



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA
EL DISTRITO FEDERAL

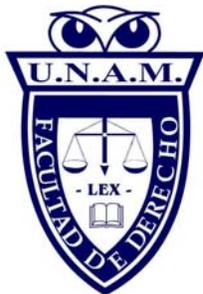
T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

JORGE EMILIO SPÍNDOLA PANTOJA



MÉXICO D.F.

2009



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

DEDICATORIAS

A TRAVÉS DE LAS PALABRAS
MANIFESTAMOS LO QUE SENTIMOS,
LO QUE QUEREMOS, LO QUE
PENSAMOS; PERO ES POR MEDIO DE LA
PALABRA ESCRITA EN LA QUE
DEJAMOS HUELLA DE LO QUE
EXPRESAMOS

QUIERO PUES, DEDICAR ESTE
TRABAJO CON EL QUE SE CONCLUYE
UN CICLO IMPORTANTE DE MI VIDA, A
AQUELLOS QUE LE HAN DADO SENTIDO
Y RAZÓN A MI VIVIR

A DIOS Y A LA DIVINA INFANTITA

PORQUE SE QUE NO SE MUEVE
LA HOJA DEL ÁRBOL SIN LA VOLUNTAD
DEL SEÑOR. PORQUE A LO LARGO DE
MI VIDA HE SENTIDO SU PRESENCIA
CONSTANTE. GRACIAS POR SUS
BENDICIONES, POR SER MI LUZ Y MI
GUÍA, MI SOPORTE Y MI REFUGIO. MI
VIDA ESTÁ EN SUS MANOS Y SE EN
QUIEN TENGO PUESTA MI CONFIANZA.

A MI MAMÁ Y A MIS HERMANOS

POR NUESTRA HISTORIA. POR
EL ESFUERZO Y CARÍÑO SIEMPRE
SOLIDARIOS. LOS QUIERO MUCHO.

A MIS AMIGOS

TODOS, PORQUE NO QUIERO
OMITIR A ALGUIEN Y CON ELLO DEJAR
PASAR LO IMPORTANTE QUE SON EN
NUESTRAS VIDAS.
GRACIAS POR COMPARTIR ESTE
ESFUERZO CONMIGO.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MÉXICO

POR HACER POSIBLE EL SUEÑO
DE MI INFANCIA, DE ESTAR ALGÚN DÍA
EN ESTE CAMPUS, DE SER UN
ESTUDIANTE DE ESTA GRAN Y GRANDE
UNIVERSIDAD.

PORQUE HOY AL PASO DEL TIEMPO, TENGO EL ORGULLO DE PRESUMIR QUE SOY EGRESADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM, DE CIUDAD UNIVERSITARIA; QUE TENGO EL ORGULLO DE HABER TOMADO CLASES CON LOS GRANDES MAESTROS DEL DERECHO EN MÉXICO, PRIVILEGIO QUE SÓLO SE TIENE EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM.

AL LIC, BERNABÉ MORALES HENESTROSA

POR QUIARME EN LA ELABORACIÓN DE ESTE TRABAJO, POR COMPARTIR CONMIGO SUS CONOCIMIENTOS, POR AYUDARME A QUE DESPUÉS DE ALGUNOS AÑOS DE HABER CONCLUIDO MIS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS, CUMPLIERA POR FIN CON ESTE PROYECTO.

**NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL
CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL**

ÍNDICE

	PÁGINA	
INTRODUCCIÓN		VIII
 CAPÍTULO PRIMERO LA FAMILIA 		
1.1. CONCEPTO DE FAMILIA		1
1.2. EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA	7	
1.2.1. PROMISCUIDAD ABSOLUTA	8	
1.2.2. MATRIMONIO POR GRUPOS	10	
1.2.2.1. FAMILIA CONSANGUÍNEA		10
1.2.2.2. FAMILIA PUNALÚA		11
1.2.2.3. FAMILIA SINDÍASMICA		11
1.2.3. MONOGÁMICA	12	
1.2.4. MATRIMONIO EN ROMA		13
1.3. DIVERSAS FORMAS DE FUNDAR LA FAMILIA	15	
1.3.1. MATRIMONIO	15	
1.3.1.1. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO CIVIL		18
1.3.1.2. EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN		19
1.3.1.3. EL MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL	20	
1.3.1.4. EL MATRIMONIO COMO ACTO MIXTO		21
1.3.1.5. EL MATRIMONIO COMO ACTO CONDICIÓN		21

1.3.1.6.	EL MATRIMONIO COMO SACRAMENTO	22
1.3.2.	CONCUBINATO	23

CAPÍTULO SEGUNDO

EL MATRIMONIO

2.1.	CONCEPTO DE MATRIMONIO	28
2.2.	REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO	37
2.2.1.	ELEMENTOS ESENCIALES	42
2.2.1.1.	DIFERENCIA DE SEXO ENTRE LOS CONTRAYENTES	43
2.2.1.2.	CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRAYENTES	46
2.2.1.3.	OBJETO DEL MATRIMONIO	47
2.2.1.4.	SOLEMNIDADES EN EL MATRIMONIO	49
2.2.2.	REQUISITOS DE VALIDEZ	52
2.2.2.1.	CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES	52
2.2.2.2.	VOLUNTAD EXENTA DE VICIOS EN LOS CONTRAYENTES	55
2.2.2.3.	FORMALIDADES DEL MATRIMONIO	58
2.3.	IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO	64
2.4.	FINES DEL MATRIMONIO	70
2.4.1.	EN RELACIÓN A LA PERSONA DEL CÓNYUGE	70
2.4.2.	EN RELACIÓN A LOS CÓNYUGES EN EL HOGAR	72
2.4.3.	EN RELACIÓN A LOS HIJOS	74
2.4.4.	EN RELACIÓN A LOS BIENES	75
2.4.4.1.	DONACIONES ANTENUPCIALES	76

2.4.4.2. DONACIONES ENTRE CONSORTES	77
2.4.4.3. CARGAS ECONÓMICAS DEL HOGAR	77
2.4.4.4. REGÍMENES PATRIMONIALES	78
2.4.4.4.1.SOCIEDAD CONYUGAL	78
2.4.4.4.2.SEPARACIÓN DE BIENES	81

CAPÍTULO TERCERO

EL CONCUBINATO

3.1. CONCEPTO DE CONCUBINATO	82
3.2. REQUISITOS PARA QUE NAZCA EL CONCUBINATO	88
3.2.1. TEMPORALIDAD	88
3.2.2. PUBLICIDAD	88
3.2.3. SINGULARIDAD	89
3.2.4. LIBRES DE MATRIMONIO	89
3.2.5. SEMEJANTE AL MATRIMONIO	90
3.2.6. UNIÓN	90
3.2.7. CAPACIDAD	90
3.2.8. FIDELIDAD	90
3.3. IMPEDIMENTOS PARA EL CONCUBINATO	91
3.4. EFECTOS DEL CONCUBINATO	94
3.4.1. DERECHO DE ALIMENTOS EN VIDA DE LOS CONCUBINOS	95

3.4.2.	DERECHO DE ALIMENTOS POR CAUSA DE MUERTE A TRAVÉS DEL TESTAMENTO INOFICIOSOS	95
3.4.3	DERECHO A LA PORCIÓN LEGÍTIMA EN LA SUCESIÓN ABINTESTATO	96
3.4.4.	PRESUNCIÓN DE LA PATERNIDAD CON RESPECTO A LOS HIJOS	97
3.4.5.	COMO SE EXTINGUE EL CONCUBINATO	98

CAPÍTULO CUARTO

FORMAS DE PROCREACIÓN

4.1.	TIPOS DE PROCREACIÓN	100
4.1.1.	PROCREACIÓN NATURAL	103
4.1.2.	PROCREACIÓN ASISTIDA	106
4.1.3.	FERTILIZACIÓN IN VITRO	108
4.1.4.	DONACIÓN DE OVULO	111
4.1.4.1.	ANTICUERPOS ANTIESPERMÁTICOS	112
4.1.4.2.	INFECCIONES	113
4.1.4.3.	HOSTILIDAD CERVICAL NO INMUNOLÓGICA	114
4.1.4.4.	OBSTRUCCIÓN DE TROMPAS DE FALOPIO	114
4.1.5.	DONACIÓN DE ESPERMAS	114
4.1.5.1.	OLIGOSPERMIA O SEMEN DE MALA CALIDAD	115
4.1.5.2.	EYACULACIÓN RETRÓGRADA	115
4.1.6.	ADOPCIÓN DE EMBRIÓN	116
4.1.7.	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	117
4.1.7.1.	ESTERILIDAD ABSOLUTA DEL VARÓN	118

4.1.7.2. PRESENCIA DE ANTICUERPOS AGLUTINANTES DEL VARÓN	119
4.1.7.3. PROBLEMAS GENÉTICOS DEL VARÓN	119
4.1.7.4. SENSIBILIZACIÓN RH EXTREMA CON ESPOSOS RH+HOMOCIGOTO	119
4.1.7.4.1. VAGINAL O INTRAVAGINAL	120
4.1.7.4.2. TÉCNICA CERVICAL	120
4.1.7.4.2.1. INTRACERVICAL	121
4.1.7.4.2.2. INTRAPERITONAL	121
4.1.8. ÚTERO SUBROGADO	121
4.1.8.1. MATERNIDAD SUBROGADA CON APORTACIÓN DE ÚTERO	123
4.1.8.2. MATERNIDAD SUBROGADA CON DONACIÓN DE ÓVULO	124
4.1.8.3. MATERNIDAD SUBROGADA CON DONACIÓN DE EMBRIÓN	124
4.1.9. TRANSFERENCIA INTRATUBARIA DE GAMETOS	125

CAPÍTULO QUINTO
NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL
DISTRITO FEDERAL

5.1. LA LEY GENERAL DE SALUD EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA	126
5.2. HIPÓTESIS DE PROCEDENCIA PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA	129
5.2.1. PATERNIDAD	129

5.2.2. MATERNIDAD	130
5.2.2.1. ANONIMATO DEL DADOR DE ESPERMATOZOIDES	130
5.2.2.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DADOR DE GAMETOS	131
5.2.2.3. FECUNDACIÓN POST MORTEN	131
5.2.2.4. EL CONSENTIMIENTO	132
5.2.2.5. PERSONALIDAD DEL EMBRIÓN	132
5.2.2.6. RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL MÉDICO	133
5.2.2.7. MATERNIDAD SUBROGADA	133
5.2.2.8. ALGUNAS CONTROVERSIAS DIRIMIDAS EN TRIBUNALES	134
5.3. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL	136
5.3.1 DERECHO A DISPONER SOBRE EL PROPIO CUERPO	138
5.3.2. DERECHO A LA LIBERTAD	138
5.3.3. PRÁCTICAS CLANDESTINAS	139
CONCLUSIONES	144
BIBLIOGRAFÍA	149

INTRODUCCIÓN

“La fabricación de hombres por medios fuera del coito, no es cosa de ahora, aunque en otros tiempos no pasaba de alucinaciones o bromas literarias ya se soñaba con la fabricación de hombres, refieren a ello autores como Arnolfo de Villanova (1241), Knight (1311), que reproduce más tarde el teólogo Alonso de Madrigal “*El Tostado*”, estas lubricaciones debieron inspirar al loco aquel de Paracelso que aseguraba tener la receta para crear un “Humunuculus”, según Menéndez y Pelayo, misma quimera que resucita en el laboratorio de Wagner, en la segunda parte del “Fausto” de Goethe”.¹ Tampoco podemos olvidar a Frankenstein.

Hoy las ciencias médicas han logrado extraordinario avance en el campo de la Eutelegenesia,² y cada vez estas prácticas son más aceptadas por el hombre, pero no siempre fue así a gama de ejemplo citamos:

“Ya que el hijo gestado mediante la eutelegenesia, plantea cuestiones extraordinarias y jurídicamente novísimas lo malo es que, a veces, parece como si los juristas hubieran hallado aquí uno de esos entretenimientos de que tanto suelen gustar, y que mantienen a toda una generación de ellos, revolcándose, haciendo cabriolas y dando y recibiendo tortas y mojicones dialécticos, pero, es que ni siquiera es codo vedado exclusivo de los hombres de

¹ Leal A. Abelardo. “La Eutelegenesia”. Foro de México, Revista Trimestral. México 1961. p. 26.

² **Eu**, bien; **Tele**, distancia a través de; **Genesisia**, origen. Engendramiento selecto a distancia: Eugenia: Bien nacida. “La Filiaeutelegenesia” Tesis profesional. Bernabé Morales Henestrosa. México, 1985. p. 11.

*Derecho, pues los Médicos-legistas, los teólogos y eclesiásticos, igualmente participan en la refriega”.*³

Se respetan las posturas, pero lo cierto es, que la fecundación asistida o como se le quiera llamar, es una realidad, y en consecuencia debe de ser reglamentada, por ello el motivo de este trabajo es proponer la reglamentación de la maternidad subrogada, que es una modalidad de la Eutelegenesia.

Así las cosas, el presente trabajo se divide en cinco capítulos, empezando en el primero por la Familia, dando su concepto, su evolución, diversas formas de fundar ésta, y esto es así, toda vez que los hijos procreados a mecánicamente tienen que ver íntimamente con la familia, pues forman parte de una.

En el segundo CAPÍTULO abordamos, el matrimonio, sus requisitos, sus elementos tanto esenciales como de validez, Así como sus impedimentos y sus fines.

Toda vez que el concubinato es una manera de fundar una familia, esta figura se analiza en el CAPÍTULO tercero de este trabajo, igualmente analizamos los requisitos para que estas uniones de hecho sean consideradas como concubinos y de esa manera saber a qué tienen derecho, cuáles son sus efectos.

En el CAPÍTULO cuarto, tratamos lo relativo a las formas de procreación asistida, sus métodos, sus efectos.

Finalmente en el último CAPÍTULO, abordamos la Ley General de Salud, único instrumento legal que refiere algo sobre la Inseminación Artificial, para

³ Le Riveren y Brusone, Eduardo. “Paternidad sin Padre”. Revista Cubana de Derecho. Año XXIX. No. 102 Enero-Marzo. Cuba 1957. p. 13.

posteriormente justificar la procedencia de reglamentar la Maternidad Subrogada y finalmente proponer modificaciones al Código Civil vigente para el Distrito Federal.

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA.

1.1.- CONCEPTO DE FAMILIA.

Dar un concepto uniforme de Familia, es un tanto difícil, y esto es así, toda vez que la familia nunca ha sido la misma, ni en el tiempo, ni en el espacio, esto es, en cada época y en cada lugar, la familia ha sido concebida de diferentes maneras, y si a ello agregamos que el concepto de familia también depende del punto de vista que se le quiera dar, ya sea biológico, jurídico, sociológico o desde el punto de vista de su origen o evolución.

A gama de ejemplo citamos lo señalado por Edgar Baquero Rojas:

“Biológicamente, la familia es la institución formada por el padre, la madre y los hijos de ambos; más en otras ocasiones, los parientes lejanos que se le agregaban. En cambio para el concepto sociológico es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos y los individuos unidos a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda”.¹

Por su parte el Diccionario de legislación y Jurisprudencia de Francisco Guiza Alday, nos da el siguiente concepto:

“FAMILIA. (Lat. FAMILIA: Familia) f. Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes u colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes

¹ Baquero Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía. “Derecho de Familia y Sucesiones”. Editorial Harla. México, 1990. p. 846.

casados. Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica; por familia se entiende, como dice la Academia “la gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella”. Los hijos o la prole. Grupo o conjunto de individuos con alguna circunstancia importante común, profesional, ideológica o de otra índole; y así se habla de familia militar para referirse al ejercito en general; y de otro modo más concreto a los que forman el escalafón profesional de la milicia. También a los criados de una casa, vivan en ella o no”.²

El Diccionario de Derecho de los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, exponen:

“FAMILIA. Agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco. Conjunto de los parientes que viven en un mismo techo”.³

Otra definición más la encontramos en el Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico:

“Familia, proviene del latín familiae, derivado de famulus, sirviente, esclavo”.⁴

² Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia. Francisco Guiza Alday. Editorial Ángel Editor. México, 1999. p. 343.

³ Diccionario de Derecho. Rafael de Pina y Rafael de Pina vara. Editorial Porrúa, S.A. 12ª Edición. México, 1984. p. 268.

⁴ Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico. Joan Corominas. Editorial Gredos. Madrid, España, 1989. p. 846.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, no da una definición de familia, da la forma de conformarse ésta, sus efectos, los derechos y obligaciones que emanan de ella, los tipos de parentesco, grados y las relaciones entre esposos y concubinos y sus respectivos parientes.

De tal suerte que una vez anotadas algunas definiciones que nos dan los diccionarios veremos lo que nos dicen los tratadistas sobre el concepto de familia y así tenemos que:

El maestro Ignacio Galindo Garfias, nos dice.

*“Es un núcleo de personas que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación”.*⁵

Desde el inicio de la humanidad, día a día se ha ido generando la prole, quien con el paso del tiempo, esta prole y sus ascendientes se convirtieron en el pilar de la sociedad, es por ello que se dice que la familia, es considerada la más antigua de las instituciones sociales y se considera que surge de manera espontanea atendiendo a las necesidades de orden biológico primordialmente. Con el tiempo esta institución ha sido esencial en la sociedad ya que se ha convertido en el medio en el que el individuo logra su desarrollo físico, psíquico y social, porque es ahí donde hombres y mujeres encuentran sus satisfactores básicos. Podemos decir que la familia es un fenómeno natural que tiene como fin asegurar la perpetuación de la especie humana y al mismo tiempo la integración de la humanidad por generaciones, formando en ella los sentimientos de solidaridad, superación, entre otros; con el fin de evitar que sus miembros realicen conductas que vayan en contra de la sociedad y que por consiguiente se

⁵ Galindo Garfias, Ignacio. “Derecho Civil. Parte General, Personas, Familia. Editorial Porrúa, S.A. 20ª Edición. México, 2000. p. 447.

consideren delictivas. Pero la familia también es un fenómeno jurídico, pues como célula fundamental en la sociedad, debe de ser reguladora de la conducta de los individuos que la integran, ya que se ve reflejada en la sociedad su comportamiento y es por ello que se les va preparando para que cumplan con el papel social que les corresponde.

Por tal razón tenemos que existe un concepto de familia desde el punto de vista jurídico, el cual se ha definido en sentido amplio y en sentido estricto, al decir de Manuel F. Chávez Asencio, en sentido amplio es:

*“El conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar”.*⁶

Es decir que existe una relación de parentesco ya sea consanguíneo, civil o de afinidad, mismas que contempla nuestro Derecho Positivo Mexicano.

La familia en sentido amplio es la que forman los padres, los hijos, los abuelos, los primos, los sobrinos, los tíos y todos los demás miembros con los que se tenga alguna relación de parentesco. Sin embargo, no todos los miembros forman parte de la misma, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidos por la ley hasta determinado grado, que como sabemos, en línea recta el parentesco no tiene límite pero en línea colateral tenemos que el parentesco y sus efectos se extienden hasta el cuarto grado. Y en sentido estricto la familia es el grupo de individuos formado únicamente por los cónyuges y los hijos que vivan bajo un mismo techo, excluyendo a los demás parientes, por lo que los derechos y deberes que se originan son sólo entre ellos y no se extiende hacia los demás parientes antes mencionados.

⁶ Chávez Asencio, Manuel F. “La Familia en el Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”. Editorial Porrúa, S.A. 5ª Edición. México, 1999. p. 233.

Igualmente en este sentido se puede considerar que una familia también la forman sólo la madre con sus hijos, el padre con sus hijos, los hijos solos y aún la pareja sola, que resultan de la unión sexual del hombre y la mujer y de la voluntad de permanecer unidos. En el caso de la pareja sin hijos hay una relación sexual que se prolonga en el tiempo por lo que se debe considerar como familia, sobre el particular la maestra Sara Montero, nos dice:

“Para que la pareja humana pueda considerarse por si sola como familia, se requieren dos elementos añadidos a la unión sexual: La permanencia más o menos prolongada y la cohabitación..., la mujer y el hombre que cohabitan de forma permanente configuran la familia”.⁷

En este momento hacemos un paréntesis, para preguntarnos:

¿Y qué pasa con las personas del mismo sexo que establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua?⁸

¿Forman una familia?, ¿En sentido amplio o en sentido estricto?, ¿O en qué sentido?

Creemos que en ningún sentido, al menos que se trate de personas de diferente sexo, entonces estaremos hablando de concubinato y se aplicaría lo expuesto por la maestra Sara Montero, de otra forma como ya hemos dicho, la familia nace por lazos consanguíneos, civiles o de afinidad y en este caso no se da ninguno de estos supuestos. Seguramente los seguidores de esta ley, alegarán con mil argumentos, que estas uniones son de hecho y de derecho una familia.

⁷ Montero Duhalt, Sara. “Derecho de Familia”. Editorial Porrúa. 5ª Edición. México, 1992. p. 2.

⁸ Artículo 2, de la Ley de Sociedad y Convivencia para el Distrito Federal. Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día catorce de Noviembre de dos mil seis.

Interesante es señalar lo manifestado por Manuel F. Chávez Asencio, años antes de la promulgación de la mencionada Ley de Sociedad y Convivencia:

“Las familias paternales que son aquellas que se originan del matrimonio como la forma moral y legal de constitución. También se encuentran dentro de ellas las familias constituidas por el concubinato y las constituidas por unión libre que no tengan las características del primero en términos de nuestra legislación, también dentro de este grupo, podemos señalar las familias constituidas por adopción.

Familias unipaternal que se constituyen o que se componen de un sólo padre.

Familias multifiliales que se integran por divorciados con hijos vueltos a casar.

*Familias parentales formadas por los parientes no descendientes unos de otros y que sin embargo constituyen una familia por ser parientes, como ejemplo podemos señalar a los sobrinos-tíos, primos, compadres-ahijados”.*⁹

La familia es un hecho, real, tangible, el cual se ha calificado como esencial en la sociedad, ya que se considera la célula primaria de ella, por lo que el derecho la ha tomado bajo su protección para armonizar las relaciones que nacen de la misma, creándose con ello el derecho de familia y que para la ya citada maestra Sara Montero la familia es:

⁹ Chávez Asencio, Manuel F. Op. Cit. p. 235.

*“El conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público”.*¹⁰

Manuel Peña Bernaldo de Quirós, afirma que el derecho de familia, es:

*“La parte del derecho civil que tiene como objeto directo las relaciones jurídicamente familiares (y cuasi familiares)”.*¹¹

Finalmente diremos que las relaciones de familia son de características muy amplias, ya que dentro de él está comprendida la constitución de la familia, su organización y las relaciones que nacen entre sus miembros, así como la disolución de estas relaciones. También es importante destacar que las relaciones jurídicas familiares implican una serie de derechos y deberes que en un ordenamiento jurídico como el nuestro son recíprocas.

1.2.- EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA.

La unión de un hombre y una mujer, cualquiera que sea el nombre que el tiempo y el espacio le haya dado, (matrimonio), va aparejado a la familia, al origen mismo de ésta, la cual ha pasado por diversas etapas.

Las teorías emitidas en cuanto al mismo son basadas tomando en consideración las formas actuales de grupos étnicos que han permanecido al

¹⁰ Peña Bernaldo de Quiroz, Manuel. Op. Cit. p. 24.

¹¹ Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. “Derecho de Familia”. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, España, 1989. p. 20.

margen de las civilizaciones, en los pocos vestigios que se han encontrado desde pueblos primitivos y en las suposiciones de cómo debieron ser esas culturas.

Exponemos la Teoría Tradicional, por ser ésta la más aceptada y la cual nos indica que el matrimonio tiene las siguientes etapas:

1.2.1.- PROMISCUIDAD ABSOLUTA.

Lewis Henry Morgan, sostiene que debió existir un periodo de promiscuidad correspondiente al tránsito de la animalidad a la humanidad, ubicando este comportamiento en lo que el llama la primera época del salvajismo.

