

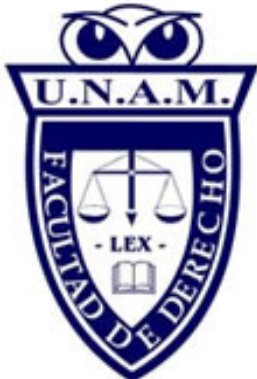


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“INCONSISTENCIA DEL PARENTESCO DE
AFINIDAD EN CUANTO A SUS EFECTOS”**

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ALFONSO LÓPEZ GONZÁLEZ



ASESOR:
LIC. BERNABÉ MORALES HENESTROSA

CIUDAD UNIVERSITARIA

JUNIO 2010



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.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por permitirme gozar de esta vida, poder respirar, sentir, palpar lo bello que es este mundo.

Primeramente por ser hijo de Don FORTINO (qepd.) Y Doña LUZ mi mejor ejemplo y por pertenecer a su núcleo familiar en la generación de MARCIAL, BRUNO, INOCENCIO, OCTAVIO, JUAN, DANIEL (qepd.) y MARGARITA con sus respectivas parejas.

A mi esposa MARTHA PATRICIA; LUÍS ENRIQUE, BRANDON YAIR Y BRENDA ITZEL mis hijos, el mejor regalo de esta vida.

A MAYRA, CESAR, SANTIAGO, MARCIAL, BERENICE, TANIA, DANIEL, SONIA, PEDRO, BRUNO, OCTAVIO, ADRIÁN, LEONARDO, ALFREDO, MITZI y JOSÉ ALFREDO, mis sobrinos todos ellos mi mejor orgullo.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberme abierto las puertas al saber y ser parte de su Comunidad.

A la Facultad de Derecho, por darnos la formación profesional, por los conocimientos y principios adquiridos en sus aulas, y por el ejemplo de los catedráticos que la componen.

Al Licenciado Bernabé Morales Henestrosa I Ramírez, por compartir conmigo sus conocimientos y fomentar en mí los anhelos de superación para lograr una meta que por momentos la sentí inalcanzable.

Al Licenciado Antonio Rodríguez García, por estar justo en el momento en que más necesitaba un consejo desinteresado.

Así como a todas aquellas personas con las cuales he compartido momentos de aprendizaje, de trabajo, de compañerismo y de amistad.

INDICE

INCONSISTENCIA DEL PARENTESCO DE AFINIDAD EN CUANTO A SUS EFECTOS

	Página
Prologo	VI
Introducción	VIII

CAPITULO PRIMERO ASPECTOS GENERALES DEL PARENTESCO

I.- Definición de parentesco.	1
A). - Etimologicamente.	4
B). - Gramaticalmente.	6
C). - Jurídicamente.	10
II.- Antecedentes del parentesco.	21
A). - En Roma.	28
B). - En Francia.	37
C). - En España.	42
D). - En los Código Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 y 1884.	49
E). - En la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.	52

F).- El parentesco en otras legislaciones.	55
--	----

CAPITULO SEGUNDO
EL PARENTESCO
EN NUESTRA LEGISLACIÓN

I.- Clases de parentesco.	62
A).- El parentesco consanguíneo.	69
B).- El parentesco civil.	73
C).- El parentesco de afinidad.	78
II.- Derechos y obligaciones que nacen del parentesco.	95
A).- Consanguíneo.	102
B).- Civil.	118
C).- Afinidad.	120
III.- Cómo se extingue el parentesco.	120
A).- Por muerte.	120
B).- Por nulidad de Matrimonio.	126
C).- Por divorcio.	131
D).- Por separación de los concubinos.	148

CAPITULO TERCERO
INCONSISTENCIA DEL PARENTESCO
DE AFINIDAD EN CUANTO
A SUS EFECTOS.

I.-	Cómo nace el parentesco de afinidad.	164
II.-	Cómo se extingue el parentesco de afinidad.	170
III.-	Personas sujetas al parentesco de afinidad.	173
IV.-	Sus efectos mientras subsiste el parentesco de afinidad.	174
V.-	Sus efectos una vez que ha desaparecido el parentesco de afinidad.	178
VI.-	Alcances de la fracción IV del artículo 156 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.	179
VII.-	Por qué es inconsistente el parentesco de afinidad en cuanto a sus efectos.	182

CAPITULO CUARTO
PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN AL
CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

I.-	Justificación de las propuestas que se exponen.	184
II.-	Efectos de dichas propuestas.	186
III.-	Propuestas de modificación al Código Civil vigente para el Distrito Federal.	193
	Conclusiones.	195
	Bibliografía.	198

PROLOGO

Desde los primeros semestres parientes, amigos, y compañeros de la facultad siempre nos han preguntado que materia o que área del derecho nos atrae más, por cual sentimos mayor predilección, y si vamos a ser penalistas, civilistas, mercantilistas, etc.

En mi caso concreto, pienso que todas las ramas del derecho tienen su propio interés e importancia, sin embargo, hay una de ellas en la que entramos en pleno contacto desde el momento que el ser humano es concebido, me refiero al Derecho de Familia. Es posible que el ser humano, nunca en su vida tenga que ver con el Derecho Penal, o con el Derecho Mercantil, o con el Derecho Internacional.

En el caso del Derecho de Familia, al simplemente concebido la ley lo protege, pues así lo dispone el artículo 22 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, con lo cual quiero decir, que el Derecho de Familia, siempre estará presente en nuestras vidas, aun antes de nacer y después de fallecer (Derecho Sucesorio).

Ese es, pues, el motivo principal, por el cual me incline a estudiar, con vistas a mi trabajo recepcional el Derecho de Familia.

Buscando en el Código Civil para el Distrito Federal, encontré una inconsistencia en relación al parentesco de afinidad, ya que en principio nuestra ley dispone cómo nace, pero no cómo se extingue, y por otra parte es confusa en cuanto al impedimento que señala la fracción IV del artículo 156 del propio Código Civil, es por ello que decidí, trabajar sobre el tema, pretendiendo aclarar esta inconsistencia y por supuesto proponer las modificaciones necesarias, y de esa manera dejar claro, lo que a mi parecer no lo es.

Así tenemos que en el primer capítulo, abordaremos los aspectos generales del parentesco empezando por la definición del mismo, en su forma etimológica, gramatical y jurídica.

En ese mismo capítulo, veremos el aspecto histórico y evolutivo del parentesco, empezando por Roma, Francia, España, por ser estas las legislaciones que de una u otra manera han influido en nuestro Derecho Positivo Mexicano, por ser estas legislaciones, antecedentes de la nuestra.

Continuamos con los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 y 1884, para finalizar con la Ley Sobre Relaciones Familiares.

En el segundo capítulo analizaremos el parentesco en nuestra legislación actual. Las clases de parentesco y los derechos y obligaciones que emanan del mismo, para finalmente determinar como se extingue.

El tercer capítulo tratamos la inconsistencia del parentesco de afinidad en cuanto sus efectos.

Y finalmente en el cuarto y ultimo capítulo, proponemos las modificaciones que consideramos pertinentes debe sufrir el Código Civil, para el Distrito Federal, ordenamiento al que nos referiremos en el desarrollo de este trabajo.

INTRODUCCIÓN

El artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que el parentesco por afinidad se adquiere por el matrimonio o por el concubinato.

No existe disposición expresa que indique cuándo se extingue dicho parentesco, sin embargo si se adquiere en virtud del matrimonio o del concubinato, la lógica-jurídica nos lleva a la conclusión que este parentesco se extingue, por muerte, nulidad o divorcio del cónyuge o del concubino.

Ahora bien, el artículo 156 fracción IV del ordenamiento en cita, señala expresamente que es impedimento para contraer matrimonio el parentesco por afinidad.

Pero no hay que perder de vista que si existe un parentesco por afinidad, ello quiere decir que aun subsiste el matrimonio, y en tales circunstancias ninguno de los cónyuges puede contraer matrimonio con persona distinta, si aun subsiste el matrimonio (fracción XI); y en todo caso esta fracción sale sobrando, pues no tiene razón de ser.

En este orden de ideas nos preguntamos por qué el legislador dispuso que el parentesco por afinidad es un impedimento para contraer matrimonio.

La respuesta es la siguiente, aunque el legislador no lo explica en ningún precepto lo que se busca es evitar una confusión de parentescos, para el caso de que uno de los ex cónyuges contrajera matrimonio, por ejemplo suegro con nuera, y que esta tuviera hijos de su primer matrimonio y posteriormente tuviera hijos con su suegro.

De tal suerte que tales hijos, serian medios hermanos entre sí, pero además unos serian tíos del otro, y el primer marido seria medio hermano de los hijos habidos en el segundo matrimonio, etc.

Visto lo anterior este trabajo de tesis pretende explicar tal situación en el entendido de que debe seguir vigente tal impedimento, aclarando que no se trata de parientes por afinidad, sino de ex-parientes por afinidad.

De ese modo entendiendo al legislador, permitir el matrimonio entre ex-parientes por afinidad, siempre y cuándo no exista prole de su primer matrimonio.

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DEL PARENTESCO

I.- Definición de parentesco.

Por efecto de paralogización¹, es común confundir el parentesco con la consanguinidad y esto es así toda vez que hay consanguíneos que no son parientes en sentir de alguna doctrina, por ejemplo, los hijos ilegítimos, antes regulados en nuestro Código Civil; hay parientes que no son consanguíneos, como son los afines o miembros de familia por afinidad.

Por parentesco en general, se entiende: La relación que existe entre varias personas por virtud de la naturaleza, de la ley y en algunos sistemas por religión.

El parentesco natural se funda en vínculos de sangre adquiriendo carácter legal en cuanto es recibido por las leyes civiles. Podemos definir la consanguinidad como la unión de personas que proceden de un mismo tronco por vínculos de generación. Su privilegio distintivo consiste en servir de modelo a los demás sistemas de parentesco.

En todos los tiempos se ha considerado la consanguinidad como fundamento del parentesco, aunque en algunos pueblos como el ario ofrece una época en que la alimentación de los niños por personas extrañas, les ligaba a ellas por vínculo de parentesco natural. En el Código de los celtas irlandeses —el senchus-Mor— aparece este parentesco, así como entre los eslavos meridionales y osetas del Cáucaso, no ha desaparecido totalmente.

¹ Paralogizar. V. T. Intentar persuadir con razonamientos falsos o paralogismos. Pequeño Larousse Ilustrado. Editorial Larousse. 44ª Ed. México 2006. p 767.

Podemos definir al parentesco como aquel vínculo jurídico social que emana de la familia y que a su vez, de ella nacen otros tipos de parentesco, así tenemos que el vínculo de sangre da origen al parentesco por consanguinidad, el matrimonio (de conformidad con el artículo 294 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, también nace del concubinato), al parentesco de afinidad y la adopción al parentesco civil.

Desde esta óptica podemos afirmar que todo parentesco tiene su origen en la familia.

El parentesco siempre ha existido, algunas veces reconocido y otras no, depende de la cultura de que se trate y del tiempo en el que se ubique a la familia, sin embargo, no hay duda que se trata de una institución del derecho civil antiguo, que ha evolucionado a través de los tiempos hasta llegar a convertirse en la institución de orden público e interés social, como actualmente lo contempla nuestro derecho positivo mexicano, por ser esta la célula primaria de la familia y que a su vez da origen a la sociedad, y que por lo mismo sin sociedad no hay Estado, y sin el Estado, no hay nada que hacer.

Aclaremos que las personas morales, por ser una ficción jurídica, creadas a conveniencia y voluntad del hombre, carece de nexos parentales.

El parentesco produce diversos efectos, siendo muchos de ellos de gran importancia. El parentesco produce desde luego derechos y obligaciones que pueden o no ser valorados en dinero, así como incapacidades.

La definición que nos da, el Diccionario Jurídico Espasa,² es la siguiente:

“Relación entre personas adscritas o pertenecientes a un mismo grupo y con ascendencia común.

² Diccionario Jurídico Espasa. Ed. Espasa Calpe S.A. Madrid 1999. p. 719.

Por extensión, se alude al parentesco con referencia a relaciones entre personas unidas por nexos de diversa índole. Se distingue así, entre el parentesco natural o biológico, un parentesco civil y un parentesco espiritual. Aquel primero se funda en vínculos de sangre; no obstante, la unión de hombre y mujer, al fundar una relación con los hijos comunes, genera el parentesco entre parientes de un cónyuge y el otro (afinidad). El civil se origina por la adopción. El espiritual, también denominado religioso o social (padrinazgo, compadrazgo), deriva de la particular valoración que se hace de ciertas relaciones surgidas entre individuos, bien por comunidad de ideas, bien por una especial participación en la vida íntima del grupo de que se trate.

Interesa el parentesco en derecho al ser determinante de la adscripción de ciertos derechos y concretas cargas u obligaciones (sucesión legítima, alimentos, etc.), cuya intensidad e integridad se fija en función de la proximidad, que reclama el adecuado cómputo.

La computación del parentesco se realiza por líneas y grados. Línea es la serie de personas que proceden de un mismo tronco. Grado es la distancia que media entre dos parientes. La línea es directa, si refiere personas que proceden unas de otras por vínculo inmediato de generación; y colateral cuándo las personas, sin relación directa entre sí, proceden de un tronco común. La línea directa puede ser ascendente o descendente, según que, a partir de la persona de que se trate, se suba hasta el tronco común o se baje hasta el último descendiente. La colateral puede ser igual o desigual, según que los parientes comprendidos en ella disten o no los mismos grados del tronco común”.

Refiere el maestro Jorge Mario Magallon Ibarra:³

³ Magallon Ibarra, Jorge Mario. “Instituciones de Derecho Civil”. Tomo III, Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A. México 1988. p. 53.

“En el lenguaje común se dice que son parientes aquellas personas que forman parte de un núcleo familiar. Se reconoce frecuentemente que unas personas entre si tienen parentesco cercano o lejano, según la medida de la relación entre ellos, así como –en caso- de la claridad con la que pueden llegar a definir o precisar esa conexión y proximidad familiar. Así cuándo se habla de todo un grupo, se dice de él “la parentela”, en el que se incluye a un conjunto de todo genero de parientes. Esta idea, es el vértice central del concepto que en el mundo del Derecho tiene el parentesco, así como las relaciones que de el se derivan, - llamadas “parentelas”- que establecen los lazos propios de la familia.

Los estudiosos de la materia están de acuerdo en definir al parentesco como una relación que existe entre dos personas, de las cuales una desciende de otra o ambas de un autor, tronco o progenitor común. Marcel Planiol confirma esta proposición con algunas palabras más que tienden a precisar la identidad o posición de los parientes, al decir: “El parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, los primos”.

De lo anteriormente transcrito podemos decir que el parentesco es un lazo que existe entre las personas, unidas por la sangre, por un acto jurídico (la adopción), o bien como consecuencia del matrimonio.

A).- Etimológicamente.

El Diccionario Enciclopédico Abreviado, Espasa-Calpe⁴ en relación a su etimología expresa:

⁴ Diccionario Enciclopédico Abreviado Espasa-Calpe. Tomo VI. 7ª Ed. Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid 1957. p. 310.

“Parentesco. (De pariente) m. Vínculo, conexión, enlace por consanguinidad o afinidad”.

Sin embargo no proporciona la etimología buscada, en consecuencia nos remitimos al término de “pariente” de este propio diccionario y encontramos que:

“Pariente, Ta. (Del lat. Parens,-entis.) adj. Respecto a una persona, dicese de cada uno de los ascendientes, descendientes y colaterales de su misma familia, por consanguinidad o afinidad”⁵

Por su parte el Diccionario Jurídico Mexicano⁶ confirma lo anterior:

“PARENTESCO. I. (De pariente, y este, a su vez del latín parens-entis.) Es el vínculo existente entre las personas que descienden unas de otras o de un progenitor común. El anterior concepto corresponde a la realidad biológica. El hecho de la procreación es el origen de este concepto de parentesco, llamado también consanguíneo. El derecho toma en cuenta estas fuentes primarias de la relación humana y crea otras más, independientemente de los datos biológicos, para configurar su propio concepto de parentesco. ”

Una definición más, la encontramos en la Enciclopedia Jurídica Omeba:⁷

“De affinitas, vocablo latino que denota la idea de vecindad, proximidad”.

Finalmente el maestro Agustín Bravo González, en su libro de Derecho Romano, nos da la siguiente explicación:⁸

⁵ Ibídem p. 311.

⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Tomo P-Z. 2ª Ed. revisada y aumentada. Editorial Porrúa, S.A. México 1988. p. 2323.

⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I A. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. p. 555.

⁸ Bravo González, Agustín y Bravo Valdez, Beatriz. “Primer Curso de Derecho Romano”. Editorial Pax-México, Librería Carlos Cesarman, S.A. México 1976. p. 120.

“Parentesco viene de parens, parentis, el padre o la madre, el abuelo u otro ascendiente de quien se desciende. Los romanos distinguieron entre el parentesco civil o agnatío y el parentesco natural o cognatío”.

Luego entonces, el parentesco en su definición etimológica nos conduce a una relación existente entre un grupo de personas unidas entre si por diversos factores, principalmente que poseen la misma sangre, ya sea porque desciendan unos de otros, (padres e hijos) o bien desciendan de un antecesor común (hermanos, primos, tíos).

Por su parte Ricardo Sánchez Márquez, sobre el parentesco expresa:⁹

“Etimológicamente viene del latín parere, que significa engendrar, lo que indica que el parentesco sólo debería existir entre las personas unidas por vínculo de sangre”

Sólo resta agregar, que actualmente el parentesco no se limita a las personas unidas por la sangre, pues tenemos el parentesco civil y el parentesco de afinidad como se vera más adelante.

B).- Gramaticalmente.

Ahora bien, gramaticalmente y fuera de su acepción etimológica, el parentesco tiene otra connotación, más amplia, más explicita, así por ejemplo el maestro don Antonio de Ibarrola nos dice:¹⁰

“Se llama parentesco al lazo existente entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la ley civil o canónica por

⁹ Sánchez Márquez, Ricardo. “Derecho Civil”, Parte General, Personas y Familia. 1ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México 1998. p. 264.

¹⁰ De Ibarrola, Antonio. “Derecho de Familia”. 4ª Ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1993. p. 119.

analogía con los anteriores; o dicho de otro modo, lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con este se halla reconocida por la ley”.

De conformidad con lo anteriormente escrito, el parentesco es un lazo, una unión entre dos o más personas unidas por un lazo permanente, ya sea de sangre o por disposición de la ley

Es importante resaltar que el mencionado autor, además de los parentescos descritos, se queja de que nuestro Derecho Positivo Mexicano no reconozca el “parentesco canónico”, al respecto escribe:¹¹

“Naturalmente, nuestra ley civil, en tantas ocasiones grotesca e intransigente, ignora el parentesco canónico”.

Este parentesco a que se refiere el Maestro De Ibarrola es el que nace de los sacramentos eclesiásticos de la Iglesia católica, tales como el matrimonio, el bautismo y la confirmación, y como dice el maestro, dicho de otro modo, sería el parentesco entre padrinos y ahijados, derivándose en el compadrazgo.

Sin embargo, no es del todo acertada la postura del maestro en este sentido pues y sólo a guisa de ejemplo podemos señalar que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, si reconoce de alguna manera el “parentesco canónico”, ya que así lo establece el artículo 170 del ordenamiento en cita, a saber:

Artículo 170. Todo magistrado, juez o secretario, se tendrá por forzosamente impedido para conocer en los casos siguientes:

¹¹. Ibídem. 119.

III. siempre que entre el funcionario de que se trate, su cónyuge o sus hijos y algunos de los interesados, haya relación de intimidad nacida de algún acto civil o religioso sancionado y respetado por la costumbre”

Existen otras disposiciones, donde igualmente hacen alusión al parentesco canónico, aunque hay que aclarar que la ley de la materia o sea nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal, sólo reconoce el parentesco consanguíneo, el civil y el de afinidad.

Por su parte el profesor Ricardo Sánchez Márquez, sobre el parentesco dice que es:¹²

“La relación jurídica que se da entre ascendientes o progenitores, y sus descendientes, entre cónyuges y los parientes consanguíneos del otro cónyuge, o entre los adoptantes y el adoptado, es lo que se denomina parentesco. Las personas físicas que se encuentran vinculadas con esa relación son entre si, parientes.”

Y sigue diciendo:

“El parentesco, genera derechos o facultades por una parte y deberes u obligaciones por la otra, vincula a los miembros de la familia y limita el círculo familiar”.¹³

Como puede apreciarse, el autor de referencia manifiesta la existencia de una relación jurídica que nace dentro de un círculo de personas que tienen algo en común, como puede ser el de descender unas de otras o bien la relación entre adoptante y adoptado y aun más la relación de un cónyuge con los consanguíneos

¹² Sánchez Márquez, Ricardo. Op. Cit. p. 247.

¹³ Sánchez Márquez, Ricardo Ídem. p. 347.

del otro, y a estas personas con tales características se les denomina parientes y más aún entre ellos y recíprocamente se generan derechos y obligaciones, de ahí que al parentesco lo conciba como una relación jurídica.

Por su parte el autor Español Manuel Peña Bernaldo de Quiros de la Universidad de Madrid, sobre el parentesco expone:¹⁴

“Es el vínculo jurídico que une a una persona con otra por una de estas razones: 1.^a Ser consanguíneas. 2.^a Tener por razón de una adopción igual consideración legal que las consanguíneas. 3.^a ser una de ellas consanguínea (o asimilada a consanguínea por razón de adopción) del cónyuge de la otra.

El criterio básico es la consanguinidad. Las otras dos formas de parentesco surgen o a su ejemplo, o como una consecuencia más de la consanguinidad”

El autor en cita, basa el parentesco en la relación sanguínea, y asegura que el parentesco de adopción y el de afinidad tienen como base precisamente la consanguinidad, ya sea por imitación, en el caso de la adopción, ya sea como consecuencia del matrimonio, en este caso entendemos que se refiere al parentesco de afinidad, que es la relación que surge entre los parientes consanguíneos de un cónyuge con el otro cónyuge.

Así mismo el autor refiere que existe un cuarto tipo de parentesco:

“Hay una cuarta razón de parentesco: la filiación puramente legal establecida conforme a la ley sobre técnicas de reproducción asistida en los supuestos conforme a la Ley sobre técnicas de reproducción asistida en los

¹⁴ Peña Bernaldo de Quiros, Manuel. “Derecho de Familia”. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones. Madrid 1989. p. 621.

supuestos de inseminación heteróloga, en cuanto esta filiación produce, en principio, los mismos efectos que la filiación por naturaleza”.

Entendemos que la inseminación homóloga, es aquella que se realiza con espermatozoides del esposo, en consecuencia la inseminación heteróloga es aquella que se realiza con el espermatozoides de un tercero, de tal suerte que si la inseminación es homóloga, creemos no existe mayor problema, pues el padre será el marido de la mujer, queremos pensar que la ley española a la que se refiere el autor, y a fin de evitar problemas futuros de filiación ha decidido que igualmente a la inseminación heteróloga, produzca los mismos efectos que el parentesco consanguíneo.

Para los autores Efraín Moto Salazar y José Miguel Moto, el parentesco es:¹⁵

“El parentesco es el conjunto de vínculos que se establecen entre personas que descienden unas de otras, como los hijos del padre, los nietos del abuelo; o bien, de un progenitor común, como los hermanos, los tíos y sobrinos, etc. Esto nos lleva a definir el parentesco, diciendo que “es el conjunto de relaciones que se establecen entre personas que descienden unas de otras, o bien de un progenitor común.

El parentesco es de tres especies: por consanguinidad, por afinidad y civil”.

C).- Jurídicamente.

Que mejor definición jurídica que la que nos proporciona el Código Civil vigente para el Distrito Federal en sus artículos 292, 293, 294 y 295 y que a la letra dicen:

¹⁵ Moto Salazar, Efraín y Moto, José Miguel. “Elementos de Derecho” 47 Ed. Editorial Porrúa. México 2002. p. 162.

“Artículo 292. La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.

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

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

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

Artículo 294.- El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

Artículo 295.- El parentesco civil es el que nace de la adopción en los términos del artículo 410-D.

En relación a lo anterior refiere el maestro Antonio de Ibarrola¹⁶

El parentesco que la ley reconoce.

El capítulo primero del título sexto del libro primero de nuestro código vigente establece “la ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil” (art. 292):

a).- “El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor” (art. 293);

¹⁶ De Ibarrola, Antonio. Op. Cit. p. 120.

b).- “El parentesco de afinidad es el que se contrae con el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón” (art. 294).

Solo resta agregar que el texto actual del artículo 293, fue modificado el 25 de mayo de 2000 y el 6 de septiembre de 2004, para quedar como sigue:

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

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

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

Por otra parte el Diccionario Jurídico Mexicano¹⁷ al referirse a parentesco, nos dice:

“Es la relación jurídica que se establece entre los sujetos en razón de la consanguinidad, de la afinidad o de la adopción. Derivadas del concepto jurídico de parentesco surgen tres especies: el parentesco por consanguinidad, el parentesco por afinidad y el parentesco civil o por adopción”.

El Diccionario¹⁸ anotado en relación a los grados y líneas expresa:

¹⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. p. 2323.

¹⁸ Ibídem. p. 2324.

“Grado es la generación que separa a un pariente de otro. Línea es la serie de grados. Estas son: recta y colateral. La recta es a su vez descendente y ascendente. La colateral puede ser igual o desigual.

Las líneas, tanto la recta como la colateral, pueden ser materna o paterna, en razón de que el ascendiente sea la madre o el padre. Los grados en la línea recta se cuentan por el número de generaciones que separan a un pariente de otro (primer grado en padre e hijo, pues los separa una sola generación), o por el número de personas, excluyendo al progenitor (p.e., padre e hijo, dos personas se excluyen el padre o el progenitor, queda una persona: un grado). El parentesco en la línea recta no tiene limitación de grados. Existirá parentesco entre el ascendiente y el descendiente más lejano que pueda darse.

La línea colateral o transversal se establece entre personas que descienden de un progenitor común: hermanos, sobrinos, primos, tíos. En la línea colateral los grados se cuentan por el número de generaciones que separan a ambos parientes con respecto al tronco común, ascendiendo por un lado y descendiendo por el otro (p.e., los hermanos son parientes en segundo grado pues se cuenta un escalón subiendo de un hijo al padre y otro descendiendo del padre al otro hijo), o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común (i.e., dos hijos de un padre son hermanos entre sí, parientes en segundo grado, pues se cuentan las tres personas y se excluye al progenitor, tres menos una, son dos, segundo grado)

La línea colateral es a su vez, igual o desigual si los parientes tienen con respecto al tronco común o el mismo o diferente número de grados, hay que subir y bajar el mismo número de escalones si la línea es igual, o subir una escalera de más escalones y bajar por una de menor número en la línea desigual. Así los hermanos y los primos son parientes en línea colateral igual, segundo y cuarto grado respectivamente, y los tíos y sobrinos son colaterales en línea desigual

porque el tío sube un sólo grado hasta el tronco común (su padre) que es el abuelo de su sobrino, dos grados entre abuelo y nieto: un grado por parte del tío y dos grados por parte del sobrino, parientes en tercer grado. En el parentesco colateral el derecho reconoce únicamente hasta el cuarto grado: primos en línea igual y tíos abuelos-sobrinos nietos en línea desigual. Cuando la línea es desigual se toma en cuenta la línea más larga: sobrinos y tíos son parientes en segundo grado.

La línea será materna o paterna en razón de que sea la madre o el padre el progenitor común. Se llama comúnmente parientes por parte de padre o por parte de madre. Todo individuo tiene forzosamente en forma natural dos líneas de parentesco, derivadas de sus dos progenitores. Excepcionalmente puede darse el caso de personas que no tengan o más bien desconozcan, sus lazos de parentesco en razón de haber sido hijos expósitos de padre y madre desconocidos. Cuando los sujetos nacen de personas unidas en matrimonio, sus líneas de parentesco jurídico serán de dos clases: paterna y materna. Los hijos habidos fuera de matrimonio y cuya paternidad no haya sido establecida conforme a derecho, tendrán únicamente parientes legales en línea materna.

Los hermanos pueden ser por una o dos líneas, en el primer caso serán hermanos de madre o de padre solamente, son los llamados comúnmente medios hermanos. A los hermanos por ambas líneas se les llama en el derecho romano hermanos germanos. La legislación Argentina llama a estos últimos bilaterales, y unilaterales a los medios hermanos. Nuestro derecho los llama a los de ambas líneas hermanos y medios hermanos a los de una sola línea. A los medios hermanos de línea paterna se les llama también hermanos consanguíneos y uterinos a los de línea materna. Las consecuencias jurídicas son diferentes con respecto a los hermanos y medios hermanos tanto en el derecho sucesorio (aa. 1630 y 1631 CC), como en la obligación alimentaria (a. 305 CC) y en la tutela (a. 483 fr. I CC)".

Para el maestro Ignacio Galindo Garfias, el parentesco es:¹⁹

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

El autor en cita, refiere tres clases de parentesco, a saber:²⁰

“Especies de parentesco.- En nuestro derecho el concepto jurídico de parentesco comprende (artículo 292 del Código Civil):

A).- A las personas unidas entre sí, por lazos de sangre (parentesco consanguíneo).

B).- A los sujetos que por ser parientes de uno de los cónyuges, son también parientes en el mismo grado, del otro cónyuge (parentesco por afinidad), y

C).- A quienes une el acto de declaración de voluntad denominado adopción (parentesco Civil”.

Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, exponen:²¹

“PARENTESCO. Vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo progenitor (parentesco de consanguinidad); entre el marido y los parientes de la mujer y entre la mujer y los del marido (parentesco de

¹⁹ Garfias Galindo, Ignacio. “Derecho Civil” Primer curso. Parte general. Personas. Familia. 14 Ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1995. p. 465.

²⁰ Ibídem p. 466.

²¹ Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de. “Diccionario de Derecho”. 12 Ed. Editorial Porrúa . México 1984. p. 376.

afinidad) y entre el adoptante y el adoptado (parentesco civil) (arts. 292 a 295 del Código Civil para el Distrito Federal)".

Efraín Moto Salazar y José Miguel Moto²², con el tema en cuestión expresan:

"Los grados en el parentesco están formados por las diversas generaciones. Cada generación forma un grado y estos pueden ser próximos o lejanos entre si (art. 296 del C. Civil). Se dice, por ejemplo, que el padre y sus hijos son parientes en primer grado; los nietos y el abuelo, en segundo grado y así sucesivamente.

En consecuencia, la serie de grados forma la línea del parentesco, esta es de dos especies: recta y transversal o colateral (art. 297 del C. Civil).

La serie de parientes que descienden unos de otros forman la línea recta. El parentesco en línea recta se llama directo.

Ejemplo de parentesco en línea recta:

A

B

C

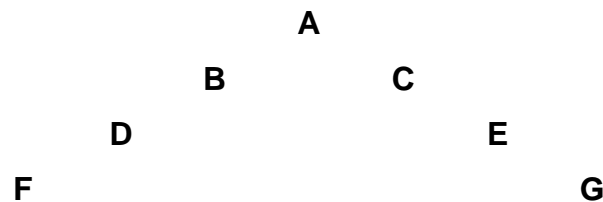
A es el padre de **B** y abuelo de **C**. la línea recta es ascendente o descendente, según que la serie de generaciones se cuente remontándose hacia el progenitor o descendiente de el (arts. 297 y 298 del C. Civil).

La línea recta es, asimismo, paterna o materna.

²² Moto Salazar, Efraín. Op. Cit. p. 163.

La línea transversal o colateral se compone de personas o generaciones que no descienden unas de otras, sino de un tronco o progenitor común. Por ejemplo: hermanos entre si, primos entre si, tíos y sobrinos, etc., son parientes en línea transversal o colateral (art. 297 del C. Civil). Este parentesco representa por dos líneas que convergen en la parte superior, formando un ángulo cuyo vértice lo ocupa el progenitor común.

En el siguiente diagrama, los lados del ángulo corresponden a las diversas generaciones y el vértice al progenitor:



Según la figura anterior, **A** está ligado con **B** por parentesco en línea recta, **B** es hijo de **A**. Descendiendo por la misma línea, **D** está ligado con **A** en segundo grado, es su nieto (parentesco en línea recta). Por la otra línea ocurre lo mismo; **C** es hijo de **A**; **E**, su nieto, etc.

B y **C** son hermanos; **D** y **E**, hijos respectivamente de **B** y **C**, y son primos entres si, etc.

C y **D** son tío y sobrino; **C** y **F**, tío abuelo y sobrino nieto, etc.

La línea transversal es igual o desigual. La primera es aquella en que los parientes están colocados en la misma distancia del tronco. Ejemplo **B** y **C**. la segunda es aquella en que los parientes no equidistan del tronco común: **B** y **E**.

Para contar los grados del parentesco en línea recta, se cuenta el número de personas o generaciones descendiendo o ascendiendo; pero excluyendo siempre al progenitor (arts. 298 y 299 del C. Civil). Por ejemplo: **C** es pariente de **A** en primer grado, es su hijo, **E** es pariente de **A** en segundo grado, es su nieto, etc.

Si se trata de parentesco en línea transversal o colateral, los grados se cuentan subiendo por una línea, excluyendo siempre al progenitor, y descendiendo por la otra línea, por ejemplo **F** es pariente de **C** en cuarto grado, son, respectivamente, sobrino nieto y tío abuelo. **B** es pariente de **C** en segundo grado, son hermanos entres sí.

