



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309

**PREVALENCIA DE LA ADOPCIÓN
PLENA ANTE LA ADOPCIÓN SIMPLE**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:
CYNTHIA ORTIZ SILVA.

Asesor: Lic. Juan José Muñoz Ledo Rábago

Celaya, Gto.

Marzo 2009



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.

A G R A D E C I M I E N T O S

A DIOS:

Porque siempre te he agradecido de manera infinita todos y cada uno de mis logros, porque a lo largo o corto de mi vida me has llenado de bendiciones y jamás me has desamparado haciendo que mi fe en ti crezca cada vez más.

A MIS PADRES:

Elvira y Javier, que siempre han caminado a mi lado y me han brindado su incondicional apoyo, el cual hace que mis aspiraciones se multipliquen al igual que mi cariño, respeto y admiración por ellos. ¡Gracias por lo que hemos logrado!

A MIS HERMANOS:

Alan, Javier y Lety, que siempre colaboraron conmigo para el logro de mis metas. ¡Gracias!

A MI ASESOR DE TESIS:

Lic. JUAN JOSÉ MUÑOZ LEDO RÁBAGO, por su paciencia y sabiduría compartida.

A MI UNIVERSIDAD:

Por el simple hecho de ser el Alma Mater que me vio convertirme en lo que soy hoy, y el lugar donde enseñanzas y sin fin de experiencias fueron adquiridas.

A MIS MAESTROS:

A todos y cada uno de ellos por ser parte esencial de mi preparación académica, así como por todos sus conocimientos y experiencias compartidas.

PREVALENCIA DE LA ADOPCIÓN PLENA ANTE LA ADOPCIÓN SIMPLE

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA

1.1 La familia	1
1.1.1 Concepto biológico	4
1.1.2 Concepto sociológico	4
1.1.3 Concepto jurídico	5
1.2 Derecho de familia	7
1.2.1 Concepto	7
1.2.2 Contenido	9
1.2.2.1 La familia	9
1.2.2.2 El matrimonio	12
A) Evolución histórica	13
B) Etapas del matrimonio	17
C) Naturaleza jurídica	19
D) Elementos esenciales y de validez	21
E) Requisitos de fondo	22
F) Requisitos de forma	23
1.2.2.3 El parentesco	25
A) Fuentes	26
B) Clases	26
C) Líneas y grados	27
D) Efectos	27
1.2.2.4 Regímenes patrimoniales del Matrimonio	29
1.2.2.5 El Concubinato	36
1.2.2.6 El Divorcio	39
1.2.2.7 La Filiación	47
1.2.2.8 La Adopción	50
1.2.2.9 La Patria Potestad	52
A) Sujetos	54
1.2.2.10 La Emancipación	55
1.2.2.11 La Tutela	56

A) Clases de tutela	58
1.2.2.12 Sucesión legítima	65
1.2.2.13 Los Alimentos	69
1.2.3 Autonomía del derecho de familia	74
1.2.3.1 Criterio legislativo	75
1.2.3.2 Criterio científico	78
1.2.3.3 Criterio didáctico	79
1.2.3.4 Criterio jurisdiccional	80
1.2.4 Fines del derecho de familia	82
1.2.5 Sujetos del derecho de familia	83
1.2.6 Objetos del derecho de familia	86
1.2.7 Fuentes del derecho de familia	88
1.2.8 Consecuencias del derecho familiar	90
1.2.9 Relaciones jurídicas del derecho familiar	93

CAPÍTULO II

EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN

2.1 Concepto de parentesco	97
2.2 Fuentes	98
2.3 Clases	99
2.3.1 Parentesco consanguíneo	100
2.3.2 Parentesco por afinidad	101
2.3.3 Parentesco Civil	103
2.4 Líneas y grados	103
2.5 Efectos	106
2.5.1 Efectos personales	107
2.5.2 Efectos pecuniarios	108
2.6 Concepto de filiación	109
2.7 Noción natural	110
2.8 Noción jurídica	110
2.9 La filiación legítima o matrimonial	112
2.10 Filiación natural	115
2.11 Filiación legitimada	116
2.12 Filiación adoptiva	117

CAPÍTULO III

LOS ALIMENTOS Y LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

3.1 Concepto jurídico de alimentos	118
3.2 Contenido de los alimentos	119
3.3 Fundamentación de los alimentos	119
3.4 Concepto de obligación alimentaria	121
3.4.1 Características de la obligación alimentaria	121
3.5 Fuentes de la obligación alimentaria	125
3.6 Sujetos de la obligación alimentaria	125
3.7 Formas de cumplimiento de la obligación alimentaria	127
3.8 Formas de Garantizar la obligación alimentaria	127
3.9 Causas de terminación de la obligación alimentaria	129

CAPÍTULO IV

LA PATRIA POTESTAD

4.1 Evolución Histórica	131
4.1.1 Derechos sobre la persona	134
4.1.2 Derechos sobre los bienes	134
4.1.3 Diferencias entre la institución romana y la actual	135
4.2 Concepto	137
4.2.1 Fuentes	140
4.3 Sujetos	140
4.4 Efectos	142
4.4.1 En relación con la persona del menor	142
4.4.2 En relación con los bienes del menor	143
4.4.3 Intervención judicial	145
4.5 Suspensión, pérdida y extinción	147
4.6 Emancipación	151
4.6.1 Su origen	153
4.7 Mayoría de edad	156

CAPÍTULO V

LA ADOPCIÓN

5.1 Antecedentes históricos	159
5.2 Concepto	162
5.3 Naturaleza jurídica	164
5.4 La adopción en México	167
5.5 Requisitos	172
5.6 Quienes tienen derecho a adoptar	174
5.7 Quienes pueden ser adoptados	175
5.8 Consentimiento	175
5.9 Efectos	176
5.10 Procedimiento	177
5.11 Adopción plena	180
5.12 Adopción simple	181
5.13 Adopción internacional	182
5.14 Terminación	184
5.14.1 Impugnación	184
5.14.2 Revocación	185
5.15 Prevalencia de la adopción plena ante la adopción simple	187

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Dada la naturaleza social del ser humano, desde sus inicios siempre buscó unirse a otros individuos, dando origen así a las primeras agrupaciones que antes de convertirse en sociedades fueron consideradas familias. De aquí que desde tiempos remotos la familia haya jugado un papel sumamente importante, pues además de servir como antecedente de las primeras sociedades, hoy en día es vista como base y núcleo de las mismas.

Es lógico que al agruparse unos individuos con otros y al convivir a la vez unos grupos con otros surgieran diferencias, por lo que de inmediato se hizo necesario establecer reglas que permitieran la convivencia entre estas agrupaciones, teniendo así los primeros antecedentes de lo que actualmente conocemos como Derecho.

Si bien, podemos entender al Derecho como un conjunto de normas jurídicas que regulan la vida en sociedad, debemos procurar que estas sean lo más apegado a la realidad de la vida cotidiana, y asimismo, que siempre protejan los intereses comunes de los individuos que la conforman.

Por otra parte, es en la familia donde el individuo tiene su primera escuela, donde adquiere sus primeras enseñanzas y por tanto donde alcanzan su pleno desarrollo físico, psíquico y social, por lo anterior es de saberse que si pretendemos contar con sociedades sanas, aquellas familias en las que se desarrollen los individuos formadores de éstas por lógica tienen que ser igualmente sanas y esto únicamente lo podremos lograr con auxilio del Derecho, ya que este a través de su rama conocida como Derecho Familiar regirá las relaciones que se establezcan entre los miembros del grupo familiar y entre estos con terceros; así como la constitución, organización, vida y disolución de la familia.

En base a lo anterior, debemos ambicionar que el Derecho atienda de la mejor manera los intereses de los miembros del conglomerado familiar, pues no tendrían lugar nuestras pretensiones si éste en lugar de auxiliar las relaciones familiares y a los miembros que las desempeñan; contrariara la seguridad jurídica de éstos; tal como sucede en algunas figuras previstas en ley que a la vista son confusas y contradictorias a las disposiciones establecidas por nuestra Carta Magna.

Ejemplo de lo anterior es la adopción simple, para la cual en parte se ha desarrollado este trabajo, ya que pretende mostrar los menoscabos que ésta figura origina en los menores de edad o incapaces que son adoptados, y que de acuerdo a los objetivos de la adopción se pretende proteger; finalidad que se ve truncada dados los efectos limitados de esta figura.

A la par de la adopción simple se encuentra la adopción plena, misma que se desarrolla en este estudio como la mejor opción para adoptar; pues al contrario de la primera, este tipo de adopción sí es generadora de parentesco entre el adoptado y los demás familiares de su o sus adoptantes, el adoptado si llega a formar parte integral de la nueva familia de su adoptante, asimismo, los derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado y de este con los demás familiares de su adoptante son los mismo que se generan entre un padre y un hijo biológico, entre un nieto y un abuelo, entre tío y un sobrino.

Es así como esta figura que cuenta con destacadas ventajas se plantea en este estudio merecedora de prevalecer sobre la adopción simple, ya que aunado a lo anterior, brinda mayor seguridad jurídica al menor de edad o incapaz que se pretende adoptar, y tomando en cuenta que para que un individuo alcance su sano e integral desarrollo necesita desenvolverse en una familia donde encuentre apoyo, cariño y seguridad, una opción para

lograrlo es establecer como único tipo de adopción la adopción plena, pues a través de esta se logrará que el individuo crezca feliz y en ningún momento se sienta en desventaja por saberse en calidad de adoptado o por los efectos limitados que arrastra la adopción simple.

Finalmente, y basado en las anteriores consideraciones, este trabajo plantea la posibilidad de derogar de nuestra ley sustantiva vigente la figura de la adopción simple y por tanto de prevalecer en ella la adopción plena, logrando así que esta figura cumpla sus reales objetivos y no sirva más como un medio para que personas con infinidad de objetivos contrarios a la protección de menores adopten a seres indefensos que no tendrán la posibilidad de crecer rodeados del cariño y protección de una familia.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA

1.1 LA FAMILIA

De acuerdo a la opinión más general, la palabra familia procede de la voz “famulia”, por derivación de famulus, que a su vez procede del osco “famel”, que significa siervo, y más remotamente del sanscrito “vama”, hogar o habitación, significando por consiguiente, “el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa”.¹

De esta manera, se entiende que la familia es el más natural y antiguo de los núcleos sociales; pues enlaza organizaciones antiguas. La familia era la sociedad total y única organizada, es decir, la esfera social en la que el hombre realizaba el derecho.

Familia, es el agregado social constituido por personas ligadas en virtud del lazo natural o civil que los une, es decir, por el parentesco.

Por su parte, Sánchez Román afirma que “familia”, es expresión de un estado social que debe calificarse de familiar, y aún se dice doméstico, dentro del cual se desenvuelven diversas relaciones que lo integran:

¹ CASTAN TOBEÑAS JOSE, citado por Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. ed. 2da. Ed. Porrúa S.A. México, 1992. p. 207

relaciones patrimoniales entre padres e hijos; y, en sentido lato, relaciones de parentesco entre las personas que proceden de un origen familia común, más o menos remoto.²

La familia considerada como organismo social que es fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia y la cooperación, no se haya regulado exclusivamente por el derecho, pues en ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que señalarlo como un organismo jurídico, señala Roberto B. Ruggiero, la familia es un organismo ético, ya que de la ética proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándoseles, a veces, y transformándolos en preceptos jurídicos, lo que explica el fenómeno peculiar en el derecho de familia.

Por los tratadistas de nuestros tiempos, la familia es considerada como una institución esencialmente ética, colocada bajo el imperio del derecho para su protección. El derecho en este caso, acude en ayuda de la moral, para hacerla eficaz en sus aplicaciones prácticas.

² SANCHEZ ROMAN, citado por De Pina Rafael. Derecho Civil Mexicano. ed. Décimo novena. Ed. Porrúa, S.A. México 1995. p. 302

El ámbito de familia moderna es más reducido que el que tuvo en la antigüedad, pues, en sentido estricto, no comprende actualmente sino el conjunto de los parientes que viven en el mismo hogar, si bien, en un sentido más amplio, comprende aún a los más remotos.

Por otra parte, el término familia ha sido señalado por algunos autores como el elemento económico que crea la base de la seguridad material del individuo, a través de sus distintas etapas de desarrollo, originalmente en el seno de la familia en la cual nace y posteriormente en el de la familia que erige.

Así, la familia se constituye en una institución que ha sido definida de distintas maneras, pues se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social o como el medio en que el individuo logra su desarrollo físico, psíquico y social.

De esta manera, podemos darnos cuenta que el término familia tiene diversas acepciones, ya que su significado dependerá del ángulo en el cual se coloquen los estudiosos para reflexionar sobre ella como institución y así conocerla. En este sentido, el concepto de familia no es el mismo si está enfocado desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de su evolución histórica, o bien en razón de sus efectos, entendidos éstos como derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros.

1.1.1 CONCEPTO BIOLÓGICO

Dentro de este enfoque, deberá entenderse a la familia como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación.

La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos individuos que por descender unos de los otros, o de un progenitor común, crean entre sí lazos de sangre.

1.1.2 CONCEPTO SOCIOLÓGICO

Esta segunda perspectiva nos enfrenta a un concepto cambiante en el tiempo y el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de distintas maneras a través de las diversas épocas y lugares.

La organización de las llamadas sociedades industriales, corresponde a la estructura de la denominada “familia nuclear”, compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. Estos, al unirse con los miembros de otras familias, crean una nueva y, aunque vivan separadas, se encuentran engranadas en redes alargadas de familiares por diversas partes. Es por ello, que existe la posibilidad de que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así,

la denominada “familia en sentido extenso”, sin embargo, los integrantes de este tipo de familia no siempre estuvieron unidos por vínculos de sangre o matrimonio.

Es por ello que los conceptos biológico y sociológico de familia no siempre coincidan, puesto que el primero la define como la institución formada por el padre, la madre y los hijos de ambos, más en otras ocasiones, los parientes lejanos que se les agregaban.

En cambio, el concepto sociológico la considera como la “institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos a ellos tanto por intereses económicos, religiosos o de ayuda”.³

1.1.3 CONCEPTO JURÍDICO

Este concepto atiende a las relaciones que se derivan del matrimonio y de la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y obligaciones entre sus miembros.

³ BAQUEIRO ROJAS EDGAR, BUEN ROSTRO BAEZ ROSALIA. Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Harla. México D.F., 1990. p. 8

Es así como desde la perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se crean derechos y deberes recíprocos, constituyendo también parte de la familia sus descendientes, aunque faltaren los progenitores. Sin embargo, no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidas por la ley hasta determinado grado o distancia.

No obstante que el concepto jurídico se basa en los concepto biológico y sociológico, en nuestro derecho el concepto jurídico de familia sólo la considera a partir de la pareja, sus ascendientes y descendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. Es por esta razón que familia desde su concepto jurídico responde al “grupo constituido por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre, matrimonio o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes otorga derechos jurídicos”.⁴

De aquí que, atendiendo exclusivamente a los derechos y deberes que crea y reconoce la ley, la unión de la pareja y la descendencia extramatrimonial no siempre son familia desde el punto de vista jurídico, para

⁴ IBIDEM p. 9

que lo sean se requiere de la permanencia de la relación como es el caso del concubinato y, del reconocimiento de los hijos.

1.2 DERECHO DE FAMILIA

1.2.1 CONCEPTO

Integrando los conceptos familia y derecho entendemos que el derecho de familia se refiere a la parte del derecho civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar; por lo que “derecho de familia” se define como la “regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio, el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación”.

Derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones que se establecen entre los miembros del grupo familiar. Dichas normas no sólo rigen las relaciones entre parientes, sino que protegen a la familia como tal, otorgándole las prerrogativas a que es acreedora.

Por su parte, Julián Bonnecase considera al derecho de familia como: “El conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo

objeto exclusivo, principal accesorio o indirecto es prescindir la organización, vida y disolución de la familia”.

El derecho de familia también puede ser definido como el complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros, o bien, como la rama del derecho civil relativo al conjunto de normas jurídicas que rigen la formación, funcionamiento y efectos de las relaciones familiares, así con su disolución y la sucesión hereditaria entre las personas.

Según Clemente de Diego, el derecho de familia puede entenderse en sentido objetivo y en sentido subjetivo, y al respecto afirma: “El derecho de familia en sentido subjetivo es el derecho que a la familia toca desenvolver en la vida; en sentido objetivo es el conjunto de reglas que presiden la constitución, existencia y disolución de la familia”.

1.2.2 CONTENIDO

1.2.2.1 LA FAMILIA

En sentido amplio, la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere. Esta noción por su propia vaguedad y su amplitud, no tiene efectos jurídicos.

La palabra familia tiene una connotación más restringida a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de estos.

En opinión de Federico Hengels, el proceso evolutivo de la familia en la historia primitiva consiste en estrecharse constantemente el círculo en el cual reina la comunidad conyugal entre los dos sexos y que su origen abarca la tribu entera. Milenios después de la aparición de la tribu y más tarde de la “gens”, encontramos un principio de organización rudimentaria que rige la costumbre de los integrantes y constituye el germen de la familia primitiva, que dota al grupo social así constituido de una estructura y solidez partiendo de la idea del “Tótem” o antepasado común de los miembros del grupo de donde se originó el concepto de parentesco, acompañado de un conjunto de prohibiciones (tabú) entre los cuales se encontraba la prohibición de la unión

conyugal entre los varones y las mujeres de la misma tribu, por considerar que descendían de un mismo animal totémico.

El apareamiento debía efectuarse ya por rapto, por compra entre los varones miembros de una tribu y las mujeres pertenecientes a la otra.

De tal forma que como dato fundamental, la creación de la costumbre sobre el contacto y encuentro sexual por medio del matrimonio y la relación de los progenitores con la prole, para formar el vínculo jurídico de la filiación y la constitución de la familia consanguínea.

El orden familiar encuentra su fundamento y su razón en la concepción de la vida, como se desprende de estos hechos elementales a saber, el instinto sexual y perpetuación de la especie, como efecto que se presenta de la unión conyugal.

La familia en su forma evolucionada se ha presentado unida a la institución del matrimonio que atribuye estabilidad al grupo formado como consecuencia de la unión entre el hombre y la mujer, aunque no se niega la posibilidad de que como hecho existe y ha existido la familia fuera del matrimonio. En este caso se trata de un grupo familiar constituido de manera irregular, fundada en la filiación, esto es, en las relaciones jurídicas entre

padres e hijos sin que desde el punto de vista del derecho surjan relaciones familiares de los progenitores entre sí.

De aquí que podamos concluir que la familia está constituida por el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común, y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tienen como fuente el matrimonio y la filiación matrimonial y extramatrimonial.

La familia es el conjunto de personas en sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o de un tronco común, sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).

Moralmente, la familia como elemento intermedio entre el individuo y el estado protege a sus miembros y contribuye o cuando menos permite el desarrollo de quienes la componen. Su valor afectivo es esencial para realizar el derecho del hombre a la felicidad.⁵

Los vínculos que unen entre sí a los miembros de un determinado grupo familiar forman el parentesco, del cual se derivan derechos y obligaciones muy importantes. El parentesco forma por así decirlo, la línea que acota o limita la aplicación de las normas jurídicas relativas al derecho

⁵ PEREZ VICTOR. El Nuevo Derecho de Familia en Costa Rica. Ed. Universidad de Costa Rica, 1976 p.p. 7 y 8

de familia. El conjunto de esos vínculos jurídicos que se desarrollan alrededor del concepto institucional de familia, constituyen lo que se denomina estado civil de las personas.

La familia moderna está formada por los progenitores y su prole, el padre, la madre, los hijos, los nietos que habitan con ellos. Fuera de este grupo ya no subsiste por lo menos con el mismo rigor, el antiguo lazo de familia extensa. La familia moderna se caracteriza por ser una institución fundamental fundada en una relación sexual, suficientemente precisa y duradera que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos.

La voluntad libre es la que forma la familia y en ella el interés particular está sobre el interés colectivo, es la esfera de la máxima intimidad, y por tanto su estudio corresponde al derecho privado.

1.2.2.2 EL MATRIMONIO

El matrimonio constituye uno de los temas del derecho civil que figuran entre aquellos a los cuales se ha dedicado una atención más constante, la trascendencia que esta institución representa, no sólo en el orden jurídico, sino igualmente en el moral y en el social, explica sin duda

que los juristas, los moralistas y los sociólogos, hayan hecho tantos esfuerzos para estudiar y esclarecer los múltiples problemas que con ella se relacionan.

Por esta razón, es preciso mencionar que el matrimonio es la forma regular de la constitución de la familia.

A) EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En Roma el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos, de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la de un estado de vida de la pareja al que el estado otorgaba determinados efectos.

En un principio, no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio, ya que únicamente era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja.

Si bien es cierto que la celebración a propósito del acto era frecuente, ésta revestía carácter religioso no jurídico. Con ella comenzaba el nuevo estado, aunque tal ceremonia tampoco fuera indispensable; de aquí que hubiera varias formas de iniciar el matrimonio: desde la ceremonia de la

confarreatio y la *coemptio*, hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido, o la ausencia total de formalidades en el matrimonio por *usus*.

En la sociedad romana, debido al interés religioso y político que entrañaba la familia, resultaba de suma importancia la conservación de esta a través de la institución del matrimonio, cuyo fin primordial era la conservación de hijos.

Se llama así *iustae nuptiae* o *iustum matrimonium*, a la unión conyugal monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del derecho civil romano.

El matrimonio está constituido por dos elementos; uno objetivo, consistente en la convivencia del hombre y la mujer y otro de carácter subjetivo que consiste en la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer, elemento llamado *affectio maritales*.

La *affectio maritales* se exterioriza por el *honor matrimonii*, esto es, el trato que los esposos se dispensan en público, muy especialmente el que el marido da a la mujer, quien debe compartir el rango social de aquel y gozar de la dignidad de esposa.

Así también en la época romana el matrimonio no tenía fuerza obligatoria, el divorcio era libre y tenía lugar sin causa determinada. Existía el

llamado “*repudium*”, por el cual, la sola voluntad de uno de los cónyuges era suficiente para disolver el vínculo. El gran hecho histórico que dio estabilidad al matrimonio, haciéndolo indisoluble al elevarlo a la categoría de sacramento, fue el Cristianismo.

Con el Cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la iglesia y el registro de la ceremonia en actas parroquiales, con lo que el matrimonio adquiere una forma determinada de celebración, que permitió distinguir claramente la unión matrimonial de otras uniones como el concubinato. No obstante que la celebración se hizo indispensable para que hubiera matrimonio como lo establecía el Concilio de Trento, la iglesia siguió distinguiendo el simple matrimonio celebrado (*rato*) del matrimonio consumado por la unión real de los cónyuges. Así se daba el caso de que no obstante haberse celebrado el matrimonio, no hubiera tal por no existir la relación sexual, circunstancia que los colocaba como matrimonio *ratum vel no consumatum*.

Carlo Jemolo, por su parte, hace una distinción entre matrimonios constituidos y matrimonios celebrados. Para él, los matrimonios constituidos son las uniones que conforman un género de vida, independientemente de ser precedidos o no por una ceremonia y serán matrimonios celebrados, las uniones precedidas por ceremonias creadoras del vínculo, sin que sea

necesario para que existan los deberes y derechos consiguientes, que a la celebración siga una relación carnal en la pareja o en estado de convivencia.⁶

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

En tiempos recientes, se ha tratado de retornar al tipo de matrimonio constituido. Así lo reglamentan, entre otros, Cuba, algunos estados de América, Tamaulipas y México con el llamado matrimonio por comportamiento; que no es otra cosa que reconocer los mismos efectos al concubinato que al matrimonio.