12

En relación a este enunciado F. Engels comenta:

“...Podemos decir que el sentimiento de celos y la idea de incesto se desarrollaron relativamente tarde. No sólo en la época primitiva eran marido y mujer el hermano y la hermana, sino que, aun hoy es lícito en muchos pueblos el matrimonio entre padres e hijos, algunos de estos ejemplos los podemos ver entre los Kaviatos de estrecho de Behring, los Kodiacos de cerca de Alazka y los Tiñes en el interior de la América del norte Británica; Letorneau ha reunido numerosos hechos idénticos entre los indios Chipewuas, los Cucus de Chile, los Caribes, los Karens de Indochina; y esto, dejando a un lado los relatos de los antiguos Griegos y Romanos acerca de los Partos, los Persas, los Escitas, los Hunos...”¹³

¹² Morgan, Lewis Henry. “La Sociedad Primitiva”. Editorial Ediciones Pavlov, s/f de Ediciones México. p. 363-366.

¹³ Engels, Federico. “El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado”. Traducida al Español por Editorial Progreso. Moscú, URSS, 1979. p. 32.

El maestro Antonio de Ibarrola criticando la teoría tradicional anota:

“El simple sentido común nos lleva a descartar enérgicamente la existencia de la promiscuidad absoluta y del matriarcado como imperantes en un principio entre todos los pueblos de la tierra. Siempre ha sido característica del varón, la nobleza, el pudor y el espíritu de fuerza. Por ningún motivo podemos admitir que los millones de años que lleva la humanidad no haya experimentado el hombre hacendado cariño hacia la mujer y hacia la prole: Ambos afectos lo llevaron seguramente desde la aurora de la historia, a defender al ser más débil y a sus hijos en contra de los innumerables peligros que siempre rodearon a la pareja humana en lejanas épocas pretéritas...”¹⁴

Henry de Sausurre, citado por Giraud Teulon, estando en desacuerdo con lo que expresa la teoría tradicional afirma que:

“...Los gorilas y los monos antropomorfos, en general son monógamos, de igual manera que los animales de costumbres solitarias; por tanto entre mamíferos como entre los pájaros, los carnívoros, son monógamos y la asociación dura por lo menos cierto tiempo”¹⁵

Con lo anterior da a entender que el hombre al igual que algunos animales, por naturaleza es monógamo.

¹⁴ De Ibarrola, Antonio. “Derecho de Familia”. Editorial Porrúa, 2ª Edición. México, 1985. p. 139.

¹⁵ Teulon A Giraud. “Los orígenes del Matrimonio y de la Familia”. Editorial Jorro Editor. Madrid, 1917. p.p. 12-13.

La teoría tradicional ubica a la promiscuidad, en la época del salvajismo anterior a toda cultura. En sus principios, el hombre se comportó guiado solamente por sus instintos primarios; la búsqueda de alimento para su subsistencia y el instinto reproductor para la continuidad de la especie. Viviendo parcialmente en los árboles. No obstante que este periodo debe haber durado milenios, y por tanto de cualquier manera no se puede demostrar su existencia.

La corriente que niega la realidad posible de una primitiva promiscuidad sexual, está basada más en cuestionamientos morales o de carácter religioso que en realidades científicas.

1.2.2.- MATRIMONIO POR GRUPOS.

También llamado cenogamia, consiste en la relación sexual de un grupo de mujeres con un determinado grupo de hombres, y en el cual, todos son cónyuges en común. Se pueden diferenciar varios tipos de matrimonio por grupos, a saber:

1.2.2.1.- Familia Consanguínea.

Es la primera etapa de la familia, los grupos conyugales se clasifican en generaciones, todos los abuelos y abuelas en los límites de la familia son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con los hijos, es decir con los padres y las madres; los hijos de éstos a su vez forman un tercer círculo de cónyuges comunes. Hermanos y hermanas, primos y primas en todos los grados son todos ellos maridos y mujeres unos de otros. Esta familia ha desaparecido y no se ve ni aún en los pueblos más salvajes.

1.2.2.2.- Familia Punalúa.

Uno o más grupos de hermanos y hermanas se convierten en el núcleo de una comunidad, y sus hermanos carnales en el núcleo de otra. De la familia consanguínea salió, de una manera análoga, la forma de familia a la que Morgan¹⁶ da el nombre de Familia Punalúa.

Según la costumbre hawaiana, cierto número de hermanas carnales o más lejanas, eran mujeres comunes de sus maridos comunes de los cuales quedaban excluidas sus propias hermanas. Esos maridos por su parte, no se llamaban entre si hermanos, sino "*Punalúa*", es decir, compañero íntimo. De igual modo, una serie de hermanos uterinos o más lejanos tenían en matrimonio común cierto número de mujeres, con exclusión de sus propias hermanas y esas mujeres se llamaban entre si "*Punalúa*". La descendencia dentro de estos grupos sólo se establecía por línea materna y por consiguiente, sólo se reconoce la línea femenina.¹⁷

1.2.2.3.- Familia Sindiasmica.

Se dice que en el matrimonio por grupos o quizás antes, se formaban parejas conyugales para un tiempo más o menos prolongado, un hombre tenía una mujer principal de entre todas sus esposas, siendo este mismo, también esposo principal para aquella. La poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, la separación de la pareja podía efectuarse con facilidad por voluntad de una u otra parte y la descendencia sólo se cuenta por la línea femenina. Se ha dicho en términos generales, que en los matrimonios por grupo los hombres viven en la poligamia y las mujeres en la poliandria.¹⁸

¹⁶ Morgan, Lewis Henry. Op. Cit. P. 36.

¹⁷ *Ibidem.* p. 37.

¹⁸ *Ibidem.* pp. 37, 38.

1.2.3.- MONOGÁMICA.

Se funda en el matrimonio de un sólo hombre con una sola mujer, es decir sólo se da una cohabitación exclusiva; esto último constituye un elemento esencial del mismo. Nace de la familia sindiasmica y es la principal característica del matrimonio en las civilizaciones contemporáneas.

Históricamente el matrimonio monogámico ha atravesado por diferentes formas, entre las que podemos mencionar al matrimonio por rapto, en el que el raptor se casaba únicamente con la raptada y la consideraba objeto de su propiedad, exigiéndole fidelidad y obediencia absoluta. Existía exclusividad sexual, por lo que los hijos tenían paternidad cierta, el parentesco que se estableció es ya por línea paterna.

El matrimonio por compra, practicado por las civilizaciones Hebraticas, Griega y Romana entre otras, tuvo su origen en el hecho de que la mujer constituyó una carga familiar; por lo que el padre de ella, generalmente la vendía como un objeto para recuperar en algo los gastos que le había ocasionado su manutención. La mujer pasaba a ser propiedad del esposo quien podía ejercer sobre ella actos de dominio.

El matrimonio por compra asumió también otras formas, tales como el matrimonio por servicio, por intercambio, por regalos y caso contrario, el matrimonio por dote en el que al novio se le daban bienes para contribuir a las cargas del nuevo matrimonio.

Sobre el matrimonio consensual, la maestra Sara Montero dice:

“...Es la unión matrimonial de un hombre y una mujer derivada únicamente de su libre consentimiento”.

Este matrimonio tiene características de permanencia y unidad, siendo un hecho social común entre los pueblos a fin de perpetuar la especie.

1.2.4.- MATRIMONIO EN ROMA.

Era necesario gozar del *“ius connubi”* para poder contraer matrimonio, además de tener la mujer doce años y el hombre catorce cuando menos. Era de suma importancia la intención de ser marido y mujer, esto es el llamado *“Affectio Maritales”*. A este tipo de matrimonio se le conoció como *“Usus”*, y esto se daba cuando el marido había poseído a la mujer por más de un año ininterrumpidamente, pudiendo ella evitarlo dejando la casa conyugal por tres noches consecutivas a fin de caer bajo la *“manus”* de aquel.

Existió también la *“Coemptio”* y la *“Confarratio”*, la primera corresponde al matrimonio por compra realizado por quien ejercía la Patria Potestad sobre la mujer o aún por la misma mujer al marido o a quien ejercía la Patria potestad sobre ésta; teniendo gran aceptación entre plebeyos y luego entre los patricios, cuando decayó la costumbre de la *“Cofarratio”*, consistiendo esta última en compartir por parte de contrayentes de una torta de farro como símbolo de la iniciación de la vida en común, ceremonia que se celebraba ante la presencia de diez testigos.

Todas esas solemnidades fueron abandonadas con el tiempo y comenzó a practicarse el matrimonio no solemne o por simple consentimiento llamado *“Sine Manu”*.

Con la caída del imperio Romano el poder secular se debilitó grandemente y la Iglesia asumió para si toda intervención en la celebración del matrimonio

atribuyendo competencia a los tribunales eclesiásticos para decidir las cuestiones relacionadas con él y no fue hasta 1791 cuando se estableció en la Constitución francesa que el matrimonio era un “*contrato civil*”, a partir de entonces se operó en Francia y otros países la secularización sobre la legislación en lo que respecta al matrimonio.

Por lo que hace a nuestro país, durante la época colonial, el matrimonio y las relaciones jurídicas entre los cónyuges, se regulaban de acuerdo al Derecho Canónico, situación que llegó a su fin con la promulgación de la Ley del Matrimonio Civil de Julio 23 de 1859, siendo Presidente Benito Juárez.

En esta Ley al matrimonio se le atribuye naturaleza de contrato civil, reglamentado por el Estado en lo relativo a los requisitos de celebración, elementos de existencia y validez.

Por su parte los Códigos Civiles de 1870 y 1884, confirman la naturaleza civil del matrimonio y su carácter de indisoluble.

Pero en 1914 Venustiano Carranza le quita la indisolubilidad del vínculo matrimonial promulgando la primera Ley de Divorcio en México, que declara disoluble el matrimonio y deja a los divorciantes en aptitud de contraer nuevas nupcias, disolubilidad que quedó confirmada en la Ley Sobre Relaciones Familiares del 12 de Abril de 1917, misma que fue abrogada por el Código Civil de 1928, y que actualmente se encuentra vigente a partir de 1932.

1.3.- DIVERSAS FORMAS DE FUNDAR LA FAMILIA.

1.3.1.- MATRIMONIO.

“Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”¹⁹

Tal es la definición que actualmente nos proporciona el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, pues no siempre fue así; antes de las reformas al Código Civil del 25 de mayo de 2000, nuestra legislación no daba una definición de matrimonio, como actualmente no da la definición de Patria Potestad.

El matrimonio en nuestro país, después de la Conquista y durante la Colonia, el derecho Canónico dio validez a las uniones entre el varón y la mujer, constituyendo el matrimonio y resolvía todos los problemas por medio de los ministros y tribunales eclesiásticos, situación que duró hasta los primeros años de la República, esto es a mediados del siglo XIX.

La iglesia católica, jugó un papel muy importante, a tal grado que distinguía entre matrimonios celebrados y matrimonios consumados, tal distinción radicaba en que, aunque se hubiese celebrado el matrimonio, no existían relaciones sexuales. Por otra parte una vez que se había celebrado el matrimonio ante el párroco, posteriormente debía registrarse ante el Juez del Registro Civil. Además de que los párrocos tenían la obligación de dar parte a la autoridad de

¹⁹ Código Civil para el Distrito Federal. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. México, 2009. p. 29.

todos los matrimonios que celebraban, dentro de las 24 horas de haberse celebrado el mismo. Ante tal situación poco a poco se fue distinguiendo el matrimonio religioso del matrimonio civil.

Posteriormente en 1869 y siendo Presidente de la República Don Benito Juárez, se promulgaron las Leyes de Reforma, dentro de las cuales había una ley relativa a los actos del estado civil y su registro, entre ellos el matrimonio, al que se le atribuyó la naturaleza de contrato civil, lo que dio lugar a una gran polémica y al respecto Blanca Estela Gutiérrez Grageda nos dice, que:

*“Una de las leyes que mayor debate e inconformidades provocaron fue la relativa al matrimonio civil, promulgada en Veracruz el 23 de julio de 1859. El autor de “El Revelador Fidedigno”, denuncia como los miembros de la iglesia católica se había empeñado en presentar dicha ley como “impía, inmoral y herética, maldita de Dios”, porque declaraba que el matrimonio era un contrato civil que se contraía lícita y válidamente ante la autoridad civil”.*²⁰

Aún con todas las inconformidades que hubo por considerar al matrimonio como un contrato civil, el estado reglamentó los requisitos para su celebración, aunque se seguía el principio de Derecho Canónico, que consistía en el carácter indisoluble del matrimonio.

En el México moderno, encontramos que en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, confirman su naturaleza jurídica, considerándolo como un contrato civil y siguieron caracterizándolo como indisoluble.

²⁰ http://www.uaq.mx/voces/n07/celibato_clerical.html. 15 de Abril de 2009, 18.50 horas.

Posterior a estos Códigos, encontramos la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, que reglamenta e instituye el divorcio por mutuo consentimiento.

Finalmente el Código Civil de 1928, que entró en vigor en 1932, acepta y regula el divorcio, tanto necesario como voluntario, con la modalidad éste último del divorcio administrativo. Siendo que hasta el día 27 de agosto de dos mil ocho el Código Civil vigente para el Distrito Federal contemplaba XXI causales de divorcio, mismas que fueron derogadas mediante publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, quedando solamente la voluntad de uno de los cónyuges para solicitar el divorcio, no importando el motivo, llamándolo divorcio unilateral mejor conocido como *“Divorcio Express”*.

Se dice que la naturaleza jurídica de una cosa es aquella que constituye su ser, lo que es en si. Cuando buscamos la naturaleza jurídica de una cosa y tratamos de encontrar el íntimo valor que representa para el derecho esa naturaleza jurídica, no será otra que aquella que como ser aparece caracterizándola, es decir, lo que para el derecho es ella en si misma.

En relación a la naturaleza jurídica del matrimonio, entendemos que se refiere al acto de su constitución y también al estado matrimonial que se genera.

Eduardo Zannoni refiere:

“El problema de la naturaleza jurídica del matrimonio se refiere al acto mismo por el cual se celebra. En cambio, las relaciones jurídicas que siguen de esa celebración, sean patrimoniales o extramatrimoniales, ya que atañen al estado civil mismo de los

*casados que revisten los contrayentes, haciendo surgir los derechos de deberes personales.*²¹

Existen varias y variadas doctrinas en relación a la naturaleza jurídica del matrimonio, veamos algunas.

1.3.1.1.- El matrimonio como contrato civil.

Se remonta a las opiniones de los canonistas disidentes, quienes sustentaban la idea de separabilidad entre el contrato y el sacramento. Tiene su origen en Francia y constituyó la base de la secularización del matrimonio como consecuencia de la revolución de 1789. Aunque existen numerosas opiniones negando al matrimonio la naturaleza jurídica de contrato, pues los contratos se refieren fundamentalmente al aspecto patrimonial y el matrimonio esencialmente es producto de relaciones personales de carácter moral y no patrimonial.

Al respecto el maestro Jorge Mario Magallón Ibarra, expresa:

“...Nosotros creemos que es acertada desde el punto de vista jurídico, la calificación o atribución que el legislador ha realizado del carácter contractual del matrimonio. En efecto, como ya se indica, la técnica jurídica correcta le ha otorgado al matrimonio un carácter contractual, no sólo porque en él ocurren los dos supuestos indispensables para subsistencia y validez, tanto de derecho canónico como en el civil, su consentimiento se convierte en la unión y su objeto cristaliza en la protección y ayuda mutua sino porque además, el derecho no podría otorgarle otra

²¹ Zannoni, Eduardo A. “Derecho de Familia”. Editorial Astea. Buenos Aires, Argentina, 1978. p. 121.

*naturaleza que lo explicara y reglamentara más adecuadamente desde el punto de vista jurídico”.*²²

Por su parte Rafael Rojina Villegas, citando a Bonnecase señala una de las principales críticas en contra del matrimonio como contrato, al señalar que:

*“...No se cumplen las reglas que lo caracterizan como tal, ni mucho menos existe el principio de la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución; ya que los consortes no pueden alterar el régimen del matrimonio, estipulando derechos y obligaciones distintas de los que imperativamente determine la ley, ya que carece de valor cualquier pacto que los contrayentes estipulen para cambiar el régimen legal o modificar los fines del matrimonio”.*²³

1.3.1.2.- El matrimonio como Institución.

Dentro de las diferentes acepciones de la palabra institución señalaremos aquella que dice que la institución es un conjunto de normas de carácter operativo que regula un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público.

La teoría del matrimonio como institución, tuvo su origen y desarrollo en Francia a principios del siglo pasado; Bonnecase, por ejemplo expuso, que:

“El matrimonio es una institución, dentro del concepto de institución se explica no sólo la celebración del mismo, sino todos

²² Magallón Ibarra, Jorge Mario. “El Matrimonio (Sacramento, Contrato-Institución”. Editorial Tipográfica Editorial Mexicana. México, 1955. p. 198.

²³ Rojina Villegas, Rafael. “Compendio de Derecho Civil”. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. p. 292.

*los efectos jurídicos que nacen ex lege del acto y del estado propiamente dicho*²⁴

Y sigue diciendo:

“La institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que imprime el derecho”.²⁵

1.3.1.3.- El matrimonio como acto de poder estatal.

Esta postura la sostiene el Italiano Antonio Cicu, quien citado por Don Rafael Rojina Villegas, textualmente expone:

“Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del Oficial del Estado Civil. Nosotros deducimos de esto que la ley no considera al matrimonio como contrato formal, y que la concorde voluntad de los esposos no es más que una condición para el pronunciamiento: éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio”.²⁶

²⁴ Bonnacase, Julián. “La Filosofía del Código de Napoleón Aplicable al Derecho de Familia”. Traducción José Ma. Cajiga. Ed. Cajiga, México 1945. p. 204.

²⁵ Ídem. p. 205.

²⁶ Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. pp. 295-296.

Como se puede apreciar, Antonio Cicu niega que el matrimonio sea formalmente un contrato. No existe matrimonio sin la intervención del Estado y su injerencia no sólo es declarativa, sino constitutiva.

La última parte del artículo 102 del Código Civil para el Distrito Federal, parece estar de acuerdo con la opinión que antecede.

1.3.1.4.- El matrimonio como acto mixto.

Este acto jurídico mixto se realiza por la concurrencia tanto de particulares como de servidores públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. Se dice que dentro del matrimonio el Órgano Estatal desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo; este punto de vista es aplicable a la celebración del matrimonio, pero es deficiente para dar razón, no sólo del acto de celebración sino del estado matrimonial que surge en razón de aquel.

1.3.1.5.- El matrimonio como acto condición.

Esta postura es obra del jurista León Duguit, quien citado por Rojina Villegas, afirma que:

“El matrimonio es un acto condición, es decir aquella situación creada y regida por la ley, cuya creación tiene lugar subordinada a la creación de ese acto; en este caso el matrimonio”²⁷

²⁷ Ídem. p. 290.

La crítica establece que en el acto condición, los efectos jurídicos del acto se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece; sin embargo, en el matrimonio putativo pese a que el acto es nulo se producen todos los efectos del mismo a favor de los hijos o del cónyuge de buena fe, como si se hubieran reunido todas las condiciones establecidas por la ley para la validez del acto.

1.3.1.6.- El matrimonio como sacramento.

Durante toda la época medieval y hasta bien entrada la era moderna el matrimonio fue regulado por la iglesia. Así mismo para el derecho canónico fue siempre un contrato de carácter natural regulado por la ética cristiana y elevado a la categoría de sacramento en el siglo XVI por el Concilio de Trento.

Aún en nuestros días para el derecho canónico y para los sistemas jurídicos que aceptan el mismo como regulador de la vida familiar de los sujetos, el matrimonio es un sacramento, entendido como tal, un contrato natural al que la iglesia considera sagrado e indisoluble en vida de los cónyuges. Tal es el caso de España, que aunque reconoce el matrimonio civil, otorga primacía al matrimonio religioso, al establecer en el artículo 42 párrafo tercero de su Código Civil:

*“Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica”.*²⁸

Podemos resumir que la naturaleza jurídica del matrimonio es de carácter múltiple, pues bien puede ser un acto jurídico en el que existe acuerdo de voluntades y en el que se requiere la declaración de un órgano estatal, además de estar regulado por un conjunto de normas de carácter imperativo que constituyen

²⁸ Ídem. p. 291.

un todo orgánico y que persiguen una finalidad de interés público y por último, para los sistemas que aceptan el derecho canónico como regulador de las relaciones familiares, será un sacramento.

1.3. 2.- CONCUBINATO.

Por ser el concubinato una manera de formar una familia, el concubinato reviste una enorme importancia jurídica-social en nuestro país.

Evidentemente antes de la existencia del matrimonio, el hombre practico el concubinato, entendiendo a este como la unión de un hombre y una mujer que de manera permanente y estable cohabitan y practican el debito carnal, sin ninguna formalidad.

El concubinato al igual que muchas de las figuras jurídicas que hoy nos rigen nuestro diario quehacer jurídico, ya se conocía en roma, el maestro Agustín Bravo González expresa:

"El concubinato debió sin duda su frecuencia a las disposiciones que prohibían el matrimonio entre los ingenuos y los libertos. Se tomaba por concubina a aquella con quien el matrimonio estaba vedado. Fue bajo Augusto cuando el concubinato obtuvo su sanción legal, apareciendo como un matrimonio inferior, inaequale coniugium, pero sin nada de deshonoroso y que se distingue de las iustae nuptia sólo por la intención de las partes y por un efecto menos digno en su vivacidad y menos respetuosos para la mujer"

29

²⁹ Bravo González, Agustín. "Primer curso de Derecho Romano". Editorial Pax-México, S.A. 11ª

En el México antiguo, entre los Aztecas, la poligamia era lícita y muy frecuente, ya que el hombre casado o soltero, podía tomar cuantas mancebas quisiera, con tal de que éstas estuvieren libres de matrimonio. En razón de ello podemos decir que el concubinato surgía cuando la pareja se unía mediante su consentimiento, sin observar ningún tipo de formalidad. María del Mar Herrerías Sordo, explica:

*“En este caso, la mujer tomaba el nombre de temecauh y el hombre el de tepuchtli. El derecho sólo equiparaba al concubinato con el matrimonio cuando los concubinarios tenían tiempo de vivir juntos y con fama pública de casados, considerándolos adúlteros a la mujer que violaba la fidelidad a su compañero y al hombre que tenía relaciones sexuales con ella. La concubina que duraba un lapso de tiempo como tal, se convertía en esposa, recibiendo el nombre de tlacarcavilli”.*³⁰

El concubinato se convirtió en una forma de vida y de constituir la familia, ya que la poligamia era practicada en ese entonces principalmente por los reyes, los caciques, por los señores principales y en una menor medida por el pueblo. En caso de separación de los concubinos, tanto a la mujer como a los hijos no se les marginaba, sino que se les permitía seguir formando parte de la comunidad, teniendo los mismos derechos que cuando estaban solteros, permaneciendo los hijos a la casa de la familia de la mujer.

Sin embargo todo cambió cuando llegaron los españoles, ya que impusieron nuevas costumbres y muy diferentes a las que tenían los indígenas, comenzando primeramente con la “cristianización” de los pueblos conquistados,

Edición. México, 1984. p. 160

³⁰ Herrerías Sordo, María del Mar. “El Concubinato, Análisis Histórico, Jurídico y su Problemática en la Práctica”. Editorial Porrúa, S.A. 2ª Edición. México, 2000. p. 12.

tratando de *“Convencer a los indios de dejar sus múltiples esposas y conservar sola una: la esposa legítima”*.³¹

Pero esto no fue fácil, ya que existían muchas familias formadas sobre las bases del concubinato, sin tomar en cuenta el que haya existido un matrimonio anterior o el parentesco consanguíneo, por lo que no se sabía cual de todas las esposas iba a ser elegida como esposa legítima.