Elementos de Derecho Civil Mexicano, en el libro del maestro Rafael de Pina, define al parentesco de la siguiente manera:²³

“El vínculo jurídico que liga a varias personas entre sí, bien por proceder unas de otras, bien por creación de la ley, se llama parentesco. En el primer caso, el parentesco se llama natural; en el segundo, legal. Puede ser el parentesco sencillo y doble o completo, según que los padres lo sean por una o por varios conceptos.

El Código civil reconoce tres clases de parentesco: el de consanguinidad, el de afinidad y el civil. El de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor; el de afinidad, el que se contrae por matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón, y el civil, el que nace de la adopción.

El parentesco de consanguinidad es bilateral si procede del mismo padre y de la misma madre; es unilateral si sólo es común el padre o la madre.

²³ Pina, Rafael de. “Elementos de Derecho Civil Mexicano” Introducción – Personas – Familia. Volumen I. 17 Ed. Editorial Porrúa. México 1992. p. 304.

Por el origen, el parentesco puede ser cognación o por agnación.

La cognación o parentesco por ambas líneas, es decir, por la materna y por la paterna, es el que existe entre las personas unidas entre si por el nacimiento y la procreación. El parentesco cognitivo esta basado en la comunidad de sangre, siendo su origen natural, no jurídico, no pudiendo crearse, por lo tanto, artificialmente.

Parentesco agnaticio era en Roma el de aquellas personas que estaban sometidas a una misma patria potestad, o que estarían si viviese el común pater familia. La agnación no supone, en todo caso, la existencia del vínculo de la sangre entre los parientes de esta clase.

En relación con el parentesco hay que considerar el grado y la línea. Cada generación forma un grado y la serie de grados constituye lo que se llama la línea de parentesco.

La línea de parentesco es recta o transversal; la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal, de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.

La línea recta es ascendente o descendente: ascendente, la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; la descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.

En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones o por el de las personas, excluyendo al progenitor. En la transversal se cuentan por el numero de generaciones subiendo por una de las líneas y descendiendo por la

otra; o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.

Stolfi aclara que la parentela y la familia, aunque algunas veces se toman como términos equivalentes, no lo son, en realidad, porque la familia es un ligamen o vínculo natural y la parentela es un ligamen o vínculo social, establecido por la ley”.

Finalmente nos referiremos a los efectos jurídicos del parentesco.

La importancia del parentesco se advierte claramente en lo relativo al matrimonio, alimentos, excusas, impuncias y recusaciones de funcionarios judiciales, impedimentos notariales.

Los efectos jurídicos que se pueden derivar son tres:

- A).- Derechos;
- B).- Obligaciones;
- C).- Incapacidades o impedimentos.

Los derechos los podemos apreciar en las sucesiones o herencia.

También los advertimos en la patria potestad y los alimentos; empero, en estos casos, tales derechos tienen valor correlativo, es decir, para unos son efectivamente tales, para otros son obligaciones

En efecto, por el parentesco por afinidad los descendientes del tronco común no solamente agregan al núcleo familiar a los cónyuges, sino que en la línea colateral y a través de los hermanos ingresa a la familia el cónyuge de éstos

y, a su vez, los hijos de sus hermanos -sobrinos consanguíneos- agregan por afinidad y en virtud del matrimonio a sus respectivos cónyuges.

En general, el término parentesco hace alusión a relación o conexión. Es la relación recíproca entre las personas por consanguinidad, afinidad o adopción. Vínculo entre personas por consanguinidad, afinidad o relación civil. Vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo progenitor (parentesco de consanguinidad); entre el marido y los parientes de la mujer y entre la mujer y los del marido (parentesco de afinidad) y entre el adoptante y el adoptado (parentesco civil).

II.- Antecedentes del parentesco.

Las relaciones entre parientes, han existido casi siempre, cambian de acuerdo al tiempo y lugar, pero es un hecho que estas relaciones están íntimamente ligadas con la familia, sobre estas relaciones de parentesco en la antigüedad tenemos esta reseña, referida por el maestro Ricardo Sánchez Márquez.²⁴

“Como ya lo hemos mencionado, el parentesco tiene su fundamento en la familia y esta no siempre se ha sustentado en la filiación, esto es en los lazos de sangre.

Religión.- Platón dice que el parentesco es la comunidad de los mismos dioses domésticos. Plutarco agrega, dos hermanos son dos hombres que tienen el deber de hacer los mismos sacrificios y de reconocer los mismos dioses paternos y de compartir la misma tumba.

²⁴ Sánchez Márquez, Ricardo. Op. Cit. p. 248-252.

La religión domestica, era lo que constituía el parentesco. Cuando Demóstenes quiere probar que dos hombres son parientes, muestran que practican el mismo culto y ofrecen la comida fúnebre en la misma tumba.

El principio del parentesco no radicaba en el acto material del nacimiento, sino en el culto. Esto se ve claramente en la india. El jefe de familia ofrece allí, dos veces por mes, la comida fúnebre; presenta una torta a los manes de su padre, otra a su abuelo paterno, una tercera a su bisabuelo paterno, pero jamás a sus ascendientes por línea femenina.

Cuando dos hombres –dice Fustel- ofrecen separadamente la cose encuentran a uno que les es común a los dos, estos dos hombres son parientes. Se llaman “samanodacas” si el antepasado común es de aquellos a quienes sólo se tributa la libración del agua; “sapindas”, si es de aquellos a quienes se ofrece la torta. Se ve que en este sistema no puede admitirse el parentesco por la línea femenina.

En Occidente también se conecta la agnación con la religión domestica. La regla para la agnación era la misma que para el culto. Entre ambas cosas existía manifiesta relación. La agnación no se diferenciaba del parentesco tal como la religión lo había establecido al principio.

En sus orígenes la religión determinaba el parentesco, pero llegó un tiempo, en que el parentesco por el culto ya no fue el único admitido. A medida que esta antigua religión se debilitaba, la voz de la sangre comenzó a hablar más alto y el parentesco por el nacimiento fue reconocido por el derecho.

Consanguinidad.- Por ignorar el proceso de la gestación o por desconocer casi siempre al progenitor. Dada la promiscuidad primitiva, los primeros pueblos de la humanidad se fundaron en el parentesco uterino o materno, por la evidencia

del nacimiento. No se establecía diferencia sensible entre hijo y sobrino si las madres eran hermanas, ni entre el padre y el tío o hermano y primo. El sociólogo Lubbock concluye acerca de la evolución del parentesco, que “En los primeros tiempos no se consideraba a los hijos en igual relación con sus dos padres, sino que la marcha natural de las ideas ha sido: primero, que el hijo se hallaba unido por lazos naturales a la tribu en general; segundo a su madre y no a su padre; tercero, a su padre y no a su madre; últimamente a los dos”

L. Morgan encontró entre los iroqueses establecidos en el actual Estado de Nueva York, un sistema de parentesco que se contraponía con sus verdaderos vínculos de familia. Imperaba en esa tribu una especie de matrimonio, fácilmente disoluble por ambas partes, al que Morgan llamo “familia Sindiásmica”. El iroqués llama hijos e hijas a los suyos propios y a los de sus hermanos, que, a su vez, le llaman padre. Por el contrario llama sobrinos y sobrinas a los hijos de sus hermanas, los cuales le llaman tío. Inversamente la iroquesa, a la vez que a los propios, llama hijos e hijas a los de sus hermanas, quienes le dan el nombre de madre, pero llama sobrinos y sobrinas a los hijos de sus hermanos, que la llaman tía. Del mismo modo, los hijos de hermanos se llaman entre si hermanos y hermanas y lo mismo hacen los hijos de hermanas. Los hijos de una mujer y los del hermano de esta se llaman mutuamente primos y primas. Esto es expresión de las ideas que se tienen de lo próximo o lo lejano, de lo igual y lo desigual en el parentesco consanguíneo.

Este sistema no solamente se encuentra en América, existe también, casi sin cambio alguno, entre los aborígenes de Asia y en forma más o menos modificada suele encontrarse en todas partes de África y en Australia. Este tipo de parentesco trae consigo serios deberes recíprocos perfectamente definidos y cuyo conjunto forma parte esencial del régimen social de esos pueblos.

Morgan anota que en las Islas Sándwich (Hawái), en la primera mitad del siglo XVIII, se dio una forma de familia en la que existían los mismos padres y madres, hermanos y hermanas, hijos e hijas, tíos y tías sobrinos y sobrinas que requiere el sistema de parentesco de los indios americanos y de los aborígenes de la India. Pero el sistema de parentesco vigente en Hawái tampoco respondía a la forma de familia allí existente. Todos los hijos de hermanos y hermanas, sin excepción, son hermanos y hermanas entre si y se reputan como hijos comunes, no sólo de su madre y de sus hermanos o de su padre y de los hermanos de este, sino que también de todos los hermanos y hermanas de sus padres y madres sin distinción. Este sistema hawaiano, nos apunta más rudimentaria a la familia.

Morgan llega a la conclusión de que existió un estadio primitivo en el cual imperaba en el seno de la tribu el comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres.

Hay que anotar que Bachofen estudio las tradiciones históricas y religiosas y no encontró promiscuidad de los sexos, sino una forma muy posterior: el matrimonio por grupos.

Morgan insiste que no sólo en la época primitiva eran marido y mujer el hermano y la hermana, sino que era lícito a fines del siglo XIX -1885- en muchos pueblos el comercio sexual entre padres e hijos. Bancroft atestigua la existencia de tales relaciones entre los Kaviatos del estrecho de Behring, los Kadiakos de cerca de Alaska; Letournean también apoya lo anterior, encuentra hechos idénticos entre los indios Chippewas, los Cucús de Chile, los Caribes, los Koreus de la Indochina.

Para Morgan la familia consanguínea, fue la primera etapa de la familia. Todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres

entre si; lo mismo sucede con los hijos, es decir, con los padres y las madres, los hijos de estos forman, a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos, es decir, los bisnietos de los primeros, el cuarto. En esta forma de familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre si de los derechos y de los deberes del matrimonio. El vínculo de hermano y hermana presupone de por si en ese periodo el comercio sexual reciproco.

La familia punalúa.- Si el primer progreso en la organización de la familia consistió en excluir a los padres y a los hijos del comercio sexual reciproco, el segundo fue la exclusión de los hermanos. Cierta número de hermanas carnales o más lejanas (primas en primero, segundo y otros grados), eran mujeres comunes de sus maridos comunes, de los cuales quedaban excluidos, sin embargo, sus propios hermanos. Esos maridos por su parte, no se llamaban entre si hermanos, sino “punalúa”, es decir, compañero intimo.

De igual modo, una serie de hermanos uterinos o más lejanos tenia en matrimonio común cierto numero de mujeres, con exclusión de sus propias hermanas y esas mujeres se llamaban entres si “punalúa”.

Esta forma de familia precisa mejor los grados de parentesco, tal como lo expresa el sistema americano, cuándo aludimos a los iroqueses. Los hijos de las hermanas de la madre son hijos de esta también, como los hijos de los hermanos del padre, lo son también de este y todos ellos son hermanos entre si. Pero los hijos de los hermanos de la madre y las hermanas del padre, son sobrinos de estos y entre ellos son primos.

En la familia sindiásmica.- Se caracteriza este tipo de familia, porque un hombre vive con una mujer, pero la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres y a las mujeres se les exige una estricta

fidelidad mientras dure la vida en común y su adulterio se castiga cruelmente. Sin embargo el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una u otra parte y después los hijos sólo pertenecen a la madre.

En este tipo de matrimonio se sigue excluyendo a los parientes consanguíneos.

El aspecto hereditario también era diferente, los hijos no podían heredar del padre, la descendencia solamente contaba con línea materna, a la muerte de la madre los bienes pasaban a la “gens” y de hecho se entregaban a los parientes más próximos, es decir, a los consanguíneos por línea materna. Los hijos del difunto no pertenecían a su “gens”, sino a la de la madre; al principio heredaban de la madre, con los demás consanguíneos de esta; probablemente fueron sus primeros herederos, pero no podían serlo del padre, porque no pertenecían a su “gens”, en la cual debían quedar sus bienes. Así a la muerte del propietario de rebaños, estos pasaban en primer término a sus hermanos y sus hermanas y a los hijos de estos últimos o a los descendientes de los hermanos de su madre; en cuanto a sus propios hijos, se veían desheredados.

Así pues, las riquezas, a medida que iban aumentando daban, por una parte al hombre una posición más importante que a la mujer de la familia y, por otra parte, hacían que naciera en él la idea de valerse de esta ventaja para modificar en provecho de sus hijos el orden de la herencia establecido. Bastó decidir sencillamente que en lo venidero los descendientes de un miembro masculino permanecerían en la “gens”, pero los de un miembro femenino saldrían de ella, pasando a la “gens” de su padre. Así quedaron abolidos la filiación femenina y el derecho hereditario materno, sustituyéndolos la filiación masculina y el derecho hereditario paterno.

Entre los griegos la monogamia se basaba en aspectos económicos, en el triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad común primitiva, preponderancia del hombre en la familia y procreación de hijos que sólo pudieran ser de él y destinados a heredarle.

Derecho canónico.- El Código del derecho Canónico en su canon 1091 señala que en la línea recta de consanguinidad, es nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales.

En la línea colateral, es nulo hasta el cuarto grado inclusive (primos hermanos, pasando por tíos y sobrinas)

El impedimento de consanguinidad no se multiplica.

Nunca debe permitirse el matrimonio cuándo subiste alguna duda sobre si las partes son consanguíneas en algún grado de línea recta o en segundo grado de línea colateral.

Según el canon 1092 la afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado.

El impedimento de pública honestidad –canon 1093- surge del matrimonio invalido después de instaurada la vida en común, o del concubinato notorio o publico; dirime el matrimonio en primer grado en línea recta entre el varón y las consanguíneas de la mujer y viceversa.

Para el canon 1094 no pueden contraer válidamente matrimonio entre si quienes están unidos por parentesco legal provenientes de la adopción, en línea recta o en segundo grado de línea colateral.

Según lo dispuesto en el canon 1091, nunca se concede dispensa del impedimento de consanguinidad en línea recta o en segundo grado de línea colateral (entre hermanos)".

A).- En Roma.

“El parentesco de consanguinidad no se contrae por documentos, sino por el nacimiento o por la solemnidad de la adopción”²⁵.

Toca ahora ver, el parentesco en la antigua Roma, dado que esta cultura ha heredado gran parte de su cultura jurídica al continente Europeo y posteriormente a América.

Refiere el maestro Agustín Bravo González lo siguiente:²⁶

“La agnatio es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna, pues del paterfamilias dependía la composición de la familia, siendo libre de cambiarla a su arbitrio. En efecto, podía emancipar a sus hijos, darlos en adopción; además, podía hacer ingresar a extraños en su familia mediante la adrogación y la adopción. Podemos decir que toda la estructura de la familia civil romana esta organizada en beneficio del paterfamilias, sin tomar en cuenta el interés de las demás personas sujetas a su autoridad.

Resumiendo, son parientes agnados, en términos generales, los descendientes por vía de varones de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad o que lo estarían si viviera. El derecho civil concedía grandes prerrogativas a este parentesco, sobre todo en lo referente a tutela, curatela y sucesiones.

²⁵ Justiniano: Libro IV, Tít. XIX, ley 13.

²⁶ Bravo González, Agustín. Op. Cit. p. 120-121.

La cognatio es el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras en línea directa o que descienden de un autor común, sin distinción de sexo, este es el parentesco natural o de la sangre, aceptado desde Justiniano y al que el pretor principio a reconocer derechos oponiéndolo al parentesco civil.”

Otro gran tratadista del Derecho Romano, Juan Iglesias en relación a la familia nos dice:²⁷

“La familia romana, lo que los romanos llamaban “familia”, es un cuerpo social totalmente distinto de nuestra sociedad domestica, de la familia natural en sentido moderno. Lo genuino, lo característico, lo que define con propiedad a la “familia-familia proprio iure- , es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad –manus, potestas- de un jefe –paterfamilias-, señor o soberano de la familia y no “padre de familia”

Ahora bien, en relación con el parentesco expresa:²⁸

“Agnación-agnatio- es el vínculo jurídico que une a los parientes por línea masculina, es decir, a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo “paterfamilias”, o que se encontrarían, si éste no hubiese fallecido. Cognación –cognatio- es el vínculo de sangre que une a las personas descendientes de un tronco común, y tanto puede darse en la línea masculina como en la femenina. De ordinario, agnación y cognación se muestran coincidentes, y así v. gr., los hijos de un mismo “paterfamilias” son entre ellos, a la vez, “adgnati” y “cognati”. Hay casos, sin embargo, en que tal no ocurre: la mujer “in manu”, por ejemplo, es “cognata” respecto a su familia originaria, y “adgnata” en relación con la de su marido.

²⁷ Iglesias, Juan. “Derecho Romano” Instituciones de Derecho Privado. 6ª ed. revisada y aumentada. Ed. Ariel. Barcelona España 1958. p. 530.

²⁸ Iglesias, Juan. Ibídem. p. 542.

La sucesión legítima y el llamamiento a la tutela son regulados por el “ius civile” de acuerdo con la “agnatio”. La “cognatio” es tomada en cuenta por el mismo “ius civile” en materia de impedimentos matrimoniales. El Derecho honorario y la legislación imperial prestan mayor atención al parentesco de sangre, cerrándose el curso de la evolución jurídica con su exaltación definitiva.

La familia está compuesta de ascendientes y descendientes y de colaterales. Los primeros forman la línea recta, es decir la de las personas que descienden unas de otras –padres, hijos, nietos, etc. La línea colateral es la que une entre sí a los descendientes de otro pariente común- hermanos, primos, etc. En ambas líneas el grado de parentesco se determina haciendo el cómputo de las generaciones: “tot gradus quot generationes”.

Distinto del parentesco es la afinidad, o relación que media entre un cónyuge y los “cognati” del otro cónyuge”.

En relación al parentesco en Roma, el autor Ricardo Sánchez Márquez, expone:²⁹

“Los romanos distinguieron el parentesco civil, agnatio y el parentesco natural cognatio. –La agnación. –Agnatio- es el vínculo que une a los parientes por línea masculina; comprendía a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo paterfamilias, o que se encontrarían, si este no hubiese fallecido. En el Derecho Romano –nos dice Margadant- encontramos desde sus comienzos, un sistema estrictamente patriarcal; sólo el parentesco por línea paterna cuenta en el derecho.

Sohm nos dice que los agnados son todos los individuos que conviven bajo la misma patria potestad o, a lo menos, convivirían de perdurar su ascendiente

²⁹ Márquez Sánchez, Ricardo. Op. Cit. p. 252-255.

común. El parentesco de sangre no basta para que exista agnación. La madre no es pariente agnaticia de sus hijos, a título de maternidad; lo es únicamente si el matrimonio la sujeta a la “manus” –es decir, a la patria potestad de su marido-. Ya que la comunidad de poder paterno la une entonces jurídicamente, a sus propios hijos, asignándole entre ellos lugar civil de “hermana”, es “loco Filiae” según Patit. Para Kipp y Wolf la agnación no supone un parentesco carnal: el que por adopción ha entrado en la patria potestad de otro entra en el vínculo agnaticio del padre adoptante, mientras que de otro lado el hijo emancipado pierde el vínculo de agnación.

La agnación –Petit_ existe entre el padre y los hijos o hijas nacidas de su matrimonio legítimo, o introducidos en la familia por adopción. Si los hijos se casan y tienen hijos, estos hijos están agnados entre ellos y agnados de su padre y de su abuelo paterno: los hijos no son agnados de su madre, a no ser que esta sea “in manu”; de lo contrario, sólo son sus cognados, por no tener nunca sobre ella la autoridad paternal, también existe agnación entre los que hayan estado bajo la autoridad del jefe y que lo estarían si aun viviese y los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que lo hubiesen estado de haber vivido. La agnación puede desenvolverse hasta lo infinito, aunque sólo se transmite por medio de los varones. Cuándo un jefe de familia tiene un hijo y una hija, los hijos del hijo serán sus agnados y los de su hija estarán bajo la autoridad del marido, es decir en la familia de su padre y no en la de su madre, por lo que la agnación queda suspensa por vía de mujeres. El Derecho Civil concede importantes prerrogativas a los agnados que componen solos la familia, especialmente en derechos de tutela, en derechos de curatela y en derechos de sucesión. En cambio, la “capitis diminutio” hace perder la agnación con ventajas que le están unidas, mientras que no tiene influencia alguna sobre la cognación.

Se comprende, por la enumeración de los agnados, que la composición de la familia romana era arbitraria y poco conforme al derecho natural, pues si la

ligadura de la sangre existía casi siempre entre agnados, la familia civil podía comprender también personas de sangre extraña, tal como hijos adoptivos.

La madre estaba excluida, a menos que fuera “in manu”, entendiéndose esta exclusión a todos los parientes por parte de las mujeres. La reacción contra esta organización primitiva de la familia fue muy lenta.

Petit señala que fue bajo Justiniano y después de las novelas 118 y 127, cuándo desaparecieron definitivamente los privilegios de la agnación y a partir de entonces la cognación fue suficiente para conferir los derechos de familia.

“La cognación.-Cognatio” es el vínculo de sangre que une a las personas descendientes una de otras (línea recta) o que desciende de un mismo autor común (línea colateral), sin distinción de sexo.

Bonfante nos ilustra que la cognación es el vínculo familiar o de sangre en el sentido moderno, constituido por la descendencia de un jefe de familia común, varón o mujer.

La cognación representa el linaje y no la casa dice Shom. Es el parentesco en la comunidad de sangre. Representante genuino del principio cognaticio es la madre, como el padre lo es del agnaticio. En la cognación no se distingue entre el vínculo paterno y materno. Más que un concepto contrario al de agnación es, pues, un concepto general que le incluye.

En el Derecho Pretorio, empieza a destacarse la cognación; hasta imponerse y triunfar, finalmente, sobre la agnación, en la época de la legislación imperial. Es también Justiniano quien da, en este respecto, el paso decisivo, especialmente con sus novelas. A partir de esta reforma, prevalece exclusivamente la cognación, como antes había imperado la agnación.

Ya hemos dicho que en la medida en que la antigua religión se debilitaba, la voz de la sangre comenzó a hablar más alto y el parentesco por el nacimiento fue reconocido por el derecho.

Petit considera que la cognación es el parentesco que une a las personas descendiendo unas de otras (línea directa) o descendientes de un autor común (línea colateral), sin distinción de sexo. Es, por tanto, un parentesco que resulta de la misma naturaleza.

El pretor –sigue diciendo Petit- fue el primero que sintió algo favorable hacia los cognados, concediéndoles en varios casos los derechos de sucesión que el derecho civil sólo reservaba a los agnados, entrando más tarde por la misma vía los senadoconsultos y las constituciones imperiales, bajo Justiniano –como ya lo señala Sohm- en su novelas 188 y 127, se confieren los derechos de familia sobre la base de la cognación.

En materia de cognación se distinguen –Arias- para la aplicación práctica de sus consecuencias jurídicas, los conceptos de línea y grado. Aquella puede ser recta y colateral. Línea recta es la serie de individuos engendrados escalonadamente unos de otros –bisabuelos, abuelos, padres, hijos, nietos, etc.- que puede apreciarse en sentido ascendente o descendente. Línea colateral (transversa línea) es la constituida por los parientes que no descienden unos de otros, sino todos ellos de un antepasado común –hermanos, tíos, sobrinos, etcétera-“.

En relación al parentesco de afinidad el autor citado nos dice:³⁰

³⁰ Sánchez Márquez, Ricardo. Op. Cit. p. 255.

“En el matrimonio.- El parentesco consanguíneo es un impedimento relativo para contraer matrimonio. En la línea directa, o sea entre parientes que descienden unos de otros, el matrimonio esta prohibido hasta el infinito. Estas uniones han sido prohibidas en todas las legislaciones por violar la moral y el respeto debidos a los ascendientes.

Petit refiere que en la línea colateral, el matrimonio esta prohibido únicamente entre hermanos, o entre personas de las cuales alguna sea hermano o hermana de un ascendiente del otro, v. gr.: Entre tío y sobrina, tía y sobrino. Sin embargo, un senadoconsulto del año 49 d. de C., permitió que el emperador Claudio contrajera nupcias con su sobrina Agripina. Posteriormente se volvió a la prohibición apuntada. Para Iglesias las uniones entre primos fueron prohibidas en la segunda mitad del siglo IV; pero a comienzos del V fueron de nuevo permitidas.

El parentesco de afinidad es impedimento para contraer matrimonio. Entre afines, esta prohibido el matrimonio entre el padre y la viuda del hijo; entre el padrastro viudo o divorciado y la hijastra; entre el suegro y nuera y suegra y yerno.

Desde Constantino, hubo prohibición entre cuñados, manteniendo Justiniano esta disposición. Las prohibiciones entre afines no tienen interés alguno hasta después de la disolución del matrimonio que produce la afinidad.

El parentesco civil o de adopción, impide el matrimonio entre adoptante y adoptado, aun después de emancipado este. El impedimento cesa, tratándose de la línea colateral cuándo se ha disuelto por emancipación.

El parentesco espiritual también es impedimento para contraer matrimonio, en época de Justiniano, esta prohibido el matrimonio entre el padrino y el ahijado”

Sobre el parentesco en Roma, el maestro Galindo Garfias nos dice:³¹

“En el derecho romano, se distinguía el parentesco natural (cognatío) del parentesco civil (agnatío).

La cognatío resultaba entre los romanos del hecho natural de la procreación. La cognatío, por derivar sólo de un hecho natural, es decir, del nacimiento, establecía una relación de descendencia entre el padre y la madre y su hijo.

Dada la organización eminentemente patriarcal de la familia romana, aparte de la cognatío, que sólo servía para señalar el hecho biológico de la paternidad y de la maternidad, el parentesco desde el punto de vista jurídico se establecía a través de otra institución: la agnatío, que liga fuertemente a la autoridad del pater familias, centro de desarrollo de la familia romana.

En tanto que la cognatío es el vínculo que une a los ascendientes con los descendientes, a través de la agnatío se constituyó el parentesco por vía de varones únicamente. Aludía a los descendientes varones de un pater familias común, que se hallaban colocados bajo la autoridad de éste o que se encontrarían bajo esa sumisión si el jefe del grupo familiar viviera.

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

Difiere el sistema romano del actual, al establecer el parentesco y construir el grupo familiar, porque en el derecho civil moderno, el lazo de parentesco se establece bajo el régimen semejante al cognaticio romano, en el que la filiación se

³¹ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 467.

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

Este sistema va desde la estricta agnación de los primeros tiempos hasta la cognación, reconocida por Justiniano en el derecho romano del Bajo Imperio.

A).- Parentesco en línea recta ascendente (parientes) o descendente (liberi).

B).- Parentesco en línea colateral (a través de hermanos propios o hermanos de ascendientes o descendientes).

C).- Parentesco afines, es decir entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro. Si este ultimo parentesco se extinguía al disolverse el matrimonio que se fundaba, esta es la cuestión que se presta a la controversia”,

Como podemos, observar, los diversos autores comentados, coinciden en que existían en Roma dos clases de parentesco, el civil (agnatío) y el natural (cognatío), siendo el primero una relación jurídica, que descansaba sobre la figura del paterfamilias, es decir sobre su autoridad, en cambio la cognatío), propiamente son los lazos de sangre.

Así tenemos, que dentro de la agnatío, se incluye la adopción o adrogación (adopción de toda una familia).

Siendo este parentesco el más importante, pues el derecho civil otorgaba mayores prerrogativas a este parentesco, que siempre giraba en la línea masculina, y bajo el imperium del paterfamilias.

En tanto que la cognatío, como ya se dijo es el parentesco que deriva de los lazos sanguíneos, sin importar el sexo.

Y en la mayor de las veces, estas dos clases de parentesco, coincidían en una misma persona, así los hijos de un mismo paterfamilias, a su vez eran agnados y cognados, es decir tenían entre si, un parentesco civil y uno consanguíneo.

Roma, desde sus comienzos, dio muestra de un sistema estrictamente patriarcal, donde se le daba mayor importancia al parentesco civil, (la agnación), siendo tal composición un tanto arbitraria, pues la familia civil, podía comprender además de los consanguíneos, personas extrañas a la sangre, lo que se daba mediante la adopción o adrogación, y si estos eran varones, prevalecían sobre las mujeres cognadas, es decir las hijas de sangre, siendo aquellos, los que podían heredar en un momento dado al paterfamilias, y a la muerte de este, tomar su lugar en la familia.

Y más aun, si el adoptado, era de mayor edad que algunos hijos de sangre, aun así y haciendo a un lado a los hijos sanguíneos, se convertía en el paterfamilias de la familia a la muerte de su padre adoptivo.

Aunque hay que decirlo, finalmente, la agnación representaba a la familia, al linaje; no a la casa.

B).- En Francia.

Marcel Planiol nace en Nantes el 23 de septiembre de 1853 y muere en Paris el 31 de agosto de 1931. Los últimos años de su vida siguió trabajando y perfeccionando su Tratado Elemental de Derecho Civil. Sin embargo terminada la octava edición comprendió que su precaria salud no le permitiría seguir continuando revisando su obra tal y como era su deseo, hay que aclarar que su mente siempre se mantuvo lucida.

Por tanto, resolvió encomendar a otra persona las futuras ediciones, responsabilidad que recayó en Georges Ripert, quien cumpliendo fielmente los deseos del maestro, no se apartó de la esencia del Tratado, no deformó la obra: “Me he esforzado por no suprimir nada de lo que Planiol escribió y por no decir nada que el mismo no hubiese escrito”, escribió Ripert.

De ahí, que siempre al invocar “El tratado Elemental de Derecho Civil”, se haga referencia a estos dos Jurisconsultos.

Así las cosas estos autores en relación al parentesco exponen:³²

“Fuentes constitutivas de la familia.- Son tres: el matrimonio, la filiación y la adopción. Los diferentes estados que una persona puede tener en la familia son igualmente tres: los miembros de una misma familia son esposos, parientes por consanguinidad o parientes por afinidad. Pero estos tres estados diferentes no responden respectivamente a los tres hechos constitutivos de la familia: el matrimonio crea el estado de esposos; la filiación y la adopción crean el parentesco pues el parentesco adoptivo es una institución formada a imitación del parentesco natural. En cuanto al parentesco por afinidad, es una combinación de los efectos del matrimonio y del parentesco por consanguinidad”.

A continuación los autores en mención nos dan la definición de parentesco, a saber:

“Definición de parentesco.- El parentesco es la relación que existe entre personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos. Al lado de este parentesco real, que es un hecho natural y que se deriva del

³² Planiol, Marcel y Georges Ripert. “Tratado Elemental de derecho Civil”. Tomo I, 1, Introducción, Familia, Matrimonio. Obra editada en francés por Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence versión española de José M. Cajica Camacho. Editorial Cajica. Puebla, México. p. 347.

nacimiento, la ley admite un parentesco ficticio, establecido por un contrato particular llamado adopción. El parentesco adoptivo es una limitación del parentesco real”.

En relación con las líneas y grados, exponen:³³

“Línea directa y línea colateral.- La serie de parientes que descienden uno de otro, forman lo que se llama una línea. Es este el parentesco directo; se representa por medio de una línea recta, yendo de uno de los parientes al otro, cualquiera que sea el número de los parientes que forman la línea. En cuanto al parentesco que une a dos personas que descienden de un autor común, se llama parentesco colateral: su representación gráfica forma un ángulo; los dos parientes ocupan la extremidad inferior de los lados y el autor común el vértice. Por tanto, los parientes colaterales no se hallan en la misma línea; forman parte de dos líneas diferentes, separadas a partir del autor común, el cual representa el punto de bifurcación: las dos líneas se prolongan a cada uno de los lados, expresando esto la expresión “colateral”; cada uno de los dos parientes esta, en relación al otro, en una línea paralela a la suya, “collateralis”.

Línea paterna y descendente.- Las líneas del parentesco llevan a menudo otros epítetos. Así, se habla de “línea ascendente” o de “línea descendente”, según que se ascienda o descienda en la serie de generaciones.

Línea paterna y línea materna.- también se habla de línea “paterna” o de línea “materna”, según que se tome como punto de partida de una línea ascendente, el padre o la madre de la persona de que se trate; se consideran entonces dos familias diferentes.

³³ Ibídem. p. 347, 348, 349.

Parientes comunes a las dos líneas.- Ordinariamente, cuándo se consideran las líneas de parentesco ascendente, no son las mismas personas las que figuran a la vez en la línea paterna y en la materna; en cada bifurcación encontramos individuos diferentes en ambos lados; los que pertenecen a la familia del padre no pertenecen a la familia de la madre. Algunas veces, sin embargo, al establecer el árbol genealógico de la familia, encontramos a una misma persona en las dos líneas. Esto acontece como consecuencia de matrimonios entre parientes. Por ejemplo, cuándo una persona se casa con su prima hermana, los dos esposos tienen el mismo abuelo y la misma abuela, puesto que son hijos de hermanos o hermanas. Estos abuelos serán para el hijo nacido de tal matrimonio, ascendientes paternos y maternos a la vez.

En francés se usa, algunas veces, la palabra “germains” (que deriva del latín “germanus” y que expresaba una idea de afinidad) para designar a las personas que son parientes por ambas líneas. Desgraciadamente este calificativo no tiene un sentido preciso /en español “germano” significa “hermano carnal”).

“Hermanos carnales” son los que tienen el mismo padre y la misma madre; es medio hermano el que sólo lo es de padre o madre; aquel se le llama también hermano consanguíneo y este hermano uterino y a los parientes colaterales más próximos, es decir aquellos cuyos padres o madres son hermanos se les llama primos hermanos, en oposición a los primos más alejados a quienes se les dice primos en ulteriores grados.