Retomando el sistema romano, los esponsales "*sponsalias*", se distinguían claramente del matrimonio en el derecho romano clásico; pero es probable que en su origen representasen el elemento consensual del matrimonio, el compromiso de tomarse por marido y mujer, y que la "*deductio puellas*" no fuese sino la ejecución de este contrato, que se componía así de dos actos sucesivos, el compromiso y la consumación del matrimonio.

Por esponsales, puede entenderse el periodo de convivencia entre los futuros contrayentes, conocido con el nombre de noviazgo, considerando que

⁶ IBIDEM Op. Cit. Supra (3). p. 37

al formalizarse la relación que éste implica, ambos se entenderán comprometidos a celebrar un próximo matrimonio.

B) ETAPAS DEL MATRIMONIO

Prematrimonial.- Lo que es el noviazgo, prevista en la regulación de los esponsales, es decir, el compromiso de celebrar el matrimonio a futuro.

Periodo en el que pueden presentarse impedimentos que obstaculicen en noviazgo de modo que no se celebre el compromiso de los esponsales y menos el matrimonio.

La celebración propia del acto.- Es el momento del nacimiento del acto jurídico para lo cual se requiere de diferentes manifestaciones de voluntad, cumplimentando sus requisitos de existencia y validez, como sería la voluntad de los contrayentes, la del juez del registro civil, la de los testigos y en caso de matrimonio de menores, la de sus padres o tutores.

La etapa del estado matrimonial.- Periodo que resulta de la celebración del acto y constituye toda una forma de vida que se encuentra regulada no sólo por el derecho sino por la moral, la religión y la costumbre. Es a esta situación jurídica, general y permanente que puede darse la

denominación de institución creadora de constantes derechos y deberes, aplicable a los cónyuges, parientes y descendientes, independientemente de su aceptación y reconocimiento como tales e incluso de su conocimiento. Esta etapa del matrimonio acaba con el divorcio o con la muerte.

La familia ha sido considerada como la célula social, ahora bien la familia se origina en el matrimonio, de ahí que la duración y estabilidad de ésta, dependan de la estabilidad del matrimonio. Si la unión del varón y la mujer es permanente, la familia podrá llenar las funciones sociales que le están reservadas, de lo contrario, será imposible que dichas funciones puedan ser cumplidas.

El matrimonio, es un acto jurídico complejo estatal que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer, y para atender a su definición, es necesario tomar en cuenta sus dos acepciones:

1.- Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.

2.- Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.⁷

C) NATURALEZA JURÍDICA

Arribar la naturaleza jurídica del matrimonio implica la revisión de diversos conceptos a él vinculados, como la voluntad de los contratantes y los diversos momentos y hechos históricos que van determinándolo en el tiempo y conforman la explicación sobre su naturaleza jurídica.

En los casos de matrimonios celebrados, el papel de voluntad de los contrayentes ha sido determinante; no así en otros sistemas, ajenos al nuestro, en los que se dan casos como los de los matrimonios por venta de la mujer, por raptó y cuerdo de los progenitores.

Es derivado de lo anterior que debemos concluir: “el matrimonio es un acuerdo de voluntades”, por ende, constituye un contrato.

El concepto de matrimonio como contrato tiene una larga tradición doctrinal y cuenta con defensores como Marcel Planiol, quien lo define como

⁷ IBIDEM. p. 39

“la unión sexual del hombre y la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley y de sacramento por la religión”.

Al contrario, León Duguit por su parte sostiene que el matrimonio constituye un acto jurídico condición; es acto jurídico porque es una declaración de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos. Es condición en tanto resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos y deberes que no deben ser alterados por las partes.

Igualmente, Antonio Cicu manifiesta que el matrimonio no es un contrato, y que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea, sino que se requiere además que éste sea declarado por el oficial del registro civil. Así, concluye: El matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del Estado.

Houriou y Bonnacase sostienen que es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración.

Matrimonio considerado como contrato de adhesión.- como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa

de las características principales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos a aquellos que imperativamente determina la ley. En los contratos de adhesión la situación es semejante, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra sin posibilidad de variar los términos de la misma.

Matrimonio como estado jurídico.- El matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico celebrado por las partes en unión del oficio del registro civil, pues a la vez constituye una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración; constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos situación jurídica permanente originando consecuencias constantes por aplicación del estatuto sentado durante la vida matrimonial.

D) ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ

Como todo acto jurídico, el matrimonio requiere tanto de elementos esenciales como de validez.

a) Elementos esenciales

- Manifestación de voluntad
- Objeto

b) Elementos de validez

- Capacidad
- Ausencia de vicios en la voluntad
- Formalidades
- Licitud del objeto, fin o condición del acto

E) REQUISITOS DE FONDO

Los requisitos de fondo son aquellas características que afectan a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de realizar un matrimonio válido.

Estos son:

- 1) Diferencia de sexo
- 2) Pubertad legal
- 3) Consentimiento de los contrayentes
- 4) Autorización familiar o suplencia por la autoridad judicial o administrativa
- 5) Ausencia de impedimentos

F) REQUISITOS DE FORMA

Los requisitos de forma se dividen en previos y concomitantes, ambos constituyen el conjunto de formalidades que hacen que el matrimonio como acto jurídico se tenga por celebrado validamente.

Previos:

- 1) Solicitud que los interesados deberán presentar ante el juez del registro civil, misma en la que manifestarán tanto sus nombres, edad,

domicilio y ocupación como la de sus padres y asimismo, que no tiene impedimentos para casarse y que es su voluntad unirse en matrimonio.

2) Acta de nacimiento

3) Autorización de los padres en caso de que alguno de los contrayentes sea menor de edad.

4) Acta de nulidad, divorcio o muerte

5) Certificado de dispensa

6) Capitulaciones matrimoniales

7) Certificado de salud

Concomitantes: Estos se dividirán en orales y escritos.

a) Orales:

1) Ratificación de la solicitud

2) Lectura de los documentos

3) Identificación por testigos

4) Pregunta de la voluntad de los contrayentes

5) Declaración del matrimonio por el Juez

b) Escritos:

- 1) Acta por triplicado en formas especiales
- 2) Firma del Juez, contrayentes y testigos
- 3) Huella digital de contrayentes

1.2.2.3 EL PARENTESCO

El parentesco como estado jurídico implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones tanto entre los miembros de la relación como respecto de terceros.

Se llama parentesco al vínculo jurídico que liga a varias personas entre si, ya sea por proceder unas de otras o por creación de la ley.

De lo anterior que al parentesco se le defina como un estado jurídico, esto es, como la relación jurídica permanente, general y abstracta que nace del matrimonio, de la filiación o de la adopción.

A) FUENTES

Los tres hechos únicos que originan a las relaciones de parentesco son la unión de los sexos mediante el matrimonio, la procreación a partir de la filiación y el hecho civil encaminado a suplir al fenómeno biológico de la procreación, la adopción. De aquí que estas tres grandes fuentes según nuestra legislación sean las únicas que pueden constituir al parentesco.

B) CLASES

Según lo determina el Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato en su artículo 346, la ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y civil.

a) Parentesco consanguíneo.- Aquel que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

b) Parentesco por afinidad.- Es aquel que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes consanguíneos de la mujer y entre la mujer y los parientes consanguíneos del hombre.

c) Parentesco civil.- Este parentesco nace de la adopción simple y de la plena. En el primer caso únicamente existe entre adoptante y adoptado, en el segundo el parentesco confiere los mismos derechos y obligaciones

que los derivados del parentesco consanguíneo. Es este caso se supe el hecho biológico de la procreación.

C) LÍNEAS Y GRADOS

La ley establece líneas y grados para determinar la cercanía del parentesco.

Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.

La línea puede ser recta o transversal. La recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras, pudiendo ser ésta ascendente o descendente según el punto de partida; mientras que la transversal se compone de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.

D) EFECTOS

La cercanía o lejanía del parentesco determina la intensidad de sus efectos, estos, se agrupan en personales y pecuniarios.

Personales:

a) El de asistencia, se refiere al deber de ayuda y socorro, cuya manifestación más clara es la obligación de proporcionarse alimentos, así como la patria potestad, y la tutela.

b) Los matrimoniales, que constituyen impedimento para celebrar, matrimonio entre parientes.

En línea recta, tanto consanguínea como por afinidad, el impedimento, matrimonial entre parientes se extiende a todos los grados: padres e hijos, suegro (a), nuera y yerno.

En línea transversal o colateral, el impedimento matrimonial sólo existe en el parentesco consanguíneo y se extiende hasta el tercer grado tíos y sobrinos, aún cuando este grado sea dispensable. No ocurre así en el segundo grado hermanos aunque únicamente lo sean por un progenitor.⁸

En el parentesco civil, por adopción, también existe el impedimento matrimonial entre adoptante y adoptado. En este caso dicho impedimento puede eludirse poniendo fin a la adopción.

⁸ IBIDEM p. 23

Pecuniarios:

a) Los hereditarios en lo que se refiere al derecho de sucesión legítima generada sólo en el parentesco consanguíneo y civil.

Al respecto, es de suma importancia señalar que en el parentesco los efectos no se extienden más allá del cuarto grado en línea colateral, por lo que la obligación de darse alimentos y el derecho de sucesión sólo subsisten hasta dicho grado.

Por lo que hace a la tutela legítima a falta de cónyuge o tutor testamentario, los parientes serán quienes ocupen el cargo de tutores de aquellos incapacitados.

1.2.2.4 REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Por régimen patrimonial del matrimonio debemos entender el conjunto de normas que regulan todos los asuntos pecuniarios, propiedad, administración y disposición de los bienes de los cónyuges, así como los derechos y obligaciones que al respecto se generan entre ellos y entre los cónyuges y terceros, tanto al momento de celebrarse el matrimonio, mientras dure y cuando llegare a disolverse.

Por otra parte se define como: “ Organización económica de la universalidad de bienes, derechos y obligaciones que regirán al matrimonio en el momento de su celebración y mientras dure”.⁹

Los regímenes o sistemas patrimoniales del matrimonio se han clasificado en atención a dos criterios:

- a) La voluntad de los contrayentes y
- b) La situación de los patrimonios de los contrayentes.

De acuerdo a la voluntad de los contrayentes, los regímenes se subclasifican en: Voluntarios, forzosos y predeterminados por el ordenamiento jurídico.

a) Voluntarios.- Se caracterizan por dejar a la libre determinación de los esposos la forma de regir sus bienes durante el matrimonio, ya que estableciendo las reglas que juzguen pertinentes, ya modificando las establecidas por la ley.

b) Forzosos.- Aquí, la ley es la que fija, sin opción a elegir, el régimen a que deben estar sujetos los bienes del matrimonio.

c) Predeterminados.- Estos permiten que los esposos puedan optar por alguno de los sistemas establecidos por la ley y, en caso de que

⁹ IBIDEM p. 36

ellos no lo hicieran, la ley suple su voluntad, señalando el régimen a que deberán quedar sujetos.

De acuerdo a la opinión de calificados tratadistas, el sistema voluntario es el aceptado en Italia y España, pues los esposos pueden modificar con toda libertad los regímenes establecidos por la ley, conviniendo las modalidades que a sus intereses beneficie.

En ambo países, el sistema se complementa con un régimen supletorio, en caso de que las partes omitan el convenio.

En México, éste criterio podría ser aplicable en lo que se refiere a voluntad de los esposos, pues aún cuando se predeterminan los sistemas de sociedad conyugal y separación de bienes, se faculta a los cónyuges a pactar respecto de los bienes presentes y futuros, los frutos y los productos de trabajo.

De acuerdo a la situación de los patrimonios de los contrayentes, históricamente se han presentado las siguientes posibilidades:

a) Absorción del patrimonio de uno de los contrayentes por el otro.- Este tipo se caracteriza porque dos patrimonios pasan a formar uno solo; por ejemplo, el caso del matrimonio romano *cun manus*, en que el

patrimonio de a mujer sui iuris pasaba a formar parte del patrimonio del esposo o del *pater familias*.

b) Comunidad absoluta.- Aquí los patrimonios de ambos esposos se funden en uno solo, que pertenecen a los dos, y la administración corresponde a uno de ellos, generalmente al varón.

Por ejemplo, en la sociedad conyugal en la que al principio se establece una masa común de bienes pertenecientes a ambos y que puede ser administrada por cualquiera de los cónyuges, ambos son propietarios de ella y a esa sociedad entra todo lo que los esposo obtengan por cualquier concepto; forma parte de esa masa los bienes que los contrayentes poseían antes de la celebración del matrimonio.

c) Separación absoluta.- Donde cada cónyuge conserva la propiedad, administración y disfrute de sus propio bienes; los patrimonios son dos e independientes, tanto en bienes como en deudas; en este caso se da el régimen de bienes separados, en el que cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que tiene y de los que adquiera a título persona aún durante el matrimonio.

d) Mixtos.- Este tipo se caracteriza por la presencia de bienes que pertenecen a cada esposo y simultáneamente por la existencia de bienes comunes.

Otros sistemas clasificados como mixtos son:

1) La dote (sistema dotal) que consistía en que la esposa o algún tercero a nombre de ella, generalmente sus padres; entreguen al marido determinados bienes sujetos a un régimen peculiar, pues no son de ninguno de los dos: normalmente no pueden disponer de ellos, son inalienables e inembargables; su administración corresponde al esposo y los frutos deben usarse para atender a los gastos del matrimonio; al terminar el matrimonio el esposo debe devolverlos a quien haya constituido la dote o a sus herederos. La devolución se garantiza con todos los bienes del marido; la mujer que tiene bienes propios no dados en dote, conserva su propiedad, aunque en ocasiones la administración corresponde al marido. A estos bienes se les llama parafernales. Este sistema que aún subsiste en España, Francia, Italia y varios países latinoamericanos, se encontró vigente en México hasta la Ley de Relaciones Familiares.

2) Las arras o “dote goda”.- Consistían en la entrega que el futuro esposo hacía a su prometida, de un determinado bien, en garantía de que el matrimonio se celebraría; además, premiaba la integridad virginal de la contrayente. En caso de que el matrimonio no fuera celebrado por culpa de la mujer o si celebrado, ella cometía adulterio o abandonaba al marido , debía devolver las arras. Institución de origen germano, también tiene como

acepción la de garantía de que se cumplirá un contrato. Por su naturaleza, las arras constituyen una donación *propter nuptias*. Actualmente han sido sustituidas por las donaciones entre consortes, sin embargo, bajo diversos nombres, este sistema de arras todavía se conserva en el derecho foral español, especialmente en Aragón, Navarra y Vizcaya.

3) Sociedad de ganancia o gananciales.- Se conserva la propiedad de los bienes que cada uno de los cónyuges tenía al momento de celebrarse el matrimonio, pero los productos, frutos, accesorios y el producto del trabajo de ambos, sus ahorros y adquisiciones durante el matrimonio, formaban un patrimonio aparte, que les pertenecía a los dos; estos bienes era afectados para satisfacer las necesidades del hogar y sólo se asignaban a cada uno al momento de la disolución del matrimonio; régimen que se adoptó en el código civil de 1884, como régimen supletorio de la voluntad de los contrayentes fue derogado por la Ley de Relaciones Familiares.

Por medio del “contrato” de matrimonio o capitulaciones matrimoniales, que deben acompañar a la solicitud de matrimonio, los contrayentes regula la situación de sus bienes, desde el momento en que el matrimonio se celebra, pues en ella se establece el régimen patrimonial que habrá de regir en el estado matrimonial y aún la disolución de este. Las

capitulaciones deberán ratificarse con la celebración del acto propio del matrimonio.

Por capitulaciones matrimoniales deberá entenderse según el Código Civil para el Estado de Guanajuato: “Los pactos que se celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso”.

Las capitulaciones matrimoniales podrán ser otorgadas antes de la celebración del matrimonio o durante él, y pueden comprender no solamente los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también lo que adquieran después.

Algunos juristas afirman que las capitulaciones matrimoniales son un convenio accesorio al matrimonio, pues sólo pueden existir como consecuencias de éste, lo cual significa que están sujetas a la condición de que el matrimonio se celebre; por lo que, sino llegara a celebrarse no surtirán ningún efecto.

Nuestra ley sustantiva civil señala que el matrimonio podrá ser celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes.

Y en caso de que los contrayentes no expresen su voluntad en ningún sentido, se entenderá que se casan bajo el régimen de separación de bienes.

1.2.2.5 EL CONCUBINATO

El matrimonio es el acto y estado jurídico reconocido por el derecho como generador de efectos respecto de la pareja, los hijos y los parientes, sin embargo, al lado de esta unión existen otras uniones más o menos permanentes que se le asemejan, no obstante, el derecho no les ha concedido efectos, o bien, se los ha otorgado de manera muy limitada, ejemplo de esto es el concubinato, por el cual se entiende, la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales.

Así, junto al matrimonio de derecho, la ley mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho, o concubinato, que se define como la unión libre y duradera del hombre y la mujer, sin la formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio.

Concubinato es, la unión del hombre y la mujer, semejante al matrimonio, pero sin la celebración ante la autoridad pública, constituye un

hecho jurídico al que el derecho otorga efectos con la independencia de la voluntad de los protagonistas.

La denominación concubinato nace en el derecho romano para designar la unión de una pareja cuyos miembros viven como esposos, pero que por falta del *connubium* o debido a consideraciones políticas no podían o no querían celebrar nupcias.

En el derecho romano al concubinato se le reconocieron efectos sucesorios para la con la concubina y los hijos de tal unión. Estos nacían *sui juris*, ya que el concubinato no creaba parentesco con el padre.

En el derecho canónico se desconoce todo efecto al concubinato, (excepto para con los hijos a los que mejora en su situación en relación con el padre) y se le declara pecaminoso, para este derecho, sólo producía efectos la unión celebrada ante la iglesia.

Es por ello que podría aseverarse que más que un problema jurídico o de regulación técnica, es meramente una cuestión de orden moral.

En México, el Código Civil para el Distrito Federal comenzó a reconocer ciertos efectos al concubinato, sin embargo, estos siempre fueron menores a los del matrimonio y solamente respecto de la mujer y los hijos.

Actualmente, el concubinato se ha equiparado al matrimonio y se le conceden al varón los mismos derechos que a la mujer.

Dichos efectos son:

- a) Derechos a alimentos
- b) Derechos sucesorios iguales a los de los cónyuges
- c) Presunción de paternidad del concubinato respecto de los hijos de la concubina.

Para que nuestro derecho reconozca una unión como concubinato se requiere:

a) Que la vida en común sea permanente, esto es, que la relación haya durado mínimo dos años o que antes hayan nacido hijos (no cualquier unión transitoria se califica de concubinato).

b) Que ambos concubinos permanezcan libres durante el concubinato.

c) Que se trate de una sola concubina por concubinario y viceversa.

Además, debe cumplirse con el status de casados, tratarse como tales y ser reconocidos en su comunidad como si fueran esposos.

1.2.2.6 EL DIVORCIO

Desde el origen de Roma, la institución del divorcio fue admitida y reglamentada vía legal a pesar de que no concordaba con las costumbres primitivas muy severas a ese respecto. El matrimonio podía disolverse por diversas razones; por un lado a partir de la forma natural, es decir, por la muerte de uno de los cónyuges y, por otro lado, cuando existían determinadas causas para no seguir adelante en la unión marital.

La palabra divorcio en el lengua corriente, contiene a idea de separación; en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en procedimiento señalado al efecto y por una causa determina de modo expreso.

De esta manera, divorcio es la disolución del vínculo matrimonial declarada por la autoridad. El divorcio, disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Así, divorcio es la separación hecha por un juez competente, mediante sentencian legal, de personas unidas en matrimonio.

Cuando Justiniano sube al trono, existían cuatro clases de divorcio:

1) Divorcio por mutuo consentimiento.- Este se refería a la decisión de los cónyuges de no seguir casados.

Justiniano imponía sanciones a las personas que disolvieran el vínculo matrimonial de esta manera, ejemplo de ello era el no permitirles contraer nuevo matrimonio hasta que trascurriera determinado tiempo.

2) Divorcio por culpa de uno de los cónyuges.- Este se refería a que uno de los cónyuges podía alegar determinada conducta realizada por el otro, siempre basada en los casos que señalara la ley.

El marido podía invocar el adulterio de la mujer por el hecho de que esta concurreniera a lugares públicos sin su consentimiento o hablara con extraños fuera del domicilio conyugal. La esposa podía repudiar al marido si éste intentaba prostituirla, cometía adulterio en la casa común o la acusaba falsamente de adulterio; cualquiera podía alegar como causas de repudio el atentado contra la vida, las injurias graves, la sevicia y el crimen de alta tensión.

3) Divorcio por declaración unilateral.- Cuando sin existir causa legal para la disolución del matrimonio, se daba el divorcio y una vez reconocido éste, se sancionaba al cónyuge que lo había promovido.

4) Divorcio "*bona gratia*".- Separación que se fundaba en circunstancias que hiciesen inútil la continuidad del vínculo matrimonial, tal era el caso de impotencia, cautiverio, castidad o ingreso a órdenes religiosas.

El divorcio puede ser clasificado desde dos criterios fundamentales:

- 1) Por los efectos que produce
- 2) Por la forma de obtenerlo, considerando el papel de la voluntad de los esposos.

Respecto a los efectos que produce, existen dos clases de divorcio:

a) Divorcio vincular (*divortium quad vinculum*): Este se califica de pleno y es aquel donde la principal característica consiste en la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias, dentro de este sistema se hace una división bipartita: divorcio voluntario y divorcio necesario.

b) Divorcio por simple separación de cuerpos (*separation quad thourum et mensam*): Llamado también divorcio menos pleno, en este sistema el vínculo matrimonial perdura, quedado subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias, sus efectos son: : la separación material de los cónyuges,

quienes están dispensados de las obligaciones de cohabitación y débito carnal.

Respecto de la forma de obtenerlo, considerando el papel de la voluntad de los cónyuges, el divorcio se clasifica en:

1) Divorcio unilateral o repudio: Donde únicamente basta la sola voluntad de uno de los esposos para poner fin al matrimonio.

2) Divorcio por mutuo consentimiento, voluntario o por mutuo disenso: Aquel en donde ambos cónyuges convienen en separarse por mutuo acuerdo sin ningún tipo de litigio.

3) Divorcio causal, necesario o contencioso: Aquel que se pide por uno de los cónyuges en virtud de existir alguna causa grave señalada en la ley, que haga imposible o difícil la convivencia conyugal y que hace necesaria la separación. La acción se otorga al esposo que no hubiere dado causa para el divorcio.

A su vez, el divorcio causal ha sido subclasificado en:

a) Divorcio sanción.- En él se supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio y, el divorcio, la sanción que se

le aplica al culpable; por ello, la acción corresponde al cónyuge, quien es libre de ejercitarla, perdonar o permitir que la acción prescriba.

b) Divorcio remedio.- En él no puede hablarse de cónyuge culpable, pues no le es imputable la causal, como es el caso de las enfermedades graves, contagiosas e incurables (impotencia, locura), pero siendo estas motivo para no poder llevar a cabo una convivencia normal, se da la acción a los cónyuges para poner fin a la relación.