Respecto a esto hay que recordar, que no sólo los indígenas formaban su familia en base a la figura del concubinato o poligamia, sino que también los españoles que llegaron a México, ya que éstos comenzaron a relacionarse con las indígenas, dando como resultado el nacimiento de numerosos hijos, que con la idea de que la única forma legítima de formar una familia era el matrimonio, dichos niños fueron abandonados y considerados como bastardos o ilegítimos, teniendo la posibilidad de mejorar su situación si su padre los reconocía, aunque claro estos niños tendrían una posición diferente, ya que serían hijos naturales por ser hijos de sus concubinas y los concebidos con su primera esposa serian hijos legítimos.

Toda esta situación tuvo que ser reglamentada en el nuevo derecho que se fue conformando en México con la llegada de los españoles y como ejemplo de ello tenemos las siguientes disposiciones:

LA JUNTA APOSTÓLICA

Que en el año de 1524 estableció que el indígena de entre sus matrimonios plurales, debía de escoger cual de entre todas sus esposas sería aquella que lo reconociera bajo el rito cristiano. Sin embargo no fue fácil porque se

³¹ Ibidem. p. 14.

presentaron opiniones encontradas y no se logró uniformidad en la reglamentación.

LA BULA ALTITUDO DIVINE CONSILII

Que en el año de 1537 el papa Paulo III resolvió que el matrimonio celebrado ante la Iglesia católica debía llevarse a cabo con la primera esposa con la que hubiera contraído matrimonio el indio o indígena. Y si no se acordaba quien había sido su primera esposa, entonces podía elegir la que quisiera, dándole con esto más seguridad a los hijos nacidos de esta relación, ya que ellos serían los poseedores y herederos de sus bienes; las demás mujeres con las que el hombre hubiese vivido serían sus ex concubinas, quedando tanto ellas como sus hijos desprotegidos y despojados de los derechos que gozaban antes de la llegada de los españoles. En cuanto a los familiares de las ex concubinas también cambiaba su situación, ya que desaparecería toda relación de parentesco con el hombre y únicamente serían sus familiares los parientes de su esposa legítima.

Por lo que respecta a la monogamia, la labor de los españoles fue más fácil, ya que sólo tenían que casar al hombre y a la mujer que habían vivido como esposos bajo el rito cristiano, legitimando con ello la relación de la pareja y de los hijos y en caso de que la mujer se negara a convertirse al catolicismo, el hombre tenía derecho de abandonarla juntos con sus hijos y seguirían siendo hijos ilegítimos. Por esta razón el concubinato no desapareció totalmente como lo deseaban los españoles y en especial la iglesia católica.

Siendo el concubinato aún en nuestros días una manera de formar la familia.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, no regulan la figura del concubinato, y de cualquier forma, a los hijos nacidos fuera de matrimonio se les consideraba hijos naturales.

Igual acontece con La Ley Sobre Relaciones familiares del 14 de Abril de 1917.

Sobre la situación actual del concubinato, será tratado en el capítulo tercero de este trabajo.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL MATRIMONIO

2.1.- CONCEPTO DE MATRIMONIO.

El artículo 146 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, nos da la siguiente definición de matrimonio:

“Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”³²

Pero no siempre fue así; antes de las reformas al Código Civil del 25 de mayo de 2000, nuestra legislación no daba una definición de matrimonio.

Sin embargo, a pesar de la definición legal, se hace necesario con el fin de comprender en que consiste y cual es la naturaleza de esta institución, acudir a diversos autores, pero antes se deben mencionar algunas referencias históricas sobre el matrimonio:

“Deriva de los vocablos Latinos matris y munium, que significan carga o gravamen para la madre, expresándose de ese modo que es la mujer quien lleva el peso mayor antes como después del parto”³³

³² Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. p. 29.

³³ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 147.

Modestino al referirse al matrimonio nos dice: *“concordium ovnis vital”* – unión para toda la vida-.

Dentro de las diversas hipótesis mediante las cuales se trata de desentrañar el sentido etimológico de la palabra matrimonio, parece ser más aceptable, la que dice que tiene un contenido más sociológico y que conjuga las palabras *“matern monens”*, aviso a las madres para que no abandonen a su marido; *“madre y nato”*, porque mediante él, la mujer se hace madre y por último *“monos y materia”*, que simboliza también la unión en una sola carne.

El matrimonio en el Derecho Romano, tenía un efecto esencial, que consistía en establecer la igualdad religiosa entre el marido y la mujer, aunque cabe señalar que aun en aquel derecho, el legislador se refería a la unidad de vida entre los consortes (para toda la Vida) es decir, que se caracterizaba por su permanencia: *“individus vital consuetudo”*.

El Diccionario de Derecho, de los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, sobre el Matrimonio exponen:

“Matrimonio Civil. Es el contraído con sujeción a las normas establecidas por la legislación civil relativa.

El artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que el matrimonio es un contrato civil y que éste y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, teniendo la fuerza y validez que las mismas les atribuyen.

Actualmente el texto del artículo 130 Constitucional, es el siguiente:

“Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.”

Rafael de Pina sobre este punto expresa:

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

La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y mujer.

Matrimonio Clandestino. *Es aquel en cuya celebración se han omitido los requisitos referentes a la publicidad establecidos para tal efecto.*

Matrimonio Consumado. *Aquel en el cual los cónyuges se han unido carnalmente luego de la legítima celebración (Gómez de Liaño, Diccionario jurídico).*

Matrimonio Morganático. *El contraído entre personas de muy diferente posición social. Propiamente se dice del celebrado entre*

*un príncipe o princesa con mujer u hombre de “inferior linaje”
(Gómez de Liaño, Diccionario jurídico)*

Matrimonio por Poder. *Matrimonio llevado a efecto con la intervención de una persona apoderada para tal fin por el contrayente que no puede asistir personalmente a la celebración del acto.*

Matrimonio Rato. *Unión matrimonial celebrada, pero no consumada mediante la cohabitación de los contrayentes”³⁴*

Por su parte la doctrina francesa señala como rasgo esencial del matrimonio:

“Su fuerza obligatoria y su duración, ya que crea una asociación entre dos esposos, con obligaciones recíprocas, pero su objeto esencial es la creación de la familia”³⁵

El Código de Napoleón, define al Matrimonio de la siguiente manera: Es la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y compartir su común destino.

En México los Códigos Civiles de 1870 y 1884, con gran influencia napoleónica, definen al matrimonio como: *“La sociedad legítima entre un sólo*

³⁴ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. “Diccionario de Derecho”. Editorial Porrúa, S. A. 12º. Edición. México, 1984. p. 349.

³⁵ Mazeud, Henry León y Mazeud Jean. “Lecciones de Derecho Civil” Parte Primera, Volumen III, “La Familia, Organización de la Familia, Disolución Disgregación de la Familia. Traducción de Alcalá- Zamora y Castillo, Aniceto. Ediciones jurídicas Europa-América. Argentina, 1976. p. 112.

hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”

Cabe señalar que estas características no agotan el concepto de matrimonio, ya que desde el punto de vista jurídico, lo esencial es que a través de él, la familia como grupo social encuentra adecuada organización jurídica.

Henry, León y Jean Mazeud nos dicen que:

*“Se debe distinguir el matrimonio de tres maneras: como acto de celebración, es decir la ceremonia propiamente dicha; como fuente o sea la creación del vínculo que une a los esposos, acto jurídico creador del estado civil y por último como estado, siendo éste la situación que surge del matrimonio fuente”.*³⁶

Lagomarciano, dando un doble significado al concepto del matrimonio expresa:

*“El matrimonio es una institución social fundada en la unión entre un hombre y una mujer tendiente al nacimiento de la familia legítima, a la propagación de la especie y al cuidado de la prole”.*³⁷

Es imposible encontrar un concepto unitario del matrimonio, de tal suerte que su definición es variable, pues no se puede acertar a decir que un concepto es válido para todas las épocas, y para todos los pueblos; ya que el matrimonio en si mismo varía de cultura a cultura y en consecuencia los criterios doctrinales o legislativos, se dan de diversas maneras conforme al tiempo y lugar que se expresaron.

³⁶ *Ibidem.* p. 52.

³⁷ Bellusio, Augusto Cesar. “Derecho de Familia”. Ediciones De Palma. Argentina, 1979. p. 85.

Se puede conceptualizar al matrimonio de diversas maneras, a saber: Desde los puntos de vista jurídico, biológico, religioso, ético, sociológico, etc.

En su aspecto jurídico la maestra Sara Montero apunta:

*“Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distintos sexos, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente de derechos y obligaciones recíprocos determinados en la propia ley”.*³⁸

No está por demás señalar, que en una gran mayoría de las legislaciones, y comparando éstas, encontramos que presentan características similares tales como:

Que es monogámico, sólo algunos pueblos musulmanes continúan practicando la poligamia, la cual tiende a desaparecer.

Es permanente, se concerta para toda la vida, salvo algunas culturas, como Persia que se sujeta a tiempo determinado.

Es excepcionalmente disoluble, aunque en algunas legislaciones no se admite el divorcio absoluto y otras lo permiten con excesiva facilidad.

Es civil, pues es el estado quien ejerce jurisdicción y competencia en la materia.

Y sigue diciendo la maestra Sara Montero Duhalt:

³⁸ Montero Duhalt, Sara. Op. Cit. p. 97.

"Forma legal de constituirse la familia a través del vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo que crea entre ellos una comunidad de vida total y permanente" 39

De esta definición deducimos que el matrimonio se da entre dos personas de diverso sexo, que constituyen una familia total y permanente, y que con esa unión se vinculan jurídicamente.

Rafael Rojina Villegas, conceptúa al matrimonio señalando que:

"...el matrimonio es un estado de derecho sujeto a un estatuto jurídico que origina derechos y obligaciones entre los consortes, creando una forma permanente de vida regulada en su constitución, en sus efectos y en su disolución por la ley...".40

De la definición de Rojina Villegas se desprende que el matrimonio trae como consecuencia que las relaciones que genera y las subsecuentes que se vayan presentando durante la vida matrimonial se rijan por lo que establece la ley, es decir dicha institución debe estar regulada por un estatuto jurídico. Es importante mencionar que este autor contempla en su definición no sólo a la creación del acto matrimonial, sino que inmiscuye a su disolución, es decir, ya no establece únicamente su preservación y consolidación del matrimonio sino su extinción.

Ahora bien, Rafael Rojina Villegas, cita al jurista Roberto de Ruggiero, quien considera que:

39 *Ibíd.* p. 95.

40 Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. 5a. Edición. México, 1980. p. 224.

*"El matrimonio es una institución fundamental del derecho familiar porque el concepto de familia repara en el de matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades y cuando no hay matrimonio sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera..."*⁴¹

Roberto de Ruggiero, en la cita expresada anteriormente, conceptúa al matrimonio refiriéndose a los elementos y efectos a que aluden los autores antes mencionados, pero este jurista considera al matrimonio como una institución sólida no solamente en el derecho de familia, sino de todas nuestras instituciones y que al constituirse surgen derechos y obligaciones entre los cónyuges desde el momento de celebrarse el acto jurídico.

Manuel F. Chávez Asencio nos proporciona una definición del matrimonio, breve, concisa y clara diciendo que es:

"...un compromiso jurídico, público y permanente de vida conyugal".⁴²

Esto es, que al ser celebrado el matrimonio ante una autoridad, lógicamente adquiere un sentido público y lleva implícitos derechos y obligaciones jurídicas que deben cumplirse para toda la vida o pueden hacerse cumplir por una autoridad judicial.

Por su parte Ignacio Galindo Garfias, en su obra derecho civil, cita al jurista Marcel Planiol, quien considera que el matrimonio es:

⁴¹ *Ibíd.* pp. 193 y 194.

⁴² Chávez Asencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho". Editorial Porrúa, S. A. 2a. Edición. México, 1990. p. 72.

"El acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre si una unión que la ley sanciona y que no puede romper por su voluntad".⁴³

En la definición de Marcel Planiol, se refiere al aspecto sobre la figura del matrimonio a una conducta voluntaria la cual se encuentra regulada por la ley, enlazando consecuencias de derecho, que se pueden sancionar en caso de que no se de cumplimiento a los ordenamientos señalados por la ley y su disolución no puede realizarse caprichosamente por voluntad de uno sólo de los cónyuges, sino sólo por los motivos y causas que señala el legislador. Aunque el jurista en la parte final establece que no se rompe por voluntad, en nuestro código civil para el distrito federal, si establece o contempla la disolución voluntaria.

Tomando en cuenta las ideas vertidas por los juristas de la materia, que se expresaron en el presente trabajo; consideramos que la figura del matrimonio puede definirse como una forma legal de unirse dos personas de distinto sexo, para constituir una familia creándose derechos, deberes y obligaciones entre si y que sólo se podrá disolver el vínculo por las causas, motivos que establezca nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe hacer notar que la naturaleza jurídica de esta figura se ha equiparado a la de un contrato, en virtud de la existencia de voluntades que generan obligaciones entre sí, siendo solemne por requerirse su celebración ante el Juez del Registro Civil, además de otros requisitos que señala la ley y que veremos más adelante.

⁴³ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 473.

2.2.- REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Nuestro sistema jurídico político reconoce la trascendencia que tiene la familia en la organización social, por esta razón ha elevado la regulación y protección de esta institución, al ámbito constitucional, así se reconoce en el artículo 4 de nuestra legislación suprema:

*Artículo 4.” ...El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...”.*⁴⁴

De esta disposición se desprende la base constitucional para la regulación general del derecho de familia en el código civil, que consagra las bases y lineamientos para abordar la institución que fundamenta a la sociedad de todos los tiempos, estructurando como punto de partida para su concreción al matrimonio.

En el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su Título Quinto, Capítulo II, establecen los artículos 146 al 161 los requisitos que se deben de cumplir para poder contraer matrimonio, siendo fundamentalmente el consentimiento y la solemnidad, tal como lo expresa el artículo 146 que dice:

Artículo 146. "Debe celebrarse ante el Juez del registro Civil y con las formalidades que esta ley exige".

Para cumplir con esa formalidad los contrayentes deben concurrir ante el C. Juez del Registro Civil de la Delegación Política correspondiente a su domicilio, al cual le manifiestan su voluntad de contraer matrimonio, cumpliendo igualmente con las formalidades establecidas en el mismo Código Civil.

⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así, solamente en comparecencia personal de los contrayentes ante el C. Juez del Registro Civil, se deberá contraer matrimonio civil, siendo totalmente inexistente cualquier celebración matrimonial llevada a cabo ante persona distinta del Juez, es decir, se requiere de esta solemnidad para declarar al matrimonio legalmente unido. Excepción hecha y reconocida en la ley del matrimonio realizado en el extranjero, que requerirá de la transcripción de su celebración para surtir efectos jurídicos en nuestro sistema legal.

Artículo. 161. "Los mexicanos que se casen en el extranjero, se presentarán ante el Registro Civil para la inscripción de su acta de matrimonio dentro de los primeros tres meses de su radicación en el Distrito Federal".

"Si la transcripción se hace dentro de estos tres meses, sus efectos civiles se retrotraerán a la fecha en que se celebró el matrimonio, si se hace después, sólo producirá efectos desde el día en que se hizo la transcripción".

Siguiendo el análisis del capítulo referido el artículo 147, expresa:

"Serán nulos los pactos que hagan los contrayentes, en contravención a los señalado en el artículo anterior".

El artículo 146 del ordenamiento en cita, establece que entre las finalidades del matrimonio se encuentra la realización de comunidad de vida, respeto entre ambos cónyuges, igualdad y ayuda mutua, con posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.

Entonces son nulos aquellos pactos que hagan los contrayentes contrarios a las normas existentes en la legislación civil, que tienen por finalidad la ayuda mutua

que se deben los cónyuges, por lo cual cualquier condición contraria a la ayuda mutua, así como a la comunidad de vida será nula pues estas constituyen las finalidades substanciales del matrimonio, por lo que el legislador obliga a los cónyuges a vivir juntos en un domicilio conyugal que ellos mismos establezcan. Así mismo, la ley determina como obligación que los cónyuges deben socorrerse mutuamente y darse Asistencia, como una de las bases morales en que se da la relación de la pareja y, en virtud de la cual la familia debe consolidarse como un núcleo de vida común.

Al respecto, Rojina Villegas comenta:

"...que no puede pactarse un estado de vida contraria a la convivencia porque impediría realizar los fines del matrimonio".⁴⁵

Esto es, que los contrayentes tengan el deseo de superación, amor, comprensión y respeto entre sí, siendo éstos los ingredientes necesarios para que dos personas decidan contraer matrimonio, hacer vida común y perpetuar la especie; sin embargo, si se pactara algo contrario, se estaría violentando la naturaleza de esta unión, desvirtuando la figura jurídica, por lo que cualquier estipulación en contrario de estos factores fundamentales se tendrá por no puesta, es decir, no podrá reconocerse, ni podrá tener valor alguno.

El Código Civil en su artículo 148 dispone:

"Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

⁴⁵ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 225.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años, para tal efecto, se requerirá del consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor, y a falta o por negativa o imposibilidad de estos, el juez de lo familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez, y así lo acredite a través del certificado médico respectivo el juez del registro civil, a petición del padre o la madre podrá dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa a menores de 14 años”.

Este artículo establece un límite de edad que obedece substancialmente a condiciones fisiológicas; en virtud de que, es difícil que una niña de nueve o diez años, tenga posibilidad física para procrear, siendo ésta una de las finalidades esenciales que fundamentan el matrimonio, sin embargo, debido a que en la realidad son frecuentes los casos en que esta situación se presenta, más aún y, siendo posible la gravidez en la mujer púber, también son muy reiterados los problemas fisiológicos y psicológicos que se acarrearán a la madre menor de edad, así como al producto de su preñez, datos que corresponden inclusive a la comprobación científica; que al respecto hacen cuantificables los riesgos para que se logre el alumbramiento, así como para la viabilidad del producto, poniendo además en riesgo evidente la vida de la madre. Por estas razones la legislación mexicana considera que es apta para contraer matrimonio la persona que deja de ser impúber y supone que deja de serlo el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce años, por lo que la capacidad para contraer matrimonio civil se adquiere cuando llegan a esta edad.

Ahora bien, en el artículo 156 del ordenamiento ya invocado, en sus doce fracciones establece las causales que son impedimento para celebrar el matrimonio civil, los cuales se mencionan:

I).-Falta de edad requerida por la ley;

II).-Falta de consentimiento de quien debe otorgarlo;

III). El parentesco de consanguinidad sin limitación de grado en línea ascendente o descendente y en la colateral igual, en la desigual previa dispensa;

IV). El parentesco por afinidad en línea recta sin limitación alguna;

V).-El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio;

VI).-El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

VII).-La violencia física o moral para la celebración de matrimonio;

VIII).La impotencia incurable para la cópula;

IX).-Padecer una enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria;

X).-Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del Artículo 450;

XI).-matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer matrimonio;

XII).-El parentesco civil extendido hasta los parientes del adoptado.

Sólo son dispensables los impedimentos señalados en las fracciones I, III, VII y IX. Es decir la falta de edad requerida por la ley, el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual, la impotencia cuando es conocida y aceptada por el otro contrayente y cuando mediante certificado medico los contrayentes conozcan y acepten los alcances de la enfermedad.

Los requisitos para poder contraer matrimonio evidentemente los encontramos tanto en los elementos de existencia, como en los elementos de validez, de tal suerte que este apartado lo dividiremos conforme a dichos presupuestos.

2.2.1.- ELEMENTOS ESENCIALES.

El acto jurídico es la manifestación de la voluntad que lleva la intención legal de producir efectos de derechos sancionados por la ley.

El matrimonio al igual que todo acto jurídico requiere de elementos esenciales que permiten la existencia del mismo, por lo que para determinar estos, aplicaremos la doctrina general del acto jurídico.

El artículo 1859 del Código Civil, establece que:

“Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídico en lo que no se

opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

De la lectura del artículo 1794 se desprende que los elementos de existencia de los actos jurídicos son:

La manifestación de la voluntad expresada a través del consentimiento;

La existencia de un objeto Física y jurídicamente posible.

Sin embargo para el matrimonio debemos agregar además la solemnidad, que se traduce en la celebración ante la presencia del Juez de Registro Civil.

Y quisiéramos agregar un cuarto elemento que sería la diferencia de sexos de los contrayentes, según lo dispone expresamente el artículo 146 del referido Código Civil, que aunque no todos los tratadistas lo consideran como un elemento de existencia, toda vez que se desprende del objeto mismo, la declaración de voluntad es reservada exclusivamente al genero humano, es decir a la diferencia de sexos, empecemos pues por este supuesto.

2.2.1.1.- Diferencia de sexos de los contrayentes.

Independientemente que en el apartado que antecede ya señalamos que se desprende como característica principal la de diferencia de sexos de los contrayentes, el artículo 146 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, establece expresamente que el matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer, en este orden de ideas la diferencia de sexos es un elemento esencial en este acto jurídico.

El anterior razonamiento tiene su razón legal en el artículo 1826 del mencionado Código y que a la letra dice:

“Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización”.

Alberto Pacheco Escobedo, sobre el particular reflexiona:

“Al estudiar el matrimonio como una institución natural o sea una institución requerida por la propia naturaleza del hombre y deducir de ella sus características esenciales debemos anotar desde luego que éstas no están al capricho de los interesados y que no pueden ser modificadas por los propios contrayentes, ya que éstos no pueden modificar su propia naturaleza”⁴⁶

De tal suerte que es indiscutible que la identidad de sexo en los consortes originaría un obstáculo insuperable del orden natural y legal.

Por su parte Jorge García Cordero, manifiesta que:

“La formación del vínculo matrimonial supone la presencia de ciertos elementos de fondo, entre los que se encuentran el elemento biológico (cópula carnalis) señalando que está sobreentendido en nuestro ordenamiento legal que los esposos

⁴⁶ Pacheco Escobedo, Alberto. “La Familia en el Derecho Civil Mexicano” Editorial Panorama Editorial, S. A. México, 1985. p. 61.

*deben ser de diferente sexo (artículo 98 fracción I y 147 del Código Civil)*⁴⁷

En relación al posible matrimonio entre personas del mismo sexo, el maestro Rafael Rojina Villegas, expone:

“En efecto, el matrimonio se define como la unión entre un hombre y una mujer, reconocida por el derecho, para realizar los fines que ya hemos indicado. Por consiguiente, la ley parte necesariamente de la diversidad sexual a efecto de que se pueda celebrar dicho acto jurídico. Nadie podrá discutir esta premisa mayor del silogismo que enseguida vamos a formular.

*Ahora bien, si la ley parte en la definición del matrimonio de la diversidad sexual, es decir, de la unión entre un hombre y una mujer, resulta innegable que faltando este primer elemento esencial, no puede haber acto jurídico, así como no puede existir compra-venta si no hay a la vez comprador y vendedor, ni sociedad, si no existen socios. Además, si el matrimonio tiene como objeto que ambos consortes hagan vida marital, también será evidente que no podrá realizarse, cuando exista diversidad sexual a que la ley se refiere, o dicho de otro modo, cuando el acto pretenda celebrarse entre personas del mismo sexo”.*⁴⁸

⁴⁷ Sánchez Cordero Dávila, Jorge. “Derecho Civil”. Colección Introducción al Derecho Mexicano. Instituto de Investigaciones jurídicas. UNAM. México, 1983. p. 105.

⁴⁸ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 301.

2.2.1.2.- Consentimiento de los contrayentes.

Como ya sabemos, el consentimiento es la voluntad de crear el acto jurídico de que se trata. El consentimiento debe de estar integrado por el acuerdo de dos o más voluntades.

Para la existencia del matrimonio, se requiere la concurrencia de las declaraciones de voluntad de los contrayentes sancionadas por la Potestad Pública a través de la declaración del Juez del Registro Civil, dicha afirmación se encuentra fundada en los artículo 97 y 102 del Código Civil, ya referido.