En cada línea, el parentesco se cuenta por grados, es decir, por generaciones. Los hijos y el padre son parientes en primer grado; el nieto y el abuelo en segundo y así los demás.

Modo de calcular los grados.- Para los parientes en línea recta, el cálculo es muy sencillo: hay tantos grados como generaciones existan de un pariente al otro.

Para el parentesco colateral, dos son las formas de cómputo. Una es la del derecho civil, que cuenta el número de generaciones en ambas líneas partiendo del autor común y que suma las dos series de grados: así dos hermanos son parientes en segundo grado (una generación en cada rama), un tío y un sobrino en tercer grado (dos generaciones en una rama y una en la otra); dos primos hermanos en cuarto grado; un tío segundo y su sobrino están en quinto grado, etc. En derecho canónico emplea otro modo; sólo se cuentan las generaciones de un sólo lado. Cuando las dos líneas son iguales se pueden tomar indistintamente cualquiera de las dos; en caso contrario sólo se toma en consideración la más grande. De esto resulta que dos primos hermanos son parientes en segundo grado, según el cómputo canónico, mientras que lo son en cuarto, según el código civil; un tío y su sobrino son parientes en segundo grado, como los primos hermanos, puesto que una de las ramas tiene dos grados. Para precisar más, se distingue y se dice que se trata de colateral igual, cuando las dos ramas tienen el mismo número de grados y de colateral desigual en caso contrario. Este modo de cálculo sirve también para los impedimentos al matrimonio religioso”.

Otro autor francés, Julián Bonnecase profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos, sobre el parentesco de afinidad anota:³⁴

“La afinidad engendra efectos muy limitados, que se reducen, principalmente, a la obligación alimenticia y a los impedimentos para contraer matrimonio entre ciertos parientes por afinidad. Es tanto más interesante advertir estos efectos, cuantos que, contra lo que comúnmente se cree, el parentesco por afinidad sobrevive al matrimonio del cual se derive. El adagio: “muerta mi hija,

³⁴ Bonnecasse Julien. “Elementos de Derecho Civil”. Tomo I, Nociones Preliminares, Personas, Familia, Bienes. Tercera reimpresión. Ed. Cárdenas Editor Distribuidor. Traducido por José M. Cajica Jr. México 2002. p. 613

muerto mi yerno”, no es absolutamente exacto como se advierte con la obligación alimenticia, y como ha podido verse a propósito de los impedimentos para el matrimonio”.

El autor en cita hace una especial referencia a la obligación alimenticia que nace entre parientes afines, al efecto manifiesta:

“Parientes de afinidad entre los cuales existe la obligación alimenticia.- Únicamente los yernos y nueras y los suegros están sujetos a la obligación alimenticia. Pero la obligación se extingue cuándo el cónyuge que producía la afinidad muere sin dejar descendencia de su matrimonio con el cónyuge superviviente. La jurisprudencia decide que también el divorcio extingue la pensión alimenticia, existan o no hijos o nietos del matrimonio disuelto por él”.

C).- En España.

Manuel Peña Bernaldo de Quiros³⁵, profesor de derecho civil en la Universidad de Madrid, España, al referirse al concepto de parentesco expresa:

“Es el vínculo jurídico que une a una persona con otra por una de estas razones: 1ª Ser consanguíneas. 2ª Tener por razón de una adopción igual consideración legal que las consanguíneas. 3ª Ser una de ellas consanguínea (o asimilada a consanguínea por razón de adopción) del cónyuge de la otra.

El criterio básico es la consanguinidad. Las otras dos formas de parentesco surgen, o a su ejemplo, o como una constancia más de la consanguinidad”.

El autor en cita agrega una más:³⁶

³⁵ Peña Bernaldo de Quiros, Manuel. “Derecho de Familia”. Universidad De Madrid, Facultad de Derecho. Editorial Agisa. Madrid, España 1989. p. 621.

“Hay una cuarta razón de parentesco: la filiación puramente legal establecida conforme a la Ley sobre técnicas de reproducción asistida en los supuestos de inseminación artificial heteróloga, en cuanto esta filiación produce, en principio, los mismos efectos que la filiación por naturaleza”.

En cuanto a su naturaleza explica:³⁷

“La consanguinidad es una situación natural y un vínculo social que el Ordenamiento valora como hecho jurídico al erigirle un presupuesto básico de relaciones jurídicas (relaciones jurídicas-familiares) y, en consecuencia, en fuente de poderes y deberes, de prohibiciones y de incompatibilidades. Las otras dos formas de parentesco producen efectos del mismo tipo como consecuencias de los actos de adopción o de matrimonio.

El parentesco, es pues, fuente:

-De poderes y deberes: en relación con los apellidos, títulos nobiliarios, defensa de derechos de la personalidad, alimentos, derechos sucesorios, funciones tuitivas, derecho de visita, derecho y deberes de los herederos forzosos, cesión y sucesión en los arrendamientos sujetos a la legislación especial, etc.

-De prohibiciones: impedimentos para el matrimonio, prohibiciones de adopción, condicionamiento de la determinación legal de filiación incestuosa.

-De incompatibilidades: para ser testigos Inter. Vivos o en testamento; para actuar como juez, arbitro, notario, registrador, funcionario, perito, etc.

El parentesco tiene también trascendencia en el Derecho Penal: en la tipificación de los delitos y en las medidas de las penas.

³⁶ *Ibidem.* p. 621.

³⁷ *Ibidem.* p. 621, 622.

No hay una regulación sistemática y unitaria de los efectos del parentesco. Su mayor o menor trascendencia jurídica depende de las distintas reglas que regulan las diversas instituciones y no hay en ellas criterios uniformes sobre el tipo, la línea o el grado del parentesco que han de tener trascendencia.”

Por su fundamento e importancia, el autor en cuestión, agrega:³⁸

“La trascendencia jurídica del parentesco es la consecuencia jurídica de la trascendencia social de los vínculos que constituyen el entramado de la familia y de ser los vínculos que producen la más intensa solidaridad social. El Derecho al organizar la sociedad valora el parentesco, aun más allá del ámbito constituido por la familia en sentido estricto o nuclear.

En el Derecho moderno el parentesco ha perdido importancia al tener hoy menor relevancia social la familia en sentido amplio (la familia troncal); además, cuándo se da hoy relevancia al parentesco, sólo se valora el parentesco de grado próximo (nunca más allá, en la línea colateral, del cuarto grado)”.

Por lo que hace a los tipos de parentesco, siguiendo al autor, nos dice:³⁹

“Puede ser según hemos dicho, por consanguinidad, por adopción y por afinidad.

1.- Por consanguinidad. Es el vínculo existente entre las personas que pertenecen a una misma estirpe: descienden unas de otras o, al menos, tienen un tronco común.

La razón del vínculo está en la naturaleza. Y, como regla, de tener relevancia jurídica, con excepción, siempre de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.

³⁸ Ibidem. p. 622.

³⁹ Ibidem. p.622.

2.- Por adopción (parentesco legal). Es el vínculo que la Ley establece entre el adoptante (y sus consanguíneos) y el adoptado (y sus descendientes) como consecuencia de que la filiación adoptiva plena, surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza. En principio, a efectos de parentesco el acto de adopción equivale al hecho de la generación. Pero la equiparación no es total; así por ejemplo, en tema de impedimentos matrimoniales.

La razón del vínculo está en la Ley no en la naturaleza. Y se extingue cuándo se extinga la adopción (como vimos la muerte del adoptante o la del adoptado no extinguen los efectos de la adopción).

3.- Por afinidad. Es el vínculo existente entre un cónyuge y los consanguíneos (o asimilados por adopción) del otro. Se trata de un parentesco que apenas si hoy tiene una relevancia jurídica. Ha desaparecido como impedimento del matrimonio incluso cuándo se trata de afinidad en línea recta en primer grado. En Derecho Civil importa el parentesco por afinidad en diferentes instituciones: adopción, circunstancias, tutela, testigos en actos entre vivos y en testamento, capacidad para suceder, arrendamientos rústicos, relaciones laborales. Tiene especial consideración el hijo del consorte, circunstancias.

La razón de este vínculo parental está en el matrimonio. La disolución del matrimonio ¿extingue el parentesco por afinidad? En el Derecho Romano la afinidad se extingue al disolverse el vínculo por el divorcio o por la muerte del cónyuge, pero, en los grados más próximos, persiste como impedimento para el matrimonio. No es fácil conocer la solución en Derecho español. Parece que la muerte no extingue la afinidad; pero es más dudoso que –para lo sucesivo- no la extinga el divorcio. En todo caso, no parece que subsista la afinidad cuándo el cónyuge contrae nuevo matrimonio o vive maritalmente con otra persona”.

De la manera de computar los grados y líneas en el parentesco, el autor expresa:⁴⁰

“Como hemos dicho, el parentesco no produce siempre los mismos efectos jurídicos sino que ellos depende de las distintas reglas que regulan las diversas instituciones jurídicas y de la clase, línea y grado de parentesco. Veamos los conceptos de líneas y grados en las distintas clases de parentesco.

A.- En la consanguinidad.

1.- Las líneas. Se distinguen dos líneas: la directa (o recta) y la colateral. La línea recta es la formada por la serie de personas que descienden unas de otras.

Se distinguen la línea recta en descendente y ascendente. La primera une a la cabeza de familia con los que descienden de él. La segunda liga a una persona con aquellos de quienes desciende. La línea colateral es la formada por series de personas –que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común-.

En la línea recta ascendente y en la colateral pueden distinguirse, respecto de una persona, la línea (recta o colateral) paterna o constituida por el padre y por los que sean parientes por vía del padre; y la línea (recta o colateral) materna constituida por la madre y por los parientes por vía de la madre.

Los hermanos pueden ser de doble vínculo o de vínculo sencillo. Son hermanos de doble vínculo si tienen el mismo padre y la misma madre. Son hermanos de vínculo sencillo o medios hermanos los que tiene en común sólo el mismo padre (hermanos consanguíneos) o sólo la misma madre (hermanos uterinos).

⁴⁰ Ibidem. p. 624, 625.

2.- Los grados. Dentro de cada línea, la proximidad del parentesco entre dos personas se mide en grados. Desde el derecho Romano rige la regla “tot sunt gradus quot generationes”. Es decir, -hay tantos grados como generaciones- o, como dice nuestro Código, -cada generación forma un grado- en el sentido de la acción de la que resulta engendrada o procreada una persona.

-En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o como personas, descontando la del progenitor. En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por eso, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o madre, cuatro del primo hermano, y así en adelante.

Este es el sistema romano o civil de computación del parentesco y es, conforme al Código civil, el que rige hoy –en todas las materias-; por tanto, incluso en el matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración. En el Derecho canónico se empleaba otro sistema de computación, de origen germánico, que en la línea colateral daba un resultado distinto. Más también el Código de derecho canónico de 1983 ha adoptado el sistema romano o civil de computación del parentesco.

B.- En el parentesco legal o de adopción. Como la adopción surte, en principio, los mismos efectos que la filiación por naturaleza, los hijos adoptivos se insertan en las familias de los adoptantes como si hubieran sido engendrados por ellos: la adopción equivale a la generación.

C.- En el parentesco por afinidad. En este parentesco se distinguen también la línea recta y la colateral y se mide la proximidad por grados. El parentesco que

una persona tiene con sus consanguíneos o (asimilados por adopción) se traduce, respecto del cónyuge de esa persona, en parentesco por afinidad del mismo tipo de línea –recta o colateral- y del mismo grado”.

Es interesante, que el sistema de parentesco que rige en el Derecho Español, es, muy semejante al Derecho Romano, pero mas interesante aún, es que el derecho positivo mexicano, también tiene semejanzas con aquellos derechos, y esto es así, porque recordemos que México, fue conquistado por España y este a su vez por lo romanos, así las cosas, de ahí, deviene nuestro derecho.

En efecto, España, distingue el parentesco de consanguinidad, con el civil y ambos son diferentes del parentesco de afinidad, siendo como ya se dijo, el parentesco de consanguinidad, una situación natural, y que al igual que en el derecho mexicano, a este parentesco se le otorgan todas las garantías sociales y familiares. Situación diferente al derecho romano.

Por otra parte el parentesco civil, igualmente al derecho mexicano es aquel que nace de la adopción, ya no se contempla la adrogación, parentesco que utilizo Roma, con fines más bien políticos y económicos, que con fines familiares, de afecto o de amor.

El derecho español, es diferente al derecho romano, en el sentido de que este, daba preferencia al parentesco civil, y el español al parentesco consanguíneo, tal y como sucede en el derecho mexicano.

Un tercer parentesco, también regulado por el derecho mexicano, lo es el de afinidad, que es la relación que existe entre los parientes consanguíneos de un cónyuge, con el otro cónyuge, llámense suegros, cuñados.

Resulta interesante preguntarse, cuando se extingue esta parentesco, ¿con la muerte, de uno de los cónyuges?, ¿con el divorcio?, al parecer tanto en España, como en México, subsiste a pesar de todo, y sobre todo en el impedimento para contraer matrimonio, entre un ex yerno y su ex suegra, o ex nuera con su ex suegro, no existe tal impedimento entre ex cuñados.

Y precisamente cobra vida el parentesco de afinidad, cuando deja de existir el matrimonio que le dio origen, una paradoja, y porque además, mientras subsista el matrimonio, ninguno de los cónyuges puede contraer matrimonio, con otra persona que no sea su cónyuge: sería bigamia.

Pero como dice el, autor español Manuel Peña Bernaldo de Quiros, tal este parentesco, se extinga cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias, y pensamos que en parte tiene razón, pues entonces el ex cónyuge, ahora nuevamente cónyuge, tendría dobles suegros, y dobles cuñados.

Aun así, de momento consideramos que el impedimento para contraer matrimonio entre ex suegros con ex yerno o ex nuera, debe subsistir, aunque no siempre, como se vera mas adelante en este trabajo.

E).- En los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 y 1884.⁴¹

Ambos Códigos tienen una importante influencia francesa (Código de Napoleón), por lo que se hace raro, que en ambos no se reconozca el parentesco civil, aquel que nace de la adopción:

El artículo 190 del Código Civil de 1870, dispone:

⁴¹ Código Civil del Distrito Federal y territorio de Baja California de 1870. Código Civil del Distrito Federal y territorio de Baja California de 1884. Imprenta de Francisco Díaz de León.

“La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad y afinidad.”

Su correlativo el artículo 181 del Código Civil de 1884, es de igual redacción:

“La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad y afinidad.”

En términos generales ambos Códigos al referirse al parentesco expresan:

**Código Civil
De 1870**

Art. 191. Consanguinidad es el parentesco entre personas que descienden de una misma raíz ó tronco.

Art. 192. Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado ó por cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.

Art. 193. Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.

**Código Civil
de 1884**

Art. 182. Consanguinidad es el parentesco entre personas que descienden de una misma raíz ó tronco.

Art. 183. Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado ó por cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.

Art. 184. Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.

Art. 194. La línea es recta ó transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras: la transversal se compone de la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, bien que procedan de un Progenitor ó tronco común.

Art. 195. La línea recta es descendente ó ascendente: ascendente es la que liga a cualquiera a su progenitor ó tronco de que procede: descendente es la que liga al progenitor a los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente ó descendente, según el punto de partida y la relación á que se atiende.

Art. 196. En la línea recta los grados se cuentan por el numero de generaciones, ó por el de las personas, excluyendo al progenitor.

Art. 185. La línea es recta ó transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras: la transversal se compone de la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, bien que procedan de un Progenitor ó tronco común.

Art. 186. La línea recta es descendente ó ascendente: ascendente es la que liga a cualquiera a su progenitor ó tronco de que procede: descendente es la que liga al progenitor a los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente ó descendente, según el punto de partida y la relación á que se atiende.

Art. 187. En la línea recta los grados se cuentan por el numero de generaciones, ó por el de las personas, excluyendo al progenitor

Art. 197. En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, ó por el número de personas que hay de uno á otro de los extremos que se consideran, exceptuando la del progenitor o tronco comun.

Art. 188. En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, ó por el número de personas que hay de uno á otro de los extremos que se consideran, exceptuando la del progenitor o tronco comun.

Llama la atención que en ambas legislaciones al igual que la Ley Sobre Relaciones Familiares, se consideren parientes afines, a los consanguíneos no solamente de cada uno de los cónyuges, sino también a los consanguíneos de aquella persona con la cual se ha copulado ilícitamente, sobre el particular el maestro Antonio de Ibarrola tiene una crítica muy certera, misma que se vera en el apartado siguiente, al analizar la Ley Sobre Relaciones Familiares.

F).- En la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Esta ley fue expedida por el primer Jefe del Ejercito Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Nación Venustiano Carranza, El 9 de Abril de 1917, publicada en el "Diario Oficial" de los días 14 de dicho mes al 11 de mayo, fecha en que entró en vigor.

El parentesco se regula en los artículos que van del 32 al 39 inclusive y que a la letra dicen:

"32.- La ley no reconoce más parentescos que de los de consanguinidad y afinidad.

33.- “Consanguinidad” es el parentesco entre personas que descienden de una misma raíz o tronco.

34.- “Afinidad” es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o por copula ilícita entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.

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

36.- La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras, bien que procedan de un progenitor o tronco común.

37.- La línea recta es descendente o ascendente: ascendente es la que liga a cualquiera a su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor a los que de él proceden. La misma línea es, pues ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.

38.- En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor.

39.- En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, exceptuando la del progenitor o tronco común”.

Es interesante la opinión del maestro Antonio de Ibarrola que hace a la Ley Sobre Relaciones Familiares, especialmente en relación al artículo 34 de la misma.⁴²

“La Ley de Relaciones Familiares, empero, no sigue en derecho civil nuestra teoría. Dijo en su artículo 34: “Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o por cópula ilícita entre varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón“. Tan peregrina teoría no la sostuvo nuestro artículo 294. El artículo 183 sostuvo el mismo criterio que la Ley sobre relaciones familiares (LRF). ¡Figurémonos si es siquiera sensato sostener que el que requiere los servicios de una mujer publica quede emparentado por afinidad con toda la familia de ésta!”.

Sin embargo tal y como ya se ha mencionado, actualmente nuestro Derecho Positivo mexicano, admite que entre los consanguíneos del concubino con la concubina existe el parentesco de afinidad, y viceversa.

Finalmente y siguiendo con la Ley Sobre Relaciones Familiares el artículo 17, en su fracción V dispone.

“Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

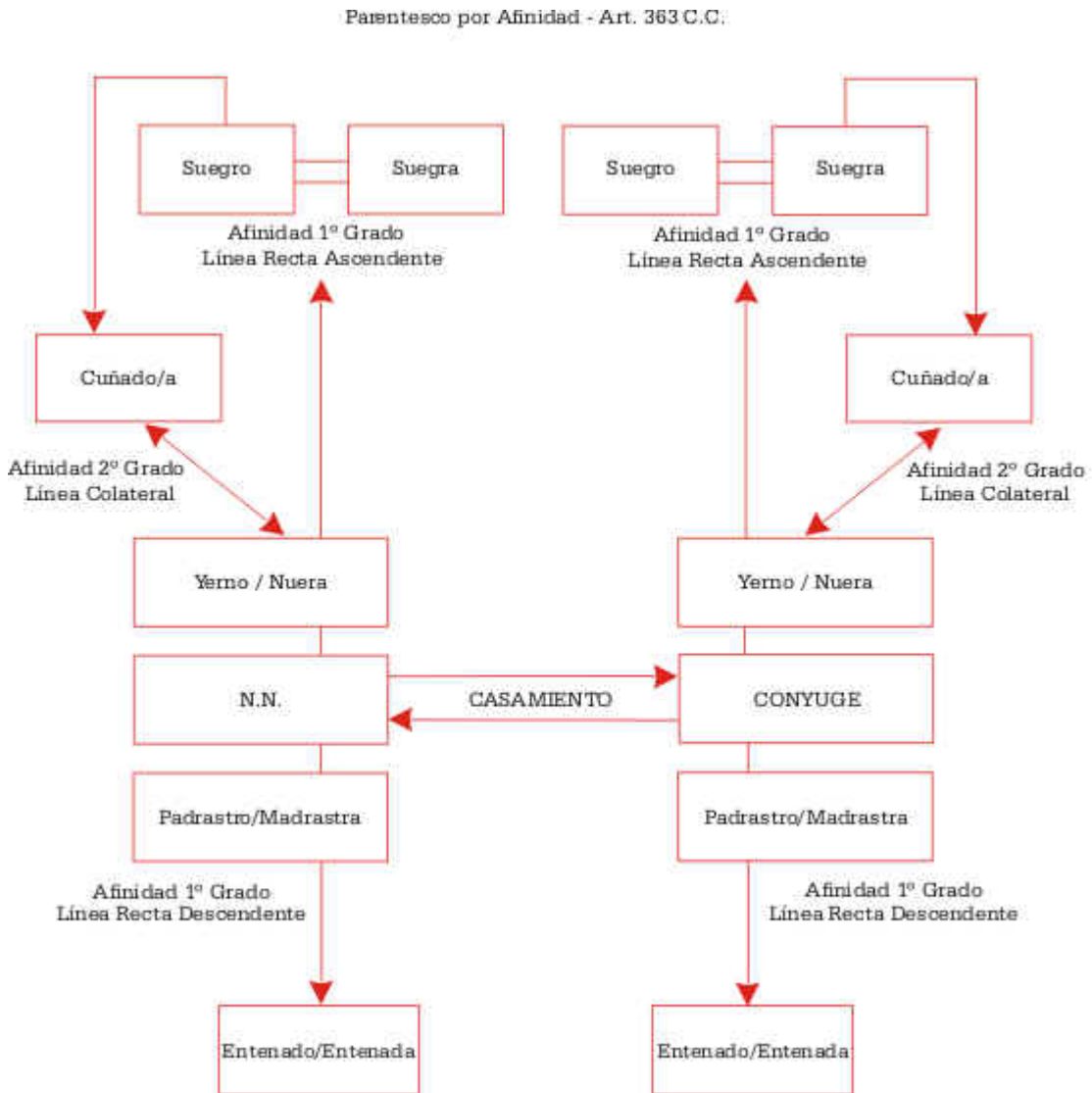
V.- La relación de afinidad en línea recta sin limitación alguna”.

Así las cosas, podemos observar que nuestro actual Derecho Positivo, sigue el criterio de esta Ley, sin que se explique el porque es un impedimento para contraer matrimonio, en el entendido que este impedimento solo tiene aplicación una vez disuelto el matrimonio, sea por nulidad, divorcio o muerte.

⁴² De Ibarrola Antonio. Op. Cit. p. 126.

G).- El parentesco en otras legislaciones.

En Argentina el parentesco por afinidad se encuentra regulado por el artículo 363 del Código Civil, y lo podemos representar mediante la siguiente grafica:



Flavia Viglietta

El parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer (también se le llama "familia política", ejemplo "sobrino político" al sobrino del cónyuge). La línea y el

grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califican por la línea y grado de consanguinidad de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad, en la línea transversal, con los hermanos de su mujer.

El artículo 47 de Código Civil Colombiano define la afinidad como:

“Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer”.

En relación con el parentesco por consanguinidad el artículo 35 lo define como:

“Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por los vínculos de la sangre”.

De acuerdo con el artículo 36 del mismo ordenamiento las clases de parentesco consanguíneo pueden ser: legítimo o ilegítimo.

Y a su vez los grados de consanguinidad (artículo 37) entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.

El código civil, en su artículo 50, define el parentesco civil como: el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.

En cuanto al cónyuge, se refiere a la persona que se encuentra unida a otra mediante matrimonio, sea éste civil o religioso.

Por compañeros permanentes, se entiende, de conformidad con la ley 54 de 1990, a las personas que se encuentran unidas entre sí, en Unión marital de hecho.

En el tercer grado de consanguinidad están comprendidos los padres y los hijos; los abuelos y los nietos; los bisabuelos y los biznietos, los hermanos, los tíos y los sobrinos.

El segundo grado de parentesco de afinidad comprende a los yernos ó nueras y a los suegros; y a los cuñados, legítimos o ilegítimos.

El primer grado de parentesco civil incluye a los padres adoptantes y a los hijos adoptivos.

Así tenemos por ejemplo, la ley 43 del 90 en su artículo 50 se refiere al cuarto grado de consanguinidad, primero civil y segundo de afinidad, se esta refiriendo a los padres, hijos, tíos, hermanos y primos (Consanguinidad); a los hijos adoptivos y padres adoptantes (Civil); y a los cuñados, suegros e hijos habidos por fuera del matrimonio del esposo o esposa (Afinidad).

En relación al Derecho Canónico, tenemos lo siguiente:

Un parentesco surge del comercio carnal del hombre y la mujer, suficiente para la generación de niños lo cual hace al hombre pariente de los parientes de sangre de la mujer y a la mujer de los del hombre. Si este comercio entre esposo y

esposa, este parentesco extiende hasta el cuarto grado de consanguinidad y el grado de afinidad coincide con ese parentesco de sangre. Ahora afinidad no engendra afinidad. Por eso los parientes del hombre no se vuelven parientes de los parientes de la mujer, ni tampoco esos de la mujer se vuelven parientes de los parientes del hombre. Así si el comercio fuera el resultado de fuerza o cometido en ignorancia, ejemplo en embriaguez, el efecto jurídico podría seguir. Si la cópula es lícita, es la anulación de matrimonio impedimento de matrimonio en la línea colateral de cuarto grado, es también en línea directa. Si la cópula es ilícita o fuera de matrimonio, el impedimento hoy es limitado al segundo grado. El Concilio de Trento no hace distinción con ver la extensión en cada línea. Pensó la iglesia no tiene jurisdicción sobre los no bautizados, así que considero una afinidad elevándose antes del autismo como un impedimento de anulación de matrimonio.

Las regulaciones de la ley Mosaica, basadas en consideraciones de parentesco están contenidas en Levítico, XVIII. El diseño del legislador fue aparentemente dar una lista exhaustiva de prohibiciones No solo dio ejemplos de grados de parentesco, pero especifico las prohibiciones que son estrictamente paralelas a cada uno, ejemplo, hijos de hija e hijas de hija, hijos de esposa, hija de esposa, hija de hija, mientras el quiso exhibir el grado de prohibición, una de estas instancias debería ser suficiente. Prohíbe el matrimonio de una viuda del hermano, pero no a una hermana de la esposa muerta. Ahora requiere un hermano

Casarse con la viuda del hermano en caso de no sucesión, y cautela el hombre de no tener copula con la hermana de la esposa mientras la esposa esta viva. La ley romana considera la copula de matrimonio ser una barra al matrimonio solo con el parentesco en línea directa. Los emperadores cristianos extendieron al primer grado de afinidad colateral. La ley eclesiástica extiende el efecto jurídico también a la copula ilícita. En el Concilio de Elvira (c. 300) la única prohibición reconocida es el matrimonio de un viudo con la hermana de su esposa muerta. La prohibición se hace pronto más extensiva hasta en 1059, el canon onceavo del

Concilio de Roma reconoce el impedimento de afinidad también como de consanguinidad extendida hasta el grado séptimo. Esto probablemente eleva de la necesidad de mezcla de varias razas bárbaras a través del matrimonio, un fin que fue efectuado por la extensión de prohibiciones de matrimonio entre personas con parentesco.

Inocente III en el cuarto concilio de Letrán 1215, limitaba ambas afinidades y consanguinidades de cuarto grado. El Concilio de Trento (Sess. XXIV, c. IV, De Ref.) limitó el efecto jurídico de la copula extramatrimonial de segundo grado de afinidad.

El motivo para el impedimento de afinidad es consanguíneo, pensó, no tan fuerte como que de consanguinidad, se eleva del parentesco carnal la copula a proximidad y natural intimidad con parientes de sangre del otro lado. Los grados de afinidad son determinados por la misma regla como el grado de parentesco de sangre. Antes del Cuarto Concilio de Letrán, dos otras formas de afinidad fueron reconocidas como un impedimento de matrimonio. Si el hombre se casa con la viuda, esos que son consanguíneos a ella por el matrimonio previo son también consanguíneos del esposo actual. Sin embargo si el primer esposo de la viuda fue un viudo, los relativos de sangre de su primer esposa fueron consanguíneos al primer esposo, fueron también consanguíneos a la nueva esposa, y al último esposo. Damos un ejemplo. Titius contrajo y consumó matrimonio con Bertha. Los parientes de sangre de Bertha son consanguíneos de Titius. Bertha muere. Titius contrae y consuma matrimonio con Sara, Los parientes de sangre de Bertha, consanguíneos a Titius por la primera clase, fueron consanguíneos de Sara por segunda clase de afinidad. Titius muere y Sara contrae y consuma matrimonio con Roberto. Los parientes de sangre de Bertha, consanguíneos por segunda clase a Sara, fueron consanguíneos por tercera clase de afinidad a Roberto. Afinidad también en la antigua ley eleva entre los niños de la mujer cuándo muere el esposo y los niños de su esposo de la esposa muerta. He ahí a un padre y un hijo no podrían casarse con una mamá y una hija. Afinidad engendro afinidad. Pero el

cuarto concilio de Letrán quito todo, pero la primera clase de afinidad, he ahí el axioma "Afinidad no engendra afinidad" Hay algunas grandes discusiones reales en el siglo XVIII como si un padrastro podría casarse con la viuda de su hijastro muerto, pero fue decidido autoritariamente como Benedicto XIV manifiesta (De Syn. Dioec., IX, XII) que no hubo impedimento de su matrimonio habiendo sido hecho a distancia con el cuarto Concilio de Letrán.

El impedimento de matrimonio por afinidad se eleva por la ley eclesiástica. Esto es claramente reconocido hoy por teólogos con miras de afinidad colateral. La iglesia garantiza dispensa en todos los grados de esta afinidad. En miras a la afinidad en línea directa, hay una seria discusión mientras en el primer grado se eleva en forma natural, Divina o ley eclesiástica, ¿por que ley fue prohibido el padrastro de casarse con su hijastra? La iglesia detiene de garantizar esta dispensa, pero no renuncia el derecho de hacerlo. Dentro del decreto del Santo Oficio (20 febrero 1888) implica que esta afinidad se eleva a la ley eclesiástica. "El Santo Padre permite a los obispos dispensar de todo impedimento publico anulación de matrimonio derivada de leyes eclesiásticas, excepto de la orden de sacerdocio y afinidad de línea directa, elevada de derecho de cópula." Craisson states (Man. Jur. Canon, Lib. II, De affin., n. 4285) que "Collator Andegavensis" cita (394) Sánchez y Pontius como sosteniendo que "el Papa dispensa a infieles convertidos, casados con primer grado de afinidad, si ellos han contraído matrimonio en acuerdo con la ley de su país

Esto supone que esta afinidad en primer grado de línea directa no es un impedimento de ley natural o divina. Un argumento adicional puede ser dibujado como dispensa que la iglesia garantiza en este caso donde fue oculto el no derecho de copula. Así la repugnancia de naturaleza llevo, como donde la copula procedió del matrimonio. Si una persona casada debería comerciar con los parientes del matrimonio parientes de sangre de segundo grado, en la directa o colateral línea, una penalidad es colocada sobre una, pecando o multando el derecho de preguntar por la copula marital de los parientes del matrimonio, pensó

la parte inocente no multar el derecho de reclamarlo. Si lo equivocado había sido hecho a través del respeto, la enseñanza común es que la penalidad no incurre, en esto es también probable así si se hace sin conocimiento de la pena. Si incurre en dispensa de la pena puede obtener del obispo. La afinidad podría volverse más complicada y agregar unas barras al matrimonio, si la persona tiene copula con algunas personas de varios grados de afinidad. Para la ley romana la afinidad cesa a la muerte de uno que la origina. Esto, cuándo se vuelve a casar el padre muerto, su segunda esposa no es más pariente de los niños de su esposa formal. Por ley canónica un matrimonio no consumado no tiene afinidad consanguínea. Por un matrimonio nulo a través de la anulación impedimento, la afinidad probable no se extiende entre el segundo grado. Para el código francés, la afinidad en línea directa y en primer grado de línea colateral es una barra al matrimonio, pensó el privilegio fue dado al rey la dispensa en segundo caso. La ley Británica prohíbe el matrimonio de un hombre con la hermana de su esposa muerta y un matrimonio de esta clase ejecuta en las colonias del imperio Británico, donde puede ser permitida no es llevado como valido en Gran Bretaña. En la sesión del parlamento británico en 1906, un fuerte esfuerzo a efectuar una ley para reconocer como validos en Gran Bretaña, como matrimonio, si la ley colonial reconoce esa validez donde se contraen. En Virginia, este matrimonio es nulo, pero es generalmente reconocido en otros estados de la Unión. La Iglesia Griega adhiere a la ley un sostén en Levítico, XVIII, 8, 14, 16, 18; XX, 11, 12, 14, 19, 21. Ya los patriarcas griegos y los obispos garantizaban dispensas de algunas de las afinidades ya mencionadas. Nestorianos permitieron afinidad para engendrar afinidad muy extensa. Armenianos extendieron la afinidad al cuarto grado. La unión oriental, se acerca a las regulaciones católicas.

CAPITULO SEGUNDO

EL PARENTESCO

EN NUESTRA LEGISLACIÓN

I.- Clases de parentesco.

Señala el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 292:¹

“La ley sólo reconoce, como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil”.

Con ello el legislador excluye otro tipo de relaciones que, desde el punto de vista religioso, eran considerados como parentesco, por ejemplo el compadrazgo y el padrinzago.

La determinación de la relación de parentesco es importante sobre todo por dos efectos: En la relación de la obligación alimenticia y la sucesión legítima, en ambos casos sólo las personas a quienes la ley reconoce como parientes, tienen derechos y obligaciones entre sí.