Nuestro Código Civil para el estado de Guanajuato señala en su artículo 323 que son causas de divorcio:

I. El adulterio de uno de los cónyuges;

II. El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse aquel y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

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

VI. Padecer cualquier enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o que científicamente haga prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes de ese matrimonio o padecer impotencia incurable, siempre que no se este en alguna de las excepciones señaladas por la fracción del artículo VIII 153. No es causa de divorcio la impotencia en uno solo de los cónyuges si sobrevino al matrimonio y como consecuencia natural de la edad;

VII. Padecer enajenación mental incurable;

VIII La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante grave para pedir el divorcio, si se prolonga por mas de un año, sin que el cónyuge que se separo entable la demanda de divorcio. La acción concedida al cónyuge que dio causa a la separación del otro del domicilio conyugal, solamente tiene por objeto obtener la disolución del vinculo matrimonial; pero los efectos que por esto se produzcan en relación con la situación de los hijos y las obligaciones de suministrar alimentos, se

resolverán teniendo como cónyuge culpable al que se compruebe que incurrió en alguna de las causas mencionadas en las demás fracciones de este artículo;

X. La declaración de ausencia legalmente hecha o la de la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita, para que se haga, que proceda la declaración de ausencia;

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan imposible la vida conyugal;

XII. La negativa injustificada de los cónyuges de darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 161;

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito intencional, que merezca pena mayor de dos años de prisión

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que implique deshonor para el otro cónyuge o para sus hijos, por el que se le imponga una pena de prisión mayor de dos años;

XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto intencional que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII. El mutuo consentimiento.

XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

La acción podrá ejercitarse en cualquier tiempo y no tendrá más objeto que declarar la disolución del vínculo, conservando ambos la patria potestad de los hijos y quedando vigentes todas las obligaciones relativas a alimentos.

La custodia de los menores la tendrá el cónyuge con el cual hayan vivido, pero los menores que hubieran cumplido catorce años, podrán elegir a su custodio.

El contrato de matrimonio con relación a los bienes terminará al declararse el divorcio y se procederá a la liquidación en los términos de la ley, sin perjuicio de lo que las partes convinieren al respecto.

1.2.2.7 LA FILIACIÓN

Como segunda fuente del derecho de familia encontramos la procreación, es decir, que una pareja por unión sexual tenga un hijo generará tanto vínculos biológicos como jurídicos entre padre, madre e hijo de ambos; enfocado esto desde el punto de vista del hijo es lo que se conoce como filiación.

De aquí que se entienda por filiación, el vínculo que existe entre los padres y el hijo de ambos, visto desde el lado de los hijos.

De acuerdo al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres y trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos recíprocos, dando origen a la patria potestad.

Así, La filiación implica un conjunto de derechos y obligaciones que se crean entre el padre y el hijo y que por lo general constituyen, tanto en la filiación legítima como en la natural, un estado jurídico, esto es, constituye una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del derecho jurídico de la procreación para mantener vínculos constantes entre padre, madre e hijos.

El nacimiento de un hijo puede darse dentro o fuera del matrimonio, cuando proviene de una pareja casada legalmente se habla de filiación matrimonial o legítima, y cuando se da dentro de una pareja en la que el padre y la madre no están casados, se habla de filiación extramatrimonial, ilegítima o natural.

La filiación puede darse de diversas maneras:

Filiación legítima.- Vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres.

Esto es que en nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio.

Filiación natural.- Aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Se distinguen distintas formas de filiación natural: simple, adulterina e incestuosa.

Filiación natural simple: Es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir, no hubo impedimento que diera origen a la nulidad de este matrimonio, si se hubiese celebrado. Simplemente el hijo fue

procreado por un hombre y una mujer que pudieron unirse en matrimonio, pero no se unieron.

Filiación natural adulterina: Cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa; el simple hecho de que uno de los dos progenitores este unido en matrimonio con tercera persona, hace que el hijo se natural- adulterino.

Filiación natural incestuosa: Cuando el hijo es procreado entre parientes en el grado que la ley impide el matrimonio, sin celebrar éste. Es decir entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, entre hermanos, o sea, parientes en línea colateral en segundo grado, sean hermanos por ambas líneas o medios hermanos y finalmente, entre parientes en línea colateral de tercer grado: tío y sobrina, o sobrino y tía, aún cuando este es un parentesco susceptible de dispensa. De no haberse dispensado y no habiéndose celebrado el matrimonio, como el hijo fue procreado por esos parientes fuera del mismo, se le considera incestuoso.

Filiación legitimada.- Corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nace durante él o éstos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración.

Por lo que se presentan dos casos de hijos legitimados:

- a) Para los que nazcan dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio de sus padres.
- b) Para los hijos que hubieran nacido antes de dicho matrimonio.

Filiación legitimada por ministerio de ley.- Comprende el caso en el que el hijo nació dentro de estos 180 días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero que tampoco fue impugnado ejercitando el marido la acción contradictoria de paternidad y sin que haya una declaración expresa en la ley sustantiva. En cambio a los otros hijos se les llama legitimados por reconocimiento expreso, debido, primero, al subsecuente matrimonio de los padres y después a la declaración que de forma directa hagan reconociendo al hijo concebido o nacido antes de su matrimonio.

1.2.2.8 LA ADOPCIÓN

En nuestro derecho la adopción constituye la tercera fuente del parentesco, ya que tiene por objeto imitar a la filiación de sangre y establecer un parentesco civil entre adoptante y adoptado, donde no existe vínculo biológico.

Así, se entiende por adopción el acto jurídico a través del cual se recibe como hijo, con los requisitos y solemnidades que establece la ley, al que no lo es naturalmente.

Al acto jurídico que crea, entre adoptante y adoptado, un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y la filiación legítima, se le llama adopción.

En la adopción los sujetos que intervienen se denominan:

- a) Adoptante: Persona que asume legalmente el carácter de padre
- b) Adoptado: Persona que va a ser recibida legalmente como hijo del adoptante

El parentesco por adopción resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato, ya que por virtud del mismo se crean entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo.

Existen dos clases de adopción: La adopción plena y la adopción simple, asimismo, determinados requisitos para poderlas llevar a cabo, sin embargo, estos temas serán estudiados y desarrollados más adelante de forma específica, puesto que son el motivo de esta investigación.

1.2.2.9 LA PATRIA POTESTAD

La Patria Potestad se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se compara a una función pública, de aquí que por patria potestad se entienda el “Conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo”.

Esta institución se origina en el derecho romano, el mismo nombre denuncia su origen y su carácter, que ha venido variado a lo largo del tiempo y del cual subsiste solamente el nombre.

La Patria Potestad consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido por el ascendiente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica, de donde se originó el término, ya que era el poder real y efectivo del “*pater familias*” (no del padre y, menos de la madre) sobre todo sus descendientes y se prolongaba por toda la vida de los sujetos.

Se equiparaba a la potestad marital que se tenía respecto a la mujer y era equivalente, en menor grado, a la potestad sobre los esclavos, ya que se establecía en beneficio del jefe de familia, quien podría rechazarla si así le convenía, sus facultades abarcaban la persona y bienes de los hijos al grado de que podía venderlos como esclavos, si esto se hacía fuera de Roma, e incluso condenarlos a muerte. El pater era dueño de todos los bienes que el hijo adquiría, con un poder absoluto y dictatorial.

Estas características se fueron suavizando a través del tiempo, especialmente con el advenimiento del cristianismo, ya que cada vez se entendía más al interés de hijo, entendiéndose la patria potestad más como una función obligatoria que como un derecho.

Actualmente, el hijo puede tener patrimonio propio y puede administrar sus propios bienes, pues la patria potestad se ha convertido en una institución protectora del menor, establecida en provecho de éste y en su beneficio.

A) SUJETOS

Los sujetos de la patria potestad pueden ser activos y pasivos:

Sujetos Activos.- Los ascendientes: padre y madre y falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la ley o el juez familiar, atendiendo a la convivencia del menor.

Sujetos Pasivos.- Los descendientes, menores de 18 años no emancipados.

Esto es, que la patria potestad sobre los hijos legítimos recae sobre el padre y la madre, y sólo por muerte de alguno o por pérdida de la misma, pasa al otro.

A falta de padres, de acuerdo al código de nuestro estado, la patria potestad recaerá sobre los abuelos, si existen abuelos por ambas líneas, el juez los escuchará y decidirá lo que sea más conveniente a los menores, tomando en cuenta si fuere posible la opinión del menor, además de las condiciones físicas y morales de los abuelos, la mayor identificación afectiva así como su estabilidad económica. El ejercicio de esta acción corresponderá a cualquiera de los abuelos y en su defecto al ministerio público.

En el caso de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad corresponderá al que reconozca al hijo en primer lugar, si los dos los reconocen al mismo tiempo y existe controversia, el juez de lo familiar resolverá según convenga al menor.

Y en caso de adopción, la patria potestad será ejercida por el adoptante.

1.2.2.10 LA EMANCIPACIÓN

Se entiende por emancipación, el final anticipado de la patria potestad, que el menor obtiene por el solo hecho de contraer matrimonio, adquiriendo así el gobierno de su persona y la administración de sus bienes.

En nuestra legislación, el menor de 18 años que contrae matrimonio se emancipa, adquiriendo capacidad para manejar sus asuntos a excepción de dos limitantes:

1) Necesita un tutor para anteceder sus asuntos judiciales, incluido el divorcio y,

2) Requiere autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces.

En caso de disolución del matrimonio, el menor no recae nuevamente en la patria potestad.

1.2.2.11 LA TUTELA

La Tutela es una institución jurídica supletoria de la patria potestad, cuyo objeto es el cuidado y representación de los menores no emancipados y que no tiene quien ejerza la patria potestad, o de los mayores incapacitados para gobernarse por sí mismos, así como para su representación en casos especiales.

Esta institución ha sido creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados y, de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas.

En sus orígenes romanos fue considerada como una institución netamente familiar que constituía un derecho en interés de la familia, para el cuidado de los bienes del menor impúber *sui juris*, quien por su falta de madurez, podía dilapidar los bienes familiares. En igual circunstancia estaba el incapacitado mayor o púber, en cuyo caso el encargado era denominado curador (curatela).

La evolución jurídica de la tutela ha puesto especial énfasis en el cuidado de la persona del incapaz, considerando la tutela más como una función con interés público, que un derecho meramente familiar. Por ello en los sistemas modernos se ha dado cada vez más intervención al poder público, a través de los jueces de menores, consejos tutelares y el ministerio público.

El artículo 502 del código civil vigente para el estado de Guanajuato señala que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. Asimismo, esta institución puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

De igual manera, nuestro código señala que la tutela es un cargo de interés público el que nadie puede eximirse, sino por causa legítima y el que se rehúse sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, será responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado. Pues la tutela es un cargo personal que no puede ser delegado.

La tutela será desempeñada por un tutor con intervención del curador, del Juez de Primera Instancia de lo Civil y del Ministerio Público del domicilio del menor, en los términos del Código Civil y del de Procedimiento Civiles.

Ningún incapaz podrá tener al mismo tiempo más de un tutor o de un curador definitivos, pero el tutor o el curador pueden desempeñar respectivamente la tutela o la curatela hasta de tres incapaces. Si los incapacitados son hermanos, coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y un curador a todos ellos, aunque sean mas de tres.

Es así como se puede concluir que por objeto primordial de la tutela está:

- 1) La guardia o cuidado de la persona y bienes de los menores no sujetos patria potestad
- 2) La guarda y cuidado de la persona y bienes de los mayores incapacitados natural y legalmente
- 3) La representación interna del incapaz en casos especiales

A) CLASES DE TUTELA

Atendiendo a nuestro código civil, la tutela podrá ser testamentaria, legítima y dativa:

a) Tutela Testamentaria.- Aquella que se establece por testamento para que surta sus efectos a la muerte del testador, dándose en los casos siguientes:

1.- Cuando uno de los padres sobrevive al otro, previniendo que a su muerte la patria potestad de sus hijos recaerá en los abuelos y no lo desea, señala en su testamento un tutor para sus menores hijos. Si la razón de ellos fue que los abuelos eran incapaces, al recobrar la capacidad podrán reclamar la patria potestad, salvo que en forma expresa el testador disponga que continúe la tutela.

2.- Cuando el testador deja bienes a un menor o incapacitado, puede nombrarle tutor para que los administre, aunque haya quien ejerza la patria potestad o la tutela general, esto es un tipo de tutela específica.

3.- Cuando el testador es padre y tutor de un hijo mayor de edad incapaz, puede designarle tutor en su testamento, cuando la madre también es incapaz o ha fallecido.

4.- Cuando el testador sea padre adoptivo.

b) Tutela Legítima.- La conferida por la ley a falta de designación por testamento y recae en parientes del menor a los que no les corresponde ejercer la patria potestad y en los parientes del mayor incapacitado que ya

ha salido de la patria potestad. Los padres, hijos y hermanos junto con la cónyuge serán preferidos a los tíos y primos; pues los parientes cercanos excluyen a los más lejanos.

El Juez escogerá de entre los parientes que deban ejercer la tutela legítima, al más idóneo, a tutela es individual y no por pareja como sucede con la patria potestad.

El Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato establece que habrá lugar a la tutela legítima:

I.- Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario.

II.- Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

Asimismo, establece que esta tutela corresponderá:

I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas

II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro de cuarto grado inclusive.

En el caso de la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbéciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes:

1) El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo será de su marido.

2) Los hijos mayores de edad serán tutores de su padre o madre viudos, si existe más de un hijo, será preferido el que viva en compañía de la madre o el padre y si existen varios hijos en la misma situación, el Juez elegirá al más apto.

Tratándose de menores expósitos o abandonados, éstos quedan legalmente bajo la tutela del Procurador o Procuradores Auxiliares en materia de asistencia social, quien tendrá la obligación, facultad y restricciones establecidas para los demás tutores.

c) Tutela Dativa.- Se establece por disposición del Juez a falta de las dos anteriores; presupone que no existe tutor testamentario ni parientes hasta el cuarto grado con obligación de desempeñar la tutela legítima.

También es dativo el tutor del menor emancipado por matrimonio, para sus asuntos judiciales, sólo para divorciarse el menor requiere de tutor legítimo, dado el interés familiar.

Conforme al artículo 549 de nuestra ley sustantiva civil vigente, la tutela dativa tiene lugar:

I.- Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima.

II.- Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no haya ningún pariente a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima.

III. En los demás casos que la ley lo establezca.

De acuerdo nuestro código civil vigente, son personas inhábiles para desempeñar la tutela:

I.- Los menores de edad.

II.- Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela

III.- Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado.

IV.- Los que por sentencia ejecutoria hayan sido condenados a la privación de ese cargo o a la inhabilitación para obtenerlo.

V.- El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, fraude o por delito contra la honestidad.

VI.- Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta.

VII.- Los que al deferirse de la tutela tengan pleito pendiente con el incapacitado.

VIII.- Los deudores del incapacitado en cantidad considerable, a juicio del Juez a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento.

IX.- Los jueces, Magistrados y demás funcionarios de la administración de justicia en los casos de la tutela dativa.

X.- El que no está domiciliado en el lugar donde deba ejercer la tutela.

XI.- Los empleados públicos de Hacienda, que por razón de su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto.

XII.- El que padezca enfermedad crónica contagiosa

XIII.- Los demás a quines lo prohíba la ley.

Por otra parte, el código señalado anteriormente establece que serán separados de la tutela:

I.- Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela.

II.- Los que se conduzcan mal en el desempeño respecto de la persona o administración de los bienes del incapacitado.

III.- Los tutores que no rindan cuenta detalladamente cada mes de enero de cada año.

IV.- Los tutores desde que les sobrevenga o se averigüe su incapacidad

V.- El tutor que haya contraído matrimonio con la persona que tenía bajo su guarda

VI.- El tutor asunte por más de seis meses del lugar en que debe desempeñar la tutela.

1.2.2.12 SUCESIÓN LEGÍTIMA

Sucesión legítima, es aquella en la que falta testamento eficaz y los bienes son distribuidos de acuerdo con lo que dispone la ley.

Así como a la sucesión testamentaria se le llama voluntaria por ser la expresión de la voluntad del autor de la herencia a través de su testamento, a la sucesión intestada se le denomina “legítima” por ser la ley la que dispone la forma de liquidar el patrimonio del difunto.

Su origen se encuentra en el sistema del derecho romano, en donde se distinguen a tres clases de herederos: herederos sui, voluntario y necesarios.

a) Herederos sui: Los que estaban sujetos a la patria potestad del pater que fallecía, y que por tal hecho quedaban sui iuris.

b) Voluntario: Los extraños señalados por el testamento del pater, ajenos totalmente a la familia.

c) Necesario: El esclavo, cuando su dueño no tenía otros herederos y se requería de que alguno cuidara del culto familiar, heredar era obligatorio.

Más tarde, se consideró como deber natural que el padre dejara a sus hijos, cónyuge y ascendientes los bienes que en alguna medida todos habían contribuido a formar.

Como una forma de conservar la organización económica, basada en la organización familiar, se instituyó el mayorazgo, que consistía en la forma obligatoria de transmitir la herencia al hijo mayor.

La sucesión *ab intestato*, intestada o legítima se abre en los siguientes casos:

I.- Cuando no hay testamento o el que se otorga es nulo o perdió su validez.

II.- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes

III.- Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero

IV.- Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar si no se ha nombrado sustituto.

Conforme a nuestro código civil vigente se establece quienes tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I.- Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del sexto grado, así como la concubina o el concubinario, en los términos que señala la ley.

II.- A falta de los anteriores la Universidad de Guanajuato.

El parentesco por afinidad no da derecho a heredar.

Los parientes que se encuentran en el mismo grado, heredarán por partes iguales

Respecto a la preferencia de heredar es de acuerdo al orden siguiente:

a) En primer orden: Los descendientes y el cónyuge o concubinario, faltando descendientes

b) En segundo grado: Los ascendientes, cónyuge o el concubinario, faltando ascendientes y descendientes.

c) En tercer orden: Los hermanos y el cónyuge o el concubinario, faltando ascendientes, descendientes y hermanos.

d) En cuarto orden: El cónyuge o concubinario, a falta de todos los anteriores.

e) En quinto orden: Los colaterales hasta el cuarto grado, si no hubiere parientes o cónyuge o concubinario.

f) En sexto orden: La beneficencia pública ¹⁰

La ley se apoya en el principio de preferencias para establecer el orden en que los parientes heredan al *de cuius*, así la preferencia de determinados parientes se efectúa atendiendo al presunto afecto que se supone existe entre el autor de la herencia y sus herederos, de aquí que en igualdad de grado como es el que existe entre hijos y padres, se prefiere a los hijos, pues por lo general es aceptado que es mayor el afecto a los descendientes que a los ascendientes; así también se toma en cuenta el principio que establece que los parientes más próximas excluyen a los más lejanos.

La herencia también puede dividirse por cabezas, stirpe y línea.

1.- Sucesión por cabeza: Cada heredero hereda por sí mismo, no por representación, y cuando por ser todos los herederos de un mismo grado les toca una parte igual a cada uno.

2.- Pos stirpe: La herencia no se transmite por derecho propio, sino por representación de un ascendiente.

¹⁰ IBIDEM p. 358

3.- Por línea: Se referida a la herencia de los ascendientes maternos y paternos, cuando faltan los descendientes, o los abuelos o más remotos antepasados heredan, la herencia se divide en partes iguales entre cada línea paterna y materna.

1.2.2.13 LOS ALIMENTOS

Jurídicamente, la palabra alimentos se refiere a la prestación en dinero o en especie que una persona, en determinada circunstancia (indigente, incapaz) puede reclamar de otras, entre las señaladas por la ley, para su sostenimiento y subsistencia.

Alimentos es pues, todo aquello que por ministerio de ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir a otra para vivir.

Las Naciones Unidas han considerado que todo ser humano tiene derecho a los alimentos, considerado este como derecho inherente a la persona humana.

El derecho de alimentos es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio.

Los alimentos jurídicamente comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos incluyen además los gastos necesarios para su educación básica y para el aprendizaje de algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

De acuerdo al Código Civil vigente para el Distrito Federal, la obligación de dar alimentos es recíproca, es decir, que el que los da tiene a su vez derecho de pedirlos.

Asimismo, los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos siendo la ley la que determine cuándo quedará subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio o nulidad de matrimonio, de igual manera, los concubinos se sujetarán a esta disposición.

Por otra parte, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, a falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado. Y siendo que ésta es una obligación recíproca, los hijos también están obligados a dar alimentos a sus padres y a falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.

A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre o en los que fueren solamente de madre o padre.

Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

La obligación de dar alimentos podrá satisfacerse:

- 1) Asignando una pensión al acreedor alimentista o
- 2) Integrando al acreedor alimentista a la familia.

En caso de conflicto para la integración, corresponde al Juez de lo Familiar fijar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias.

Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor.

Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:

I. El acreedor alimentario;

II. El que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor;

III. El tutor;

IV. Los hermanos, y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado;

V. La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario; y

VI. El Ministerio Público.

Dicho aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez.

La obligación de dar alimentos se suspende o cesa:

I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;

II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;

III. En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos;

IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad;

V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables; y

VI. Las demás que señale este Código u otras leyes.

El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción.

1.2.3 AUTONOMÍA DEL DERECHO DE FAMILIA

Para que una parte del derecho pueda adquirir independencia, se requiere que posea independencia doctrinal, legislativa y judicial.

1.- Independencia Doctrinal: En cuanto se impartan cursos y existan tratados específicos sobre la materia.

2.- Independencia Legislativa: Hace referencia a la existencia de ordenamientos especiales, leyes y códigos que regulen la materia.

3.- Independencia Judicial: En lo que se refiere a la creación de tribunales propios, procedimiento especial y jueces dedicados exclusivamente a ella.

Si bien es cierto que en nuestro país existen tribunales y jueces específicos que atienden los asuntos familiares, todavía no existe una doctrina y una regulación que lo hagan, pues la enseñanza de esta materia y su legislación corresponden aún al derecho civil.

1.2.3.1 CRITERIO LEGISLATIVO

El Doctor Julián Güitrón Fuentevilla, señala que el Derecho de Familia tiene propias leyes y propios códigos aún cuando haya formado parte de otro en un momento determinado.

Hace referencia a la Ley sobre Relaciones Familiares, respecto de la cual señala que fue el primer Código Familiar del mundo, seguido por el Código Familiar Ruso de 1918 y posteriormente por algunos otros códigos de países comunistas en su mayoría. También señala que ha habido leyes especiales en relación a la familia en otros diversos países del mundo aún cuando no constituyan un código especial familiar, con lo cual señala la existencia de una legislación especial en materia familiar.

Este criterio Legislativo o autonomía legislativa se da cuando la rama del derecho tiene sus propias leyes y códigos, que su legislación aún cuando haya formado parte de otra, sea en un momento dado independiente y autónoma, con principios básicos propios y exposición de motivos.

En síntesis, el criterio legislativo de una rama del derecho se da cuando tienes sus propias leyes, códigos y decretos. De esta manera, se puede decir que México es el primer país en el mundo que contó con una legislación autónoma sobre la familia y fue con la Ley sobre Relaciones

Familiares, ya antes mencionada, promulgada por Don Venustiano Carranza en Veracruz el día 9 de Abril de 1917, y su autonomía del código civil se funda en el artículo 9 transitorio de la misma ley, es decir, esa parte de la legislación civil referida a la familia iba a tener vigor independientemente del Código Civil de 1884 que seguía vigente en las demás materias, excepto en la familiar, pues la legislación familiar tenía por primera vez en su historia cierta autonomía legislativa.

En algunos lugares la autonomía legislativa del derecho familiar aún no ha llegado a su completa madurez, sin embargo, en un futuro no muy lejano se dará una legislación autónoma de la institución familiar.

