de la coempcion y del uso entraba la muger en la potestad del marido; y por eso, como hija de familia, lo adquiría todo para este. Muerto pues el marido, no sucedía como muger de él, sino como hija de familia y heredera suya. Mas despues que estos ritos perdieron su vigor y dejaron las mugeres de estar bajo la potestad marital, ya no había razon alguna para que el marido sucediese a la muger, ni esta al marido, no siendo recíprocamente agnados ni cognados, que eran los únicos que se reputaban por capaces de sucesión. El pretor empero habia introducido un nuevo modo de suceder en el edicto *unde vir et uxor*; por el cual queria que disuelto el matrimonio, los cónyuges que sobrevivieran sucedieran a los difuntos en caso de faltar toda cognación. [...] Mas como de esta manera rara vez se verificaba que los cónyuges sucediesen, Justiniano introdujo a favor de ellos en la Nov. CXVIII (Heineccio equivocó el número, pues esta disposición corresponde a la novela CXXVII) un beneficio mas pingüe, á saber, que fuesen admitidos con los demas herederos en caso de ser pobres y el difunto rico. Pero ¿cuánto han de recibir entonces los cónyuges? Resp. O los herederos son más de tres, ó son menos. En el primer caso reciben igual porción que los otros herederos, y en el otro la cuarta parte de todos los bienes. Sin embargo, aquí hay una nueva distinción, pues o concurre el cónyuge con hijos ó con herederos extraños. En el primer caso recibe una porción por derecho usufructuario, y por derecho de propiedad en el segundo."⁷⁰

El capítulo III de la novela CXXVII señala:

"Mas como juzgamos que las mujeres que no pasan a segundas nupcias son dignas de alguna porción, sobre las que se casan en segunda vez, mandamos que si habiendo alguna perdido su marido se abstuviera de nupcias con otro, tenga ella también tanta parte de propiedad cuanta constituye la porción de los hijos, de suerte que también ella tiene la personalidad de un solo hijo. Pero mandamos que esto valga no solamente en cuanto a las madres, sino que también lo queremos respecto á los padres y a los demás ascendientes que no pasen a segundas nupcias."⁷¹

⁷⁰ HEINECCIO.- Op. Cit.- Págs. 237 y 238.

⁷¹ GARCÍA DEL CORRAL.- Op. Cit.- Pág. 445.

Finalmente, Justiniano se hizo eco de las buenas intenciones de los pretores y, antes que dejarle la herencia al ambicioso fisco⁷², concedía el derecho hereditario a ciertas corporaciones de las cuales hubiera sido miembro el *de cuius*, como la iglesia sobre los bienes de un clérigo.

En la novela CXXVIII, Capítulo X, se incorpora una disposición relativa a los bienes de los adúlteros, en el siguiente tenor:

“Mas cuando se pruebe crimen de adulterio, mandamos que se apliquen a los delincuentes las penas que dispuso Constantino. Mas de los bienes del adúltero, si tuviera mujer, sálvensele á ésta la dote y la donación por causa de las nupcias [...] Y de los restantes bienes, si hubiera descendientes o ascendientes hasta el tercer grado, recíbanlos éstos con arreglo a su orden y grado; mas si no hay ninguno de aquéllos, mandamos que sean aplicados al fisco. Pero la mujer adúltera sea enviada a un monasterio por un bienio. Mas si hubiere transcurrido el susodicho tiempo sin que el marido quisiere recibirla, ó falleciera antes de volver a admitir a su mujer, córtesele á ésta el cabello y reciba el hábito monástico, y habite en el mismo monasterio por el resto de su propia vida. Y si ciertamente tuviera descendientes, reciban éstos dos partes de los bienes, y désele la otra tercera parte al monasterio. Mas si no hubiera descendientes, pero se hallaran ascendientes que no consintieron en su iniquidad, reciban ellos cuatro onzas divididas con arreglo a la ley, y désele ocho onzas al monasterio. Pero si no tuviera descendientes ni ascendientes o éstos hubieran consentido tal iniquidad, reciba el monasterio todos los bienes de ella.”⁷³

2.4. El parentesco por afinidad o ‘Alianza’

La ‘alianza’ o parentesco de afinidad es un vínculo nacido en virtud del matrimonio, que liga a cada uno de los cónyuges con los parientes

⁷² En los primeros tiempos de Roma sólo había un tesoro público, llamado *erario*; pero bajo la dominación de los emperadores se empezó a conocer de otro tesoro cuyos caudales se destinaban para gasto de los emperadores, llamado *fisco*. Tiberio fue el primero en separar el fisco del erario, pero en la época de la decadencia los emperadores unieron todos los caudales públicos como si fueran sus dueños absolutos.

⁷³ GARCÍA DEL CORRAL.- Op. Cit.- Pág. 475.

cognados del otro, o entre los cognados de ambos, durante la época imperial constituyó un impedimento para el matrimonio.⁷⁴

Es importante destacar la aclaración que hace este autor en cuanto que la *adfinitas* se establece entre un cónyuge y los parientes 'cognados' del otro, pues su finalidad era la de establecer un impedimento para contraer matrimonio romano, como lo expresa René Foignet: "Como hoy, el parentesco era un obstáculo para el matrimonio. Salvo algunas derogaciones temporales, las reglas del derecho romano fueron casi las mismas que las actuales: prohibición absoluta del matrimonio entre parientes en línea recta, sin limitación de grados, en línea colateral, hasta el tercer grado; es decir, entre tíos y sobrinos. [...] La alianza era un obstáculo absoluto en línea recta. En línea colateral, entre cuñados, no se prohibió el matrimonio sino a partir del emperador Constancio (350 a 361)"⁷⁵

En el mismo sentido se pronuncia la Maestra Sara Bialostosky Barschavzky: "La afinidad. Se prohíbe el matrimonio entre afines en línea recta y según la época (los grados variaron entre tres y cuatro)."⁷⁶

2.4.1. Niveles de vinculación de la 'Alianza'.

En este tópico existen algunas contradicciones entre algunos de los autores consultados, pues algunos, como Bravo González, explican que la afinidad se establece entre los cónyuges entre sí, aún cuando no se hubiese concertado el matrimonio *in manu conventio*, lo que atraería como

⁷⁴ Cfr. Gutiérrez Alviz y Armario Faustino.- Op. Cit.- Pág. 44.

⁷⁵ FOIGNET René.- Op. Cit.- Pág. 53.

⁷⁶ BIALOSTOSKY B. Sara.- Op. Cit. Pág. 68.

consecuencia que, una vez divorciados, no pudieran contraer segundas nupcias.

En cuanto a este punto, Sohm explica: “La legislación del Bajo Imperio toma bajo su protección, para los casos de segundas nupcias, los intereses de los hijos del primer matrimonio, salvaguardándolos mediante una serie de normas jurídicas, que tienden a coartar los poderes del *parens binubus*; de aquí su nombre de *pœnæ secundarum nuptiarum*. La principal es la que dispone que todo cuanto el casado en segundas nupcias haya adquirido lucrativamente del cónyuge premuerto –*lucra nuptialia*–, al casarse de nuevo, pase *ipso iure* a propiedad de los hijos del primer matrimonio, reservándose el padre el mero usufructo”⁷⁷

No sería óbice para la aplicación de estas disposiciones, el que las segundas nupcias se celebraran entre los mismos sujetos, después de haber disuelto el primer matrimonio por un divorcio, en el que también se hubieran obtenido *lucra nuptialia*; lo que llevaría a considerar que, una vez transmitida la *nuda proprietas* sobre ese lucro obtenido, en favor de los hijos del matrimonio disuelto, sería inútil un segundo matrimonio de los mismos que lo habían disuelto.

En lo que sí están puestos de acuerdo todos los autores, es que la *adfinitas* crea un lazo de parentesco entre cada cónyuge y los parientes cognaticios del otro y, en un tercer nivel, entre los parientes de cada uno de los cónyuges, entre sí.

⁷⁷ SOHM Rodolfo.- Op. Cit.- Pág. 294.

Debe aclararse que en el parentesco por afinidad no se computan grados, aún cuando algunos textos se refieren al 'primer grado de afinidad', es decir, entre suegro y nuera o entre suegra y yerno; así como entre un divorciado o viudo y un hijo o hija del ex cónyuge divorciado o difunto.

2.4.2. Consecuencia única de la afinidad o Alianza.

Como puede observarse, el parentesco por afinidad o simplemente 'alianza', no produce ninguna consecuencia jurídica durante la vigencia del matrimonio que le dio causa.

La única consecuencia prevista por el derecho romano, en relación con el parentesco por afinidad –incluso en la actualidad es la única–, se produce precisamente cuando la unión matrimonial que motivó su origen, se disuelve. Parece contradictorio, pero así es, porque dicha consecuencia consiste en el impedimento para contraer matrimonio entre los que 'estaban' como ascendientes y descendientes a causa de afinidad.

De ello resulta que sería imposible que el suegro o la suegra contrajeran matrimonio con su nuera o con su yerno, respectivamente, mientras subsistiera un matrimonio no disuelto entre los descendientes de aquellos con éstos, pues incurrirían en adulterio, mismo que los emperadores cristianos llegaron a sancionar con el *suplicium* (pena de muerte).

Otra hipótesis sería la del posible matrimonio entre una persona y un(a) descendiente de su ex cónyuge, caso en que también subsiste el impedimento, más por razones religiosas que jurídicas.

Entonces se confirma que únicamente se toma en cuenta al parentesco por afinidad, a partir de la disolución del matrimonio que la estableció, y nada más para la prohibición de matrimonio.

2.5. El parentesco especial derivado de la *adoptio minus plena*.

Ya se ha insistido a lo largo de este estudio, sobre la diferencia entre la *adoptio plena* y la *adoptio minus plena* en el derecho romano, fundamentalmente en cuanto al parentesco previo existente entre el adoptante y el adoptado; es decir, si se encontraban vinculados por un parentesco cognaticio, como el caso de un ascendiente que no ejercía la patria potestad y que adoptara a un nieto hijo de su hija, o el padre natural emancipado cuyo hijo quedó bajo la patria potestad del ascendiente emancipador y lo adopta, en estos casos la adopción es calificada de 'plena', por complementarse el parentesco consanguíneo y el nuevo parentesco agnaticio derivado del acto solemne de la adopción. Pero si son *extraneus* entre sí, por no existir un previo parentesco consanguíneo, entonces la adopción se calificaba de *minus plena* o simple.

También se ha planteado que, tanto en la adrogación, como en la adopción propiamente dicha, el sujeto que queda sometido a una nueva patria potestad, es decir, el adrogado y el adoptado, sufren una *capitis deminutio mínima*⁷⁸ pues cambian de familia agnaticia y, en consecuencia, "...al romperse los vínculos agnaticios, destrúyese su individualidad jurídica anterior y nace una nueva."⁷⁹

⁷⁸ Es mínima porque afecta al último de los 'status' que integran el *caput* del ciudadano romano, el *status familiaris*.- La C. D. media afecta al *status civitatis* y la máxima destruye el *status libertatis*.

⁷⁹ SOHM, Rodolfo.- Op. Cit.- Pág. 103.

Por la influencia de la cultura helénica y del cristianismo, Justiniano decidió sancionar algunas opiniones de jurisconsultos clásicos, que privaban a la adopción por *extraneus* de eficacia para ser fundamento de la patria potestad, apoyados en la idea de que la adopción de un *alieni iuris* casado y con descendientes, no producía consecuencias más que con relación al adoptado, quedando aquellos bajo la *patria potestas* de su antiguo *paterfamilias*; y también tomando en consideración que el adoptado perdía todo derecho a la sucesión de su padre natural, supuestamente para adquirirlos en la nueva familia; pero fue una cuestión nunca definida el caso de que el adoptado fuese emancipado por su adoptante, después de la muerte y reparto de la herencia del padre original. No había podido heredar a su padre natural, porque se encontraba bajo la potestad del adoptante; tampoco podría heredar a su adoptante emancipador, porque ya no se encontraba bajo su potestad, y la *Bonorum Possessio* pretoria le era inasequible porque no era pariente cognaticio del adoptante.