Luego entonces, la voluntad de contraer matrimonio se expresa en dos momentos: primero la solicitud que se presenta ante el Juez del Registro Civil en la que se expresa la voluntad de contraer matrimonio y segundo cuando dicho Servidor Público pregunta a cada uno de los pretendientes, si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes los declara unidos en nombre de la Ley y de la sociedad. Es en este segundo momento que se configura realmente el consentimiento. La voluntad, por lo tanto se da siempre en forma expresa y verbal; pudiendo ser por comparecencia personal de los contrayentes o por apoderado especial.

El consentimiento debe versar sobre la materia misma del matrimonio, o sea, los cónyuges deben querer la unión matrimonial recíproca. Dicho de otro modo, por el pacto conyugal la mujer se entrega como esposa del varón y este se entrega a la mujer como esposo, aceptándose ambos como tales.

La exigencia de la libre manifestación de la voluntad en el momento de la presentación de solicitud de matrimonio así como la posterior ratificación ante el Juez del Registro Civil tienden a introducir un mecanismo de protección, aunado a las precauciones que puede tomar dicha autoridad sobre las que se encuentra la

señalada en el artículo 100 del Código en cita, que exige que se reconozcan por parte de los pretendientes y en forma separada su firma.

Señalábamos que el consentimiento puede manifestarse por conducto de un apoderado especial. En efecto nuestro sistema jurídico prevé la representación para el acto mismo del matrimonio. El artículo 44 del Código Civil determina los requisitos que debe contener el poder destinado para tal fin y encontramos que: debe constar en escritura pública, o bien en escrito privado ratificadas las firmas ante notario público, juez de lo familiar, menor o de paz.

Es decir este documento, es de naturaleza especial, porque se refiere a un acto jurídico determinado y en el, debe expresarse el nombre de la persona con quien el poderdante ha de contraer matrimonio. No podrá ser válido el mandato que se diera a otra persona para que sea el mandatario el que decida con quien va a contraer matrimonio el mandante, pues en este caso el consentimiento así expresado no puede versar sobre la materia misma del matrimonio.

2.2.1.3.- Objeto del matrimonio

Doctrinalmente se distingue entre objeto directo y objeto indirecto del acto jurídico. El primero se refiere a la creación, transmisión, modificación o extinción de una obligación y el segundo versa en que es la cosa que se debe dar, el hecho que se debe realizar o no realizar y estos últimos son propiamente el objeto de la obligación.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1824, dispone que:

“Son objeto de los contratos:

I.- la cosa que el obligado debe dar;

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”

En la teoría de la inexistencia y de las nulidades del acto jurídico, el objeto directo es un elemento esencial, que si faltare el acto jurídico simplemente no nace; en cambio el objeto indirecto puede afectar de nulidad a determinado acto jurídico cuando es ilícito.

El matrimonio como acto jurídico debe tener un objeto que pueda ser materia del mismo. Todo acto jurídico requiere de un objeto que sea física y jurídicamente posible. La imposibilidad en cualquiera de sus dos formas originará la inexistencia de dicho acto.

El maestro Rojina Villegas, refiere:

*“Relacionando el objeto del matrimonio con el de los actos jurídicos en general, podemos decir que desde el punto de vista estrictamente legal, existe también un objeto directo en el acto matrimonial, consistente en la creación de derechos y obligaciones entre consortes, es decir, entre hombre y mujer, de tal manera que los fines específicos del mismo imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual. Así mismo, cuando existan hijos, el matrimonio originará consecuencias con relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que origina la palabra patria potestad y la filiación en general”.*⁴⁹

⁴⁹ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 300.

Entonces se puede decir que el objeto del matrimonio consiste en establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo. Actualmente la perpetración de la especie ya no se considera el objeto determinante por el que se contrae matrimonio, pues son perfectamente validos los matrimonios de personas que por su edad o particulares circunstancias, no pueden o no quieren procrear.

Por su parte el artículo 162 de nuestro Código Civil, en su primer párrafo consigna los deberes que nacen entre los consortes y precisamente esos deberes son el objeto del matrimonio, el texto es el siguiente:

“Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente”

Y si tomamos en cuenta que el matrimonio origina derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, la identidad de sexos entre los consortes originaría un obstáculo insuperable de carácter natural y legal, lo que no cabe la menor duda, es que la hipótesis de un matrimonio entre personas del mismo sexo, resultaría absurda y fuera de toda realidad; el mismo sería inexistente por tener un objeto natural y jurídicamente imposible.

2.2.1.4.- Solemnidades en el Matrimonio

La importancia de ciertos actos pone la necesidad de que su exteriorización se realice con determinados ritos que son condición de su existencia, la manera de realizar el acto es un elemento constitutivo del mismo. Encontramos pues que en el matrimonio se trata de un elemento necesario para su creación.

Corresponde al Juez del Registro Civil, conforme al penúltimo párrafo del artículo 130 Constitucional, autorizar los actos del Estado Civil de las personas, entre las que se encuentra evidentemente el matrimonio, la intervención y presencia del Juez del Registro Civil no puede ser sustituida o reemplazada por ningún otro funcionario. Sólo realizadas ante dicho servidor público, las declaraciones de voluntad de los contrayentes adquiere fuerza vinculadora entre estos.

No sólo las declaraciones de voluntad de los pretendientes bastan para crear el Estado matrimonial, sino que es necesario además cumplir con los siguientes requisitos:

El artículo 102 del Código Civil vigente para el Distrito Federal establece:

“En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44.

En seguida, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, les hará saber los derechos y obligaciones que contraen con el matrimonio, para posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes si esa su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarara unidos en nombre de la ley y la sociedad”

Por su parte el artículo 103 del ordenamiento en cita, establece que se levantará luego el acta matrimonial: el mencionado precepto señala los datos que debe contener dicha acta, la cual debe ser firmada por los contrayentes, y demás personas que hubieren intervenido, así como por el Juez del Registro Civil: los

contrayentes además deberán imprimir, al margen de las actas sus respectivas huellas digitales.

En relación a las solemnidades el maestro Jorge Mario Magallón Ibarra señala:

*“En la unión conyugal la función propia del oficial del Registro Civil no puede limitarse a constatar la voluntad de las partes sino que concurre con una actividad característica; el perfeccionamiento, la celebración y la declaración de la unión conyugal. Por eso podemos afirmar, dentro de la corriente de ideas que venimos exponiendo, que la unión conyugal requiere la concurrencia simultánea de tres elementos circunstanciales: primer elemento: la voluntad de los pretendientes; segundo elemento: la participación solemne del oficial del registro Civil; tercer elemento: la disposición legislativa que tanto apruebe la voluntad de los contrayentes, como autorice al funcionario registral y le otorgue la necesaria competencia para que en su nombre haga la declaración relativa”.*⁵⁰

Por su parte el maestro Ignacio Galindo Garfias, expresa en que las solemnidades del acto del matrimonio son:

“a).- En la presencia del Juez del registro Civil.

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

c).- En la declaración del Juez del Registro Civil

⁵⁰Magallon Ibarra, Jorge Mario Op. Cit. p. 211.

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

En relación al contenido, es decir los datos que debe contener el acta en la que conste el matrimonio, debemos mencionar que aún y cuando dichos actos son esenciales para la existencia del documento probatorio, no son solemnidades del matrimonio, sino partes esenciales de la mencionada acta donde se manifiesta la celebración del acto.

2.2.2.- REQUISITOS DE VALIDEZ.

El matrimonio como todo acto jurídico, una vez constituido con sus elementos de existencia, para ser perfectos y producir sus consecuencias plenas, además debe reunir los requisitos de validez necesarios señalados en el artículo 1795 los cuales como ya dijimos siguiendo la teoría del acto jurídico se analizan de la siguiente manera:

2.2.2.1.- Capacidad de los Contrayentes.

La capacidad es la aptitud legal para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones. Existen dos clases de capacidad: La de goce, que es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones por el sólo hecho de ser personas y además nacer vivos y viables y la de ejercicio, que es la de hacer valer por si mismos esos derechos y cumplir sus obligaciones.

Se dice que en un principio todas las personas tienen capacidad, más es procedente dejar asentado que la capacidad de ejercicio en nuestra legislación se adquiere a la mayoría de edad (18 años cumplidos), según lo dispone el artículo 646 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y que a la letra dice:

“La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos”

Y el artículo 647, del mismo ordenamiento establece:

“El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes”

Los menores de edad lo mismo no pueden realizar válidamente ningún acto jurídico sin intervención de sus representantes legales, tampoco pueden contraer matrimonio sin previa autorización. El mayor de edad al poder disponer de su persona, puede desde luego contraer matrimonio válidamente.

Dispone el artículo 148 que:

“Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto se requerirá del consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de estos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso”.

En el matrimonio se presenta un rasgo excepcional, pues siendo un acto esencialmente personal, quien lo celebra puede ser un incapaz, con autorización de las personas que la ley señala.

En efecto un menor de edad puede contraer matrimonio, sin embargo se necesita que los pretendientes tengan por lo menos dieciséis años, previa las autorizaciones a que se refiere el artículo antes mencionado.

Como podemos ver, tal disposición es una excepción al principio de capacidad de ejercicio; sobre este punto la maestra Sara Montero expresa:

“La mayor parte de países de mayor desarrollo económico y Cultural han subido el límite mínimo para contraer matrimonio, más o menos a los dieciocho años, esto es realmente conveniente pues las personas de ese límite son demasiado jóvenes para asumir a tan temprana edad las responsabilidades que significan la formación de una familia”⁵¹

Por lo que hace a la nulidad del matrimonio por falta de edad, es decir cuando siendo menor de edad y mayor de dieciséis años, los contrayentes no obtienen dispensa, esta nulidad cesa de serlo cuando el menor hubiere llegado a la mayoría de edad y ninguno de los cónyuges hubieren intentado la nulidad, según lo previsto por el artículo 237 del Código Civil.

Por tal virtud, la falta de capacidad da lugar a una nulidad relativa, ya que también en el caso de nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes, sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, y dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio. Como se puede apreciar en los casos expuestos, el matrimonio se

⁵¹ Montero Duahlt, Sara. Op. Cit. p. 125

puede convalidar por prescripción, y en tal caso el matrimonio es completamente válido y produce todas sus consecuencias.

De tal suerte que nos encontramos en presencia de una nulidad relativa, pues la propia ley permite que este acto jurídico se convalide, pues en el caso concreto hay una falta de capacidad de ejercicio, no de goce.

2.2.2.2.- Voluntad exenta de vicios en los contrayentes.

La ausencia de vicios en la voluntad de los contrayentes constituye un elemento de validez para el matrimonio. Al igual que en todo acto jurídico para que surta consecuencias plenas, la voluntad en el matrimonio tiene que producirse libre y de forma espontánea, es decir exenta de vicios.

Entonces, para celebrar válidamente un matrimonio, la voluntad debe ser el resultado de una determinación real y espontáneamente decidida. Manuel Bejarano Sánchez, lo explica de la siguiente manera:

“Si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaños (dolo) o ha sido arrancada con amenazas (violencia o temor) entonces es una voluntad viciada que anula el contrato (artículo 1812). En tales casos, el agente manifiesta su intención de celebrar el acto jurídico, sólo porque su decisión ha sido desviada por causas extrañas, sin las cuales el acto no habría sido realizado; al otorgar su consentimiento por temor o por estar en una falsa creencia, ha proyectado su atención hacia un fin que no desea en realidad, con propiedad, el artículo 897 del Código Civil argentino prescribe que:

*los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad*⁵²

Por otra parte el artículo 1795 del Código Civil, previene que el contrato puede ser invalidado por vicios en el consentimiento, los artículos 1812 y 1823 regulan el error, el dolo y la violencia como vicios del consentimiento, sin embargo para el matrimonio no le son aplicables en su totalidad los principios establecidos por la teoría general de las obligaciones y de los contratos, ya que pueden darse dos de estos vicios; el error y la intimidación, aunque sólo en la forma y términos que a continuación se examinan:

El artículo 235 en su fracción I, del ordenamiento en estudio dispone:

“Son causas de nulidad de matrimonio:

I.- El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra”.

En consecuencia, en nuestro Derecho Positivo Mexicano, sólo se admite el error sobre la persona física, exclusivamente sobre la identidad civil de la persona, que se da cuando un individuo se presenta bajo un nombre o una identidad que no le corresponde. No hay error sobre el individuo físico: es realmente con él con quien se ha querido contraer matrimonio, pero ha habido un error sobre su filiación, su origen.

Sobre el particular la maestra Sara Montero expone, que:

⁵² Bejarano Sánchez; Manuel. “Obligaciones Civiles”. Editorial Harla. Colección Textos Jurídicos Universitarios. 3.^a Edición. México, 1984. p. 94.

“El error de identidad puede darse en los matrimonios que se realizan a través de apoderado, ya que es muy difícil por no decir imposible que exista el error de identidad en el matrimonio que se celebra con la comparecencia de ambos contrayentes, como sucede en la gran mayoría de los casos. En esta situación sólo podría darse el error en el caso de gemelos idénticos”⁵³

La tendencia del legislador de restringir la nulidad del matrimonio por causa de un error, se manifiesta en el artículo 236 del Código Civil, conforme al cual la acción de nulidad que nace del error, sólo puede deducirse dentro de los treinta días siguientes a que se tuvo conocimiento y por el cónyuge engañado, de lo contrario se tiene por ratificado el consentimiento y el matrimonio produce todos sus efectos legales.

En cuanto a la violencia reputada como el más grave de los vicios del consentimiento, toda vez que llega a invalidar totalmente la voluntad y dado que se presenta con un carácter objetivo que facilita su comprobación, el legislador se ha visto precisado a admitirla.

Así tenemos que la violencia es el segundo vicio de la voluntad que se puede invocar para solicitar la nulidad del matrimonio.

El artículo 245 del ordenamiento en cita, dispone:

“La violencia física y moral serán causa de nulidad del matrimonio, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

I.- Que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes.

⁵³ Montero Duahlt, Sara. Op. Cit. p. 126.

II.- Que haya sido causada al cónyuge a la persona o personas que la tenían bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio a sus demás ascendientes a sus descendientes, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado.

III.- Que haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia.”

Las causales expuestas en el artículo que antecede son de carácter meramente enunciativas y no limitativas, reputándose que cuando se trate de alguna persona a que se refiere el artículo 1819 del Código Civil, lo único que habrá lugar a demostrar es que la violencia se realizó sobre alguna de esas personas; en cambio tratándose de otra persona no enumerada por la ley, si será necesario probar que la violencia fue bastante para compeler al que otorgó el acto.

No hay que pasar por alto que la violencia puede emanar del otro cónyuge o de un tercero, atento a lo previsto por el artículo 1818, de la misma ley.

2.2.2.3.- Formalidades del matrimonio.

Sin lugar a dudas el acto jurídico del matrimonio es una manifestación exterior de la voluntad, a la manera como se externa dicha voluntad se le llama forma.

*“En la teoría del negocio jurídico se entiende por forma en sentido amplio, la manera en que este se realiza, por ello es que todos los negocios tienen una forma. En sentido estricto se entiende por forma a la realización por escrito del acto de que se trata”.*⁵⁴

En atención a la forma los actos jurídicos se clasifican en: consensuales, formales y solemnes; los primeros son aquellos que requieren formalidades en sentido estricto, de tal suerte que el consentimiento expreso o tácito da validez al acto; los segundos requieren para su validez de la expresión de su consentimiento expreso o escrito y los últimos requieren de una formalidad especial que afecta no nada más la validez del acto, sino su existencia ya que se trata de un elemento de existencia.

Por ejemplo la forma en sentido estricto de los actos jurídicos, tratándose de un negocio jurídico realizado sin las formalidades exigidas por la ley, estará afectada de nulidad relativa, entonces pues, la forma tiende a preservar un medio de prueba de la realización del acto.

El matrimonio contempla ciertos requisitos de forma, los cuales se pueden dividir en: previos al acto y los que se presentan en la celebración del mismo.

Las previstas antes de la celebración del acto se contemplan en el artículo 97 del Código Civil y que a la letra dice:

“Artículo 97. Las personas que pretendan contraer matrimonio deberán presentar un escrito ante el Juez del Registro Civil de su elección que deberá contener:

⁵⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 3ª Ed. Editorial Porrúa, S. A. México, 1989. p. 1460.

I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio de los pretendientes, nombre y apellidos de sus padres.

II.- Que no tienen impedimento legal para casarse, y

III.- Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y así mismo contener su huella digital.

Para el caso de matrimonio fuera de las oficinas del Registro Civil deberá observarse lo establecido en el Reglamento del Registro Civil.

Artículo 98. Al escrito a que se refiere el artículo anterior, se acompañará:

I.- El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto sea notorio que son menores de dieciséis años;

II.- La constancia de que otorguen su consentimiento las personas a que se refiere el artículo 148 de este Código, para que el matrimonio se celebre.

III.- Un documento público de identificación de cada pretendiente o algún otro medio que acredite su identidad de conformidad con lo que establezca el Reglamento del Registro Civil.

IV.- Derogado.

V.- El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquirieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejar de presentar este convenio ni aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el Juez del Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado. Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura.

VI.- Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente, y

VII.- Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo”.

Una vez presentada la solicitud si esta satisface los requisitos anotados, el Juez del Registro Civil hará que los pretendientes y los ascendientes o tutores que deban prestar su consentimiento, reconozcan ante él y por separado sus firmas.

En el lugar, día y hora señalados por el Juez del Registro Civil para la celebración del matrimonio, deberán comparecer ante él: los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevista en el artículo 44.

Acto seguido, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

El documento probatorio del acto mismo, es el acta que el propio Juez del Registro Civil levantará después de realizar lo prescrito en el párrafo que antecede.

El artículo 103 del ordenamiento en cita dispone:

“Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

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

II.- Si son mayores o menores de edad;

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

IV.- En su caso, el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, la tutela o las autoridades que deban suplirlo;

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

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

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

VIII.- Derogado.

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

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.

En base a lo anterior se puede decir que las formalidades presentes en el momento en que se constituye el matrimonio son:

1.- Hacerse constar en el acta de matrimonio si los contrayentes son o no mayores de edad, para que en caso contrario, exista la autorización de la persona que debe otorgar su consentimiento.

2.- De igual forma el acta debe contener los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres y el consentimiento de estos o de quienes deba otorgarlo según el caso.

3.- También se debe hacer constar que el acto se celebró con ausencia de impedimentos o en su caso la dispensa de estos.

4.- Así mismo dicha acta debe contener la declaración expresa de los contrayentes de que el matrimonio se celebra bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.

5.- En el mencionado atestado además deberá señalar los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio de los testigos que intervengan en el acto y si son parientes de los pretendientes y en que grado.

6.- Por último, en el acta se insertarán las constancias de que se cumplieron con las formalidades y solemnidades a que se refiere el citado artículo.

2.3.- IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

La ley exige que el objeto del contrato es el contenido de la conducta de quienes lo celebran, aquello a lo que se obligan y el motivo o fin es el propósito que les induce a su celebración. Por lo tanto, para deducir el objeto y el motivo o fin de la celebración de un contrato, basta con analizar a que se obligaron los contratantes y porque de esa obligación.

El propio Código en estudio, establece la sanción en forma general y aun en casos precisos, aplicable a los actos jurídicos que regula; al respecto el artículo 8 expone:

“Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos”

Confirma lo anterior lo dispuesto por el artículo 1831 y que a la letra dice:

“El fin o motivo determinante de la voluntad de quienes contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

Por su parte el artículo 147 establece que serán nulos los pactos que hagan los contrayentes en contravención por lo dispuesto en el artículo 146, el cual dispone que ambos deben realizar una vida en común, donde se procuren respeto igual y ayuda mutua, es decir contra las leyes o naturales fines del matrimonio.

Para que el acto del matrimonio no se encuentre afectado de nulidad por ilicitud en su objeto, motivo o fin, debe celebrarse sin que medien las prohibiciones a que alude la ley de la materia, las cuales son conocidas con el nombre de impedimentos.

Tradicionalmente los impedimentos se han clasificado en impedientes y dirimentes, siendo los primeros aquellos ilícitos que no nulifican el matrimonio y los segundos son ilícitos y si nulifican el matrimonio.

Otras clasificaciones de los impedimentos distinguen aquellos que son públicos y ocultos, de grado mayor o de grado menor, siendo estos últimos los que admiten dispensa; de los cuales ha nacido otra clasificación, siendo los dispensables y los no dispensables.

Así también encontramos los llamados impedimentos absolutos, que impiden la celebración del matrimonio para quien lo sufre, con cualquier otra persona que pudiera contraer matrimonio, en contraposición a los relativos, que sólo impiden la celebración del matrimonio con determinadas personas.

La regulación de los impedimentos se encuentra en los numerales que corren del 156 al 159 de nuestro Código Civil, y que serían los siguientes:

“Artículo 156.- son impedimentos para celebrar el matrimonio:

I.- la falta de edad requerida por la ley;

II.- La falta de consentimiento del o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos;

III.- El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

V.- El adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

VII.- La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;

VIII.- La impotencia incurable para la cópula;

IX.- Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria;

X.- Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

XI.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquélla con quien se pretende contraer;

XII.- El parentesco civil extendiendo hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados en el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.

En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea recta desigual.

La fracción VII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio”.

Por su parte los artículos 157 y 159 disponen:

“Artículo 157. Bajo el régimen de adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes”

Artículo 159.- *El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.*

Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor”.

De los artículos en comento se desprende que sólo son tres los impedimentos que se pueden dispensar, los enumerados en las fracciones III, VIII y IX.

En consecuencia, de lo anterior se desprende que son diversos los efectos de los elementos de validez de los actos jurídicos en general a los del matrimonio, ello debido a la especial naturaleza de esta institución.

De tal suerte que sólo son causas de nulidad aquellas que están expresamente previstas por la ley.

Siendo las formalidades un requisito de validez del acto jurídico en este caso del matrimonio, la misma constituye aquellas condiciones que es preciso observar para la validez de éste. Su falta traerá como consecuencia la nulidad.

Esta causa de invalidez puede superarse según se indica en los siguientes ejemplos:

Minoría de edad.

Esta causa de nulidad puede invocarse por las personas que deben dar su autorización para celebrarlo y cesa después de treinta días de que se tenga conocimiento del matrimonio, o bien si el menor de edad hubiere alcanzado la mayoría de edad y el otro cónyuge no hubiera demandado la nulidad del matrimonio (artículos 238 y 239 C.C.).

Parentesco de consanguinidad no dispensado.

Si con posterioridad se tramita la dispensa y se ratifica el matrimonio a través de un acta especial, el matrimonio se convalida (artículo 241 C.C.)

Omisión en el acta del régimen patrimonial.

Esta circunstancia no afecta la validez del acto, ya que no atañe al vínculo matrimonial sino al régimen del patrimonio de los consortes.

Además de lo anterior, existe la regla general prevista en el artículo 250 del Código en cita, en el sentido de que no se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial.

Es importante destacar que dicho precepto asimila erróneamente las formalidades en sentido estricto; ya que como se ha mencionado, la falta de solemnidad en el acto, no trae consigo la nulidad de este, sino su inexistencia.

Por último sólo resta mencionar que el matrimonio celebrado en cualquier Entidad Federativa dentro de la República Mexicana tiene validez en todo el territorio nacional, según lo previene la fracción IV del artículo 121 de la Constitución General Mexicana.

2.4.- FINES DEL MATRIMONIO.

Existen diversos puntos de vista desde los cuales se ha querido clasificar los fines que nacen con el matrimonio aunque todos se contraen a uno sólo, siendo este el de hacer nacer entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas, todas ellas inherentes al matrimonio, los cuales son el resultado no de la voluntad de los contrayentes sino de la reglamentación existente, es decir, se encuentran establecidos en la ley.