En algunos países se ha reconocido plena independencia al derecho de familia en el campo legislativo, creándose códigos de la familia tal como ocurre en Yugoslavia, Bulgaria, Checoslovaquia, Polonia y Francia.

Otras naciones sin elaborar códigos de lo familiar, han dictado medidas legislativas tendientes a tutelar la relación de los sexos y proteger a los infantes del desamparo, todo ello con la simple intención de espíritu moderno y humanitario.

Actualmente en nuestro país a nivel nacional, en cada estado y municipios existe una institución dedicada a velar en cierta forma por la

familia e integración de la misma, dicho organismo a sido denominado el DIF (Desarrollo Integral para la Familia) que como su nombre lo indica, pretende la integración y permanencia de los miembros de cada familia, brinda apoyo y protección al menor y a la mujer en desamparo; organismo que a través de la llamada Procuraduría en materia de asistencia social trata asuntos referentes a los derechos y obligaciones de los padres para con los hijos e inclusive para con los mismos cónyuges.

Dicho institución se rige por su propio ordenamiento llamado “Ley sobre el sistema estatal de asistencia social” en la que dentro de sus preceptos se interpreta el apoyar a la familia.

En México existen tribunales y jueces específicos para tender los asuntos familiares, pero su doctrina y regulación, la enseñanza de esta y la legislación correspondiente, aún forman parte del derecho civil.

En nuestro país los tribunales familiares son de reciente creación y no existen a grandes rasgos, leyes exclusivas reguladoras de las relaciones familiares, sino que forman parte del cuerpo normativo del Código Civil. Se podría afirmar que sólo la independencia judicial se ha logrado en México, no así en lo doctrinario y legislativo ya que no existe un código de lo familiar específico y los textos y cursos siguen siendo parte de los del Derecho Civil.

Sin embargo, México se prepara cada día más, y los nuevos legisladores luchan por que exista una nueva ley específica de la materia.

1.2.3.2 CRITERIO CENTÍFICO

Este criterio consiste en la bibliografía que existe sobre esta área del derecho y en la que diversos autores plasman sus investigaciones y estudios acerca de la familia, el matrimonio y las relaciones jurídicas familiares.

La autonomía científica y de estudio de una disciplina jurídica, radica en la producción literaria y bibliográfica especializada y dada con independencia de cualquier otro campo del derecho. La elaboración de libros, ensayos, artículos y tesis originados de la rama de derecho que los haya creado, nos permite ver el razonamiento científico de una ciencia.

Como en otras disciplinas de progresiva formación autónoma, en el derecho familiar existe una gran producción doctrinal a tal extremo que en el presente siglo se nota un gran interés entre todos los estudiosos por reglamentar a la familia, a parte de la legislación civil.

Hay un evidente interés por regular lo referente a la familia existe también una corriente doctrinal en torno al derecho de familia, pues es claro

el interés de los diferentes sectores del país por regular salvaguardar y regular todo lo concerniente al derecho de familia, sus relaciones entre sí, con miembros externos a ella y con el propio Estado.

En torno al derecho de familia existe una amplia gama de estudio e investigación doctrinal, podría decirse que es uno de los campos que ha despertado interés entre los estudiosos del derecho, ocupándose de las relaciones familiares.

Son numerosas las obras publicadas respecto al derecho familiar, es un campo que ha ido extendiéndose a causa de acontecimientos que día a día se presentan en la vida cotidiana del ser humano para con las personas integrantes de su propio núcleo familiar. Es más que obvio que esta área del derecho ha adquirido dentro de la doctrina una indiscutible jerarquía científica.

1.2.3.3 CRITERIO DIDÁCTICO

La autonomía didáctica consiste en la enseñanza del contenido del derecho familiar como rama independiente del derecho civil, este criterio señala el hecho de que la institución universitaria se refiere al derecho de familia en forma especial y enfatizada.

Varias son las universidades en todo el mundo que han adoptado y creado doctrina respecto a esta área del derecho, puesto que se ha hecho importante por el diario evolucionar de la relaciones familiares. Las facultades de derecho en el mundo suelen incluir el estudio de las condiciones familiares dentro de los cursos de derecho civil que se imparten en sus aulas. Con la enseñanza del derecho de familia se complementa el criterio didáctico la autonomía docente esta perfectamente dada en algunas facultades de derecho, así por ejemplo en algunas se incluye el derecho de familia sus relaciones y la naturaleza jurídica del mismo curso de derecho civil impartidos en Brasil, Buenos Aires, Guatemala, Nicaragua, Chile, Tokio, sus programas comprenden el estudios de la familia dentro del derecho civil.

Tal es el aspecto que guarda la docencia del derecho de familia en México, que proponga un mayor desarrollo universitario, ya que es evidente que el derecho de familia es complejo que bien se podrían dar cursos especiales sobre el estudio de la materia que nos ocupa.

1.2.3.4 CRITERIO JURISDICCIONAL

Dicho criterio se refiere a la existencia de tribunales autónomos dedicados a la resolución de problemas familiares.

El establecimiento de organismos autónomos para dar solución a conflictos familiares sería una buena medida en la resolución de la crisis sufrida por la familia, pues es evidente que una orientación adecuada y una atención especial podrá resolver conflictos de esa naturaleza y la mejor manera de lograrlo sería a través de tribunales familiares.

A favor de la autonomía jurisdiccional familiar, se puede señalar que en México existen juzgados de los familiar, los cuales están dedicados única y exclusivamente a resolver conflictos de familia y en los intereses económicos de los menores, así como los incapaces sometidos a tutela, entre otras cuestiones.

La autonomía jurisdiccional del derecho familiar se encuentra establecida por iniciativa del ex presidente Luis Echeverría Álvarez, la cual fue publicada el 24 de marzo de 1917, en el Diario Oficial de la Federación, creando jueces de los familiar al margen de los civiles y penales.

Es de observarse, que a pesar de haberse separado de hecho y de derecho los juzgados familiares, de los civiles es elemental que estos tengan normas jurídicas que los regulen, disposiciones que digan cuándo, dónde y por qué, como deben resolverse los conflictos familiares y esto no ocurrió de tal forma, es tiempo en que aún, con la excepción señalada se siga en todos

los estados de la República, administrando justicia en forma en que lo dispone en Código Civil de Procedimientos Civiles.

1.2.4 FINES DEL DERECHO DE FAMILIA

En el derecho de familia el interés se concentra en la familia, su constitución, su vida, su desarrollo, para que este núcleo social pueda cumplir su fin.

Al hablar de derecho de familia se debe tomar en cuenta la intervención determinante de la religión y la moral, así como también la intervención decisiva del Estado.

Es por ello que la solidaridad que busca el derecho en esta especial rama se encuentra enriquecida, pero es más compleja porque las normas jurídicas deben tomar en cuenta no sólo el aspecto meramente humano y patrimonial, sino el aspecto de la moral, de la religión y del interés de la sociedad que trasciende lo individual sin desconocerlo para generar una serie de relaciones complejas, pero más vitales.

Si en el derecho de familia se busca realizar la solidaridad doméstica, con armonía, se deben comprender dentro de sus normas, las que promuevan valores conyugales y familiares y determinar formas y maneras de lograrlas a través de los propios sujetos del derecho de familia y órganos estatales.¹¹

El derecho de familia no sólo se debe concretar a la fijación en la norma de los fines del matrimonio y lo relativo a la vida conyugal, a la responsabilidad de los padres o tutores en relación sus hijos y sus bienes, sino que, siendo el matrimonio y la familia fundamentales para la sociedad y decisivo para la vida de la nación, debe procurarse que las normas sean promotoras, sean guía que ayude a los sujetos de la relación jurídica familiar a cumplir sus deberes, derechos y obligaciones respectivas en armonía.

1.2.5 SUJETOS DEL DERECHO DE FAMILIA

Las relaciones jurídicas familiares se dan principalmente entre personas físicas, pero debido a la importancia de la familia en la sociedad es frecuente la intervención del Estado, generándose relaciones mixtas.

¹¹ CHÁVEZ ASECIO MANUEL F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. ed. 2da. Ed. Porrúa S.A. México, 1992. p. 135

Esta intervención estatal se puede apreciar al contraer matrimonio interviniendo el Oficial del Registro Civil como sujeto indispensable, así también, interviniendo el Estado en la adopción, reconocimiento de hijos, la patria potestad y la tutela.

Los sujetos en esta rama del derecho civil son fundamentalmente los parientes (consanguíneos, por afinidad, por adopción), los cónyuges y las personas que ejerzan la patria potestad o tutela. También deben mencionarse a los concubenarios, dado que en nuestro sistema se reconocen ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como en relación a los hijos habidos en el mismo.

Parientes.- Categoría esencial en el derecho familiar, por la diversidad de consecuencias jurídicas que se presentan tanto en el parentesco consanguíneo que el principal, como en la adopción o parentesco civil y en la afinidad que se crea por virtud del matrimonio entre el marido y los parientes de su mujer y entre esta y los parientes de aquel.

Cónyuges.- De gran importancia para el derecho de familia, en virtud de que no sólo crea los sujetos especiales del matrimonio con el conjunto de derecho y obligaciones que recíprocamente la ley concede e impone, sino que además se proyecta sobre los parientes legítimos y especialmente en las relaciones paterno- filiales.

Personas que ejercen la patria potestad y menores sujetos a ella.- Dentro del parentesco se originan relaciones específicas que impone la patria potestad entre padres e hijos, en su caso, entre abuelos y nietos.

Por consiguiente, se destacan aquí sujetos especiales del derecho familiar que deben diferenciarse de los parientes en general, pues los derechos y obligaciones que se originan por la patria potestad, entre esa clase de sujetos, no son los mismo que de una manera general en el parentesco.

Tutores e incapaces.- La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales) origina que el derecho familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose así, como nuevos sujetos, a los tutores o incapaces, con el conjunto de derechos y obligaciones que les corresponden.

Curadores, consejos locales de tutelas y jueces pupilares.- En relación con la tutela misma se hace necesaria la intervención de otros sujetos que cumplen funciones especiales, tales son los curadores, los consejos locales de tutela y los jueces familiares.

Concubinos.- Importantes para el derecho de familia, pues del concubinato se derivan relaciones familiares y parentesco con la excepción del de afinidad.

1.2.6 OBJETOS DEL DERECHO DE FAMILIA

Dentro del derecho de familia encontramos las diversas formas de conducta caracterizada como objetos directos de la regulación jurídica; de tal forma existen los derecho subjetivos familiares, que principalmente se manifiestan en el matrimonio; entre los consortes, en las relaciones de parentesco entre los parientes por consanguinidad, afinidad y adopción; en las relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos; así como en todas las consecuencias generales de la filiación legitima y natural.

También encontramos derechos subjetivos familiares en el régimen de la tutela como una institución que puede ser auxiliar de la patria potestad o independiente de la misma.

Las sanciones propias del derecho familiar, como otras formas de conducta que constituyen objetos directos del mismo, por lo general

consisten para los actos jurídicos, en la inexistencia y nulidad, pero también en la revocación y en la rescisión.

Los derechos subjetivos familiares, son los que constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para inferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio del sujeto.

Estos derechos subjetivos familiares se clasifican en:

- a) Patrimoniales
- b) No patrimoniales

Derechos Subjetivos Familiares Patrimoniales: Aquellos que son susceptibles de valorarse en dinero directa o indirectamente.

Derechos Subjetivos Familiares No Patrimoniales: Aquellos que no pueden ser valorados en dinero ya sea directa o indirectamente.

De igual forma, estos derechos subjetivos familiares han sido clasificados desde varios puntos de vista:

- a) Patrimoniales y no patrimoniales
- b) Absolutos y relativos

- c) De interés público y de interés privado
- d) Transmisibles e intransmisibles
- e) Temporales y vitalicios
- f) Renunciables e irrenunciables
- g) Transigibles e intransigibles
- h) Transmisibles por herencia y extinguidos por la muerte de su titular

Por otra parte, existen los Deberes Subjetivos Familiares que han sido definidos como: Los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí.

El estado de sujeción jurídica es inherente a todo deber jurídico que consiste en la subordinación que desde el punto de vista del derecho guarda un sujeto denominado obligado frente a otro llamado pretensor.

1.2.7 FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA

Se han considerado que el matrimonio, el concubinato y la filiación son fuentes tanto de la familia como del derecho de familia, puesto que los

hechos biosociales que se derivan de estas instituciones exclusivamente son regulados por el derecho.

No obstante, el contenido del derecho de familia no se agota en la regulación de éstas tres instituciones ya que la ausencia de descendientes de la pareja origina, otra figura jurídica, por medio de la cual se ha pretendido suplir el hecho biológico de la procreación al imitar la filiación; la adopción se constituye así en otra fuente de las relaciones familiares.

Además de estas cuatro instituciones, el derecho de familia regula otras como el patrimonio familiar, la sujeción y la tutela; siendo que esta última puede darse fuera del ámbito familiar, de modo que algunos autores la consideran casi o para- familiar.

Es por lo anterior que se señalan tres grades conjuntos de fuentes:

- 1) Las que implican a la unión de los sexos, como el matrimonio y el concubinato.
- 2) Las que implican a la procreación como la filiación matrimonial y extramatrimonial y la adopción.
- 3) Las que implican a las instituciones familiares en términos de ausencia como tutela y patrimonio familiar.

1.2.8 CONSECUENCIAS DEL DERECHO FAMILIAR

- a) Son las relacionadas con la creación, transmisión, modificación o extinción de derecho de obligaciones y de estados jurídicos.
- b) Las referentes a la aplicación de determinadas sanciones

Consecuencias de creación de derechos y obligaciones de estados jurídicos.- En el derecho familiar las consecuencias constitutivas o de creación se presentan principalmente respecto a los estados jurídicos que a su vez originan un conjunto de derechos y obligaciones de manera más o menos permanente.

Los principales estados jurídicos creados dentro de seno familiar, conforman las distintas manifestaciones del estado civil de las personas en sus distintas calidades de parientes, cónyuges o incapaces sujetos a patria potestad y tutela. Por lo que cada uno de los estados mencionados origina un conjunto de derechos y obligaciones.

El matrimonio, la adopción, la legitimación y reconocimiento de hijos, los regimenes patrimoniales que reconoce la ley en las relaciones de los consortes, se presentan principalmente como consecuencia de actos jurídicos que aún cuando operan dentro de los límites de la ley esto les

atribuye un campo de acción con cierta libertad en la constitución de tales estados jurídicos.

Consecuencias de la transmisión de derechos, deberes y estados jurídicos las cuales pueden presentarse en la adopción y en la tutela testamentaria.

La adopción permite una transmisión de la patria potestad de los padres consanguíneos al adoptarse; en el caso de la adopción, por virtud de esta se produce un efecto modificativo y a la vez traslativo, pues subsistiendo el conjunto de derechos y obligaciones originadas por el parentesco consanguíneo se agregan los que viene a crear el parentesco civil entre adoptante y adoptado.

En la tutela testamentaria también se encuentra un efecto de transmisión de derechos; por virtud del nombramiento de tutor testamentario, se excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.

Consecuencias de modificación de derechos.- Las consecuencias modificativas que se presentan en el derecho familiar, por lo general operan como un efecto de las consecuencias constitutivas, traslativas o extintivas; a ejemplo se señala que el matrimonio y la adopción son instituciones cuya

función principal consiste en crear los estados jurídicos respectivos que ya hemos analizado, pero por virtud de tal creación se viene a modificar la situación jurídica de las partes; en cambio en las consecuencias extintivas, como so las relativas a la emancipación, a la pérdida o terminación de la patria potestad o la tutela, se producen a su vez efectos de modificación, pues si es verdad que existe un estado jurídico, también no es menos cierto que se cambia el estado general de capacidad de la persona, o la situación de la misma dentro del grupo familiar.

Consecuencias de extinción respecto a los derechos, obligaciones y estados jurídicos del derecho familiar.- También dentro de estas consecuencias se presentan las que son en virtud de la disolución del matrimonio en los casos de divorcio, nulidad de aquel o muerte de alguno de los cónyuges.

En el orden patrimonial, la disolución de la sociedad conyugal tan consigo también efectos extintivos en cuanto a los bienes.

En la patria potestad y en la tutela las consecuencias de extinción se presentan bien sea por la muerte de los incapaces o por que salgan de este estado.

1.2.9 RELACIONES JURÍDICAS DEL DERECHO FAMILIAR

Son aquellas vinculaciones de conducta que se constituyen por el parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la patria potestad o la tutela.

En cuanto al parentesco comprende la filiación legítima o natural y la patria potestad.

Respecto al divorcio comprende el análisis de las relaciones conyugales como una prolongación y consecuencia de la misma.

Referente a la tutela, las relaciones propias de la tutela deben ser estudiadas independientemente de aquellas que se creen por la patria potestad, pues tiene supuestos y contenidos diferentes. En nuestro derecho la tutela es una institución que supone la no existencia de la patria potestad ya que sólo en casos excepcionales pueden concurrir ambas instituciones, pero entonces se trata de casos que la propia ley considera como tutela especial.

El objeto de la tutela, es primordialmente la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

Las relaciones son patrimoniales o no patrimoniales, se originan vínculos que tienen carácter moral o simplemente humano, como ocurre en el matrimonio y en todos los deberes que impone el parentesco, principalmente entre parientes de la línea recta o transversal hasta el segundo grado.

En el derecho de familia se regulan relaciones privadas, patrimoniales y no patrimoniales, de carácter relativo, esto es, oponible a sujetos determinados.

Al tratar las diferentes instituciones familiares, principalmente el matrimonio, de la filiación y de la adopción, determinaremos el contenido no patrimonial de las relaciones respectivas, también se analizan las relaciones de carácter económico por cuanto que la regulación jurídica de los bienes es esencial tanto para determinar una base económica a la familia, como para definir la situación de los consortes, que de otra manera podrían entrar en conflictos entre sí o con respecto de terceros, de aquí que el derecho regule el patrimonio de familia, como una institución que ha ido tomando más importancia en el tiempo actual que vivimos.

Así como todas las relaciones jurídica deben contener todos los elementos simples o conceptos jurídicos fundamentales que conocemos: sujetos, objetos, supuestos, consecuencias jurídicas y cópula deber ser; en las relaciones de derecho familiar tenemos que encontrar todos y cada uno de los elementos mencionados.

a) En cuanto los sujetos.- Debe existir el sujeto activo y el sujeto pasivo, para que se de la relación jurídica.

b) En cuanto a los objetos que pueden regular las relaciones jurídicas, pueden ser directos e indirectos, de tal forma que en el derecho familiar tenemos como formas directas de conducta, todas aquellas que constituyen obligación de hacer, de no hacer o de tolerar; en cambio en las formas indirectas tenemos las referentes a la obligación alimentaria, en la sociedad conyugal, en el régimen de separación de bienes, en las donaciones antenuptiales o entre consortes, en la administración de los bienes de los que están sujetos a patria potestad o tutela y en la regulación jurídica del patrimonio familiar.

c) Los supuestos jurídicos como fuentes normativas de aquellas relaciones, crean las consecuencias de derecho familiar, determinando tanto los supuestos que se denominan principales (parentesco y matrimonio).

d) La cópula deber ser, como nexos que se encuentra en toda regulación jurídica, funciona evidentemente en todo el derecho familiar.

Todo lo concerniente al buen desarrollo y mejor convivencia entre los integrantes de una familia, es lo que se estudia y señala como relaciones jurídicas familiares, las cuales con reguladas por nuestra ley sustantiva.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN

2.1 CONCEPTO DE PATRENTESCO

Etimológicamente, la palabra parentesco proviene del latín Parentatus, de “Parens” “Pariente”. El parentesco como fuente del Derecho familiar implica un estado jurídico por ser una situación permanente establecida entre dos o más personas a razón de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar consecuencias de derecho.

El nexos 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 esta relación son entre sí, parientes. El grupo de parientes y los cónyuges constituyen la familia, considera el autor Ignacio Galindo Garfias.

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.¹²

¹² GALINDO GARFIAS IGNACIO. Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas, Familia. Ed. Décima segunda. Ed. Porrúa S.A. México 1993. p. 445



En resumen el parentesco no es mas que el nexo entre individuos que descienden de un tronco común o que obtienen tal calidad por disposición de la ley.

Por su parte, el autor Antonio de Ibarra opina que el parentesco es el lazo que existe entre personas que proceden una de otra o tiene un autor común, o bien, es establecido por a ley; dicho de otro modo, el parentesco es lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o un acto que imita al engendramiento y cuya similitud con este se haya reconocida por la ley.

2.2 FUENTES

El parentesco, se derivada de dos fenómenos biológicos, la unión de los sexos mediante el matrimonio y la procreación a través de la filiación, así como de un hecho civil encaminado a suplir el fenómeno biológico de la procreación, la adopción.

Es por ello que estos tres tipos de hechos son los únicos que pueden dar lugar al origen de las relaciones de parentesco.

De aquí concluimos que matrimonio, filiación y adopción constituyen las tres grandes fuentes del parentesco.

En cuanto al parentesco por afinidad y el civil o por adopción, será la ley quien determine quienes son los sujetos vinculados por la relación paternal y los actos jurídicos que producirán las consecuencias de derecho.

2.3 CLASES

Nuestro Código Civil Vigente señala en su artículo 246 que la Ley no reconocerá más parentesco que los de el consanguinidad, afinidad y el civil.

Cabe mencionar que la relación entre marido y mujer no es de parentesco, pues ésta relación carece de las características que conlleva cada una de las clases de parentesco, el marido y la mujer no son parientes entre sí, son cónyuges y los deberes y derechos que los vinculan se originan única y exclusivamente en el matrimonio.

2.3.1 PARENTESCO CONSANGUÍNEO

Parentesco consanguíneo es aquel que se origina entre personas que descienden de un mismo progenitor, es el vínculo jurídico que existe entre personas unidas por lazos de sangre, por lo que es clasificado como fuente primordial del parentesco.

Es el vínculo jurídico que se establece entre personas que descienden unas de otras o que reconocen un antecesor común, esto es, los hermanos, pues el padre es su progenitor común. Así como el padre respecto del hijo, el abuelo respecto del nieto. Los hermanos tienen el mismo padre y madre, y aquellos, así como tíos, sobrinos y primos, toda vez que tienen un abuelo en común.

Rafael Rojina Villegas enuncia como consecuencias jurídicas del parentesco por consanguinidad:

1.- Crea el derecho y la obligación de alimentos.

2.- Origina el derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria, bajo determinados supuestos.

3.- Crea determinadas incapacidades en el matrimonio y en relación con otros actos o situaciones jurídicas. En la tutela legítima constituye la base para el nombramiento del tutor.

4.- Origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad que contraen sólo entre padre e hijos, abuelos y nietos en su caso.

2.3.2 PARENTESCO POR AFINIDAD

El parentesco por afinidad es aquel que se contrae a través del matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y viceversa.

Es decir, en este tipo de parentesco se vincula a los parientes consanguíneos del esposo con la esposa y a los consanguíneos de la esposa con el esposo. El parentesco por afinidad es conocido en el lenguaje corriente como parentesco político, vinculando a suegros con yerno y nuera, cuñados, cuñadas, e hijastros respecto de los padrastros.

De este modo a los sujetos que por ser parientes de uno de los cónyuges, son también parientes en el mismo grado, del otro cónyuge, se le conoce como parentesco por afinidad.¹³

¹³ IBIDEM p. 446

Este vínculo de parentesco entre afines, no se extiende como lo hace el parentesco consanguíneo, pues no establece una relación entre los afines de la mujer y los afines del marido de ésta, ni entre los afines del marido y los de la mujer. Así, no existe en el derecho civil moderno, relación jurídica entre los maridos de dos hermanas, ni entre esposas de dos hermanos, ya que únicamente los consanguíneos de cada cónyuge adquieren parentesco con el consorte de éste, la afinidad es la que hace entrar al cónyuge a la familia del otro cónyuge.

