

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN INTITULADO

**“ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD Y
DEL CÁMPUTO DEL PLAZO PARA EJERCERLA”**

Que propone para optar por el título de licenciado en Derecho

Madian Zavala Barbosa

Asesor. Licenciado Augusto Turcott Cárdenas

México, Distrito Federal a 1º de febrero de 2013.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**OFICIO INTERNO: SEMCIV13/2014
ASUNTO: Aprobación de Tesis.**

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, U.N.A.M.,
P R E S E N T E.**


La alumna, **ZAVALA BARBOSA MADIAN**, con número de cuenta **302019850**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. **Augusto Turcott Cárdenas**, la tesis denominada **“ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD Y DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA EJERCERLA”**, y que consta de **168** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

**“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F. , a 21 de febrero del 2014.**


Lic. José Marcos Barroso Figueroa
Director del Seminario, turno matutino.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

AUGUSTO TURCOTT CARDENAS
ABOGADO

BALBOA 1120 A-204-206
COL. PORTALES
03300, BENITO JUAREZ, D.F.

5532 - 5518
5532 - 5227
FAX 5672 - 0140
E-mail: atgusa@prodigy.net.mx

06 de Febrero de 2013

LIC. JOSE M. BARROSO FIGUEROA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL.
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO.
P R E S E N T E .

Distinguido Maestro:

La alumna MADIAN ZAVALEA BARBOSA de esta Facultad, con número de cuenta 302019350 quien se encuentra inscrita en este Honorable Seminario a su digno cargo, para la elaboración de la Tesis Profesional intitulada "ANALISIS DOGMATICO DE LA ACCION DE DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD Y DEL COMPUTO DEL PLAZO PARA EJERCERLA", ha concluido la misma bajo la asesoría - del suscrito, por lo que le solicito que de no haber inconveniente para ello autorice su ~~simisión~~ simisión a sínodo, en el examen profesional correspondiente.

Muy respetuosamente le agradezco su generosa atención a esta petición y como siempre quedo de Usted en espera de sus amables instrucciones y reciba un afectuoso saludo.

ATENTAMENTE

LIC. AUGUSTO TURCOTT CARDENAS

Recibido
6. Feb. 2013
[Signature]

Una vez concluido el proyecto más importante, hasta ahora en mi vida, no me queda más que agradecer...

A Dios por guiar mi camino
y permitirme llegar a este momento.

A mi madre, Ana María Barbosa Solís,
gracias por tanto amor, por siempre estar
a mi lado incondicionalmente, en mis logros
y fracasos, celebrar mis alegrías y compartir mi dolor,
todo lo que soy te lo debo a ti.

A mi padre, Israel Zavala Arellano,
gracias por amarme tanto, cuidarme y nunca dejarme;
ser ese importante pilar en mi vida,
y forjarme este carácter para poder llegar hasta donde yo lo desee.

A ambos por darme la vida,
espero se sientan tan orgullosos de mí,
como yo lo estoy de ustedes y de este pequeño logro
que también es suyo.

A Hugo Padilla Guzmán,
por todo tu apoyo, mil gracias.

A mi asesor, el Licenciado Augusto Turcott Cárdenas,
mil gracias por su invaluable apoyo, paciencia, dedicación y
desinteresada ayuda y estímulo para la culminación de esta investigación.

A la Universidad Nacional Autónoma de México,
por permitirme ser parte de su comunidad.

A la Facultad de Derecho,
por acogerme entre sus aulas.

A aquellas personas que con sinceridad
me aprecian, gracias por su apoyo y buena vibra
para motivarme a salir adelante.

Finalmente, dedico este pequeño proyecto de investigación a
Erick Daniel, a Robin Ricardo y a Durmus Rayyan,
confiando en que serán hombres de bien.

"Voy despacio, pero jamás desandando lo andado"
Abraham Lincoln

ÍNDICE

ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD Y DEL CÁLCULO DEL PLAZO PARA EJERCERLA

Introducción.....I

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FAMILIA

1.1 Evolución histórica	1
1.2 La familia en la antigüedad	20
1.3 La familia en la Edad Media	26
1.4 La familia en la época moderna	28
1.5 La familia en la actualidad	30
1.6 La igualdad entre hombres y mujeres	33
1.7 Clases de familia	35
1.8 Funciones de la familia	36

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO DE FAMILIA

2.1 Ubicación sistemática del Derecho de Familia	39
2.2 Naturaleza jurídica del Derecho de Familia	41
2.3 Concepto de Derecho de Familia	42
2.4 Fuentes de la familia	44
2.5 Derechos familiares del orden público y privado	45
2.6 Derechos familiares renunciables e irrenunciables	45
2.7 Derechos familiares transmisibles e intransmisibles	46
2.8 Derechos familiares transigibles e intransigibles	46
2.9 Derechos subjetivos familiares	47
2.9.1 Características, adquisición, transmisión, renuncia y prescripción de los derechos subjetivos familiares	51
2.10 Deberes subjetivos familiares	56
2.11 Actos jurídicos familiares	58
2.12 Relaciones jurídicas del Derecho de Familia	60

CAPÍTULO TERCERO

INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA

3.1 Matrimonio	62
3.2 Divorcio	74
3.3 Patria potestad	81
3.4 Filiación	85
3.5 Concubinato	86
3.6 Adopción	90
3.7 Alimentos	94
3.8 Tutela	97
3.9 Patrimonio familiar	101

CAPÍTULO CUARTO

LA FILIACIÓN

4.1 La procreación	104
4.2 Maternidad y paternidad	104
4.3 Generalidades e importancia	107
4.4 Concepto de filiación	107
4.4.1 Clases de filiación	113
4.4.2 Consecuencias jurídicas	118
4.5 Filiación legítima o matrimonial	118
4.5.1 Plazos legales para establecer la certeza de paternidad derivada del matrimonio	121
4.5.2 Pruebas de la filiación matrimonial	121
4.6 Filiación natural	122
4.7 Legitimación	123
4.8 Acciones de reclamación de filiación	124
4.9 Acciones de desconocimiento o contradicción de la paternidad	125
4.9.1 Quien puede ejercer la acción de desconocimiento de paternidad	125
4.10 Filiación extramatrimonial	126
4.10.1 Reconocimiento voluntario	127
4.10.2 Requisitos sustanciales para el reconocimiento	127
4.10.3 Requisitos formales	128
4.10.4 Características del reconocimiento	128
4.10.5 Consecuencias	129
4.11 Investigación de la paternidad	129
4.11.1 La investigación de la paternidad en el Código Civil	131

CAPÍTULO 5

LA ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO –IMPUGNACIÓN- DE LA PATERNIDAD

5.1 Impugnación de la paternidad	133
5.2 Acciones de desconocimiento –impugnación- de filiación	135
5.2.1 Acción de desconocimiento de la paternidad desvirtuadora de presunción	136
5.2.2 Caducidad de la acción	139
5.2.3 Acción de desconocimiento de paternidad negación de la imputación	141
5.3 Acción de impugnación de reconocimiento	144
5.3.1 Acción de impugnación de la legitimidad	146
5.4 Impugnación de la paternidad de los descendientes concebidos mediante técnicas de reproducción asistida	147
5.5 De las pruebas periciales en las acciones de filiación	148
CONCLUSIONES	158
PROPUESTA CONCRETA	163
BIBLIOGRAFÍA	164

INTRODUCCIÓN

La idea del presente trabajo de investigación, surge después de haber visto de cerca un juicio de desconocimiento de paternidad en el despacho jurídico en el cual labore, y ser testigo del estado de indefensión en que queda el cónyuge varón, frente a una resolución desfavorable para él, pese haber demostrado mediante la prueba de genética molecular idónea, no ser el progenitor del menor; y todo esto debido al hecho de haberse enterado del engaño de la mujer años después, y no seis meses a partir del nacimiento del menor. Por lo que derivado de la constante evolución del individuo, la familia, la sociedad, el avance en las ciencias médicas, tecnológicas, la inclusión de nuevas leyes que protegen los derechos fundamentales del ser humano, es preciso hacer ciertas reformas a las disposiciones legales acorde a este gran avance que vive hoy en día la sociedad.

Situaciones que dan origen a la realización del presente trabajo, mismo que tiene como fin demostrar la imperiosa necesidad de reformar el artículo 330 de la ley sustantiva civil; de acuerdo a lo anterior, es importante comenzar por hablar del grupo primario llamado familia, su origen, su constante evolución y lo más importante, su función, amén de ser el núcleo familiar donde el individuo tendrá las bases de su educación para desarrollarse ante la sociedad, y a su vez esta se verá reflejada conforme a los individuos que la conforman.

En el segundo capítulo estudiaremos a la familia, ya regulada por las normas del Derecho, ubicando al Derecho de Familia dentro del Derecho Privado, trataremos todo lo relacionado a los derechos y deberes subjetivos familiares, los actos jurídicos familiares encuadrados en las relaciones jurídicas familiares que surgen por los lazos de parentesco, matrimonio o concubinato, siendo el fin de dichas relaciones la protección, organización y desarrollo de sus miembros basados en el respeto a su dignidad.

De igual forma, analizaremos las instituciones del Derecho de Familia, desde su origen, antecedentes, evolución e importancia, no por que alguna de ellas carezca

de importancia, por el contrario, sin embargo, la familia descansa sobre la institución de la filiación, aun cuando existen opiniones respecto tal y como lo manifiestan las Sagradas Escrituras, el matrimonio es el único vínculo mediante el cual se crea la familia, nosotros creemos que a consecuencia de los avatares de la institución del matrimonio, la única que crea familia es la filiación.