Ese conjunto de derechos y obligaciones se proyectan en cuatro sentidos que son:

2.4.1.- En relación a la persona del cónyuge.

Primeramente encontramos la obligación de cohabitación, es decir vivir conjuntamente bajo un mismo techo. Este deber constituye la esencia del matrimonio, implica un género de vida en común que no pudiera realizarse si cada esposo viviera por separado.

El artículo 163 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece:

“Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales”

El Código citado establecía en forma directa qué ocurría si no acatan dicha obligación, en efecto la fracción VIII del artículo 267 de la ley citada sanciona

el abandono del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada como causal de divorcio. (Derogado).

Igualmente la fracción IX del citado precepto, establecía como causal de divorcio el hecho de que los cónyuges no vivan juntos por más de un año, independientemente del motivo de la separación.

Otra obligación lo es el deber de ayuda mutua, que se encuentra contemplada en el artículo 146 y que a la letra dice:

“Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”:

Por su parte el artículo 162 del mismo ordenamiento confirma lo anterior al expresar:

“Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.

De los preceptos en cita, se desprende que el deber de socorro entre los cónyuges es una obligación, y que entre otras cosas implica la obligación de proveerse alimentos en forma recíproca, en la administración de los bienes comunes y en el mutuo respeto, y la decisión de procrear los hijos que deseen entre otras cosas.

Otro derecho-obligación lo constituye el deber de fidelidad, y que comprende la obligación de abstenerse de sostener relaciones sexuales con persona distinta del cónyuge, es decir significa la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí. Su violación constituía una causal de divorcio, conocida como adulterio y que se encontraba prevista en la fracción I del artículo 267 del Código en estudio. Este deber sustenta la estructura monogámica del matrimonio. (Derogado)

2.4.2.- En relación a los cónyuges en el hogar

La historia nos muestra que la mujer por lo general siempre ha tenido un lugar de subordinación en relación a su marido, pues inclusive en algunas sociedades el esposo ejercía actos de dominio sobre la esposa, teniendo inclusive el derecho a la vida o la muerte de ella.

Nuestro país no fue la excepción ya que los Códigos Civiles de 1870 y 1884, la mujer al casarse caía en un estado de incapacidad y el marido pasaba a ser su representante.

Por su parte la ley sobre Relaciones Familiares de 1917 contempla una tendencia a igualar jurídicamente al hombre y a la mujer aunque en esta ley en muchas de sus disposiciones distingue la supremacía del varón.

El Código Civil de 1928 como disposición fundamental en su artículo 2, establece de forma categórica la igualdad en cuanto a la capacidad jurídica del hombre y la mujer, por lo que la mujer no tiene restricción alguna en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, sin embargo, no es sino hasta 1954 en que la mujer obtiene el derecho al voto.

En 1975 año internacional de la mujer entra en vigor la reforma al artículo 4 Constitucional, en el que se consigna la igualdad del hombre y la mujer ante la Ley, así como la reforma al artículo 168 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que:

“Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos en caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo familiar”.

El artículo 169 dispone:

“Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita y sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo anterior”.

Finalmente el artículo 172, confirmando a los anteriores expresa:

“Los cónyuges mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite uno de los cónyuges el

consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración de los bienes comunes”.

Se concluye pues, que en la actualidad la ley equipara en forma total y expresa la igualdad de los cónyuges en el hogar.

2.4.3.- En relación a los hijos.

Dispone el artículo 324 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, lo siguiente:

“Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I.- Los hijos nacidos dentro de matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

De conformidad con el precepto antes expuesto, el matrimonio atribuye calidad de hijos de los cónyuges a los nacidos dentro de matrimonio, a los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya sea por nulidad o divorcio o muerte del marido, siempre y cuando la mujer no haya contraído nuevas nupcias dentro de ese término, de cualquier manera es ésta una presunción que sólo admite como prueba en contrario, la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su esposa.

Los fines con relación a los hijos, tuvieron enorme importancia en el pasado dentro de nuestro derecho y hoy en día la siguen teniendo, en virtud de los diferentes tratamientos que la Ley da de conformidad al origen de los hijos, en consecuencia los efectos en relación a los hijos los podemos clasificar en tres rubros, a saber:

1.- Para atribuirles la calidad de hijos habidos en matrimonio.

2.- Para el reconocimiento de los hijos habidos fuera de matrimonio.

3.- Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la Patria Potestad.

Es necesario dejar asentado que para establecer la paternidad de los hijos habidos fuera de matrimonio, se necesita el reconocimiento voluntario por parte del padre, o bien, la imputación forzosa de paternidad impuesta por sentencia en un juicio de investigación de paternidad.

Podemos señalar que el principal efecto es la obligación que ambos padres tienen de proporcionar alimentos a sus hijos, ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 303 del Código Civil vigente para el Distrito Federal

2.4.4.- En relación a los bienes.

Los efectos patrimoniales o económicos presentan cuatro aspectos: donaciones antenuptiales, donaciones entre consortes, cargas económicas del hogar y régimen patrimonial de los bienes.

2.4.4.1.- Donaciones antenupticiales.

Son aquellas que el pretendiente hace al otro pretense en razón del matrimonio, o bien las que un tercero le hace a uno o a ambos pretendientes, no importando el nombre que la costumbre le de a las donaciones, llámese arras, anillo de compromiso, o simplemente regalos, finalmente siempre serán donaciones antenupticiales si se otorgan en razón del matrimonio.

Estas no podrán exceder de la sexta parte del total del patrimonio del donante, el exceso se considera inoficioso. Las que haga un tercero se considera inoficioso en los términos en que fueren los comunes.

Estas donaciones no necesitan aceptación expresa, ni se revocan por sobrevenir hijos al donante, sin embargo si no llega a celebrarse el matrimonio, las donaciones quedarán sin efectos.

Por su parte el artículo 219 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, nos dice en qué consisten las donaciones antenupticiales y a la letra dice:

“Son donaciones antenupticiales:

I.- Las realizadas antes del matrimonio entre los futuros cónyuges, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado; y

II.- Las que un tercero hace a alguno o a ambos de los futuros cónyuges, en consideración al matrimonio.

2.4.4.2.- Donaciones entre consortes.

Se llaman así las que hace un cónyuge al otro cónyuge durante la vigencia del matrimonio. Serán validas si no son contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos; pueden ser revocadas por los donantes mientras subsista el matrimonio cuando exista causa justificada para ello, a criterio del juez, alguna causa puede ser la ingratitud o el adulterio.

Las donaciones entre consortes sólo tendrán lugar cuando el matrimonio se haya celebrado bajo el régimen de separación de bienes, ya que en la sociedad conyugal los bienes pertenecen a ambos esposos.

En relación a estas donaciones el Código Civil en cita dispone:

“Artículo 232.- Los cónyuges pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios.”

2.4.4.3.- Cargas económicas del hogar.

Según el artículo 164, ambos cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación, a la de los hijos y a la educación de éstos, sin embargo no está obligado a ello el que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de bienes propios; y de conformidad con el artículo 164 Bis, el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar.

2.4.4.4.- Regímenes Patrimoniales.

Tienen por objeto el dictar las reglas correspondientes para resolver todas las cuestiones en relación a los bienes de los cónyuges. En nuestro derecho existen el de separación de bienes y el de sociedad conyugal y de la combinación de ambos puede nacer un tercer régimen mixto, también llamadas capitulaciones matrimoniales.

El artículo 179 del Código Civil define a las capitulaciones como los pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamenta la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario.

Las capitulaciones matrimoniales pueden celebrarse antes o durante el matrimonio, debiéndose referirse tanto a los bienes presentes como futuros, su naturaleza jurídica es sin duda la de un contrato, ya que crea o transmite derechos y obligaciones, se le considera un contrato sujeto a condición suspensiva puesto que surte sus efectos con la celebración del matrimonio.

2.4.4.4.1.- Sociedad conyugal.

Se entiende como el régimen patrimonial mediante el cual los cónyuges son dueños en común de los bienes aportados al matrimonio, como ha quedado asentado, nace al celebrarse el matrimonio o durante él, en razón de la modificación que del régimen patrimonial pueden efectuar los consortes.

Cuando la sociedad conyugal se pacta antes de realizarse el matrimonio, surtirá sus efectos hasta el momento mismo en que tenga lugar.

La sociedad conyugal, se regirá por las capitulaciones matrimoniales, según lo dispone el artículo 183 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y que a la letra dice:

“La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones generales de la sociedad conyugal.

Los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario.”

Ahora bien el artículo 189 del ordenamiento en cita, nos dice que debe contener dichas capitulaciones:

“Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

I.- La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;

II.- La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;

III.- Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas, o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;

IV.- La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;

V.- La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes, o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;

VI.- La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;

VII.- La declaración acerca de que si ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan;

VIII.- La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio, pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción;

IX.- La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna; y

X.- Las bases para liquidar la sociedad.

2.4.4.4.2.- Separación de bienes.

En relación al régimen de separación de bienes el artículo 207 del ordenamiento en cita, dispone:

“Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste, por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después.”

Pueden ser pactadas con anterioridad al matrimonio, o durante el mismo. Aquí cada cónyuge conserva la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes, es decir, los patrimonios son dos e independientes.

Al igual que la sociedad conyugal, puede incluir tanto los bienes presentes como futuros, así como sus productos.

Si en el pacto a que se ha hecho referencia no se incluyen todos los bienes y sus productos, la separación será parcial y habrá que crear la sociedad conyugal con los bienes restantes de acuerdo a los requisitos establecidos al respecto, dando lugar así a un tercer régimen el cual será mixto.

CAPÍTULO TERCERO

EL CONCUBINATO

3.1.- CONCEPTO DE CONCUBINATO.

Expresamente el Código Civil, no da una definición de lo que es el concubinato, eso si, nos da sus características, así como los derechos y obligaciones que nacen de estas uniones, lo que hace necesario acudir a la doctrina y así tenemos que:

Nuestro Código Civil, en su exposición de motivos, explica:

"Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia el concubinato, hasta ahora se había quedado al margen de la ley los que tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya a favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia".

El autor Eduardo Zannoni, nos da la definición etimológica del concubinato, a saber:

"En su más amplio significado, recurriendo a la raíz etimológica del vocablo, del latín concunatus, de com (con) y cabare (acostarse), el concubinato como hecho jurídico constituye toda unión, de un hombre y una mujer, sin atribución de legitimidad. Por legitimidad,

*a su vez entendemos la situación jurídica y social que se desprende de un matrimonio válido, ya canónico, ya civil, según los diversos ordenamientos"*⁵⁵

Por su parte la maestra Sara Montero Duhalt, expone:

*"La unión sexual de un sólo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años"*⁵⁶

Julio López del Carril, en sobre el tema, expresa:

*"El concubinato es la unión del hombre y la mujer, ambos libres de impedimentos para el matrimonio, con permanencia y con ostensibilidad de apariencia matrimonial"*⁵⁷

De las anteriores definiciones, podemos concluir que el concubinato es la unión de un hombre con una mujer con el fin de cohabitar en forma permanente y estable, así como de sostener relaciones sexuales, libres de matrimonio y de otro concubinato, y de acuerdo a nuestra legislación actual, se requiere el transcurso de dos años, o bien la procreación de un hijo entre ambos, para que nazca el concubinato.

Así las cosas, en nuestro derecho positivo mexicano, el concubinato, no se puede equiparar al matrimonio, ya que el primero, sólo tiene ciertos efectos,

⁵⁵ Zannoni, Eduardo. "El concubinato" 1ª Edición. Editorial de Palma Bueno Aires, Argentina, 1970. p 125.

⁵⁶ Montero Duhalt, Sara. Op. Cit. p. 165.

⁵⁷ López del Carril, Julio. "Derecho de Familia. 2º Edición. Editorial Aboledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 502.

siempre y cuando se cumplan los requisitos para que se de origen, sin embargo es necesario mencionar, que en nuestra sociedad, el concubinato es una manera de formar una familia, por eso nuestra legislación reconoce este tipo de unión.

Es una unión de hecho, en virtud del acuerdo de dos personas en hacer vida en común, personas éstas que deben estar libre de matrimonio y ser de sexos opuestos, pues de lo contrario rompería con las normas jurídicas y morales establecidas por nuestra sociedad.

Esta unión, debe seguir los mismos parámetros del matrimonio, es decir, vivir juntos bajo un mismo techo, ayudarse mutuamente y tener relaciones sexuales.

Nuestra legislación sólo acepta que la unión sea entre un sólo hombre y una sola mujer, de lo contrario dicha unión no se le consideraría concubinato, como ya hemos expresado esta unión debe ser permanente y no temporal, ya que la voluntad de permanecer unidos es requisito esencial para su existencia.

Por su parte el maestro Rafael Rojina Villegas, nos dice:

"El derecho puede asumir diferentes actitudes en relación con el concubinato, las principales serían las siguientes:

a).- Ignoran en lo absoluto las relaciones que nacen del concubinato, de tal manera que éste permanezca al margen de la ley, tanto para no estatuir consecuencias jurídicas por virtud del mismo, cuanto para no sancionar ni en forma civil ni penalmente dicha unión, si no existe adulterio.

b).- Regular exclusivamente las consecuencias del concubinato, pero sólo en relación con los hijos, sin preocuparse de consagrar derechos y obligaciones entre concubinos.

c).- Prohibir el concubinato y sancionarlo, bien sea desde el punto de vista civil o penal, permitiendo incluso la separación por la fuerza de los concubinos.

d).- Reconocer el concubinato y regularlo jurídicamente, para crear una unión de grado inferior a la matrimonial, concediendo derechos y obligaciones a las partes, principalmente la facultad otorgada a las concubinas para exigir alimentos o heredar en la sucesión legítima.

e).- Equiparar al concubinato que reúna ciertas condiciones con el matrimonio, para crear por virtud de la ley o de una decisión judicial, en cada caso, un tipo de unión que consagre entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden entre cónyuges⁵⁸

La primera de las posturas, resulta un poco descabellada y hasta cierto punto retrograda, en el sentido de que el derecho no puede permanecer al margen de las uniones de hecho, ya que de hacerlo así atentaría en contra de instituciones fundamentales como son el derecho a los alimentos e incluso originaría problemas respecto a los derechos de la mujer en materia de sucesiones, así mismo los hijos quedarían desamparados.

En relación a la segunda. Se da un reconocimiento a las consecuencias jurídicas pero exclusivamente en relación a los hijos, también deja en total estado

⁵⁸ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 363.

de indefensión a la concubina al no reconocérsele derecho alguno, ya que no podría recibir alimentos o heredar, lo que desde luego establecería su discriminación ante la ley.

El tercer aspecto consiste en la prohibición del concubinato, lo cual resulta todavía más contraria a derecho que las anteriores, toda vez que traería como consecuencia que el concubinato se realizara en forma clandestina; a más de que, por ser prohibido sería ilícito y en consecuencia no generaría derecho alguno para los concubinos, como es el derecho a heredar y el de alimentos, y así mismo tampoco generaría derechos y obligaciones en relación a los hijos.

Las anteriores posturas obedecen sin lugar a dudas a influencias de carácter religiosos y morales, puesto que el concubinato es una unión de hecho en la que los concubinos reflejan con el transcurso del tiempo la voluntad de hacer vida en común y cohabitar. En lo único que se puede diferenciar del matrimonio, es que no cumple con las formalidades y solemnidades que exige la ley respecto al matrimonio. En relación al aspecto religioso, su diferencia radica exclusivamente en la solemnidad del sacramento.

Actualmente las posturas más frecuentes tienden a reconocer el concubinato, aun cuando no en forma íntegra, sino sólo ciertos efectos y son las dos últimas posturas del maestro Rojina Villegas.

La cuarta postura consistente en el reconocimiento del concubinato como una unión de grado inferior al matrimonio, aun cuando parecería novedosa, no lo es, pues ésta se dio en esa forma desde la época de los romanos, en efecto, el concubinato se debía al hecho de que algunas personas no podían contraer matrimonio, por lo que debían acudir a esta figura.

De tal suerte que con la llegada del cristianismo a la unión concubinaria se le consideró de un rango inferior al matrimonio y contraria a las buenas costumbres, implicando discriminación a los hijos de ésta.

Siendo que en nuestra sociedad, como ya lo hemos manifestado, el concubinato es una manera de formar una familia, nuestro código civil, aunque no lo dispone expresamente, le otorga ciertos efectos, como son derecho a los alimentos, así como derechos sucesorios.

Finalmente, la última postura que consiste en dar al concubinato el mismo tratamiento que al matrimonio, representó una de las teorías más frecuentemente criticadas, más sin embargo es la que reconoce la importancia del concubinato.

El maestro Rojina Villegas en relación a la constitución cubana expresa:

*“El artículo 43 de la Constitución de la República de Cuba, está concebido en los siguientes términos: "Los tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil". En el precepto transcrito el concubinato ya no es matrimonio de grado inferior, sino que se hace una equiparación absoluta con la unión ilegítima, pero se deja a la decisión de los tribunales que principalmente deben fundarse en razones de equidad, para resolver en este sentido, siempre y cuando las partes tengan capacidad legal para contraer matrimonio, hayan realizado una unión estable y singular".*⁵⁹

⁵⁹ Rojina Villegas, Rafael. Óp. Cit. p. 639.

Dada la idiosincrasia del mexicano, pensamos que las dos ultimas posturas, son las que deben prevalecer, para lo cual deberá legislarse adecuadamente, pues el concubinato, tal y como lo hemos señalado es una realidad social en nuestro país.

Pero además, muchas veces resulta que los diferentes requisitos así como los costos para la celebración del matrimonio hacen que las personas opten por vivir juntos, con sólo el acuerdo de sus voluntades.

3.2.- REQUISITOS PARA QUE NAZCA EL CONCUBINATO.

Diversos son los requisitos, para que el concubinato sea considerado como tal; a continuación los analizaremos:

3.2.1.- Temporalidad.

No es concubinato la unión sexual circunstancial o momentánea de un hombre y una mujer; la vida intermitente marital, aún en lapsos de larga duración, no configura el concubinato. Se requiere una comunidad de vida a la que nuestra legislación actualmente señala como mínimo dos años, a menos que antes de ese tiempo los concubinos hubiesen procreado un hijo.

3.2.2.- Publicidad.

Esto quiere decir que el concubinato debe ostentarse públicamente, pues el oculto no producirá efectos jurídicos. La apariencia de matrimonio exige esta publicidad, pues dentro de los elementos que nos señala el artículo 1635 de

nuestro Código Civil dice que deben vivir como si fueran cónyuges; es decir ostentarse como marido y mujer.

3.2.3.- Singularidad.

Esto significa que son un sólo hombre y una sola mujer a semejanza del matrimonio. El concubinato se integra por la concubina y el concubino, al respecto el maestro Rafael Rojina expresa:

*"Desde tiempos de Constantino, se comenzó a regular este requisito, y bajo el imperio era condición para que el concubinato surtiera efectos que hubiere sólo una concubina"*⁶⁰

3.2.4.- Libres de matrimonio

Dentro del concepto de concubinato que se tiene en nuestra legislación, esto se deduce del artículo 1635 de nuestro Código civil, al señalar *"siempre y cuando ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato"*

Un matrimonio anterior válido y subsistente durante la unión del hombre y la mujer, conformaría la figura de adulterio y excluiría el concubinato automáticamente. Adulterio y concubinato se excluyen. Donde existe el adulterio no es posible el concubinato.

⁶⁰ Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II, Vol. 1. Antigua librería de Robledo. México 1956. p. 453.

3.2.5.- Semejante al matrimonio.

Esto significa que la unión de los concubinarios debe ser "*como si fueran cónyuges*". Este es un elemento de hecho consistente en la posesión del estado de concubinato. Es decir, viven como marido y mujer, imitando la unión matrimonial. Les falta la solemnidad que en el caso del matrimonio consiste acudir ante el juez del registro civil y manifestar su voluntad de unirse en matrimonio. Pero exteriormente viven como casados y no se distinguen de otros matrimonios.

3.2.6.- Unión.

La unión es la consecuencia de la comunidad de lecho y domicilio. Si viven juntos como si fueran casados, debe haber la necesaria unión entre el hombre y la mujer; una comunidad de lecho, en un mismo domicilio.

3.2.7.- Capacidad.

Este elemento consiste en que los concubinarios deben ser capaces para lograr esa unión sexual semejante al matrimonio, es decir deben tener la edad núbil necesaria.

3.2.8.- Fidelidad.

Se dice que tratándose de una unión estable y singular, la fidelidad queda también implicada; y así como en el matrimonio puede darse la infidelidad sin que por ello pierda su carácter de tal, del mismo modo en el concubinato puede darse la infidelidad de uno de los concubinarios.

Sin embargo, la fidelidad que consiste en el cumplimiento de un compromiso debido entre ambos no se da, porque en el concubinato no existe compromiso de permanencia e indisolubilidad, es una unión libre, de hecho, que puede terminarse voluntariamente o arbitrariamente, por cualquiera de ellos. La fidelidad, es aquella que se castiga con el adulterio en el matrimonio, y que se supone implícita en el concubinato, pero en nuestro derecho la infidelidad no está sancionada como adulterio en el concubinato.

Con base en lo anterior podemos decir que el concubinato es la unión sexual de un sólo hombre con una sola mujer que viven en lo privado y públicamente como si fueran cónyuges (sin serlo), libres de matrimonio y sin impedimento para poder contraerlo, que tienen la temporalidad mínima de dos años, o bien que han procreado a un menor antes de ese lapso.

3.3.- IMPEDIMENTOS PARA EL CONCUBINATO.

Expresa el artículo 291 ter del Código Civil:

“Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia en lo que le fueren aplicables”

De conformidad con el artículo mencionado, al concubinato se le puede considerar como un matrimonio *“chiquito”*, y por lo mismo el artículo 291 Bis del ordenamiento señalado establece que existirá el concubinato siempre que no existan impedimentos legales para contraer matrimonio, aunque ya los hemos anotado es necesario repetirlos, tales impedimentos se establecen en el artículo 156 y son los siguientes:

“Artículo 156.- son impedimentos para celebrar el matrimonio:

I.- la falta de edad requerida por la ley;

II.- La falta de consentimiento del o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos caso;

III.- El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medio hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

V.- El adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

VII.- La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;

VIII.- La impotencia incurable para la cópula;

IX.- Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria;

X.- Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

XI.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer;

XII.- El parentesco civil extendiendo hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados en el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.

En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea recta desigual.

La fracción VII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio”.

Por su parte los artículos 157 y 159 disponen:

“Artículo 157. Bajo el régimen de adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes”

Artículo 159.- El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente

municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor”.

En consecuencia, serían dispensables los enumerados en las fracciones III, VIII y IX, aplicándose las mismas reglas que se aplican para la nulidad de matrimonio.

Además de tales impedimentos de conformidad con el último párrafo del artículo 291 Bis, el concubinato sólo se da entre un sólo hombre y una sola mujer, pues de existir varias relaciones a ninguna de ellas se le reputará concubinato.

3.4.- EFECTOS DEL CONCUBINATO.

El concubinato, como una situación de hecho que deriva de una situación humana generada por la unión sexual de un hombre y una mujer y su respectiva cohabitación bajo un mismo techo por más de dos años, produce consecuencias jurídicas. Estas se encuentran contempladas dentro de nuestro Derecho Positivo Mexicano, otras derivan de la doctrina o de la jurisprudencia.

En materia de concubinato el Código Civil ha tenido algunas reformas; en Diciembre de 1974, en razón de establecer igualdad jurídica para las personas de ambos sexos, se otorgó el derecho a alimentos al concubino, a través del testamento inoficioso (art. 1368, fracc. V), pues originalmente sólo se concedía este derecho a la concubina, pero no se extendió el derecho a heredar por vía legítima al varón, esta omisión fue corregida mediante las reformas al Código Civil de Diciembre de 1983.