En nuestro derecho las consecuencias del derecho por afinidad son muy restringidas, pues no origina la obligación alimenticia, ni el derecho de heredar, sin embargo, si se acepta como consecuencia jurídica importante, la imposibilidad para celebrar matrimonio entre parientes por afinidad en línea recta.

La afinidad nacerá únicamente del matrimonio y es por ello que en el concubinato no se produce esta clase de parentesco, pues la ley no lo reconoce así.

2.3.3 PARENTESCO CIVIL

El parentesco civil también llamado parentesco por adopción, resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato. Por virtud del mismo se crean entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo.¹⁴

La Ley establece que parentesco civil es aquel que nace de la adopción simple o de la adopción plena, en la primera de ellas los lazos de parentesco se dan únicamente entre adoptante y adoptado y en la segunda el parentesco confiere los mismos derechos y obligaciones que los derivados del parentesco consanguíneo.

2.4 LÍNEAS Y GRADOS

A fin de determinar la cercanía del parentesco, la ley establece grados y líneas de parentesco.

Cada generación forma un grado y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco, esta línea podrá ser recta o transversal. La

¹⁴ ROGINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. T. II. ed. sexta. Ed. Porrúa S.A. México 1993. p. 158

primera de ellas se compondrá de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras, mientras que la segunda, de serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.

La línea recta a su vez podrá ser ascendente o descendente, ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede, descendente será aquella que liga al progenitor con los que de él proceden, según el punto de partida y la relación a que se atiende.

En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones o por el de las personas excluyendo al progenitor, mientras que en la línea transversal los grados se contarán por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.

Dicho de otro modo, el grado de parentesco está formado por cada generación, de tal modo que todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o ascendiente. Por ejemplo, todos los hijos de un padre, sin importar si nacieron antes o después o de la misma madre, pertenecen a la misma generación y se encuentran en el mismo grado de parentesco, respecto de su progenitor.

Así, la línea de parentesco se conformará por las series de grados de parentesco o generaciones.

Como ya se mencionó, existen dos formas de contar los grados de parentesco:

1.- En la primera de ellas se cuenta el número de personas que forman la línea y se suprime al progenitor común, así, en línea recta entre el abuelo y el nieto existen tres personas: abuelo, padre y nieto, de modo que el grado de parentesco entre ellos es el segundo.

2.- En la segunda, se consideran las generaciones que separan a un pariente de otro u otros, así, entre padre e hijo hay una generación, por lo tanto, el grado de parentesco entre ellos es el primero. Por su parte, entre el abuelo y el nieto hay dos generaciones, es decir, que estos serán parientes en segundo grado.

Para contar el parentesco en línea transversal colateral, se inicia por el extremo de una de ellas, se sube hasta el progenitor común, y se baja hasta el otro pariente por la línea correspondiente.

De tal manera, entre dos hermanos el grado de parentesco es el segundo, pues hay tres personas en la línea: primer hermano, padre y segundo hermano, y al suprimir al progenitor común quedan dos personas, lo

que indica el segundo grado. Lo mismo sucede entre tío y sobrino, pues el número de personas en la línea es de cuatro y las generaciones que los separan son tres, una en una línea y dos en otra, el grado de parentesco es el tercero.

En el parentesco por afinidad la línea y el grado se cuentan como en el parentesco consanguíneo, tomando un cónyuge el lugar del otro en el árbol genealógico, que se forma con las diversas líneas que arrancan del progenitor común.

En el caso de la adopción simple, no hay más líneas de parentesco que las que se forman entre adoptante y adoptado, pues el parentesco no tiene efectos respecto de los otros parientes de cualquiera de las dos partes y tampoco entre otros adoptados por la mismas personas, de aquí, que en este tipo de parentesco no existan ni abuelos ni hermanos adoptivos.

2.5 EFECTOS

La intensidad de los efectos que produzca el parentesco estará determinada por la cercanía o lejanía del mismo. De aquí la regla universalmente aceptada de que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos. Estos efectos podrán agruparse en dos clases, personales y

pecuniarios, consideran los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez.

2.5.1 EFECTOS PERSONALES

Efectos Personales

a) Hacen referencia al deber de asistencia, ayuda y socorro, cuya manifestación más clara es la obligación de proporcionarse alimentos, así como la patria potestad y la tutela.

b) Los matrimoniales, que se refieren al impedimento para celebrara matrimonio entre parientes.

En la línea recta consanguínea y por afinidad, el impedimento matrimonial entre parientes se extenderá a todos los grados, es decir, padres e hijos y suegro (a) y nuera o yerno.

En cambio, en la línea transversal o colateral el impedimento matrimonial sólo existirá en el parentesco consanguíneo y se extenderá hasta el tercer grado, tíos y sobrinos, aún cuando en este grado sea dispensable. No ocurre así en el segundo grado, hermanos, aunque únicamente lo sean por un progenitor.

En el parentesco civil o por adopción, también existe el impedimento matrimonial entre adoptante y adoptado. En este caso, dicho impedimento podrá ser eludido poniendo fin a la adopción.

2.5.2 EFECTOS PECUNIARIOS

Efectos Pecuniarios.

a) Son efectos pecuniarios del parentesco los hereditarios, en lo que se refiere a los derechos de sucesión legítima que se genera sólo en los parentescos consanguíneo y civil.

En el parentesco los efectos no se extienden más allá del cuarto grado en línea colateral, por lo que la obligación de darse alimentos y el derecho de sucesión únicamente subsisten hasta dicho grado. Por lo que hace a la tutela legítima, a falta de cónyuge o tutor testamentario, los parientes serán los tutores de aquellos incapacitados.

2.6 CONCEPTO DE FILIACIÓN

Se entiende por filiación, el vínculo que se origina entre padres e hijos de ambos visto desde la perspectiva del hijo. Se llamará paternidad, cuando este vínculo sea visto desde la perspectiva de los padres. La filiación y la paternidad se establece entre personas a quienes la ley coloca como padre, madre e hijo asignándoseles una serie de derechos y obligaciones derivados de esta relación.

No olvidemos que la procreación es fuente del derecho de familia, esto es, que la pareja, mediante la unión sexual tenga un hijo, lo cual generará el vínculo biológico y jurídico entre los progenitores, padre y madre con el hijo de ambos, dando así lugar a la paternidad y a la filiación.

La filiación puede darse dentro o fuera del matrimonio, de aquí que si es el caso que el nacimiento de un niño se de dentro una pareja legalmente casada se habla de filiación matrimonial o legítima, en cambio, si este nacimiento se origina de una pareja en la que el padre y la madre no están casados, se habla de una filiación extramatrimonial, ilegítima o natural.

2.7 NOCIÓN NATURAL

Paternidad significa en sentido estricto gramatical, calidad de padre, como maternidad es calidad de madre. La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres; significa una relación de origen que permite conocer quienes son los ascendientes de una persona determinada. Paternidad y filiación se refiere a la misma relación y unión humana existente entre los que procrean y son procreados.

2.8 NOCIÓN JURÍDICA

Jurídicamente el término filiación tiene dos connotaciones, una amplísima que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, etc., sino también en línea descendente, para tomar como punto de relación o vínculo a los hijos, los nietos, los bisnietos etc.. Además de que este sentido amplísimo por filiación se entiende en una connotación estricta: la relación de derecho que se da entre progenitor y el hijo.¹⁵

¹⁵ IBIDEM p. 591

De lo anterior que implique una serie de derechos y obligaciones creadas entre padres e hijos y que por lo general constituyen en la filiación legítima o en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.

En resumen a todo lo antes dicho, se define en sentido jurídico que la filiación es la relación permanente entre padres e hijos, que crean derechos y obligaciones familiares.

La filiación puede considerarse según el autor Marcel Planiol, como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados.

La filiación, desde el punto de vistas jurídico reconoce la realidad biológica por la que unos seres descienden de otros, pero no toda la filiación biológica necesariamente es jurídica.

Para que el hecho natural de la filiación y esa relación nacida de la naturaleza tenga consecuencias jurídicas, se requiere que esta filiación tenga

su origen en el matrimonio o bien, si es extramatrimonial, que exista el reconocimiento por los medios previstos en la legislación.

La filiación como vínculo jurídico no es solo biológica, se requiere también el reconocimiento legal, lo usual es que la ley se basa en la biología para generar el vínculo jurídico, pero tenemos también la filiación adoptiva que no tiene nexo alguno en lo biológico.

Es por ello que desde campo de estudio del derecho podemos hacer la siguiente división:

- a) Filiación matrimonial o legítima.
- b) Filiación extramatrimonial o natural
- c) Filiación legitimada
- d) Filiación por adopción

2.9 FILIACIÓN LEGÍTIMA O MATRIMONIAL

Por razón biológica, la paternidad es una situación que creará incertidumbre, lo que no sucede con la maternidad, en la que basta con probar que la mujer da a luz a un hijo, y que ese nuevo ser procede de ese alumbramiento para que sea hijo de ella.

En cambio, la paternidad se rodea de dudas, ya que se entiende o previene al padre que ha realizado el acto procreador con la madre en el momento probable de la concepción y se le adjudica el carácter de padre solamente por elemento o efectos deductivos, por mera presunción y por ser la paternidad un elemento indispensable de la vida social.

Como es sabido, la mayoría de los hijos nacen dentro del matrimonio, y forman parte de la convivencia normal y común de los matrimonios y de la familia, la forma de procreación más aceptada en todo el ámbito y mejor vista, y que en mucho la paz y bienestar social descansa en estos principios partiendo de estos datos sociales y tradicionales, cobra actualidad el viejo aforismo romano que encierra simplemente una presunción con trascendentes efectos jurídicos: “el padre, es el marido de la madre”, pero eso no deja de ser una simple presunción, ya que la paternidad no puede ser objeto de una demostración directa, automática e inequívoca que obligue a la ley decir que son hijos del marido los nacidos dentro del matrimonio.

La filiación legítima o matrimonial es el vínculo que se crean entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres, es decir, que aquel debe ser concebido dentro del matrimonio y no simplemente nacer dentro de él.

El nacimiento sí puede darse fuera del matrimonio sin perjuicio de seguir considerando a un hijo como legítimo, pues se da con frecuencia el

caso de que, al momento del alumbramiento, los padres se han divorciado, o ha fallecido el padre o se ha declarado nulo el matrimonio.

De aquí se concluye que lo que determina la filiación legítima no es el momento del nacimiento sino el de la concepción.

En el caso de la nulidad de los matrimonios, aún en las situaciones más extremas, los hijos se reputan como legítimos, siempre y cuando hayan sido concebidos dentro del matrimonio, es decir, que los hijos no deben pagar la falta de los padres.

Refiriéndonos a la madre, se exige la prueba directa que se acredita en el acta de nacimiento o a falta de esta, con prueba testimonial acreditando el parto y la identificación del hijo.

Es de importancia señalar que tanto el progenitor como los hijos, tiene el derecho a ejercitar su acción, la del progenitor se llama desconocimiento o contradicción de la paternidad, mientras que la del hijo se conoce como acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.

2.10 FILIACIÓN NATURAL

Conocida también como filiación extramatrimonial, se considera así al hijo de padres que no está unidos en matrimonio.

La intención del legislador al desaparecer de los actos del registro civil los antecedentes de ilegitimidad en el origen del recién nacido, es con pura y simple intención de que el menor no arrastre consigo el estigma de una falta que él no cometió, por lo que la ley de las facilidades para reconocer a los hijos extramatrimoniales cualquiera que haya sido su origen.

El reconocimiento del hijo es la afirmación de la paternidad; ya sea de forma unilateral o bilateral.

Son características del reconocimiento: ser un acto puro, retroactivo a la fecha del nacimiento, puede ser por declaración judicial, voluntario y personal.

Los que dan origen a la filiación extramatrimonial o ilegítima son los hijos de la mujer soltera provenientes de una relación fuera del matrimonio. Atendiendo a la situación de los progenitores , se reconocen diversos tipos de filiación extramatrimonial.

Filiación natural: Esta es derivada de aquella unión en la que no existía impedimento alguno para que los progenitores contrajeran matrimonio, es decir, una filiación simple en la que la pareja no está casada, pero que al momento de la concepción no hubo impedimento para casarse.

Filiación Espuria: Aquella en la que los progenitores estaba imposibilitados para casarse. Este tipo de filiación a su vez puede ser dividida en adulterina, incestuosa y sacrílega, es decir, ya sea por que alguno de los progenitores estuviera casado, porque ambos fueran pariente o por que dentro del sistema eclesiástico se estableciera incapacidad para contraer matrimonio por celibato forzoso.

2.11 FILIACIÓN LEGITIMADA

Es la correspondiente a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él, o estos los reconocen antes de celebrado, durante el mismo o posteriormente a su celebración.

La legislación permite al hijo que nació fuera del matrimonio, conseguir el estado de hijo legítimo, especialmente por el efecto del matrimonio celebrado entre sus padres; pero también excepcionalmente y aún faltado el matrimonio por medio de la legitimación por concesión real.

Se señala que existen dos casos de hijos legitimados:

- a) Para los hijos que nazcan dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio de sus padres y;
- b) Para los hijos que hubieren nacido antes de dicho matrimonio.

2.12 FILIACIÓN ADOPTIVA

Esta clase de filiación se origina en base al hecho de la procreación del hijo por obra de quienes resultan ser legalmente sus padres, en la adopción se prescinde de este hecho, se crea una relación entre padres e hijos sin que haya sido procreado por aquellos, pero nos encontramos también ante un estado de filiación con características propias y que sólo por ciertos efectos se equipara por la ley al estado de filiación legítima.

La filiación adoptiva crean un vínculo jurídico de filiación entre dos personas fuera de todo vínculo consanguíneo, simplemente nace de la voluntad.

CAPÍTULO TERCERO

LOS ALIMENTOS Y LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

3.1 CONCEPTO JURÍDICO DE ALIMENTOS

Al referirnos al término Alimentos, estamos frente a un concepto que comúnmente y de la maneja más simple es definido como cualquier sustancia o elemento que sirva para nutrir, sin embargo, jurídicamente esta connotación se amplía, pues los alimentos no sólo se circunscriben a la comida, sino a todas las asistencias necesarias para a sobrevivencia de una persona.

Es decir, jurídicamente se entiende por alimento: la prestación en dinero o en especie que una persona en determinadas circunstancias, puede requerir de otra, entre las señaladas por la ley, para su sostenimiento y subsistencia.

O bien, todo aquello que por ministerio de ley o por resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para vivir.

Los alimentos constituyen una obligación moral, a la que el legislador le ha dado naturaleza jurídica, dicha obligación es derivada del parentesco.

3.2 CONTENIDO DE LOS ALIMENTOS

En el área jurídica, los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco, y estos se encuentran comprendidos por: comida, vestido, habitación, y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

3.3 FUNDAMENTACIÓN DE LOS ALIMENTOS

Los alimentos se manifiestan como una consecuencia del parentesco y el matrimonio, por lo que existiendo parentesco, a su vez existe el deber de ayuda mutua que se deben los parientes y al igual los cónyuges, y la forma normal de cumplirla es a través de la obligación de suministrarse alimentos en caso de necesidad. Por lo que en este sentido, la obligación alimentaria es señalada como una obligación natural fundada en el principio elemental de solidaridad familiar.

El ser humano tiene derecho a los alimentos, considerado como derecho inherente a la persona humana. El derecho de alimentos es la

facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otra lo necesario para subsistir , en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio.

La obligación legal de los alimentos entre parientes, reposa en el vínculo de solidaridad que existe entre los miembros del organismo familiar y en la comunidad de intereses que igualmente hay entre ellos.

Los alimentos fueron una obligación natural, antes de una obligación civil, pues el legislador al realizar esta transformación dio al deber de alimentar, fundado en los lazos de la naturaleza la eficacia necesaria para exigirlos por la vía judicial en los casos en que la fundamentación originaria fuese desconocida o rechazadas sus consecuencias.

Los alimentos se dan de manera voluntaria y espontánea, sólo en casos excepcionales el cumplimiento de este deber moral y jurídico, a un tiempo, exige la intervención judicial.

3.4 CONCEPTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Es la prestación generada por el matrimonio y el parentesco de ayudar al pariente en estado de necesidad, proporcionándole alimentos para su subsistencia.¹⁶

3.4.1 CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Son características de la obligación alimentaria:

a) Reciprocidad: Es una obligación recíproca en tanto que el que da alimentos, tiene a su vez el derecho de pedirlos.

b) Personalísima: Por cuanto que depende únicamente de las circunstancias individuales del acreedor y deudor, los alimentos son conferidos a una persona determinada en razón de sus necesidades y se imponen también a otra persona determinada, tomando en cuenta su carácter de pariente o de cónyuge y sus posibilidades económicas.

c) Intransferible: Toda vez que esta obligación no podrá ser motivo de transferencia ni por herencia, ni durante la vida del acreedor o del deudor alimentario. Siendo la obligación de dar alimentos personalísima, es evidente que se extingue con la muerte del deudor alimentario o con el fallecimiento

¹⁶ IBIDEM Op. Cit. Supra (3). p. 28

del acreedor, no hay razón para extender la obligación a los herederos del acreedor, pues los alimentos se refieren a necesidades propias e individuales del alimentista y en el caso de muerte del deudor, se necesita causal legal para que aquel exija alimentos a otros parientes, que serán los llamados por la ley para cumplir con este deber jurídico.

Respecto de los cónyuges, esta obligación también es intransferible tanto por herencia como durante la vida del acreedor o deudor, es decir, cada cónyuge tiene la facultad de exigir alimentos al otro, dentro de los límites y requisitos señalados por la ley, extinguiéndose a su muerte tal derecho y por lo tanto la obligación que correlativamente puede tener al respecto.

Se exceptúa el caso de la pensión que deba dejarse por testamento al cónyuge supérstite.

d) Inembargable: El derecho correlativo es inembargable, tomando en cuenta que la finalidad de la pensión alimenticia consiste en proporcionar al acreedor los elementos necesarios para subsistir, la ley considera que el derecho a los alimentos es inembargable, ya que de lo contrario sería como privar a una persona de lo necesario para vivir.

e) Imprescriptible: Respecto al derecho de exigir alimentos en el futuro, se considera por ley como imprescriptible, pero en cuanto a las

pensiones causadas, deben aplicarse los plazos que se establecen para la prescripción de las prestaciones periódicas, es imprescriptible en tanto que no se extingue aunque el tiempo transcurra sin ejercerla.

f) Intransigible: Puesto que no es objeto de transacción entre las partes.

g) Proporcional: En tanto que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlo y a las necesidades de quien debe recibirlos, determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente.

h) Divisible: Las obligaciones se consideran divisibles cuando su objeto puede cumplirse en diferentes prestaciones, en cambio, son indivisibles cuando sólo pueden ser cumplidas en una prestación, tratándose de los alimentos, en la ley se determina su carácter divisible cuando existen diferentes sujetos obligados, en el caso de que una sola persona sea obligada, también la naturaleza de los alimentos permite su división.

En nuestro sistema existen dos formas para satisfacer los alimentos, tanto en dinero, como incorporando al deudor a la casa del acreedor o a su familia, debe entenderse que sólo serán divisibles en cuanto al modo de pago en el tiempo, si la prestación alimentaria se cobra en efectivo, no existe precepto legal que impida al acreedor satisfacer en especie lo que necesita

el deudor para su comida, vestido habitación y asistencia en caso de enfermedad.

i) A prorrata: La obligación alimentaria debe prorratearse cuando son varios los obligados a dar alimentos a otro, es decir que, deberá de dividirse atendiendo a la fortuna de los deudores.

j) Crea un derecho preferente: La preferencia de los alimentos se reconoce a favor de los cónyuges y de los hijos, sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia.

k) No es compensable ni renunciable: La obligación alimentario no podrá ser objeto de renuncia, es un derecho al que no se puede renunciar al futuro, pero si a las pensiones vencidas. Es incompensable, ya que no es extingible a partir de concesiones recíprocas.

l) No se extingue por el hecho de que la prestación sea satisfecha: Generalmente, las obligaciones se extinguen por su cumplimiento, en el caso de los alimentos es diferente, pues se trata de una prestación de renovación continua, en tanto subsiste la necesidad del acreedor y la posibilidad económica del deudor, es evidente que de manera ininterrumpida seguirá dicha obligación durante la vida del alimentista.

3.5 FUENTES DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

La obligación alimentaria nace meramente del parentesco consanguíneo, y civil, así como del matrimonio o bien de la disolución de este, conocido como el divorcio.

3.6 SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Son sujetos obligados a darse alimentos, todos los parientes en los grados reconocidos por la ley, y que se extienden sin limitación de grado en línea recta a los parientes consanguíneos y en línea transversal o colateral hasta el cuarto grado; asimismo se incluye la pareja conyugal y al adoptante y adoptado.

Respecto de los alimentos, el artículo 357 del Código Civil para el Estado de Guanajuato a la letra dice: “Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximas en grado”.

En el mismo sentido, la Ley establece que los hijos también estarán obligados hacia con sus padres, y a falta o por imposibilidad de los hijos, lo estarán los descendientes más próximos en grado.

De igual forma, el adoptante y el adoptado, tienen obligación de darse alimentos, en los casos en que la tienen el padre y los hijos.

En cuanto a los cónyuges, estos deberán proporcionarse alimentos mientras subsista el vínculo matrimonial; y en caso de divorcio causal, el cónyuge culpable podrá ser condenado al pago de alimentos a favor del inocente.

En lo que refiere al divorcio voluntario, la mujer tiene derecho a recibir alimentos por el mismo lapso que haya durado el matrimonio, siempre y cuando no perciba ingresos suficientes y permanezca libre de matrimonio o concubinato. De igual manera, el varón cuenta con el mismo derecho si es el caso que se encuentre imposibilitado para trabajar, carece de bienes y no ha contraído nuevas nupcias o se ha unido en concubinato.

3.7 FORMAS DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Existen dos formas en las que el deudor alimentario podrá cumplir con su obligación:

La primera de ellas consiste en asignar una pensión adecuada al acreedor alimentario, mientras que la segunda se refiere a incorporar a este acreedor a la familia del deudor.

En caso de que el acreedor se oponga justificadamente a esta incorporación a la familia del deudor, competirá al Juez según la circunstancias, fijar la manera de ministrar los alimentos.

3.8 FORMAS DE GARANTIZAR LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Dada la importancia de la obligación alimentaria, y tomando en cuenta que dicha obligación no puede tan solo dejarse a la voluntad del deudor, nuestra Ley Sustantiva Civil vigente, en su artículo 369 autoriza el aseguramiento de los alimentos señalando que tendrán acción para pedirlo:

I.- El acreedor alimentario.

II.- El ascendiente que lo tenga bajo su patria potestad.

III.- El tutor.

IV.- Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

V.- El Ministerio Público.

Dicho aseguramiento podrá consistir en prenda, hipoteca, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos.

Prenda.- Es la cosa mueble que se sujeta a la seguridad o cumplimiento de una obligación , en empeño o fianza.

Hipoteca.- Generalmente es la finca con que se garantiza el pago de un crédito conceptual izándose como un derecho real que recae sobre bienes inmuebles que permanecen en la posesión de su dueño, y que garantiza el cumplimiento de una obligación.