Por lo que hace al capítulo cuarto entraremos en materia, del fin del presente trabajo de investigación, exponiendo todo lo relativo a la filiación, ese vínculo biológico y jurídico tan importante y determinante en la formación, desarrollo del ser humano, así como las distintas formas de concebir a un ser humano, ya sea por un hecho natural, alguna técnica de fecundación artificial o mediante clonación humana. Hablaremos también de los derechos, deberes, obligaciones que surgen de estas relaciones jurídicas familiares, así como sus consecuencias jurídicas y acciones tendientes a deducir el juicio que excluya o incluya el verdadero nexo biológico de un descendiente con sus progenitores.

Por último, una vez analizado el origen de la familia, su regulación, así como la institución jurídica de la filiación, trataremos la acción de desconocimiento de paternidad o también llamada indistintamente acción de impugnación de la paternidad, analizando los supuestos en que esta puede ser intentada, así como las personas facultadas para ejercitar dicha acción, y el plazo de caducidad, el derecho a impugnar la paternidad de los descendientes concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, los avances en medicina genética, en especial el estudio de alguna pruebas biológicas, que han sido permitidas como medio de prueba desde mayo del año 2000 para probar la maternidad o paternidad, pruebas biológicas que permiten excluir con certeza el nexo biológico entre el padre y el presunto hijo, lo que permiten hoy en día contar con un medio probatorio eficiente que demuestre la inexistencia de un vínculo biológico, y acreditar el extremo de la acción del marido en un juicio de impugnación de paternidad.

México, Distrito Federal a 1º de febrero de 2013.

MADIAN ZAVALA BARBOSA.

CAPÍTULO UNO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FAMILIA

1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En este primer capítulo analizaremos a la familia. Comunidad constituida naturalmente por una mujer y un hombre, basándonos principalmente en la Biblia, la cual nos señala que Dios creó al hombre y a la mujer para poblar la tierra, posteriormente la analizaremos conforme a Platón, quien en su obra Diálogos, nos describe a la familia, como la generación, misma que perpetúa la familia de los seres animados; desde el punto de vista ontológico Aristóteles, concibe a la familia como una comunidad, constituida por naturaleza. Continuamos, con el filósofo Federico Engels, quien en su obra El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, llevó a cabo una gran compilación de lo estudiado por diversos autores, como son el antropólogo y sociólogo Juan Jacobo Bachofen, el etnólogo Lewis Henry Morgan, entre otros, obra en la que se analizó la evolución del origen de la familia; en ese orden de ideas, pasamos a la familia en la antigüedad, donde el claro ejemplo, es la familia monógama patriarcal, lo que conocemos como familia romana. Es en la Edad Media, donde con el cristianismo, se eleva a sacramento el contrato matrimonial, se reconoce el papel de la mujer, dejando de lado, ciertas características, que hasta entonces tenía la familia, trayendo consigo a la familia feudal. Por último, analizaremos la familia en la actualidad, como la agrupación natural económica o jurídica, donde el individuo recibe amor y se le transmiten valores, que permiten formar una buena sociedad.

Comencemos con el origen del grupo primario llamado familia, del cual sociólogos, etnólogos, tratadistas y en general todo aquel que estudia al ser humano y sus relaciones sociales primarias, llega a la conclusión que la familia es tan antigua como la misma humanidad.

Desde el punto de vista deísta, el termino hebreo *misch-pa-jáh* (familia) no solo significa conjunto de ascendientes de un mismo linaje, sino por extensión, tribu,

pueblo o nación. La Biblia nos dice que Jehová Dios es el originador de la familia. Es padre de su familia celestial, él formó la primera familia humana y se propuso que con este medio se llenara la tierra, como lo podemos observar en el texto de la Biblia: “Entonces dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra semejanza... Y creo Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creo; varón y hembra los creo, y los bendijo Dios, y les dijo: fructificad y multiplicaos; llenad la tierra, y sojuzgadla”;¹ así pues, permitió que Adán, aunque había pecado tuviera una familia e hijos a su semejanza, a su imagen; desde entonces se habla que Jehová ha mostrado con claridad en su palabra la gran importancia de las facultades de procreación que ha dado al hombre, y por medio de las cuales el ser humano puede perpetuar su nombre y linaje familiar en la tierra. En la sociedad hebrea, la familia era la unidad básica: el padre ejercía la jefatura y era responsable ante Dios, mientras que la madre hacía las veces de subdirectora con autoridad sobre los hijos en el ámbito doméstico. Las propiedades eran un bien común y el padre se encargaba de administrarlas; la norma original de Dios para la familia fue la monogamia, aunque la poligamia llegó a ser una práctica común a la cual se le permitió existir hasta en tanto llegase el momento de establecer la norma original, la monogamia, suceso que ocurrió con la llegada de la congregación cristiana. Por lo que Dios dijo: por eso el hombre dejará a su padre y a su madre, y tiene que adherirse a su esposa, y tienen que llegar a una sola carne, tiempo después su hijo citó éstas mismas palabras y añadió: por lo tanto lo que Dios ha unido bajo un yugo, no lo separe ningún hombre. La Biblia muestra que Adán sólo tuvo una esposa, lo mismo los tres hijos de Noé, que dieron comienzo a la repoblación de la tierra después del diluvio universal, eran hijos de padres monógamos y cada uno llevó consigo a través del diluvio a una sola esposa.

Así mismo, podemos referirnos a lo expresado por el doctor Jorge Mario Magallón Ibarra, quien señala que la naturaleza y el hombre se conciben como una obra de un ser superior, haciendo alusión a algunos versículos del libro de Génesis de la Biblia “Entonces dijo Yahvé: No es bueno que el hombre esté solo;

¹ Santa Biblia, Génesis 1:27-28

le haré una ayuda semejante a él... Adán puso a su mujer el nombre de Eva, por ser ella la madre de todos los vivientes".² Sin embargo, el objeto del presente trabajo va más allá de una visión deísta, por lo que en lo sucesivo analizaremos el origen de la familia desde otros puntos de vista.

Remontándonos a Platón, quien nos dice que después del caos apareció la tierra y Eros (Dios del amor), mencionando que el amor no es ni bello ni feo, sin embargo, es bello si se observan las reglas de la honestidad, por el contrario, es feo si no se observan esas reglas; en los Diálogos encontramos a Aristófanes, quien habla acerca de la naturaleza del hombre:

Había tres clases de hombres: los dos sexos que hoy existen, y un tercero, compuesto de estos dos, el cual ha desaparecido... este animal formaba una especie particular, y se llamaba andrógino... todos los hombres tenían formas redondas, la espalda y los costados en círculo, cuatro brazos, cuatro piernas... dos órganos de la generación y todo lo demás en esta misma proporción. La diferencia que se encuentra entre estas tres especies de hombres, nace de la que hay en sus principios. El Sol produce el sexo masculino, la Tierra el femenino, y la Luna el compuesto de ambos... después de largas reflexiones, Zeus se expresó en estos términos: Creo haber un medio de conservar a los hombres y hacerlos más circunspectos y consiste en disminuir sus fuerzas. Los separaré en dos, así se harán débiles... marcharán rectos sosteniéndose en dos piernas... Apolo puso el semblante del lado indicado, y reuniendo los cortes de la piel sobre lo que hoy se llama vientre, los cosió a manera de una bolsa que se cierra, no dejando más que una abertura en el centro que se llama ombligo... Hecha esta división, cada mitad hacia esfuerzos para encontrar la otra mitad que le había sido separada; y cuando se encontraban ambas, se abrazaban y se unían, llevadas del deseo de entrar en su antigua unidad, con un ardor tal que abrazadas

² Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil. derecho de familia*, 2a. ed., México, Porrúa, 1998, t. III, p. 1.

perecían de hambre e inacción, no queriendo hacer nada la una sin la otra.³

De igual forma, menciona el cambio de lugar los órganos hecha por Zeus, de tal forma que la concepción se hace mediante la unión del hombre y la mujer y el fruto de ésta eran los hijos. Del anterior relato, se deduce el amor natural que surge entre los seres humanos, así como el que una mitad busque siempre a su otra mitad para la procreación.

En el simposio continúan hablando de Eros, manifestando que es, quien da paz a los hombres y les impide ser extraños los unos con los otros, lo que hace principio y lazo de toda sociedad; señalando que el amor consiste en querer poseer siempre lo bueno, que el objeto del amor consiste en la generación y la producción de la belleza y de ahí que la generación “es la que perpetua la familia de los seres animados, y le da la inmortalidad que consiste en la naturaleza mortal”,⁴ por lo que el objeto del amor, lo es también la inmortalidad.

En el diálogo que sostiene Sócrates con Diotima, en la obra de Platón, también se observa el tema de la monogamia, pues sostienen “el que quiere aspira a este objeto por el verdadero camino, debe desde su juventud comenzar a buscar los cuerpos bellos. Debe además, si está bien dirigido amar uno solo, y en él engendrar y producir bellos discursos”.⁵ Claramente se desprende el hecho de amar a una sola persona, para así poder trascender en unos buenos hijos y consecuentemente una buena sociedad.