Podemos decir que son cuatro las consecuencias jurídicas del concubinato:

3.4.1.- Derecho de alimentos en vida de los concubinos.

Se podría hablar de una pensión alimenticia entre vivos mientras subsista el concubinato; se logra tal derecho a través de la adición al artículo 291, a saber:

Artículo 291 Quáter.-“El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este Código o en otras leyes”

Sin embargo a partir de las últimas reformas al Código Civil, ya sea la concubina o el concubino que carezcan de ingresos o bienes suficientes tendrá derecho a recibir una pensión alimenticia por el mismo lapso que duró el concubinato.

En relación a los hijos, éstos tendrán todos los derechos así como las obligaciones para con sus padres, tal y como si hubieran nacido dentro de matrimonio.

3.4.2.- Derecho de alimentos por causa de muerte a través del testamento inoficioso.

El artículo 1368, en su fracción V dispone que el testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

V.- A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los dos años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, y que el superviviente esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos”.

Lo anterior es así, pues el concubinato es una situación de hecho y por las consecuencias que dicha unión trae a un nivel jurídico y sobre todo de carácter ético

Por su parte el artículo 1370 del Código Civil dice:

“No hay obligación de dar alimentos a las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderle, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla”

3.4.3.- Derecho a la porción legítima en la sucesión abintestato.

El artículo 1635 del Código Civil dispone:

“La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que se reúnan los requisitos a que se refiere el CAPÍTULO XI del título quinto del libro primero de este Código”.

Los requisitos a que hace referencia el artículo anterior, son entre otros, que los concubinos no tengan impedimento legal para contraer matrimonio, que vivan en forma común, constante y permanente por un período mínimo de dos años, o si antes procrean un hijo, y la sola existencia de un concubino y una concubina.

En cuanto a la forma de heredar con relación a la concubina, se presentan los siguientes supuestos:

1.- Si concurre la concubina con descendientes, heredará una parte igual a la que heredaría un hijo, o la porción necesaria para igual esa porción.

2.- Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a un cincuenta por ciento de la herencia.

3.- Si concurre con parientes colaterales del concubinario, tendrá derecho a heredar la tercera parte de la herencia.

4.- En caso de que no existan otros parientes, heredará todos los bienes.

3.4.4.- Presunción de la paternidad con respecto a los hijos.

Del concubinato se deriva la filiación natural por ser hijos habidos fuera de matrimonio, independientemente de otros hijos habidos ya sea dentro o fuera de matrimonio.

Los hijos de los concubinarios deben ser reconocidos expresamente por el padre de modo voluntario, en la partida de nacimiento ante el Juez del Registro

Civil, por acta especial ante el mismo Juez, por escritura pública, por testamento, o por confesión directa y expresa (art. 369).

En relación a la madre, la filiación se desprende del hecho del parto.

Está específicamente autorizada la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, que comprende el concubinato, y que según el artículo 382 del Código Civil, la investigación de la paternidad y de la maternidad, pueden probarse con cualquier medio ordinario e inclusive pruebas biológicas o científicas.

Ahora bien el artículo 383, establece que se presumen hijos de los concubinos aquellos que nazcan durante el concubinato y los que nazcan dentro de trescientos días siguientes en que cesó la vida en común.

Sin embargo si el concubino no reconoce voluntariamente a su prole, la concubina tendrá que demandar dicho reconocimiento y en todo caso demostrar la existencia del concubinato y así mediante sentencia judicial, se declarara la paternidad del concubino, lo que no acontece en el matrimonio, pues el matrimonio presume que los hijos nacidos de una mujer casada, son de su marido y en todo caso éste tendría que desconocer su paternidad.

3.4.5.- Cómo se extingue el concubinato.

Como el concubinato es una situación de hecho y para su formación en principio se requiere la voluntad de los concubinos, en consecuencia el concubinato puede romperse por acuerdo de los propios concubinos, e incluso cualquiera de ellos libre y arbitrariamente puede romper con esta unión, simplemente abandonando el lugar donde se dio el concubinato.

Ya hemos dicho que los hijos habidos dentro del concubinato tendrán los mismos derechos que aquellos que han nacido dentro de matrimonio.

Si una misma persona sostiene varias uniones del tipo del concubinato, a ninguna unión de este tipo se le considera concubinato, pudiendo aquel que obró de buena fe, demandar al otro, indemnización por daños y perjuicios.

Así las cosas, cuando termina la convivencia, la concubina o el concubino que carezcan de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tienen derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato.

Sin embargo, no podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o se una en matrimonio.

CAPÍTULO CUARTO

FORMAS DE PROCREACIÓN

4.1- TIPOS DE PROCREACIÓN.

Entendemos que la forma natural y por la que ha sido perpetuada la especie humana es precisamente de forma natural, es decir a través del coito entre personas de diferente sexo, esto es cuando el espermatozoide fecunda al óvulo en un proceso totalmente biológico, sin la intervención de cualquier medio extraño que no sea la introducción del órgano sexual masculino en el órgano sexual femenino.

Sin embargo, tal acción biológica, no siempre ha dado resultados, por lo que el hombre queriendo perpetuar su nombre en la mayor de las veces, primeramente creó la figura jurídica de la adopción.

La mayoría de los hombres creemos tener el control absoluto de nuestro cuerpo y damos por hecho que algo tan común como tener un hijo siempre es posible. Por ello cuando nos enfrentamos a un problema de infertilidad reaccionamos con sorpresa, tristeza, enojo y negación.

En México, 2 de cada 10 parejas presentan problemas de infertilidad.⁶¹

Se habla de infertilidad o esterilidad cuando una pareja lleva más de dos años intentando concebir sin utilizar métodos anticonceptivos y no ha logrado un embarazo a término, tiempo que puede ser aún menor en parejas mayores de 35 o 40 años de edad, ya que a esta edad no se puede esperar tanto tiempo para ser diagnosticada, porque ya de por sí está comprometida su fertilidad.

⁶¹ Paolini, Pierina. . www.inmater.com. 18 de Abril de dos mil nueve.

Aquellos que no pueden concebir tan fácilmente como creían, reaccionan con sentimientos de pérdida, fracaso y preocupación.

La impotencia de no poder ser padres puede llevar a reacciones tan extremas como el descontento con la propia pareja, la familia, los amigos y el entorno general, siendo una importante opción la reproducción asistida.

La reproducción asistida consiste en una serie de técnicas para facilitar la fecundación. Los procedimientos básicos son prácticas de inseminación, mientras que los más complejos son fertilización in vitro, transferencia intratubaria de gametos, inyección intracitoplasmica de espermatozoides y donación de óvulos y esperma.

Las razones por las cuales se recomienda la reproducción asistida son muy variadas y pueden provenir de factores asociados tanto al hombre como a la mujer.

Actualmente se considera que un tercio de los casos de infertilidad corresponden a causas masculinas, otro porcentaje semejante a las femeninas y el restante a causas mixtas, en que ambos presentan problemas de fertilidad.

Dentro de éstos podemos señalar en la mujer, enfermedad inflamatoria pélvica, menstruaciones dolorosas e irregulares, o si ha sido diagnosticada con enfermedades como endometriosis, miomas o tiroides entre otros factores.

En el caso del hombre, son evaluados como posibles causas, el haber tenido paperas, varicocele, etc., estar sometido a factores de riesgo ambientales como el calor en la zona genital o el consumo elevado de alcohol.

La infertilidad y su tratamiento trae un importante desgaste físico, emocional y financiero, todo sin que el éxito esté asegurado y cuya regulación jurídica es necesaria, ya que como he señalado anteriormente un 20% de las parejas en México presenta problemas de infertilidad.

En la actualidad existe una serie importante de situaciones que pueden alterar la capacidad de concebir de las parejas, entre las que encontramos las siguientes:

*Uso inadecuado y/o prolongado de métodos anticonceptivos.

*Exposición a enfermedades de transmisión sexual.

*Posponer concepciones lo que ocasiona el incremento de la edad materna.

*Enfermedades endocrinas no diagnosticadas.

*Abuso de sustancias psicoactivas, como son el alcohol, tabaco y otras drogas.

*Desordenes alimenticios, como la anorexia, bulimia o la obesidad.

*Estrés, contaminantes ambientales, medicamentos, aditivos alimenticios, entre otros.

Hoy por hoy, los avances de la ciencia, han hecho a un lado la adopción, creando o descubriendo nuevas maneras de procrear, procurando en lo más posible que ambos padres o uno sólo de ellos aporte su información genética,

para que, en lo posible el nuevo ser tenga más acercamiento biológico con sus padres.

En efecto uno de los fines naturales del hombre es el de perpetuar su especie y con esa idea se ha obstinado en buscar la solución al problema de la esterilidad e infertilidad.

De tal suerte, que hay innumerables técnicas de procreación, que veremos a continuación.

4.1.1.- PROCREACIÓN NATURAL.

El ser humano, hombre y mujer, tienen una capacidad biológica, consistente, en un sistema de reproducción humana, el cual se logra a través del conjunto de órganos sexuales tanto femeninos, como masculinos, los cuales al llegar a cierto desarrollo y bajo ciertas condiciones dan lugar en la mujer a concebir y en el hombre a engendrar.

Esto es la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino, células que son llamadas germinales de reproducción, también conocidas como gametos.

Así tenemos que el aparato reproductor femenino está constituido por los órganos sexuales primarios, los ovarios y los órganos secundarios, entre ellos, las trompas de Falopio, el útero y la vagina.

El ovario posee dos funciones principales; la primera es una función criogénica, es decir, la producción y liberación de óvulos viables y la segunda es la secreción de hormonas sexuales que son tres: Estrógeno, progesterona y

andrógenos, las cuales tienen entre otras funciones la del transporte ovular, captación de los gametos masculinos y conducción del esperma para consumar la fertilización.

Por su parte el aparato reproductor masculino, también está constituido por órganos sexuales primarios, que son los testículos que tienen dos funciones, producir espermatozoides y secretar hormonas sexuales que son los andrógenos y la testosterona y por órganos sexuales secundarios, entre los que se encuentran el pene y la próstata.

La forma natural, biológica de procrear un nuevo ser, es mediante el contacto de ambos aparatos reproductores, donde una vez expulsado el gameto masculino del pene, busca al gameto femenino a fin de poderlo fecundar, empezando la concepción en el cuerpo de la mujer por aproximadamente nueve meses, hasta el día del parto, que es cuando nace un nuevo ser.

Como ya hemos dicho, las alteraciones masculinas representan una tercera parte del problema para la concepción, por lo que resulta recomendable realizar estudios del varón en fase iniciales del estudio de la pareja.

Las causas más frecuentes de infertilidad por alteración masculina se dividen en dos grupos.

1.- Incapacidad de depositar el semen en la vagina.

En las que se incluyen todos los trastornos con la capacidad del hombre para tener una adecuada erección y/o eyaculación

2.- Alteraciones en la calidad del semen:

A).- La oligozoospermia, que es una alteración en la cantidad normal de espermatozoides que se presentan en la eyaculación, generando una baja o nula concentración en el número de espermatozoides.

B).- Astenospermia, que es la alteración en el tipo y número de movilidad en los espermatozoides, y que significa la disminución en un 50% de la movilidad mínima progresiva que deben presentar los espermatozoides para la fecundación.

C).- Teratozoospermia, que consiste en la alteración de la forma de aspecto de los espermatozoides.

D).- La combinación de las alteraciones anteriores.

Otras causas de infertilidad masculina son:

*La azoospermia, que es un problema en la producción testicular de espermatozoides.

*Una obstrucción o una ausencia del conducto que comunica los testículos con el pene.

*Varicocele, que es un padecimiento consistente en tener una vena dilatada en el escroto.

*Un desequilibrio hormonal.

*La carencia de la movilidad o la función de los espermatozoides.

*Un traumatismo en la zona testicular.

*Alteraciones en la eyaculación.

*Impotencia.

4.1.2.- PROCREACIÓN ASISTIDA.

Hablar de las técnicas de inseminación artificial y la fecundación "*in vitro*", aplicadas a seres humanos en nuestra realidad mexicana, son términos relativamente recientes, ya que existen antecedentes técnicos que antes de emplear en humanos con la finalidad de mejorar la especie o hacerlos más productivos.

De tiempos bíblicos tenemos varios antecedentes, si no exactamente una fecundación *in vitro*, si de otras técnicas o ejemplos de maternidad asistida, a fin de resolver el problema de la prole.

El Génesis refiere que Sara, esposa de Abraham, era estéril y no podía darle hijos a su esposo, entonces le dijo a éste, que se uniera a su esclava Agar, y que de esa manera tendría hijos de ella, procreando un hijo al que llamaron Ismael.

Otra mujer, llamada Raquel, no podía darle hijos a su esposo Jacob, sintiendo envidia por su hermana Lea, pidiéndole que tomara a su esclava Bilha, para que cuando ésta tuviera hijos, fuera como si la propia Raquel los tuviera.

Por su parte en el nuevo testamento, en el evangelio según San Mateo, María esposa de José dio a luz a Jesús, quien fue concebido por obra del Espíritu Santo.

En el evangelio según san Lucas, refiere que Zacarías e Isabel, eran de edad avanzada y en consecuencia no podían tener hijos. Sin embargo a Zacarías

se le apareció un ángel del Señor el cual le dijo que su mujer tendría un hijo al que se le llamaría Juan.

María Moro Almazán refiere que en el año de 1322 un árabe de Daifur consiguió inseminar una yegua con espermatozoides de un semental de la tribu enemiga, de lo que resultó un potro.⁶²

Hafez, menciona que el uso de la inseminación artificial fue en 1780 cuando Spallanzani, fisiólogo italiano, obtuvo perritos con ese método y que aparecieron otros informes en el siglo XIX, igualmente, afirma que en 1900 se iniciaron estudios con animales de granja en Rusia y después en Japón.⁶³

Por su parte el Maestro Gutiérrez y González, señala reportes en los que se ha practicado en diversas formas la inseminación artificial, y así refiere que en 1462, Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla, fue inseminada artificialmente y dio a luz a Juana de Beltrajena.⁶⁴

Eduardo Zannoni, refiere:

*“El 26 de Julio de 1978, el mundo entero fue conmovido por la noticia pública del nacimiento del primer bebé concebido fuera del seno materno mediante la fecundación de un óvulo de su madre, realizado en el laboratorio”.*⁶⁵

⁶² Moro Almazán, María Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In vitro. Editorial Bosch. España, 1988. p. 26.

⁶³ Hafez, E.S.E. “Reproducción en Inseminación Artificial en Animales” Editorial Interamericana MacGraw_Hill. 5ª Edición. Tr. Luis Campos Cervantes, Carlos García Roig y Héctor Sumano López. México, 1988. p. 519.

⁶⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. “Derecho Sucesorio, Inter Vivos y Mortis Causa”. Editorial Porrúa. México, 1995. p. 255.

⁶⁵ Zannoni, Eduardo. “Inseminación Artificial y Fecundación extrauterina”. Editorial Astrea Tr. de Alfredo y Ricardo Depalma. Argentina, 1978. p. 19.

Se dice que la primera niña de probeta nacida en América Latina fue Carolina Herrera, venezolana, pero la fecundación se hizo en Estados Unidos, como también ocurrió con Dolores Aceto en 1984, primera niña nacida en Argentina por fecundación in vitro, aunque el tratamiento se hizo en un laboratorio de Houston, Texas.

Otros señalan, que el primer bebé norteamericano fecundado in vitro fue Elizabeth Jordan Carr, que nació el 28 de Diciembre de 1981 en el Norfolk General Hospital, en el marco de un programa dirigido por la facultad de Medicina de Virginia Oriental. A finales de 1983 habían nacido en todo el mundo más de 200 niños concebidos por el método de fecundación in vitro (entre ellos una hermanita de la primera niña probeta, Louise Brow) y se espera que en un futuro próximo sea aún mayor.⁶⁶

4.1.3.- FERTILIZACIÓN IN VITRO.

“La fecundación in vitro consiste básicamente en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice intra corpore”⁶⁷

Al igual que en la inseminación artificial, en la fecundación artificial se presentan las variantes homóloga y heteróloga; la fecundación artificial es homóloga cuando la pareja unida en matrimonio o concubinato, aporta cada uno su célula germinal para que proceda a la fecundación in vitro y la fecundación

⁶⁶ Máster, William H. “La Sexualidad Humana” Editorial Grijalbo. 6ª Edición. Tr. Rafael Andreu. España 1987, p. 165.

⁶⁷ Soto La Madrid, Miguel Ángel. “Biogenética, Filiación y Delito” 1ª Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990. p. 23.

artificial heteróloga es cuando sólo uno de ellos, ya sea el hombre o la mujer, aporta su célula germinal y la otra es aportada por un donador, procediendo a la fecundación in vitro.

La fecundación artificial in vitro con transferencia de embrión (FIV+TE), se da cuando la mujer a punto de ovular, es internada y sometida a una operación llamada laparoscopía, la cual consiste en hacer un corte diminuto a la altura del ombligo y succionar a través de él el ovulo con un fino catéter, éste se traslada a una probeta que está llena de cultivo bioquímico muy parecido al ambiente natural del óvulo en el cuerpo femenino.

Unas horas más tarde se introduce en la probeta el semen, para que los espermatozoides fecunden el óvulo. El óvulo fecundado se denomina embrión y se implanta en el útero.

“El objetivo de la estimulación ovárica es la captura de ovocitos maduros inmediatamente antes de que se rompa el folículo. Para la obtención del ovocito hay dos principales protocolos que son:

El ciclo general espontáneo y el ciclo estimulado con distintos inductores de ovulación. En el primero el seguimiento del ciclo es a base de determinaciones hormonales y seguimiento del crecimiento folicular a través de ultrasonido. El ciclo estimulador o inducido consiste en administración de las hormonas gonadotropina menopáusica humana con la que se obtiene la maduración de varios folículos al mismo tiempo. La captación de ovocitos se realiza por laparoscopía o por ultrasonografía; para obtener el mayor número de ovocitos maduros que puedan resultar en embriones normales, es vital hacer la colección tan

cerca como sea posible de la liberación esperada del ovocito maduro en el ciclo espontáneo o estimulado.

Una vez tomado el procedimiento de laparoscopia se solicita al esposo una muestra de semen ya sea inmediatamente o de dos a seis horas después de la captura de óvulos, dependiendo de la calidad de estos, La fecundación se hace agregando al ovocito ciento cincuenta mil espermatozoides.

Unas dieciséis horas después de la inseminación se debe examinar el ovocito para saber si ha habido fertilización. Los ovocitos fertilizados se conservan en un cultivo de crecimiento y se examina de veinticuatro a treinta y seis horas después.

Para hacer la transferencia de embriones se utilizan catetes. Para introducir el catéter en la cavidad uterina, se usa un endocat 14, que sirve de camisa externa, el cual se introduce hasta pasar el orificio del cérvix; hecho esto, después a través del endocat se introduce el catéter ya cargado con los pre-embryones, hasta 0.5 centímetros antes de llegar al fondo uterino.⁶⁸

Resumiendo la técnica de fecundación artificial in vitro con transferencia de embriones, la podemos dividir en tres momentos:

1.- La obtención del óvulo, extrayéndolos de la cavidad abdominal (ovocitos próximos a su maduración).

⁶⁸ Álvaro Duran, Alberto. "Perspectivas Terapéuticas de Esterilidad, Temas Selectos de Reproducción Humana". Instituto nacional de Perinatología. México 1989. p. 103-107.

2.- La fecundación in vitro propiamente dicha, es decir, la puesta en contacto del óvulo con los espermatozoides y el logro de la fecundación, incluyendo las primeras divisiones celulares.

3.- La transferencia del embrión de pocas horas al interior del útero, para que allí se realice el proceso de anidación o implantación y continúe el desarrollo embrionario.

4.1.4.- DONACIÓN DE ÓVULO.

Generalmente se utiliza esta opción, cuando por algún motivo la mujer no puede llegar a gestar, por un sinfín de razones, entonces se acude a una tercera persona, que es quien aportará los óvulos fecundados con espermatozoides del marido o concubino de la mujer que quiere tener hijos y la posterior transferencia de los embriones al útero de ésta. A esta fecundación se le denomina homóloga, ya que se realiza con semen del esposo o compañero.

La forma de obtención del óvulo son las ya anotadas en el apartado anterior.

Necesariamente debe ser mediante la fecundación in vitro, es decir el procedimiento es fuera del cuerpo de la mujer y una vez, que se tiene la certeza de la fecundación por el gameto masculino, se procede a implantarlo en el útero de la mujer.

Las causa más comunes, por las que se acude a una donadora externa, son las siguientes

4.1.4.1.- Anticuerpos antiespermáticos.

El ciclo menstrual se divide en dos fases:

La primera comprende a partir del día 0 al día 14, se supone que los tres primeros días es la menstruación. Esta fase se le conoce de diferentes formas como son: estrogénica, proliferante o preovulatoria, se da estos nombres debido a que en esos primeros catorce días predominan los estrógenos.

La segunda fase comprende del día 14 al día 28. A esta se le denomina progestacional, secretoria o lutea, toma los anteriores nombre debido a que domina la progesterona. Esta fase se caracteriza porque la temperatura basal, (temperatura interior), se eleva, siendo prueba indirecta de que hay ovulación. Debiéndose esto a un efecto de la progesterona que se llama termogénico, que hace que se eleve la temperatura. De igual forma es esta fase se engruesa el endometrio que es el tejido que cubre el útero, este hace una curva ascendente en esta segunda fase para permitir la ovulación y en su caso la implantación del huevo siendo aquí predominante la progesterona para mantener el huevo implantado.

En tanto que en el cuello de la matriz se localiza el moco cervical, el cual tiene ciertas características que hace que la mujer no se pueda embarazar durante todo el mes, debido a que el moco también responde a los estrógenos y a la progesterona.

En la primera fase el moco es escaso, opaco muy celuloso, teniendo un alto contenido de microbios, no es elástico ni cristaliza, significa esto que al secarse no toma la forma de helecho.

En la segunda fase es todo lo contrario, o sea, es abundante, cristalino, no celular, filante, cristaliza en forma de helecho, esto nos indica que el moco cervical está en fase progestacional.

El moco cervical visto con microscopio se puede observar que tiene canales, y por estos canales se depositan los espermatozoides, cuando el moco cervical no está en fase adecuada estos canales están desordenados y al llegar los espermatozoides no pueden entrar, en tanto que estando el moco en fase adecuada los canales están abiertos penetrando directamente los espermatozoides.

La función del moco cervical es la de impedir la entrada de microorganismos al cuello de la matriz, creando anticuerpos.

Los espermatozoides al estar en presencia de anticuerpos antiesperámaticos, se acompañan de una penetración y supervivencia insuficiente.

4.1.4.2.- Infecciones

Suele ser una de las causa más frecuentes, en virtud de la cual una mujer no puede quedar embarazada. Esta causa de infertilidad puede derivarse de una cervicitis (infección en el cérvix), en éste se encuentran unas especies de cuevas en forma de criptas, ahí puede ser asiento de nido de bacterias, cuando existe cervicitis en el cuello de la matriz se impide el paso de los espermatozoides y por lógica, impide que se de la fecundación.

4.1.4.3.-Hostilidad cervical no inmunológica

Es esta una situación rara en la que el moco cervical es persistentemente desfavorable para la penetración del espermatozoide normal, a pesar del momento y la función hormonal óptima.

4.1.4.4.- Obstrucción de trompas de Falopio

Las trompas de Falopio son los conductos que sigue el óvulo para llegar a la matriz; las paredes de las trompas están constituidas por una capa mucosa y otra muscular; la capa mucosa se ramifica totalmente obstruyendo de esta forma el paso del óvulo para que pueda ser fecundado por el espermatozoide, ocasionando así esta causa de esterilidad.

4.1.5.- DONACIÓN DE ESPERMAS.