Fianza.- Es la obligación que uno contrae para hacer algo a lo que otro se ha obligado, en el caso de que este no lo cumpla, de toro modo es la prenda que uno da en seguridad del buen cumplimiento de su obligación o compromiso.

Depósito.- El confiar a determinada persona, una cosa, en este caso dinero sobre su palabra, poner bienes o valores bajo la custodia de una persona la cual la restituirá cuando el depositante lo pida.

3.9 CAUSAS DE TERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

El Código Civil para el Estado de Guanajuato vigente señala en su artículo 374 que la obligación de dar alimentos se suspende:

I.- Cuando el que la tiene carece de los medios para cumplirla.

II.- Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;

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

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

Por otra parte, señala el Código en cita que esta dicha obligación cesará en caso de injuria, falta o daño graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos.

Mientras que en su artículo 320 del Código Civil Federal vigente estipula que se suspende o cesa, según el caso, la obligación de dar alimentos, por cualquiera de las siguientes causas:

I.- Cuando el que la tiene carece de los medios para cumplirla.

II.- Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos.

III.- En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos.

IV.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad.

IV.- Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificadas; y

V.- Las demás que señale este Código u otras leyes.

CAPÍTULO CUARTO

LA PATRIA POTESTAD

4.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Para analizar la evolución histórica de la Patria Potestad, es conveniente remontarnos al Derecho Romano, donde encuentra sus orígenes, ya que aquí ésta le pertenecía al jefe de familia y consistía en el poder que se ejercía sobre los hijos y sus descendientes, tenía carácter perpetuo ya que era un poder real y efectivo del “Pater” familias sobre todos sus descendientes y se prolongaba por toda la vida de los sujetos.

En un principio, la patria potestad es creada para proteger los intereses familiares, sin embargo, en una primera etapa esta únicamente protegía los intereses de quien la ejercía ya que todos los derechos estaban de su lado y todas las obligaciones del lado de las personas sometidas a él a tal grado que las facultades del pater familias abarcaban la persona y los bienes de sus hijos, de tal manera que podía venderlos como esclavos si lo hacía fuera de Roma e incluso condenarlos a muerte; pues este sometimiento no cambiaba por razón de la edad ni por la circunstancia de contraer matrimonio.

El Pater era dueño de todos los bienes que el hijo adquiría, con un poder absoluto y dictatorial, asimismo, la potestad marital que se tenía respecto a la mujer era equiparable a la potestad sobre los esclavos, no obstante, esta situación fue suavizándose a través de los siglos.

En un principio, la autoridad paternal fue semejante a la autoridad que tenía el amo sobre el esclavo; el Pater era dueño de todos los bienes que el hijo adquiría, con un poder absoluto y dictatorial, asimismo, la potestad marital que se tenía respecto a la mujer se equiparaba a la potestad sobre los esclavos, la autoridad era ejercida totalmente sobre la persona y los bienes, no obstante, esta situación fue suavizándose a través de los siglos hasta convertirse en una relación de igualdad de derechos y deberes para padres e hijos.

Con el tiempo, todas las características de la patria potestad se fueron suavizando, ejemplo de ello fue el edicto de Constantino con el que se atenuaron las facultades del padre y mejoró la situación del hijo, asimismo, con el advenimiento del Cristianismo se entendía mayormente al interés del hijo, entendiéndose la Patria Potestad como una función obligatoria más que como un derecho.

Sucesivas atenuaciones en el desarrollo del derecho romano, sufrió este poder o autoridad constitutivo de la patria potestad, como puede

observarse a través de la institución de los peculios, pues desde el punto de vista del derecho patrimonial, en sus orígenes, el jefe de familia era el titular del patrimonio de sus hijos y de sus esclavos, después al reconocer la facultad del pater para otorgar a sus hijos un patrimonio en administración y usufructo paulatinamente se les permitió sustraerse a la autoridad paterna.

Por el sistema de los “peculios”, el hijo pudo tener patrimonio propio y administrar sus bienes, hasta convertirse en una institución protectora del menor, establecida en provecho y beneficio de este.

Entiéndase como peculio, la masa de bienes sobre la que se reconocieron al hijo de familia facultades variables, según las distintas épocas del derecho romano.

Asimismo, en Roma se reconocieron diferentes especies de peculio:

Profecticio: Constituido por los bienes que el padre entregaba al hijo para su administración y en muchos casos, para dedicarlos al ejercicio del comercio o industria.

Adventicio: Constituido por los bienes adquiridos por el hijo por medio de su trabajo, por donación, legado o herencia de su madre u otros parientes; excluido el padre.

Castrense: Creado en la época de Augusto, a favor de hijo de familia que fuese militar, el cual comprendía los bienes adquiridos como consecuencia de su profesión, esto era, su sueldo y su botín de guerra, era el procedente de sus haberes devengados con los ingresos obtenidos en el ejercicio de un cargo público o profesión liberal.

Cuasi-castrense: El cual aparece en la época del emperador Constantino y estaba integrado por lo bienes que adquiere el hijo en virtud de sus servicios públicos o eclesiásticos. Posteriormente, también se le concede al hijo no emancipado el derecho de propiedad sobre aquellos bienes recibidos por herencia materna también llamados bienes adventicios.

4.1.1 DERECHOS SOBRE LA PERSONA

Como ya se mencionó anteriormente, en los primeros siglos de Roma el poder del Pater familias era prácticamente ilimitado, llegando este a tener derecho de vida y muerte sobre sus descendientes, así como el poder de emanciparlos a una tercera persona.

Este poder absoluto y en muchos casos irracional, fue paulatinamente frenado por el derecho y en posteriores épocas fue mucho más moderado.

4.1.2 DERECHOS SOBRE LOS BIENES

En un principio, todo bien que la persona adquiría, automáticamente pertenecía al jefe de la familia, sin embargo, más tarde y gracias a la idea del peculio profecticio, al pater se le reconoció la facultad de otorgar a sus hijos un patrimonio en administración y usufructo.

De igual manera, a los hijos se les otorgó la capacidad de recibir en propiedad, administración y usufructo, el peculio castrense, el casi castrense y los bona adventicia, pudiendo así ir formando un patrimonio propio e independiente.

4.1.3 DIFERENCIAS ENTRE LA INSTITUCIÓN ROMANA Y LA ACTUAL

Una de las primeras diferencias que podemos notar en la institución de la patria potestad es que en un principio esta fue establecida a favor del

grupo familiar encabezado por el Pater Familias, hoy en día, esta institución se determina en beneficio del menor.

La segunda de las diferencias es que en Roma esta fue una facultad del Pater Familias varón mayor de edad, jamás de la mujer, mientras que en la actualidad, esta facultad es ejercida por la pareja, si son casados o viven juntos, estando separados y no habiendo acuerdo entre ellos, será uno u otro atendiendo a lo que resuelva el Juez.

Por otra parte, en sus inicios la patria potestad era perpetua mientras viviera el pater familias, no importaba la edad del hijo, sin embargo actualmente esta institución se limita a la menor edad del hijo y acaba con la emancipación o por el matrimonio del menor.

Diferencia marcada es que anteriormente, los bienes que obtenía el alieni juris correspondían al pater familias; él carecía de bienes propios, actualmente, los bienes que obtienen los hijos por cualquier título, tanto los ganados por su trabajo como los adquiridos por dones de la fortuna, herencias, donaciones, loterías, les pertenecen en propiedad.

Se diferencian en cuanto a la administración de los mismos, de los primeros, la propiedad, usufruto y la administración corresponden de forma

exclusiva al hijo y de los segundos la propiedad es del hijo pero la administración corresponde al padre.

En la época antigua, el pater familia podía renunciar a la patria potestad, hoy en día esta la patria potestad es irrenunciable.

Finalmente, podemos mencionar que en Roma la patria potestad era ejercida por el progenitor más viejo sobre hijos y nietos, excluyendo al progenitor inmediato, mientras que ahora los padres son quienes ejercen esta institución y en ausencia de ellos, la ejercen los abuelos.

4.2 CONCEPTO

La patria potestad, del latín *patria potestas*, es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos mientras éstos son menores de edad o están incapacitados, con el objetivo de permitir el cumplimiento a aquellos de los deberes que tienen de sostenimiento y educación de éstos.

“La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.¹⁷

Así, se considera a esta institución como un medio concedido a los ascendientes por el cual pueden cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes.

A opinión del autor Ignacio Galindo Garfias, la patria potestad toma su origen en la filiación, pues es un institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, habidos fuera de él o adoptivos.

Por su parte, Marcel Planiol considera que la patria potestad consiste en derechos y poderes que únicamente se conceden a los padres, como consecuencia de los deberes que tienen que cumplir, que si ésta existe es por las obligaciones numerosas a cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase que es “la educación del hijo”.

La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría, que tiene por

¹⁷ PLANIOL MARCEL Y GEORGES RIPERT. Derecho Civil. V. 8. Ed. Oxford University Press. México, 1999. p. 255

objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos. De manera que la patria potestad va a comprender la guarda, representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella.

De la misma forma, entiéndase por patria potestad el conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por ley a los padres para que cuiden y representen a sus hijos desde su nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en tal periodo.

Y más que un poder, actualmente es una verdadera función, pues el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carecer de autoritarismo que tuvo en el derecho romano, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor y a la que no es extraña la intervención del estado.

Los tratadistas reconocen en la patria potestad un contenido moral y un contenido jurídico. Estos contenidos aparecen perfectamente entrelazados, sin que ninguno de ellos pueda ser separado del otro sin atacar a la naturaleza esencial de esta institución.

De esta manera podemos decir que la patria potestad constituye una relación paterno-filial que consiste en un régimen de protección de los

menores no emancipados, donde se encomienda la protección de éstos a sus padres. La patria potestad no deriva del matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

4.2.1 FUENTES

Como fuentes de la patria potestad se presentan el matrimonio, la adopción y la legitimación.

4.3 SUJETOS

Serán sujetos activos de la patria potestad aquellos que tengan la facultad de ejercerla como los ascendientes: padre y madre y falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la ley o el juez familiar, atendiendo a la conveniencia del menor.

Y serán sujetos pasivos aquellos sobre los que recaiga esta institución como los descendientes menores de 18 años no emancipados.

El Código Civil vigente de nuestro Estado, señala en su artículo 468 que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce por el padre y la madre, o en su caso, por el supérstite. A falta de padres la patria potestad corresponde a los abuelos de acuerdo a lo siguiente:

I.- Cuando haya abuelos por ambas líneas el Juez los escuchará y decidirá lo más conveniente a los menores, tomando en cuenta la mayor identificación afectiva, las condiciones físicas y morales de los abuelos, su estabilidad económica y siempre que fuere posible, la opinión del menor. El ejercicio de la acción respectiva corresponde a cualquiera de los abuelos y en su defecto al Ministerio Público.

En cuanto el Juez tome conocimiento en el asunto, deberá tomar las medias necesarias en relación a la custodia de los menores, mientras decide sobre la patria potestad.

II.- Cuando sean dos o más los menores de una misma familia que convivan juntos, el Juez procurará la continuación de dicha convivencia, si ello fuere posible; y

III.- En todos los casos, para determinar a quien corresponde ejercer la patria potestad, el Juez tendrá en cuenta el interés superior de los menores.

Por otra parte, el artículo 473 del mismo Código señala que la patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercen únicamente las personas que adoptan, en la adopción simple; mientras que en la adopción plena la patria potestad se ejerce en los términos señalados en este Código para los hijos consanguíneos.

4.4 EFECTOS

Los autores Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro consideran que los efectos de la patria potestad serán divididos en:

- a) Efectos sobre la persona del hijo y,
- b) Efectos sobre los bienes del hijo.

4.4.1 EN RELACIÓN CON LA PERSONA DEL MENOR

Se refiere tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, como a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

El menor bajo la patria potestad debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, y en cuanto a la función protectora y formadora, el ascendiente está obligado a la guarda, manutención y educación del menor, pudiendo corregirlo mesuradamente.

La guarda presupone que mientras el hijo esté bajo la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad. Su domicilio legal es el del que ejerce la patria potestad.

El mantenimiento implica todas las prestaciones señaladas según la obligación alimentaria, incluso la educación de acuerdo a las posibilidades del obligado.

Por su parte, el ascendiente está obligado a representar al menor, quien no puede celebrar actos ni comparecer en juicio sin autorización.

4.4.2 EN RELACIÓN CON LOS BIENES DEL MENOR

Estos bienes son clasificados en:

- a) Bienes que adquiere el menor por su trabajo, mismos que le pertenecen en propiedad, administración y usufructo.

b) Bienes que adquiere por otro título, de los cuales la propiedad pertenece al hijo, pero la administración corresponderá al ascendiente.

La propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto por el testador o donante.

Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciéndolo constar por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.

El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

I.- Por el matrimonio o por la mayor edad de los hijos

II.- Por la pérdida de la patria potestad

III.- Por renuncia

4.4.3 INTERVENCIÓN JUDICIAL

Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta al Juez de la administración de los bienes de los hijos, por tanto, no pueden en ningún momento, donar, vender o hipotecar los bienes que pertenecen al menor sino en caso de necesidad que haya sido comprobada ante el Juez.

Tampoco pueden arrendar por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años, vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de estos, ni dar fianza en representación de los hijos, ni dejar de rendir cuentas de su administración.

Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes y los muebles preciosos que correspondan a los hijos, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del Juez competente.

Cuando el Juez ejerza licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble preciosos perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la

venta se dedique al objeto a que se destino y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca a favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de el sin orden judicial.

Los jueces tiene la facultad de tomar a instancia de las personas interesadas, del menor, cuando hubiere cumplido 14 años, o del Ministerio Público, las medidas necesarias para impedir que, por mala administración de quienes ejerzan la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

La intervención judicial estará autorizada, precisando un requerimiento expreso al Juez, no estando permitida la intervención de oficio.

Los que ejercen la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que estos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

4.5 SUSPENSIÓN, PÉRDIDA Y EXTINCIÓN

Si bien es cierto que la patria potestad es irrenunciable, esta podrá excusarse de su desempeño cuando las personas que deban ejercerla sean mayores de 60 años o cuando por su habitual mal estado de salud no puedan hacerlo.

La patria potestad se acaba cuando, sin acto culpable, por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir.

Se pierde cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular, en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su privación y suspenderá cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido este sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión.

Nuestro Código Civil vigente señala en su artículo 496 las causas por las cuales se acaba la patria potestad siendo estas:

I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

II.- Con el matrimonio del sujeto a ella.

III.- Por la mayoría de edad del hijo

La patria potestad podrá acabarse en modo absoluto o en modo relativo.

Se acabará en modo absoluto cuando se trate de la extinción propiamente dicha, es decir, si se extingue en sí misma, y se acabará en modo relativo, cuando sea en relación a las personas que la ejercen, es decir, la pérdida de la patria potestad.

Nuestra Ley sustantiva establece en su artículo 497 que la Patria Potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado por delito grave.

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone nuestra ley al respecto.

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal.

IV.- Por el abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, por más de tres meses.

En cuanto al divorcio, la sentencia del mismo fijará la situación de los hijos conforme a lo siguiente:

a) Cuando la causa del divorcio fuere por la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con la mujer.

b) Por los actos ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

c) Por hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido o persistente de drogas enervantes, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, si los dos fueren culpables quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no lo hubiere se nombrará tutor.

En todos los demás casos el juez decidirá sobre los derechos inherentes a la patria potestad y a la custodia de los hijos menores de edad,

determinando su conservación, pérdida o suspensión para uno o ambos cónyuges, dependientemente del carácter del vencedor o perdedor en juicio, mirando sólo el beneficio de los menores. En su caso, llamará a quien legalmente corresponda el ejercicio de la patria potestad o designar tutor.

En caso de padecer cualquier enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o que científicamente haga prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes de este matrimonio o padecer impotencia incurable, en este caso, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Por otra parte, el Código en cita señala que la patria potestad se suspenderá:

I.- Por la incapacidad declarada judicialmente

II.- Por la ausencia declarada en forma

III.- Por sentencia condenatoria que imponga esta suspensión.

El cónyuge no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior del otro cónyuge, a menos que el hombre o la mujer del matrimonio anterior haya perdido la patria potestad por cualquiera de las

causas enunciadas anteriormente, siempre y cuando el cónyuge adopte a los hijos del matrimonio anterior.

Finalmente, como ya se hizo mención, la patria potestad no es renunciable por el padre ni por la madre; si embargo, los abuelos podrán excusarse de ejercerla cuando tengan 60 años cumplidos o por el mal estado habitual de su salud no puedan atender debidamente a su desempeño; el ascendiente que renuncie a la patria potestad o se excuse de desempeñarla, no podrá recobrarla.

4.6 EMANCIPACIÓN

Algunos autores señalan que la emancipación constituye el final anticipado de la patria potestad, por el sólo hecho de que el menor contraiga matrimonio, adquiriendo así el gobierno de su persona y la administración de sus bienes. Es por lo anterior que en nuestra legislación el menor de 18 años que contrae matrimonio se emancipa.

“La emancipación es un acto que tiene por objeto conferir a un menor:
1. El gobierno de su persona; 2. El goce y administración de sus bienes con una capacidad limitada.”¹⁸

De esta manera, se entiende por emancipación, el acto jurídico que libera al menor de la patria potestad o de la tutela y que le otorga la administración de sus bienes y el gobierno de su persona.

Nuestra ley sustantiva vigente señala que el matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la emancipación, y en caso de que este matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor no recaerá nuevamente en la patria potestad.

Asimismo, establece que el emancipado tendrá la libre administración de sus bienes, sin embargo necesitará durante su menor edad de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de sus bienes raíces, y de un tutor para negocios judiciales.

Al respecto del estado del menor emancipado los autores Marcel Planiol y Georges Ripert aseguran que este es intermedio entre la incapacidad total que afecta al menor no emancipado y la libertad absoluta que goza el mayor que ha llegado a la edad de su plena capacidad civil.

¹⁸ IBIDEM p. 322

En el Derecho mexicano la emancipación es considerada como una institución civil que permite sustraer al menor de la patria potestad y de la tutela, otorgándole una capacidad que le faculta para la libre administración de sus bienes, siempre con determinadas reservas que son expresamente señaladas en la ley.

En sentido amplio, considera Demifilo De Buen, la emancipación en el acto en virtud del cual una persona se ve libre de la patria potestad o de su subrogada la tutela y adquiere la facultad de realizar por si misma los actos jurídicos que especialmente no le están prohibidos por el legislador.

4.6.1 SU ORIGEN

En el derecho romano la emancipación simplemente constituía un medio de extinguir la patria potestad que hacia sui juris al hijo de familia; en el derecho moderno y en el mexicano actual, naturalmente constituye un medio de extinción de la patria potestad y de la tutela, y a la vez, la adquisición de una capacidad especial, que le habilita para los actos de administración de su patrimonio.

En el sistema del Código Civil alemán y en los sistemas análogos, el menor emancipado queda completamente equiparado al mayor, estos es, no

hay emancipación cuando un menor se considera lo suficientemente prudente y hábil para administrar por sí solo sus propios negocios, se beneficia con lo que llama declaración de mayoría que lo asimila completamente a los mayores. No existe pues, un estado intermedio entre la incapacidad ordinaria del menor y la plena capacidad.

Emancipación expresa: Aquella donde la facultad de emancipar al hijo corresponde en un principio al padre titular de la patria potestad, mientras el padre viva sólo él tiene facultad para emancipar al hijo por que es el único a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad; cuando el padre haya muerto, haya perdido la patria potestad o esté imposibilitado para ejercitarla, el derecho de emancipar se transmite a la madre.

Emancipación tácita: En el antiguo derecho francés en un gran número de casos eran admitidas las emancipaciones tácitas (taisibles) que resultaban de circunstancias diversas, sin que hubiese un acto jurídico especial destinado a emancipar al hijo.

Algunos tratadistas consideran a la emancipación como una fusión de dos instituciones romanas, la emantipatio y la venia aetatis.

La utilidad de la emancipación, según la generalidad de los tratadistas, está en que inicia al menor en el ejercicio de una capacidad limitada que

constituye una experiencia provechosa para cuando obtenga la capacidad plena de la mayoría de edad y que elimina el tránsito brusco, sin escalas, entre un estado de falta rigurosa de capacidad y el de capacidad completa.

La antigüedad de esta institución civil y la circunstancia de que subsista a través de tanto tiempo y de tantos pueblos, permite afirmar su utilidad que por otra parte es generalmente reconocida.

En el sistema actual, el único hecho que produce la emancipación tácita, es el matrimonio del menor.

Así, todo menor que contraiga matrimonio será emancipado de pleno derecho, sin que necesite declaración alguna.

La emancipación es un efecto inmediato y necesario del matrimonio y por tanto, se verifica cualquiera que sea la edad de los contrayentes, sin necesidad de ninguna declaración expresa y a pesar de cualquier convenio celebrado en contrario y que tuviera por objeto impedirla o modificarla; pues tal convenio sería nulo.

4.7 MAYORÍA DE EDAD

Al llegar a la mayoría de edad, el menor adquiere la plena capacidad para el ejercicio de sus derechos y uso y disposición de todos sus bienes, terminando así la patria potestad, y esta se adquiere y comienza de acuerdo a lo que establece nuestro Código Civil vigente a los 18 años cumplidos.

En el derecho Privado, la mayoría de edad se alcanza en el momento en que una persona física cumple el número de años señalados al efecto por la Ley.

Mayores de edad son las personas físicas que tienen la plenitud de la capacidad para obrar, siempre que circunstancias especiales no impidan su ejercicio.

Anteriormente, en el código de Napoleón la mayoría de edad se reconocía hasta los 21 años, este criterio trascendió a otros códigos del siglo antepasado.

Sin embargo, hoy en día para distinguir y establecer el límite que separa la minoría de la mayoría de edad, se han tomado en cuenta tradicionalmente dos criterios distintos:

- a) El que se determina por la aptitud intelectual y

b) El que lo hace por el desarrollo físico del individuo.

Este último criterio fue el que adoptó el derecho romano para señalar el comienzo de la mayoría de edad que en ese entonces era a los 25 años.

Es de importancia señalar que la mayoría de edad produce ciertos efectos tanto para los ascendientes como para los descendientes que la alcanzan, ejemplo de ellos sería:

El ascendiente se libera de las obligaciones de cuidado, administración y vigilancia del menor, mientras que el mayor adquiere plena capacidad jurídica y la administración de todos sus bienes. Por otra parte, el ascendiente debe rendir cuentas y cesa de percibir el usufructo legal.

Cuando una persona física llega a su mayoría de edad, entra en una esfera del mundo jurídico que antes le estaba vedada, lo cual produce el efecto no solo de que adquiera mayor número de facultades sino también de que se enfrente con nuevas obligaciones, no sólo en el derecho del terreno civil, sino en otras zonas separadas de esta importante rama del derecho.

Cabe señalar que el número de años que deben transcurrir para determinar la mayoría de edad no se fija por mero capricho del legislador, sino que se fundamenta en la conclusión de la experiencia, confirmada por la ciencia, de acuerdo con la cual el ser humano, llegado a una edad

determinada, según las circunstancias de tiempos y lugares, adquiere el estado de madurez mental y física que le permite gobernarse por sí mismo en cuanto a su persona y bienes.

El llegar a la mayoría de edad no quiere decir que capacita de manera absoluta para la totalidad de los actos jurídicos civiles, esto quiere decir, que se llega a la edad que señala la ley, sin embargo para la realización de actos jurídicos se requiere la mayoría de edad determinándola, por ejemplo, en la adopción se requiere que el adoptante sea mayor de 25 años para que sea válido el procedimiento de adopción.