Aristóteles, nos habla acerca del origen de la familia afirmando que es obra de la necesidad la unión de sexos para la reproducción, el hombre al igual que las plantas y los animales siente el deseo de trascender en un ser formado a su imagen, tal y como la Biblia nos dice. De igual forma nos habla de las bases de la familia, siendo éstas la asociación del señor y del esclavo, la del esposo con la mujer y la del padre y los hijos, por lo que dicha asociación permanente y natural

³ Platón, *Diálogos*, 29a. ed., México, 2005, p. 509.

⁴ *Ibidem*, p. 525

⁵ *Ibidem*, p. 528

es la familia, ve a ésta como un pequeño Estado, y a su vez a éste como un hecho natural compuesto de familias y al hombre como un ser naturalmente sociable, manifestando que aquel que no puede vivir en sociedad, no puede ser miembro del Estado, la naturaleza por medio del instinto arrastra a los hombres a una asociación política, *zoon politikón*.

El filósofo Federico Engels, en su obra El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, lleva a cabo una recopilación acerca del grupo primario llamado familia, iniciando con Juan Jacobo Bachofen -1861-, hasta Lewis H. Morgan -1871-.

Para comprender lo expuesto por el filósofo Federico Engels, analizaremos la opinión del profesor Felipe López Rosado, que si bien es un autor en demasía posterior al primero, en su estudio del origen de la sociedad, hace mención a cuatro tesis, las cuales podemos resumir de la siguiente forma:

- I. Tesis contractualista. Expuesta por Rousseau, la cual señala que los individuos viven en un estado de naturaleza, es decir, se manejan como mejor les parezca, sin embargo, al ver las adversidades de la naturaleza, forman un conglomerado a través de un pacto de sociedad entre ellos, dicha unión tiene un origen psicológico y voluntario.
- II. Tesis organicista. Sustentada por Herbert Spencer donde expone que la sociedad ya existía y en la misma predomina la coacción; concibe al individuo como un organismo, por lo que existe y funciona como tal, lo que permite analizarlo con las fuerzas y las leyes de la vida.
- III. Tesis naturalista. Cuyo exponente fue Aristóteles; concibe al hombre como un *zoon politikón*, un animal político, tornándose el hombre como humano solo cuando vive en sociedad.
- IV. Tesis ecléctica. Sostenida por Alfredo Fouillée; donde haciendo una selección de las dos primeras, arriba a la conclusión de que las sociedades son organismos contractuales.

El autor en mención se inclina por la tesis naturalista de Aristóteles, sin dejar de apuntar que la tesis ecléctica contiene elementos convincentes.

Consecuentemente, el maestro Felipe López Rosado, divide a la familia en tres periodos: la familia prehistórica, la familia antigua y la familia actual. Por lo que hace a nuestro tema hablaremos de la primera, es decir, la familia prehistórica, para lo cual es necesario conocer cómo se desarrolla; el autor basa su análisis en tres autores, Juan Jacobo Bachofen con su obra Derecho materno, Mac Lennan John Ferguson y Lewis Henry Morgan con su obra Sistemas de consanguinidad y afinidad.

Es el sociólogo Juan Jacobo Bachofen, quien en el año de 1861 publicó su obra Derecho materno, la cual sirvió de base a los estudiosos del tema del origen de la familia; Bachofen, habla de la promiscuidad sexual que existía entre los individuos; aludiendo al título de su obra, manifiesta que el parentesco se determinaba por la línea materna, esto a razón de que el hombre primitivo desconocía que el contacto con la mujer llevaba a la fecundación, además de que por la misma promiscuidad era difícil conocer quién era el padre de la criatura; menciona la ginecocracia o matriarcado, haciendo alusión al dominio de la mujer sobre la sociedad, para posteriormente pasar al patriarcado, donde el parentesco se determinaba por la línea del padre, siendo éste último el eje del grupo familiar.

Mac Lennan John Ferguson, etnólogo escocés, quien casi a la par de Bachofen, estudia los orígenes de la familia; aporta el término de tribu, en la cual existía repugnancia a la mujer, al grado de practicar el infanticidio femenino, lo que llevó a los hombres a buscar mujeres en tribus diferentes a las que ellos pertenecían, provocando la exogamia, y esta a su vez la poliandria (varios hombres con una sola mujer). Concordando con Bachofen, el autor señala que el parentesco se determina por la línea materna, atendiendo a que se desconocía quién era el padre de la criatura, derivado de la práctica de la poliandria.

Lewis Henry Morgan, en el año de 1871, publica el libro titulado *Sistemas de consanguinidad y afinidad*; asumiendo que el parentesco solo podía explicarse en razón de la familia por grupos. Posteriormente en el año de 1877, publica el libro *Sociedad primitiva*, donde hace alusión a la horda promiscua, para pasar al matrimonio por grupos, como lo describe Engels en la familia punalúa:

Los hijos de las hermanas de mi madre son también hijos de ésta, como los hijos de los hermanos de mi padre los son también de éste; y todos esos hijos son hermanas y hermanos míos. Pero los hijos de mi madre son sobrinos y sobrinas de ésta, como los hijos de las hermanas de mi padre, son sobrinos y sobrinas de éste; y todos esos hijos son primos y primas míos. Los maridos de las hermanas de mi madre son también maridos de esta, y de igual modo las mujeres de los hermanos de mi padre son también mujeres de éste, de derecho, si no siempre de hecho.⁶

Engels al igual que otros autores aluden a la familia punalúa, la cual, aún se desarrolla en Hawái y Australia, aunque con diferentes características. Expone, que el germen de la familia primitiva, pilar del grupo social, es la idea del antepasado común o tótem; en dicho grupo se crea el concepto de parentesco a la par de ciertas prohibiciones o tabús, entre los cuales se encontraba la prohibición de la unión conyugal entre una mujer y un hombre, pertenecientes a una misma tribu, por considerar que descendían de un mismo animal totémico; el apareamiento, debía efectuarse por raptó o por compra entre los varones miembros de una tribu y las mujeres pertenecientes a otra.

A la presencia del antepasado común, se une el dato ético como un principio en que descansan los deberes y las facultades que el derecho impone a los miembros del grupo familiar (cónyuges, progenitores e hijos).

⁶ Engels, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, 4a. ed., México, Colofón, s.a., p. 45.

De esta manera aparece un dato fundamental, a saber: la creación de la costumbre sobre el apareamiento sexual por medio del matrimonio y la relación de los progenitores con la prole, para formar el vínculo jurídico de la filiación y la constitución de la familia consanguínea.

El orden familiar encuentra su fundamento y su razón, en la concepción de la vida, como se desprende de estos hechos elementales a saber: el instinto sexual y la perpetuación de la especie como elemento que se presenta en la unión conyugal. La diferencia de sexo es la diferencia natural más profunda que existe entre los seres humanos. Va unida a un elemento fundamental de la naturaleza humana, de tal riqueza y de aplicaciones tan múltiples, que resulta difícil formular de modo preciso y completo.⁷

Federico Engels, señala el comercio sexual que existía en las tribus, mismo que varios tratadistas prefieren no abordar; pasando a la monogamia y junto a ella la poligamia de un hombre y la poliandria de una mujer, razón por la cual en la antigua familia, un hijo contaba con varios padres y madres. Engels, citando a Bachofen, expone que “las relaciones entre hombres y mujeres, al evolucionar en la historia, tienen su origen en las ideas religiosas de la humanidad en cada época, y no en las condiciones reales de su existencia”,⁸ lo que nos hace suponer que los hombres y mujeres pudieron existir en principio, en un estado de promiscuidad, al igual que en el reino animal, sin embargo, el hombre fue evolucionando y dejando atrás esas conductas. La consanguinidad jugó un papel fundamental, representaba el orden social entre todos los pueblos salvajes y barbaros “los apelativos de padre hijo, hermano, hermana, no son simples títulos honoríficos, sino que, por el contrario traen consigo serios deberes recíprocos perfectamente definidos, y cuyo conjunto forma una parte esencial de la constitución social de esos pueblos”.⁹ La familia está en constante evolución

⁷ Carbonell, Miguel (coord.), *Enciclopedia jurídica mexicana*, t. IV: F-L, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, serie Doctrina Jurídica número 75, pp. 42-43.

⁸ Engels, *op. cit.*, p. 37.

⁹ *Ibidem*, p. 34.

mientras que el parentesco no sufre cambios, a no ser que la familia cambie radicalmente, lo que nos permite concluir que el parentesco se mantiene por la fuerza de la costumbre vigente, y la familia es independiente al parentesco.

Continuando con el filósofo Federico Engels, quien en su obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, divide el progreso de la humanidad en: salvajismo, barbarie y civilización, atendiendo esta división a la forma de alimentarse del hombre; hace alusión a los matrimonios por grupos en el estado de civilización, organizando el origen de la familia de la forma siguiente:

- I. Familia consanguínea. Es la primera etapa de la familia, la cual consiste en descender de una pareja, siendo los descendientes en cada generación hermanos y hermanas entre sí y consecuentemente maridos y mujeres unos de otros. Tiene como característica principal la exclusión de padres e hijos del comercio sexual recíproco, mismo del que se hablaba en la promiscuidad, este tipo de familia ha desaparecido. Destaca el parentesco hawaiano “todos los hijos de hermanos y hermanas, sin excepción, son hermanos y hermanas entre sí y se reputan como hijos comunes, no solo de su madre y de las hermanas de ésta o de su padre y de los hermanos de este, sino que también de todos los hermanos y hermanas de sus padres sin distinción”,¹⁰ pudiendo nacer éste tipo de parentesco sólo con la familia consanguínea. Dicho parentesco prevalece en la Polinesia.