Existen otros casos en los que la relación de parentesco es relevante, por ejemplo la existencia de impedimentos para contraer matrimonio entre ciertos parientes.

En relación al parentesco de consanguinidad el artículo 293, del ordenamiento en cita, dispone.

¹ Código Civil para El Distrito Federal. Op. Cit. p. 56.

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

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

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

Este parentesco, definido limitativamente por el legislador, es un vínculo biológico cuyo origen es el hecho de la procreación. Decimos que el legislador limita en su definición a la consanguinidad ya que este vinculo existe no sólo entre quienes descienden de un mismo progenitor (hermanos) sino entre todas las personas que descienden unas de otras (padre-hijo-abuelo-nieto) o aquellas que descienden de un mismo tronco (tíos-sobrinos).

Las consecuencias jurídicas de este parentesco son varias y difieren dependiendo del grado o línea de que se trate. En general podemos afirmar que las consecuencias son: El surgimiento de la obligación alimentaria; los derechos a la sucesión legítima; el establecimiento de la tutela legítima; impedimentos para realizar ciertos actos jurídicos entre parientes consanguíneos; la existencia de atenuantes y agravantes de responsabilidad tanto civil como penal; etc. La característica de estas consecuencias jurídicas es la reciprocidad de las mismas.

En particular es importante señalar que la patria potestad y el derecho al nombre, surgen precisamente del parentesco en línea recta de primer grado, es decir entre padres e hijos.

El segundo párrafo del artículo 293 en comento, es de reciente adicción (2 de Febrero de 2007), en el se alude a los métodos de fertilización asistida, entendemos que esto es así, toda vez que para el año de 1928 en que se redactó nuestro Código Civil, la fecundación asistida, solo existía en los cuentos de ciencia-ficción, al estilo de Frankenstein, en efecto hay que decir que la “fabricación de hombres”, por lo medios no conocidos, no es cosa de ahora, pues como señala Abelardo A. Leal:²,

“En otros tiempos no pasaba de alucinaciones o bromas literarias. Según Venecia, 1957, p. 36 ya se soñaba con la fabricación de hombres desde Arnoldo de Villanova; años 1241-1311, Knight, p. 191 cita del padre Mariana t. IV, p. 695, que reproduce también el teólogo Alonso de Madrigal “El Tostado”; más tarde esas lucubraciones debieron inspirar al loco aquel de Paracelso que aseguraba tener la receta para crear un “Humunculus”. Según Menéndez y Pelayo, p. 86, misma quimera que resucita en el laboratorio de Wagner, en la segunda parte del “Fausto”, de Goether”.

Lo cierto es que el hijo gestado mediante la eutelegeneia, 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 todo vedado exclusivo de los hombres de derecho, pues los médicos, legistas, teólogos y eclesiásticos, igualmente participan en la refriega.

² Leal, Abelardo A. “La Eutelegeneia”. Foro de México. 1 de Agosto de 1961 Revista Trimestral. México 1961. p. 24-26.

Sin embargo, los sueños de ayer, hoy son una realidad, y por ello el legislador se vio obligado a modificar la ley y regular esta manera artificial de fecundación.

De cualquier manera considero que la reforma esta incompleta, pues deberá atribuirse al marido, la paternidad del hijo nacido por engendramiento artificial, a menos que se demuestre que tal reproducción asistida, fue sin su consentimiento, o le fue ocultada tal circunstancia.

Finalmente tenemos un tercer párrafo en el artículo en estudio, en el cual se equipara al hijo adoptado como si fuera un hijo consanguíneo, con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva, en este caso creemos que debería desaparecer de nuestro Código el llamado parentesco Civil, pues ya no tiene razón de ser.

Por lo que hace al parentesco de afinidad el artículo 294 del Código en cita, expresa:

“El parentesco de afinidad es el que adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos”.

Esta especie de parentesco, es una relación jurídica que surge entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Las líneas y grados que se establecen por este vínculo, son los mismos que para el parentesco por consanguinidad.

Debemos aclarar que esta relación sólo surge entre un cónyuge y los parientes del otro. Las dos familias no guardan entre si ningún tipo de parentesco. El marido y la mujer tampoco están unidos por una relación jurídica de parentesco por afinidad.

Las consecuencias jurídicas son en realidad limitadas. La más importante es, sin duda, el impedimento que existe para contraer matrimonio entre afines, particularmente en la línea recta ascendente.

Es importante mencionar que el precepto en cuestión fue reformado en el año 2000, concediéndole al concubinato, las mismas prerrogativas que al matrimonio, es decir, ahora también se consideran parientes afines los consanguíneos de un concubino con el otro. Entendemos que para que se de legalmente un concubinato, deben agotarse los extremos señalados en el capítulo XI del título quinto del Código Civil (arts. 291 Bis, al 291 Quintus)

Por último, sobre el parentesco civil el artículo 295, expresa:

“El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D”.

Por su origen se le conoce también como parentesco por adopción, pues el vínculo surge precisamente de esta institución. En México hasta hace algunos años, solo se reconocía la adopción simple, es decir aquellas donde la relación solo constreñía a adoptante y adoptado, pudiendo inclusive el adoptante seguir manteniendo relaciones jurídicas con sus parientes consanguíneos, pudiendo inclusive revocar este tipo de adopción; posteriormente nuestra legislación incluyó la adopción plena, situación que duró muy poco tiempo en nuestra legislación, ya que las reformas del año 2000, omitieron definitivamente la adopción simple, quedando únicamente la adopción plena, misma que es irrevocable, y al hijo se le considera como hijo consanguíneo, y se rompe toda relación con su familia de origen, desconociendo inclusive quien es esta.

El autor Ricardo Sánchez Márquez, refiere lo siguiente:³

³ Sánchez Marquez, Ricardo. Op. Cit. pp. 247, 248.

“De manera principal, se puede decir que el parentesco se deriva de los lazos de sangre, por constituir el parentesco consanguíneo la forma más integradora de la familia.

El matrimonio y el concubinato, son dos de los supuestos para establecer la filiación y por ende constituir la familia consanguínea.

Con el matrimonio nace el parentesco por afinidad y del parentesco consanguíneo surge la filiación legítima –matrimonio—o de la filiación habida fuera de matrimonio –concubinato-.

La adopción es el presupuesto para el parentesco civil o por adopción entre adoptante y adoptado.

En San Luis Potosí con la reforma que se hizo al Código Civil a los arts. 350, 356, 362 y 363 se permite la adopción plena y con ello el adoptado adquiere parentesco no solamente con el adoptante, sino que también con los parientes de este."

En relación a las clases de parentesco Galindo Garfias expresa:⁴

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

A continuación el autor citado nos explica:⁵

⁴ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 465,

⁵ Ibidem. Op. Cit. p. 466.

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

En nuestro derecho y de acuerdo con el Código Civil (artículo 402) propiamente, la adopción no es fuente de parentesco ni por consiguiente, de la familia; sólo establece un vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado.

(No hay que perder de vista que actualmente nuestro Código Civil sólo contempla hoy por hoy, la adopción plena, identificando al hijo adoptivo como si fuera un hijo consanguíneo)

El matrimonio es fuente del parentesco por afinidad; el parentesco consanguíneo tiene como única fuente la filiación. El matrimonio por lo que se refiere al parentesco, tiene importancia respecto a la prueba de filiación. En efecto, hijos de una mujer casada se reputan hijos del marido y por tanto la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, se prueba con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

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

Refiere el maestro Magallon Ibarra.⁶

“Desde el punto de vista de su fuente, vamos a encontrar que nuestro sistema positivo reconoce tres tipos distintos de parentesco:

1. Consanguinidad,
2. Afinidad, y
3. Civil”.

⁶ Magallon Ibarra, Jorge M. Op. Cit. p. 51.

A).- El parentesco consanguíneo.

El Diccionario Jurídico Mexicano⁷ en relación a este parentesco establece:

“Es el ya señalado como concepto biológico, o sea la relación jurídica que surge entre las personas que descienden unas de otras (p.e., padre o madre e hijo, abuelo-nieto) o sea de un tronco común (p.e., hermanos, tío-sobrino, etc.”

El maestro Ignacio Galindo Garfias, sobre este punto expresa:⁸

“El parentesco consanguíneo.- La paternidad y la maternidad, en la familia moderna cognaticia y consanguínea, es la fuente primordial del parentesco.

El artículo 293 del Código Civil, define el parentesco de consanguinidad como “el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor”.

El matrimonio de los padres establece la presunción de que el hijo concebido por la mujer, ha sido engendrado en ella por el marido.

Establecida la filiación materna (y para ello sólo basta con probar el alumbramiento y la identidad del hijo), quedará establecido el parentesco entre el hijo y los parientes de la madre, si se trata de un hijo nacido fuera del matrimonio (hijo natural).

Probada la filiación paterna de un hijo habido fuera de matrimonio, se crea el vínculo de parentesco entre los parientes del padre y el hijo así concebido.

⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. p. 2323.

⁸ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 468.

La distinta manera en que se establece la prueba del parentesco, según se trate de hijos de matrimonio o habidos fuera de él, obedece fundamentalmente a la incertidumbre que existe sobre la paternidad de un hijo que ha dado a luz una madre soltera”.

Por su parte los autores Efraín Moto Salazar y José Miguel Moto⁹, sobre el particular expresan:

“Se llama parentesco por consanguinidad el que existe entre personas que tienen la misma sangre, por descender de un progenitor común (artículo 293 del C. Civil). Por ejemplo: el que se establece entre padres e hijos, tíos y sobrinos, hermanos entre si, etcétera”.

Un concepto más, sobre consanguinidad, nos lo proporciona el autor Guillermo A. Borda, jurista Argentino:¹⁰

“Es el que nace de un vínculo de sangre, ya sea por tratarse de generaciones sucesivas (línea recta) o por tener un ascendiente común (colaterales).

El parentesco colateral puede ser de vínculo simple o doble, según el ascendiente común sea uno solo (padre o madre) o los dos. Dice el art. 360: Los hermanos se distinguen en bilaterales y unilaterales. Son hermanos bilaterales los que proceden del mismo padre pero de madres diversas, o de la misma madre pero de padres diversos. Y el artículo siguiente agrega: Cuando los hermanos unilaterales proceden de un mismo padre, tienen el nombre de hermanos paternos, cuando proceden de la misma madre, se llaman hermanos maternos.

⁹ Moto Salazar, Efraín y Moto, Jose Miguel. Op. Cit. p. 162.

¹⁰ Borda A. Guillermo. “Tratado de Derecho Civil” Familiar. 9ª ed. Ed. Perrot. Buenos Aires Argentina 1993. p. 25.

Esta distinción tiene importancia porque los hermanos bilaterales tienen sobre los unilaterales algunos privilegios legales”.

Magallon Ibarra, nos dice:¹¹

“Consanguinidad. Como el mismo vocablo lo entraña, el parentesco de consanguinidad es el que se constituye por los lazos de la sangre. En el, la transmisión de la vida –consecuentemente de la sangre- va a determinar una comunidad de vida. Ésta es el resultado de la vinculación entre padres e hijos, - como lo señala Planiol- ampliándose a los abuelos y nietos o en otra perspectiva, entre hermanos y primos.

Esta referencia -a la vez- nos permite entender un distinto ángulo de la consideración de estos lazos de consanguinidad; dado que cuándo en la relación resulta que una de las personas que participa del lazo desciende de la otra, entonces entre ellos no existen intermediarios, esto es: mantienen una relación directa. Por tanto, vamos a encontrar que nuestro sistema jurídico va a reconocer que existen líneas de parentesco, y que en el caso de examen, esa línea es recta, y que en razón de los componentes del lazo parental, esa línea recta puede ser ascendente o descendente, según el punto de partida que en ella se observa; resultando fácil entender que si se analiza el parentesco entre el padre con su hijo, su relación será en línea recta descendente. Si inversamente, ese nexo se observa del hijo hacia el padre, entonces la línea recta será ascendente. Ahora bien, la fórmula que estamos examinando va a poder calificarse en función de su gradación, pues es evidente que al no existir intermediarios la relación entre padres e hijos es de primer grado, en línea recta, sea ascendente o descendente.

Si continuamos el examen, podemos verificar que en la vinculación entre abuelos y nietos aparecerá la misma línea recta, ascendente o descendente, sólo

¹¹ Magallon Ibarra, Jorge M. Op. Cit. p. 54.

que ahí tendremos que reconocer que va a participar un intermediario. Esto es, el abuelo para establecer la vinculación con el nieto, requiere de la existencia de su propio hijo, sin el cual el nieto no podría vivir. De ello resultará que el parentesco entre ellos –ascendente o descendente- va a calificarse en el segundo grado y así sucesivamente en razón de cada una de las generaciones”.

El autor citado Sánchez Márquez, en relación al parentesco consanguíneo expone:¹²

“El parentesco consanguíneo es el que mayor relevancia e importancia tiene en todas las legislaciones, este tipo de parentesco parte de la filiación, de la relación entre ascendientes y descendientes, los lazos de sangre son tomados en cuenta para darles ciertos efectos jurídicos, tales como: constituir impedimentos para contraer matrimonio, para determinar derechos de carácter hereditario, por el se crea el derecho y la obligación alimentaria, derecho de ejercitar la patria potestad.”

El autor en cita hace referencia a la Ley de las Siete Partidas al referirse al significado de consanguinidad, a saber:¹³

“Consanguinitas en latín quiere decir tanto en romance como parentesco, et es atenuencia o ligamiento de personas departidas que desvenden de una raíz. et parentesco natural tomo este nombre de padre et de madre, porque de la sangre de amos á dos nascen los fijos: et por eso llaman al parentesco en latín consanguinitas, porque del ayuntamiento de la sangre del padre et de la madre se engendran los fijos”.

¹² Sánchez Marquez, Ricardo. Op. Cit. p. 264.

¹³ Alfonso “El Sabio”. Las Siete Partidas. Cuarta partida. Tomo III, p. 50

El parentesco consanguíneo, es el que deriva, de la sangre, a diferencia del civil que su origen lo encontramos en la adopción y del de afinidad, que tiene su razón en el matrimonio.

Es decir, el parentesco sanguíneo, es aquel que deriva de la paternidad y la maternidad, independientemente del estado de los padres, esto quiere decir que los padres no necesariamente tienen que estar unidos en matrimonio, o en su defecto en concubinato.

De tal suerte que acreditada la paternidad o la maternidad, se generan toda clase de derechos y obligaciones entre estos parientes, pudiendo alcanzar hasta los parientes en cuarto grado (primos y sobrinos).

Al igual que el parentesco civil, el consanguíneo, tiene grados y líneas, llámese grado la distancia que existe entre un pariente y otro, nuestro derecho civil, solo reconoce el parentesco hasta el cuarto grado.

Las líneas, por su parte pueden ser ascendentes o descendentes, colaterales igual o desigual, ascendente cuando se cuenta de la prole a los progenitores, descendente de los progenitores a la prole. Colateral igual será entre los que se encuentran en mismo grado, hermanos, primos, desigual en grado diferente, sobrinos, tíos.

B).- El parentesco civil.

Sobre el parentesco civil, el Diccionario Jurídico Mexicano¹⁴, nos dice:

“Es la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado. A este parentesco se le llama civil porque surge con independencia de la consanguinidad,

¹⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. p. 2323.

es creado exclusivamente por el derecho. El CC sólo establece relación de parentesco entre el o los adoptantes y la persona adoptada. El adoptado no entra a la familia de quien lo adopta; no se crean lazos de parentesco entre ellos, cosa que si sucede en otras legislaciones que tienen establecida la llamada adopción plena”.

El parentesco civil de acuerdo a Efraín Moto Salazar y José Miguel Moto, es:¹⁵

“Es el que nace de la adopción entre el adoptante y el adoptado (art. 295 del C. Civil)”

Es importante anotar que nuestro Código Civil para el Distrito Federal en Mayo 25 del año 2000, derogo la adopción simple, quedando subsistente únicamente la adopción plena.

De acuerdo al artículo 410-A del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que el adoptado, se equipara a un hijo consanguíneo, de tal suerte que tendrán las mismas prerrogativas tal como si los adoptantes fueran sus verdaderos padres, lo que implica que tendrán, abuelos, hermanos, primos, tíos, etc., lo que no sucede con la adopción simple; tan es así que la adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores sanguíneos, así como con cualquier otro pariente de los mismos (segundo párrafo Art. 410-A).

Al referirse al parentesco civil Guillermo A. Borda explica:¹⁶

“Con relación al parentesco creado por la adopción, hay que distinguir la adopción plena de la simple.

¹⁵ Moto Salazar, Efraín y Moto Jose Miguel. Op. Cit. p. 162.

¹⁶ Borda A. Guillermo. Op. Cit. p. 27.

En la primera, el adoptado tiene exactamente la posición de un hijo legítimo; su situación de parentesco en la familia adoptiva es la misma que tendría el hijo legítimo. Correlativamente, se extingue su parentesco respecto de su familia de sangre.

La adopción simple, en cambio, sólo genera parentesco entre el adoptante y el adoptado y entre los hijos adoptivos entre sí, que son considerados hermanos. En sus relaciones con el padre adoptivo, el hijo será considerado hijo legítimo. A diferencia de lo que ocurre con la adopción plena, la simple no extingue el parentesco del adoptado con su familia de sangre”.

Por su parte Galindo Garfias expresa:¹⁷

“Cuándo una persona por acto de voluntad dentro de un procedimiento establecido por la ley, declara su propósito de considerar como hijo suyo a un menor o incapacitado, tiene legal la adopción. Nace así una relación paterno filial que aunque ficticia, es reconocida por el derecho. A este vínculo jurídico se le denomina parentesco civil.

La adopción cumple así una doble finalidad: atribuir una descendencia ficticia a quienes no han tenido hijos de su propia carne y establecer la posibilidad de que los menores o incapacitados encuentren de esta manera el cuidado y la protección que requiere su estado.

Es la adopción un instrumento jurídico que halla sus orígenes en el derecho romano y que puede desempeñar una función de amplia trascendencia social, en cuanto a la formación y educación de los menores e incapacitados desvalidos. Olvidada la adopción durante siglos después de la caída del Imperio Romano, fue

¹⁷ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p 471.

establecida nuevamente, aunque con efectos limitados, por el Código francés de 1804 a instancias de Bonaparte, por razones políticas del Primer Cónsul.

En la legislación francesa y a partir del Código de la Familia de 1939, reformado por la Ley del 8 de agosto, se ha introducido en aquel sistema extranjero una figura jurídica que se denomina “legitimación adoptiva” y que pretende superar las deficiencias que en la práctica ha llevado la institución de la adopción, tal como fue organizada por el Código de Bonaparte”

En relación a este parentesco el jurista don Rafael Rojas Villegas, en su Compendio de Derecho Civil, sostiene:¹⁸

“Parentesco por adopción.- El parentesco por adopción resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato. Por virtud del cual del mismo se crean entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo. Tal como se encuentra regulada esta institución en los artículos 390 a 410 del Código Civil, se desprende que la misma nace de un acto jurídico de carácter mixto en el que concurren las siguientes personas: 1.- Los que ejercen la patria potestad o tutela de la persona que se trata de adoptar (en su defecto, las personas que lo hayan acogido y lo traten como a un hijo). 2.- El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuándo éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección. 3.- El adoptante que debe ser mayor de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos, no tener descendientes y sobrepasar por lo menos en 17 años al adoptado. 4.- El adoptado si es mayor de catorce años. 5.- El juez de Primera Instancia conforme al artículo 400 debe dictar sentencia autorizando la adopción”.

¹⁸ Rojas Villegas, Rafael. “Compendio de Derecho Civil” Tomo I Introducción, Personas y Familia. 23ª ed. Ed. Porrúa. México 1986. p. 261.

Hacemos notar que dentro de los requisitos que actualmente exige nuestro Código Civil, para que tenga lugar la adopción, no se exige que el adoptante carezca de descendencia, asimismo, ya no se requiere la edad de 17 años, para que el menor otorgue su consentimiento en su adopción, actualmente la edad esta fijada en 12 años y por ultimo se puede adoptar a un mayor de edad incapacitado.

Los requisitos para que proceda la adopción de conformidad con nuestro Código Civil, serian los siguientes: (artículo 390)

“El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

I.- Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;

II.- Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma, y

III.- Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente”:

Como bien sabemos, el parentesco civil es aquel que nace entre adoptante y adoptado.

En México durante muchos años, solamente se consignaba la adopción simple, esto es que el adoptado (y todo el mundo), podía saber quienes eran sus padres biológicos, y aun siendo adoptado, tenía derechos y obligaciones con su familia natural, podía heredar de ellos, e incluso demandar alimentos, y viceversa.

Pero igualmente tenía estos derechos con sus padres biológicos. Bajo este sistema, la relación únicamente se limitaba a adoptante y adoptado, no existían abuelos, primos o tíos, mucho menos hermanos.

Por un tiempo muy corto, México, contemplo un sistema mixto, por un lado seguía existiendo la adopción simple y por otro se legislo sobre la adopción plena, que es la que actualmente contempla nuestro código civil.

En la adopción plena, se desconoce el origen biológico del adoptado, por lo menos así se pretende que sea, ya que el adoptado a diferencia de la adopción simple en que podía seguir conservando el apellido de sus progenitores, en la adopción plena, no se hará ninguna referencia de ellos en el acta respectiva y solo se podrá investigar su origen, por una causa de impedimento para contraer matrimonio.

El adoptado, en este sistema de adopción plena, tendrá, parientes, abuelos, tíos, hermanos, primos y esto es así, porque la adopción plena pretende que el hijo adoptado sea considerado como un verdadero hijo biológico del adoptante.

C).- El parentesco de afinidad.

Antonio de Ibarrola, nos da una breve semblanza histórica del parentesco de afinidad.¹⁹

¹⁹ De Ibarrola, Antonio. Op. Cit. p. 126-127.

“Es interesante leer los antecedentes históricos de la afinidad. En los derechos de los diversos pueblos y estados y en el de la Iglesia no hubo ni hay unanimidad en el concepto de afinidad sobre sus causas y valor como impedimento. Etimológicamente significa una relación de proximidad, de vecindad. En este sentido se empleo en el Derecho romano. Mientras que en el derecho de personas y de familia entró como término técnico para determinar la relación de un esposo con los consanguíneos del otro, relación fundada en un matrimonio jurídicamente válido con la cual nacía y terminaba aunque persistiera como impedimento.

En Derecho romano surgía del matrimonio valido sin atención a su consumación, lo mismo en el contubernio y en el concubinato, y constituía un impedimento entre los padres y los hijos políticos y entre los padrastros e hijastros. Sin perjuicio del principio de que la muerte y el divorcio no ponen fin a la afinidad, en derecho matrimonial canónico tuvo la consideración de hijastra la hija del segundo matrimonio del esposo divorciado y estuvo prohibido el matrimonio con la viuda del hijastro.

En el derecho mosaico estaba prohibido, por razón de afinidad, el matrimonio entre padrastros e hijastros y entre padres e hijos políticos, entre cuñado y la cuñada (mujer del hermano); el matrimonio simultáneo con dos hermanos, permitía todavía en tiempo de los patriarcas, y el matrimonio con la viuda del tío.

El matrimonio con la hermana de la mujer estaba prohibido mientras ésta viviera; después de su muerte podía tener lugar. Se adujo como fundamento de la prohibición el peligro para la paz conyugal y domestica. El levirato, es decir, el matrimonio obligatorio de un hombre con la viuda de su hermano muerto sin hijos, representa una excepción de la prohibición del matrimonio de un hombre con la mujer de su hermano. “Si los hermanos viven juntos, dice la ley de Moisés, y uno

de ellos fallece sin hijos, la mujer del muerto no casará con ningún extraño, sino que tomará a su hermano para proveer a la descendencia del fallecido, y el primer hijo nacido llevará el nombre de este, para que no desaparezca de Israel". Este matrimonio tenía su razón de ser en el derecho hereditario en el ramo superviviente a cuya posesión pasaban la viuda y los bienes del hermano difunto. Queda sin resolver si estos motivos eran los únicos a favor de este matrimonio o si existían además razones de orden moral; por ejemplo, la aspiración de que todos los pueblos estimaron la descendencia, conservar para la estirpe del pueblo escogido o despertar y mantener el sentimiento de familia. No era obligación estricta la del levirato, pero el que se negaba era objeto de murmuración pública. Era condición del levirato la carencia de hijos en el matrimonio válido del hermano, consumado o no. La cuñada despreciada podía escupir el rostro a su cuñado ante los ancianos del pueblo después de haberse quitado la sandalia.

Puede leerse diversos párrafos sobre el levirato en el libro de Ruth. Existía ya en la época patriarcal en una forma tan estrecha que admitía excepciones. Además no fue una institución privativa de los hebreos. Consta con seguridad su existencia en numerosos pueblos no semitas, y todavía se encuentra hoy en pueblos de contextura primitiva y de más alta cultura.

La afinidad del derecho mosaico termina, en opinión casi general, con el fin del matrimonio, por muerte de uno de los esposos y por divorcio. La afinidad limitaba también el matrimonio en el antiguo derecho babilónico. Su tradición jurídica de la época primitiva, se incorporó de modo duradero al Código de Hamurabi. Las disposiciones son penales. Según el párrafo 155, el hombre que haya sido sorprendido durmiendo con la novia de su hijo en su regazo, debe ser arrojado al agua; más adelante, en el párrafo 158: "el hombre que después de la muerte de su padre fuera sorprendido en el seno de su madrastra, que haya tenido hijos, debe ser expulsado de la casa de su padre". Así surgen en el antiguo

derecho babilónico impedimentos entre suegro y nuera y entre hijastro y madrastra.

La alianza queda modelada sobre el parentesco y toma de este sus líneas y sus grados. Es así que quien se casa se convierte en pariente por afinidad en grado de hijo de los padres de su mujer; es hijo de ellos por afinidad. Se convierte en hermano por afinidad del hermano de su mujer”.

De acuerdo a lo anterior deducimos que el parentesco de afinidad es aquel que se contrae en virtud del matrimonio y se da únicamente entre los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges con el otro cónyuge y viceversa, sobre este parentesco han escrito diversos autores, todos juristas, como Eugenio Tarragato, que nos dice:²⁰

“En cuanto al concepto de la afinidad, hay diversas opiniones. El tratadista Rivier, dice que, derivándose de la palabra latina “affinis”, equivale a límite o confín. Es afín aquel que toca los límites de nuestro patrimonio, cuya propiedad esta contigua a la nuestra; es afín nuestro vecino. Rivier toma su punto de partida de la etimología: “adfinitas” de “ad-finem, ad-fines”; y resulta exacto el significado filológico de la expresión, aunque no exista idea de norma absoluta, puesto que ni todos los afines son vecinos, ni todos los vecinos resultan afines.

Hay una segunda opinión, según la cual, en virtud de la afinidad, tomada la palabra en sentido figurado, dos familias extrañas se unen por una extremidad o vástago, la una “ad-fine” de la otra.

Otros autores han dado explicación de la palabra “affinitas” que, siendo diferente de la del Digesto, no resulta inconciliable con ésta. El afín es el individuo

²⁰ Tarragato, Eugenio. “La Afinidad”. Nuevas Doctrinas del Derecho de Familia, Estudio Histórico y de Derecho Comparado. Ed. Ediciones Góngora Madrid 1925. p. 29-31.

que, sin haber nacido en el seno de una familia, entra luego a formar parte de ella, de su culto domestico, de las mismas tradiciones; en una palabra, de los mismos fines “ad eardem fines”.

Esto así, podemos definir la afinidad como -relación entre existente un cónyuge y los parientes del otro, en virtud del matrimonio-, siendo de notar que desde este punto de vista el Derecho de Roma no distinguió entre agnados y cognados. Pero hay dos textos, tomados de los “fragmentos del vaticano”, en que se llama afinidad el vínculo que se constituye entre los dos cónyuges: -Lege autem Papia ii adfines excepiuntur, qui vir et uxor...aunquam fuerunt.- Exciuntur et adfinium personae ut...vir et uxor...-. La terminología moderna no admite en estos casos la idea de afinidad, puesto que el matrimonio produce entre los cónyuges relaciones “sui Generis”, que en lenguaje jurídico perfecto exigiría denominación especial.

Alguna mayor dificultad ofrece saber si en Roma hubo afinidad, no solamente entre uno de los cónyuges y los parientes del otro, sino también entre los parientes de ambos. Sostiene la opinión afirmativa Caurroy y Accarias, fundándose en la doctrina del Digesto, pero opina de diverso modo el publicista Etienne a base de textos de las “Instituciones y del Digesto”, que permiten al hijo del primer matrimonio del marido casarse con la hija del primer matrimonio de la mujer.

Lo cierto es que este tipo de afinidad carece de consecuencias jurídicas; de una parte no deberá constituir impedimento de matrimonio; de la otra no llevará consigo uno sólo de los efectos, que se reconocen a la afinidad se reducen a relaciones de amistad entre las dos familias, sin carácter jurídico propiamente dicho.

El parentesco de afinidad tiene su fundamento en el matrimonio, ya que, al formar ambos cónyuges personalidad única, la mujer emparenta con los deudos del marido y éste con los de aquella. La afinidad participa del parentesco concebida de este modo, en cuanto que le supone y en él se apoya, pero difiere en cuanto que resulta no de la concepción y nacimiento, sino del matrimonio solamente. La afinidad, igual que la consanguinidad, existe en línea directa o en línea colateral. En la directa resulta del matrimonio de los padres o de los hijos. Así el segundo marido de una mujer y la segunda esposa de un hombre son afines de los hijos del primer matrimonio, no de otra suerte que el marido de la hija y la esposa del hijo son afines del padre y de la madre de su cónyuge. En línea colateral son afines el marido de la hermana de la mujer o la mujer del hermano. Los demás afines en línea colateral son: el marido de la tía, de la sobrina, o de la prima, y la mujer del tío del sobrino, o del primo.

El varón y la mujer no son mutuamente afines, aunque sean como cónyuges la raíz de la afinidad.

Los consanguíneos de un cónyuge no son afines de los consanguíneos del otro cónyuge. El hermano de marido, sobreviviente a su mujer, puede contraer con una hermana de esta”.

De acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano,²¹ el parentesco de afinidad es:

“La relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. Son llamados comúnmente estos sujetos parientes políticos, en derecho anglosajón se denominaban “in law” (p.e., “mother in law”, madre política o suegra). El grado de parentesco por afinidad es el mismo que une al cónyuge en razón del cual se establece (i.e., los padres del marido, etc.)”.

²¹ Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. p. 2323.

La Enciclopedia jurídica Omeba, al referirse al sentido jurídico de afinidad expone:²²

“En el lenguaje jurídico se alude al parentesco originado a consecuencia del matrimonio, entre cada uno de los cónyuges con los parientes respectivos. De modo que importa el lazo de afinidad entre el esposo y los parientes de la mujer y la esposa y los parientes del marido. Comprendiendo en un concepto amplio a los parientes legítimos, naturales y adoptivos”.

Por su parte el Diccionario jurídico de Legislación y Jurisprudencia de Javier Guiza Alday, nos da la siguiente definición:²³

“AFINIDAD. (Lat. AFFINITAS) f. el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado, o por cópula ilícita, entre el varón y los parientes consanguíneos de la mujer y entre esta y la familia consanguínea de aquel. No hay, por tanto, parentesco entre las familias de ambos cónyuges, pues la afinidad no crea parentesco; se limita a cada uno de los cónyuges y a la familia del otro. Así, pueden contraer libremente matrimonio dos hermanos con dos hermanas; en cambio, muerto uno de los cónyuges, el supérstite no puede casarse con ninguno de los ascendientes o descendientes del premuerto, por existir aquí el parentesco por afinidad”.

En relación a esta definición, hacemos nuestra la crítica que acertadamente hace el maestro Antonio de Ibarrola a la Ley Sobre Relaciones Familiares, a que hemos aludido paginas atrás; en efecto una cópula ilícita, bien puede ser con una mujer publica, y de acuerdo a esta definición, los parientes y de esa mujer serian afines de todos aquellos varón que hubieren solicitado los servicios carnales de la

²² Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 555.

²³ Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia, por Fco. Javier Guiza Alday. 1ª ed. Ed. Ángel Editor. México 1999. p. 54.

misma, ¡imaginemos cuantos yernos tendrían sus padres y cuantos cuñados sus hermanos!

Creemos que el texto en cuestión merece una seria revisión, pues tal concepto pertenece a principios del siglo pasado.

Y a mayor abundamiento tal pareciera que la definición en cuestión fue copiada de la definición que sobre el parentesco de afinidad nos da Escriche en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.²⁴

”El parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o por cópula ilícita entre el varón y los parientes de la mujer, o entre la mujer y los parientes del varón”

Afinidad: viene esta palabra del latín “affinitas”, que además de los significados generales que aplicamos habitualmente, tiene uno específico, relacionado con el parentesco: “affinitate se deviniere cum áliquo” era emparentar con alguien por afinidad. Es el parentesco que viene de rebote, por matrimonio de uno de los consanguíneos.

Los clásicos entienden por “affinies” confinante (el que comparte fronteras), limítrofe, y por consiguiente también vecino. De ahí se extiende el significado a pariente o aliado por casamiento (al yerno lo llamaban a menudo “affinis”); y luego ya amigo y cómplice. En el año 533 (en el Digesto de Justiniano) “affinire” es un compuesto de “finis”, que entre otros significados tiene el de frontera, territorio. El prefijo “ad” nos advierte que aquel a quien aplicamos ese calificativo se acerca a la frontera o territorio de otro, que realizan un acto de aproximación.

²⁴ Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Por Joaquin Escriche Tomo I A-B. Ed. Editorial Temis S.A. Bogota, Colombia 1987. p. 199.