La mayoría de edad no importa sólo al derecho de las personas, sino también a todo derecho en general, por cuanto determina una capacidad de ejercicio en el sujeto antes incapacitado por su minoría de edad, además le permite disponer libremente de su persona y bienes, posibilidad que determina ciertas consecuencias importantes en el derecho de familia y en el derecho patrimonial, en general tanto civil, mercantil, laboral y agrario.

CAPÍTULO QUINTO

LA ADOPCIÓN

5.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Esta institución, considerada por nuestro derecho como la tercera fuente de parentesco que tiene por objeto establecer un parentesco civil donde no existe un vínculo biológico, imitando así a la filiación de sangre encuentra sus orígenes en antiguas civilizaciones donde ya existían acciones de protección a favor de los menores, sin embargo, según fuentes históricas, la adopción tuvo su remoto origen en la India, donde a la par de las creencias religiosas se fue transmitiendo a otros pueblos vecinos como los hebreos, quienes a su vez la transmitieron al pueblo Griego y posteriormente a Roma.

En un principio, la finalidad de esta institución fue meramente religiosa ya que lo que se buscaba al llevarla a cabo era la perpetuación del culto doméstico y así evitar que la mujer que no podía tener hijos con su marido los engendrara con el hermano o algún familiar cercano a su esposo.

Si bien, la adopción ya era regulada en el Código de Hamurabi; es en Roma donde esta institución alcanza su más amplio desarrollo, pues cumplió con varias finalidades, mismas que en un principio no siempre fueron en beneficio del adoptado.

Como ya se mencionó una de estas finalidades era religiosa, la cual consistía en la perduración del culto familiar, es decir el culto a los antepasados. El *pater familias* era el encargado de las ceremonias religiosas dentro de cada *domus*, este debía asegurar que dichos actos no se interrumpieran y cuando el *pater familias* no contaba con descendencia la adopción era la solución más eficaz para que no se perdiera este culto.

Asimismo, estaba la finalidad política, posiblemente la causa más importante de que la institución alcanzara tal desarrollo. Dicha finalidad tenía por objetivo que el *pater familias* siguiera teniendo cierto control político, pues la institución permitía que se convirtiera en patricio quien no lo era de nacimiento.

En Roma la adopción fue practicada de dos formas, la *adrogatio* y la *adoptio*, que durante la edad media fueron cayendo en desuso, pero fue Justiniano quien estableció dos tipos de adopción distintos, la *adoptio plena* a través de la cual el adoptado ingresaba de manera completa como nuevo miembro del grupo familia encabezado por el *pater familias* con todos los derechos y obligaciones; y la *adoptio minus plena* que no desvinculaba al adoptado de su propia familia lo substraía de la potestad del *pater familias* del grupo al que naturalmente pertenecía.

Más tarde, con el advenimiento del Cristianismo y el interés del clero en las herencias vacantes, la adopción desaparece, sin embargo se crean nuevos vínculos protectores de los desamparados, tal es el caso de los padrinos.

Es en Francia con el Código de Napoleón donde esta institución se reincorpora nuevamente aunque con grandes limitaciones, pues fue considerada como un contrato y por ende sólo los mayores de edad podían ser adoptados, no obstante, posteriormente se admite la adopción de menores como una medida de protección y beneficencia.

En España, la regulación de la adopción se actualiza con la aceptación de la adopción plena y asimismo se aceptan en la legislación el acogimiento y prohijamiento para el cuidado de huérfanos y expósitos.

Por su parte, el código civil italiano contempla la institución denominada pequeña adopción o acogimiento a través de la cual el que recoja a un huérfano o abandonado, tiene la patria potestad hasta la mayoría de edad sin más derecho que a los alimentos.

En nuestro país la adopción todavía no se regulaba en el siglo pasado, sin embargo, se incorpora a la legislación en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 y es hasta el Código Civil vigente de 1982 que ésta se regula

ampliamente y ha sido objeto de varias reformas hasta llegar a su actual función protectora de los menores e incapacitados.

5.2 CONCEPTO

Etimológicamente la palabra adopción proviene del latín adoptio, y adoptar de adoptare, desear (acción de adoptar o prohijar).

De acuerdo a nuestra Ley Sustantiva vigente, la adopción es un acto jurídico por el cual se confiere a uno o varios menores o incapacitados, aún cuando estos sean mayor de edad, la posesión de estado de hijo del o de los adoptantes y a estos los deberes inherentes a la relación de parentesco.

Rafael De Pina define la adopción como un acto jurídico que crea entre adoptante y adoptado un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas.

Demofilo De Buen, considera la adopción como una filiación civil que quiere imitar a la filiación natural en sus efectos jurídicos.

Ha sido definida también como un contrato que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o de maternidad y de filiación.

La adopción es una Institución por la cual una persona recibe un hijo que no lo es por naturaleza, sin embargo se le proporciona el beneficio en derechos y obligaciones como si lo fuera, creando así una relación de filiación entre dos personas denominados adoptante y adoptado.

Se afirma que la adopción es una Institución jurídica en cuanto a que se trata de disposiciones legales reguladas, ya que por medio de la solemnidad se perfecciona de una forma procesal, a través de requisitos que son necesarios para la existencia del acto jurídico.

De aquí que se considere a la adopción como una institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en filiación legítima.

La adopción es, desde luego, una ficción generosa que permite que muchos niños abandonados encuentren protección adecuada dentro de una familia honesta, siempre que el otorgamiento se realice con las debidas garantías legales, la adopción se presenta como un consuelo para los matrimonios que no han podido tener descendencia, o que habiendo la tenido la perdieron.

La adopción ha sido considerada desde la mas remota antigüedad como una imitación de la naturaleza.

5.3 NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la adopción ha variado con el tiempo, pudiéndose señalar en la actualidad diversas teorías:

La Teoría Contractual percibe a la adopción como un contrato, que deja a la voluntad de las partes su formulación. Planiol y Ripert, Colin y Capitant la definen como un "Contrato Solemne".

El código civil francés con un criterio individualista, considera a la adopción como un contrato entre el adoptante y el adoptado o sus representantes legales, celebrado entre particulares, sin embargo; este acuerdo de voluntades no es suficiente para que se de la adopción, pues además se requiere de la autorización judicial que sólo podrá ser otorgada una vez que se hayan comprobado los requisitos que la ley señala; lo cual deberá llevarse al cabo en nuestro derecho ante el juez de la familiar , de acuerdo con las normas especiales establecidas por el caso, en el código de procedimientos civiles.

Derivado de lo anterior podría concluirse que el acto jurídico que da lugar a la adopción es un acto de poder estatal; toda vez que el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado es consecuencia de la aprobación judicial.

Sin embargo, para que se de lugar a la adopción, debe concurrir en el acto, tanto la voluntad de los particulares, como la voluntad del órgano judicial coordinándose entre si, por que si bien el adoptante tiene un interés particular generalmente de carácter afectivo, para llevar al cabo la adopción, ese interés privado se conjuga con el interés público que tiene el estado en la protección de los menores o incapacitados.

Por otra parte, autores como Julio Armando, Doldo Tristan Narvaja, Héctor Lafaile, Julian, defienden la teoría del Acto Condición, considerando a la adopción como un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho la institución de la adopción.

A la par de las anteriores teorías está la que considera a la adopción como una institución, para unos de Derecho Privado, para otros de derecho de familia, y para terceros de los derechos de menores. Los primeros señalan que es una institución fundada en un acto de voluntad del adoptante, nacida de la sentencia del juez en virtud al cual se establece entre dos personas una relación similar a la que surge de la filiación matrimonial más no igual.

Los segundos indican que el vínculo adoptivo es una institución del derecho de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el derecho de familia.

Finalmente, los terceros sostienen que la adopción es una Institución del Derecho de Menores que tiende a fines eminentemente de protección de los niños menores. La adopción es entendida así como la institución jurídica solemne y de orden público, que crea entre los individuos relaciones de paternidad y filiación.

No obstante las anteriores teorías, algunos autores conciben a la adopción como un acto jurídico complejo, toda vez que la sola manifestación de voluntad del adoptante no es suficiente para que se de lugar a la adopción, pues además se hace necesaria la aceptación expresa de quien o quienes ejercen la patria potestad sobre el futuro adoptado o del tutor tratándose de un menor de edad; y del Ministerio Público si no se puede identificar a los progenitores consanguíneos; asimismo, será requerida la misma aceptación del menor cuando éste haya cumplido 14 años. Para el perfeccionamiento de este acto, además será necesaria la resolución aprobatoria de la adopción del Juez de lo Familiar.

De aquí que la adopción sea considerada como un acto jurídico complejo, de carácter mixto, por participar a la vez el interés de los particulares y del estado.

5.4 LA ADOPCIÓN EN MÉXICO

CÓDIGO CIVIL DE OAXACA (1828-1829)

Este cuerpo legal reguló la figura de la adopción con cierta particularidad, pues incluyó en el mismo texto las normas adjetivas: permitía adoptar a cualquier persona que tuviera mas de cincuenta años, sin descendientes legítimos al momento de adoptar y que por lo menos tuviera quince años mas que el adoptado, podía adoptarse a cualquier individuo a quien en su minoridad y por seis años cuando menos, se le hubieran dado auxilios ininterrumpidos, o bien, que este le hubiera salvado la vida al adoptante en un cómbate o sacándole de las llamas; en este caso, bastaba solo que el adoptante fuera mayor que el adoptado, que no tuviera descendientes legítimos, y de ser casado que su cónyuge consintiera.

Le confería el derecho al adoptado de llevar el apellido del adoptante, vocación hereditaria, obligación alimentaría recíproca y limitada al adoptante y adoptado, pero este conservaba la misma obligación para con su familia

natural, no tenía vocación hereditaria con respecto a los parientes del adoptante, pero sí sobre este, en la misma proporción de un hijo de matrimonio, aún cuando el adoptante tuviera otros descendientes.

Si el adoptado fallecía sin descendientes legítimos, los bienes dados por el adoptante o los herederos de este, que existiesen en la misma especie al momento de su muerte, volverían al adoptante o a sus descendientes y el resto de los bienes los sucedían sus parientes naturales.

LEYES DE REFORMA

En los primeros años del México independiente se aplicaban innumerables leyes españolas, lo que provoco una confusión legal que agravó de modo extraordinario la legislación de Indias. Las distintas disposiciones que se dictaron para la época de la colonia no guardaban congruencia entre sí, algunas resultaban contradictorias, convirtiendo el régimen jurídico de aquella época en un verdadero caos.

La ley del 10 de agosto de 1857 textualmente determinaba “no existiendo bajeza en los oficios que se permiten ejercer en la República, ninguno impedirá la adopción... el que quiera prohijar algún huérfano del mismo establecimiento, deberá entenderse con la comisión municipal respectiva, y efectuar la adopción ante el juez”.

CÓDIGO CIVIL DE 1870 Y CÓDIGO CIVIL DE 1884

El código de 1870 solo reconoció como formas de parentesco la consanguinidad y la afinidad, “suprime la adopción como forma de parentesco”.

Resulta interesante el análisis de la exposición de motivos, donde el legislador la calificaba no solo de innecesaria su inclusión en la ley, sino hasta perniciosa.

El Código Civil de 1884 sigue los lineamientos del código de 1870.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Establece en México esta institución, la define como “el acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo adquiriendo respecto de el todos los derecho que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta respecto de la persona de un hijo natural”, permitía adoptar a toda persona mayor, libre de matrimonio, siendo casado solo se permitía con el consentimiento de ambos cónyuges, sin embargo permitía al hombre adoptar sin consentimiento de su mujer, pero se lo negaba el derecho de llevar al hijo adoptivo a vivir al domicilio conyugal.

Debían consentir en ella de manera excluyente:

- El menor si tuviera doce años cumplidos.
- El que ejerza la patria potestad sobre el menor, o la madre, en el caso de que se trate de un menor que viva con ella
- El tutor del menor.
- El juez de la residencia cuando no tenga padres conocidos y carezca de tutor.

EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1928.

Este cuerpo legal que tuvo vigencia en el DF. desde 1932 y hasta el 1° de Junio de 2000 reproduce algunas disposiciones de la anterior ley de relaciones familiares, con adecuaciones del código Francés de 1923 solo permitía realizar adopciones bajo la forma simple.

Algunas entidades federativas la regulan bajo la forma llamada simple, otras de manera plena algunas permiten ambas no existiendo en México uniformidad legislativa al respecto, y siendo relativamente reciente su inclusión con efectos plenos en el DF., la mayoría de las adopciones que se han realizado en México con anterioridad de 1928 han sido simples.

Antes de las reformas de 1998, se introduce la regulación con efectos pleno, existiendo un régimen anticuado que al no permitir adopciones plenas en el DF., salvo excepcionalmente cuando se trate de adopciones internacionales, tal parece que nuestra legislación fuera discriminatoria para los propios mexicanos cuando esto rara vez se encontraran en los supuestos relativos a la adopción internacional, en virtud de que por diversos tratados internacionales suscritos por México nuestro país estaba obligado a permitir adopciones plenas pero solo en limitados casos.

Las características de la adopción simple durante casi siete décadas son:

- Los derechos y obligaciones del parentesco natural no se extinguen, sufren modalidades.
- El parentesco que surge es civil.
- La vocación hereditaria es reciproca pero se restringe al adoptante y adoptado.
- En materia de alimentos conserva sus derechos pero solo de manera subsidiaría.
- Es revocable, es impugnable. Sus efectos no son definitivos.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL DEL 1º DE JUNIO DE 2000.

Este ordenamiento viene a transformar nuevamente el régimen jurídico de esta institución implementado en 1998, lo mas importante es la eliminación de la adopción simple, permitiéndose solo en su forma plena.

5.5 REQUISITOS

Para que la adopción pueda ser perfeccionada la ley señala ciertos requisitos, algunos de tipo personal y otros tantos de tipo formal. Al respecto, nuestro Código Civil vigente señala que son requisitos para adoptar los siguientes:

- I. Tener el adoptante diecisiete años más que el adoptado;
- II. Ser benéfica la adopción para el adoptado;
- III. Tener el adoptante medios bastantes para proveer a la subsistencia, cuidado y educación del adoptado; y
- IV. Que el adoptante tenga buenas costumbres y reconocida probidad.

De lo anterior que nuestro derecho señale como requisitos de fondo:

- 1.- Edad mínima del adoptante, la cual será de 25 años.
- 2.- Diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado, la cual es de 17 años.
- 3.- Capacidad del adoptado, quien deberá ser menor de edad o incapaz.
- 4.- Aptitud del adoptante en lo que refiere a su solvencia moral y material.
- 5.- Fin, que será la protección y beneficio del adoptado y sus bienes.

Y como requisitos de forma:

- 1.- Un acto judicial, en tanto que requiere de una sentencia dictada por el juez de lo familiar que la decreta toda vez que se haya cumplido con los requisitos legales establecidos para tal efecto.
- 2.- El consentimiento, de aquellas personas que para tal efecto señale la ley.

3.- Registro, es decir, el asentamiento del acta de adopción en el Registro Civil, con la anotación de la resolución judicial de la adopción al margen del acta de nacimiento.

5.6 QUIENES TIENEN DERECHO A ADOPTAR

Una vez analizados los requisitos de la adopción, podemos concluir que tendrán derecho a adoptar todas aquellas personas a quienes la ley no se los prohíba, es decir, hombres y mujeres, solteros o cónyuges, nacionales o extranjeros.

Nuestro Código Civil vigente establece al respecto que este derecho podrá ser ejercido por las personas solteras mayores de 25 años en pleno ejercicio de sus derechos; así como por los cónyuges de común acuerdo, aunque sólo uno de ellos cumpla con el requisito de la edad.

Asimismo, el cónyuge podrá adoptar al hijo del otro cónyuge habido fuera de matrimonio o en virtud de un vínculo matrimonial anterior. En este caso, los vínculos consanguíneos del hijo que se adopta, no se destruyen.

Es de importancia resaltar que nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que se trate de un matrimonio.

Por su parte, el tutor no puede adoptar al pupilo, sino hasta después que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela. Y, en igualdad de circunstancias se preferirá a aquellas personas que ejerzan la custodia del menor, o incapacitado.

5.7 QUIENES PUEDEN SER ADOPTADOS

Podrán ser adoptados los menores abandonados o expósitos, asimismo, lo menores o mayores de edad incapaces y los hijos de cuyos padres hayan perdido la Patria Potestad, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de quienes la ejerzan.

5.8 CONSENTIMIENTO

Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

- I. El que ejerza la patria potestad; y

- II. Quien ejerza la tutela.

Si el menor que se va a adoptar tiene más de catorce años, también se requiere su consentimiento para la adopción.

El consentimiento deberá referirse a la adopción simple o a la adopción plena, según el caso, y deberá manifestarse ante el juez competente, quién hará saber de manera que no quede dudas a los que deban dar su consentimiento, sobre el contenido y alcance del acto.

Si quienes ejercen la Patria Potestad o la Tutela, según sea el caso, no consienten en la adopción, deberán expresar la causa en que se funden, la que el Juez calificará tomando en cuenta los intereses del adoptante y del adoptado.

5.9 EFECTOS

De acuerdo al sistema de adopción que establece nuestra ley, esta institución da lugar al parentesco civil y además produce los siguientes efectos:

- I. Darse alimentos recíprocamente, entre adoptante y adoptado.
- II. El adoptante adquiere la patria potestad; y

III. En general, todos los derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos, respecto de la persona y bienes de estos.

Asimismo, produce ciertos derechos y prohibiciones que más adelante analizaremos al estudiar los tipos de adopción.

5.10 PROCEDIMIENTO

Respecto del procedimiento de adopción nuestra Ley Adjetiva vigente exige a aquel que pretenda adoptar, en primer término acreditar los requisitos que señala la ley para tales efectos.

Además, establece a la letra: “En la promoción inicial deberá manifestar el tipo de adopción que se promueva, el nombre, edad y domicilio del menor o incapacitado, y el nombre, edad y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, así como, el nombre y domicilio de la institución de asistencia o beneficencia que lo haya acogido, debiendo recabar, en este último caso, los antecedentes del menor o del incapacitado”.

Al momento de la presentación de la solicitud, el juez deberá imponer a el o los solicitantes de los deberes que genera la adopción, a efecto de que

ratifiquen su intención de adoptar. El juez tendrá la facultad de recabar todo tipo de prueba necesaria y agilizar su desahogo, para mejor proveer.

Tratándose de adopción simple, en caso de querer variar el nombre del adoptado, se expresará en dicha promoción, el nuevo nombre que se pretende asignar. Presentada la promoción y dentro de los tres días siguientes, se citará a quien ejerce la patria potestad o tutela sobre el menor o incapacitado, a fin de que otorgue su consentimiento en, así como para que manifieste la situación jurídica del menor o incapacitado que se pretende adoptar.

Se solicitará a la Procuraduría en Materia de Asistencia Social haga las investigaciones y valoraciones correspondientes a efecto de constatar si la adopción solicitada por los adoptantes es benéfica para el menor o incapacitado, debiendo rendir un informe al Juez en el término de cinco días; en caso de no rendirlo se le tendrá por conforme con la adopción.

Dentro del plazo de tres días se señalará día y hora para que tenga verificativo el desahogo de la prueba testimonial, en que habrá de acreditarse la solvencia moral y económica así como la reconocida probidad del o los adoptantes.

Si a la solicitud promovida se opusiere parte legítima, se dará por concluida la jurisdicción voluntaria. Quedando a salvo los derechos del promovente para que los haga valer en la vía y forma que proceda.

Rendidas las justificaciones que procedan, el Tribunal resolverá dentro del tercer día, debiendo remitir la resolución judicial y el duplicado del expediente relativo al Oficial del Registro Civil para los efectos a que haya lugar.

La adopción simple podrá convertirse en plena, debiendo obtenerse el consentimiento del adoptado si éste hubiere cumplido catorce 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 deberá resolver atendiendo al interés superior del menor.

Cuando el adoptante o los adoptantes soliciten la conversión de la adopción simple a plena, el juez citará a los solicitantes a una audiencia verbal que se celebrará dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud, con la intervención del Ministerio Público o de la Procuraduría en Materia de Asistencia Social, así como a quien habrá de otorgar su consentimiento, luego de la cual se resolverá lo conducente en un término de tres días posteriores a dicha audiencia.

5.11 ADOPCIÓN PLENA

Este tipo de adopción también denominada legitimación adoptiva tiene por finalidad integrar plenamente al adoptado como miembro de la familia del adoptante, adquiriendo de esta manera, lazos de parentesco con todos los parientes de éste, como si hubiera filiación consanguínea.

Correlativamente se extinguirán todos los vínculos consanguíneos con la familia del adoptado, subsistiendo únicamente los impedimentos para contraer matrimonio.

A través de la adopción plena el adoptado se incorpora de forma definitiva e irrevocable a la familia del o los adoptantes, rompiéndose los vínculos familiares naturales y creándose nuevos, con todos los derechos y obligaciones recíprocas de un pariente de sangre.

Asimismo, en este tipo de adopción, el adoptado llevará los apellidos del o de los adoptantes.

La resolución judicial que apruebe la adopción plena, contendrá la orden al Oficial del Registro Civil, para que cancele en su caso el acta de nacimiento del adoptado así como para que levante el acta de nacimiento en la que figuren como padres, él o los adoptantes; como hijo, el adoptado y

como abuelos, los padres de aquél o aquellos, y demás datos que se requieran conforme a la ley, sin hacer mención sobre la adopción.

El duplicado del expediente y la resolución judicial se guardará en el apéndice del acta quedando absolutamente prohibido dar información sobre ellos, salvo orden de Juez competente.

La adopción plena es irrevocable cuando cause ejecutoria la sentencia que la pronuncie.

Los sistemas que han aceptado este tipo de adopción han querido dotarla de los mismos efectos de la filiación, rompiendo los vínculos de sangre del adoptado con su familia de origen y borrando toda diferencia con los hijos de sangre.

5.12 ADOPCIÓN SIMPLE

A diferencia de la adopción plena, en la adopción simple los derechos y obligaciones que nacen, así como el parentesco que de ella resulta, se limitan únicamente al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio donde el adoptante no podrá contraer

matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción.

Por otra parte, los derechos y obligaciones que resultan del parentesco por consanguinidad no se extinguen entre el adoptado y su familia de origen, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante.

El adoptado podrá llevar los apellidos del adoptante, quien tendrá derecho a cambiar el nombre del adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción.

Tan luego como cause ejecutoria la resolución judicial que se dicte autorizando una adopción, quedará ésta consumada. El Juez que apruebe, la adopción remitirá el duplicado del expediente y la resolución judicial al Oficial del Registro Civil del lugar, para que levante el acta de adopción correspondiente.

5.13 ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción internacional es aquella promovida por ciudadanos de otro país, con residencia fuera del territorio nacional, y tiene como objeto

incorporar en una familia a un menor o a un incapacitado, guanajuatense o que viva en el Estado, que no encontró una familia en el Estado Mexicano.

Esta adopción se registrará por los tratados internacionales en la materia suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, así como por lo dispuesto en nuestro Código Civil vigente y sus disposiciones.

En las adopciones internacionales, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Guanajuato será autoridad central, y deberá atender entre otras disposiciones, las siguientes:

I. Solicitar informes a la autoridad central del país de origen de los adoptantes a efecto de asegurarse sobre la conveniencia de la adopción, una vez que se tenga la petición de una adopción internacional;

II. La reciprocidad entre el país de origen y el país receptor en materia de adopciones;

III. La permisibilidad para la entrada y la residencia del menor en el país receptor;

IV. La aceptación expresa de los futuros padres y su capacidad para adoptar;

V. La conformidad del país de origen y el país receptor sobre la posible adopción;

VI. La conformidad para tramitar el procedimiento de adopción de las autoridades centrales del país de origen y del país receptor; y

VII. Constatar por todos los medios legales e idóneos, que los futuros padres sean aptos para adoptar y no cuenten con antecedentes que pongan en riesgo al menor.