- II. Familia Punalúa. Familia que ya hemos tratado en la presente investigación. En ella los hombres no se llamaban entre sí hermanos, sino *punalúa* (compañero íntimo); los hermanos carnales tenían en matrimonio a ciertas mujeres, excluyendo a sus hermanas, llamándose entre ellas *punalúa*. Se excluye del comercio sexual a los hermanos y las hermanas, se limitó la reproducción entre consanguíneos, se indicó los grados de

¹⁰ *Idem.*

parentesco y aparece por primera vez la clase de sobrino y sobrina. En la actualidad esta familia subsiste en Hawái y Australia, donde pese a ciertas variaciones, el modelo principal es la familia *punalúa*. Tenemos que este tipo de familia es el grado más alto de evolución del matrimonio por grupos.

- III. Familia sindiásmica. Sustituyó las uniones por grupos vistas en las anteriores familias, derivado del marcado parentesco que se iba formando. Hombres y mujeres comenzaron a tener su pareja principal, es decir, formaban parejas conyugales unidas por cierto tiempo, sin dejar de lado la poligamia y la infidelidad ocasional por parte de los varones, ya que la mujer adúltera era castigada severamente. En esta familia observamos cómo surge, la siempre notable, diferencia entre hombres y mujeres, ya que mientras a la mujer se le exigía fidelidad, al hombre sin embargo, no recibía ninguna clase de castigo por ser infiel. De lo anterior podemos concluir que aun cuando se eliminaron las conductas de unión entre uterinos, y posteriormente entre parientes más lejanos, era ya imposible los matrimonios por grupos, lo que trajo como consecuencia la monogamia, es decir, un amor sexual personalizado, surgiendo a la par los matrimonios por captura y los matrimonios por compra.

En el estadio de esta familia, encontramos cierta prostitución de las mujeres, pero de manera limitada, como ocurre en varios pueblos, donde disfrazan la prostitución con costumbres religiosas, por ser un hecho vergonzoso para el hombre civilizado. La familia sindiásmica aportó un elemento más, el verdadero padre. Atendiendo a la división del trabajo, el padre era quien proporcionaba alimentación y los instrumentos de trabajo necesarios al descendiente. A medida que fue creciendo la fortuna del hombre, éste se encontró mejor posicionado que la mujer; de ahí que se aboliera la filiación materna y el derecho hereditario materno, sustituyéndolo la filiación paterna y el derecho hereditario paterno. Como

consecuencia, la mujer se convirtió en esclava del placer del hombre y en instrumento de reproducción.

- IV. Familia Patriarcal. Se define como la organización de un cierto grupo de individuos bajo el poder paterno del jefe de familia. Teniendo como características, la incorporación de esclavos y la patria potestad paterna. Con ella surge la familia romana, en donde el concepto de familia no era aplicado a sentimentalismos o unión conyugal, sino por el contrario, *famulus*, se define como esclavo doméstico, por lo que *familia* es el conjunto de esclavos pertenecientes a un mismo hombre. Los romanos adecuaron dicha expresión definiendo a la familia como “un nuevo organismo social, cuyo jefe tenía bajo su poder a la mujer, a los hijos y a cierto número de esclavos, con la patria potestad romana y derecho de vida y de muerte sobre todos ellos”.¹¹ Esta clase de familia nos permite observar la transición del matrimonio sindiásmico a la monogamia, ya que ésta última permitía asegurar la paternidad de los hijos en base a la fidelidad de la mujer, situación de sumo interés en la presente investigación.

El sociólogo Federico Engels, menciona a la poligamia y a la poliandria como excepciones o productos de lujo de la historia. A continuación mencionaremos las características de estas prácticas, en atención a lo expuesto por el jurista Luis Recasens Siches, en su obra Tratado general de sociología:

- a) La poligamia. Es el tipo de unión en la que varias mujeres son esposas comunes de un solo hombre. Las causas que llevaron a este tipo de relación sexual son múltiples, entre ellas se cita el predominio del poder masculino, su interés sexual más constante, la reducción del número de varones adultos frente al de las mujeres debido al desempeño por el varón de actividades peligrosas, como la guerra y la caza, entre otras, así

¹¹ Engels, *op. cit.*, p. 66.

como, la tolerancia de la sociedad frente a la actividad sexual promiscua del varón. La familia polígama existió entre casi todos los pueblos de la antigüedad, aunque reservada a las clases poderosas, continuando en la sociedad contemporánea entre los mormones, israelitas y musulmanes, sociedades en las que este tipo de matrimonio es legal ante las leyes del hombre y las leyes religiosas, pues se halla previsto en el Corán, permitiendo al varón tener hasta cuatro esposas legítimas y un mayor número de concubinas, esto dependiendo de la fortuna del varón.

b) La poliandria. Conocida como el tipo de relación en que una mujer cohabita con varios hombres. Situación que llevó al matriarcado, sin embargo, algunos antropólogos manifiestan que el matriarcado fue solo un periodo transitorio, no suficientemente comprobado. Las razones que motivaron la poliandria son diversas, entre ellas, causas de carácter económico derivadas de la escasez de satisfactores que hacían urgente la disminución o el no crecimiento de la población y la necesidad de una mayor fuerza de trabajo dentro de un núcleo familiar, lo que permitió la admisión de dos o más hombres compartiendo una sola mujer. La mujer es quien ejerce la autoridad y fija los derechos y obligaciones de los distintos miembros, sobre todo de los descendientes. Esta práctica nos ayuda a comprender aún más por qué el parentesco se determinaba por la línea materna.

V. Familia monogámica. Continuando con la clasificación realizada por el sociólogo Federico Engels, tenemos a este último tipo de familia, donde surge el triunfo sobre la familia sindiásmica, siendo el signo característico de la evolución de la familia a la civilización. La monogamia consiste en la forma de constituir la familia mediante la unión exclusiva de un solo hombre y de una sola mujer, este modelo de familia se crea con el fin de procrear hijos donde la paternidad es cierta; son los griegos quienes llevan a su esplendor este tipo de familia, sin embargo, la monogamia iba aparejada con la esclavitud, ya que las mujeres pertenecían a los

hombres en cuerpo y alma. En palabras de Engels, este tipo de matrimonio no era fruto de un amor sexual individual, ya que los matrimonios eran por convención. “Fue la primera forma de familia que tuvo por base condiciones sociales y no naturales; y fue, más que nada, el triunfo de la propiedad individual sobre el comunismo espontaneo primitivo”.¹² Recordemos que al inicio de esta investigación hablamos de la unión de los seres humanos por cuestiones naturales, como una imitación al reino animal, para terminar con la unión de la familia por convención, llegando a la propiedad individual. De lo anterior se desprende el primer antagonismo de clases entre hombre y mujer, derivándose la sumisión de la mujer frente al hombre. Los órdenes jurídicos, en la mayor parte de los países del mundo contemporáneo, registran a la monogamia como la única forma legal y moral de constitución de la familia.

El filósofo Luis Recasens Siches, señala otras vertientes de la familia:

- a) Familia monógama matriarcal. Esta clase de familia surge en los pueblos primitivos y antiguos en el oriente del Pacífico, donde la organización familiar es monógama, pero centrada alrededor de la madre y regida por la autoridad de ésta. No estando necesariamente ligado el matriarcado a la poliandria.
- b) Familia monógama patriarcal. Esta clase de familia no solo es el antecedente de la familia moderna, sino su propio modelo. La crisis de la familia contemporánea no es otra cosa que la crisis del sistema patriarcal. Este sistema tuvo profundas características en la cultura romana, tanto durante la República, como en el esplendor del Imperio y en su decadencia. En la Época Medieval influenciada por el cristianismo, se institucionalizó la organización patriarcal, de la cual somos herederos todos los pueblos tanto de Occidente como de Oriente.

¹² *Ibidem*, p. 74.

- VI. La acción del cristianismo. Aun cuando no es propiamente una clasificación de la familia, es importante mencionar, que con esta acción el Nuevo Testamento elevó el contrato matrimonial a sacramento, dando a la mujer un mejor nivel y favoreciendo a la institución familiar, en pro de los hijos; dejando obsoleta la forma tomada por el *paterfamilias*.
- VII. Familia feudal. En ella influye el particularismo de los antiguos germanos y las ideas cristianas; consistiendo en la producción del propio abasto de sus habitantes, convirtiéndose la familia en el Estado.
- VIII. Familia conyugal moderna. Clase de familia que suele comprender tres generaciones en un solo hogar, abuelos padres e hijos; en la actualidad la misma no abarca varias generaciones, por el contrario solo comprende a los progenitores y su prole.

Jean Jacques Rousseau, afirmó que la familia es la más antigua de las sociedades y la única que surge espontáneamente por razones naturales. Haciendo mención a que los hijos solo dependen del padre, mientras lo necesitan para subsistir, empero, en el momento en que los hijos dejan de tener esa necesidad, el vínculo natural se disuelve, por lo que una vez que los hijos ya no se encuentran bajo la obediencia del padre y este último se desatiende de los cuidados hacia el hijo, unos y otros vuelven a la independencia. Atendiendo a lo anterior, si padre e hijo continúan unidos, ya no es naturalmente, sino voluntariamente, lo que nos lleva a la conclusión de que la familia misma no se mantiene sino por conveniencia.