Así como la mujer es infértil, el hombre puede ser impotente, entendiéndose esta impotencia como la facultad de engendrar (impotencia generandi).

En este caso, la pareja que desea tener prole deberá acudir a un donador de semen quien mediante el proceso de masturbación obtiene el semen, el cual es utilizado para la fecundación.

Los métodos pueden ser mediante inseminación artificial o fecundación artificial, pero siempre heteróloga.

En el primero de los casos, es decir mediante inseminación artificial, se realizará directamente en el cuerpo de la mujer, y consiste en introducir

mecánicamente dentro de la vagina de la mujer, espermatozoides vivos, obtenidos del donador de semen para lo cual hay diversos métodos que se verán más adelante.

La fecundación artificial, igualmente puede aplicarse a este caso, sin embargo, si la mujer no presenta problema alguno, es recomendable aplicar la inseminación artificial, pues recordemos que la fecundación artificial, se realiza in vitro, es decir fuera del cuerpo de la mujer, tal y como ya se vio anteriormente.

Algunos casos en que el varón no puede engendrar, serían los siguientes:

4.1.5.1.- Oligospermia o semen de mala calidad.

Se presenta en hombres cuyo líquido seminal contiene bajo número de espermatozoides y de reducida calidad. En estos casos, puede mejorarse la cantidad de semen mediante ciertas técnicas.

4.1.5.2.- Eyaculación retrógrada

La recuperación de esperma de la orina inmediatamente después del coito y la inseminación artificial homóloga subsecuente ofrecen oportunidad de embarazo en estas situaciones, pero la orina tiene efectos dañinos sobre los espermatozoides y el simple hecho de eyacular con una vejiga prácticamente llena producirá a menudo eyaculación retrógrada.

El recurso de inseminación homóloga o con semen del marido, supone malformaciones o defectos funcionales que no impiden totalmente la reproducción

de gametos en ambos miembros de la pareja y que se han intentado ya los métodos quirúrgicos y farmacológicos sin ningún resultado positivo.

4.1 6.- ADOPCIÓN DE EMBRIÓN.

Mediante la fecundación in vitro, un óvulo donado por una mujer extraña, es fecundado por un donador de esperma igualmente extraño, una vez fecundado el óvulo se hace la transferencia del o los embriones al útero de la mujer.

“La unión del óvulo y el espermatozoide para formar un embrión humano se realiza fuera del cuerpo de la mujer, en un recipiente donde se les ha unido después de la extracción de óvulos de la mujer y de los espermatozoides del hombre”⁶⁹

Toda vez que el embrión no pertenece a los futuros padres, sino que es donado por una segunda mujer, casi siempre anónima e igualmente el espermatozoide es aportado por un segundo varón anónimo también, si así es el caso, estamos en presencia de una adopción de embrión, el cual se deposita en el útero de otra tercera mujer, la que finalmente llevará el peso del embarazo y dará luz a un nuevo ser.

Una modalidad más sería lo que algunos tratadistas han llamado fecundación in vitro post mortem, y sería aquella, en la que se utiliza para la inseminación el semen de un hombre que ha dejado de vivir.

Pero también se puede dar el caso de que la donante del óvulo haya fallecido antes de ser fecundado el mismo y su posterior implantación en una mujer receptora.

⁶⁹ Taboada, Leonor. “La Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial Humana a la Fertilización in Vitro”. Editorial Icaria. Madrid España, 1986. p. 41.

Se han dado casos en que la mujer viuda se insemine con esperma de su marido muerto.

En fin las variantes y los supuestos, que el día de ayer parecían una novela al estilo Frankenstein, hoy son una realidad.

Hoy la mujer puede dar a luz, un ser, donde no necesariamente sea el producto de su óvulo, ni con el semen de su marido o bien la fecundación puede darse en una mezcla del semen de su marido con semen de otros varones.

4.1.7.- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

La palabra inseminación, proviene del latín *"inseminatum"*, supino de inseminare, que significa sembrar, también se dice proviene del mismo idioma latín, de las palabras *"in"* y *"semen"* que es semilla, en sentido figurado para la obtención de un producto

*"Se refiere a la introducción del semen en la vagina o la matriz para producir el embarazo, y al hablar de inseminación artificial debemos entenderlo como el procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera"*⁷⁰

Dicho de otra manera en palabras de los doctores Ruíz Velazco y Rosas Arceo:

*"La inseminación artificial se define como la aportación del eyaculado del varón al aparato genital femenino sin contacto sexual"*⁷¹

⁷⁰ Diccionario Terminológico de Ciencias Medicas". Editorial Salvat. 12º edición. México, 1980. p. 683.

⁷¹ Experiencia con la inseminación artificial de la pareja estéril. Revista de Ginecología y Obstetricia de México. México, 1981. p. 32.

Anteriormente se consideraba como artificial sólo a la inseminación, sin embargo y gracias al avance de la ciencia, se hace posible también la fecundación artificial, la que se logra en el laboratorio, in vitro, es decir extrauterina, siendo pues diferente de la inseminación artificial, que es cuando se realiza en el organismo de la mujer en vivo.

Existen diversas clase de inseminación artificial, la homóloga y la heteróloga, la primera se da cuando la inseminación se hace con esperma del esposo o pareja, al introducir mecánicamente dentro de la vagina de la mujer espermatozoides vivos del marido. Y la segunda se refiere a la práctica de introducir mecánicamente dentro de la vagina de la mujer, espermatozoides vivos de un varón que no es su esposo, generalmente un varón anónimo.

Algunos supuestos en donde la inseminación artificial heteróloga, resulta de mucha utilidad serían los siguientes:

4.1.7.1.- Esterilidad absoluta del varón

La práctica de la inseminación artificial heteróloga por lo general se circunscribe a este caso, puesto que el procedimiento de elección, es requisito indispensable, que la pareja constituya una unidad biopsicosocial, sea estable tanto desde el punto de vista psicológico, como fisiológico. Es necesario asegurar por todos los medios posibles que la esterilidad del cónyuge o pareja es irreversible, uno de estos medios de cercioramiento de la esterilidad es la biopsia testicular, que consiste en tomar muestras del testículo con el objeto de analizarlo al microscopio, pues en el testículo es donde se forman y maduran los espermatozoides, en la biopsia se ve si hay maduración en el testículo o si no está funcionando adecuadamente éste.

4.1.7.2.-Presencia de anticuerpos aglutinantes del varón

Con menos frecuencia se mencionan casos de pacientes con grados altos de anticuerpos aglutinantes del esposo o pareja, en donde se ha intentado como terapia específica el coito protegido y los índices de anticuerpos no se han habitado y se ha logrado el embarazo.

4.1.7.3.-Problemas genéticos del varón

Otro caso en donde se recomienda la inseminación artificial heteróloga, es cuando existe una enfermedad hereditaria del varón con gran posibilidad de transmitirse a la descendencia, como padecimiento autosómico recesivo, que es la herencia ligada al sexo, en donde se puede repetir el problema, pero para que se repita se requiere la condición que haya por ambos lados, tanto materno como paterno, una participación, es decir que tengan un gen afectado ambos y que en un momento dado pueden repetir el porcentaje hasta de 25%, en tanto en el automático dominante uno de los cónyuges puede tener el gen afectado y de cualquier forma va a engendrar el problema.

4.1.7.4.- Sensibilización Rh extrema con esposo Rh+homocigoto

Se dan casos raros de incompatibilidad en el Rh- con esposo Rh+ homocigoto, en donde la esposa ha dado a luz a fetos hidrópicos que han muerto al nacer.

En caso de la mujer Rh-, significa que el eritrocito o glóbulo rojo no tiene el carácter positivo y al ponerse en contacto con un varón Rh+ y embarazarse, normalmente el cuerpo no rechaza el primer embarazo por algún motivo no

conocido y es posible que el bebé nazca normal, pero si en ese primer embarazo tiene una transfusión previa o que la mujer Rh- se le pase sangre positiva se le va a sensibilizar.

La sensibilización consiste en que al entrar los glóbulos rojos positivos o eritrocitos la mujer los reconoce formando anticuerpos contra éstos.

Es por eso que en el primer embarazo es posible que el producto nazca normal, pero la madre reconoce a los eritrocitos positivos como algo dañino y crea anticuerpos que serán su arma de defensa contra los eritrocitos positivos y en el siguiente embarazo los va a destruir provocando un feto hidrópico.

Dentro de las técnicas de inseminación artificial tenemos las siguientes:

4.1.7.4.1.- Vaginal o intravaginal

La inseminación artificial por el método intravaginal, consiste simplemente en depositar el semen en el fondo del saco posterior de la vagina por medio de una jeringa, prácticamente no se emplea esta forma y casi siempre se efectúa como complemento de la técnica cervical.

4.1.7.4.2.- Técnica cervical

Existen dos variantes:

A).- La original o con jeringa, que simplemente consiste en poner en una jeringa el semen colectado y rociar con ella el orificio externo del cérvix, en la actualidad esta técnica no es muy utilizada.

B).- La técnica de inseminación cervical más utilizada es la del capuchón de plástico, en el cual uno de sus bordes tiene un orificio para la introducción de un catéter de polietileno por donde se instala el semen con una jeringa. Se coloca el capuchón adaptándolo perfectamente contra el cérvix. El capucho tiene además dos hebras para su retiro a las cuatro horas.

Se prefiere este método porque el capuchón cervical permite una exposición más duradera del cuello uterino al semen y por esta razón es útil en situaciones en que el volumen del semen es pequeño o hay oligospermia. En esta situación un volumen pequeño o muestras concentrada de semen, puede ejercer su máxima acción en medio protegido.

4.1.7.4.2.1.- Intracervical

Este método consiste en depositar mediante una jeringa y una aguja, en el interior del canal cervical, una cantidad pequeña de semen y el resto en el orificio externo y en la bóveda vaginal.

4.1.7.4.2.2.- Intraperitonal

Consiste en depositar con aguja y jeringa en la cavidad peritoneal el semen que va directamente a las trompas de Falopio.

4.1.8.- ÚTERO SUBROGADO.

Los avances realizados en las nuevas formas de reproducción humana, a través de las técnicas de inseminación y fecundación artificial con todas sus

variantes, han originado en otras la llamada figura denominada maternidad subrogada o maternidad por alquiler o madre sustituta o madre suplente.

Pedro Silva Ruíz sobre el particular expone:

“No es el resultado propiamente de la práctica de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro pues, desde tiempos ancestrales encontramos referencia de ella, como ejemplo de ello encontramos en la Biblia los casos de Sara y Abraham, así como de Raquel y Jacob en que ambas mujeres ofrecen a sus esposos sus respectivas esclavas, Agar y Bilá, como concubinas a fin de procrear cuando a ellas les había sido imposible concebir”⁷²

Otros autores como Jaime Vidal Martínez, nos da otra variante de esta forma de procreación asistida:

“Llamamos madre sustituta o madre subrogada, a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena, una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda mediante ¿contrato? Ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre u además renuncia a sus derechos materno-filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre puede adoptarlo”⁷³

Francisco Lledo Yagüe, nos da el siguiente panorama:

⁷² Op. Cit. Pedro F. Silva Ruíz. p. 829.

⁷³ Vidal Martínez, Jaime. “Las Nuevas Formas de Reproducción Humana”. Editorial Civitas. Madrid, 1980. p. 180.

“El supuesto de hecho presupone que la mujer miembro de la pareja comitente (quienes solicitan los servicios de gestación de otra mujer) no puede llevar a cabo el embarazo de suerte que aquellos convienen con una tercera persona un contrato de gestación en útero ajeno, para que se implante el embrión en la matriz de ésta y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que posteriormente en virtud de lo estipulado –renuncie a la filiación materna- lo entregue a la pareja del comitente, o arrendataria de los servicios de incubación en útero ajeno”⁷⁴

Así tenemos que la maternidad subrogada es cuando una mujer acepta el embarazo en lugar de otra que no puede tener hijos, son las que prestan o albergan en su propio útero el fruto de la fecundación artificial. También se considera a la subrogación como la práctica a través de la cual una mujer que ha sido inseminada artificialmente o en cuyo útero se ha efectuado el transfer de una fecundación in vitro, lleva en su vientre a un niño por otra, con la intención de entregarlo después de su nacimiento.

De acuerdo a la aportación de las células germinales, óvulos y espermatozoides, se pueden presentar las siguientes variantes de la maternidad subrogada.

4.1.8.1.- Maternidad subrogada con aportación de útero

Esta variante se presenta cuando la madre subrogada solamente aporta su útero para el desarrollo del embrión, que pertenece a la pareja infértil; se realiza a través de la fecundación in vitro homóloga con transferencia de embriones.

⁷⁴ Lledo Yagüe, Francisco. “El Alquiler de Útero y el Problema de las Madres Sustitutas o por Encargo”. Segundo Congreso Mundial Vasco, La Filiación a finales del Siglo XX. España, 1987.

4.1.8.2.- Maternidad subrogada con donación de óvulo

Esta segunda variante, se presenta cuando la subrogada, además de la aportación del útero dona el óvulo, y la otra célula germinal, el espermatozoide, es aportada por la pareja infértil, para el desarrollo del producto; esta técnica se puede realizar a través de la inseminación artificial homóloga o también con la fecundación in vitro heteróloga con transferencia de gametos.

4.1.8.3.- Maternidad subrogada con donación de embrión

La última variante se da cuando a la pareja infértil les es donado ambas células germinales, formando el embrión, por terceros anónimos y la subrogataria solamente aporta el vientre para el desarrollo del embrión; esta variante se realiza a través de la fecundación in vitro heteróloga con transferencia de embriones.

Estas clases de maternidad subrogada, se presentan por causas muy diversas, como puede ser la diabetes, hipertiroidismo, malformación uterina, entre otras, imposibilitando de esta manera la retención del embrión dentro del útero de la mujer, conocida como infertilidad, ocasionando sucesivos abortos; por lo que se recurre a esta figura de la maternidad subrogada.

O bien, se puede dar el caso que su origen sea el hecho de que la mujer miembro de la pareja progenitora sólo quiera evitar el embarazo y todos los cambios que trae aparejado, sin que exista ninguna imposibilidad física o riesgo de por medio que ponga en peligro su vida o la del producto.

4.1.9.- TRANSFERENCIA INTRATUBARIA DE GAMETOS.

“La transferencia intratubaria de gametos, es una variante de la técnica in vitro. Es una operación que consiste en depositar conjuntamente los óvulos, recientemente extraídos y el semen fresco o congelado, en el interior de las trompas de Falopio de una mujer, en la misma intervención quirúrgica de recogida de óvulos para producir la fecundación”⁷⁵

La transferencia intratubaria de gametos fue ideada por el médico argentino Ricardo Ash, y que consiste en captar los óvulos de la mujer a través de laparoscopia y al mismo tiempo el espermatozoide del marido. En la misma operación se coloca a ambos gametos en una cánula especial, debidamente preparados y se los introduce en cada una de las trompas de Falopio, lugar donde se produce naturalmente la fertilización. Si todo transcurre normalmente los espermatozoides penetran a uno o más óvulos formándose el embrión. Este descenderá dentro de las trompas hacia el útero, de tal forma que la concepción se producirá íntegramente en el cuerpo de la mujer.

⁷⁵ Silva Ruiz, Pedro. F. “La inseminación Artificial, Reproducción Asexual, Implicaciones Jurídicas de las Nuevas Tecnologías de Reproducción Humana”. Revista de Derecho Puertorriqueño. Pontificia Universidad católica de Puerto Rico. Volumen 32, No. 1-3. Puerto Rico 1993. p. 47.

CAPÍTULO QUINTO

NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

5.1.- LA LEY GENERAL DE SALUD EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

En su Título Tercero, hace referencia a la prestación de los servicios de salud y en su CAPÍTULO VI desarrolla lo relativo a la planificación familiar y así tenemos que en la fracción IV del artículo 68, dispone:

“ARTÍCULO 68.- Los servicios de planificación familiar comprenden:

IV.- El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.”

El apoyo al fomento de la investigación en los aspectos de la infertilidad humana y biológica de la reproducción supone obviamente el de las conclusiones y consecuencias a tales investigaciones.

Sobre el particular Carmen García Mendieta, nos dice

“No obstante, en un nivel más concreto los medios de procreación actualmente discutidos (inseminación artificial y fecundación in vitro) se hayan en una etapa prelegal, ya que ninguna ley regula

*específicamente y de modo directo para permitirlos, prohibirlos o limitarlos”.*⁷⁶

En efecto, dentro de este ordenamiento legal no encontramos un concepto legal que defina alguna de las nuevas técnicas de reproducción humana y en consecuencia no existen normas específicas que las regulen.

Por su parte el reglamento de la Ley General de Salud, en su artículo 40 fracción XI define a la fertilización asistida como:

“Aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro”

También tenemos que el Artículo 56 del ordenamiento en cita, expone:

“La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se pueden resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el investigador”

La evidente exterioridad del derecho dificulta la apreciación de intenciones; la moral, como conjunto de principios rectores de conducta, que adecuan ésta a la naturaleza del ser humano, no es un hecho susceptible de apreciación, más aún, la moral varía de pareja a pareja, en consecuencia este precepto carece de efectividad.

⁷⁶ García Mendieta, Carmen. “Fertilización Extracorpórea: Aspectos Legales”. Revista Ciencia y Desarrollo, Nov-Dic, No. 65, año XI. México 1985.

El Derecho Positivo Mexicano, es aun incipiente, la fertilidad asistida, o como se le quiera llamar, no está totalmente regulada, no se contemplan por ejemplo, las diversas técnicas de inseminación y fecundación artificial, ya se homóloga o heteróloga.

Resulta interesante lo señalado por el artículo 466 de la propia Ley General de Salud y que a la letra dice:

“Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

La ley no prohíbe la inseminación artificial, ni la fecundación in vitro y concede al individuo la prerrogativa de decidir sobre su derecho a la procreación en su número y espaciamento según lo dispone el Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tampoco prohíbe la gestación por otra persona. Y no podemos ignorar los avances de la ciencia, en las que nos presenta nuevas situaciones de reproducción humana y las cuales requieren necesariamente ser reglamentadas por muchas razones, pero debemos evitar la comercialización de ciertos actos que traerían como consecuencia la degradación de la naturaleza humana.

El Dr. Alberto Alvarado Durán, justifica las nuevas formas de reproducción humana, y al respecto manifiesta:

“En un programa de planificación familiar como el que se tiene en nuestro país, se contempla no sólo la anticoncepción sino todo lo necesario para el desarrollo integral de la familia, lo que incluye ayudar a limitar su reproducción a las parejas que ya se consideran integrada su familia, pero también ayuda a las parejas estériles a completarla cabalmente. Por esta razón se ha encontrado totalmente justificado tratar de desarrollar las tecnologías actuales para resolver el problema de esterilidad”⁷⁷

5.2.- HIPÓTESIS DE PROCEDENCIA PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

5.2.1.- PATERNIDAD

Algunos autores como Enrique Díaz de Guijarro, nos dicen que:

“El consentimiento escrito del marido equivaldría a la manifestación de su voluntad procreacional, y él asumiría desde ese instante las consecuencias de esa manifestación de voluntad y por lo tanto la paternidad que no puede luego impugnar. El hijo por lo tanto, es de él también, tenemos entonces una paternidad sin padre”⁷⁸

⁷⁷ Alvarado Durán, Alberto. “Perspectivas terapéuticas de Esterilidad. Temas Selectos de Reproducción Humana. Instituto Nacional de Perinatología. México, 1989. p. 102.

⁷⁸ Díaz de Guijarro, Enrique. “Las Modernas Técnicas Biológicas y el Derecho de Familia”. Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales. No. 2 Año XII, Abril-Junio. Uruguay, 1961. p. 475.

5.2.2.- MATERNIDAD

Los nacidos por inseminación artificial llevada a cabo por una pareja casada son indudablemente hijos de matrimonio de esa pareja. La misma calificación deben tener los supuestos de fecundación in vitro con semen del marido y transferencia de embrión al útero de su mujer, tanto si se opera con óvulo de la misma, como con óvulo de otra mujer.

Hay quienes, opinan que madre será la mujer que da a luz y un eventual pacto o acuerdo de subrogación sería ilícito o al menos irrelevante para el derecho y contrariamente otros opinan que madre sería quien tiene el animus de serlo y por ello acude a otra mujer para lograrlo.

El Dr. Francisco Lledo Yagüe, menciona que:

“Tanto la maternidad como la paternidad dejan de considerarse como una relación de filiación genética y/o biológica; sino que por el contrario se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva, debido al uso de las técnicas de reproducción asistida no todo padre es necesariamente progenitor y a contrario sensu”.

5.2.2.1.- ANONIMATO DEL DADOR DE ESPERMATOZOIDES

Se ha dicho que la investigación de la paternidad y maternidad debe ser regulada como medio para llegar a conocer el propio código genético y no para reclamar la paternidad o maternidad.

Así tenemos que el médico y el personal del establecimiento que utilice las técnicas de procreación asistida, deben preservar el anonimato del donante, el de las parejas y el de la propia procreación artificial.

En consecuencia cualquier regulación que se establezca y aunque ello importe obviamente inconvenientes prácticos, debe dejar en todo caso abiertas las posibilidades de que pueda conocerse en un momento dado la procedencia biológica del hijo y que cuando el interés superior del hijo lo demande, con la autorización del Juez, esa posibilidad se haga efectiva.

5.2.2.2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DADOR DE GAMETOS

El dador de gametos no puede tratar de investigar y conocer jurídicamente y por ningún otro conducto, la identidad del nacido del gameto por él proporcionado, porque además de no ser padre jurídico y carecer de acción de reclamación de filiación, no está justificado respecto de él, el conocimiento de la mera relación biológica, que para nada afecta su personalidad ni el desarrollo físico o psíquico.

5.2.2.3.- FECUNDACIÓN POST MORTEM

La congelación de semen permite proceder a la inseminación mucho tiempo después del fallecimiento del esposo, sin que exista dificultad para equipararles a los demás hijos o para efectos sucesorios.

La autora Carmen Hernández Ibáñez, expone:

*“A pesar de que me manifiesto en contra de la fecundación post mortem, siempre he opinado que una vez que sea acogida por nuestra ley, los hijos tenían que tener una filiación y todos los derechos que se derivan de ésta. Esto significa que tienen derecho a ser inscritos como hijos de su padre, a llevar sus apellidos, a tener alimentos, a todos los derechos sucesorios y a todo lo que le sea favorable”.*⁷⁹

Así, se dice, que una viuda no tiene derecho a ser inseminada con el semen de su marido fallecido, ni siquiera en el caso de que éste hubiese manifestado su última voluntad en ese sentido, pero tiene libertad para someterse a esa práctica.

5.2.2.4.-EL CONSENTIMIENTO

Es contraria a derecho cualquier inseminación artificial practicada en mujer que no haya prestado previamente su consentimiento, el cual es personalísimo y requiere la capacidad de la mayoría de edad y con plena capacidad de ejercicio.

5.2.2.5.-PERSONALIDAD DEL EMBRIÓN

Creemos que el preembión no es persona, porque aún no ha sido implantado y que por tanto, no puede desarrollarse como tal.

⁷⁹ Hernández Ibáñez, Carmen. “Los Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción Asistida: Ley Española y Marco Europeo”. Revista de derecho, No. 139. Año LXI, Enero-Junio. Chile 1993. p. 56.

En efecto, el Código Civil vigente para el Distrito federal en su artículo 22 expresa:

“ pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley...”

En consecuencia, mientras sólo se trate de un embrión, carece de todo derecho y por supuesto de personalidad.