Dentro de los autores importantes tenemos al maestro Rafael Rojas Villegas y en su concepto la afinidad es:²⁵

“El parentesco por afinidad se define en el artículo 294 de la siguiente manera: “El parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón”. En realidad este tipo de parentesco viene a constituir una combinación del matrimonio y del parentesco consanguíneo, pues presenta la línea recta y la línea transversal computándose los grados en la forma que ya hemos explicado. De esta suerte la esposa entra en parentesco de afinidad con los ascendientes, descendientes colaterales de su marido, en los mismos grados que existan respecto a los citados parientes consanguíneos. Es decir, se encuentran en el parentesco de primer grado en línea recta ascendente con sus suegros, en parentesco colateral igual de segundo grado con sus cuñados y así sucesivamente. A su vez, si el marido ha tenido hijos, nietos o descendientes en general de otro matrimonio, contraerá también parentesco por afinidad con esas personas. Lo propio podemos decir del marido en relación con los parientes de su esposa”.

Hacemos notar, que actualmente el Código Civil vigente para el Distrito Federal, no se limita únicamente a los parientes de los cónyuges, ya que lo ha extendido el parentesco a los parientes de los concubinos, tal y como se si trataran de esposos, el texto actual del artículo 294 del citado Código Civil, es el siguiente:

“El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos”.

Los efectos que nacen del parentesco de afinidad para el autor Rojas Villegas, son:²⁶

²⁵ Rojas Villegas, Rafael. “Compendio de Derecho Civil” p. 260.

“En nuestro derecho el parentesco por afinidad produce sólo consecuencias muy restringidas, pues no existe el derecho de alimentos que se reconocen en algunas legislaciones como la francesa entre el yerno o nuera y sus suegros o bien, en una manera general, entre afines de primer grado en la línea directa. Sólo aceptamos como consecuencia jurídica importante la de que el matrimonio no puede celebrarse entre parientes por afinidad en línea recta. Tampoco tal forma de parentesco da derecho a heredar. Dice al efecto el artículo 1603: “El parentesco de afinidad no da derecho de heredar”:

Magallon Ibarra expresa:²⁷

“El llamado parentesco de afinidad es aquel que se establece en el matrimonio, entre el marido y los parientes de la mujer y entre esta y los parientes de aquel, es el mismo que en lenguaje común se llama parentesco político. Al referirse a esta especie, Marcel Planiol explica que los afines no son parientes sino miembros de la familia y su fuente exclusiva la constituye el matrimonio.

Es importante señalar que con excepción de aquellos casos en los que exista relación de parentesco no prohibido entre los esposos, el matrimonio no convierte en parientes a estos, sin embargo, nosotros sostenemos que a la vez, el matrimonio es fuente de parentesco. La misma observación podemos formular en materia de concubinato. Es pues, la afinidad una imitación del parentesco, tanto en sus formas como en sus efectos”.

Y sigue diciendo:

“...es lógico que si el parentesco por afinidad se genera mediante el matrimonio, resulta inconcuso que al disolverse éste, sea por muerte, por divorcio

²⁶ Rojina Villegas, Rafael. Op. p. 260.

²⁷ Magallon Barra, Jorge M. Op. Cit. p 61.

o por nulidad, el parentesco que así se origina debe extinguirse. No obstante lo anterior, resulta a primera vista extraño el que se incluya en el catálogo de impedimentos para celebrar válidamente la unión, la vinculación por afinidad. A este respecto, debe advertirse que un señor no puede casarse con la hermana de su esposa, no por la existencia de dicha afinidad, sino porque ya está casado y la subsistencia del vínculo en sí mismo, es un impedimento. Luego entonces deberá verificarse que el legislador se refiere a una afinidad que subsistirá, con plena eficacia desde el punto de vista del impedimento para celebrar matrimonio, no obstante que el vínculo jurídico que lo crea, ya no exista. Creemos que su inclusión en el catálogo opera en razón de los lazos morales que debieron haberse establecido entre las partes en razón de la preexistencia de la unión conyugal”.

La definición que sobre parentesco de afinidad nos da Marcel Planiol y Georges Ripert, es la siguiente:²⁸

“Los afines son personas no parientes por consanguinidad que vienen a formar parte de una familia por virtud de un matrimonio. En el lenguaje corriente no es raro oír hablar de “parientes por afinidad”. Adviértase desde luego la inexactitud de este calificativo; para darle su verdadero título será necesario decir “miembros de la familia por afinidad”.

La afinidad es la combinación del matrimonio y el parentesco; pero a menudo es mal comprendida: se le concede un alcance muy extenso. Cuando se celebra un matrimonio, se establece la afinidad entre cada esposo y los parientes del otro: la joven que se casa llega a ser hija, por afinidad, de los padres del marido; hermana, de los hermanos de él; sobrina de sus tíos, etc.; recíprocamente, estos devienen padre, madre, hermano, hermana, tío, tía de ella por afinidad. Se considera que los dos esposos no son sino uno, de tal manera que todo el parentesco de cada uno de ellos llega a ser, por efecto del matrimonio,

²⁸ Marcel Planiol y Georges Ripert. Op. Cit. p 351.

común al otro, a título de afinidad. Pero la afinidad no va más lejos. No existe parentesco por afinidad entre los parientes de uno de los esposos y los del otro. Se comete el error al afirmar que las familias se unen por el matrimonio; una sola persona se une a la familia de cada cónyuge: la que se casa.”

Por su parte Antonio de Ibarrola, expone:²⁹

“En cuanto al parentesco por afinidad, surge respecto de personas no parientes, que llegan a unirse a la familia en virtud de un matrimonio. Son nuestros famosos parientes políticos. Los in-laws del derecho anglosajón. El artículo 109 establece que “La afinidad surge del matrimonio válido, incluso no consumado, y se da entre el varón y los consanguíneos de la mujer, e igualmente entre la mujer y los consanguíneos del varón. Se cuenta de manera que los consanguíneos del varón son en la misma línea y grado afines de la mujer y viceversa.

Es el parentesco por afinidad una combinación del matrimonio y el parentesco. A menudo se le comprende mal, dándosele una extensión exagerada.

Cuándo se lleva a efecto un matrimonio, surge el parentesco de afinidad entre cada cónyuge y los parientes del otro: la joven que contrae matrimonio se convierte en hija por afinidad del padre y de la madre de sus esposos, en hermana de sus hermanos, en sobrina de sus tíos, etc. Recíprocamente todos éstos se convierten en padre, madre, hermanos, tíos por afinidad. Se considera que los dos esposos se convierten por efecto del matrimonio en común al otro precisamente por afinidad, pero no ya más lejos del otro. No podríamos, por lo tanto decir que las dos familias se unen por el matrimonio; es una sola la persona que contrae parentesco por afinidad con la familia del otro cónyuge: es aquella que se casa”:

²⁹ De Ibarrola; Antonio. Op. Cit. p. 126.

El ya referido autor Sánchez Márquez, nos da un significado y definición de afinidad:³⁰

“Afinidad significa semejanza o analogía de una cosa con otra. En el lenguaje corriente es común que se le llame “parientes políticos”. Esta calificación es inexacta, para darles un verdadero título se les deberá llamar “miembros de la familia por afinidad”

A continuación se remite a Las Siete Partidas de las cuales expone:

“En las Siete Partidas se lee “Affinitas” tanto quiere decir en latín como cuñadía en romance: et cuñadío es alleganza de personas que viene del ayuntamiento del varón ey la meger, et non nasce della otro parentesco ninguna et esta cuñadía nasce del ayuntamiento del varón et de la muger tan solamente, quier sean casados ó non; ca maguer algunos fuesen desposados et casados non nascerie cuñadía dellos á menos de se ayuntar carnalmente. En antiguamente fueron tres maneras de cuñadía et guardaronla en algun tiempo; más agora non manda santa iglesia guardar más de la primera: et es esta, como quando alguno se ayunta carnalmente con alguna muger quien sea casado con ella ó non; ca por tal alleganza como esta todos los parientes della se facen cuñados del varón, et otrosi los parientes del se facen cuñados de la muger, cada uno dellos en aquel grado en que son parientes. Et por razón de tal cuñadía como esta, si acaeciese que muera alguno de aquellos por cuyo ayuntamiento se fizo, nasce ende tal embargo que el otro que fincare vivo, non puede casar con ninguno de los parientes del muerto fasta el quarto grao pasado, bien así como el parentesco”

En relación al parentesco de afinidad Efraín Moto Salazar y José Miguel Moto, expresan: ³¹

³⁰ Sánchez Márquez, Ricardo. Op. Cit. p. 268.

³¹ Moto Salazar, Efraín y Moto José Miguel Op. Cit. p. 162, 163.

“El parentesco por afinidad o político es el que se contrae por el patrimonio, entre el esposo y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del esposo (art. 294 del C. Civil). Ejemplo los cuñados.”

Siguen diciendo estos autores que:

“Entre marido y mujer no existe parentesco alguno, están ligados por un contrato: el matrimonio”.

Refiere Galindo Garfias, en relación a este apartado:³²

“Parentesco por afinidad.- El matrimonio es la fuente del parentesco por afinidad. Este llamado parentesco por afinidad (en el lenguaje corriente “parentesco político), imita al parentesco consanguíneo, existe un vínculo de parentesco entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro (yerno, nuera, cuñado, cuñada). Pero este vínculo de parentesco entre afines, no es extenso como en el parentesco por consanguinidad. No establece una relación entre los afines de la mujer y los afines del marido de ésta, ni entre los afines del marido y los de la mujer. Así no existe en el derecho civil moderno, relación jurídica entre los maridos de dos hermanas, ni entre las esposas de dos hermanos. Solo los consanguíneos de cada cónyuge adquieren parentesco con el consorte de éste.

La afinidad, en síntesis, hace entrar a uno de los cónyuges en la familia del otro cónyuge, a semejanza de los parientes consanguíneos, aunque sin producir todos los efectos del parentesco consanguíneo. La afinidad no origina la obligación alimenticia, ni el derecho de heredar”.

Por su parte Ricardo Sánchez Márquez, en relación al parentesco de afinidad nos dice:³³

³² Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 469.

³³ Sanchez Marquez, Ricardo Op. Cit. p. 267.

“Como ya lo dejamos anotado anteriormente, el parentesco consanguíneo es el que mayor importancia tiene desde el punto de vista jurídico, sin embargo, el parentesco de afinidad tiene cierta relevancia y sus repercusiones se dan principalmente en materia matrimonial, ya que en nuestro derecho constituye impedimento para contraer ese acto, y en algunas legislaciones diferentes a la nuestra también se manifiesta en materia alimentaria, contractual, etc.”

Jorge Sánchez Cordero, expresa:³⁴

“Pero también la ley reconoce otras clases de parentesco: a) el parentesco por afinidad, que es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón (artículo 294 del Código Civil)”

El maestro Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho expone:³⁵

“AFINIDAD. Parentesco que se contrae en virtud del matrimonio entre el marido y los parientes de la mujer y entre ésta y los de su cónyuge (arts. 292 a 294 del código Civil para el distrito Federal)”.

Expresado lo anterior, podemos decir que el parentesco de afinidad, es aquella relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos de otro.

Es importante señalar que el parentesco de afinidad fundado en la identificación que se produce entre ambos cónyuges, no hace que estos puedan considerarse recíprocamente entre si como parientes afines, ellos no tienen ningún lazo de parentesco, toda vez que los efectos o consecuencias jurídicas que se puedan producir entre ambos son derivados del matrimonio y tampoco se

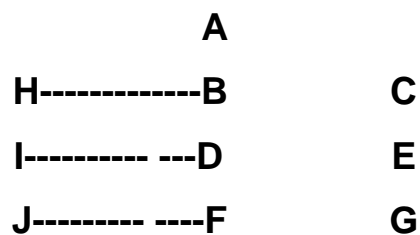
³⁴ Sanchez Cordero Jorge A. “Derecho Civil” Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México 1983. p. 121.

³⁵ De Pina, Rafael. Op. Cit. p. 64.

puede decir que exista alguna relación jurídica de parentesco entre parientes consanguíneos de la pareja, es común en la vida familiar que los parientes consanguíneos de ambos consortes se sientan y se traten como familiares, pero jurídicamente no existe entre ellos lazo de parentesco; igualmente no existe lazo de parentesco entre los parientes afines de uno de los cónyuges con el otro.

Aclaremos que antes de las reformas al Código Civil de Mayo de 2000, el concubinato no daba origen al parentesco de afinidad, a partir de dichas reformas, la relación concubinaría al igual que el matrimonio crea parientes de afinidad, en las mismas circunstancias para ambos casos.

A continuación una grafica sobre el parentesco de afinidad:



En el supuesto que **B**, hijo de **A**, contraiga matrimonio con **H**, como **B** tiene parentesco consanguíneo, en línea recta de 1º grado con **A**, **H** adquiere parentesco de afinidad en el mismo grado y línea con **A**. Si **D**, nieto de **A**, contrae matrimonio con **I** como **D** tiene parentesco consanguíneo, en línea recta de 2ª grado con **A**, **I** adquiere relación de parentesco afín, en la misma línea y grado. Si **F** bisnieto de **A** contrae matrimonio con **J**, como **F** está unido en parentesco consanguíneo, en línea recta y en 3ª grado con **A**, **J** adquirirá parentesco de afinidad con **A**, en la misma línea y grado.

En la línea colateral se aplica la misma regla que hemos explicado ya, si queremos relacionar a **H**, esposa de **B** con su cuñado **C**, primero tenemos que saber que relación de parentesco existe entre **B** y **C** que son hermanos y como **B**

y **C** están unidos en parentesco consanguíneo en la línea colateral igual, en 2ª grado, **H** y **C** tienen la misma relación en el parentesco de afinidad.

El jurista argentino al referirse al parentesco de afinidad, expone:³⁶

“El parentesco por afinidad es el que nace del matrimonio: se encuentra limitado al cónyuge, que queda unido así a todos los parientes consanguíneos del otro cónyuge; pero entre los parientes consanguíneos de uno y otro no existe ningún vínculo.

Es necesario dejar sentado que el esposo y la esposa no son parientes afines; ellos son cónyuges, tienen entre sí un vínculo más estrecho que el parentesco. Tampoco lo son los cónyuges de los consanguíneos del esposo y esposa. Así por ejemplo, los conuñados no son afines entre sí.

Tampoco son afines los consanguíneos del concubino o concubina, puesto que la afinidad surge del matrimonio

La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En otras palabras, un esposo es afín con los consanguíneos de su mujer, en la misma línea y grado que ésta es consanguínea con ellos.”

De lo anterior podemos concluir que el concepto lato de parentesco abarca la idea de esta afinidad creada por el matrimonio, como un efecto natural del mismo, al que la ley le da categoría de parentesco legal. El parentesco en ese sentido “es el vínculo establecido, ya por la naturaleza y entre personas que descienden unas de otras, o de un autor común, ya por ley, que declara unas

³⁶ Borda A. Guillermo. Op.Cit. p. 26.

veces la existencia de un vínculo entre el adoptante y el adoptado, y otras veces la de un vínculo entre personas que han contraído matrimonio y los parientes consanguíneos de su cónyuge, los cuales consanguíneos vendrían a ser, en ese caso, sus propios parientes por afinidad.

La idea fundamental de esta institución se refiere al hecho de la unión que origina el matrimonio, entre los cónyuges, tanto, que se ha sostenido que entre los esposos se produce un vínculo que supera al del parentesco y va más allá hasta la unión de las personalidades de los cónyuges.

El Derecho Canónico ha definido esta situación denominándola el “*untum carnis*”. Siendo esta idea central la que da el fundamento jurídico al parentesco de afinidad.

Esa unidad familiar, que confunde en una sola personalidad jurídica a ambos esposos, origina en definitiva ese lazo o vínculo que es la afinidad, la que constituye una imagen o prolongación de la consanguinidad, pero no viene a ser sino el parentesco de consanguinidad de cada uno de los cónyuges, proyectado por el otro.

II.- Derechos y obligaciones que nacen del parentesco.

Toda consecuencia jurídica se manifiesta necesariamente en la forma de derechos y obligaciones.

Las obligaciones a su vez, pueden consistir en imposición de conductas obligatorias o en prohibiciones.

Los derechos y obligaciones que nacen del parentesco son diferentes de acuerdo a la clase y grado del mismo. Así el parentesco en la línea recta de primer grado (padres-hijos), producen consecuencias específicas y distintas a otros parentescos, tales como la patria potestad, el derecho al nombre, entre otras.

Sobre los efectos del parentesco Efraín Moto Salazar y Jorge Miguel Moto, exponen:³⁷

“La relación de parentesco produce diversos efectos, que la doctrina jurídica divide en tres grupos: derechos, obligaciones e incapacidades.

Derechos que derivan del parentesco. Los principales derechos que derivan del parentesco son: la pensión alimenticia, la patria potestad y la herencia.

Obligaciones que nacen del parentesco. La pensión alimenticia, en su aspecto pasivo; el respeto y consideración que los descendientes deben a sus ascendientes, y la tutela legítima.

Incapacidades que resultan del parentesco. La incapacidad para contraer matrimonio entre parientes cercanos; la prohibición que impone la ley en determinados casos, para servir como testigo, en juicio, a un pariente, la incapacidad para ocupar determinados cargos de la administración pública, cuando un pariente del aspirante a dichos cargos ya ocupa otros dentro de la propia institución”.

Confirmando lo anterior, en relación a los derechos y obligaciones que se generan dentro de este círculo de personas, el autor Jorge A. Sánchez-Cordero, manifiesta:³⁸

³⁷ Moto Salazar, Efraín y Moto, Jorge Miguel. Op. Cit. p. 164.

³⁸ Sánchez Cordero, Jorge. Op. Cit. p. 121.

“La obligación alimentista y el derecho de sucesión, son los dos efectos principales del parentesco. El parentesco por consanguinidad es el vínculo de derecho que existe entre dos personas que descienden una de la otra (en línea recta) o bien, de un progenitor común (en línea colateral). Es ante todo una comunidad de sangre. Para precisar la naturaleza y la proximidad de diversos grados de parentesco se le representa gráficamente por medio de líneas (artículo 297 del C.C.), que se dividen en grados: cada grado integra una generación (artículo 296 del C.C.)”

A decir de Planiol y Ripert, los efectos del parentesco son los siguientes.³⁹

“Los efectos del parentesco son numerosos y de naturaleza muy variada. Confiere derechos y crea obligaciones; implica incapacidades. Sin enumerar todos sus efectos, citemos los principales.

Derechos derivados del parentesco: Deben considerarse como tales:

1ª El derecho de los parientes vivos para heredar a sus parientes muertos. Este es el derecho de sucesión.

2ª Los diversos derechos concedidos a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, en virtud de la patria potestad.

3ª El derecho que tienen determinados parientes, cuándo se hallen necesitados de obtener alimentos.

Obligaciones derivadas del parentesco. Tales son:

³⁹ Planiol y Ripert. Op. Cit. p. 349.

1ª El deber del padre y de la madre de cuidar a sus hijos (alimentación, vigilancia, educación, instrucción).

2ª El deber de respeto impuesto a los descendientes, con relación a sus ascendientes.

3ª El deber de los parientes en línea recta, de proporcionar alimentos a quien de ellos este necesitado.

4ª La obligación de ser tutor o miembro del consejo de familia de un pariente menor o sujeto a interdicción.

Incapacidades derivadas del parentesco. La más grave es la imposibilidad de casarse entre parientes próximos. Las otras sólo recaen sobre detalles y resultan de leyes especiales: los parientes del notario o de las partes no pueden figurar como testigos en una escritura notarial; algunos oficiales públicos están impedidos para ejercer sus funciones respecto a actos en que estén interesados sus parientes; dos parientes no pueden formar parte de un mismo tribunal; los parientes del acusado no pueden declarar judicialmente en su contra.

No siempre se producen los efectos del parentesco con la misma energía. En primer lugar, es necesario tomar en consideración siempre la proximidad del grado; a medida que el parentesco se aleja, disminuye el número de sus efectos. Sólo se producen totalmente tratándose de las relaciones inmediatas del padre o la madre con el hijo. Los efectos del parentesco, desde el punto de vista del derecho hereditario, cesaban según el código Civil, a partir del décimo segundo grado en línea colateral; actualmente cesan a partir del sexto, salvo en un caso excepcional (art. 755 reformado por la ley del 31 de diciembre de 1917). Más allá existe todavía el parentesco y puede ser conocido; pero sólo tiene el valor de un hecho al que la ley no le concede efectos de derecho. Sin embargo, cuándo el

código civil concede ciertos derechos a los parientes, debe extenderse a los parientes hasta el décimo segundo grado, puesto que estos conservan, en ciertos casos, la vocación hereditaria. Esto es lo que se ha decidido, por ejemplo, tratándose del derecho de formar parte del consejo de familia o de promover la interdicción.

Además es preciso tomar en consideración la calidad del parentesco. La plenitud de los efectos sólo corresponden al parentesco legítimo. Todos los parientes ilegítimos (natural, adulterino o incestuoso) son parentescos disminuidos, cuyos efectos únicamente son limitados. En cuanto a la adopción en principio sólo se establece relaciones entre el adoptado y el adoptante.”

Por su parte el maestro Ignacio Galindo Garfias expone:⁴⁰

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

En otras palabras, el parentesco, no es sino la adscripción de una persona a una determinada familia”.

Dice el maestro Antonio de Ibarrola, en relación a los efectos del parentesco:⁴¹

“Los efectos del parentesco son bien números y de naturaleza diversa.

Otorga derechos, crea obligaciones, entraña incapacidades.

⁴⁰ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 465.

⁴¹ De Ibarrola, Antonio. Op. Cit. p. 123.

A).- Tratemos en primer término de los derechos:

a).- Tienen derecho los parientes vivos, en determinados casos, de adueñarse de los bienes del que haya muerto. Esto se llama derecho a suceder;

b).- Diversos derechos son conocidos por la ley a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos en virtud de la patria potestad;

c).- También tienen los padres, cuándo se hallan necesitados, derechos a obtener alimentos.

B).- Pasando ahora a las obligaciones, digamos:

a).- Los padres tienen obligación de educar a sus hijos dándoles alimentos, impartiendoles vigilancia y educación, y elevándolos también mediante la instrucción;

b).- Existe por parte de los descendientes un deber de respeto y veneración para con sus ascendientes;

c).- Tienen los padres la obligación de proporcionar alimentos a sus hijos, en términos de ley;

d).- Tienen los parientes la obligación de alimentar a otros más necesitados, y la de desempeñar el cargo de tutor, en su caso, de otros parientes durante su menor edad o mientras dure el estado de interdicción.

C).- También surgen incapacidades con motivo del parentesco:

a).- La más grave de todas es aquélla que imposibilita a un pariente, casarse con otro que lo es en grado próximo;

b).- Los parientes de un notario están imposibilitados para heredar al testado “por presunción de influir contrario a la verdad e integridad del testamento” (art. 1324). Por la misma razón lo están los parientes de alguno de los testigos, según el propio concepto;

c).- Los parientes del médico que hubiere asistido al testador durante su última enfermedad, si entonces se hizo disposición testamentaria, “son incapaces de heredar por testamento por presunción contraria a la libertad del testado”, a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos (art. 1323).

La presunción que inhabilita a los parientes en el caso de este inciso y el anterior, proviene de una presunción iuris et de iure, no admite prueba en contrario;

d).- Conforme al artículo 35 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, “queda prohibido a los notarios... III. Actuar...en caso de que intervengan por sí o en representación de tercera persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grados, los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, y los afines en la colateral hasta el segundo grado;

IV. Ejercer sus funciones si el acto o hecho interesan al Notario, a su cónyuge o a alguno de sus parientes en los grados que expresa la fracción inmediata anterior...”

e).- En numerosas leyes se prohíbe al funcionario actuar en negocios en los que intervienen sus parientes. Larga sería la enumeración. Citemos como ejemplo el artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que establece que “...están impedidos para conocer de los asuntos penales, administrativos y civiles...tener parentesco en línea recta sin limitación de grado: en la colateral por consanguinidad hasta el cuarto grado y en la colateral por afinidad hasta el

segundo, con alguno de los interesados, sus representantes, patronos o defensores". El impedimento alcanza a los ministros de la Suprema Corte de Justicia, a los magistrados de circuito y a los jueces de distrito.

f).- En materia penal el artículo 192 CPP establece que "No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado, ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero, inclusive"

Sin embargo para una mejor comprensión de este apartado, se dividirá en sus tres tipos, a saber; parentesco consanguíneo, parentesco civil y parentesco de afinidad, omitiendo la anterior propuesta.

A).- Consanguíneo.

Ya hemos dicho, que siendo el parentesco consanguíneo, existe una relación estrecha, entre las personas que conforman este grupo, entre las que descienden unas de otras, o bien tienen un tronco común, como consecuencia de esa unión de sangre, podemos decir que se dan los siguientes derechos y obligaciones entre sus miembros:

A).- Patria potestad;

B).- Alimentos;

C).- Filiación;

D).- Derechos Sucesorios;

E).- algunos impedimentos.

En algunos casos casi siempre son recíprocas, atendiendo al grado y línea, veamos:

A).- Patria Potestad.- Esta solo se da, entre personas que descienden unas de otras, como padres-hijos, abuelos nietos, no se extiende más allá de estos parientes.

Aunque nuestro Código Civil, es omiso en cuanto a una definición exacta, nos da, sus condiciones, y consecuencias, el artículo 411, expone:

“En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición”.

En relación a quien ejerce la patria potestad, el artículo 414 del ordenamiento en cita dispone:

“La patria Potestad sobre los hijos se ejerce por lo padres. Cuándo por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

Como podemos observar, el ejercicio de la patria potestad, solo recae sobre los padres y a falta de ellos sobre los abuelos, que son los consanguíneos en segundo grado, en línea recta, de tal suerte que los consanguíneos colaterales, sea el grado que sea, no están facultados por ejercer la patria potestad, así las cosas este ejerció solo corresponde a los ascendientes.

Estos deben velar por los intereses del menor, tanto en su persona, como en sus bienes, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo, procurando seguridad física, psicológica y sexual, fomentando hábitos de

alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico y desarrollo de habilidades intelectuales y escolares, todo con base en el interés superior del menor.

B).- Los alimentos.- Los alimentos, su derecho y obligación, son recíprocos, pues el que los da, tiene derecho a su vez de pedirlo (art. 301 C.C.), es decir el que los da, tiene a su vez derecho de recibirlos, de ahí que sea contemplada como una obligación recíproca, debe ser también proporcional a la necesidad del acreedor y a las posibilidades del deudor.

En términos jurídicos los alimentos son algo más amplios que comidas y bebidas para la manutención de una persona.

Esta obligación nace del matrimonio y el del parentesco y aunque los cónyuges no son parientes entre si, están obligados a proporcionarse alimentos, al igual que los concubinos, y esta obligación puede continuar, aun después de separados, divorciados o de nulidad de matrimonio.

Por supuesto los padres están obligados a dar alimentos a su hijos, y los hijos a sus padres, a falta o por imposibilidad de ellos, la obligación recae en los ascendientes, posteriormente en los colaterales hasta el cuarto grado, en el entendido que el pariente más próximo excluye al más lejano, e igualmente se puede dividir entre los obligados en el mismo grado de parentesco.

La obligación no es renunciable, ni prescriptible y solo puede transigirse sobre las pensiones vencidas, no así el derecho futuro.

Se puede dar cumplimiento a esta obligación incorporando al acreedor alimentista a la familia del deudor alimentista, esto cuándo no existe inconveniente alguno para ello, o en la forma más usual como lo es la pensión en efectivo.

Ahora bien, ¿Qué son y qué comprenden los alimentos? El artículo 308 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, nos dice en que consisten los alimentos:

“Los alimentos comprenden:

I.- La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II.- Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III.- Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible su rehabilitación y su desarrollo.;

IV.- por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurara que los alimentos se les proporcione, integrándolos a la familia”.

Hay que aclarar que en caso de divorcio, subsiste la obligación de proporcionar alimentos, así tenemos que en caso de que el divorcio sea necesario, el cónyuge culpable esta obligado a suministrar alimentos al cónyuge inocente; en caso de divorcio voluntario si la mujer no tiene ingresos ni bienes propios, igualmente tendrá derecho a recibir una pensión alimenticia, por el mismo termino que duro el matrimonio, si antes no contrae nuevas nupcias o se une en concubinato, igual derecho tendrá el cónyuge que se haya dedicado a las labores del hogar, estos derechos se extienden a los concubinos, en las mismas condiciones que el matrimonio.

C).- Filiación.- Dice el artículo 338 del Código Civil:

“La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros”

Por otra parte el artículo 324 expone:

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

I.- Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

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 cuándo no haya contraído nuevo matrimonio la ex cónyuge. Este termino se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”

El ya mencionado Diccionario jurídico de Legislación y Jurisprudencia⁴², nos dice respecto a la filiación, lo siguiente:

“(Lat. Filiato, de Filius: Hijo). Acción o efecto de filiar, de tomar los datos personales de un individuo. Esas mismas señas personales. Subordinación o dependencia que personas o cosas guardan con relación a otras superiores o principales”.

La filiación significa por antonomasia, para el Derecho Civil, las procedencias de los hijos respecto de los padres; la descendencia de padres a hijos también, la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores.

⁴² Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Op. Cit. p. 355.

Dicho de otra manera, la filiación es el vínculo de derecho que existe entre el padre y la madre y su hijo: paternidad y maternidad. El padre engendra al hijo, y la madre lo concibe.

Siendo el derecho civil un orden de civilización, regula las relaciones ordenadas entre padres e hijos pero tiene que tomar en cuenta también a las relaciones no ordenadas. En el primer caso estamos en presencia de hijos de matrimonio, las otras relaciones reciben el nombre de hijos extramatrimoniales. La vinculación surge a consecuencia del matrimonio ya que este establece un principio de certeza pues los hijos que tiene una mujer casada, en principio, son del marido; por esa razón la Ley cinco, título cuatro, libro segundo del digesto, indica que las justas nupcias demuestran o nos prueban quien es el padre; es decir, que la mujer casada en matrimonio atribuirá en principio los hijos a su marido.

En cambio los hijos de una mujer no casada en principio no pueden atribuirse a un varón determinado; la paternidad en este caso surgirá del reconocimiento voluntario o bien será el resultado del ejercicio de una acción. El primer acto jurídico recibe el nombre de reconocimiento de hijos, y la acción se denomina acción de investigación de la paternidad.

Ampliando un poco más, podemos decir entonces que, la filiación puede ser legítima, natural o por adopción.

1).- La filiación legítima, supone que el padre y la madre son casados y que el hijo fue concebido durante el matrimonio, ya que el momento de la concepción es el decisivo para determinar la filiación; puede sin embargo, haber sido concebido antes del matrimonio siempre que nazca durante el matrimonio.

Es decir en la filiación legítima, el matrimonio atribuye de pleno derecho al hombre los hijos de su esposa. La presunción de paternidad que se establece es una obligación y un derecho del padre.

2).- La filiación natural, en esta se presupone que no existe un vínculo matrimonial entre el padre y la madre. Los hijos nacidos fuera de matrimonio resultan con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento, respecto del padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, según lo dispone el artículo 360 del código Civil.

3).- La filiación por adopción, se crea en virtud de un acto jurídico y por voluntad del adoptante y del adoptado, o en su caso con la voluntad de sus legítimos representantes. Resultando esta filiación jurídica y no biológica.

Sin embargo y toda vez que nuestra legislación a adoptado la adopción plena, al hijo adoptado se le considera como hijo de sangre, teniendo todos los derechos y obligaciones de un hijo consanguíneo, incluyendo las que nacen con los consanguíneos del adoptante.

Finalmente diremos, que la filiación otorga los siguientes derechos al hijo:

1.- A llevar el apellido de sus progenitores (nombre, en México se conforma por el apellido paterno, el materno y el llamado nombre de pila, en ese orden).

2.- A ser alimentado por sus progenitores.

3.- A percibir la porción hereditaria y a los alimentos que fije la ley.

D).- Derechos Sucesorios.- Dispone el artículo 1281 del Código Civil, lo siguiente:

“Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”.

Ahora bien, nuestro derecho positivo mexicano, prevé dos maneras de transmitir esos bienes, derechos y obligaciones, la primera cuándo por alguna disposición testamentaria el difunto dispone de que manera se han de distribuir sus bienes, es decir, a quién le pertenecerán en el futuro, la segunda, cuándo no existe esta disposición testamentaria, o existiendo adolece de nulidad o es inoficiosa, entonces la ley designa a qué personas han de trasmitirse dicho patrimonio y en que proporción, llamando a esta sucesión legítima y a aquella sucesión testamentaria, al respecto el artículo 1282 establece:

“La herencia se difiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima”.

Que se difiera la herencia por voluntad del testador o por disposición de la ley, significa que la transmisión de los bienes del difunto tendrá lugar conforme a lo que éste haya dispuesto en su testamento, o a falta de disposición testamentaria, siguiendo el orden de las personas que la ley señala y en la porción que la misma establece. La herencia será pues testamentaria si se difiere por voluntad del autor, declarada en el testamento, o legítima si no hay testamento y la transmisión se efectúa a favor ya sea del cónyuge, concubino o concubina, descendientes, ascendientes o parientes colaterales, conforme lo señale la ley.

En este caso, lo que nos interesa es la sucesión legítima, pues es en esta donde los parientes, conforme al grado de parentesco tendrán derecho sobre los bienes del difunto, en efecto la sucesión legítima se difiere, sólo a falta de disposición testamentaria. En este sentido puede decirse que la sucesión legítima es un régimen supletorio de la voluntad del “de cujus” o autor de la herencia y se

funda en que la ley presume cual seria la voluntad del fallecido, transmitiendo sus bienes a favor de su cónyuge e hijos; del concubino o concubina y los hijos de ambos, de sus parientes más próximos en la rama descendente o ascendentes en la línea colateral dentro del cuarto grado.