La familia es, pues, si se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre; el pueblo, la imagen de los hijos, y habiendo nacido todos iguales y libres, solo por su utilidad enajenan su libertad. La única diferencia está en que, en la familia, el amor del padre a sus hijos es el precio de los cuidados que les dedica, mientras que, en

el Estado, el placer de mandar sustituye a ese amor que el jefe no siente por sus pueblos.¹³

Por su parte el jurista Luis Recasens Siches, coincide al calificar a la familia “como un grupo surgido por las necesidades naturales de sus integrantes, por los hechos generacionales y los subsecuentes”;¹⁴ por lo que el grupo familiar no es mero producto de la naturaleza surgido de forma natural, por el contrario, se trata de una institución creada y configurada por varios factores, como la cultura, la religión, la moral, las costumbres y por el Derecho, lo anterior con el fin de regular las conductas conectadas con la generación.

El sociólogo Armand Cuvillier, en su estudio de la familia, señala que por lo general se liga al parentesco con la consanguinidad, sin embargo, citando a Durkheim, manifiesta que “la consanguinidad real no constituye la condición suficiente ni necesaria del parentesco”.¹⁵ El parentesco no se da por un lazo fisiológico, sino por un lazo místico, toda vez que el grupo era representado por una participación mítica y práctica de valores religiosos. Señala Cuvillier, también el parentesco clasificatorio, siendo en el cual un mismo término designa a toda una clase de parientes, implicando cierta jerarquía y a la par sentimientos de respeto cercanos al miedo. Este parentesco lo encontramos en la antigua China. El autor, analiza el tema de la familia como sociología doméstica, hablando de dos grupos sociales, la sociedad doméstica como grupo de los familiares (la gran familia o *grossfamilie*) y la sociedad conyugal como grupo de los esposos (familia particular o *einzelfamilia*).

Por su parte, el autor Antonio Caso, señala que la verdadera unidad social consiste en la familia; dividiendo en tres categorías a los tratadistas que hablan de su origen, anteponiendo la monogamia a la promiscuidad, situación que no sucede con los autores citados con anterioridad:

¹³ Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, 7a. ed., trad. de Consuelo Berges, Argentina, Aguilar Argentina, 1965, p. 52

¹⁴ Recasens Siches, Luis, *Tratado general de sociología*, 29a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 466.

¹⁵ Cuvillier, Armand, *Manual de sociología*, 6a., ed., trad. de Alicia Isabel Revello, Argentina, El Ateneo, 1970, colección de Estudios Humanísticos, sección Sociedad y Cultura, t. II, p. 168.

- a) La monogamia. Considera la exclusividad entre el hombre y la mujer, encontrándose unidos por un único vínculo. Los sociólogos como Ziegler, Starcke, Westermarck parten de esta misma idea, pensando en los impulsos instintivos del ser humano, como el amor, los celos, etc.
- b) La teoría de la promiscuidad. Como auxiliar del matriarcado, del que ya hemos hablado, el cual surge a raíz de la cultura agrícola sedentaria, en donde la mujer estaba en contacto con la tierra, con la recolección de frutos, plantas, lo que la llevó a ser la directora de la sociedad humana. Dicha teoría es sostenida por Bachofen y reforzada por Morgan y Bastian.
- c) La unión transitoria. Donde un hombre permanece con una mujer por un periodo en el cual conciben un hijo y permanecen juntos hasta el su nacimiento. Esta teoría fue postulada por Eleutheropulos.

De la anterior clasificación hecha por Antonio Caso, ninguno de los tratadistas se ha puesto de acuerdo en el origen de la familia, como lo demostraremos más adelante. Sin embargo, podemos inclinarnos a la última categoría, si nos remontamos a las especies, donde éstas, de igual forma, pasan por una unión transitoria para perpetuar la especie. El autor señala de igual forma al totemismo, el cual sobreviene a la promiscuidad o hetairismo (comercio sexual).

El filósofo Antonio Caso, señala el clan totémico, el cual surge como una sociedad organizada religiosamente, donde los integrantes de la familia descendían del mismo animal totémico; rendían culto a los llamados manes (almas de los seres queridos muertos, antepasados, dioses de los muertos), a los lares (divinidades romanas, dioses protectores del hogar) y a los penates (dioses protectores). La práctica del clan trae consigo la exogamia, que prohibía el incesto, castigando severamente las uniones endogámicas; con las uniones exogámicas, toma fuerza el parentesco, atendiendo a que todos los que comulgaban con el mismo tótem, es decir, antepasado, eran parientes; “el parentesco social constituye a la consanguinidad natural”.¹⁶

¹⁶ Caso, Antonio, *Sociología*, 16a. ed., México, Limusa Wiley, 1971, p. 279.

Posteriormente, comienza la apropiación individual, pasando del totemismo a un manismo, rompiendo totalmente con los clanes totémicos. La tierra permanece indivisa, sin embargo, el alimento, el vestido, los utensilios de trabajo y demás bienes muebles pasan a ser propiedad individual, debido a la dificultad en la división del trabajo. Aun cuando, los seres humanos podían seguir unidos por el mismo tótem, comenzaron a subordinarse en una misma tribu, lo que permitió el advenimiento de la familia patriarcal, la cual se asocia con el pastoreo. La sociología, nos dice que la religión es el principio del parentesco, en base a que tanto en el periodo del matriarcado, como del patriarcado en el Derecho Romano, el parentesco se regía por la religión y no así por el propio nacimiento.

Continuando con el parentesco o linaje, el catedrático Leandro Azuara, lo ve en función del mismo antepasado común, dividiéndolo en patrilineal o matrilineal; influyendo en él, el tabú del incesto por una parte y por la otra la pertenencia del individuo a la familia de orientación y a la de procreación. Para el maestro Azuara la importancia del parentesco radica en que “es fundamental para la conservación de la unidad de la sociedad y viene a ser el marco donde el individuo lleva a cabo sus funciones políticas y económicas, adquiere derechos y obligaciones, recibe ayuda de la comunidad”.¹⁷

El Diccionario de sociología de Echánove Trujillo, ve al parentesco como la reunión de familias unidas por lazos biológicos, ligadas entre sí por vínculos místicos, pasando de un clan (agrupación de chozas) a la *gens*, en la cual la unión se daba por un lazo familiar místico biológico. Respecto a la promiscuidad sexual primitiva, la madre era el único ancestro cierto, debido a la ignorancia del varón sobre la generación, dando paso al matriarcado y a la ginecocracia. Tiempo después el varón conquistó la primacía en la familia, a lo que sobrevino el patriarcado y a la par, la agnación (parentesco social por línea masculina), siendo el vínculo religioso jurídico que ligaba a todos los que se hallaba sometidos a la potestad del mismo *paterfamilias*.

¹⁷ Azuara Pérez, Leandro, *Sociología*, 9a. ed., México, Porrúa, 1987, p. 226.

La Enciclopedia jurídica Omeba, hace alusión al origen de la familia, en primer plano se refiere al clan, el cual es la primera manifestación de solidaridad humana para poder sobrevivir a un medio hostil como era entonces, sin embargo, el clan se redujo a grupos más pequeños, derivado de la afinación de sentimientos de sus integrantes. Por lo que hace a la mujer, tenía un rol fundamental, ya que era quien echaba mano de las bases domésticas, que más tarde se convertirían en industria; por su parte el hombre jugaba un rol transitorio; con el paso del tiempo, el hombre comenzó a apoderarse de las actividades, lo que lo llevó a tener el control de la situación frente al grupo, siendo esto la base de la familia patriarcal, trayendo consigo la herencia por vía masculina y la exigencia absoluta de la fidelidad por parte de la mujer. La forma de la familia era la unión de la madre con sus hijos, lo que permitía que la herencia se transmitiera por línea de la madre, mientras que entre el marido y la mujer existía un vínculo puramente animal. La enciclopedia en mención, también lleva a cabo una clasificación del origen de la familia, siendo la siguiente:

- a) Forma prehistórica. Citando a Morgan, quien señala un estado primitivo de comercio sexual sin trabas, que en su evolución hacia un grupo de mayor cohesión, pasa a la siguiente forma.
- b) Familia consanguínea.
- c) Familia punalúa (compañero íntimo).
- d) Familia sindiásmica. Es con el matrimonio sindiásmico que comienza a tomar fuerza la paternidad, toda vez que la mujer pertenecía a un solo hombre. Surge la apropiación de la riqueza y animales domésticos por parte del hombre; quedó abolida la filiación femenina y la herencia por vía materna, siendo sustituida por la filiación masculina y la herencia por vía paterna.
- e) Familia patriarcal.

Una vez analizado el origen de la familia, pasemos al plano etimológico, el cual nos dice que la palabra familia “proviene del latín *familia* íd., primitivamente

conjunto de los esclavos y criados de una persona, deriv. De *famulus* sirviente o esclavo”.¹⁸

El Diccionario de la real academia española, define a la familia como: “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. Hijos de descendencia. 4. Numero de criados de uno, aunque no vivan dentro de su casa. 5. Conjunto de individuos que tienen alguna condición común”.¹⁹

De la compilación hecha por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, en la Enciclopedia jurídica mexicana, la familia comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de estos, que viven bajo el mismo techo. Diferenciando entre la familia doméstica (reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único), y la familia gentilicia (un grupo familiar muy extenso cuyos miembros son los *gentiles*); como una huella de la antigua *gens* romana, el concepto de familia doméstica se amplía de manera que pueden quedar comprendidos en ella el cónyuge del hijo o de la hija y los descendientes inmediatos de éstos, aunque no vivan en la misma casa.