Bajo la legislación justiniana, la *adoptio minus plena* no producía ningún vínculo de verdadera filiación, sino tan sólo engendraba derechos hereditarios *ab intestato* en favor del hijo adoptivo en la sucesión del padre adoptante; razón por la que, en realidad, no salía el adoptado de su familia agnaticia, no sufría *capitis deminutio mínima*, no perdía sus derechos hereditarios frente a su *paterfamilias* natural, ni se producía la ficción legal de '*adoptio natura imitantur*', puesto que el adoptado no se incorporaba 'plenamente' a la *domus* del adoptante *extraneus*; tampoco se lo consideraba como un verdadero continuador de la *sacra privatae* del adoptante.⁸⁰

⁸⁰ Cfr. FOIGNET René.- Op. Cit.- Pág. 65.

Este nuevo régimen de la institución de la adopción *minus plena*, establecido por Justiniano, es el antecedente del llamado parentesco civil, que existe únicamente entre el adoptante y el adoptado, con exclusión de los demás parientes de ambos.

Además de esta clase especial de adopción, en el derecho romano se conoció una combinación de la adrogación y la adopción, que es la llamada adopción testamentaria, como la conocida adopción de Octavio por Julio César; es decir, en un testamento ante los comicios por curias, se adoptaba a un *sui iuris* y si éste aceptara, pasaba junto con todo su patrimonio y sus descendientes, al parentesco agnaticio del adrogante.

Aquí se presenta una particularidad especial, puesto que, en efecto, parece que se realizó una adrogación, ya que se trata de una *capitis deminutio mínima* para un *sui iuris*, pero éste nunca dejaba de ser *sui iuris*, ya que el efecto solemne del testamento se produce hasta después de la muerte del testador⁸¹, por lo que no habría podido ejercer la patria potestad sobre el adrogado y/o sus descendientes, pero por todo lo demás, producía todas las consecuencias de una adrogación ordinaria.

2.6. Cómputo de los grados de parentesco en el derecho romano.

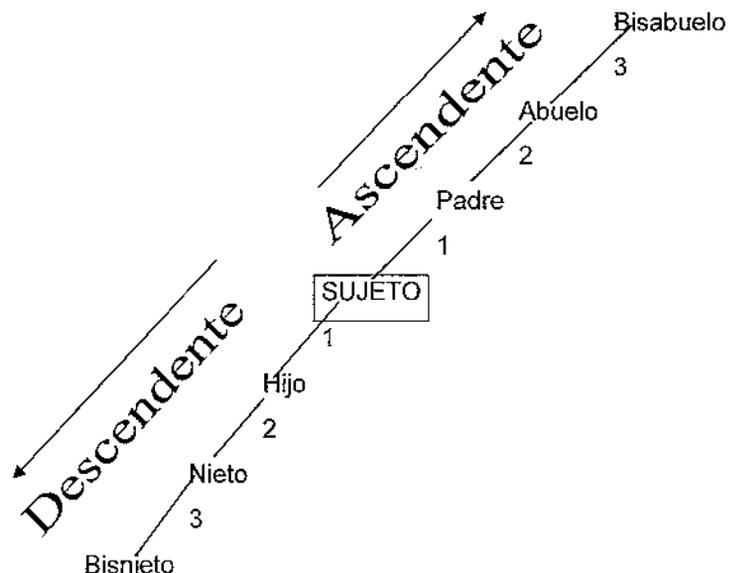
El actual método de cómputo de líneas y grados de parentesco, procede del derecho romano, habiéndose modificado únicamente en cuanto a la nomenclatura de algunos de sus aspectos.

⁸¹ Cfr. BRAVO GONZÁLEZ Agustín.- Segundo Curso de Derecho Romano.- Op. Cit.- Pág. 239.

Ya desde el derecho romano se estableció la primera gran diferenciación, entre la línea recta y la línea colateral, siendo la primera aquella que vincula a los que descienden unos de otros, sin importar que se trate de parentesco agnaticio o parentesco cognaticio.

En esta línea recta, se debe precisar si se trata de línea recta **ascendente**, cuando se pretende relacionar al sujeto con sus antepasados; y la línea recta **descendente**, cuando lo que se desea es relacionar al sujeto con los que de él procedieron.

Es importante destacar esta subdivisión de la línea recta, porque en la mayoría de las consecuencias jurídicas del parentesco, se ha establecido un orden de preferencia en el que son llamados inicialmente los parientes descendientes, antes que los parientes ascendientes, por lo que podemos graficar esta primera línea de parentesco, la línea recta, de la siguiente manera:



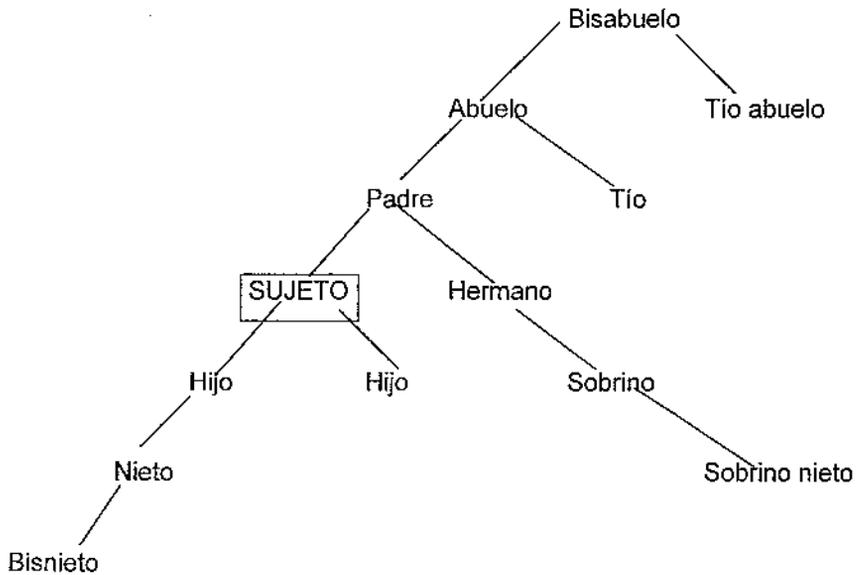
En la línea recta los grados de parentesco se computan contando las generaciones que separan a cada uno de los sujetos; así, el padre estará en el primer grado de línea recta ascendente y un hijo también, pero en línea recta descendente; el abuelo estará en el segundo grado de línea recta ascendente y un nieto en el segundo grado de la línea recta descendente.

Otra forma de efectuar el cómputo consiste en contar a las personas, es decir: 1.- el sujeto, 2.- su padre, 3.- su abuelo y 4.- su bisabuelo. Como vemos se trata de cuatro personas, pero en esta situación se debe restar a la persona de cuyo cómputo se trata, por lo que si restamos a la persona del sujeto interesado, entonces encontramos que se encuentra, con respecto de su bisabuelo, en el tercer grado de parentesco en línea recta ascendente.

En cuanto a la línea colateral o también llamada 'transversal', se trata del parentesco que enlaza a las personas que no descienden unas de las otras, pero que proceden, todas, de un mismo autor o progenitor común.

En este caso los grados de parentesco se computan igual que en la línea recta, pero se debe ascender por una de las líneas hasta llegar al autor común y descender por la otra, ya sea mediante la técnica de contar las generaciones o la de contar a las personas, pero en esta última forma, debemos recordar siempre el restar a la persona de cuyo cómputo se trate.

Otra manera de computar los grados de parentesco en la línea colateral o transversal, es la de contar los grados de parentesco que existen entre cada uno de los sujetos en relación y el autor común, y sumar ambos resultados.



Como podemos ver, los hermanos se encuentran en segundo grado en línea colateral igual, mientras que el tío y el sobrino se encuentran en tercer grado de parentesco en línea colateral desigual.

La distinción entre la línea colateral igual y la línea colateral desigual, depende del número de generaciones que separen a cada uno de los sujetos del autor común; sobre todo a partir del cuarto grado colateral, pues entre los primos hermanos hay cuarto grado en línea colateral, pero también existe el mismo grado entre el 'tío abuelo' y el 'sobrino nieta', razón por la que debe distinguirse si están en una generación igual o en una desigual.

3. CAPÍTULO TERCERO.

“CRÍTICA A LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS CLASES DE PARENTESCO, EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.”

3.1. Disposiciones originales en materia de parentesco del Código Civil de 1928 y su comparación con los antecedentes romanísticos.

El texto original del artículo 293 del código civil de 1928 establecía “ El parentesco consanguíneo, es aquél vínculo jurídico que existe entre las personas que descienden unas de otras o que, sin descender unas de otras, proceden de un mismo autor o progenitor común”. Actualmente reza así: “El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común”

En esta clase de parentesco, encontramos que la relación intersubjetiva puede ser, en forma idéntica a la del derecho romano, en línea recta o en línea transversal o colateral. La línea recta se compone con la serie de grados entre las personas que descienden unas de otras; y la transversal se compone, también, de la serie de grados entre las personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un mismo autor o tronco común, (artículo 297 del Código Civil para el Distrito Federal).

Por otra parte, la línea recta puede considerarse de dos maneras: línea recta ascendente o línea recta descendente. Ascendente cuando liga a una persona con su progenitor o tronco del cual procede; y descendente, cuando atiende a la liga entre una persona y las que de ella descienden. Entonces, la línea recta puede ser ascendente o descendente, dependiendo del punto de partida y la relación a la que se atiende, (artículo 298 del Código Civil para el Distrito Federal).

En cuanto a la línea colateral, los grados de parentesco se computan contando el número de generaciones entre el individuo en cuestión, hasta el progenitor o autor común, y descendiendo por la otra línea hasta la persona con la cual se le relaciona. En el caso de que se prefiera contar el número de personas y no el de las generaciones, se sigue el mismo recorrido, pero descontando o excluyendo a la persona del autor común, (artículo 300 del Código Civil para el Distrito Federal).

En nuestro derecho, el concepto jurídico de parentesco comprende, de conformidad con el artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal:

- a) A las personas unidas entre sí, por lazos de sangre (parentesco consanguíneo).
- b) A los sujetos que por ser parientes de uno de los cónyuges, son también parientes en el mismo grado, del otro cónyuge (parentesco por afinidad), y
- c) A quienes une el acto de declaración de voluntad denominado adopción (parentesco civil).

Las personas que descienden de un tronco común, reconocen y se identifican entre sí a través de la identidad de la sangre. De allí el parentesco consanguíneo. Este parentesco nace de un hecho natural: como lo es la paternidad y la maternidad. A la relación de parentesco entre padres e hijos, se le denomina filiación.

“El Derecho Civil actual, recogió el sistema cognaticio y el parentesco se origina tanto por la línea paterna como por la línea materna, según que se atiende al nexo que une a una persona respectivamente con su padre o

con su madre, parentesco que establece un vínculo doble, tanto con los parientes paternos como con los parientes maternos. Una misma persona, en la línea ascendente se halla ligada por parentesco con los parientes de su padre y con los parientes de su madre.⁸²

El parentesco será directo, o en línea recta, si se refiere a la relación que existe entre ascendientes y descendientes. Será transversal o colateral, si se refiere al nexo que liga a las personas que sin descender unas de otras, provienen de un progenitor común.

Comparando lo antes expuesto con lo que hemos analizado sobre el parentesco en el derecho romano, encontramos que, en tanto que la *cognatio* era el vínculo que unía a los ascendientes con los descendientes, a través de la *agnatio* "...se constituyó el parentesco por vía de varones únicamente. Aludía a los descendientes varones de un *paterfamilias* común, que se hallaban colocados bajo la autoridad de éste o que se encontrarían bajo esa sumisión si el jefe del grupo familiar viviera."⁸³

La agnación excluía la existencia de todo parentesco entre dos hermanos uterinos hijos de una misma madre, pero de distinto padre; en cambio los hermanos de madres distintas y de un mismo padre, son agnados.