De tal suerte que el artículo 1599 del Código en cita dispone:

“La herencia legitima se abre:

I.- Cuándo no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;

II.- Cuándo el testador no dispuso de todos sus bienes;

III.- Cuándo no se cumpla la condición impuesta al heredero;

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

La sucesión es legitima, intestada o “ab intestado” cuándo no existe testamento, ya sea porque el de cujus no lo otorgó, porque el mismo perdió validez, porque la disposición de su última voluntad no abarcaba todos los bienes del causante, o bien porque la institución de heredero resulta ineficaz, por cualesquiera de las causas enunciadas en las fracciones III y IV, del artículo en comento.

En el sistema que adopta nuestro Código Civil, tal y como ya se anoto, la ley cumple una función supletoria de la voluntad del causante: si falta la voluntad del difunto, se procede en la forma que la legislación establece.

Históricamente, la sucesión legitima o intestada parece haber surgido antes que la testamentaria, habiéndose desprendido de la antigua comunidad familiar.

Para explicar su fundamento, se han formulado diversas teorías: la escuela de derecho natural, la hace basar en el orden de la sangre, en el orden divino o bien en el orden natural, puesto que Dios ha hecho nacer al hombre en el seno de una familia; según la doctrina biológica, la herencia tiene la misma causa que el fenómeno de la reproducción del individuo: los descendientes son desmembramientos sucesivos de un ser. Esta teoría no explica la sucesión de los ascendientes y de los colaterales, la fundamentan en la voluntad presunta del causante, esta teoría es acorde al derecho romano de las novelas y a muchas legislaciones modernas.

Para la teoría de la copropiedad familiar, el heredero funda su derecho, en que ocupa un lugar en la familia; para Antonio de Ibarrola,⁴³ la sucesión intestada es necesaria para continuar la vida económica y jurídica del difunto, que no puede cesar bruscamente, ya que el individuo no vive sólo para sí, sino también para sus semejantes. La sucesión legítima se explica asimismo por los deberes del sujeto para con la sociedad en general y para con sus parientes más próximos, en particular.

El supuesto esencial del derecho hereditario: la muerte del autor de la herencia, es el fundamento común de la sucesión testada y de la intestada.

Las cuatro causas de apertura de la sucesión intestada a que se refiere el artículo 1599, ya citado, puede desarrollarse de la siguiente forma:

1.- Inexistencia de testamento en los supuestos normales, porque no se otorgó; en los casos extraordinarios porque desapareció.

2.- Inexistencia o nulidad de testamento. Pérdida de validez del testamento, como en los casos de caducidad o revocación.

⁴³ De Ibarrola, Antonio. Op. Cit. p. 699-703.

- 3.- Falta de institución de heredero en el testamento.
- 4.- Disposición parcial de los bienes del testador.
- 5.- No cumplimiento de la condición impuesta al heredero.
- 6.- Premoriencia del heredero.
- 7.- Incapacidad del heredero.
- 8.- Repudio de herencia por el sustituido.

En consecuencia, las condiciones requeridas para suceder en forma legítima o intestada son existencia de uno o más de los parientes a quien el Código da derecho a heredar, en el momento de la muerte del causante; que el heredero sea capaz de heredar y que acepte la herencia.

Entonces, podemos concluir que el principio general determina que es procedente la sucesión intestamentaria cuándo no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez, aun cuándo la ley reconozca otras causas de apertura de la herencia legítima.

Históricamente como se apuntaba en líneas anteriores, la sucesión se modeló sobre la base de una copropiedad familiar, lo que explica que se organice en base al parentesco.

Esta tradición se ve hoy legitimada por una política legislativa que considera que con ello se fortalecen los intereses de la familia, dándoles cierta cohesión, lo que se estima socialmente conveniente.

La ley, sin embargo, fija límites a la familia “lato sensu”: pueden heredar en la línea colateral hasta el cuarto grado, inclusive.

La doctrina describe cuatro modos de suceder: in capita, in stirpes, por líneas y por troncalidad.

La sucesión in capita opera cuándo los llamados suceden en nombre propio, “por cabeza”; en la sucesión in stirpes los herederos concurren en representación de otro. La idea de la representación ha sido especialmente combatida por parte de la doctrina mexicana (De Ibarrola y Rojina Villegas), ya que manifiestan que la stirpe, no representa al heredero incapaz, sino que lo substituye, por lo que debe hablarse de substitución legal.

La sucesión por línea divide el caudal hereditario en dos partes iguales: una para la paterna y la otra para la materna; finalmente la sucesión por troncalidad establece una distinción de los bienes: los de procedencia familiar y los adquiridos por el causante.

El modelo de llamamiento en la herencia legítima se rige por varios principios generales:

1).- Los parientes más próximos excluyen a los más remotos (artículo 1604 Código Civil);

2).- Los parientes que se hallen en el mismo grado heredan por partes iguales (artículo 1605 Código Civil).

3).- El parentesco de afinidad no da derecho a heredar (artículo 1603).

Necesario es puntualizar antes de exponer el orden de sucesión, la presencia del cónyuge y de los concubinos, ya que representan una excepción clara al principio general anteriormente enunciado.

En ambos casos el hecho de que posean bienes tiene una especial incidencia en la constitución de su porción hereditaria (artículos 1624, 1628 y 1635 del Código Civil); pero su concurrencia es clara cuándo concurren con descendientes, ascendientes y hermanos del causante.

El cónyuge al igual que el o la concubina, pueden llegar a excluir de la herencia a los parientes del de cujus: a falta de descendientes, ascendientes y hermanos del cónyuge sucederán en todos sus bienes.

Es importante aclarar que en el caso de los concubinos, para que surta efectos el derecho a heredarse uno de otro (alimentos también), deben cumplir con los requisitos señalados en el artículo 291-Bis del Código Civil, esto es: que hayan vivido juntos por un periodo mínimo de dos años o antes si han procreado un hijo en común, sin impedimentos para contraer matrimonio

Fuera de estos requisitos, a la relación de concubinato la ley actualmente les concede todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, tal y como si fuera un matrimonio “chiquito”.

Primer llamamiento

El primer llamamiento se hace a favor de los hijos y del cónyuge, si no tiene bienes o teniéndolos que no igualen la porción de un hijo (artículo 1624 Código Civil). Los hijos concurren a la herencia en forma mancomunada: la herencia se divide por partes iguales (artículo 1607 código Civil).

En este primer llamamiento opera el modo de suceder in stirpes: si quedasen hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredaran por cabeza y los segundos por stirpes (artículo 1609 Código Civil), o bien, si solo quedasen descendientes de ulterior grado la herencia se divide por stirpes (artículo 1610 Código Civil). Es decir la stirpe substituye al hijo heredero y entre la stirpe se dividirá la porción hereditaria por partes iguales (artículo 1610 Código Civil).

Segundo llamamiento

A falta de descendientes y de cónyuge suceden el padre y la madre por partes iguales (artículo 1615 Código Civil). En este segundo llamamiento no opera en el modo de suceder in stirpes: si solo hubiera padre o madre, el que viva sucederá al hijo en toda la herencia (artículo 1616 Código Civil); en otras palabras excluyen a los ascendientes de ulterior grado por línea paterna o materna según sea el caso.

Tercer llamamiento.

Al tercer llamamiento concurren los hermanos (artículo 1630 Código Civil), los medios hermanos (hijos del mismo padre o de la misma madre (artículo 1631 Código Civil), y los parientes más próximos dentro del cuarto grado, sin distinción de línea (artículo 1634 Código Civil). En este llamamiento, a semejanza del primero, opera el modo de suceder in stirpes.

Cuarto llamamiento

El artículo 1636 del Código Civil, dispone que a falta de herederos llamados por la ley sucederá el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

E).- Algunos Impedimentos.

Siguiendo al Diccionario Jurídico Mexicano⁴⁴ las consecuencias jurídicas del parentesco por consanguinidad serian:

A) “Los deberes-derechos emergentes del parentesco” son diferentes de acuerdo a la clase y al grado del mismo. El parentesco en línea recta de primer grado (padres-hijos) produce consecuencias específicas y distintas a las de otros grados tales como la patria potestad, el derecho al nombre, entre otras. Las consecuencias genéricas del parentesco por consanguinidad son: obligación alimentaria, sucesión legítima, tutela legítima, prohibiciones diversas, y atenuantes y agravantes de responsabilidad. Las son siempre reciprocas entre parientes. La principal prohibición que emerge entre parientes es la de contraer matrimonio entre si, entre todos los consanguíneos en línea recta y en la colateral hasta el segundo grado. La ley señala también la prohibición entre colaterales del tercer grado que se subsana mediante la autorización judicial. Otro tipo de prohibiciones esta dispersa en diversos ordenamientos jurídicos que pueden generalizarse como prohibiciones para intervenir en ciertos actos jurídicos en los que esta involucrado un pariente, o en el mayor o menor rigor de la ley, sobre todo en materia penal.

A continuación señalaremos algunos de los impedimentos que nacen con el parentesco:

a).- La más grave de todas es aquélla que imposibilita a un pariente, casarse con otro que lo es en grado próximo;

b).- Los parientes de un notario están imposibilitados para heredar al testado “por presunción de inflijo contrario a la verdad e integridad del testamento”

⁴⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. p. 2325.

(art. 1324). Por la misma razón lo están los parientes de alguno de los testigos, según el propio concepto;

c).- Los parientes del médico que hubiere asistido al testador durante su última enfermedad, si entonces se hizo disposición testamentaria, “son incapaces de heredar por testamento por presunción contraria a la libertad del testado”, a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos (Art. 1323).

La presunción que inhabilita a los parientes en el caso de este inciso y el anterior, proviene de una presunción iuris et de iure, no admite prueba en contrario;

d).- Conforme al artículo 35 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, “queda prohibido a los notarios. III. Actuar...en caso de que intervengan por sí o en representación de tercera persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grados, los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, y los afines en la colateral hasta el segundo grado; IV. Ejercer sus funciones si el acto o hecho interesan al Notario, a su cónyuge o a alguno de sus parientes en los grados que expresa la fracción inmediata anterior.

e).- En numerosas leyes se prohíbe al funcionario actuar en negocios en los que intervienen sus parientes. Larga sería la enumeración. Citemos como ejemplo el artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que establece que “...están impedidos para conocer de los asuntos penales, administrativos y civiles...tener parentesco en línea recta sin limitación de grado: en la colateral por consanguinidad hasta el cuarto grado y en la colateral por afinidad hasta el segundo, con alguno de los interesados, sus representantes, patronos o defensores”. El impedimento alcanza a los ministros de la Suprema Corte de Justicia, a los magistrados de circuito y a los jueces de distrito.

f).- En materia penal el artículo 192 CPP establece que “No se obligará a declara al tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado, ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero, inclusive.

B).- Civil.

Por lo que hace a este parentesco el Diccionario Jurídico Mexicano⁴⁵, nos dice:

“Las consecuencias del parentesco civil son idénticas a las que surgen por filiación consanguínea, pero limitadas exclusivamente al adoptante y adoptado. La única gran diferencia entre la filiación adoptiva y la filiación matrimonial consiste, en que esta última es un vínculo indisoluble en la vida de los sujetos. En cambio el lazo de adopción puede extinguirse por revocación uni o bilateral, y una vez roto permite a los que estuvieron ligados por adopción, contraer matrimonio entre si, cuestión totalmente prohibida entre padres e hijos consanguíneos.”

Al referirnos paginas atrás del parentesco civil, dejamos claro, que actualmente nuestra legislación sólo acepta la adopción plena, ya que en el mes de mayo del año 2000, se derogo lo inherente a la adopción simple, en consecuencia tal y como esta contemplada la adopción en nuestro Código Civil, el vínculo de la adopción es indisoluble, pues el adoptado se le considera como si fuera un hijo consanguíneo con todos los derechos y obligaciones que emanan del parentesco natural.

En consecuencia los derechos y obligaciones que nacen del parentesco civil, son los mismos que se dan en el parentesco consanguíneo, pues así lo dispone el artículo 410 del Código Civil y que a la letra dice:

⁴⁵ Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. p. 2325.

“El adoptado en adopción plena se equipará al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo”.⁴⁶

Sin embargo, es necesario aclarar que si bien es cierto, la regla general es que se mantendrá en secreto la filiación consanguínea del adoptado, existen excepciones a esta regla, mismas que se señalan en el artículo 410-C, del Código citado, siendo estas, en primer lugar para los efectos de impedimento para contraer matrimonio, y la segunda cuándo el adoptado siendo mayor de edad desee conocer sus antecedentes consanguíneos, y siendo menor de edad requiere el consentimiento de los adoptantes.

En relación a que es posible conocer los antecedentes consanguíneos del adoptado, el segundo párrafo del artículo 410-A, antes invocado señala:

“La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y su familia de estos, salvo para los impedimentos de matrimonio...”

La explicación de la última parte de este párrafo, consiste en evitar que los pretendidos contraigan matrimonio existiendo algunos de los impedimentos que señala el artículo 156 del Código Civil, por ejemplo los que se refieren a las fracciones III y IV de dicho precepto, es decir el parentesco consanguíneo y el de afinidad, en efecto, señala la primera de las fracciones que es impedimento para contraer matrimonio el parentesco consanguíneo sin limitación alguna en línea recta ascendente o descendente y en la colateral igual entre hermanos y medios hermanos, de tal suerte que pudiera darse el caso de que los pretendidos, ignorándolo ellos tengan algún tipo de parentesco que les prohíba contraer

⁴⁶ Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. p. 66.

matrimonio, en este caso de conformidad con el multicitado artículo 410-A, no se extingue de pleno el derecho de la filiación preexistente con su familia natural quedando firme el impedimento para contraer matrimonio, por lo demás, los efectos de la adopción, surten todos sus efectos legales.

C).- Afinidad

El tema en cuestión será tratado en el capítulo tercero de este trabajo recepcional, por lo cual se omite en este apartado.

III.- Como se extingue el parentesco.

A).- Por muerte.

Es menester hacerse la siguiente pregunta:

¿La muerte extingue el parentesco?

Para poder dar contestación a esta interrogante, reflexionemos sobre algunos elementos relacionados con este punto.

Y así tenemos que la vida humana se sitúa entre dos extremos perfectamente identificados: el nacimiento y la muerte, respecto a este último extremo puede llegar a haber cierta incertidumbre, me refiero a lo que en derecho se le conoce como desaparecido o el ausente, o bien la llamada presunción de muerte.

El nacimiento, al igual que la muerte, tiene dos aristas, la biológica y la legal, en relación a la biológica, el hecho de nacer de acuerdo con el Diccionario Enciclopédico Abreviado, Espasa-Calpe es:⁴⁷

⁴⁷ Diccionario Enciclopédico Abreviado, Espasa Calpe. Op. Cit. p. 1091.

“**Nacer.** fr., Naître; it., Naceré; i., To be born, to rise; a., Geboren warden, hervorkeimen. (del lat. Nascere.) intr. Salir el animal del vientre materno. Salir del huevo un animal ovíparo. Empezar a salir un vegetal de la semilla. Salir el vello, pelo o plumas en el cuerpo del animal, o aparecer las hojas, flores, frutos o brotes en la planta. Descender de una familia o linaje. Fig. Empezar a dejarse ver un astro en el horizonte. Fig. Tomar principio una cosa de otra; originarse en lo físico o en lo moral. Fig. Prorrumpir o brotar. Fig. Criarse con hábito o costumbre. Fig. Empezar una cosa desde otra. Fig. Dejarse ver o sobrevenir de repente una cosa que estaba oculta, que se ignoraba o no se esperaba. Fig. Junto con las preposiciones “a” o “para”, tener una cosa o persona propensión natural o estar destinado para un fin”.

En relación al término nacimiento el propio Diccionario mencionado nos dice:

“**Nacimiento.** fr. naissance; it., Nascimento, nasita; i., Birth; a., Geburt. m. acción y efecto de nacer. El lugar o sitio donde brota un manantial. El manantial mismo. Lugar o sitio donde tiene uno su origen o principio. Principio de una cosa o tiempo en que empieza. Origen y descendencia de una persona en orden a su calidad”.

Por su parte el Diccionario jurídico de Legislación y Jurisprudencia, expone:⁴⁸

“**Nacido.** (Lat. Nasci: Nacer) s. Todo ser que esta vivo. Por extensión, los humanos que fueron fetos que nacen con figura y viven 24 horas desprendidos del seno materno. Para otras Leyes, el dado a luz, apenas presente signos de vida al separarse del seno materno. Connatural propio, peculiar, privativo de algo. Adecuado apto a propósito. El concebido se tiene por nacido para todos los

⁴⁸ Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia .Op. Cit. p. 567.

efectos legales que le favorezcan, de nacer con los requisitos legales para reconocerle la personalidad jurídica. Bien nacido: de buena familia, de noble linaje. De elevación moral o dotes sobresalientes en la conducta. Mal nacido: en sentido recto e injusto, el hijo de padres ilegítimos, más especialmente, el de prostituta. El individuo perverso”.

Así tenemos, que, el nacimiento es el hecho biológico consistente en que un ser se desprenda totalmente del seno materno que lo une a su progenitora, lo cual se da, cuándo se corta el cordón umbilical.

En su aspecto jurídico el nacimiento de un ser igualmente se da cuándo el individuo es desprendido totalmente del seno materno, pero ello no quiere decir que automáticamente adquiere personalidad jurídica como veremos más adelante.

El nacimiento, debe ser puesto en conocimiento del estado y de la sociedad, al mismo tiempo que constatarlo de una manera cierta. De ahí que el artículo 55 del Código Civil, de manera expresa, obligue al padre y a la madre, o a cualquiera de ellos, a declarar el nacimiento, obligación que se hace extensiva a los abuelos paternos y maternos, así como a los colaterales iguales en segundo grado y colaterales desiguales ascendentes en tercer grado dentro de los seis meses siguientes en que ocurrió el alumbramiento.

Esta obligación de declarar el nacimiento se ve complementada con la imposición de ley que recae en los médicos cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto y al jefe de familia en cuya casa paterna haya tenido lugar el nacimiento, si este ocurrió fuera de la casa paterna, de dar aviso del nacimiento.

En el caso de que el alumbramiento tuviese lugar en un sanatorio particular o del Estado, la obligación corre a cargo del director o de la persona encargada de la administración, siempre en el plazo de seis meses (artículo 55 del Código Civil),

de tal suerte que jamás el nacimiento puede conforme a la ley permanecer en la clandestinidad.

El principal efecto del nacimiento es sin duda el de su personalidad, es decir aquella aptitud de ser titular de derechos y sujeto de obligaciones: No obstante, esta afirmación, tiene en el sistema legal algunos matices:

1.- Conforme al artículo 22 del Código Civil, la ley expresamente dispone que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en la ley.

De esta consideración la ley deriva algunas consecuencias:

A).- Se tiene capacidad para heredar, si se esta concebido al tiempo del fallecimiento del autor de la herencia (artículos 1313 fracción I y 1314 del Código Civil).

B).- Puede el nasciturus recibir donaciones (artículo 2357 del Código Civil).

Por tanto se puede afirmar que no siempre el nacimiento es condición necesaria para la adquisición de la personalidad.

2.- Sin embargo el concebido debe nacer vivo y viable (artículo 337 del Código Civil), es decir, que desprendido enteramente del seno materno viva 24 horas o antes de ese plazo sea presentado vivo al Registro Civil, de ahí que el nacimiento tampoco sea una condición suficiente para la adquisición de la personalidad.

Ahora bien, en relación a la muerte tenemos que el Diccionario Enciclopédico Abreviado, Espasa-Calpe, nos dice:⁴⁹

“**Muerte.** fr. Mort, décès, trépas; it., Morte; i., Death; a., Tod. (Del lat. mors, mortis.) f. cesación o término de vida. En sentido religioso, separación del cuerpo y del alma, que es uno de los cuatro novísimos o postrimerías del hombre”.

Entendemos, pues, que la muerte, se da cuándo el cuerpo humano no responde a dos reflejos, el cerebral y el cardiovascular, esto es, cuándo ya el cerebro no responde y el corazón deja de bombear sangre.

Ya en el aspecto jurídico, la muerte marca la extinción de la personalidad, y por ser un acontecimiento de importancia capital, debe también ser puesta en conocimiento del Estado y de la sociedad. El acta de defunción es el último de los actos del estado civil de las personas. La ley categóricamente prohíbe la inhumación o cremación sin autorización escrita dada por el Juez del Registro Civil, quien deberá asegurarse suficientemente del fallecimiento con certificado expedido por médico legalmente autorizado.

La inhumación o cremación deberá realizarse dentro de las 48 horas siguientes al fallecimiento, excepto en los casos de muerte considerada violenta o que ordene otra cosa la autoridad competente.

Hemos dicho, que con la muerte se extingue la personalidad jurídica del individuo, sin embargo y contestando nuestra pregunta, decimos que subsisten aun después del fallecimiento del sujeto, efectos jurídicos de diversa índole, tales como la transmisión de su patrimonio, principalmente.

⁴⁹ Diccionario Enciclopédico Espasa-Calpe. Op. Cit. p. 1050.

Ahora bien, salvo en el caso de que exista testamento, los bienes pasaran al patrimonio de los parientes del difunto, llegando inclusive hasta el cuarto grado, en la inteligencia que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos, tal y como ya se ha señalado en este trabajo.

Luego entonces, contestando nuestra pregunta, afirmamos que el parentesco no se extingue con la muerte.

Y a mayor abundamiento, los descendientes del muerto, seguirán siendo parientes entre sí, aun cuándo el autor de la familia hubiere fallecido.

Con la muerte, se extinguen algunos derechos y obligaciones, como por ejemplo se extingue el matrimonio con todas las consecuencias inherentes a tal situación, tan es así, que el cónyuge sobreviviente puede contraer nuevas nupcias, sin mayor problema, igualmente se extinguen todas las obligaciones personalísimas, como sería el ejercicio de la patria potestad.

Aunque nacen consecuencias de tipo patrimonial, como sería la disolución de la sociedad conyugal y la sucesión legítima.

Situación *sui generis*, presenta el fallecimiento de una persona en relación a su parientes afines, y esto es así, toda vez que mientras exista el matrimonio, no se genera ningún derecho u obligación entre los parientes afines, como sucede en otras legislaciones como la francesa y la argentina en las cuales en virtud del parentesco de afinidad, nacen derechos y obligaciones, tales como serían los de alimentos y la de sucesiones.

En efecto, al disolverse el matrimonio, ya sea por muerte, nulidad o divorcio, nace la prohibición expresa de contraer matrimonio entre parientes afines en línea recta sin limitación de grado, he ahí la inconsistencia, toda vez que si ya se

extinguió el matrimonio, lo lógico es que se extinga el parentesco de afinidad, pero no sucede así. Sobre el particular lo trataremos en el capítulo correspondiente.

Finalmente diremos que la muerte de alguno de los cónyuges extingue todo lazo de unión entre los familiares de un cónyuge con el otro cónyuge y viceversa.

Con ella se dan por concluidos todos los acuerdos, las estipulaciones, la patria potestad, la administración de los bienes de la sociedad conyugal. De todo lo anterior el cónyuge superviviente será el titular absoluto de esos derechos y obligaciones, recayendo en él o en ella la administración del peculio de familia y la buena educación de los hijos.

B).- Por nulidad de Matrimonio.

Con respecto a la cuestión que surge con motivo de un matrimonio anulado, consideramos que se debe tener en cuenta, si el matrimonio se contrajo de buena o de mala fe, ya sea por uno de los cónyuges o por ambos.

En principio creemos que el impedimento para contraer matrimonio entre parientes afines, no debe subsistir para el cónyuge que actuó de buena fe, y si aplicarse el mismo para el cónyuge que actuó de mala fe. En el entendido que siempre será impedimento para contraer matrimonio, si en el matrimonio anulado hubieron hijos.

Ahora bien, los artículos que contemplan los casos de nulidad de matrimonio en nuestro Código Civil, corren del 235 al 265 inclusive;⁵⁰

El artículo 235 del mencionado Código, dispone:

“Son causas de nulidad de un matrimonio:

⁵⁰ Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. p. 48-50.

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

II.- Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y

III.- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103”.

El precepto en cuestión, señala cuáles son las causas que producen la nulidad del matrimonio. En él se encuentran mencionados los casos en que aunque se haya celebrado el matrimonio, no se producirán los efectos que los contrayentes pretenden o no se producirán en la medida que normalmente ese acto jurídico los produce.

Tres son las causas de nulidad del matrimonio a las que se refiere el artículo que se comenta: el error en la persona, la presencia de alguno de los impedimentos denominados dirimentes y la falta de formalidades en el acto de su celebración.

Las causas de nulidad del matrimonio, son exclusivamente aquellas que señala este precepto expresamente, en forma limitativa. En este sentido lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente ejecutoria y que a la letra dice:⁵¹

“Matrimonio, las causales de nulidad son de estricto derecho. Tratándose de nulidad de matrimonio, las causales señaladas por la ley, son de estricto derecho y la relación de ellas formuladas por el legislador, no es simplemente

⁵¹ Informe de 1984, segunda parte, Tercera Sala, tesis 105, p. 88.

enunciativa, sino limitativa, de tal manera que solamente puede declararse la nulidad de un matrimonio, por uno de los motivos expresamente previstos por el ordenamiento jurídico, sin que puedan presumirse o aplicarse por analogía”.

El error de la persona con quien se pretende celebrarlo es causa de nulidad del matrimonio.

En cuanto a la distinción entre impedimentos impeditivos e impedimentos dirimentes. A que se refiere la fracción II del artículo en comento, se verán renglones más adelante.

Finalmente la fracción III hace referencia a la falta de formalidades esenciales del matrimonio, de tal suerte que atendiendo a este criterio debe distinguirse que formalidades de las que mencionan los artículos 97, 98, 100, 102 y 103, son esenciales y constituyen verdaderas solemnidades y cuales no lo son.

Aunque no hay que perder de vista que existe un cierto número de requisitos cuya falta no trae como consecuencia la nulidad del matrimonio, porque no había proporción entre la sanción de nulidad y el grado de gravedad de la falta.

Por su parte el artículo 156 de nuestro Código Civil, además de señalar cuales son los impedimentos para celebrar matrimonio, igual señala cuales son impedimentos impeditivos y cuales son dirimentes, o sea cuales se pueden dispensar y cuales no. El texto es el siguiente:

“Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

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

II.- La falta de consentimiento del que, 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 línea 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 pretendan contraer matrimonio, cuándo 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 algunos 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 pretenda contraer; y

XII.- El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por 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 colateral desigual.

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

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

Cualquier obstáculo que se oponga a la celebración de un matrimonio, es un impedimento. Se les puede clasificar desde distintos puntos de vista en absolutos y relativos, públicos y secretos, dirimientes e impedientes, etc. Posiblemente esta última clasificación, que según los autores tiene su origen en el

derecho canónico, es la más conocida e importante. El impedimento dirimente, vicia de nulidad el matrimonio, el impediendo no lo anula, es una causa para que el juez se abstenga de celebrarlo bajo su responsabilidad.

La totalidad de los impedimentos que enumera el artículo 156 antes referido, pueden considerarse dirimientes. Si se celebra un matrimonio existiendo alguno de estos impedimentos el matrimonio será nulo, aun cuando solo afecte a uno de los contrayentes.

A las doce causales contempladas en el artículo 156, se puede agregar también el impedimento que se contempla en el artículo 157.

De conformidad con los artículos 255 y 256 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, si los cónyuges, ambos o uno solo de ellos, han actuado de buena o de mala fe, siempre surtirán todos los efectos civiles respecto a los hijos, esto quiere decir, que a los hijos siempre se les considerara como hijos nacidos dentro de matrimonio.

De lo anterior concluimos que entre los cónyuges no existe parentesco alguno, aunque con el matrimonio nacen otros parentescos, como sería el de afinidad y el de consanguinidad si se tiene prole. Declarándose la nulidad, entre los cónyuges no se extingue el parentesco, ya que el parentesco subsiste entre los afines, así como entre sus descendientes.

C).- Por divorcio.

Además de la muerte, el divorcio es una manera muy común de extinguir el matrimonio. El divorcio ha sido y sigue siendo tema de grandes discusiones como síntoma y causa de disolución moral de la sociedad. Por una parte, indica incapacidad de cumplir los deberes matrimoniales y de soportar las cargas y sacrificios que el matrimonio impone; por la otra, se puede considerar como un

mal necesario para evitar otros males mayores, que se presentaran inevitablemente si se mantiene unidos a los que ya están separados afectivamente y, lejos de guardarse las consideraciones y el respeto que se deben uno a otro.

El divorcio es una forma de terminar las relaciones conyugales en vida de los casados, siendo decretado por la autoridad facultada para ello, pudiendo ser judicial o administrativa.

El profesor Agustín Bravo González, nos dice que el divorcio:

“No es otra cosa sino la ruptura voluntaria del lazo conyugal; puede resultar o del consentimiento mutuo de los cónyuges y se dice que tiene lugar bona gratia, o de la voluntad de uno sólo, en cuyo caso se dice que es por repudio”.⁵²

Para Jorge Mario Magallon Ibarra el divorcio es:

”Una separación que como las líneas divergentes, se manifiesta como una conducta que a medida que se desarrolla en su avance, va estableciendo siempre una mayor distancia entre los cónyuges de manera que nunca más van a encontrar el punto original de unión. Confirma el anterior criterio el que la palabra divorcio encuentra su etimología en el verbo latino *divertere* que entraña que cada cual se va por su lado.

Expuesto lo anterior, debemos decir que el divorcio es el rompimiento y disolución del vínculo conyugal que une válidamente a una pareja que, mediante una sentencia, deja a sus partes en aptitud de contraer legalmente un nuevo matrimonio”.⁵³

⁵² Bravo González, Agustín. Op. Cit. p. 170.

⁵³ Magallon Ibarra Jorge Mario. Op. Cit. p. 356.

Existen diversas clases de divorcio, el autor Edgar Baqueiro Rojas, nos comenta que:

”Atendiendo al alcance de sus efectos el divorcio puede ser pleno, cuándo produce el rompimiento del vínculo matrimonial y permite que los divorciados puedan contraer nuevas nupcias (divorcio quad vinculum), en este tipo cesan todas las obligaciones y derechos derivados del matrimonio, puede establecerse una pensión alimentaria a favor de alguno de los esposos pero ya no tiene como causal el matrimonio sin la culpabilidad del divorcio, esto es un acto ilícito, o bien un acuerdo de voluntades en el caso de los divorcios por mutuo consentimiento.

El divorcio menos pleno conocido como divorcio por simple separación de cuerpos (separación quad thourum et mesam) establece la cesación de cohabitar, compartir lecho y mesa, pero deja subsistentes otras obligaciones como la fidelidad y la obligación alimentaria y no rompe el vínculo por lo que los divorciados no pueden contraer nuevo matrimonio”.⁵⁴

El profesor Rafael Rojina Villegas nos dice respecto al divorcio lo siguiente:

”Tenemos que distinguir dos grandes sistemas: el divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular. En el primero, perdura el vínculo, suspendiéndose sólo algunas obligaciones del matrimonio, tales como las de hacer vida en común y cohabitar. En el segundo, se disuelve el vínculo matrimonial, quedando los cónyuges en aptitud de celebrar nuevas nupcias”⁵⁵.

Divorcio separación de cuerpos (no vincular)

Respecto al divorcio no vincular, sigue diciendo el maestro Rojina Villegas:

⁵⁴ Baqueiro Rojas, Edgar. Op. Cit. p.38.

⁵⁵ Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. p. 383.

“En este sistema el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente a hacer vida marital”.⁵⁶

En relación con lo antes expuesto Magallon Ibarra nos dice que en:

“El derecho canónico que permite su relajamiento mediante la separación de cuerpos, en cuanto al lecho, mesa y habitación; pero que mantiene indisoluble el vínculo conyugal”.⁵⁷

La figura del divorcio separación de cuerpos ha sido empleado en el derecho mexicano desde siglos anteriores nuestras legislaciones civiles de 1870 y 1884 lo contemplaron como única forma de concluir el matrimonio en vida de los cónyuges y nuestra legislación civil actual lo contempla en el artículo 277 el cual a la letra dice:

“Artículo 277.- La persona que no quiera pedir el divorcio faltando en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.”

Considerándolo así nuestra legislación civil actual lo conserva pero sólo para los casos de enfermedades crónicas e incurables, impotencia incurable después de celebrado el matrimonio y la enajenación mental facultando al cónyuge sano a solicitar se suspenda la obligación de cohabitar con el enfermo dejando subsistentes las otras obligaciones.

⁵⁶ Idem. p. 383.

⁵⁷ Magallon Ibarra Jorge Mario. Op. Cit. p. 365

El divorcio por separación de cuerpos consiste en la suspensión de la obligación de compartir mesa y lecho, de allí que la situación autorizada por el código civil tenga las mismas características pero no la denomina divorcio, reservando el término para el que disuelve el vínculo. Las obligaciones subsistentes serían la fidelidad y la ayuda mutua que implica alimentos, administración de la sociedad conyugal, tutela legítima y derechos sucesorios.

Respecto a ello Rafael Rojina Villegas, nos dice que:

“Este tipo de divorcio fue el único que regularon las codificaciones anteriores, perdurando en nuestro código civil vigente como una opción que se origina en el texto mismo del artículo 277, ya que, tratándose de las causales de divorcio señaladas en las fracciones VI y VII del artículo 267, el cónyuge sano puede optar entre el divorcio vincular o la simple separación de cuerpos”.⁵⁸

Divorcio vincular

El maestro Floris Margadant⁵⁹ nos dice respecto a este tipo de divorcio que:

“La principal característica de este divorcio consiste en la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias”.