Empero, a diferencia de la anterior distinción histórica sociológica, se hace hincapié en tres cuestiones fundamentales de la familia, parentesco, solidaridad y afecto; ya que como se manifestó en líneas anteriores, desde la antigüedad, es en el seno de la familia donde, se crean lazos de amor tan estrechos, que van armando la estructura jurídica y la organización del grupo familiar, y pese a los avatares de la humanidad, el grupo continúa; esta permanencia llevó al matrimonio por grupos, que sustituyó a la promiscuidad sexual, que a decir de algunos sociólogos, existía entre varones y mujeres de las hordas trashumantes que hace millones de años poblaron en el mundo.

Como podemos observar, la mayoría de los autores consultados, afirma la existencia de una primitiva promiscuidad sexual, basando sus razonamientos en

¹⁸ Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, 4a. ed., Madrid, Gredos, 1996.

¹⁹ Diccionario de la Lengua Española, Real academia española, 22a. ed.

la condición humana anterior a toda civilización, como un primate guiado más por sus instintos que por sus condiciones de raciocinio, ética u otro tipo de limitaciones a la libertad de su conducta; por otra parte, están los autores que rechazan la posibilidad de una originaria promiscuidad sexual, basando su argumento en consideraciones éticas y la pertenencia al mundo contemporáneo o de cultura occidental (Europa y América), el cual es heredero de la cultura helénica transmitida a través del Imperio romano, de la cultura medieval y cristiana con todos sus arraigados tabúes de moral sexual, que no conciben la promiscuidad.

Independientemente que se trate de un fenómeno natural, por convención o de una creación cultural, lo cierto es que la familia es un fenómeno social y jurídico, en la medida que existe todo un sistema social normativo que incide en su formación y, a decir de Bonnacase, lo vivifica. Creando un sistema, que en ocasiones y de acuerdo a la evolución de la misma familia, no responde a las necesidades del ser humano, por la complejidad de este último.

De lo anterior, podemos señalar que es en el seno de la familia donde se desarrollan fuerzas afectivas muy poderosas que trascienden a sus integrantes y a su vez perfeccionan las relaciones que sus miembros tienen en la sociedad, lo que lleva a una unión interna del propio grupo, de ahí la importancia de la familia, sin dejar de lado su enorme capacidad de resistencia frente a la constante evolución de la historia.

1.2 LA FAMILIA EN LA ANTIGÜEDAD

Con el desvanecimiento del matriarcado o ginecocracia y la transformación del totemismo al manismo (ancestros en sustitución del animal totémico), surge la *agnación*, en la cual el padre se convirtió en el eje del grupo primario, con base en la religión, naciendo la solidaridad doméstica patriarcal; la familia romana es el ejemplo por excelencia de la organización familiar en esa época; señalando el maestro López Rosado que fue hasta el año 476 d.C. que existió la familia de Grecia y Roma.

Por su parte el filósofo Antonio Caso, menciona a la familia romana, enfocándola al totemismo, ya que el culto a los abuelos muertos (*sacrificia oculta*), regía la vida social; el parentesco se convierte en el reconocimiento de la consanguinidad paternal, determinándose en la agnación, y no así en el nacimiento; la propiedad era el sostén económico de la comunidad, la misma era pro indiviso, ya que no existía la propiedad individual, siendo cada familia responsable de producir lo necesario para su sustento; la solidaridad doméstica se funda en el mito.

El profesor López Rosado, concuerda al hablar del totemismo. Tratando a este tipo de familia como una asociación religiosa, más que una asociación por consanguinidad; formando la familia una unidad económica que se valía por ella misma. Divide la evolución de la familia de la siguiente forma:

- a) Tribu. “Grupo social que suele comprender un gran número de sibs, bandas, aldeas u otros subgrupos; se caracteriza por la posesión de un territorio determinado, un dialecto definido, una cultura homogénea y peculiar y una organización política unificada, o al menos, cierto sentido de solidaridad común frente a los extraños, siendo la autoridad máxima el caudillo”;²⁰ esta definición la toma el maestro López Rosado, del autor George Peter Murdock.
- b) Ciudad. Esta nace a raíz de la unión de varias tribus, es la elevación de las relaciones sociales; para concebir a la ciudad se necesitaba de una plaza pública, la ciudad era auto productiva; Aristóteles, señala que “el lugar, pues, debe proporcionar a la ciudad la mayor independencia”.²¹
- c) Imperio. Es una organización política en un Estado, extendida por todo el mundo con gran poder y lo conforma una multitud de partes, como consecuencia de la conquista. Roma es un claro ejemplo de este tipo de organización.

²⁰ López Rosado, Felipe, *Introducción a la sociología*, 41a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 65.

²¹ *Ibidem*, p. 67.

- d) Nación. A la caída del Imperio romano comienzan a florecer las naciones; siendo una asociación de individuos más estable y coherente, unidos con una homogeneidad cultural y por las mismas costumbres, su esencia es el sentimiento de nos; Max Hildebert Bohem la concibe “como símbolo y como forma de expresión de un grupo especial de gente, con una misión a realizar en la historia”.²²

El romanista Eugene Petite, en su obra Tratado elemental de Derecho Romano nos habla de la familia en dos sentidos:

- I. Familia o *domus*. Es la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único. La familia comprende, pues el *paterfamilias*, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y la mujer *in manu*, que está en una condición análoga a la de una hija (*loco filiae*). La constitución de la familia romana, así entendida, está caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre o del abuelo paterno. El *paterfamilias* cumple como sacerdote de dioses domésticos, las *sacra privata* (ceremonias del culto privado), que tienen por objeto asegurar a la familia a la protección de los ascendientes difuntos. Esta organización donde la madre no juega ningún papel, se modificó muy lentamente sobre todo en el bajo Imperio, donde la autoridad del jefe llegó a ser menos absoluta.
- II. Familia Civil. El *paterfamilias* y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, o su *manus*, están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado agnatio. Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos *sui juris*, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o *domus*, que entre los miembros de las cuales están formadas. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma familia

²² *Ibidem*, p. 68.

civil. La familia se compone de agnados, es decir, del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil.²³

El parentesco, etimológicamente proviene de *parens, parentis*, es decir, el padre o la madre, el abuelo u otro ascendiente de quien se desciende. Los romanos entendían el parentesco en dos sentidos:

- I. El parentesco del derecho civil o *agnatio*. Es el designado corrientemente “agnación”; es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna o marital, pues del *paterfamilias* dependía la composición de la familia, siendo libre de cambiarla. Podía emancipar a sus hijos, darlos en adopción, además de poder ingresar extraños en su familia mediante la adrogación y la adopción. La agnación puede desenvolverse hasta lo infinito, aunque solo entre los varones, la agnación queda suspensa por vía de las mujeres. La familia *agnática* comprende:
 - a) Los que estén bajo la autoridad paternal o la *manus* del jefe de familia, entre ellos y con la relación al jefe: la agnación existe entre el padre y los hijos o hijas nacidos de su matrimonio legítimo, o introducidos en la familia por adopción. Los hijos no son agnados de su madre, a no ser que esta sea *in manu*; de lo contrario solo son cognados.
 - b) Los que hayan estado bajo la autoridad del jefe, y que lo estarían si aún viviese: cuando muere el jefe, los descendientes ya unidos por la agnación, quedan agnados también entre ellos.
 - c) Los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que lo hubiesen estado de haber vivido: si el jefe ha muerto al casarse sus hijos, y estos tienen hijos, estos hijos estarán agnados entre ellos.
- II. El parentesco del derecho natural o *cognatio*. Se entiende por el que deriva de las mujeres cuando tienen hijos ilegítimos; une a las personas

²³ Petite, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 96.

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 comenzó a reconocer derechos oponiéndolo al parentesco civil.

En un fragmento de Paulo se dice que son también cognados, los que la Ley de las Doce Tablas llama agnados, pero éstos lo son por vía paterna y dentro de la misma familia, en tanto los parientes por vía femenina se denominan solo cognados. Así pues, entre agnados y cognados hay la misma relación que entre el género y la especie, es decir, el agnado es también cognado, pero el cognado no es siempre agnado, pues la agnación es civil y la cognación es natural

III. Parentesco de ambos derechos (civil y natural). Cuando deriva de un matrimonio legítimo.

En cuanto a la *gens*, podemos decir que era un grupo familiar muy extenso, cuyos miembros son los *gentiles*, quienes descendían de un antepasado común lejano, siendo su principal característica, llevar el mismo *nomen gentilitium* (nombre); la gens podía llegar a tener numerosas familias, pero conservaba el mismo nombre y la unidad que su religión le ordenaba.

Cuando el fundador de la gens hubo muerto, sus hijos se hicieron jefes de sus respectivas familias, que son otras tantas ramas que descienden de un mismo tronco común y que por tanto llevan el mismo nomen gentilitium, estando unidas por el parentesco civil o agnatio. Cada una de estas familias así formadas queda bajo la autoridad de un jefe al que los romanos llamaban paterfamilias, éste es el sacerdote que rinde culto a sus antepasados, quien la gobierna con una potestad tal que durante siglos el poder público no se inmiscuyó en sus decisiones por severas y crueles que éstas fueran.²⁴

²⁴ Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz, *Primer curso de derecho romano*, 13a. ed., México, Pax, 1988, pp. 33-34.