Difiere el sistema romano del actual, al establecer el parentesco y construir el grupo familiar, porque en el Derecho Civil moderno, el lazo de parentesco se establece bajo el régimen semejante al *cognatio* romano,

⁸² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 14ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 361.

⁸³ *Ibidem*. p. 468.

en el que la filiación se establece en forma mixta, es decir, a la vez tomando en cuenta al padre y a la madre.

“Este sistema va desde la estricta agnación de los primeros tiempos hasta la cognación reconocida por Justiniano en el Derecho Romano del Bajo Imperio.

- a) Parentesco en línea recta ascendente (parientes) o descendente (liberi).
- b) Parentesco en línea colateral (a través de hermanos propios o hermanos de ascendientes o descendientes).
- c) Parentesco adfines, es decir, entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro. Si este último parentesco se extinguía al disolverse el matrimonio en que se fundaba, es cuestión que se presta a controversia.”⁸⁴

Para establecer el parentesco consanguíneo, debe partirse del hecho natural de la generación, es decir, el punto de partida es la filiación. Si ésta ha sido comprobada, quedará establecida la línea de parentesco con los ascendientes y parientes colaterales de la madre y del padre si éste es conocido.

Parentesco por afinidad.

El parentesco de afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos. (Artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal).

⁸⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001. p. 302.

En este tipo de parentesco, se combinan la institución matrimonial y el parentesco por consanguinidad; así, el marido entra en relación de parentesco por afinidad o alianza, con los ascendientes, descendientes y colaterales de su mujer, y lo propio podemos decir de la mujer respecto de los parientes de su marido.

El parentesco por afinidad produce consecuencias muy restringidas y de características especiales, puesto que esas consecuencias se generan únicamente cuando el vínculo de parentesco se destruye, es decir, cuando ya no existe el parentesco por afinidad, a causa de divorcio, nulidad del matrimonio o por viudedad. Es cuando el Derecho Mexicano impone la prohibición para el matrimonio entre los que se encontraban en relación de alianza en la línea recta, así como privar a los sujetos vinculados por este parentesco, del derecho a heredarse en la vía testamentaria, (artículo 1603 del Código Civil para el Distrito Federal).

Parentesco Civil.

El parentesco por adopción se desprende del acto jurídico mixto por el que una persona obtiene la patria potestad sobre una persona a la que no procreó biológicamente, creándose entre ellas una relación jurídica artificial que produce las mismas consecuencias de una procreación legítima dentro del matrimonio.

De conformidad con la regulación de la adopción en el Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928, únicamente se reconocía a la adopción simple, debido a que se consideraba que sería ilegítimo generar obligaciones para los parientes del adoptante, quienes no habían sido escuchados en el

proceso judicial de adopción. Por ello, el adoptado solamente era pariente del adoptante o adoptantes, en forma exclusiva, dando lugar al que se denomina parentesco civil.

Al respecto es importante precisar que el legislador de 1928 previó la hipótesis de que el adoptado pudiera caer nuevamente en una situación de orfandad, respecto a su adoptante, por lo que determinó que no se romperían los vínculos de parentesco consanguíneo con su familia natural, de conformidad con lo que se estableció en el artículo 403 del original Código Civil, de igual forma que Justiniano reguló a la *adoptio minus plena*.

Consecuencias jurídicas del parentesco.

Toda consecuencia jurídica se manifiesta forzosamente en la forma de deberes y derechos. Los deberes a su vez, pueden consistir en imposición de conductas obligatorias, o en prohibiciones.

Los deberes-derechos emergentes del parentesco son diferentes de acuerdo a la clase y al grado del mismo. Así, el parentesco en línea recta de primer grado (padres-hijos) produce consecuencias específicas y distintas a otros parentescos, tales como la patria potestad, el derecho al nombre, entre otras, que se analizan dentro de la figura filiación.

Las consecuencias jurídicas del parentesco, básicamente son las siguientes:

- a) "Obligación alimentaria.
- b) Sucesión legítima.
- c) Tutela legítima.

- d) Prohibiciones diversas, y otras consecuencias, como atenuantes y agravantes de responsabilidad penal.⁸⁵

Estas consecuencias son siempre recíprocas entre los parientes. La obligación alimentaria, la sucesión legítima y la tutela son instituciones que se analizan por separado.

Las prohibiciones son de diversa naturaleza. La principal consiste en el impedimento para contraer matrimonio entre todos los parientes en línea recta sin limitación de grado y en la línea colateral hasta el segundo grado (hermanos y medios hermanos). Aunque la ley determina como impedimento para contraer matrimonio el parentesco colateral en tercer grado tío(a), sobrina(o), señala también que este parentesco deja de ser impedimento al obtenerse la autorización judicial.

La ley establece otro tipo de prohibiciones en razón del parentesco, dispersas en diversos ordenamientos jurídicos, que pueden generalizarse como prohibiciones para intervenir en ciertos actos jurídicos en los que esté involucrado un pariente, o en el mayor o menor rigor de las sanciones legales, sobre todo en materia penal. En forma simplemente ejemplificativa, enumeraremos algunas normas de los Códigos Civil, de Procedimientos Civiles, Penal y de Procedimientos Penales.

El Código Sustantivo prohíbe al Juez del Registro Civil autorizar los actos del estado civil de sus ascendientes y descendientes consanguíneos o por afinidad, incapacita para heredar al médico que atendió al autor del testamento en su última enfermedad, y a los parientes del propio médico

⁸⁵ DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. 13ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998. p. 285.

salvo que uno u otros sean a su vez parientes del testador, así como al notario, testigos y a los parientes de uno y otro; prohíbe ser testigos del testamento a los ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos o legatarios y no permite a los hijos, sujetos a la patria potestad, vender a sus padres los bienes que no sean producto de su trabajo.

El Código Procesal Civil es abundante en prohibiciones a los parientes, por ejemplo, el artículo 170 en sus fracciones II, III, IV, V, XI, XIII y XIV impide forzosamente a todo Magistrado, Juez o Secretario, conocer de los casos en que intervengan sus parientes: el perito que sea consanguíneo dentro del cuarto grado de alguna de las partes puede ser recusado (artículo 351), el testimonio de los parientes puede ser objeto de tacha en algunas circunstancias (artículo 363).

El Código Penal recoge en varias normas las relaciones de parentesco entre el inculpado y la víctima, tanto en la aplicación de las sanciones, como excluyente de responsabilidad o como agravante de la misma en los delitos de corrupción, violación, incesto, parricidio, infanticidio, agravante de traición y otros más. Asimismo, los parientes no están obligados a declarar en el juicio.

En cuanto al parentesco por afinidad, las más importantes consecuencias del parentesco por consanguinidad no son extensivas a este tipo de parentesco. Así, los afines no tienen el derecho-deber de los alimentos, no entran en la sucesión legítima ni son tomados en cuenta para la tutela. Mientras subsiste el parentesco por afinidad la ley hace extensiva a los afines algunas de las prohibiciones enumeradas con relación al parentesco por consanguinidad. Y cuando la causa que dio lugar a la

afinidad deja de existir, o sea, cuando el matrimonio que la originó se ha disuelto, surge el impedimento para contraer matrimonio entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos en línea recta de su ex-cónyuge. Es decir, el varón no puede contraer matrimonio con la madre, abuela, hija o nieta de su ex-mujer; y ésta tampoco podrá casarse con su otrora suegro o el hijo del que fue su marido.

“La afinidad presenta en otras legislaciones matices diferentes a la nuestra. En algunas da derecho a alimentos (Argentina, por ejemplo); derecho que persiste aún en el caso de extinción del matrimonio que dio lugar al parentesco por afinidad.”⁸⁶

Surge la interrogante con respecto a la afinidad cuando el matrimonio que la originó es declarado nulo. ¿Subsistirá el impedimento para contraer matrimonio entre los que fueron parientes afines en línea recta? El Código Civil para el Distrito Federal es omiso al respecto. La doctrina se ha expresado en el sentido de tomar en cuenta la buena o mala fe de los cónyuges para determinar si persiste o no el efecto de la afinidad en el impedimento para contraer el matrimonio aludido.

El parentesco por afinidad, pensamos, debiera crear en nuestro derecho la obligación alimentaria en razón de las circunstancias particulares en que se hayan desenvuelto las relaciones familiares, y siempre a criterio judicial. Por ejemplo, el hijo menor de edad de uno solo de los cónyuges que vive en el hogar conyugal, extinto el mismo por la muerte de su progenitor, debiera tener derecho a alimentos por parte del que fuera su padre o madre por afinidad.

⁸⁶ PLANIOL, Marcol. Tratado Elemental de Derecho Civil. 18ª edición, Edit. Cajica, Puebla, México, 1995. p. 366.

El mismo caso con respecto al padre o madre por afinidad que hayan sido dependientes económicos de los hijos afines, compartiendo o no el hogar conyugal. El descartar totalmente del derecho de alimentos a ciertos afines y en ciertas circunstancias, puede dar lugar a serias injusticias y a la desintegración mayor del núcleo familiar.

3.2. Génesis de la reforma al Código Civil del año 1998, en materia de parentesco.

Desde el día diez de diciembre de 1996, la entonces Asamblea de Representantes del Distrito Federal, envió a la Cámara de Senadores una iniciativa de reformas a los Códigos Civil, y de Procedimientos Civiles para esta entidad, cuyo contenido tenía la finalidad de modificar el rubro del Título Sexto del Código Civil "Del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar", adicionando un capítulo III, precisamente intitulado como "De la violencia Familiar", para ello, fue necesario adicionar las fracciones XIX y XX del artículo 267 del dicho Código, para establecer como causales de divorcio:

"XIX.- 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 como violencia familiar lo dispuesto en el artículo 323-Ter de este Código."

XX.- 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 hacia los hijos, por el cónyuge obligado a ello."

En mérito de este decreto de modificaciones y adiciones, publicado el día 30 de diciembre de 1997, y que entró en vigor treinta días después, se

reguló todo lo relativo a la violencia familiar y se tuvieron que incorporar disposiciones específicas en cuanto al derecho de corregir a los hijos, la causal concreta de pérdida de la patria potestad, así como los procedimientos especiales para dirimir controversias sobre este tópico en particular. Y que, si bien tiene alguna incidencia en cuanto a los límites de las facultades derivadas de la patria potestad, no consideramos que constituya una modificación substancial a la regulación del parentesco.

Hasta el quince de diciembre del año siguiente, en 1997, el Senador Esteban Moctezuma Barragán, presentó una iniciativa de Decreto de Reformas y Adiciones al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, misma que fue recibida por las Comisiones Unidas de Justicia, Estudios Legislativos y de atención a niños, jóvenes y tercera edad, de la Cámara de Senadores, el día 31 de marzo de 1998, procediendo a celebrar diversas reuniones con Senadores, Diputados a la LVII Legislatura y con integrantes de la I Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para analizar y formular observaciones a la iniciativa en comento.

Fue emitido el dictamen de las Comisiones Unidas, con las siguientes modificaciones:

“También resulta conveniente suprimir las modificaciones propuestas a los artículos 157, 307, 1612 y 1620, por lo que se refiere a la adopción plena, ya que lo que se busca con esta reforma es equiparar a los adoptados en forma plena a los hijos consanguíneos y, como consecuencia, otorgarles los mismos derechos, obligaciones y consecuencias jurídicas.

[...] Por lo que hace al parentesco derivado de la adopción plena, consideramos que es un grave error el equipararlo al parentesco civil. Ello en virtud de que éste, de acuerdo con la tradición legislativa que hasta el momento sólo regula a la adopción simple, rige exclusivamente entre adoptante y adoptado y, lo que se busca con la adopción plena, es que el adoptado tenga los mismos derechos y obligaciones que el hijo biológico. Por ello proponemos modificar el artículo 293, relativo al parentesco por consanguinidad, con el fin de establecer que: *“En el caso de la adopción plena, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”*⁸⁷

3.2.1. La incorporación de la adopción plena.

El procedimiento de adopción en Roma, en el caso de la *adrogatio*, se consideraba sumamente formal, debido a que significaba convertir a un ciudadano libre de toda potestad, en un ciudadano bajo la potestad de otro ciudadano libre, jefe de familia.