Se le denomina divorcio vincular por ser aquel que concluye o disuelve el lazo matrimonial que une a los cónyuges quedando ambos en la posibilidad de contraer matrimonio nuevamente.

⁵⁸ Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. p. 384.

⁵⁹ Floris Margadant, Guillermo. Derecho Privado Romano. 15ª ed. Ed. Esfinge. México 1988. p.385-386.

Este tipo de divorcio ya se contemplaba desde el Derecho Romano, Floris Margadant expone al respecto que:

”Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *affectio maritalis* había desaparecido. No tenía validez, siquiera un convenio de no divorciarse. Augusto con su política de fomentar la frecuencia de uniones fértiles, no tomaba medidas en contra, opinando que así sería más fácil que una unión estéril cediera su lugar a nuevas uniones que darían hijos a la patria”.⁶⁰

El profesor Magallon⁶¹ Ibarra nos comenta que:

”Que el divorcio romano encontraba la disolución absoluta del vínculo conyugal, así como la aptitud para el divorciado de contraer válidamente una nueva unión conyugal”.

De acuerdo a nuestra legislación y de conformidad con el artículo 266 del Código Civil, el divorcio es:

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuándo cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuándo menos un año desde la celebración del mismo.

El divorcio vincular se divide en dos tipos los cuales son: el divorcio voluntario y el divorcio necesario.

⁶⁰ Idem. p. 211.

⁶¹ Magallon Ibarra Jorge Mario. Op. Cit. p. 365.

Divorcio voluntario

En este tipo de divorcio los cónyuges están de acuerdo en la disolución del vínculo matrimonial y puede ser tramitado ante autoridad administrativa o judicial según sea el caso y cumpliendo con los requisitos que cada uno de ellos requiere.

Divorcio administrativo

Se llama así porque se tramita administrativamente y no judicialmente, esto es, ante el oficial del registro civil y no ante el juez de lo familiar, es por lo tanto, la manera más sencilla de disolver el vínculo matrimonial, pero solamente se concede en ciertas condiciones:

Se requiere para ello el común acuerdo de los esposos en divorciarse, así como:

1.- Que los cónyuges no tengan hijos menores de edad; y teniéndolos mayores de edad no requieran alimentos.

2.- Que la mujer no esté embarazada.

3.- Que los dos sean mayores de edad;

4.- Que hayan liquidado la sociedad conyugal, si es que bajo ese régimen contrajeron matrimonio; y

5.- Que haya pasado cuándo menos un año desde la celebración del matrimonio que van a disolver.

Los cónyuges que están en estas circunstancias y deciden poner con el divorcio fin a su matrimonio, tienen que presentarse ante el oficial del registro civil donde se hayan casado, y allí se identificarán plenamente, demostrando su edad, su estado civil de casados, la fecha de matrimonio y la constancia pública de haber liquidado su sociedad conyugal si se casaron bajo ese régimen.

El código civil vigente contempla el divorcio voluntario administrativo en su artículo 272, el cual transcribiremos a continuación:⁶²

“Artículo 272.- Procede el divorcio administrativo cuándo habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no este embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y estos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El juez del registro civil, previa identificación de los cónyuges, levantara un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citara a estos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el juez los declarara divorciados y hará las anotaciones correspondientes en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

Respecto a ello el profesor Rojina Villegas nos dice:

“Que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución; lo es también, el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución lo es también, el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los

⁶² Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. p. 51.

sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno.

Por el contrario será de interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruente con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial”⁶³

Divorcio voluntario judicial.

En este tipo de divorcio es voluntario porque lo piden los dos cónyuges por su propia voluntad, y es judicial porque a diferencia del administrativo, se tramita ante un juez de lo familiar.

Ahora bien el hecho de que los cónyuges estén de acuerdo en deshacer su matrimonio no quiere decir que sólo ellos sean parte en el juicio, pues también los hijos sufren las consecuencias, quizá en mayor grado aun que los padres. A la sociedad le interesa que los hijos menores queden protegidos mientras se tramita el divorcio y después de que el juez dicte sentencia.

A este último corresponde por ley la labor de vigilar que en los juicios de divorcio voluntario se protejan preferentemente los intereses de los hijos, y además, con ese mismo fin, interviene como parte el ministerio público en representación de la sociedad, con la misión de vigilar, que en el convenio presentado por los esposos, quede asegurada la subsistencia y educación de los hijos.

El profesor Edgar Baqueiro Rojas nos dice en relación al divorcio voluntario vía judicial:

⁶³ Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. p. 386.

“Procede cuándo alguno de los esposos es menor de edad, tienen hijos o la esposa está encinta o no se han puesto de acuerdo para la liquidación de los bienes comunes. Con la demanda de divorcio deben acompañar un convenio, en que fijen los puntos que regirán la situación de los hijos, los bienes y la obligación alimentaria durante el procedimiento. El juez en dos juntas de avenencia exhortará a los esposos a reconsiderar su solicitud y de no lograrlo, oyendo al ministerio público dictará sentencia, definiendo la situación de los hijos, los alimentos de la mujer quien tendrá derecho a ellos por el mismo tiempo que duró el matrimonio si no tiene ingresos y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato”⁶⁴

Rojina Villegas nos dice respecto a ello lo siguiente:

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

Si los consortes son menores de edad, si existen hijos en el matrimonio, o bien si el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, sin haberse liquidado, se deberá tramitar el divorcio voluntario ante un juez competente. Es decir, si los consortes que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento y no llenan los requisitos señalados para el divorcio de tipo administrativo, por ser menores de edad, tener hijos o bienes comunes, deberán acudir ante el juez competente”.⁶⁵

⁶⁴ Baqueiro Rojas, Edgar. p.40.

⁶⁵ Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. p. 388.

Nuestra legislación vigente contempla en sus artículos 273 al 276, la figura del divorcio voluntario judicial, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 273.- Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuándo los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

I.- Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

II.- El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.

III.- Designación del cónyuge a quien corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV.- La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aun después de decretado el divorcio, si hay menores de edad o incapaces u obligaciones alimenticias;

V.- La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

VI.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal, durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su

caso las capitulaciones matrimoniales el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y

VII.- Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Artículo 274.- derogado.

Artículo 275.- mientras que se decrete el divorcio voluntario, el juez de lo familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este código.

Artículo 276.- los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación”.

Divorcio necesario

En relación al divorcio necesario, Rojina Villegas nos dice lo siguiente:

“El divorcio necesario tiene su origen en las causales señaladas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil vigente.

Dentro de este sistema de divorcio, podemos considerar dos tipos, que son:

El divorcio sanción y el divorcio remedio. El divorcio sanción se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio.

El divorcio remedio se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias.

El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge inocente, y dentro de los seis meses siguientes al día en que se tuvo conocimiento de los hechos que funden la demanda de acuerdo con lo estatuido por el artículo 278 del código civil vigente; para que esta acción pueda ser intentada, se requiere que no haya mediado perdón expreso o tácito por parte del cónyuge que no hubiere dado causa al divorcio”.⁶⁶

De ello se desprende que cuándo solamente un cónyuge quiere el divorcio, para pedirlo necesita demostrar la existencia de una causa grave, de las enumeradas en el artículo 267 de nuestra legislación civil vigente, causa suficiente para conceder este divorcio pedido por uno solo de los esposos y el cual recibe el nombre de divorcio necesario o contencioso.

Este tipo de divorcio no se contemplaba en las legislaciones civiles del siglo pasado (1870 y 1884), en los cuales solo se daba el divorcio por separación de cuerpos.

A partir del 29 de diciembre de 1914 se promulgo una ley relacionada con el tema en comento, del cual el maestro Rafael Rojina Villegas expresa:

“Su artículo primero dispuso: el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuándo el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la

⁶⁶ Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. p. 392.

desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima”.⁶⁷

En dicho documento se hace mención por primera vez dentro de la legislación mexicana del divorcio vincular en el cual solo se daban dos series de causas, las cuales el Rafael Rojina Villegas, nos hace mención de ellos:

“En la primera serie de causas, es decir las que hacen imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio

A) Impotencia incurable para la cópula, en cuanto impedía la perpetuación de la especie

B) Enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias,

C) Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia.

En la segunda serie, podían considerarse a su vez, las siguientes

A) Faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieron irreparable la desavenencia conyugal. Es decir, se incluirán los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas, que arrojarán una mancha irreparable;

B) Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de tolerancia del marido para prostituirla o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos;

⁶⁷ Idem. p. 394.

C) El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos”.⁶⁸

Posteriormente la ley de relaciones familiares de 1917 retoma casi en su totalidad las causas de divorcio que regulaba el código civil de 1884, tomándolas en cuenta nuestro legislador de 1928 para la redacción del artículo 267, el cual nos proporciona todas las causales de divorcio contempladas en el Derecho Mexicano, transcribiendo a continuación el artículo antes citado. Las últimas reformas al Código Civil, derogaron las causales de divorcio

“Artículo 267.- son causales de divorcio:

I.-El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II.- El hecho de que durante el matrimonio, nazca un hijo concebido, antes de la celebración de este con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuándo no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;

III.- La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuándo el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuándo se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tengan relaciones carnales con ella o con el;

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;

V.- La conducta de algunos de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer cualquier enfermedad incurable, que sean, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual

⁶⁸ Ídem. p. 397.

irreversible, siempre y cuándo no tenga su origen en la edad avanzada;

VII.- Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;

VIII.-La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;

IX.- La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos;

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

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos;

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

XV.- El alcoholismo o el hábito de juego cuándo amenacen causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia;

XVI.-Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XVII.- La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este código;

XVIII- El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;

XIX.- El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la ley general de salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuándo amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y

XXI.- Impedir uno de lo cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este código.

La anterior enumeración de las causas de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma”.

D).- Por separación de los concubinos.

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

Y con las últimas reformas al Código Civil, actualmente el concubinato ha tomado mayor relevancia, fortaleciendo esta manera de formar una familia, los requisitos para que proceda esta institución los encontramos en los siguientes artículos:

“291-Bis.- La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios.

291-Ter.- Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

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.

291-Quintus.- Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para

su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato”.

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 cuándo 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 solo por la intención de las partes y por un efecto menos digno en su vivacidad y menos respetuosos para la mujer" ⁶⁹

Por su parte 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

⁶⁹ Bravo González, Agustín. Op. Cit. p. 160

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" ⁷⁰

Por su parte la maestra Sara Montero Duhalt, nos dice:

"La unión sexual de un solo 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 período mínimo de cinco años" ⁷¹

El autor Julio López del Carril, en relación al concubinato, 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" ⁷²

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 hijos 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, solo tiene ciertos efectos, siempre y cuando se cumplan los requisitos para que se de origen al concubinato,

⁷⁰ Zannoni, Eduardo. "El concubinato". 1ª ed. Ed. De Palma. Buenos Aires, Argentina 1970. p 125.

⁷¹ Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". 5ª ed. Ed. Porrúa, S. A. de C.V. México 1992. p. 165.

⁷² López del Carril, Julio. "Derecho de Familia". 2ª ed. Ed. Aboledo-Perrot Buenos Aires, Argentina 1984, p. 502.

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 que deben estar libres 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 proveerse ambos cónyuges recíprocamente.

Nuestra legislación solo acepta que la unión sea entre un solo 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 serian las siguientes:

A).- Ignoran en lo absoluto las relaciones que nacen del concubinato, de tal manera que este 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 solo 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 cónyuges"⁷³

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 de indefinición 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.

⁷³ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 363.

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 en relación a los hijos.

Las anteriores posturas obedecen sin lugar a dudas, a influencias de carácter religioso y moral, 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 cuándo no en forma íntegra, sino solo 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 cuándo parecería novedosa, no lo es, pues esta 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 considero de un rango inferior al matrimonio y contraria a las buenas costumbres, implicando discriminación a los hijos de esta.

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 ultima postura que consiste en dar al concubinato el mismo tratamiento que al matrimonio, represento 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, esta concebido en los siguientes términos: "los tribunales determinaran 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 cuándo las partes tengan capacidad legal para contraer matrimonio, hayan realizado una unión estable y singular".⁷⁴

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 solo el acuerdo de sus voluntades.

⁷⁴ Rojina Villegas, Rafael. Op, Cit. p. 639.

Finalmente en relación a nuestro código civil, anotaremos lo referente a la exposición de motivos.

"Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia en concubinato, hasta ahora se había quedado al margen de la ley los que en 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".

Elementos

Diversos son los elementos que caracterizan al concubinato, a continuación pasaremos a analizarlos, pues son estos los que hacen la diferencia con el matrimonio, a saber:

1.- Temporalidad.

No es concubinato la unión sexual circunstancial o momentánea de un hombre y una mujer; la vida intermitente marital, aun 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.

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.- Singularidad.

Esto significa que son un solo 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 solo una concubina"⁷⁵

4.- Libres de matrimonio.

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

De tal suerte, que un matrimonio anterior valido 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.

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

⁷⁵ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, tomo II, vol. 1, Antigua Librería de Robledo. México 1956, p. 453.

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.

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.

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.

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 esta sancionada como adulterio en el concubinato.

Con base en lo anterior podemos decir que el concubinato es la unión sexual de un solo 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 haber procreado a un menor antes de ese lapso.

Derechos y obligaciones que nacen 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 otorgo el derecho a alimentos al concubino, a través del testamento inoficioso (art. 1368, fracc. V), pues originalmente solo 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:

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 forma aplicada y publicada en el diario oficial de la federación del 30 de diciembre de 1983, la cual obliga a los

concubinos a darse alimentos. En forma similar a los cónyuges; así se adiciono de la siguiente manera:

"Los concubinos están obligados en forma igual, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635, entre los cuales esta, el que la cohabitación de los concubinos haya durado cinco años (actualmente son dos años), que precedieron inmediatamente y como los concubinos no tienen obligación alguna de vivir juntos cualquiera de ellos legítimamente se separa y termina con esos el concubinato terminando también con la obligación de proporcionar alimentos"

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 duro el concubinato.

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

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

Al respecto el artículo 1370 del código civil dice: se pagara con cargo a la masa hereditaria en las sucesiones legítimas, si el concubino sobreviviente no tiene bienes propios o si teniéndolos su producto no iguala a la pensión que debería corresponderle. La cual nunca excederá de los productos de la porción que correspondería al concubino en la sucesión intestamentaria, ni bajarla de la mitad (art. 1372 c.c.)

Por su parte el artículo 1368, en su fracción v dispone que el trabajador 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 cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, y que el superviviente este impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes.

Este derecho solo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Pero si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran cónyuges, 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.

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

En virtud de la reforma al código civil en esta materia, publicada en el diario oficial el 27 de diciembre de 1983, no solo se extendió el derecho que tenía a heredar por vía legítima la concubina a su compañero, sino que igualo en forma total el derecho de los concubinos y de los cónyuges. Originalmente solo tenía derecho a heredar la mujer en el concubinato, más en condiciones de inferioridad con respecto a la herencia de la esposa.

Actualmente la redacción del artículo 1635 del código civil, es la siguiente:

"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 viva en forma común, constante y permanente por un periodo 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 hijos del autor de la herencia, heredara como si fuera esposa, es decir una parte igual a la que heredaría un hijo, o la porción necesaria para igual esa porción.

2.- Si concurre la concubina con hijos del autor de la herencia que también sean sus hijos, heredara la mitad de la porción de un hijo.

3.- Si concurre con hijos suyos y del concubinario y con hijos habidos de otra mujer, heredara las dos terceras partes de la porción de un hijo.

4.- Si concurre con ascendencia del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de la herencia.

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

6.- En caso de que no existan otros parientes, heredara el cincuenta por ciento de la herencia y el otro lo heredara la asistencia pública.

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 naturales de otras uniones.

Los hijos de los concubenarios deben ser reconocidos expresamente por sus progenitores de modo voluntario, en la partida de nacimiento ante el mismo juez del registro civil, por acta especial ante el mismo juez, por escritura pública, por testamento, o por confesión directa y expresa (art. 369).

Esta 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 ceso 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, declara 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 este tendría que desconocer su paternidad.

4.- Como 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 obro de buena fe demandar al otro, indemnización por daños y perjuicios.

Así las cosas, cuándo 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.

CAPITULO TERCERO
INCONSISTENCIA DEL PARENTESCO
DE AFINIDAD EN CUANTO
A SUS EFECTOS.

I.- Cómo nace el parentesco de afinidad.

En su forma jurídica, el parentesco de afinidad nace tal y como lo dispone el artículo 294 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y que a la letra dice:

“El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o por concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos”.

Con el matrimonio los cónyuges, o bien, los concubinos, según sea el caso, son parientes por afinidad, el esposo o concubinario con los familiares de la esposa o concubina, en línea recta con los padres de ella y sus descendientes y en línea colateral con los hermanos de ella o sus descendientes de estos, en los mismos grados consanguíneos de ella.

Y viceversa, la esposa o concubina, según sea el caso, se convierte con el matrimonio o concubinato, en pariente por afinidad en línea recta con los padres o ascendientes de su esposo o concubinario y por afinidad con los hermanos de su esposo o concubinario e hijos de estos en los mismos grados que aquel.

A su vez, si su marido ha tenido otro matrimonio, o concubinario antes tuvo un concubinato, los hijos, nietos o descendientes se convierten en parientes por afinidad de su esposa o concubina; lo mismo podemos decir del esposo o

concubinario respecto de los hijos, nietos y descendientes que haya tenido su esposa o concubina de alguna otra unión.

Aunque no es necesario que el varón o la mujer previamente hubieran estado unidos ya sea por matrimonio o concubinato, baste que el hijo este plenamente reconocido, para que se de el parentesco de afinidad si alguno de sus progenitores contrae nupcias o se une en concubinato, con persona distinta a su otro progenitor.

Nuestra legislación concede derechos muy limitados a los parientes afines, a diferencia por ejemplo del derecho francés, que obliga al yerno o a la nuera de proporcionar alimentos a sus suegros.

Ahora bien, antes de la reforma de Mayo de 2000, el artículo 294 del Código Civil, solo se refería al parentesco de afinidad que resultaba del matrimonio y de ninguna manera se refería al concubinato, actualmente, ya existe el parentesco de afinidad generado por la unión de concubinato.

En el entendido que el concubinato debe cumplir con los requisitos que la propia ley exige, para que tal unión sea considerada como un verdadero concubinato, entre otros, que no exista impedimento legal para unirse en matrimonio, aunque nunca se celebre este.

El Diccionario Jurídico Mexicano, expresa¹:

“El parentesco por afinidad se establece únicamente entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Los parientes consanguíneos de cada uno de los cónyuges con respecto unos de otros no son parientes por afinidad.

¹ Diccionario Jurídico Mexicano Op. Cit. p. 2323.

El matrimonio no crea lazos de parentesco jurídico entre dos familias, la de ella y la de él como cónyuges. Es común en la vida familiar que los parientes de ambos consortes se sientan y se trate como familiares, pero jurídicamente no existe entre ellos lazos de parentesco. Asimismo, marido y mujer no se convierten en parientes entre sí en razón del matrimonio. Son, eso sí, familiares con cónyuges, fundadores como pareja de una familia, aunque no procreen; a la pareja casada se le tiene en derecho como una familia, podría decirse que el parentesco por afinidad lo crea el derecho a través de la institución del matrimonio que es, a su vez, una creación jurídica. Tan es así, que la pareja que vive como matrimonio sin haberlo contraído, no entabla relaciones de afinidad con los parientes de su compañero.

El derecho canónico sí recoge este tipo de parentesco natural de cada uno de los miembros de la pareja no casada con los parientes consanguíneos del otro y establece un impedimento para contraer matrimonio entre ellos, impedimento llamado “de pública honestidad”.

Antonio de Ibarrola, precisa:²

“El parentesco por afinidad nace siempre del matrimonio. Disuelto éste, no se extingue. El concubinato no engendra parentesco alguno conforme a ley. Por ende el matrimonio es posible en derecho civil entre dos personas aun cuando alguna de ellas hubiere tenido relaciones ilícitas con un ascendiente de la otra y aun cuando hubieren tenido en ellas hijos. En derecho canónico surge aquí el impedimento de pública honestidad”.

Por su parte los multicitados autores Planiol y Ripert, nos dicen:³

² De Ibarrola, Antonio Op. Cit. p. 126.

³ Planiol y Ripert. Op. Cit. p. 351.

“La afinidad nace siempre del matrimonio. El concubinato no la engendra, por lo menos según la ley civil. Por consiguiente, el matrimonio es posible entre dos personas, aunque una de ellas haya tenido, anteriormente, relaciones ilícitas con el ascendiente de la otra y aun cuándo haya tenido hijos con ella.

El derecho canónico reconoce una afinidad natural y resultante de un comercio ilegítimo. La Iglesia también reconoce una afinidad puramente espiritual nacida del bautizo entre padrinos, madrinas y los ahijados y en Rumania esta afinidad crea impedimento prohibitivo para el matrimonio.”

El maestro Galindo Garfias, nos dice:⁴

“El parentesco por afinidad nace como efecto del matrimonio. El concubinato no produce en derecho civil, el parentesco por afinidad. Si por ejemplo, la ley establece ciertos impedimentos derivados del parentesco por afinidad, no existe impedimento legal alguno para que un hombre pueda casarse con la hija que su concubina ha tenido de otro hombre”.

Hay que aclarar que a partir de las reformas al Código Civil de Mayo de 2000, al concubinato se le ha equiparado con el matrimonio, de tal suerte que hoy por hoy, ya existe parientes de afinidad entre los parientes del concubino y la concubina y entre los parientes de la concubina con el concubino, el artículo 294 del Código Civil, reza:

“El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos”.

⁴ Galindo Garfias; Ignacio. Op. Cit. p. 469.

Sobre el parentesco de afinidad el profesor Alberto Trabucchi, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Pavia, en sus Instituciones de Derecho Civil, señala:⁵

“El centro de la vida familiar lo ocupa el matrimonio. Como veremos, el derecho considera y regula el matrimonio bajo dos aspectos: como acto (o contrato) constitutivo de la familia (celebración del matrimonio, matrimonio como acto jurídico, el *matrimonium in fieri* de los canonistas), y como relación duradera (matrimonio como relación jurídica) *consortium omnis vitalis*, el matrimonio *in facto*).

Del matrimonio, como origen de la familia pueden derivarse tres diversos ordenes de relaciones. Hay una relación entre los cónyuges (relación conyugal); otra relación (relación parental) une los padres a los hijos, los hijos entre ellos, y, en general, todos aquellos que tienen, como se dice, al menos, en parte, la misma sangre, quienes o descienden los unos de los otros (línea directa) o, sin tal directa descendencia derivan de un tronco común (línea colateral, en fin, una diversa relación liga al cónyuge con los parientes de otro cónyuge (relación de afinidad).

La afinidad es como un reflejo del parentesco del propio cónyuge; por lo que los grados de afinidad corresponderán exactamente a los grados de parentesco; tu mujer será afín de todos tus parientes en el mismo grado que tus eres pariente de los mismos. Por ejemplo, tú eres pariente de segundo grado con tu propio hermano y tu mujer será afín, pues, de segundo grado con tu mismo hermano, esto es con su cuñado, pero la afinidad no se extiende a las relaciones entre un cónyuge y los parientes del otro: *ad fines Inter. Non sunt ad fines*: tus tíos paternos no son afines de tus tíos maternos. Pongamos un segundo ejemplo: habíamos dicho que tu mujer es afín de segundo grado con su cuñado, esto es,

⁵ Trabucchi, Alberto. “Instituciones de Derecho Civil”. Parte General. Negocio Jurídico. Familia. Empresas y Sociedades. Derechos Reales. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1967. p. 265.

con tu hermano, pero si tu hermano está casado, las mujeres de los dos hermanos no son afines entre ellas.

Los efectos jurídicos de la afinidad se manifiestan especialmente en materia de: impedimentos matrimoniales, de derecho a los alimentos, de indemnizaciones en caso de muerte de un trabajador; algunas prohibiciones o incompatibilidades entre parientes afines están establecidas en la ley; en materia de derechos hereditarios, rige también: --adfinitis jure nulla successio--. La relación de afinidad no cesa por la muerte del cónyuge de que se deriva (adfinitas in conjuge superstitote non deletur)".

Se debe tener en cuenta que el parentesco entre cada uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro es igualmente una consecuencia de "duo in carne una", establecido por el matrimonio.

El matrimonio es la fuente que da origen a esa clase de parentesco y en general se aplica a todos los parientes del cónyuge, sin que haya distinciones entre parientes legítimos, naturales o adoptivos.

Se debe recordar que en el antiguo Derecho canónico, el círculo se ampliaba hasta comprender a las relaciones sexuales notoriamente establecidas fuera del matrimonio, considerando como afines a los parientes del concubino. Pero admitía que en el matrimonio no consumado no se producía el lazo de afinidad, sino únicamente un impedimento (Impedimentum publicae honestatis).

En el Derecho Civil francés, la afinidad nace hasta del matrimonio no consumado puesto que todos los efectos jurídicos del mismo se derivan de su celebración y no de su consumación.

Se considera por la doctrina que debe comprenderse en este parentesco al hijo legítimo, al natural y al adoptivo.

En cuanto al natural, su premisa fundamental es que el parentesco que determina la afinidad debe estar legalmente establecido. Así se ha resuelto, por ejemplo, en la jurisprudencia francesa. Donde también se ha admitido que en materia de impedimentos, el parentesco natural no establecido legalmente, debe ser tomado en consideración.

La afinidad por adopción resulta de haberse establecido esta, por el cónyuge o con respecto al cónyuge; la jurisprudencia francesa ha reconocido su existencia a pesar del carácter artificial de la adopción.

II.- Cómo se extingue el parentesco de afinidad.

Respecto al parentesco de afinidad, el autor Ricardo Sánchez Márquez, explica:⁶

“En el Derecho Romano, la muerte de uno de los cónyuges hacia cesar inmediatamente el parentesco de afinidad. Igual doctrina siguió el antiguo derecho francés.

En el Derecho Canónico, la afinidad no termina con la muerte, ni con un matrimonio posterior, ni por la disolución de un matrimonio no consumado.

A primera vista parece que la lógica exige, si termina el matrimonio por muerte, divorcio o nulidad, también terminara el parentesco por afinidad y esta idea se resume en la formula de Foyssel “Muerta mi hija, muerto mi yerno”, sin embargo la idea del Derecho canónico, en el sentido de que el parentesco por afinidad era perpetuo, ha tenido más seguidores, sobre todo en los que se refiere

⁶ Sánchez Márquez, Ricardo. Op. Cit. p. 270.

al impedimento para contraer matrimonio, nuestra legislación nada dice al respecto, existen ordenamientos legales como el Código Civil Alemán que en su art. 1590 señala: “la afinidad subsiste, aunque este disuelto el matrimonio por el que fue originado”. El código Italiano en su artículo 78 establece. “La afinidad no cesa por la muerte, aun sin prole, del cónyuge de que deriva, salvo en cuanto algunos efectos especialmente determinados. Cesa si el matrimonio es declarado nulo, salvo los efectos a que hace referencia el artículo 87”.

De la manera como se extingue el parentesco de afinidad Guillermo A. Borda, expone:⁷

“En Roma, la afinidad cesaba con la muerte de uno de los cónyuges (digesto, fr.3.I.III:I); este sistema se siguió también en el antiguo Derecho francés. Loyseul lo resumía en esta expresiva formula: muerta mi hija, muerto mi yerno.

Pero el derecho canónico introdujo un sistema distinto. Repugnaba a la moral católica que el suegro pudiera casarse con su nuera o el yerno con su suegra y mantuvo el impedimento después de la muerte, lo que implica admitir que el parentesco por afinidad no concluye con esta”.

De lo anterior deducimos que nuestro Código Civil, adopta el sistema canónico, pues mientras subsiste el matrimonio, no existe obligación alguna entre los parientes afines, los efectos nacen una vez que ha fenecido el matrimonio, siendo uno, el impedimento para contraer matrimonio en línea recta al infinitud, entre los parientes afines.

Exponen Planiol y Ripert, lo siguiente:

⁷ Borda Guillermo A. Op. Cit. p. 26-27.

“¿Termina la afinidad con el matrimonio que la hizo nacer? Hay un adagio que parece establecer esto: “muerta mi hija, muerto mi yerno”. Pero no debe tomarse como una regla absoluta: solo es cierto tratándose de algunos de los efectos de la afinidad. Así, la obligación alimentaria cesa, en principio, entre el yerno o la nuera por una parte y el suegro o suegra por la otra, a partir de la disolución del matrimonio (art. 206. C. civ.). El derecho de recusar a un juez y el de tachar a un testigo por causa de afinidad cesa igualmente en ciertos casos (arts. 283 y 378 C. civ.). Pero la afinidad misma no ha concluido. Demuéstrase esto por la circunstancia de que la obligación alimentaria y aquellos derechos subsisten mientras vivan los hijos nacidos de matrimonio. El impedimento para el matrimonio derivado de la afinidad subsiste también, siendo de advertirse que este impedimento sólo puede producir efectos después de la disolución, por el divorcio, del matrimonio que crea la afinidad: en efecto, mientras el matrimonio dura, si el marido no puede casarse con su cuñada, no se debe a que esta sea hermana de su mujer, sino a que el mismo está casado y si se casara con aquella sería bigamo: además, ni siquiera podría casarse con una extraña. Para que la afinidad que existe entre los cuñados sea un obstáculo al matrimonio entre ellos, es preciso que este disuelva la unión que produjo esa afinidad”.

Antonio de Ibarrola refiere:⁸

“¿Concluye el parentesco por afinidad con el matrimonio que lo produjo? Si, a primera vista. Pero en realidad sólo concluye por lo que hace a algunos de los efectos de la afinidad. Subsiste por ejemplo el impedimento de matrimonio. Es más tal impedimento no puede surtir efectos más que una vez disuelto el matrimonio. En efecto: en tanto dura el matrimonio, si el marido no puede casarse con su cuñada, no es por cierto porque sea hermana de su mujer; es porque él está casado, y si se casara con su cuñada cometería el delito de bigamia. Para que el parentesco por afinidad entre cuñado y cuñada se convierta en obstáculo al

⁸ De Ibarrola, Antonio. Op. Cit. p. 129.

matrimonio de éstos, es necesario que la unión que produjo tal parentesco por afinidad haya quedado disuelta”.

III.- Personas sujetas al parentesco de afinidad.

Planiol y Ripert, refieren:⁹

“La afinidad se modela como el parentesco por consanguinidad y toma de el sus líneas y grados. Así, el que se casa llega a ser afín, en grado de hijo, de los padres de su mujer, su hijo por afinidad; es también afín, en grado de hermano, de los hermanos de su mujer, hermano por afinidad. Adquiere así parientes por afinidad en línea recta y otros en línea colateral. Para distinguir estos parientes por afinidad, que son falsos parientes y los parientes consanguíneos, que son los únicos verdaderos, se ha tomado la costumbre de designarlos con otros nombres: suegro (beau-père), cuñado (beau-frère), yerno (beau-fils), suegra (belle-mère), nuera (belle-fille) cuñada (belle-soeur)”.

Sobre el particular Antonio de Ibarrola nos dice:¹⁰

“Toda vez que el parentesco por afinidad deriva del consentimiento, lo presupone y se mide sobre él, resulta que puede ser también legítimo, natural o adoptivo. Cada cónyuge se convierte en pariente por afinidad legítima, natural o adoptiva. En España, por ejemplo, la adopción constituyó impedimento dirimente en el matrimonio: a) Entre el padre o madre adoptante y el adoptado; b) entre éste y el cónyuge viudo de aquellos; c) entre el padre o madre del adoptante y el cónyuge viudo del adoptado; d) entre los descendientes legítimos del adoptante y el adoptador mientras subsista la adopción. La fuerza de este impedimento en cuanto a los matrimonios canónicos no procede de la ley civil, sino de la

⁹ Planiol y Ripert. Op. Cit. p. 352.

¹⁰ De Ibarrola, Antonio Op. Cit. p. 129.

canonización que de esta ley hacía la Iglesia en el citado c. es por lo tanto, impedimento de derecho eclesiástico del cual puede la Iglesia dispensar, sin perjuicio de que siga subsistiendo la adopción para todos los demás efectos. En la memoria de todos nosotros ha perdurado siempre el recuerdo novelesco del matrimonio entre Enrique de Lagardère y su adoptada Aurora de Nevers, en la novela El Jorobado de Paul Féval”.

IV.- Sus efectos mientras subsiste el parentesco de afinidad.

Es importante dejar claro, que en nuestro código Civil vigente para el Distrito Federal es muy limitado en cuanto a los efectos que nacen del parentesco de afinidad, existen otras leyes donde se hace alguna referencia al parentesco de afinidad, y a manera de ejemplo citamos el artículo 200 del Nuevo código Penal para el Distrito Federal y que a la letra dice:

“Se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos lo de carácter sucesorio y en su caso, a juicio del juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en el, al cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, al pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, al tutor, al curador, al adoptante o adoptado, que.

I Haga uso de medios físicos o psícoemocionales contra la integridad de un miembro de la familia, independientemente de que se produzcan lesiones; o

II.....”.

Marcel Planiol y Georges Ripert, en su obra sobre derecho civil, nos dice lo siguiente:¹¹

“La afinidad limita al parentesco consanguíneo no sólo en sus formas, sino también en sus efectos: como el parentesco consanguíneo, el de afinidad produce derechos, obligaciones e incapacidades. Pero estos efectos son menos numerosos que los del parentesco consanguíneo. Hay muchos efectos de este, y son los principales, que no produce la afinidad. Por ejemplo, el derecho de sucesión: los consanguíneos se heredan mutuamente, no así los parientes por afinidad. Igualmente, la patria potestad no existe de ninguna manera entre parientes por afinidad”.