En Roma, como hemos estudiado, la familia estaba organizada sobre la base del patriarcado, forma que conocieron otros pueblos de la antigüedad como los hebreros, persas, los galos. Ocupando el *paterfamilias* el papel principal y la madre un lugar secundario. Debido a su constitución, la familia se desarrollaba exclusivamente por vía de los varones; la mujer al casarse salía de su familia civil para pasar a formar parte de la familia del marido.

Continuando con el fragmento de Paulo, el cual nos señala, que es el *paterfamilias* quien tiene el señorío en su casa, y se le designa con este nombre aunque no tenga hijo, pues el término no es solo de relación personal, sino de su posición de derecho; es *paterfamilias* el varón que es *sui iuris* (depende de él mismo), cualquiera que sea su edad, connotando este vocablo, que pueda ser titular de un patrimonio y que tiene o puede tener a otras personas bajo su potestad; siendo en su *domus* (casa) dueño absoluto de sus actos, así como, el soberano que impartía justicia a los suyos y el sacerdote que ofrecía los sacrificios a sus antepasados. Se encuentran bajo su potestad, sus hijos y demás descendientes, su esposa si la tiene *in manu*, sus esclavos y a una persona libre, cuando la tiene *in mancipium*. Compartiendo el hogar con el *paterfamilias*, pero desempeñando un lugar secundario, tenemos a la *materfamilias*, que es la que vive honradamente, se distingue de otras mujeres por sus costumbres, dando lo mismo que sea casada o no, ya que una mujer de familia, no la hace el matrimonio ni el nacimiento, sino solo las buenas costumbres.

Clases y grados de parentesco

I. Parentesco natural.

- a) Parentesco en línea directa o recta: es aquel que une a dos personas, de las cuales desciende una de la otra, que a su vez se divide en ascendente, y del cual derivan por el segundo grado las líneas colaterales y descendentes;

b) Parentesco colateral: es aquel que une a dos personas que descienden de un mismo autor, sin que la una descienda de la otra, como los hermanos, las hermanas sus descendientes y los tíos y tías paternos y maternos.

II. Parentesco por afinidad. Es el que se origina por el matrimonio y lo forman los parientes de uno de los esposos y los parientes del otro, en este parentesco no hay grados y es ilícito contraer matrimonio entre los que están como ascendientes y descendientes a causa de afinidad. La proximidad del parentesco se fija por el número de grados.²⁵

Con el transcurso del tiempo, este riguroso poder paternal sufrió limitaciones, sin embargo, persiste como forma de organización familiar, pues continúa el predominio del varón sobre la mujer. Tal es el caso, la crisis actual de desintegración familiar, por ruptura de matrimonios a través del divorcio, que no es más que la manifestación de la inconformidad, por parte de la mujer hacia los resabios del poder marital y patriarcal.

La sociedad contemporánea debe organizarse en base a nuevos patrones de convivencia a nivel familiar, es decir, padres-hijos y cónyuges entre sí, en el que rijan principios de respeto mutuo, colaboración, igualdad y reciprocidad en derechos y deberes. Una sociedad sana solamente podrá surgir si la célula social, es decir, la familia, se sustenta en lazos de afecto y armonía, mismos que solo pueden darse en relaciones de coordinación entre sus miembros y no de supra subordinación, que son los imperantes en la organización patriarcal.

1.3 LA FAMILIA EN LA EDAD MEDIA

Los historiadores toman el año 476 d.C. como el fin del Imperio romano, para pasar a la Edad Media; época en donde el tipo de organización social fue la nación. Respecto a la familia, impera la monogamia, es decir, un amor sexual individual.

²⁵ *Ibidem*, pp. 139-142.

Con la invasión de los barbaros y el cristianismo, la organización familiar se transforma; surge la familia feudal, la cual llegó a constituir toda una organización económica, pues en un círculo cerrado tendía a bastarse a sí misma; el Estado no existe, ocupando su lugar la familia; reinaba la artesanía y la agricultura; la mujer era la directriz del hogar y los hijos seguían la profesión del padre; con el fin de conservar la indivisión de la tierra, el señor feudal, solo heredaba a su primogénito dejando de lado a los posteriores hijos o a las hijas.

La difusión del cristianismo desvaneció la figura del *paterfamilias* para convertirlo en el guía material y espiritual. La patria potestad creó derechos así como deberes; se abolió la esclavitud y se dio mayor dignidad a la mujer y a su rol de señora.

En palabras del historiador Echánove Trujillo, la familia paterna agnaticia, ha nacido con la Edad Media; y es el catolicismo quien torna a la familia como sagrada, al llevar al matrimonio a un sacramento. La familia se convirtió en el feudo, donde bajo la autoridad del señor feudal y sus vasallos, vivían los siervos siendo estos últimos trabajadores manuales, referidos al suelo que no puede abandonar.

Por su parte el jurista Lacruz Berdejo y otros autores, en su obra Derecho de Familia ven a la familia medieval como un “producto de la influencia canónica sobre el primitivo fondo germánico o autóctono y el derecho más o menos recibido y la misma aparece como un organismo de ética muy elevada y como uno de los núcleos sociales fuertemente constituidos”.²⁶

El profesor Chávez Asencio, afirma que “la familia fue un organismo económico que tenía como fin primordial bastarse a sí misma. Sembraba y cosechaba sus propios alimentos, hilaba sus telas en el desarrollo de la industria doméstica”.²⁷

La unidad de mando, permanece en este tipo de familia, aunque ya no con la misma fuerza o crueldad del *paterfamilias* en Roma, situación que llevó a que la

²⁶ Lacruz Berdejo, José Luis *et al.*, *Derecho de familia*, t. I, p. 16.

²⁷ Chávez Asencio, F. Manuel, *La familia en el derecho*, 8a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 38.

autoridad sobre la mujer, sea como un especie de tutela, proporcionando al marido una situación predominante, pero sin dejar de lado, el valor dado a la mujer y la dirección en el hogar; en el Derecho germano se llamó *potestad de las llaves* a esta figura. La patria potestad por su parte, se transforma en un poder de protección que corresponde al padre, y en menor medida a la madre, se concibe en beneficio del hijo, clasificándose estos últimos en:

- I. Legítimos. Nacidos dentro del matrimonio como lo ordenaba la iglesia, lo que los colocaba en mejor posición que los nacidos fuera del mismo, eran más nobles.
- II. Ilegítimos. Los que no nacen del matrimonio, así como los nacidos de barraganas, es decir, del concubinato o del adulterio.

Respecto a los alimentos, no se obligaba al padre a proporcionarlos a los hijos ilegítimos, sin embargo, se podían dar por piedad a la madre adúltera o incestuosa y a los parientes de ésta, de acuerdo con el principio de *mater semper*, “el Derecho canónico reconoció, el derecho a los alimentos de todos los hijos, cualquiera que fuera su origen, y favoreció la legitimación por el subsiguiente matrimonio como una forma de subsanar errores y consolidar la familia”.²⁸ La adopción era reglamentada y el poder del padre sobre todos sus hijos continúa; a la muerte del padre sus bienes se dividen en partes alícuotas entre los hijos, “el bien patrimonial se comparte por ministerio de ley, conforme al Decreto de la Convención del 7 de marzo de 1793. Napoleón, en su Código Civil, confirma el nuevo régimen”.²⁹ El régimen medieval aún se conserva en Inglaterra.

1.4 LA FAMILIA EN LA ÉPOCA MODERNA

En la actualidad, podemos ver a la familia como una agrupación natural económica o jurídica, ya no como unión transitoria entre un hombre y una mujer, evolucionando hasta llegar a una unión solida de ayuda recíproca. Dejando atrás

²⁸ *Idem*.

²⁹ Echánove Trujillo, Carlos A., *Diccionario de sociología*, 3a. ed., México, Jus, 1976. p. 79.

el auto abasto, se crea la figura del patrimonio familiar, en donde cada uno de los miembros aporta para el abasto general; como consecuencia de lo anterior, surge la sucesión legítima, la cual consiste en dividir el patrimonio entre los hijos. Hablamos de un núcleo jurídico a razón de las relaciones jurídicas que surgen de entre sus miembros, donde el Estado es quien las rige.