En un principio entre los romanos era muy frecuente la adrogación de los hijos naturales por sus progenitores (Tal y como el derecho francés concibe a la legitimación adoptiva); sin embargo, Justino y después Justiniano, sobrino de aquél, la prohibieron ordenando que los padres naturales no pudieran en lo sucesivo adquirir por adopción los derechos sobre los hijos ilegítimos.

⁸⁷ ACOSTA ROMERO Miguel y otros.- *Código Civil para el Distrito Federal*.- Segunda Edición.- Vol. I.- Editorial Porrúa, S. A.- México, 1998.- Pág. XLIV y ss.

Si el adoptado o adrogado contaba con descendencia, se consideraba extinguida su patria potestad, y pasaba con todos sus descendientes y bienes a la familia del adoptante o adrogante. Lo cual también constituía la pérdida de los cultos o tradiciones y la adquisición de otras nuevas, a diferencia de la *adoptio*, por medio de la cual se ingresaba a la familia con la calidad de hijo de la misma.

Las condiciones de la adopción romana se pueden resumir en las siguientes:

- I. El adoptante debía tener más edad que el adoptado (por lo menos la edad de la pubertad = 14 años)
- II. El adoptante debía ser capaz de ejercer la patria potestad.
- III. El consentimiento del adoptado en la adrogación debía ser expreso, en la adopción propiamente dicha bastaba que no hubiera manifestación en contrario.
- IV. Solamente podían adoptar quienes eran capaces de engendrar hijos, no así los castrados e impúberos. En cambio, se consideraba que a los impotentes no debía impedírseles para adoptar, por que su incapacidad para generar era un problema que podía cesar por acción de la naturaleza.
- V. No podía adoptar quien tuviera hijos varones, fueran matrimoniales o no.

La adopción en Roma básicamente se realizaba mediante un doble acto:

- I. Debería perderse la patria potestad anterior, a través de tres *mancipationes*; seguidas de la *manumisión* las dos primeras y de una *remancipatio* al padre natural, el cual, al haber perdido su potestad sobre el hijo, lo adquiriría *in mancipio*; y,
- II. La adquisición por el adoptante de la patria potestad a través de *in iure cessio*, a lo cual ellos definen como un proceso fingido en el que el adoptante figuraba como actor en la *vindicatio* de la patria potestad y en virtud de la *addictio* del magistrado, se constituía su derecho.

Uno de los principales efectos de la adopción romana radica en la permanencia de la misma, salvo el caso del adrogado que llegaba a la pubertad y tenía la posibilidad de exigir por medio de un magistrado que se le emancipara.

El padre adoptivo no tenía derechos sobre los bienes del adoptado quien pasaba a ser agnado de la familia adoptiva y perdía sus derechos con la familia de origen.

Mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación del día 28 de mayo de 1998, se cumplió el proceso de reformas al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, dentro de la cual se incluyó la incorporación a la legislación mexicana de las figuras de la adopción plena y la adopción internacional, en cumplimiento a diversos acuerdos internacionales de los que México ha sido parte suscriptora, principalmente la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción

Internacional⁸⁸, derivada de la anterior, de 1980, también de La Haya, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; la Convención Interamericana Sobre conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, de Bogotá 1984; y la Convención Universal de los Derechos de los Niños⁸⁹,

En cuanto a la regulación de la adopción plena, en la fracción IV del artículo 397, relativa al consentimiento que deberán otorgar las Instituciones de asistencia social públicas o privadas que hubieran acogido al menor o **incapacitado**, incorporan un elemento extraño, es decir, la posibilidad de adoptar a un incapacitado mayor de edad. Ello resulta irregular en cuanto a que la causa que dio origen a estas reforma se justificó por la suscripción de diversos instrumentos internacionales a favor de ¡¡LOS MENORES!!.

El artículo 410-A se limita a establecer que el adoptado es equiparado al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos para el matrimonio; también dispone que se extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio; Aclara que si el adoptante está unido en matrimonio con alguno de los progenitores que está en ejercicio de la patria potestad sobre el adoptado, no se extinguirá el vínculo de parentesco consanguíneo con este último ni con su familia; y que la adopción es irrevocable. Pero lo que no dispone, aunque puede inferirse, es que se deba conceder la patria potestad al adoptante o adoptantes.

⁸⁸ Firmada el 29 de mayo de 1993, ratificada el 14 de septiembre de 1994, y publicada en el D. O. F. del 24 de octubre de 1994.

⁸⁹ ONU, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, publicada en el D.O.F. del 25 de enero de 1991..

La inferencia a que nos referimos, se desprende de lo previsto en el artículo 403 del Código Civil Federal:

Art. 403.- Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que, en su caso, esté casado con alguno de los progenitores del adoptado porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.

NOTA: Es importante destacar que este precepto fue derogado en el Código Civil para el Distrito Federal, en la reforma del mes de mayo de 2000, por lo que rogamos al lector tomar en cuenta esta disposición, pues de esa decisión legislativa surge un dilema jurídico al que nos referiremos más adelante.

El artículo 410-B de la reforma dispone que, "Para que la adopción plena **"pueda tener efectos"**, además de las personas a que se refiere el artículo 397 de este código, deberá otorgar su consentimiento el padre o madre del menor que se pretenda adoptar, salvo que exista al respecto declaración judicial de abandono." Esta redacción es equívoca y confusa, pues parece establecer que el Juez de lo Familiar puede emitir una resolución que constituya el vínculo adoptivo, pero que no podría 'tener efectos' si se omite alguno de los requisitos previstos en este numeral. En nuestro criterio, debería decirse que: "Para que la adopción plena **pueda promoverse...**"

El artículo 410-C corrobora lo previsto en el artículo 87 segundo párrafo, de la reforma, relativo a las actas del registro civil, estableciendo

que, en los casos de adopción plena, el Juez del Registro Civil se abstendrá de dar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, salvo en los casos de impedimentos para contraer matrimonio o cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes siendo mayor de edad, o con consentimiento expreso de sus adoptantes en caso contrario, y en todo caso, se requerirá siempre de autorización judicial.

Al respecto, debe hacerse la aclaración de que el Código Federal sí distingue entre actas de adopción simple, en los artículos 86 y 87, mismas que contendrán un extracto de la resolución judicial que autorice dicha adopción; respecto de las actas de adopción plena, las cuales consistirán en un acta como si fuera de nacimiento, en los mismos términos que la que se expide para los hijos consanguíneos; se harán las anotaciones en el acta de nacimiento originaria, la cual quedará reservada. No se publicará ni se expedirá constancia alguna que revele el origen del adoptado ni su condición de tal, salvo providencia dictada en juicio.

Por su parte, el artículo 410-D del Código Civil Federal dispone que “No pueden adoptar mediante adopción plena, las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz”.

Francamente no hemos logrado explicar el fundamento o la razón lógica para establecer esta prohibición.

Finalmente, en cuanto al parentesco, la reforma publicada el 28 de mayo de 1998 modificó los artículos 293 y 295, para quedar de la siguiente manera:

“Art. 293.- El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

“En el caso de la adopción plena, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”

La intención simplificadora del legislador federal es criticable, pues el primer párrafo del artículo en estudio parece establecer que sólo y únicamente habrá parentesco entre los descendientes del mismo progenitor, pero que no lo habrá entre éste y sus descendientes. El segundo párrafo fue reproducido como párrafo tercero en el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que se harán sus correspondientes comentarios en el apartado siguiente.

“Art. 295.- El parentesco civil es el que nace de la adopción simple y sólo existe entre adoptante y adoptado.”

3.3. La Reforma al Código Civil local para el Distrito Federal, del año 2000.

Debemos iniciar este apartado, destacando que en realidad no fue una reforma al Código Civil, sino que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal pretendía crear el Código Civil para el Distrito Federal, para individualizarlo del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; es decir, separar al Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil Federal.

Es necesario recordar el momento político por el cual atravesaba la entidad en cuestión; En 1998 por primera vez se eligió al Jefe del Gobierno del Distrito Federal, antes Departamento del Ejecutivo Federal. Al mismo tiempo el H. Congreso Federal, dio potestad al legislativo local, Asamblea de Representantes, para legislar en la materia civil y penal; sin embargo no es sino hasta el 2000 que surge el primer Código Civil para el D. F.

A lo anterior se dice que “urgía políticamente un nuevo código exclusivo para el Distrito Federal, para que el partido político en el gobierno tuviera ese reconocimiento. Como resultado surgió el primer código para esta entidad, que resultó una copia del código de 1928, salvo la parte familiar que fue reformada”.⁹⁰

Es necesario puntualizar que ésta no fue elaborada o estudiada, más que por los propios representantes de la Asamblea Legislativa del D. F.; es decir, no se toma en cuenta a las instituciones o personas interesadas en el tema en cuestión.

Lo que ocurrió es que no tuvieron oportunidad de efectuar una propuesta integral de Código Civil local, por lo que se limitaron a reestructurar el libro relativo a ‘Derecho de Familia’ y algunos otros preceptos relacionados, con lo que el Código Civil vigente para el Distrito Federal es, en realidad, el Código Civil Federal, pero con algunas adecuaciones.

⁹⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *Op-Cit*; pág. 216

En cuanto al tema central de este trabajo de investigación, en lo que atañe a la regulación del parentesco en el vigente Código Civil para el Distrito Federal, la modificación más trascendente surgió con motivo de la pretendida eliminación de la adopción simple, con lo que se transformó la descripción del parentesco consanguíneo; pero como tendría que eliminarse del cuerpo legal toda referencia al parentesco civil, entonces se creó un 'bodrio' o embrollo casi ininteligible, al que nos referiremos a continuación.

La adopción plena, entendida por tal la institución que introduce a un extraño como miembro auténtico de toda una familia, fue la primera en surgir en las costumbres y regulaciones de los pueblos más antiguos.

Con posterioridad, bajo el Imperio de Justiniano, coincidieron las dos formas de adopción conocidas por el mundo moderno; la adopción plena y la adopción simple o *minus plena* que, con variantes esta última de la del derecho romano Justiniano, aún persiste en el Código Civil Federal.

Actualmente, en nuestro Derecho, la especie de adopción plena es la regla general, y la excepción es la adopción simple.

La adopción plena, como la llama correctamente el Código Civil Español o la impropia llamada legitimación adoptiva del Derecho francés, es la institución que responde verdaderamente al sentir de los sujetos que optan por incorporar a su familia a un menor desamparado y, por otro lado, la que da protección humana y afectiva a los infantes necesitados de ella.

Discrepando en los requisitos que se necesitan para llevar a cabo la adopción plena, las dos legislaciones anteriormente señaladas son semejantes en los efectos que la misma produce: incorporar al adoptado de manera total e irrevocable, a la familia del adoptante.

La adopción ha sido creada, en las legislaciones que la regulan, con la doble finalidad de beneficiar a los seres desamparados, otorgándoles la condición óptima para el desarrollo armónico de la persona humana: un hogar y una familia; y por otro lado, para dar satisfacción a los anhelos paternos de las personas a quienes les ha sido negada por naturaleza la propia descendencia.

La vida jurídica de un país debe responder con eficacia a los requerimientos de la vida social a la cual regula y, aún más, debe adelantarse a los mismos y crear las condiciones de idealidad en el sentido más justo y pleno para el mayor número de personas.