Sobre parentesco de afinidad el Diccionario Jurídico Mexicano¹², nos dice:

“Las consecuencias jurídicas son muy limitadas pues no existe entre ellos obligación alimentaria, ni sucesión legítima ni tutela legítima. Solamente algunas de las prohibiciones que se establecen en razón del parentesco por consanguinidad son extensivas a los afines. La única real consecuencia producida por el parentesco por afinidad consiste en el impedimento para contraer matrimonio entre los que fueron afines en línea recta (p.e., cuándo un matrimonio se ha disuelto, el padre del cónyuge varón no puede casarse con quien fue su hija por afinidad; la hija de la excónyuge no puede casarse con el que fue marido de su madre, etc.)”

Por su parte el maestro Ignacio Galindo Garfias, en su obra ya citada expone:¹³

“Los efectos de la afinidad en nuestro derecho son precarios.

¹¹ Planiol, Marcel y Georges Ripert. Op. Cit. p. 352.

¹² Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. p. 2325.

¹³ Ídem. p. 470.

Como ya se dijo, en nuestro régimen jurídico la afinidad no establece obligación alimenticia entre afines, ni da lugar al derecho de heredar. Tampoco impone como ocurre entre los parientes consanguíneos, la obligación de desempeñar el cargo de tutor o curador de los afines menores o incapacitados.

1º El parentesco por afinidad, es impedimento para celebrar matrimonio en la línea ascendente o descendente, sin limitación de grado (entre el marido y los hijos de la mujer, entre la mujer y los hijos del marido, sus ascendientes y descendientes (artículo 156 fracción IV del Código Civil).

No existe sin embargo, impedimento para celebrar matrimonio entre uno de los cónyuges y los parientes colaterales del otro (hermanos y tíos).

2º La declaración testimonial que rinda una persona en el juicio seguido en contra de otra, ligada a él por el parentesco de afinidad, puede carecer de fuerza probatoria, en razón de tal parentesco, según el prudente arbitrio del juez (artículo 419 del Código de procedimientos Civiles).

El parentesco por afinidad impide al juez del registro Civil autorizar el acta relativa a los parientes de su esposa, en línea recta ascendente o descendente (artículo 49 del Código Civil).

Los jueces, magistrados y secretarios, no podrán conocer de los negocios que interesan directa o indirectamente a su cónyuge, a sus parientes consanguíneos en línea recta, sin limitación de grado, a los colaterales dentro del cuarto grado, a los afines dentro del segundo grado (artículo 170 fracción II del Código de procedimientos Civiles)

Y así en esta forma, el parentesco por afinidad produce efectos negativos, en cuanto impide la intervención de parientes afines en los casos en que expresamente lo determine la ley”.

El maestro Antonio de Ibarrola, explica:¹⁴

“Notemos que el parentesco por afinidad imita al consanguíneo, no tan sólo en sus formas sino también en sus efectos: como el parentesco consanguíneo, la afinidad produce derechos, obligaciones e incapacidades. Sin embargo, tales efectos son menos numerosos que los del parentesco consanguíneo. Muchos efectos hay del parentesco, y son los principales que faltan en la afinidad. Es claro y tajante el artículo 1603: El parentesco de afinidad no da derecho de heredar”. Falta también totalmente el derecho de ejercer la patria potestad. Tampoco comprende el parentesco por afinidad la obligación de dar alimentos. En cambio, “el parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna” es impedimento para celebrar el contrato de matrimonio conforme al artículo 156, fracción IV.

No produce la afinidad incapacidad para heredar en los términos de los artículos 1323 y 1324. Tampoco comprende a los afines la incapacidad a que alude el artículo 1225. La lista que contiene estos preceptos por tratarse de situaciones de excepción, no podrían ampliarse validamente a los afines: es claro al respecto nuestro artículo 11: “Las leyes que establecen excepción a las reglas, no son aplicables a caso alguno que no este especificado en las mismas leyes”

Tiene en cuenta el parentesco por afinidad el artículo 363 CPC que establece que: “Después de tomar al testigo la protesta de conducirse con verdad...se hará constar... si es pariente por consanguinidad o afinidad y en que grado, de alguno de los litigantes... El artículo 504 CPC establece que “no pueden ser testigo: IV. Los parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado y por

¹⁴ Se Ibarrola, Antonio. Op. Cit. p. 132.

afinidad dentro del segundo, a no ser que el juicio verse sobre edad, parentesco, filiación, divorcio o nulidad de matrimonio”. Tengamos en cuenta muy claramente que, en derecho procesal, distinta es la tacha de la valoración de la prueba”:

Se debe tomar en cuenta que el lazo de unión en este parentesco es legal y no de sangre, por lo cual los efectos que el derecho de le otorga al parentesco consanguíneo, no son aplicables al parentesco de afinidad, tal y como serían derecho a alimentos o sucesorios.

V.- Sus efectos una vez que ha desaparecido el parentesco de afinidad.

Refiere Ignacio Galindo Garfias:¹⁵

“Se suscita el problema de determinar si los lazos de afinidad subsisten después del matrimonio que les ha dado origen, ha sido disuelto por muerte de uno de lo cónyuges, por divorcio o por nulidad.

Desde un punto de vista lógico podríamos concluir que siendo el matrimonio la fuente del parentesco por afinidad, cuándo aquel se disuelve, debe desaparecer el nexo de parentesco por afinidad. Parece que en roma así ocurría”

Sobre el tema Planiol y Ripert dicen:¹⁶

“Parece en efecto, que si el legislador ha tenido cuidado de precisar sus efectos después de la disolución del matrimonio, en ciertos casos determinados, es porque consideraba que del mismo modo que el parentesco, la afinidad es perpetua”.

¹⁵ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 470.

¹⁶ Planiol y Ripert. Op. Cit. p. 16.

Como ya se ha señalado el principal efecto del parentesco de afinidad es el impedimento para contraer matrimonio. Ya en el Derecho Romano se estableció la prohibición indefinida en la línea directa y hasta el tercer grado en la colateral. El Derecho canónico fue mucho más exigente, prohibiendo el matrimonio entre todos los parientes, como una reacción moral de la iglesia contra la promiscuidad producida a consecuencia de las invasiones bárbaras. Debido al rigor exagerado de esas primitivas disposiciones, el Concilio de Letrán de 1215 redujo la prohibición al cuarto grado canónico, equivalente al octavo en el cómputo civil, admitiendo así mismo dispensas en ciertos grados. El nuevo Código Canónico ha limitado hasta el tercer grado la prohibición entre parientes consanguíneos y hasta el segundo grado entre los afines.

Con motivo del establecimiento de este parentesco de afinidad se ha considerado la limitación legal para contraer nuevas nupcias con los parientes afines.

Como ya se ha visto, el afín queda en el mismo grado de parentesco que su consorte y ese vínculo no acaba con la muerte, aunque no exista descendencia. Además, únicamente constituye un impedimento en la línea recta, (entre suegro y nuera, entre yerno y suegra, viudos o no).

VI.- Alcances de la fracción IV del artículo 156 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

El parentesco de afinidad se define en el artículo 294 del Código Civil de la siguiente manera:

“El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos”.

En realidad este tipo de parentesco viene a constituir una combinación del matrimonio y del parentesco consanguíneo, pues presenta la línea recta y la línea transversal, computándose los grados de igual forma que en el parentesco consanguíneo. De esta forma la esposa entra en parentesco de afinidad con los ascendientes, descendientes o colaterales de su marido, en los mismos grados que existan respecto a los citados parientes consanguíneos.

Es decir, se encuentra en el parentesco de primer grado en línea recta ascendente con sus suegros, en parentesco colateral igual de segundo grado con sus cuñados y así sucesivamente. A su vez, si el marido ha tenido hijos, nietos o descendientes en general de otro matrimonio, o de un concubinato, contraerá también parentesco de afinidad con estas personas. Lo propio podemos decir del marido en relación con los parientes de la esposa.

En nuestro Derecho Positivo mexicano, el parentesco de afinidad produce sólo consecuencias muy restringidas, pues no existe el derecho a alimentos que se reconocen en algunas legislaciones como la francesa entre el yerno o nuera y sus suegros, o bien de una manera general, entre afines de primer grado en la línea directa. Sólo aceptamos como consecuencia jurídica importante la de que el matrimonio no puede celebrarse entre parientes por afinidad en línea recta. Tampoco tal forma de parentesco da derecho a heredar. Dice al efecto el artículo 1603:

“El parentesco de afinidad no da derecho a heredar”.

En relación al impedimento para contraer matrimonio entre afines, el artículo 156 en su fracción IV, lo siguiente:

“Son impedimentos para celebrar el matrimonio

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

Así tenemos, que cualquier obstáculo que se oponga a la celebración de un matrimonio, es un impedimento. Se les puede clasificar desde distintos puntos de vista en absolutos y relativos, públicos y secretos, dirimentes e impeditivos, etc. Posiblemente esta última clasificación, que según algunos autores tiene su origen en el derecho canónico, sea la más conocida e importante.

El impedimento dirimente, vicia de nulidad el matrimonio, el impeditivo no lo anula, es una causa para que el Juez se abstenga de celebrarlo bajo su responsabilidad.

La totalidad de los impedimentos que señala el artículo 156 en comento, se pueden considerar dirimentes. Si se trata de un matrimonio existiendo alguno de estos impedimentos el matrimonio será nulo, aunque afecte solo a uno de los cónyuges.

En relación a la fracción IV del artículo 156 que se estudia, esta señal como impedimento para contraer matrimonio el parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna, sin embargo creemos que si desaparece el matrimonio sea por muerte, divorcio o nulidad, debe desaparecer el parentesco de afinidad, por lo menos en algunos casos, como se verá más adelante. Pero haya que aclarar que en nuestro sistema legal, mientras subsiste el matrimonio no existe ningún derecho, ni obligación, ni impedimentos que se den entre los afines, pues en la especie ocurre lo contrario, disuelto el matrimonio, nace el impedimento para contraer matrimonio, pues de lo contrario si alguno de los cónyuges contrae matrimonio, con un pariente ex afín cometería bigamia, y porque además el que se encuentre casado, ya de por sí es impedimento de conformidad con la fracción X del propio artículo.

Concluimos que los alcances de la fracción IV del artículo 156, son extremadamente limitados, y solo nacen una vez disuelto el matrimonio, ya que

por lo que hace al Derecho Mexicano, este parentesco mientras los cónyuges sigan casados, no se genera ningún derecho, ni ninguna obligación, sólo y después de disuelto el matrimonio nace el impedimento para que aquellos que fueron parientes afines en línea recta estén impedidos para contraerlo.

VI.- Por qué es inconsistente el parentesco de afinidad en cuanto a sus efectos.

Ya ha quedado asentado que el parentesco de afinidad nace con la celebración del matrimonio o con el concubinato (cuándo se han cumplido los requisitos que la ley exige, para tal efecto), y se da entre los parientes del esposo o concubino con la esposa o concubina, y viceversa.

Los grados se cuentan, en la misma forma como se computa en el parentesco consanguíneo.

Nacido el parentesco de afinidad, en el Derecho Positivo Mexicano, en algunos casos son impedimentos en materia de derecho procesal, ya sea Penal o Civil, en materia Familiar, no nace ninguna obligación o derecho.

Los efectos entre los parientes afines, nacen una vez disuelto el matrimonio, ya sea por nulidad, divorcio o muerte de uno de los cónyuges o de los concubinos, y este efecto se traduce en la imposibilidad legal de contraer matrimonio o unirse en concubinato, con aquellos que fueron en un momento dado parientes afines en línea recta sin limitación alguna, es decir entre suegro y nuera, suegra y yerno, hijastro y madrastra, padrastro e hijastra.

Luego entonces, si al desaparecer la unión entre los cónyuges y entre los concubinos, la lógica nos indica que igualmente desaparece el parentesco de afinidad, toda vez que este parentesco es producto de la unión matrimonial o

concubinaria, y desaparecida estas, desaparece tal parentesco. Sin embargo en nuestro derecho, a pesar de dejar de ser parientes, subsiste un impedimento, y es el de contraer matrimonio, de ahí, pues, que se da una inconsistencia, ya que desaparecida la unión que le da origen, el parentesco de afinidad, desaparece, y como consecuencia de ello debe desaparecer sus efectos.

CAPITULO CUARTO

PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

I.- Justificación de las propuestas que se exponen.

Pensamos que el legislador, con el fin de evitar parentescos en contra de la moral, opto por impedir que contrajeran matrimonio, entre aquellas personas que en una época fueron parientes afines en línea recta sin limitación alguna, así tenemos que, a gama de ejemplo:

Los padres de María son Miguel y Rocío, quienes además de María procrearon a Sandra y Joel.

Juan contrae nupcias con María, en consecuencia Miguel y Rocío son sus suegros y Sandra y Joel son sus cuñados.

De esta unión conciben a Pedro, y posteriormente María fallece.

Como consecuencia del fallecimiento de María, desaparece el parentesco de afinidad de Juan con los consanguíneos de María, es decir ya no tendrá suegros, ni cuñados.

Sin embargo nuestro Código Civil, prohíbe que Juan Contraiga nuevo matrimonio con su ex suegra Rocío, aunque válidamente puede contraer matrimonio con su ex cuñada Sandra.

Por su parte Pedro hijo de Juan, si puede contraer matrimonio con su tía Sandra.

En el supuesto caso que Juan contrajera matrimonio con su ex suegra Rocío y de esta unión procrearan un hijo (Mario), este sería medio hermano de la difunta esposa de Juan, (María), de Sandra y de Joel y a su vez Mario sería por parte de la madre tío de Pedro, y por parte del padre medio hermano de este.

Ahora bien, imaginemos que Pedro es hijo de un primer matrimonio de Juan, y este contrajera nupcias con la ex suegra de su papá, y que de esta unión nacieran hijos, realmente sería una total confusión en relación al parentesco.

Pensamos que esto fue lo que vio el legislador, y por tanto evitó esta confusión de parentesco, legislando en el sentido de prohibir este tipo de uniones entre parientes que alguna vez fueron afines en línea recta.

En el supuesto de que Juan se casara con su cuñada Sandra, la ley no lo prohíbe, y esto es así, en virtud de que el parentesco en el caso de que procrearan un hijo, sería similar con todos los parientes, y no habría mayor problema.

Ahora bien, lo que básicamente se propone en esta tesis, es que se reconozca plena y legalmente que el parentesco por afinidad, se extinga cuándo el matrimonio desaparece, por la causa que sea, toda vez que si nace con este, debe extinguirse cuándo se extinga el matrimonio.

En este orden de ideas, permitir el matrimonio entre personas que en otro tiempo fueron parientes afines en línea recta sin limitación alguna, siempre y cuándo no exista prole que de origen al ejemplo antes expuesto.

De tal suerte, que si Juan y su esposa María no hubieran concebido a Pedro, muy bien pueden casarse, pues sin la existencia de Pedro, no se darían tal confusión de parentesco.

En consecuencia, pensamos que se debe permitir el matrimonio entre parientes ex afines, siempre y cuándo no exista descendencia que los pueda vincular y crear esta confusión de parentesco. Caso contrario si existe prole de cualquiera de los ex afines, entonces si debe seguir siendo un impedimento para contraer matrimonio entre aquellos parientes que fueron algún día parientes afines.

II.- Efectos de dichas propuestas.

Ya ha quedado definido que el parentesco de afinidad nace con la celebración del acto matrimonial, generando un vínculo entre uno de los cónyuges para con los consanguíneos del otro cónyuge y viceversa; y concluye con la declaración de nulidad, divorcio o muerte de uno de los cónyuges.

Entonces, la lógica nos indica que si es un parentesco que nace con el matrimonio, el cual no genera ninguna obligación jurídica para con las personas que les une, durante el tiempo que subsiste dicho matrimonio no debe existir ninguna obligación para las partes después de disuelto el vínculo que le dio origen.

Sin embargo, encontramos en el Código Civil vigente una prohibición para contraer matrimonio con aquella persona con la que haya existido un vínculo por afinidad directo, lo cual nos parece hasta cierto punto lógico pero sólo cuándo se reúnan ciertas condiciones como sería que dentro del primer matrimonio haya existido descendencia, puesto que este primer matrimonio dio origen al parentesco por afinidad.

En el caso de existir descendencia del primer matrimonio y si se desea contraer matrimonio con algún pariente con el cual existió un lazo de afinidad en línea recta, habrá que considerar el vínculo no tanto afín, sino consanguíneo y el nexa causal que une a padre e hijo y nieto y abuelo.

La siguiente propuesta es modificar nuestra legislación, principalmente la fracción IV del artículo 156, la cual dice:

"Artículo 156.- son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:...

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

Nuestra propuesta es que dicho artículo debe quedar con la siguiente redacción.

"IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna, cuándo exista descendencia del matrimonio que le dio origen."

No hay que perder de vista que actualmente el artículo 294 del Código Civil, ya contempla el parentesco de afinidad, como aquel que nace entre los concubinos en relación a los parientes consanguíneos del otro.

La prohibición de contraer matrimonio con aquellos parientes afines surge primordialmente por aspectos de índole moral, y como se ha visto en el desarrollo de este trabajo, la relación entre parientes afines no siempre ha sido la misma.

Con el correr de los años, los valores morales de la sociedad han cambiado y paralelamente nos ha mostrado el camino a seguir; todo en la vida tiene que

cambiar, modificarse y/o morir, lo cual nos lleva a considerar que esta prohibición de contraer matrimonio entre parientes examines, actualmente no se adecua a nuestra realidad.

Se han generado cambios en otro tipo de prohibiciones tales como el que se establecía en el parentesco consanguíneo, el cual era una prohibición severa en exceso. Considerando que la iglesia y a su vez el estado determinaban que no se podía contraer matrimonio entre parientes consanguíneos en línea colateral hasta el 7 ú 8 grado. Circunstancia que el derecho en su evolución constante ha cambiado permitiendo enlaces matrimoniales entre parientes del 4to. Grado, y en casos específicos hasta el 3er grado, esto obteniendo previamente la dispensa necesaria lo cual nos lleva a la comprensión de la idea de que primos hermanos, los cuales se encuentran en cuarto grado en la línea colateral, pueden contraer matrimonio.

En el concubinato nuestro derecho ha hecho ciertas concesiones, otorgándole a esta relación irregular, efectos jurídicos entre las partes y su descendencia y en ciertos casos equiparándolo al matrimonio, claro, previo cumplimiento de ciertos requisitos, pero en el derecho antiguo se consideraba de manera inferior y no se concedía derecho alguno entre los concubinos.

En consecuencia, se contempla que el parentesco de afinidad tiene que modificarse, toda vez que puede ser generadora de familias, las cuales por caer en dicha prohibición no pueden realizar sus sueños, obstaculizando el derecho, a la creación de la familia, la cual es considerada la célula primordial de la sociedad.

Al analizar la figura de la afinidad nos podemos dar cuenta que fue, es y será una prohibición netamente moralista, la cual según las variaciones de la sociedad, la cultura, los valores varia en su fuerza y consecuencias, en otros

países es muy fuerte su influencia ya que en algunos de ellos se generan entre otros, derecho de alimento, así como derechos sucesorios entre parientes afines.

En México es limitado ya que no genera obligación alguna por el tiempo que dure el nexo causal entre los cónyuges y al concluir es cuándo nace la prohibición, sin embargo al concluir el matrimonio, igualmente se extingue el parentesco de afinidad.

En consecuencia estamos ciertos, que la descendencia debe ser considerada como un requisito indispensable para poder aplicar la prohibición citada en la fracción IV del artículo 156, la cual tendría las siguientes características.

A).- En caso de existir hijos.

Para esta situación, la cual resulta ser la parte modular de la modificación ha proponer, consideramos que desde el momento en que existen hijos del primer matrimonio, nace un lazo irrompible que une a cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro, la cual consiste en la fusión de sangre, en la mezcla de dos familias diversas para formar un nuevo ser con características de ambas familias, lo cual tomamos como un híbrido.

De tal suerte que cuándo existe descendencia del primer matrimonio extinguido se complica la situación para aquellos que unidos por un parentesco de afinidad en línea recta deseen contraer matrimonio, ya que en el caso de desear contraer nupcias entonces, si debe operar la fracción IV del artículo 156 como prohibición para la misma. Antes de las últimas reformas donde ya se establece el parentesco de afinidad entre concubinos, este tipo de parejas sólo tenían una opción que es la unión libre. Sin embargo ahora subsiste el impedimento para esta clase de uniones.

La propuesta concreta es: que en caso de haber hijos del primer matrimonio, se aplique el precepto legal como prohibición para contraer matrimonio entre personas unidas por un vínculo de afinidad.

Pues de celebrarse un matrimonio entre personas las cuales había existido un parentesco por afinidad, y de haber hijos del primer matrimonio, evidentemente se presentaría una confusión en el parentesco, y así tenemos que:

Como ya lo hemos expuesto, en caso de que el ex yerno o la ex nuera contrajera matrimonio con su ex suegra o su ex suegro, y de esta unión nacieran hijos, pero con anterioridad tuvieron hijos de su primer matrimonio, los nuevos hijos tendrían una confusión en su parentesco, por ejemplo casándose ex nuera con ex suegro, un nuevo ser sería medio hermano del hijo de su mamá, pero además sería tío de esa misma persona y el además que también sería medio hermano del primer marido de su mamá y que a la vez es el papá de su medio hermano, y así sucesivamente.

Siendo esta una situación reprobable tanto desde el punto de vista moral como jurídico, insistimos que desaparezca el vínculo de afinidad, cuando no existan hijos, pues finalmente los hijos es el vínculo de unión entre los parientes consanguíneos de su padre y con los de su madre, al no existir hijos, no existe ningún vínculo ni jurídico, ni consanguíneo.

El derecho con el transcurso de los años se transforma, volviéndose cada vez más complejo, pero cierto es que siempre tendientes a mejorar los problemas de las personas tanto físicas como morales, que tomando en cuenta el crecimiento poblacional de nuestro país, y el desarrollo desmesurado de las ciudades se entiende la problemática que se da para poder aplicar justicia a la brevedad posible a toda la ciudadanía y los conceptos morales de antaño tienen que adecuarse día a día, así como también las leyes.

B) En caso de no existir hijos.

En esta situación, la cual es el punto esencial de este trabajo recepcional, se tratará de explicar los motivos que consideramos necesarios para solventar la modificación de la fracción IV del artículo 156 de nuestro Código Civil vigente.

El parentesco por afinidad se crea por el hecho de contraer matrimonio.

El parentesco por afinidad nace sólo entre uno de los cónyuges con la familia del otro y viceversa.

En México dicho parentesco no genera obligación alguna durante el tiempo que subsiste el matrimonio.

Desaparece al concluir el matrimonio ya sea por nulidad, divorcio o muerte de uno de los cónyuges.

Al concluir el matrimonio, surge la prohibición para contraer matrimonio con algún pariente afín en línea recta.

Entonces, al concluir el matrimonio por alguna de las formas autorizadas por la ley previamente citada, surge la cuestión de definir si es un aspecto moral, genético o una simple manifestación de la ley para evitar confusiones.

Desde nuestro punto de vista tenemos que observar esta situación desde la perspectiva genética la cual debe de ser primordial, para el buen desarrollo del núcleo familiar de la sociedad en general y del país.

Las cuestiones morales se adecuan a la realidad existente de la sociedad y varía de Estado a Estado.

Como manifestación de la ley para evitar confusiones se puede considerar hasta cierto punto lógico, pero hay que preguntarnos que tipo de confusiones, si es el simple hecho de que las personas no encuentren la forma de nombrarlos o atañe cuestiones encomendadas al parentesco afín vinculándolo al sanguíneo.

El parentesco consanguíneo generado por uno de los cónyuges con sus descendientes, y el mismo parentesco que une a los ascendientes o descendientes para con esos menores, sea entre ellos una relación entre el ex-cónyuge que desea contraer nupcias con alguna de las personas con las cuales le unía un parentesco afín previo en línea recta.

Opinamos que en este caso de no existir descendencia del primer matrimonio, el impedimento que nos ocupa no debe ser efectivo, por carecer de una razón para negarle el segundo matrimonio.

Pues al concluir el primer matrimonio, va acompañado del fin del parentesco afín, el cual nuestro derecho y la costumbre atañe el nacimiento de una prohibición de la adquisición de un nuevo lazo matrimonial, con alguna persona con la que le haya unido un parentesco afín en línea recta sin limitación alguna.

En nuestra opinión personal y punto esencial de este trabajo es el de, que en la situación de no haber descendencia del primer matrimonio, el cual al ser disuelto por nulidad, divorcio o muerte de alguno de los cónyuges desaparezca totalmente el parentesco por afinidad que nació con el matrimonio.

Comprendemos que la situación moral esta muy arraigada en nuestra sociedad, pero también encontramos que la lógica es más intensa, por lo que consideramos que si no existen hijos dicho parentesco debe desaparecer en su

totalidad, desligando de cualquier tipo de obligación o prohibición que llegase a surgir o en particular la que nos ocupa.

Los hijos son la excluyente de la aplicación de dicha fracción. En caso de existir hijos, debe aplicarse dicha disposición al pie de la letra, pero sí no existen hijos del primer matrimonio, al concluir este, desaparece el parentesco afín y quedan los afines en plena capacidad para poder adquirir un nuevo estado civil (casado) con la persona que él o ella elijan sin importar la ascendencia o descendencia, por ser personas genéticamente diferentes sin ningún lazo de sangre o civil.

En relación con el parentesco por afinidad, consideramos que el concubinato debe equipararse al matrimonio en este aspecto, y de existir concubinato e hijos de los mismos, el parentesco por afinidad debe subsistir, es decir subsistir la prohibición de matrimonio.

III.- Propuestas de modificación al Código Civil vigente para el Distrito Federal.

En páginas anteriores hicimos alusión al artículo 156 del Código civil vigente y cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:...

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

Nuestra propuesta principal, es modificar la fracción IV del artículo en cuestión, debiendo quedar con la siguiente redacción.

"IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna, cuándo exista descendencia del matrimonio que le dio origen."

De tal suerte que si el matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad no procreare hijos y éste se disolviera por cualquier medio, evidentemente no existe una relación entre los consanguíneos de un cónyuge con el otro cónyuge, y el parentesco de afinidad, no tendría razón de ser, pues un hijo nacido del primer matrimonio es el que de alguna manera a los parientes consanguíneos de un cónyuge los une con el otro cónyuge así como con sus parientes.

Y toda vez que nuestro Código Civil en su artículo 294 ya contempla el parentesco de afinidad entre concubinos, y el 156 nos marcan los impedimentos, de ellos se desprende que una pareja que tuvo relación de concubinato y desaparecido este, nace la prohibición para que contraigan matrimonio en línea directa con sus parientes afines.

Por lo que solo resta en este capítulo insistir que el artículo 156 en su fracción IV, debe ser modificado en los términos expuestos.

Y a fin de que exista concordancia, el artículo 294 deberá ser adicionado con un segundo párrafo, para quedar como sigue:

"Artículo 294.- el parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos, el cual concluye con la declaración de nulidad, divorcio o muerte, siempre y cuándo no exista descendencia".

Conclusiones

Primera

El parentesco es un estado jurídico de las personas físicas del cual deriva un atributo como el estado civil o familiar, nace entre dos o más individuos.

Nuestro derecho clasifica al parentesco en: Parentesco consanguíneo, civil, y de afinidad.

El parentesco de afinidad no se extingue para los parientes en línea recta sin limitación alguna. Si se extingue en la línea colateral en segundo grado (cuñados).

Segunda

El parentesco religioso no se contempla en la legislación civil, es decir no genera derechos ni obligaciones, aunque en algunos casos si nacen impedimentos, sin embargo este parentesco tiene gran influencia en el pueblo mexicano y nace del compadrazgo y padrinazgo.

Tercera

Los efectos del parentesco crecen con la cercanía y disminuyen con la lejanía del tronco común, siendo el más fuerte el vínculo consanguíneo, posteriormente el parentesco civil y por último el parentesco afín.

Cuarta

El parentesco de afinidad nace según nuestro derecho positivo mexicano con el matrimonio y concluye con la nulidad, divorcio o con la muerte de uno de los cónyuges, y mientras subsista el matrimonio no produce efectos legales.

Sin embargo los efectos legales nacen una vez que se ha disuelto el matrimonio, así tenemos que consiste en una prohibición, para contraer matrimonio línea recta sin limitación alguna, como impedimento para contraer matrimonio.

Quinta

La propuesta que proponemos consiste en modificar la fracción IV del artículo 156 de nuestro ordenamiento civil, considerando que dicha prohibición es meramente moral y un tanto obsoleta, debiendo quedar de la siguiente manera:

"Artículo 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

...

*IV.- El parentesco por afinidad en línea recta, sin limitación alguna, **cuándo exista descendencia del matrimonio que le dio origen.***

Sexta

La razón de dicha propuesta es la siguiente: si existe descendencia del primer matrimonio, se aplique dicha fracción, ya que en un momento dado se puede crear confusión y problemas eugenésicos, pero en el caso de no existir descendencia, el parentesco por afinidad desaparece por las causas ya citadas, dejando improcedente la prohibición que nos ocupa.

Séptima

Con la modificación propuesta, el parentesco por afinidad nacerá en el momento que sobrevenga la descendencia, pues antes no genera efectos legales. Para ello el artículo 294 del mismo ordenamiento deberá ser adicionado, quedando de la siguiente manera

"Artículo 294.- El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos, **el cual concluye con la declaración de nulidad, divorcio o muerte, siempre y cuándo no exista descendencia**".

BIBLIOGRAFÍA

Bonnecase, Julien. "Elementos de Derecho Civil". Tomo I, Nociones Preliminares, Personas, Familia. Bienes. Traducción de José M. Cajica Jr. Tercera reimpresión. Editorial Cárdenas Editor Distribuidor. México 2003.

Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho de Civil", Familia. Tomo I Novena Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina

Bravo Valdez, Beatriz y Agustín Bravo González, "Derecho Romano" Primer Curso de Derecho Romano. Editorial Pax-México, Librería Carlos Cesarman, S.A. México 1976.

De Ibarrola, Antonio. "Derecho de Familia".Cuarta Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1993.

De Pina, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano" Introducción, Personas, Familia. Volumen I. Décima séptima Edición. Revisada y actualizada por Rafael De Pina Vara. Editorial Porrúa, S.A. México 1992.

Floris Margadant, Guillermo. Derecho Privado Romano. 15ª ed. Ed. Esfinge. México 1988.

Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Primer curso. Décima Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1995.

Iglesias, Juan. "Derecho Romano" Instituciones de Derecho Privado. Sexta Edición. Ediciones Ariel. Barcelona España 1972.

Leal, Abelardo A. "La Eutelegencia". Foro de México. 1 de Agosto de 1961 Revista Trimestral. México 1961.

López del Carril, Julio. "Derecho de familia". 2ª ed. Ed. Aboledo-Perrot. Buenos Aires, argentina 1984.

Magallon Ibarra, Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México 1988.

Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". 5ª ed. Ed. Porrúa, S. A. de C.V. México 1992.

Moto Salazar, Efraín y José Miguel Moto. "Elementos de Derecho". 47 Edición. Editorial Porrúa. México 2002.

Peña Bernardo de Quiros, Manuel. "Derecho de Familia". Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid 1989.

Planiol, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Con la colaboración de Georges Ripert. Tomo I,1. Introducción, Familia, Matrimonio. Editorial Cajica, S.A. Puebla México.

Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" Tomo Segundo. Derecho de Familia. Novena Edición. Editorial Porrúa. México 1998.

Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I. Introducción, Personas y Familia. Editorial Porrúa, S.A. México 1986.

Sánchez-Cordero, Jorge A. "Derecho Civil". Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1983.

Sánchez Márquez, Ricardo. "Derecho Civil". Parte General, Personas y Familia. Editorial Porrúa. México 1998.

Trabucchi, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil". Parte General. Traducción de la Decimaquinta Edición Italiana. Editorial Revista De Derecho Privado. Madrid 1967.

Zannoni, Eduardo. "El Concubinato". 1ª ed. Ed. De Palma. Buenos Aires, Argentina 1970. p 125.

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista. México 2007.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Sista México 2006.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, adoptado en el Estado libre y soberano de San Luis Potosí. Tipografía del gobierno, 1872.

Código Civil para el Distrito Federal y territorio de la Baja California. Reformado. Imprenta de Francisco Díaz de León. México 1884.

Ley Sobre Relaciones Familiares. Editorial Ediciones Andrade, S.A. México 1980.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista. México 2006.

DISCOS ÓPTICOS

Legislación Civil y su interpretación por el poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2006.

Compila XIII. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2006.

IUS 2006. Jurisprudencia y tesis Aisladas. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2006.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

De Pina, Rafael y Rafael de Pina Vara. "Diccionario de Derecho". Décima Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A: México 1984.

Diccionario Enciclopédico Abreviado Espasa-Calpe. Tomo VI. Séptima edición. Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid 1957.

Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia. Por Javier Guiza Alday. Editorial Ángel Editor. México 1999.

Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe. Madrid 1999.

Diccionario Jurídico Mexicano. P-Z. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Segunda Edición. México 1988.

Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Joaquín Escriche. Tomo I A-B. Editorial Temis, S.A. Bogota Colombia 1987.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I A. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires argentina.

Nuevo Diccionario de legislación. Tomo XV. Editorial Aranzadi. Pamplona, España 1977.