5.14 TERMINACION DE LA ADOPCION

De acuerdo a nuestra ley sustantiva vigente, las dos formas para poner fin a la adopción son la impugnación y la revocación.

5.14.1 IMPUGNACION

En lo que concierne a la impugnación, nuestro Código Civil vigente prevé que el menor o el incapacitado que haya sido adoptado, podrá impugnar la adopción cumplidos los catorce años y hasta alcanzar la mayoría

de edad, o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad, respectivamente.

5.14. 2 REVOCACION

La adopción simple podrá revocarse:

a) Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere o se trate de un incapaz, es necesario que consientan en la revocación las personas que prestaron su consentimiento.

Cuando el adoptante y el adoptado pidan que la adopción sea revocada, el juez los citará a una audiencia verbal, para dentro de los tres días siguientes, en la que resolverá decretando que la adopción queda revocada si convencido de la espontaneidad con que se solicitó la revocación encuentra que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado.

Si el adoptado fuere menor de edad, no se decretará la revocación sin recabar el consentimiento de quienes lo prestaron para la adopción y sin oír al representante del Ministerio Público.

Para acreditar cualquier hecho relativo a la conveniencia de la revocación, en los casos del artículo anterior, pueden rendirse toda clase de pruebas.

b) Por ingratitud del adoptante o del adoptado.

Para estos efectos se considera ingrato al adoptante o al adoptado:

I. Si comete algún delito intencional que merezca una pena mayor de un año de prisión contra la persona, la honra o los bienes del adoptante o del adoptado, según el caso, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes;

II. Si el adoptado acusa judicialmente al adoptante, o viceversa, de algún delito que pudiera ser perseguido de oficio, aunque lo pruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado o adoptante, en su caso, su cónyuge, sus descendientes o ascendientes; y

III. Si el adoptante o el adoptado rehusan darse alimentos, cuando alguno ha caído en pobreza.

La acción de revocación de la adopción por causa de ingratitud no puede ser renunciada anticipadamente, y prescribe en un año, contado a

partir de que se comete el acto de ingratitud, o bien, desde que se adquiriera la mayoría de edad o desaparezca la incapacidad.

En el caso de ingratitud del adoptante o del adoptado, la adopción deja de producir efectos desde que se comete el acto de ingratitud, aunque la resolución judicial que declare revocada la adopción sea posterior.

La resolución judicial que revoque la adopción deja sin efectos ésta, restituyendo la situación jurídica que guardaba antes de la adopción.

La resolución que dicte el juez aprobando la revocación, se comunicará al Oficial del Registro Civil del lugar en que aquella se hizo para que cancele el acta de adopción.

5.15 PREVALENCIA DE LA ADOPCIÓN PLENA ANTE LA ADOPCIÓN SIMPLE

Para responder la hipótesis de si es conveniente la prevalencia de la adopción plena ante la adopción simple, se hace necesario recordar que en un principio esta institución favorecía a los intereses del adoptante, satisfacía necesidades sucesorias, conservaba el linaje familiar y el culto doméstico, era un remedio a la paternidad frustrada por ello sólo podían adoptar las

personas que carecieran de descendencia; sin embargo al ser una institución jurídica, al igual que el derecho es dinámica y por lo tanto cambiante a través del tiempo; es así como hoy en día tenemos una institución cuya finalidad no es más que la protección al menor e incapacitado.

Ahora bien, el Código Civil para el Estado de Guanajuato vigente, contempla que esta institución podrá ser de dos tipos: plena y simple, siendo características de la primera integrar plenamente como miembro de la familia del adoptante, al menor o incapaz adoptado, por lo que éste adquirirá lazos de parentesco con todos los parientes del adoptante y se extinguirán los vínculos consanguíneos con la familia del adoptado. Asimismo, el menor o incapaz llevará los apellidos del o de sus adoptantes y este tipo de adopción será irrevocable una vez que cause ejecutoria la sentencia que la pronuncie.

Al contrario, en la adopción simple los derechos y obligaciones, así como el parentesco, únicamente tienen lugar entre adoptante y adoptado, además, es optativo que el adoptado lleve los apellidos del adoptante. Este tipo de adopción podrá ser impugnada por el menor o el incapacitado que haya sido adoptado, cumplidos los catorce años y hasta alcanzar la mayoría de edad, o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad, respectivamente. De igual manera, la adopción simple puede revocarse cuando las dos partes así lo convengan, siempre que el adoptado sea mayor

de edad; en caso de que no lo sea o se trate de un incapaz, es necesario que consientan las personas que prestaron su consentimiento para tal efecto, es decir, quien ejercía la patria potestad o la tutela del adoptado. También podrá ser revocada por ingratitud del adoptante o del adoptado.

Derivado de lo anterior, y en base a que el acto jurídico de la adopción de acuerdo a nuestra ley sustantiva vigente, tiene por objeto brindar a uno o varios menores o incapacitados, aún cuando estos últimos sean mayor de edad, la posesión del estado de hijo y por ende los mismos derechos y obligaciones de un hijo biológico, surge la cuestión de si realmente la figura de la Adopción Simple, prevista en el Código Civil para el Estado de Guanajuato vigente, cumple con esta finalidad de proveer al adoptado de la posesión de estado de hijo y de esta protección al menor o incapaz que desde sus inicios la institución ha venido predicado y que nuestra Carta Magna contempla en su artículo cuarto.

Al respecto y después de un minucioso análisis considero que no, que la adopción simple no consuma la finalidad de la institución, toda vez que no brinda seguridad jurídica al adoptado, pues este, nunca se integra de manera total a la familia del o los adoptantes; el adoptado no entra a formar parte de la familia debido a los afectos limitados de este cuerpo legal, los hijos del adoptante no son hermanos del adoptado, ni sus padres sus abuelos, ni sus

hermanos sus tíos, ni sus sobrinos sus primos, y asimismo, los descendientes del adoptado no tiene parentesco alguno con el adoptante ni con su familia; y ¿no son estos derechos de un hijo?, ¿no son derechos de un hijo y más que de un hijo, de un ser humano pertenecer a una familia?, recordemos que la familia es el medio en el cual el individuo logra su desarrollo físico, psíquico y social, entonces al limitar los lazos de parentesco, al limitar la familia y derechos de un menor o incapaz, ¿no estaremos cortando y por ende limitando esa posibilidad de sano desarrollo?, porque hay que tomar en cuenta que no sólo son adoptados menores o incapaces que cuentan con padres, sino también menores que han sido abandonados y que no cuentan con una familia para desarrollarse plenamente.

Es por lo anterior que a conciencia debemos cuestionarnos si la Adopción Simple no se estará contraponiendo a los fines que la Adopción prevé en el Código Civil para el Estado de Guanajuato vigente y a nuestra Carta Magna, la cual consagra en su artículo cuarto el derecho que tiene los niños y las niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, pues además este tipo de adopción es impugnabile y revocable lo que indica que sus efectos no son definitivos, por lo que el menor o incapacitado podrá regresar a la condición que tenía de huérfano, abandonado o expósito, quedando

desprotegido y con un menoscabo en su derecho a la protección, de aquí cabe nuevamente cuestionarnos si ¿esta situación no afecta el desarrollo integral del menor?, si ¿esta situación es parte de la seguridad jurídica que esta figura pretende brindar al menor?; al igual que la realidad un tanto preocupante y confusa que se da en los impedimentos matrimoniales, pues en los dos tipos de adopciones prevalecen entre el adoptado y su familia de origen, extendiéndose estos al adoptante mientras dure el vínculo en la adopción simple, no así con los hijos adoptivos simples del mismo adoptante, por lo que entre ellos no existe impedimento alguno para contraer matrimonio; tampoco entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, ni entre los descendientes biológicos del adoptante y el adoptado, entonces aparecen nuevamente los cuestionamientos, ¿esta es parte de la satisfacción de necesidades de educación que tiene los niños?.

A las anteriores cuestiones considero que mi respuesta es no, que la adopción plena si debe prevalecer sobre la adopción simple, ya que es la única que brinda protección al menor o incapaz y lo dota de ese estado de hijo que el acto jurídico de la adopción estipula en Ley, que si bien es cierto que esta no pretende imitar a la naturaleza, si pretende producir los mismo efectos y hasta cierto punto imitar a la filiación donde el hijo biológico tiene derechos y obligaciones que se extienden a los demás parientes de sus progenitores como la vocación hereditaria, obligación alimentaria recíproca,

el derecho a llevar los apellidos de sus padres, entre otras cuestiones; entonces ¿por qué limitar estos efectos que en la relación de filiación y paternidad no se limitan?.

Existen opiniones contrarias a esta exposición, aquellas que sugieren no desaparecer a la Adopción Simple, toda vez que se dejará en desventaja a aquellos adolescentes que si bien son mayores de edad, no son tan pequeños y pretenden ser adoptados, pues es cierto que conforme pasa el tiempo van adquiriendo costumbres más arraigadas y es más difícil que se integren a una familia adquiriendo su forma de vida, pero tomemos en cuenta que la adopción no es un juego; en esta situación de poder adoptar y tener la posibilidad de regresar las cosas al estado que tenían cualquiera puede adoptar pudiéndose presentar sin fin de finalidades que no sean las de protección al menor; mismas a las que no habrá lugar en la adopción plena debido su carácter irrevocable. No se trata de adoptar y después arrepentirse, de jugar con la integridad y la estabilidad emocional de los menores o incapaces, se trata de brindarles protección, de comprometerse como se compromete un padre biológico.

Muchas veces el individuo no autoriza convertirse en padre o madre, mucho menos sus familiares convertirse en abuelos o tíos; asimismo no pide permiso el hijo para nacer, sin embargo nacen las relaciones de paternidad,

filiación y parentesco, y con ellas un sin fin de derechos y obligaciones; y cito lo anterior en virtud de que algunas otras opiniones están en desacuerdo con la adopción plena, pues a través de esta se confieren responsabilidades a personas que no lo autorizan como abuelos, tíos, sobrinos etc.... pero no considero que este sea un problema, toda vez que no lo es cuando estas responsabilidades surgen de manera natural.

En respuesta a lo anterior podríamos considerar que la adopción plena si debe prevalecer ante la adopción simple, lo anterior en virtud de sus efectos limitados que no permiten al menor o incapaz integrarse de forma plena y permanente a la familia de su adoptante debido a su carácter revocable e impugnable, situación que a su vez no permitirá el sano esparcimiento ni el desarrollo integral del adoptado, que consagra nuestra Carta Magna.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El vocablo familia podrá asumir diversidad de acepciones dependiendo del punto de vista del cual sea estudiado, sin embargo, podemos aseverar es que esta institución constituye la célula primaria o núcleo de toda sociedad, a través de la cual el individuo alcanza su desarrollo físico, psíquico y social. De lo anterior que sea de vital importancia regular esta institución esencialmente ética adecuadamente; pues así tendremos individuos plenamente desarrollados y por tanto, sanas sociedades.

SEGUNDA.- Dada la importancia de la Familia, se hace necesario colocarla bajo el imperio del derecho para su protección, de aquí que concluyamos que el Derecho no crea a esta institución, únicamente la regula. Entonces, si tomamos estos dos conceptos de familia y derecho, podemos concluir que el Derecho de Familia es el conjunto de normas jurídicas que protegen a la familia, además regulan su constitución, existencia y disolución, así como las relaciones que se establecen entre los miembros de este grupo.

TERCERA.- La forma regular de constituir la Familia es a través del matrimonio, por ende, para que la familia sea duradera y estable, se

requiere que el matrimonio también lo sea. Al respecto, el matrimonio puede entenderse como el acto jurídico complejo estatal puesto que requiere de la manifestación de voluntad de los contrayentes y del funcionario que el Estado designa para ello; que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer, entendiéndose por éste la situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones.

CUARTA.- El matrimonio, la filiación y la adopción son de acuerdo a nuestra legislación, los únicos hechos generadores de parentesco, el cual implica una relación general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones entre los miembros de esta relación y de estos con terceros. Es a través de estos tres hechos como se da lugar al parentesco por afinidad, consanguíneo y civil, respectivamente, sin embargo, considerando que este último hecho civil de la adopción puede ser simple y plena, observemos que la primera al contrario de la adopción plena, no llega a generar parentesco, puesto que la relación puede no ser permanente, pues existe la impugnación y la revocación; asimismo, los derechos y obligaciones se limitan al adoptante y adoptado y no surten efectos respecto de terceros como lo estipula el parentesco, de aquí que la forma ideal de adopción sea a través de la figura plena.

QUINTA.- Antes o durante la celebración del matrimonio podrán ser otorgadas las capitulaciones matrimoniales, que es aquel convenio en donde se estipulará el régimen patrimonial del matrimonio, es decir, el conjunto de normas que regularán los asuntos pecuniarios, de propiedad, administración y disposición de la universalidad de bienes, derechos y obligaciones que regirán al matrimonio desde su celebración, duración y hasta su disolución. Al respecto nuestra legislación adopta un criterio que refiere a la voluntad de los esposos, pues si bien la ley ya predetermina los regímenes de sociedad conyugal y separación de bienes, faculta a los cónyuges para decidir sobre los sobre los frutos y bienes de trabajo futuros o presentes.

SEXTA.- Nuestra Carta Magna consagra como garantía constitucional la protección a los niños, es por ello, que hoy en día el concubinato se equipara al matrimonio en cuanto a los efectos que produce respecto de los hijos y la concubina, aún cuando esta unión carezca de la formalización legal que identifica al matrimonio, en relación a lo anterior, lo conveniente es que el derecho al regular las relaciones familiares, no limite los efectos que estas pueden llegar a producir, pues se estaría colocando en desventaja a los miembros de estas como sucede en la adopción simple, donde los efectos de la misma son limitados al adoptante y adoptado.

SÉPTIMA.- El vínculo matrimonial podrá disolverse a través del divorcio, el cual tendrá que ser declarado por la autoridad competente, sin embargo, una vez declarado, las obligaciones de los padres respecto de los hijos seguirán vigentes, no son revocables como el derecho a alimentos, asimismo las relaciones de paternidad y filiación no se rompen al disolverse el vínculo matrimonial.

OCTAVA.- La procreación a través de la filiación es reconocida como una de las fuentes del parentesco, ya que cuando se procrean hijos se van produciendo relaciones, vínculos, derechos y obligaciones recíprocos, entre estos y sus padres. A este vínculo que une a padres e hijos, vistos desde el lado de los hijos se le llama filiación, figura que se integra no sólo por sentimientos biológicos, sino también psicológicos, y que en cierta medida, si bien no trata de imitar, forma parte de la institución de la adopción, toda vez que esta pretende brindar a un menor o incapaz la posesión de estado de hijo que implica la filiación.

NOVENA.- A través de la patria potestad la ley confiere a los ascendientes derechos y obligaciones para que cuiden, gobiernen y representen a sus hijos, así como para que administren sus bienes desde su nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación. Normalmente esta potestad recae sobre los padres y a falta de estos sobre los abuelos,

siguiéndose así la regla general de que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos; es por ello que hoy en día esta institución se considera protectora de los menores, sin embargo, en el caso de la adopción simple esta regla y la protección a los menores que la patria potestad conlleva no tienen lugar, pues aquí aún cuando los lazos de parentesco entre el adoptado y su familia de origen no se extinguen, la patria potestad se transmite al adoptante y únicamente a este, limitando sus efectos ya que esta no se extiende a los demás familiares.

DÉCIMA.- Hasta cierto punto podemos afirmar que la tutela y la adopción simple guardan ciertas similitudes, pues ambas cumplen la función de protección al menor, aunque de manera limitada, pues aún cuando la primera funge como supletoria de la patria potestad y cumple sus mismos fines, sus efectos al igual que en la adopción simple son restringidos ya que pueden o no ser definitivos.

DÉCIMA PRIMERA.- En caso de no existir testamento eficaz, los bienes son distribuidos de acuerdo con lo que dispone la ley, a esto se le denomina sucesión legítima, donde se sigue la regla de que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos, de esta manera, normalmente se prefiere a los descendientes, cónyuge, y así sucesivamente hasta llegar a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, sin embargo, esta posibilidad de

heredar se ve menoscabada en la adopción simple, pues en este caso, el adoptado no podrá aspirar a ser contemplado por la ley como posible heredero de los familiares de su adoptante mediante la sucesión legítima, pues las relaciones de parentesco sólo nacen entre adoptante y adoptado y no con los demás familiares, al contrario de la adopción plena.

DÉCIMA SEGUNDA.- El ser humano por el simple hecho de serlo tiene derecho a recibir alimentos por parte de las personas que la ley señala para tal efecto, esta obligación que antes de ser legal es natural, encuentra su fundamento en el principio de solidaridad familiar, es decir, en ese vínculo moral que se crea entre los parientes y que por ese hecho los obliga a prestarse ayuda mutua, de lo anterior que sean sujetos obligados a proporcionarse alimentos todos los parientes que establece la ley, es decir los padres deben proporcionar alimentos a sus hijos y a imposibilidad de estos los demás ascendientes siguiendo la regla general de que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos, asimismo, la pareja conyugal y entre el adoptante y adoptado, es así como en la adopción plena esta obligación se extiende a los demás familiares del adoptante en caso de que sea necesario, no así en la adopción simple, donde la obligación únicamente se limita entre adoptante y adoptado dejando esta relación en desventaja y hasta cierto punto sin fuera de los márgenes de la seguridad jurídica y la protección que la figura de la adopción ampara.

DÉCIMA TERCERA.- La adopción como indica nuestra legislación, es un acto jurídico a través del cual se confiere a uno o varios menores de edad o incapacitados la posesión de estado de hijo, y toda vez que son derechos de un hijo biológico el crear vínculos de parentesco con los demás familiares de sus progenitores, recibir alimentos de estos en caso de necesidad, ser contemplados por la ley como posibles herederos, entre otras cuestiones, la adopción simple no cumple con estas finalidades que el estado de hijo de la figura de la adopción conlleva, pues los efectos que se producen son siempre limitados al adoptante y al adoptado, no surtiendo efecto alguno para con los demás familiares del adoptante ni en lo que refiere a los impedimentos de matrimonio.

DÉCIMA CUARTA.- Para que el acto jurídico de la adopción tenga lugar no solo bastará la manifestación de voluntad del adoptante, además se hará necesaria en la voluntad del adoptado en su caso, así como de las personas que deban dar su consentimiento, es decir, de aquellos que ejerzan la patria potestad, asimismo, la aprobación del Juez competente; en base a lo anterior se determina que la adopción es un acto jurídico mixto, atendiendo a las personas que deberán intervenir en este acto para que pueda ser perfeccionado.

DÉCIMA QUINTA.- Si bien con la figura de la adopción no trata de imitar a la naturaleza, si se busca suplir el hecho biológico de la filiación legítima, creando lazos que de manera natural no se consiguieron, pero que si pueden llegar a surtir efectos a través de la creación de la ley, de aquí que la adopción plena sea la única figura que realmente cumple con estos fines, pues al menor sí se le otorga un estado de hijo para su protección, a través de esta ficción legal si se crean lazos de parentesco con los familiares de su adoptante, lo que permite su sano desarrollo físico, psíquico y social.

DÉCIMA SEXTA.- Dado el carácter irrevocable de la adopción plena y tomando en cuenta las situaciones que pudieran llegar a surgir a partir de ello, sería recomendable que nuestra legislación recogiera la figura del acogimiento preadoptivo, con carácter obligatorio para toda adopción, mismo que requiere que el o los adoptantes hayan tenido al menor bajo su guarda durante un periodo previo, en el cual el cumplimiento de los deberes de la paternidad es la única causa eficiente de la adopción, de esta manera, podría asegurarse que existe un afecto de parte del adoptante y no se trata de una decisión precipitada o responde a móviles subalternos.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Siendo que la adopción plena al contrario de la adopción simple sí integra plena y permanentemente al menor o incapaz a la familia del adoptante, debido a su carácter irrevocable generando de esta

manera parentesco civil; esta figura si debe prevalecer sobre la adopción simple, toda vez que es la única institución que brinda protección al adoptado así como seguridad jurídica permitiendo su sano esparcimiento para su desarrollo integral como lo consagra nuestra Carta Magna.

DÉCIMA OCTAVA.- Considerando que la adopción simple no consume la finalidad de protección al menor ya que sus efectos son limitados al igual que la seguridad jurídica que brinda debido a su carácter revocable, sería conveniente derogarla del Código Civil para el Estado de Guanajuato vigente al igual que ya se hizo en el Código Civil Federal.

BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO ROJAS EDGARD, Y OTRO. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Ed. Oxford. México, 1990. p.p. 486.

CARNELLUTTI FRANCESCO. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Ed. Oxford. México, 1999. p.p. 1183.

CHÁVEZ ASECIO MANUEL F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Derecho de Familia, Relaciones Jurídicas Paterno Familiares. ed. 2da. Ed. Porrúa. México, 1992. p.p. 493.

CHIOVENDA GUISEPPE. CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Ed. Oxford. México, 1999. p.p. 568.

DE IBARROLA ANTONIO. DERECHO DE FAMILIA. ed. 4ta. Ed. Porrúa. México, 1993. p.p. 327.

DE PINA RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. Elementos del Derecho Civil Mexicano, Introducción, Personas, Familia. Volumen I. ed. Décimo Séptima. Ed. Porrúa. México, 1992. p.p. 406.

GALINDO GARFIAS IGNACIO. DERECHO CIVIL. Primer Curso. Parte General. Persona y Familia. ed. Décimo Segunda. Ed. Porrúa. México, 1993. p.p. 749.

GUITRON FUENTE VILLA JULIÁN. QUE ES EL DERECHO FAMILIAR. Ed. Promociones Jurídicas y Culturales. México, 1992. p.p. 302.

MONTERO DUHALT SARA. DERECHO DE FAMILIA. ed. 2da. Ed. Porrúa. México, 1985. p.p. 324.

MORINEAU IDUARTE MARTA, Y OTRO. DERECHO ROMANO. Colección Textos Jurídicos Universitarios. ed. 3ra. Ed. Harla. México, 1993. p.p. 295.

MOTO SALAZAR EFRAÍN. ELEMENTOS DEL DERECHO. ed. Vigésimo Sexta. Ed. Porrúa. México, 1980. p.p. 441.

PIERO CALAMANDREI. DERECHO PROCESAL CIVIL. Ed. Oxford. México 1999. p.p. 287.

PLANIOL MARCEL, Y OTRO. DERECHO CIVIL. Ed. Oxford. México, 1999 p.p. 1563.

PLANIOL MARCEL. TRATADO ELEMENTAL DEL DERECHO CIVIL. Tomo 1,2. Ed. Cajica. Puebla, Puebla. México, 1984. p.p. 1336.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. Tomo I. Introducción, Personas y Familia. ed. Vigésima Octava. Ed. Porrúa, México, 1988. p.p. 533.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. INTRODUCCIÓN Y PERSONAS. Tomo I. ed. 2da. Ed. Porrúa. México, 1975. p.p. 513.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Estado de Guanajuato.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

OTRAS FUENTES

Páginas web

www.monografias.com/trabajos11/adopca/adopca/shtml

wwwpw.cimac.org.mx/noticias/semanal01/501010501.html