La Maestra Sara Montero Duhalt, respecto a la adopción plena, desde luego antes de las reformas sufridas por el Código Civil, en los años 1998 y 2000, nos señalaba lo siguiente:

“La costumbre más generalizada para los que quieren adoptar, es rehuir la vía legal de la adopción porque no responde a sus necesidades y deseos, e inscribir una falsedad ante la autoridad correspondiente; ello podría evitarse si, paralelamente a la adopción tal y como está regulada

actualmente (Adopción simple), surgiera el segundo tipo, la adopción plena para la cual se exigirían requisitos diversos.

“Éstos requisitos podrían ser, con las variantes que se juzgaran convenientes en un momento determinado, los siguientes:

1. En calidad de adoptantes únicamente los matrimonios que tengan una convivencia entre sí armónica con o sin descendencia previa, o un sólo hombre o una sola mujer que reuniera los requisitos exigidos para la adopción simple: solvencia moral y económica y una determinada edad de madurez física y emocional.
2. En cuanto a los adoptados, debieran ser menores muy pequeños (de menos de 3 años) para que en lo posible no guarden memoria de su condición anterior.
3. El adoptado debiera estar totalmente desconectado de su madre o familia de origen. En este sentido sólo podrían adoptarse huérfanos sin más familia o niños totalmente abandonados.
4. La adopción sería irrevocable.
5. El adoptado entraría como hijo de matrimonio de la pareja o como hijo de la persona adoptante sola.
6. Se borraría toda huella del origen del adoptado. Si ya había sido registrado, se cancelaría de oficio su acta de nacimiento. No se levantaría un acta de adopción, sino se inscribiría en acta original de nacimiento, en la cual constaría el nombre del adoptado y los apellidos de su o sus padres adoptivos.
7. El adoptado adquiriría lazos de parentesco con todos los parientes del adoptante, como acontece en la filiación consanguínea.

La adopción plena debe ser incorporada a nuestra legislación.⁹¹

Como podemos observar, lo propuesto por la autora de referencia, es similar a la regulación actual de la adopción plena; lo cual nos permite suponer que el legislador del Distrito Federal en materia familiar, hubo de recurrir a los doctrinarios nacionales y extranjeros, para encontrar en sus posturas argumentos que justificaran cabalmente la regulación de dicha figura jurídica en el Código Civil para el Distrito Federal.

La conversión de una adopción simple en adopción plena (Artículo 925-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)

A efecto de entender la postura que pretendemos establecer en este apartado, recordaremos que la adopción plena no se encontraba debidamente regulada en el Código Civil para el Distrito Federal; motivo por el cual, fue hasta el 28 de mayo de 2000 que lo ya apuntado en dicho ordenamiento jurídico, transformó en regla general a la adopción plena y como excepción de dicha regla a la adopción simple.

Actualmente, el dispositivo jurídico en estudio, en su artículo 410-D señala:

“Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma se limitarán al adoptante y al adoptado.”

⁹¹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, S. A.- México, 1984. Págs. 334 y 335.

Según nuestro punto de vista, la adopción plena, siguiendo los postulados del derecho romano clásico, debería ser llevada a cabo, en principio, por un pariente consanguíneo, como un abuelo, un tío, o un hermano o primo, y no ubicar esta especie de adopción como adopción simple conforme a lo que dispone el artículo 410-D del ordenamiento jurídico en análisis.

La anterior regulación de la adopción, reformada en 1998, en el artículo 404 disponía:

“La adopción simple podrá convertirse en plena, debiendo obtenerse el consentimiento del adoptado, si éste hubiere cumplido doce años. Si fuere menor de esa edad, se requiere el consentimiento de quien hubiese consentido en la adopción, siempre y cuando sea posible obtenerlo; de lo contrario, el juez podrá resolver atendiendo al interés superior del menor.”

Actualmente, no es posible dicha conversión y lo absurdo del asunto, es que la adopción que debería ser plena, sin lugar a dudas, es convertida en simple por la desatinada redacción del actual artículo 410 - D.

El artículo referido resulta contradictorio con lo que dispone el artículo 925-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra establece:

“Cuando el adoptante o adoptantes soliciten la conversión de la adopción simple a plena, y se reúnan los requisitos previstos en el artículo 404 del Código Civil, el juez los citará a una audiencia verbal dentro de los ocho días siguientes con la intervención del

Ministerio Público, luego de la cual se resolverá lo conducente en el término de ocho días.”

Este artículo de la ley adjetiva en materia civil, aplicable en el Distrito Federal, se sitúa en una sui generis posición, toda vez que, si recordamos, el derecho sustantivo es aquél que contiene derechos y obligaciones sobre determinadas materias; en tanto que el derecho adjetivo es el que nos indica la forma de hacer valer dichos derechos y cumplir con las obligaciones.

Lo explicado nos sitúa en la postura de considerar que el artículo 925-A en análisis, carece de sentido, en virtud de que no existe lo sustantivo para ser verdaderamente aplicable, ya que la conversión de la adopción simple a plena, actualmente, no se encuentra regulada por el Código Civil para el Distrito Federal, y esta situación reafirma nuestra postura, en el sentido de que el código adjetivo nos dice la forma en que se debe hacer valer un derecho, en este caso, convertir una adopción simple en plena, el cual, actualmente, carece de sustancia, en virtud de que el artículo 404 del código sustantivo en materia civil, aplicable en el Distrito Federal, fue derogado mediante las reformas publicadas en la gaceta oficial del Gobierno del Distrito Federal, de fecha 25 de mayo del año 2000.

Es más, podría llegarse al extremo de que un adulto que hubiere sido adoptado en la década de los años setenta del Siglo pasado, en que únicamente se contemplaba la adopción simple, junto con su adoptante, comparecieran ante el Juez de lo Familiar para solicitar la conversión prevista en el artículo 925-A del Código de Procedimientos Civiles para el

Distrito Federal, puesto que ya no existe la norma sustantiva (Art. 404 del Código Civil Local) que, en apariencia, limitaba la posibilidad de dicha conversión a la minoría de edad del adoptado. Es decir, el citado artículo 404 del C. C. D. F. preveía la posibilidad de la conversión solamente para las adopciones simples mientras el adoptado fuese menor de edad; pero actualmente no existe esa limitante y como "lo que no está prohibido, está permitido", nada impide se obtenga un resultado que el legislador no quiso, pero que no prohibió expresamente.

El parentesco resultante de una adopción plena y de una adopción simple, en el Código Civil para el Distrito Federal.

La adopción plena crea parentesco 'equiparado' al consanguíneo entre adoptante y adoptado, de primer grado en línea recta.

"El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto a la persona y bienes de los hijos..." (Art. 395)

"El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo"...(Art. 396)

El adoptante tiene el derecho de darle nombre y sus apellidos al adoptado. Éste es un derecho y no un deber del adoptante; por lo tanto, el adoptado no puede reclamarle a su padre o madre adoptivos que le otorguen su apellido, dada la redacción del Art. 395 in fine que expresa:

"...El adoptante dará nombre y sus apellidos al adoptado salvo que, por circunstancias específicas no se estime conveniente."

Los derechos y obligaciones derivados del parentesco ya no se limitan al adoptante y al adoptado. En vista de ello el adoptado entra a formar parte de la familia del adoptante.

En el caso de que el adoptado tenga una familia de origen, no seguirá teniendo a ésta como su familia. Cuando se trata de menores abandonados o expósitos, la adopción beneficia grandemente al adoptado en el sentido de incorporarlo a un grupo familiar, pero si la adopción fue consentida por sus parientes naturales, esta solución resulta peligrosa. De allí la gran trascendencia jurídico social de regular debidamente tal institución.

El artículo 57 del Código Civil para el Distrito Federal dispone:

" Bajo el régimen de adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes "

Los efectos de la adopción son a un mismo tiempo, personales y patrimoniales.

Los personales: el vínculo nuevo destruye el primitivo que ligaba al adoptado con su familia de sangre, prescindiendo aquél de todos sus derechos y deberes frente a ella y porque la nueva relación familiar repercute en las familias de éstas, pues el adoptado se convierte en miembro de la familia del adoptante.

El adoptante está investido de la patria potestad sobre el adoptado, ejerce las facultades inherentes a ella, tales como el prestar el consentimiento al matrimonio del adoptado menor, también asume el adoptante los deberes propios de la patria potestad, como el de mantener, educar e instruir al hijo y el de procurar a éste subsidios y alimentos cuando los necesite.

En cuanto a los efectos patrimoniales, aparece en primer término la obligación alimentaria que es recíproca: el adoptante está obligado a alimentar al hijo, y el adoptado a su vez debe alimentos al padre adoptivo, y si éste tiene hijos legítimos y naturales, está obligado a prestarlos en concurrencia con éstos.

El vínculo no afecta a las relaciones sucesorias recíprocas, el adoptado tiene derecho a suceder al adoptante, lo mismo que un hijo legítimo sucede al padre, y a los parientes de éste.

De conformidad con lo dispuesto en la nueva regulación de la adopción plena en el Código Civil para el Distrito Federal, los efectos jurídicos de la adopción son los siguientes:

El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo impedimentos de matrimonio.

El adoptado tiene en la familia del o de los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio, tanto en la adopción plena como en la *minus plena*.

En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea, respecto de tal progenitor(a) que comparte la patria potestad y su familia consanguínea.

Para que la filiación pueda tener efectos, además de las personas señaladas en el artículo 397 del Código Civil para el Distrito Federal (el que ejerce la patria potestad, el tutor, el Ministerio Público y el menor, si tiene más de 12 años) deberá otorgar su consentimiento el padre o la madre del menor que se pretende adoptar, salvo que exista al respecto declaración judicial de abandono.

Aún existe discusión acerca de la posibilidad de que un titular único de la patria potestad, derivada de una resolución judicial que privó al otro progenitor del ejercicio de la patria potestad, si al contraer ulteriores nupcias, estaría en aptitud de consentir en la adopción de su(s) sometido(s) por parte de su nuevo cónyuge. Ello en virtud de lo previsto en el artículo 94

del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y la reciente reforma al Código Civil local de septiembre de 2004, en que, aparentemente, sólo podría recuperarse el ejercicio de la patria potestad, cuando el mismo se hubiera retirado por incumplimiento de los deberes de alimentos.

Como podemos observar, los efectos jurídicos actuales de la adopción, son totalmente diferentes a los tenidos en épocas pretéritas; en virtud de que la adopción plena, que es la regulada por el Código Civil para el Distrito Federal, tiene otra forma de crear consecuencias jurídicas entre adoptante y adoptado.

En la adopción simple, el parentesco que se genera ente adoptante y adoptado es civil, y exclusivamente se circunscribe al adoptante y adoptado.

Ya hemos hecho referencia al contenido del artículo 410-D del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se restringen las consecuencias de la adopción, exclusivamente a las personas del adoptante y el adoptado; luego, no irroga consecuencias a los parientes de ambos.

No estamos de acuerdo con la manera de regular la adopción por parte del legislador del Distrito Federal en materia familiar, en virtud de que debería considerarse, principalmente como adopción plena, la llevada a cabo como adoptante por parte de un pariente consanguíneo, en virtud de que la lógica jurídica nos lleva a sostener que la incorporación a un núcleo familiar y, concretamente a un hogar específico, será más factible si existe

lazo previo de consanguinidad, pues resultaría adverso a la intención planteada el incorporar a un núcleo familiar completo a un menor de un origen étnico distinto.

Según nuestro punto de vista, el adoptado, en la adopción plena, debe incorporarse a una familia con el mayor número de posibilidades de que la integración a la misma sea benéfica para ambas partes, es decir, para el adoptante y el adoptado; porque no debemos soslayar que la adopción tiene como objetivo primordial llevar consuelo a los que no tienen hijos y a los seres abandonados que, no teniendo padres, o siendo éstos desconocidos, necesitan amparo y protección.

A mayor abundamiento, los adoptantes desean satisfacer a su vez el anhelo de cariño que sienten al encontrarse privados de hijos por la naturaleza; de ahí que con los debidos temperamentos, si no se quiere desvirtuar esta institución, deba mantenerse el principio romano "*adoptio imitat naturam*" como lo hace el moderno Código Civil Italiano.