5.2.2.6.-RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL MÉDICO

Los problemas más claros de responsabilidad civil que pueden suscitar las técnicas de reproducción artificial surgirán cuando el fruto de las mismas, nazca con serias taras físicas o psíquicas. Ello puede ser consecuencia de defectos del material genético utilizado, ya se trate de defectos originados por gametos de personas con infecciones transmisibles o enfermedades hereditarias, ya de defectos sobrevenidos a resultas de los procedimientos de obtención o conservación del material genético, por ejemplo, daños a los óvulos utilizados en la fecundación in vitro derivados del usual tratamiento de la mujer o la donante con hormonas, ultrasonidos y anestésicos, o de la negativa influencia del medio de cultivo en que los óvulos se conservan hasta el momento de la fecundación, o bien de otras manipulaciones a las que en ocasiones dicho material se somete.

5.2.2.7.-MATERNIDAD SUBROGADA

Implantar en una mujer un óvulo que no es suyo, previamente fecundado con el semen de una persona que no es su esposo o compañero, con el único fin de que esta tercera persona lo gaste durante todo el embarazo, es ya una

realidad, es ya una práctica, es una subrogación, sin embargo no todos los autores están de acuerdo, por ejemplo Begoña Ochoa Olascoaga, expone:

*“Que no debe aprobarse ni tolerarse por razones éticas, tanto familiares como sociales, sin embargo una maternidad subrogada realizada con fines filantrópicos, no debe condenarse, aun cuando no se tienen que minimizar las dificultades que ello conlleva”*⁸⁰

Similar postura tiene Eduardo Zannoni:

*“La fecundación in vitro con semen del marido, óvulo de la esposa y su posterior implantación en el útero de otra mujer, implica un acuerdo o pacto de contenido moral y contrario a las buenas costumbres”*⁸¹

5.2.2.8.-ALGUNAS CONTROVERSIAS DIRIMIDAS EN TRIBUNALES

* En 1987, en el Estado de Carolina del Sur, el Tribunal Supremo estatal resolvió que el consentimiento del esposo para que su esposa fuera inseminada artificialmente con semen de donante, no tiene que constar por escrito, por los tanto el hijo procreado es de ambos.

⁸⁰ Ochoa Olascoaga, Begoña. “La Biología frente a la Ética y el Derecho” VI Curso de Verano en San Sebastián. España, 1988. p 43.

⁸¹ Zannoni, Eduardo. “Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina”. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1978. p. 33.

* El 30 de Abril de 1956, el Tribunal de Roma determinó que el consentimiento del marido fuese válido para excluir una acción de desconocimiento de la paternidad en una inseminación artificial de dador.

* En 1983, el Tribunal Alemán reconoció al marido el derecho de desconocer la legitimidad de un hijo nacido de inseminación artificial al dador.

* En 1963, un Tribunal Neoyorquino resolvió que era ilegítimo el hijo procreado por inseminación artificial de dador aún mediando el consentimiento del esposo y decisiones judiciales posteriores resolvieron a favor de la legitimidad del hijo.

* El Tribunal de Niza admitió una acción de desconocimiento de la paternidad, presentada por el marido impotente que había consentido la inseminación artificial de su esposa con dador, sin embargo en junio de 1976, el Tribunal de Grande Instancia de Niza declaró irrenunciable la acción de desconocimiento de paternidad.

* En Francia en el año de 1984, se ventiló el asunto Corinne Parpalaix, que consistió en que tanto la viuda Corinne Richard, como los padres de su difunto esposo Alain Parpalaix, demandaron ante el Tribunal de Gran Instancia de Creteil, al centro de Estudio y Conservación de Esperma, (CECOS) para que entregara la toma de espermatozoides que el esposo fallecido había depositado tres años antes, debido a que sería sometido a terapia por padecer cáncer en los testículos, para que la viuda fuera inseminada artificialmente, por lo que sustanciado el juicio el Tribunal resolvió que el CECOS debía entregar los espermatozoides a la viuda.

* El Tribunal de Nueva York, concedió una indemnización de 50 dólares por daño moral a la pareja usuaria de la fecundación in vitro homóloga, en la que el médico jefe del departamento de obstetricia y ginecología, sin contar con el consentimiento de aquella pareja, destruyó el preembrión antes de su transferencia al útero de la mujer.

5.3.- PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En las últimas décadas se han desarrollado múltiples técnicas para la fecundación asistida, llámese inseminación artificial, llámese inseminación artificial, esto ha originado diversas consecuencias entre las que encontramos la maternidad subrogada, así que antes de exponer las propuestas de modificación al Código Civil, pasaremos a dar algunas definiciones de esta figura, recordemos lo expuesto por Jaime Vidal Martínez que nos dice:

“Llamamos madre sustituta o madre subrogada, a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena, una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda mediante ¿contrato? Ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre, y además renuncia a sus derechos materno-filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo”⁸²

Por su parte Francisco Lledo Yagüe, manifiesta que:

⁸² Vidal Martínez, Jaime. “Las Nuevas Formas de Reproducción Humana. Editorial Civitas. Madrid, 1980. p. 180.

*“El supuesto de hecho presupone que la mujer miembro de la pareja comitente (quienes solicitan los servicios de gestación de otra mujer) no pueden llevar a cabo el embarazo, de suerte que aquellos convienen con una tercera persona un contrato de gestación en útero ajeno, para que se implante el embrión en la matriz de ésta y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que posteriormente en virtud de lo estipulado –renuncie a la filiación materna- lo entregue a la pareja comitente, o arrendataria de los servicios de incubación en útero ajeno”.*⁸³

Eduardo Zannoni, en relación a la maternidad subrogada, expresa:

*“La maternidad subrogada se presenta en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevara a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja”.*⁸⁴

Entonces, podemos decir que la maternidad subrogada, sustituta, suplente, sería aquella en las cuales una mujer acepta el embarazo en lugar de otra que no puede o no quiere embarazarse, pero que desea al hijo y sería esta tercera mujer quien presta su propio útero para que en él se desarrolle el producto, con la intención de que una vez que nazca se lo entregue a otra mujer, aquella que la contrato.

En este orden de ideas, consideramos que nuestra legislación debe legislar la maternidad subrogada cuando se contrata únicamente el útero y exista plena identificación de los padres, quienes serán los que aporten el embrión y en

⁸³ Lledo Yagüe, Francisco. “El Alquiler de Útero y el Problema de las Madres Sustitutas o por Encargo”. Segundo Congreso Mundial vasco, la filiación a finales del siglo XX. España, 1987. p. 357.

⁸⁴ Op. Cit. Eduardo Zannoni. p. 316.

casos muy especiales como por ejemplo la amenaza constante de aborto por parte de la esposa.

Los razonamientos para legislar sobre el particular serían los siguientes:

5.3.1.-Derecho a disponer sobre el propio cuerpo

Este derecho presupone el derecho a la vida, como el bien máspreciado que tiene todo ser humano, de lo que se desprende que se tiene el derecho a la integridad física y que a su vez tiene dos vertientes: la primera es la protección de la integridad física contra ataques de terceros y la segunda es el derecho de disposición sobre el propio cuerpo, esta disposición es de lo más amplia y justificada, siempre que no se oponga a la moral, al orden público o a la ley.

La disposición del propio cuerpo se puede deber a diferentes situaciones, a saber:

La disposición del propio cuerpo dirigida a salvaguardar y mejorar la salud y la disposición del propio cuerpo a favor de terceros y sin detrimento de la salud.

5.3.2.- Derecho a la libertad

Entendida está como la facultad de decidir, de comprometerse, de disponer de su voluntad incluso de su cuerpo de acuerdo a sus intereses, teniendo como limitantes no contravenir la moral, el orden público o las buenas costumbres.

De tal suerte que es un legítimo derecho que toda persona posee, en este caso, la de la mujer de disponer de su cuerpo en beneficio de otra persona,

quienes son la pareja que solicita su ayuda para la gestación del producto, lo cual no ocasionará ninguna disminución permanente de la integridad física y mucho menos poner en peligro su vida y siempre con el fin terapéutico que es la solución definitiva de la infertilidad de la pareja solicitante.

5.3.3.- Prácticas clandestinas

Partiendo del supuesto que la maternidad subrogada es un hecho social indiscutible y de realización frecuente que se ha desarrollado y multiplicado, de no regularse ésta, su práctica puede ser clandestina con todas sus consecuencias, inclusive podría llegar a configurar un delito, independientemente de los aspectos legales que se generarían en cuestiones de filiación, patria potestad, guarda y custodia, sucesiones, etc.

Opinamos y proponemos que su reglamentación debe ser a través de un contrato, al que se le pudiera denominar “**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE GESTACIÓN**”

En efecto, en este contrato, tenemos además del consentimiento, un objeto que consiste en el hecho que la persona hace o se obliga a hacer, es decir desarrollar el embrión en su vientre, proporcionándole los alimentos necesarios para ello y absteniéndose de todo aquello que represente un riesgo para la salud y viabilidad del producto.

Así, las cosas, el objeto del contrato no debe ser el producto, ni la compra de un órgano o el uso de la persona, el objeto real será el servicio que prestará la subrogataria consistente en la alimentación y consecuentemente en el desarrollo de un embrión, que al alcanzar la madurez en el período definitivo, esté apto para continuar su crecimiento físico y mental una vez nacido.

La mujer gestante no prestará su vientre, su obligación es una conducta consistente en un hacer, complementado con no hacer que sería la de evitar todas aquellas costumbres o circunstancias que pueden perjudicar el desarrollo del embrión, en consecuencia la mujer no va a concebir y gestar, sólo a gestar el embrión que se le implante y desarrolle, mismo que trae incluso las características genéticas de sus verdaderos progenitores.

De tal suerte que las características propias, su salud y capacidad del ser humano gestado, no son responsabilidad de la madre gestante, pues aquel le es genéticamente ajeno, sus características ya las trae definidas en el óvulo fecundado por sus progenitores, lo que sí entra en el ámbito de sus obligaciones es observar las reglas de conducta en general como buena madre de familia.

Tampoco se trata de un arrendamiento de útero, o un contrato de obra, ni de compra venta de órganos, debe ser un “contrato de prestación de servicios de gestación”, cuya duración será máximo de diez meses.

Aquel principio de que la maternidad estaba unida o determinada por el hecho del nacimiento o dar a luz un hijo, ya está superado; en la actualidad son claramente separables las etapas que antes constituían un proceso único, Así tenemos la concepción, la gestación y alumbramiento.

Está plenamente probado que la primera puede realizarse fuera del útero y ser implantado el embrión para su desarrollo, en consecuencia la maternidad ya no se acredita con el parto sino con la concepción o fecundación, por lo tanto no debe existir una relación jurídica de filiación entre la madre subrogada y el niño, ya que la filiación se termina por la fecundación y no por el nacimiento.

Los elementos del contrato de servicios de gestación, están claramente identificables, tantos los de existencia como los de validez y se ajusta este

contrato a las reglas de los contratos en general, debe ser preferentemente gratuito, es consensual en oposición a formal. Ya que el consentimiento se puede manifestar como las partes convengan y también es de tracto sucesivo y finalmente es principal, pues no depende de ningún otro, debiendo ser intuitu personae.

La pareja progenitora, por su parte debe obligarse a cubrir todos los gastos médicos, hospitalarios y personales de subsistencia de la gestante durante el desarrollo y hasta cuarenta y cinco días después de que nazca el producto, y se precisa que en todo momento la madre subrogataria informe continuamente del desarrollo de su gestión con vigilancia por parte de los progenitores.

Finalmente proponemos que se adicione al Código Civil vigente para el Distrito Federal los siguientes artículos: 339 Bis, 2615 Bis, 2615 Ter, 2615 Quart, 2615 Quintus, para quedar como siguen:

Artículo 339 Bis.

“Existe filiación entre los padres y su embrión implantado en una mujer gestante, sin que ésta tenga derecho a reclamar su maternidad en virtud del parto.”

Artículo 2615 Bis.

“El contrato de prestación de servicios de gestación, es aquel en virtud del cual una mujer llamada gestante, se obliga en aceptar la implantación de un embrión en su útero hasta su total desarrollo, proviniendo este embrión de una pareja progenitora, quienes correrán con los gastos de gestación y alumbramiento”.

Artículo 2616 Ter.

“Es obligación de la pareja progenitora:

I.- Acudir a un centro especializado para la fecundación e implantación del óvulo en la mujer gestante;

II.- Cubrir todos los gastos de implantación, gestación y alumbramiento;

III.- Cubrir los gastos de hospedaje y alimentación de la gestante desde la implantación del óvulo hasta cuarenta días después del parto.

IV.- Aceptar al producto en las condiciones en que nazca.

Artículo 2616 Quart.

Es obligación de la gestante:

I.- Aceptar la implantación del embrión;

II.- Observar buenos hábitos y costumbres de alimentación, salud e higiene;

III.- Evitar ingerir bebidas o alimentos que afecten el sano desarrollo del embrión.

IV.- Informar permanentemente a la pareja progenitora del desarrollo del embarazo, así como informar inmediatamente de cualquier contrariedad durante el embarazo;

V.- Entregar el producto inmediatamente una vez que ha nacido;

VI.- Nunca podrá entablar juicio sobre su presunta maternidad”.

Artículo 2515 Quintus.

“El incumplimiento de las obligaciones nacidas de este contrato, concede a los progenitores la acción de reclamar daños y perjuicios y una vez nacido el producto exigir la entrega del mismo”.

CONCLUSIONES.

PRIMERA

Es innegable que hoy en día, los métodos de fecundación asistida son una realidad que ha experimentado trascendentales avances, por aquellas limitantes donde la pareja no puede procrear prole y en consecuencia acuden a las diversas técnicas ya sea de inseminación artificial o fecundación asistida en todas sus variantes, ya sea homóloga o heteróloga.

SEGUNDA

El Derecho Positivo Mexicano, se ha estancado en la regulación y reglamentación de la fecundación asistida, no debemos olvidar que el derecho se debe adecuar a los nuevos valores y costumbres de la sociedad, en este caso, la ciencia ha logrado ayudar en los casos de esterilidad e infertilidad, en consecuencia el legislador debe reglamentar estos casos a fin de tener una certeza jurídica.

TERCERA

El hecho de que no se encuentre regulada la fecundación asistida, da como consecuencia inmensidad de problemas, que van desde que se desarrollen en la clandestinidad hasta configurar algún delito.

CUARTA

Los métodos de fecundación asistida han creado la variante de la maternidad subrogada, que es la que se da cuando solamente se aporta el útero para ser implantado un embrión, ajeno a la receptora, por encargo de una pareja.

QUINTA

No existe en nuestro derecho, impedimento alguno para que se regule sobre la materia, ya que en la maternidad subrogada se dan todos los elementos de un contrato.

SEXTA

Debe descartarse el principio de que la certeza jurídica del hecho biológico del parto se le atribuya la maternidad a quien ha dado a luz, ya que con los nuevos métodos de procreación como es el de implantar un embrión en el cuerpo de una mujer, la cual no proporcionó el óvulo, evidentemente la información genética del producto no es la de ella, independientemente que haya parido.

SÉPTIMA

Se propone que esta modalidad de fecundación asistida lleve el nombre de contrato de prestación de servicios de gestación, el cual deberá ser gratuito para la receptora, principal, bilateral, conmutativo, de tracto sucesivo y principalmente intuitu personae.

OCTAVA

Adicionándose los artículos 339 Bis, 2615 Bis, 2615 Ter, 2615 Quart, 2615 Quintus, al Código Civil, para quedar como siguen:

Artículo 339 Bis.

Existe filiación entre los padres y su embrión implantado en una mujer gestante, sin que esta tenga derecho a reclamar su maternidad en virtud del parto.

Artículo 2615 Bis.

El contrato de prestación de servicios de gestación, es aquel en virtud del cual una mujer llamada gestante, se obliga en aceptar la implantación de un embrión en su útero hasta su total desarrollo, proviniendo este embrión de una pareja progenitora, quienes correrán con los gastos de gestación y alumbramiento.

Artículo 2616 Ter.

Es obligación de la pareja progenitora:

I.- Acudir a un centro especializado para la fecundación e implantación del óvulo en la mujer gestante;

II.- Cubrir todos los gastos de implantación, gestación y alumbramiento;

III.- Cubrir los gastos de hospedaje y alimentación de la gestante desde la implantación del óvulo hasta cuarenta días después del parto.

IV.- Aceptar al producto en las condiciones en que nazca.

Artículo 2616 Quart.

Es obligación de la gestante:

I.- Aceptar la implantación del embrión;

II.- Observar buenos hábitos y costumbres de alimentación, salud e higiene;

III.- Evitar ingerir bebidas o alimentos que afecten el sano desarrollo del embrión.

IV.- Informar permanentemente a la pareja progenitora del desarrollo del embarazo, así como informar inmediatamente de cualquier contrariedad durante el embarazo;

V.- Entregar el producto inmediatamente una vez que ha nacido;

VI.- Nunca podrá entablar juicio sobre su presunta maternidad.

Artículo 2515 Quintus.

El incumplimiento de las obligaciones nacidas de este contrato, concede a los progenitores la acción de reclamar

daños y perjuicios y una vez nacido el producto exigir la entrega del mismo.

NOVENA

El convenir el contrato de prestación de servicios de gestación, es conveniente y benévolo para aquellas parejas que no puedan procrear y que en muchos casos esta situación termina en divorcio, de otra suerte mediante estos métodos seguramente la pareja encontrará mayor estabilidad de familia.

BIBLIOGRAFÍA

Álvaro Duran, Alberto. "Perspectivas Terapéuticas de Esterilidad, Temas Selectos de Reproducción Humana". Instituto nacional de Perinatología. México, 1989.

Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía. "Derecho de Familia y Sucesiones". Editorial Harla México, 1990.

Bejarano Sánchez; Manuel. "Obligaciones Civiles". Editorial Harla. Colección Textos Jurídicos Universitarios. 3.^a Edición. México, 1984.

Bellusio, Augusto Cesar. "Derecho de Familia". Ediciones De Palma. Argentina, 1979.

Bravo González, Agustín. "Primer curso de Derecho Romano". Editorial Pax-México, S.A. 11.^a Edición. México, 1984.

Bonnecase, Julián. "La Filosofía del Código de Napoleón Aplicable al Derecho de Familia". Traducción José Ma. Cajiga. Ed. Cajiga México, 1945.

Chávez Asencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares". Editorial Porrúa, S.A. 5.^a Edición. México, 1999.

De Ibarrola, Antonio. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, 2.^a Edición. México, 1985.

Díaz de Guijarro, Enrique. "Las Modernas Técnicas Biológicas y el Derecho de Familia". Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales. No. 2 Año XII, Abril-Junio. Uruguay, 1961.

Engels, Federico."El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado". Traducida al Español por Editorial Progreso. Moscú, URSS, 1979.

Experiencia con la inseminación artificial de la pareja estéril. Revista de Ginecología y Obstetricia de México. México, 1981. P. 32.

Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Editorial Porrúa, S.A. 3ª Edición. México, 1979.

Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil. Parte General, Personas, Familia. Editorial Porrúa, S.A. 20ª Edición. México, 2000.

García Mendieta, Carmen. "Fertilización Extracorpórea: Aspectos Legales". Revista Ciencia y Desarrollo, Nov-Dic, No. 65, año XI. México, 1985.

Gutiérrez y González, Ernesto. "Derecho Sucesorio, Inter Vivos y Mortis Causa" Editorial Porrúa. México, 1995.

Hafez, E.S.E. "Reproducción en Inseminación Artificial en Animales" Editorial Interamericana-MacGraw_hill. 5ª Edición. Tr. Luis Campos Cervantes, Carlos García. México, 1999.

Hernández Ibáñez, Carmen. "Los Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción Asistida: Ley Española y Marco Europeo". Revista de Derecho, No. 139. Año LXI, Enero-Junio. Chile, 1993.

Herrerías Sordo, María del Mar. "El Concubinato, Análisis Histórico, Jurídico y su Problemática en la Practica". Editorial Porrúa, S.A. 2ª Edición. México, 2000.

Le Riveren y Brusone, Eduardo. "Paternidad sin Padre". Revista Cubana de Derecho Año XXIX. No. 102 Enero-Marzo. Cuba, 1957.

Leal A. Abelardo. "La Eutelegenecia". Foro de México, Revista Trimestral. México ,1961.

Lledo Yagüe, Francisco. "El Alquiler de útero y el problema de las Madres Sustitutas o por Encargo". Segundo Congreso Mundial Vasco, La Filiación a finales del Siglo XX. España, 1987.

López del Carril, Julio. "Derecho de Familia. 2º Edición. Editorial Aboledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1984.

Magallón Ibarra, Jorge Mario. "El Matrimonio (Sacramento, Contrato-Institución". Editorial Tipográfica Editorial Mexicana. México, 1955.

Máster, William H. "La Sexualidad Humana" Editorial Grijalbo. 6ª Edición. Tr. Rafael Andreu. España, 1987.

Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. 5ª Edición. México, 1992.

Moro Almazan, María Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In vitro. Editorial Bosch. España, 1988.

Morgan, Lewis Henry. "La Sociedad Primitiva". Editorial Ediciones Pavlov, s/f de Ediciones México, 1998.

Ochoa Olascoaga, Begoña. "La Biología frente a la Ética y el Derecho" VI Curso de Verano en san Sebastián. España, 1988.

Pacheco Escobedo, Alberto. "La Familia en el Derecho Civil Mexicano" Editorial Panorama Editorial, S. A. México, 1985.

Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. "Derecho de familia". Sección de Publicaciones de I Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, España, 1989.

Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.

Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Civil Mexicano. Tomo II. 7º Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1987.

Sánchez Cordero Dávila, Jorge. "Derecho Civil". Colección Introducción al Derecho Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1983.

Silva Ruiz, Pedro. F. "La inseminación Artificial, Reproducción Asexual, Implicaciones Jurídicas de las Nuevas Tecnologías de Reproducción Humana". Revista de Derecho Puertorriqueño. Pontifica Universidad católica de Puerto Rico. Volumen 32, No. 1-3. Puerto Rico, 1993.

Soto La Madrid, Miguel Ángel. "Biogenética, Filiación y Delito". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990.

Taboada, Leonor. "La Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial Humana a la Fertilización in Vitro". Editorial Icaria. Madrid España, 1986.

Teulon A Giraud. "Los orígenes del Matrimonio y de la Familia". Editorial Jorro Editor. Madrid, 1977.

Vidal Martínez, Jaime. "Las Nuevas Formas de Reproducción Humana". Editorial Civitas. Madrid, 1980.

Zannoni, Eduardo. "El concubinato". Editorial de Palma Bueno Aires, Argentina, 1970.

Zannoni, Eduardo. "Inseminación Artificial y Fecundación extrauterina". Editorial Astrea Tr. de Alfredo y Ricardo Depalma. Argentina, 1978.

Zannoni, Eduardo A. "Derecho de Familia". Editorial Astea. Buenos Aires, Argentina, 1978.

LEYES Y CÓDIGOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa. 16ª. Edición. México 2002.

Código Civil para el Distrito Federal. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. México 2005.

Código Civil para el Distrito Federal. Compilación Civil del DF, Practica y Jurisprudencia. Editorial Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V. México 2008.

Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista. México 2004.

Ley de Sociedad y Convivencia para el Distrito Federal. COMPILA XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2007.

Ley General de salud. COMPILA XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2007.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Diccionario de Derecho. Rafael de Pina y Rafael de Pina vara. Editorial Porrúa, S.A. 12ª Edición. México, 1984.

Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico. Joan Corominas. Editorial Gredos. Madrid, España, 1989. p.

Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia. Francisco Guiza Alday. Editorial Ángel Editor. México, 1999.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 3ª Ed. Editorial Porrúa, S. A. México, 1989.

Diccionario Terminológico de Ciencias Medicas". Editorial Salvat. 12º edición. México, 1980. p.

PAGINAS WEB Y DISCOS ÓPTICOS

http://www.uaq.mx/voces/n07/celibato_clerical.html.

PAOLINI, PIERINA. . WWW.INMATER.COM.

IUS 2008. Jurisprudencias y Tesis Aisladas. Junio 1917-junio 2008. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2008.

COMPILA XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2007.