Lo explicado nos puede servir de base para derogar el artículo 410-D del Código Civil para el Distrito Federal, porque consideramos que la adopción plena debe realizarla prioritariamente como adoptante un pariente consanguíneo del adoptado, en virtud del lazo biológico existente entre ambos.

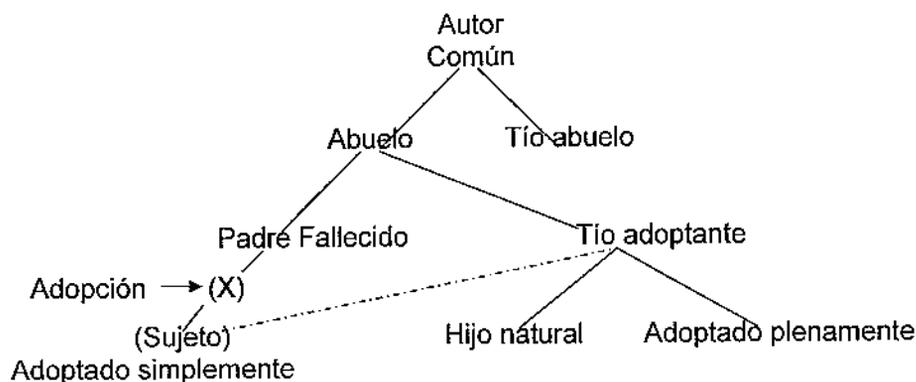
Aunado a la anterior afirmación, al haberse derogado el artículo 403 del propio ordenamiento, es evidente que la adopción (aún la regulada en el

artículo 410-D) produce la disolución del vínculo de parentesco consanguíneo del adoptado con sus parientes naturales; lo cual constituye una exageración legislativa. Sobre todo tratándose de esta especie de adopción '*minus plena*' entre adoptante y adoptado consanguíneos entre sí, pues si se diera el caso de un huérfano de padre y madre, adoptado por uno de sus tíos en tercer grado de parentesco en línea colateral desigual, el adoptado dejaría de ser nieto del progenitor común de su padre natural y de su adoptante; dejaría de ser sobrino de los otros hermanos de su padre natural y de su adoptante; en otras palabras, dejaría de tener parientes consanguíneos y se colocaría únicamente bajo el supuesto del artículo 295 del Código Civil para el D. F., enlazado mediante un parentesco civil únicamente con su adoptante, puesto que es sumamente extraño que una persona pudiera tener, al mismo tiempo, parentesco consanguíneo y civil respecto de otra misma persona.

Desde luego que aún queda pendiente de analizar cuál sería el grado de parentesco que tendrían entre sí, los sometidos a la patria potestad de un mismo sujeto, bajo la hipótesis de que esa persona tuviera tres o más hijos de distinta '*clase*': un hijo procreado naturalmente dentro de su matrimonio; otro adoptado '*extraneus*' (Art. 410-A del C. C. D. F.) y un tercero adoptado consanguíneo (Art. 410-D del C. C. D. F.), sobre todo porque los tres tendrán un acta de nacimiento idéntica en la forma y demás datos generales, salvo, tal vez, el nombre de pila, fecha de nacimiento y datos de los testigos.

¿Cómo identificar la relación parental de cada uno de ellos?

A continuación se hará un planteamiento gráfico de esa situación, con la intención de destacar la problemática que surge de la actual regulación de la adopción, en el Código Civil para el Distrito Federal.



En la anterior hipótesis, nos encontramos con que los padres naturales del sujeto fallecieron, por lo que, no habiendo quien ejerciera sobre aquél la patria potestad, ésta pasaría, de pleno derecho, al abuelo paterno, pero éste dio su consentimiento para que su otro hijo, tío en tercer grado de parentesco consanguíneo en línea colateral desigual, adoptara al huérfano.

Por aplicación de lo previsto en los artículos 410 D, en relación con el 295 del Código Civil para el Distrito Federal, el adoptado dejaría de ser nieto del progenitor común de su padre natural y de su adoptante-tío, así como dejaría de ser pariente del hijo natural y del adoptado plenamente de éste. En otras palabras, el adoptado simplemente no tendría más pariente que su adoptante.

Todo ello, como ya lo habíamos destacado anteriormente, en virtud de que se derogó lo previsto en el anterior artículo 403 del mismo Código

sustantivo local, dando como consecuencia que el adoptado en esta forma ni siquiera conserve el parentesco consanguíneo previo a la adopción, con su familia natural.

3.3.1. Crítica a la regulación del parentesco por consanguinidad, en el Código Civil para el Distrito Federal.

El tema que a continuación vamos a exponer, como su nombre lo indica, tiene como propósito principal que en éste, se analice la regulación que de la relación jurídica paterno-filial hace el Código Civil para el Distrito Federal al respecto. Por lo anotado, será oportuno precisar lo siguiente.

De acuerdo con la doctrina, el parentesco es la fuente primaria de la familia, considerándolo como "la situación permanente que se establece entre dos o más personas, por virtud de la consanguinidad, el matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho."⁹²

El nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado, se denomina parentesco. Los sujetos de esa relación son entre sí, parientes. El grupo de parientes y los cónyuges constituyen la familia.

Así pues, el parentesco, al mismo tiempo que vincula a los miembros de la familia, limita el círculo del grupo familiar. Los derechos y deberes que se originan entre parientes en razón de pertenecer a un determinado grupo familiar, parten de un supuesto previo: la existencia del parentesco.

⁹² Enciclopedia Jurídica Omcba. T. XI. 10ª edición, Edit. DrisKill, Argentina, 2000. p. 1041.

Los tratadistas extranjeros y particularmente los civilistas franceses, no se ocupan en una manera especial en el estudio del parentesco, si no es a través del estudio que realizan sobre la filiación o sea el nexo jurídico entre padres e hijos. Éste es ciertamente, el vínculo de parentesco más fuerte y directo que puede existir entre dos personas. Pero cuando la importancia de la familia como grupo que comprende no sólo a los hijos, sino a los hermanos, los tíos, etc., ha adquirido particular relieve en el Derecho Civil, es preciso analizar separadamente el nexo jurídico que une y da cohesión al grupo familiar, como institución jurídica, estableciendo entre sus miembros una solidaridad natural y por decirlo así, espontánea.

Es el parentesco una manifestación primaria de la solidaridad social. Halla su razón de ser original, en los lazos de afecto que derivan de la comunidad de sangre, del matrimonio y de la adopción.

Generalmente, se señalan como fuentes constitutivas del parentesco, es decir, como fuentes de la familia, el matrimonio, la filiación y la adopción.

En nuestro derecho y de acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal del siglo pasado, propiamente la adopción no era fuente de parentesco ni por consiguiente, de la familia; sólo establecía un vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado.

“El matrimonio es fuente del parentesco por afinidad; el parentesco consanguíneo tiene como única fuente la filiación. El matrimonio por lo que se refiere al parentesco, tiene importancia respecto a la prueba de la filiación. En efecto, hijos nacidos de una mujer casada se reputan hijos del

marido y por lo tanto la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, se prueba con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.”⁹³

El matrimonio sólo es fuente de parentesco por afinidad. Es, sin embargo, un medio de prueba casi indestructible de la filiación y por lo tanto, del parentesco.

En cuanto al parentesco por consanguinidad, el texto del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, a partir del año 2000, era el siguiente:

“Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida **y quienes la consientan.**

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”

El primer párrafo no tiene mayor comentario que el haber simplificado la fórmula tradicional, ya que las personas que descienden unas de otras y las que, sin descender unas de otras, en realidad descienden todas de un tronco común.

El que sí merece nuestra atención es el segundo párrafo, puesto que dejaba un muy amplio margen para diversas interpretaciones y para conductas inadecuadas.

⁹³ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 8ª edición, Edit. Porrúa, México, 1990. p. 203.

En efecto, como se analizará en párrafos subsiguientes, las modernas técnicas terapéuticas de reproducción asistida, han creado dilemas a los que el derecho no ha respondido con la misma velocidad. Fundamentalmente en cuanto a la solución jurídica de los problemas que plantean en relación con temas trascendentales, como el de la filiación del producto de una reproducción humana médicamente asistida.

La previsión en comento, al señalar como elemento normativo para la vinculación consanguínea únicamente al consentimiento, pero sin precisar a las personas que debieran otorgarlo, permitía formular múltiples hipótesis fácticas, algunas de ellas rayando en lo inmoral.

Por ejemplo, se establecería parentesco consanguíneo entre un infante producto del consentimiento de dos homosexuales que hicieran vida en pareja, por haber obtenido, uno de ellos, la donación de uno o más óvulos femeninos; el segundo podría haber obtenido la donación de servicios de un vientre subrogado, y la fecundación in Vitro haberla logrado aleatoriamente, mezclando espermatozoides de ambos. Como queda acreditado el consentimiento de uno y otro, entonces ambos serían parientes consanguíneos del recién nacido, pero el dilema jurídico residía en determinar la clase y el grado, es decir, ¿Ambos tendrían la calidad de progenitores? ¿Quién sería el padre y quién la madre?

Otra hipótesis sería la de un sacerdote católico que, sin quebrantar sus votos de castidad, obtuviera la donación de óvulos femeninos, la donación de semen masculino y los servicios de un vientre subrogado. Como se trataría de una reproducción humana sin cópula, no se afrentarían

sus creencias religiosas, pero ese consentimiento de todos los involucrados tiene como finalidad transmitirle al donatario todos los 'derechos' sobre el producto, por lo que sería pariente consanguíneo de éste, en calidad de 'padre soltero'. Igual sucedería en el caso de una monja que, en las mismas circunstancias, sería una Madre ¡'MADRE SOLTERA'!

Las muchas críticas que se formularon a ese segundo párrafo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, impulsaron la propuesta de modificarlo, pero se hizo en una forma un tanto excepcional, de la que nos ocuparemos en el punto siguiente.

Ahora nos toca tratar la previsión contenida en el tercer párrafo de este artículo tan controvertido.

Si bien se precisó por el legislador que en el caso de la adopción (faltó indicar que es el de la adopción plena) se equiparará al parentesco por consanguinidad la relación entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo, esta novedosa manera de establecer el vínculo parental resulta extraña, pues la adopción no deja de establecer una relación artificiosa, ficticia, que, si bien pretende imitar a la naturaleza, tampoco genera una verdadera consanguinidad, ya que ésta es natural y el parentesco contemplado en la norma es meramente jurídico, por lo que se estima insólito contar en nuestro derecho con un parentesco por equiparación.

Refuerza nuestra opinión, el hecho de que un siguiente precepto, el artículo 295, al describir al parentesco civil, señala que es el que surge en los términos del artículo 410-D, es decir, entre el adoptado y su adoptante cuando son consanguíneos, en forma exclusiva.

Por ello nos atrevemos a señalar que el legislador local del Distrito Federal invirtió las consecuencias de la adopción plena, tal como la reguló Justiniano en el derecho romano, es decir, entre un adoptado y un adoptante consanguíneos, frente a las que debiera producir una adopción *minus plena* o simple, cuando aquellos eran *extraneus*.

En todo caso, proponemos que se derogue el artículo 410-D del Código Civil para el Distrito Federal, para que todas las adopciones, sin importar el que pudiera existir un lazo de parentesco consanguíneo entre adoptado y adoptante, sean calificadas como plenas.

En consonancia con la anterior propuesta, adicionalmente debiera también derogarse el artículo 295 del propio ordenamiento sustantivo, pues ya no tendría razón de ser el llamado parentesco civil.

Adicionalmente, es de urgente atención el derogar el artículo 925-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, puesto que ya no existe la norma sustantiva (Art. 404 del Código Civil Local, derogado) que establecía el derecho a convertir una adopción simple en plena.

3.3.2. Adecuaciones legislativas del año 2004.

El 9 de junio de 2004 se publica en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Como se desprende de la simple lectura de las reformas publicadas, éstas son meramente cosméticas, es decir, se limitan básicamente a cuestiones de redacción, sin resolver las deficiencias que se vienen arrastrando desde 1998. Paradójicamente la única reforma trascendental y correcta no se encuentra dentro del capítulo de adopción, sino que tiene lugar en la modificación del artículo 444 del Código Civil relativo a las causales de pérdida de la Patria Potestad, tema relacionado sin ser parte integral o directamente relacionada con el tema de esta tesis. Atinadamente modifican la fracción cuarta que determinaba como causal de la pérdida de la Patria Potestad el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria, sin determinar el alcance de la palabra “reiterado”; con la modificación se señala como causal para a pérdida de la Patria Potestad el incumplimiento de la obligación alimentaria por noventa días, dándole una certeza que concretiza el requisito.

3.3.2.1. La reforma al segundo párrafo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, del 6 de septiembre de 2004.

El día 6 de septiembre de 2004, se publicó en la Gaceta de Gobierno del Distrito Federal, una serie de reformas al Código Civil para el Distrito Federal, centralmente en cuanto a la convivencia entre padres e hijos que no habitan el mismo domicilio y sobre la custodia de menores, pero inopinadamente se presentó una modificación al párrafo segundo del artículo 293, para quedar como sigue:

“También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.”

(Anteriormente establecía: “...y quienes la consientan”)

Aun con la reforma sufrida el día 6 de septiembre del año en curso, el mismo no da una respuesta adecuada a las necesidades actuales y por consecuencia debiera ser más claro en su texto porque, aún con los avances que ha tenido el Código Civil en cita, no preceptúa de manera específica lo relacionado a la reproducción asistida, ya que los avances de la tecnología no son acordes con los avances jurídicos.

Ese párrafo segundo es controvertido, por que por un lado establece de manera dirimente que "También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores." Sin señalar en el mismo Código, qué se entiende por reproducción asistida y la forma en que debe expresarse dicho consentimiento.

Consideramos que el procedimiento de la inseminación artificial, la Fertilización In Vitro, o cualquier otra forma de reproducción asistida en los seres humanos, pone en peligro la filiación, pues si bien la maternidad se probaba con el sólo nacimiento, actualmente ya no existe tal certidumbre debido a la posibilidad de una maternidad substituta o subrogada. La paternidad, desde siempre, es incierta, es un secreto de alcoba, derivándose de ahí una serie de presunciones que la ley establece, respecto de quiénes se pueden considerar descendientes de matrimonio, pero dichas presunciones pueden ser destruidas mediante su contradicción a través de las pruebas genéticas que ha desarrollado la medicina genómica.

De igual forma, el artículo 293 con su segundo párrafo es contradictorio con el artículo 325 del mismo Código Civil para el Distrito Federal, donde se establece que:

“Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haberle sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer, en los primeros 120 días de los trescientos que han precedido al nacimiento.”

Como podemos ver, de acuerdo a la lectura de tal artículo no existe presunción ante la práctica de la reproducción o inseminación asistida, ya que cualquier mujer cuyo esposo o concubino esté separado de ella por cualquier causa por varios meses, cuando éste regrese y ella esté embarazada, podrá aducir y preparar pruebas, de que fue inseminada con semen de su esposo o concubino.

Consideramos que con este simple razonamiento y deducción nos damos cuenta de lo delicado de esta situación y lo difícil que se torna el determinar si un descendiente es hijo o no del esposo o del concubinario.

De la lectura del artículo 293 en su párrafo segundo, se da el problema de que, efectivamente, el parentesco por consanguinidad vincula a los que descienden de un tronco común (la madre) no así del padre, lo cual para nosotros el tronco común debiera ser el padre y la madre pero, yéndonos a otro extremo, de acuerdo a la práctica terapéutica de la reproducción asistida, la cuál no está debidamente regulada en nuestro ordenamiento civil, si ésta se da inseminando a otra persona ajena a la relación, debe guardarse el secreto ya sea del aportador del semen y de la que presta el vientre para ser inseminado, el parentesco por consanguinidad no se da entre los que solicitaren dicho servicio (de prestación de vientre o

inseminación) y más aún, no hay descendencia de un tronco común sino que dicha descendencia será producto de un tercero ajeno a la relación.

Así mismo, de la lectura del segundo párrafo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, derivamos que limita para procrear hijos nacidos mediante el método de reproducción asistida a los cónyuges y concubenarios, sin que contemple en forma alguna la posibilidad de que mujeres solteras u hombres solteros, puedan tener hijos mediante dicha técnica, lo cual en la actualidad crea un problema, dado que existen infinidad de mujeres solteras que actualmente desean tener hijos, sin que exista un vínculo con la persona que aporta el semen y la reforma que sufrió el artículo 293 párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal, no satisface de ninguna manera las expectativas de la sociedad, dado que, de todos modos, nada les impide realizar la práctica de técnicas de reproducción asistida (mujer con infertilidad secundaria, no estéril, cuyos óvulos son fecundados con semen comprado o aportado gratuitamente por un tercero extraño, conocido o desconocido; y el embrión resultante pudo haber sido gestado en vientre subrogado) en dichos casos la solución sería el reconocimiento de paternidad con todas las obligaciones a que alude el artículo 389 del Código Civil para el distrito federal.

Consecuentemente, se deberá reformar de nueva cuenta el párrafo segundo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, para el efecto de que se contemple en dicha reforma la posibilidad de derecho, de que las mujeres solteras en especial, puedan tener hijos mediante la técnica de reproducción asistida.

Como ya lo habíamos mencionado en su oportunidad, el artículo 293 párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal, no indica la forma en que se deba dar el consentimiento por los cónyuges o concubinos, para obtener un hijo mediante la técnica de reproducción asistida, por lo cual es necesario remitirse a los artículos 326 segundo párrafo, 329 y 341 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales nos indican que la manera de dar ese consentimiento es en forma expresa; es decir, por escrito. Sin embargo, dichos artículos no indican cuáles son las formalidades de dicho consentimiento expreso, es decir, si debe ser mediante escritura pública o bien, mediante escrito privado con asistencia de dos testigos; pues bien, en nuestro criterio cualquiera de estas dos formas pudieran ser las adecuadas, siempre y cuando se tenga la certeza de que se ha dado dicho consentimiento sin vicio alguno, que pudiera invalidarlo.

Otro problema que se presenta en la reproducción asistida se da en materia de sucesión mortis-causa, y en especial en la sucesión legítima, pues sus lineamientos se están viendo afectados seriamente por la reproducción asistida y ello es fácil de comprender:

- a) En el caso de que la mujer, esposa o concubina, invoque la teleinseminación, se planteará una situación en donde el esposo o concubino estará imposibilitado para aducir la no paternidad, y aunque disponga por testamento de sus bienes, siempre habrá el recurso de la inficiosidad si el descendiente que se le atribuye como suyo, es menor de edad.
- b) En el caso de que una esposa o concubina se heteroinsemine:
 - a') Con consentimiento de su pareja, y
 - b') Sin consentimiento de su pareja.

- a'). Con consentimiento de su esposo o concubino.- Podrá pensarse que en este caso no hay dificultad alguna ya que si su pareja admite que su esposa o concubina se heteroinsemine, pues él está admitiendo que ese descendiente de su pareja, sea considerado como descendiente suyo.

No obstante la cosa no es así de fácil, ya que toda la filosofía que inspira la idea de 'descendiente de matrimonio' para los efectos de la sucesión legítima, está fundada en la idea de que tal descendiente es producto de la unión carnal del marido y la esposa, y aquí no ha sucedido tal cosa, pues el fruto resulta de un semen extraño al esposo; resulta del semen de un tercero para los efectos de ese matrimonio civil o eclesiástico.

¿Pero y qué, si el marido lo acepta?; pues que, entonces, conforme al Código Civil para el Distrito Federal, se podrá impugnar la sucesión legítima de ese descendiente de la esposa y no del autor de la herencia, por los que tengan legítimo interés en ello, fundándose en que en la actualidad la reproducción asistida en México, puede estimarse aún como una práctica contraria a las buenas costumbres, y se podría invocar el artículo 1830 del Código Civil, en donde se determina que es ilícito lo que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, y en ese caso se podría pedir la nulidad de la aceptación del marido para que su esposa hubiera sido heteroinseminada, aceptación que sin duda implicó un acto convencional entre él y ella, y si se llegara a decretar esa nulidad, daría por resultado que se tendría que concluir que ese descendiente era de la esposa, mas no del esposo, ya para entonces autor de la herencia.

Ahora, si se admite que esa práctica no es contraria a las buenas costumbres, como nosotros opinamos, entonces se tendrá que considerar que sí es posible que se abra la herencia legítima para ese descendiente tenido por heterofecundación, de la esposa o concubina.

En el Código Civil para el Distrito Federal, aunque no se diga por los legisladores, pero de acuerdo con nuestras ideas expuestas, se le agregó un segundo párrafo al artículo 326, en el cual se dispone que, “tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”

b') Si en la heteroinseminación no ha mediado el consentimiento del marido de la mujer que se la practique, quedan francas las vías jurisdiccionales para impugnar la presunción de paternidad y para demandar, incluso, el divorcio necesario en términos de lo previsto en el artículo 267, fracción XX del Código Civil para el Distrito Federal (“Son causales de divorcio: ... XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge;”)

Por lo anotado consideramos que el artículo 293 en su párrafo segundo debe modificarse a efecto de estar acorde con la realidad social y los cambios tecnológicos.

3.4. Comparación entre las clases de parentesco del derecho romano y las que contempla actualmente el Código Civil para el Distrito Federal.

Este trabajo de investigación histórico – jurídica no estaría completo, sin una confrontación analítica entre la regulación de las diversas clases de

parentesco que se conocieron en el Derecho Romano, frente a las que actualmente contempla el Código Civil para el Distrito Federal, con la finalidad de poder determinar hasta dónde y de qué manera, se siguen respetando los principios originarios de la familia jurídica romanística; o bien, qué tanto se aparta nuestra legislación civil de dichos principios.

Para hacer esa comparación, nos permitimos elaborar un cuadro comparativo entre el derecho romano, y la actual regulación del parentesco en el Código Civil para el Distrito Federal.

DERECHO ROMANO	CÓDIGO CIVIL PARA EL D. F.
<p>Parentesco Agnaticio:</p> <p>Relación jurídica artificial, derivada de la <i>patria potestas</i> y sólo por vía de los varones, entre las personas que se encontraban como ascendientes y descendientes (pater familias y sus sometidos) o que, sin descender unas de otras, estarían sometidas a la <i>patria potestas</i> de un mismo paterfamilias, si éste aún viviera.</p> <p>Podía coincidir o no con el parentesco consanguíneo.</p>	<p>Parentesco equiparado al Consanguíneo.</p> <p>La redacción de los párrafos segundo y tercero, del artículo 293 del C. C. D. F., nos hacen rememorar al parentesco agnaticio del derecho romano, pues el hijo producto de reproducción asistida y el adoptado en forma plena, se incorporan a la familia del paterfamilias como si fueran hijos de matrimonio, aún sin serlo verdaderamente.</p>
<p>Parentesco cognaticio.</p> <p>Aquel que vinculaba a los parientes de la sangre, aunque no existieran lazos civiles. Es el que se establecía por vía de las mujeres, o bien por un acto solemne que rompiera el lazo de <i>patria potestas</i> – filiación, como una emancipación o la dación en adopción de un descendiente.</p>	<p>Parentesco de consanguinidad.</p> <p>Artículo 293 primer párrafo.- “El que une a las personas que proceden de un tronco común”.</p> <p>Son los parientes que descienden biológicamente unos de otros, o que, sin descender unos de otros, proceden de un mismo autor común.</p>

DERECHO ROMANO	CÓDIGO CIVIL PARA EL D. F.
<p>Parentesco por Afinidad o alianza.</p> <p>Era la relación espiritual derivada del matrimonio, que vinculaba a los cónyuges entre sí; a cada cónyuge con los parientes del otro y a los parientes de ambos entre sí.</p>	<p>Parentesco de Afinidad.</p> <p>Artículo 294: "El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos."</p>
<p>Adoptio minus plena.</p> <p>El adoptado que no era pariente consanguíneo del adoptante, no salía del parentesco agnaticio de su familia originaria, pues solamente se convertía en heredero de éste, estableciéndose una relación asimilada o equiparada al parentesco civil moderno.</p>	<p>Parentesco civil.</p> <p>Artículo 295.- "El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D."</p> <p>Artículo 410-D.- "Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado.</p> <p>Artículo 403 (Derogado).- "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que, en su caso, esté casado con alguno de los progenitores del adoptado porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges."</p>

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El parentesco es la fuente primaria de la familia, considerándolo como la situación permanente que se establece entre dos o más personas, por virtud de la consanguinidad, el matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.

SEGUNDA.- El derecho Romano reconoció tres clases de parentesco, a saber:

- a) El parentesco Agnaticio, que era la relación jurídica artificial, derivada de la *patria potestas* y sólo por vía de los varones, entre las personas que se encontraban como ascendientes y descendientes (pater familias y sus sometidos) o que, sin descender unas de otras, estarían sometidas a la patria potestad de un mismo paterfamilias, si éste aún viviera. Podía coincidir o no con el parentesco consanguíneo.
- b) El parentesco Cognaticio, aquel que vinculaba a los parientes de la sangre, aunque no existieran lazos civiles. Es el que se establecía por vía de las mujeres, o bien por un acto solemne que rompiera el lazo de patria potestad – filiación, como una emancipación o la dación en adopción de un descendiente.
- c) El parentesco de Alianza o afinidad, era la relación espiritual derivada del matrimonio, que vinculaba a los cónyuges entre sí; a cada cónyuge con los parientes del otro y a los parientes de ambos entre sí.
- d) Una especie del parentesco civil surgió a partir de la regulación por Justiniano de la llamada 'adoptio minus plena', en virtud de que entre adoptante y adoptado no existía lazo de parentesco cognaticio, por lo que el adoptado no abandonaba a su familia natural, convirtiéndose únicamente en heredero patrimonial del adoptante.

TERCERA.- El parentesco agnaticio del derecho romano fue decayendo, dando paso al reconocimiento preferente del parentesco cognaticio o consanguíneo, sobre todo en materia de sucesiones, por parte del derecho pretorio a través de las *Bonorum Possessiones*, y confirmado finalmente por Justiniano, mediante su novela CXVIII.

CUARTA.- El derecho romano calificaba de 'plena' a la adopción realizada por un pariente consanguíneo, sobre otro. Pero el derecho civil mexicano, a partir de 1998, invirtió ese principio y solamente considera plena a la adopción autorizada entre extraños. Para el caso de que exista parentesco consanguíneo entre adoptante y adoptado, regula una aparente adopción simple o *minus plena*.

QUINTA.- Es criticable la regulación del parentesco derivado de la adopción efectuada por el legislador mexicano, pues no se explica uno el por qué de la prohibición de realizar una adopción plena entre parientes consanguíneos.

SEXTA.- Para el caso de la adopción simple o minus plena, contemplada en el artículo 410 – D del Código Civil para el Distrito Federal, reformado en mayo de 2000, criticamos el que se hubiera despojado al adoptado de su parentesco natural, pues para él rige el parentesco civil que lo vincula exclusivamente con su adoptante, de conformidad con lo previsto en el artículo 295 del mismo Código, eliminando su parentesco consanguíneo con los demás parientes consanguíneos de sí mismo y, al mismo tiempo, de su adoptante, dado que fue derogado el artículo 403 de ese ordenamiento.

SÉPTIMA.- Por lo que hace al parentesco equiparado al consanguíneo, contemplado en el artículo 293, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, para el caso de la adopción plena, se le critica porque genera un régimen parental similar al que se produce entre un hijo consanguíneo y los parientes de sus progenitores, pero éstos no fueron oídos en el procedimiento familiar de adopción, por lo que el adoptado podría sufrir diversas formas de rechazo y/o discriminación intra familiar.

OCTAVA.- Existe una contradicción entre las previsiones de los artículos 86, 87, 410 – C y 410 – D del Código Civil para el Distrito Federal, pues se ordena en ellos que, una vez autorizada una adopción, el Juez del Registro Civil deberá expedir un acta "como si fuera de nacimiento" y reservar toda alusión o información relativa al origen del adoptado. Pero como existe una distinción entre la adopción plena y la adopción simple, y no se diferencia entre las actas de nacimiento para cada una de esas clases de adopción, puede presentarse un conflicto jurídico frente a los demás parientes consanguíneos del adoptante.

NOVENA.- El derecho romano estableció el parentesco *ex iustis nuptiis* sobre el principio de que: "*Mater semper certa est, pater est quod nuptiam demonstrat*" –La madre siempre es cierta, padre es el que demuestra el

matrimonio-. Dicho principio ya no es válido para el legislador contemporáneo, por el desarrollo de diversas técnicas terapéuticas que permiten la reproducción humana, ya sea con células germinales propias de los cónyuges (reproducción asistida homóloga) o de donadores conocidos y/o anónimos (reproducción asistida heteróloga), incluso con mucha posterioridad a la muerte de uno o ambos progenitores, a través del empleo de servicios de maternidad subrogada; de donde la fecha del nacimiento ni el nacimiento mismo son eficaces para establecer la filiación legítima por matrimonio.

DÉCIMA.- Derivado de la conclusión anterior, se critica la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece un parentesco consanguíneo (no equiparado) entre el hijo producto de reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que la hubieran procurado para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores. En primer lugar, porque los parientes consanguíneos de uno o ambos solicitantes de alguna técnica terapéutica de reproducción humana médicamente asistida, están obligados a cumplir diversos deberes parentales, con total ignorancia del verdadero origen del supuesto pariente, producto de tales técnicas. En segundo lugar, porque el propio Código Civil para el Distrito Federal no previene qué debe entenderse por 'reproducción asistida' ni la forma en que debe acreditarse la intervención de los cónyuges o concubinos para 'procurar' la reproducción médicamente asistida del infante, exponiéndose a un futuro proceso de contradicción de la paternidad o de la maternidad, por parte de los 'aportadores' del material genético que la permitió.

UNDÉCIMA.-El dilema jurídico que pretende plantear este trabajo de investigación histórico – jurídico, es dilucidar el cómo podrían diferenciarse y cuál sería el régimen de parentesco que correspondería a cuatro menores de edad, sometidos a la patria potestad de una misma persona, cuyo origen es distinto, según las hipótesis analizadas en este estudio; es decir, uno nacido naturalmente dentro del matrimonio, un segundo adoptado en forma plena (extraneus), un tercero adoptado en forma simple o minus plena (pariente consanguíneo), y un cuarto producto de reproducción médicamente asistida en forma heteróloga. ¿Son todos parientes consanguíneos de los padres de quien ejerce la patria potestad sobre los cuatro? ¿Son todos parientes colaterales de los demás parientes del titular de la patria potestad?.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO Miguel y otros.- Código Civil para el Distrito Federal.- Segunda Edición.- Vol. I.- Editorial Porrúa, S. A.- México, 1998.

AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil, 11ª edición, Editorial Porrúa, 2002.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar. Derecho de Familia, 7ª edición, Editorial Oxford, México, 2000.

BIALOSTOSKY W., Sara.- Panorama del Derecho Romano, 3ª Ed. Editorial UNAM, México 1990.

BRAVO GONZÁLEZ Agustín ET AL.- Primer Curso de Derecho Romano.- 20ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 2003.

Segundo Curso de Derecho Romano.- 15ª ed.- Editorial Porrúa, S. A.- México, 2001.

CHÁVEZ ASENCIO Manuel. La familia en el Derecho. Relaciones paterno filiales, 4ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 2001.

CICU, Antonio. Derecho de Familia. 9ª edición, Editorial Depalma, S. A., Buenos Aires, 2001.

COUTO, Ricardo. Derecho Civil Mexicano, 4ª edición, Editorial La Vasconia, México, 1999.

DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. 13ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia 11ª edición, Editorial Tipográfica, Buenos Aires, 1998.

FERNÁNDEZ DE LARA R. Ma. del Pilar.- Derecho Romano I, Lecciones de Cátedra.- UNAM – Facultad de Derecho – SUA.- México, 1998.

FLORES BARROETA, Benjamín. Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil, 9ª edición, Editorial UNAM, México, 1997.

FOIGNET René.- Manual Elemental de Derecho Romano.- Trad. de Arturo Fernández Aguirre.- Editorial José Ma. Cajica Jr. Puebla, México, 1948.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 14ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

GARAY Raúl.- Revista de Derecho Notarial, No. 147 -- 150, Madrid, 1990.

GARCÍA DEL CORRAL D. Ildefonso.- Cuerpo del Derecho Civil Romano.- T. VI, Novelas Constitucionales, 3ª parte.- Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, España, 1977.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 9ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Nuevo Derecho Familiar, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino.- Diccionario de Derecho Romano, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1982.

HEINECCIO, Juan Gottl. Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta, Tomo Primero, Trad. de D. Luis de Collantes y Bustamante. 2ª Ed. Librería de Vicente Salvá, Paris, 1833.

IBARROLA, Antonio de. Segundo Curso de Derecho Civil, 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

MAZEAUD, Henry, JEAN, León. Lecciones de Derecho Civil. Familia, Vol. III, 10ª edición, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1999.

MARGADANT SPANDJAERDT Guillermo Floris.- La Segunda Vida del Derecho Romano.- 1ª Ed., Gpo. Editorial Miguel Angel Porrúa, S. A., México, 1986.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, S. A.- México, 1984 y 1990.

PADILLA SAHAGÚN Gumersindo.- Derecho Romano; 3ª Ed. Editorial McGraw Hill, S. A., México, 2004.

PÉREZ DUARTE Y N, Alicia Elena. Derecho de Familia, 2ª edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

PETIT, Eugene. Derecho Romano, 13ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1997.

PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo I, 9ª edición, Editorial Cajica, México, 2001.

ROJAS CABALLERO, Ariel, Panorama de la Historia del Derecho Mexicano, Centro Universitario México, d.e.s., A. C., México, 1998.

ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

SÁNCHEZ AZCONA, Jorge. Familia y Sociedad, 7ª edición, Editorial Joaquín Mortiz, México, 1998.

SOHM, Rodolfo, Instituciones de Derecho Privado Romano, Trad. de Wenceslao Roces, Editora Nacional, S. A., México, 1975.

TENA Ramírez, Felipe. Leyes Fundamentales de México (1808-1992). Edit. Porrúa. México, 1999.

TITO LIVIO.- Desde la Fundación de Roma.- Trad. de Agustín Millares Carlo.- Biblioteca Scriptorvm Graecorum et Romanorum Mexicana.- UNAM, México, 1998.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil. Parte Especial. Derecho de Familia, Tomo IV, 12ª edición. Editorial, Cajica, México, 2003.

VENTURA SILVA Sabino.- Derecho Romano; Curso de Derecho Privado, 16ª ed. Editorial Porrúa, S. A., México, 2000.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Editorial Sista, México, 2004.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN de fecha 28 de mayo de 1998.

GACETA OFICIAL DEL GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, del 25 de mayo de 2000.

GACETA OFICIAL DEL GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, del 9 de junio de 2004.

GACETA OFICIAL DEL GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, del 6 de septiembre de 2004.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

ENCICLOPEDIA MULTIMEDIA ENCARTA, MsEncarta, USA, 2004.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, U.N.A.M. Diccionario Jurídico Mexicano, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

OBREGÓN HEREDIA, Jorge. Diccionario de Derecho Positivo Mexicano, 2ª edición, Editorial Obregón y Heredia S.A., México, 1992.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 21ª Ed. Editorial Espasa – Calpe, Madrid, 1992.