El sociólogo Luis Recasens Siches, define a la familia moderna, en las sociedades occidentales como:

La familia tradicional fue durante mucho tiempo la llamada familia conyugal monógama extensa, originada en el antiguo Israel, desenvuelta a través de Grecia y Roma, de la Edad Media, e incluso de la Edad Moderna y del siglo XIX, la cual solía comprender tres generaciones en un solo hogar (abuelos, padres e hijos), y en relaciones muy estrechas con los parientes colaterales. Esa familia conyugal extensa todavía persiste en considerable medida, sobre todo en algunas zonas rurales. Pero en los últimos decenios ha ido cobrando más generalidad la familia conyugal restringida, la cual comprende solamente en un solo hogar a los esposos y a sus hijos.³⁰

Hoy en día se habla de la familia nuclear (matrimonio o hijos dependientes de ellos) y contractual (que se da con la boda); esta última tiende a ser sustituida en los países de civilización postindustrial, por la familia provisional, la cual se funda en un matrimonio que se disuelve por el divorcio; lo anterior es derivado del aumento en el número de parejas que no pretenden contraer matrimonio, lo que nos lleva a que si el matrimonio *ad tempus* se funda sobre la mera voluntad de los cónyuges, es decir, se renueva día a día, donde no se necesitaron solemnidades, por lo tanto tampoco se requieren para su liquidación. Siendo la unión libre, al parecer, la mejor opción hoy en día, al tener cada compañero conciencia de que la pareja no existe, sino a través de un consentimiento

³⁰ Recasens Siches, Luis, *op. cit.*, p. 469.

renovado, mientras la convivencia satisface a ambos interesados. Lo cual, a su vez produce otro efecto negativo, ya que como hemos dicho queda suspendida su duración a la decisión de una de las partes a no vivir más juntos. Modo de vida que lleva a la institución del matrimonio al deprecio a los ojos de las nuevas generaciones, que tienden a romper vínculos con la que les precede.

1.5 LA FAMILIA EN LA ACTUALIDAD

La familia ha evolucionado, como lo podemos observar en el cambio de sus funciones; diferenciando el autor Luis Recasens Siches las funciones de la familia occidental monógama, con la familia actual:

- I. La familia era una institución omnicomprensiva dentro de la cual se realizaban casi todas las funciones sociales, religiosas, políticas, económicas, etc.; en el curso de la evolución histórica de la familia continúa siendo fundamental, pero situada al lado de otras instituciones especializadas (Iglesia católica, Estado, escuela, empresa, económica, entre otras).
- II. En las sociedades urbanas se ha reducido su tamaño considerablemente; pasando por las grandes unidades, por el tipo conyugal extenso, hasta llegar al tipo restringido.
- III. La condición social y jurídica de la mujer casada, ha ido cambiando drásticamente; desde su sujeción a la *manus* marital en el Derecho Romano, hasta la plena equiparación con el varón en la mayor parte de los países; lo cual ha determinado cambios en la estructura social y económica de la familia, así como en la educación de los hijos.

Hoy en día la familia está sufriendo ataques en demasía, aun cuando, la familia nuclear continúa, ésta comienza a ser rebasada, lo que podemos observar en el aumento de los divorcios, que tiene como consecuencia el desmembramiento de la familia; tal y como señala Platón, al hablar de los dos Eros: la culpa de esta situación es de que quienes iniciaron el camino hacia una supuesta familia, fueran portadores de ciertas condiciones personales, que les impedían asumir el

compromiso necesario para llevarlo a cabo, en todas las circunstancias, o el hecho de que en el noviazgo la mujer salga embarazada sin planearlo, y derivado de esto deban unirse en matrimonio. Pero a todo esto la realidad es que el matrimonio necesita de una planificación detallada, de una responsabilidad compartida y de un compromiso serio, de lo contrario llegamos a lo que vivimos en la actualidad, el desmembramiento cada vez más notorio de la familia.

Llevando a un desequilibrio en la sociedad, pues está comprobado que la familia es la variable afectiva, el centro y base del equilibrio psíquico necesario para que se produzca un correcto desarrollo y prosperidad del ser humano. No existiendo otro entorno que pueda aportar más afecto al individuo, que la propia familia.

Sin embargo, el intervencionismo del Estado en los servicios que presta a la asistencia pública, ha venido a suplir en muchos casos los deberes, obligaciones y responsabilidades que corresponden a los padres. A ello debe agregarse que la vida en común de los miembros de la familia, es cada día más precaria y esporádica, como efecto del sistema económico social moderno constituido sobre la base de la gran producción industrial y de la complejidad de la prestación de servicios que requiere de la fuerza de trabajo de los miembros de la familia, quienes deben prestarla a una edad temprana, para allegar recursos económicos a la familia, lo cual constituye un elemento de disgregación del grupo y de rompimiento de la comunidad familiar, en cuanto exige que ambos cónyuges y los hijos, desde pequeños, pasen una gran parte del día fuera del hogar. Entendiéndose a la comunidad familiar como:

Una comunidad doméstica que implica comunidad de vida de los miembros de la familia, presenta graves síntomas de disolución o cuando menos de una profunda transformación. La casa de la familia está dejando de existir como una unidad económica y espiritual y con ello se han relajado los lazos de solidaridad y ayuda mutua entre sus

componentes que forman el sustento de la organización familiar para el cumplimiento de los fines de ésta.³¹

Aunado a lo anterior, tenemos otros factores que influyen en la disgregación de la familia, tales como la emigración urbana, la industrialización y el consumismo, los métodos anticonceptivos, entre otros; que han marcado un cambio en la consistencia y en los valores de la familia, haciéndose presente también un cambio en la legislación, con leyes permisivas, como el divorcio sin causal, la Ley de Sociedad de Convivencia, la regulación del concubinato, la despenalización del adulterio o del aborto, por mencionar algunas, “normas que representan una verdadera relajación en la superestructura jurídica de la institución familiar; en el mejor de los casos un abandono de la familia por parte de la ley; abandono, a su íntima virilidad y vigencia, a su fuerza interna de cohesión, a la abnegación y sentido de responsabilidad de sus miembros”.³² Por su parte la maestra Sara Montero Duhalt, manifiesta respecto a la familia en la actualidad:

La psicología moderna reconoce como aspectos de desequilibrio emocional y mental, la búsqueda constante de nuevos amoríos en el hombre o la mujer, que se traduce en constante infidelidad hacia la pareja con la que se convive dentro o fuera del matrimonio. Esa inestabilidad emocional impide a los sujetos que la sufren, crear verdaderamente sólidos lazos afectivos con su pareja y por ende, conduce a la no integración de la familia o a la ruptura de la misma. La monogamia es la manifestación patente de la madurez de los individuos y de las sociedades que la consagran. La desintegración familiar, la pérdida de valores éticos, la drogadicción, etc., fueron las manifestaciones patológicas de las generaciones que crecieron como producto de los desequilibrios de la segunda guerra mundial.³³

³¹ Carbonell, Miguel (coord.), *op. cit.*, p. 43.

³² Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, Espasa Calpe, 1998, p. 413.

³³ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, 3a. ed., México, Porrúa, 1987, pp. 3-8.

La maestra Alicia Elena Pérez Duarte, por su parte, señala que la familia está constituida por la cultura imperante en la sociedad, haciendo y rehaciendo al mismo tiempo cultura; variando las estructuras de la familia o grupo familiar, pero el principio fundamental subsiste, ser “el grupo primario en donde hombres y mujeres encuentran los satisfactores básicos a sus necesidades”.³⁴ La familia es un grupo que cuida a sus miembros, llevándolos a contar con características culturales en la sociedad que se desarrollan, dotándolos de valores y cultura.

A tan sobrio cuadro cabe oponer, en primer lugar, que los ataques contra la familia siempre han existido y que, sin embargo, la familia siempre ha sobrevivido a dichos embates. Eminentes juristas y sociólogos se manifiestan firmemente convencidos de que la familia sigue y seguirá siendo necesaria y sobrevivirá; entre otras cosas, porque siempre será el organismo adecuado, para el cultivo del amor altruista y sacrificado, el cuidado, sano desarrollo y la socialización del niño y no solo la satisfacción de sus necesidades físicas, sino también una atención y un amor personalizado, que no puede asumir tan satisfactoriamente la guardería ni la escuela; siendo sólo la familia, capaz de otorgarlo en las condiciones precisas.

1.6 LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

Para analizar el presente tema, es preciso señalar que la reproducción de la especie humana requiere de la participación de dos sexos, por lo tanto, depende de la existencia de individuos de ambos sexos, señalando Luis Recasens Siches:

Las diferencias entre los sexos han determinado en muchas sociedades una división de trabajos entre hombres y mujeres, aunque ello no constituya un hecho forzoso e ineluctable, ya que hoy en día hay comunidades en las que individuos masculinos y femeninos participan en las mismas labores. Asimismo, la diferenciación sexual ha traído consigo en algunas culturas, sobre todo en épocas pretéritas, una

³⁴ Pérez Duarte y N, Alicia Elena, *Derecho de la familia*, México, I.I.S., 1990, p. 15.

subordinación de la mujer al hombre en el campo social propiamente dicho; aunque ese fenómeno de sumisión ha ido desapareciendo o disminuyendo progresivamente en muchas regiones del mundo.³⁵

El escritor español Gregorio Marañón, señala como gran error de nuestra sociedad, el educar al hombre contra la mujer y a la mujer contra el hombre. Sin duda alguna, ésta es una de las más importantes causas de discriminación hacia la mujer, ya que este aspecto ha influido de forma determinante en la educación de hombres y mujeres. Desde que nacemos, tanto a hombres, como a mujeres, la sociedad nos va guiando hacia distintos roles.

En la actualidad, tanto un hombre como una mujer pueden estudiar y terminar una carrera universitaria para obtener un trabajo y un futuro digno; sin embargo, aún queda mucho por hacer. Nuestras mentes aún no están abiertas a la nueva era, al nuevo siglo en el que nos encontramos. La incorporación de la mujer al mundo laboral ha sido un gran avance, pero no en todos los sectores las mujeres son admitidas. La igualdad entre hombres y mujeres es un asunto de incumbencia de la sociedad en general, pero comienza en el seno de la familia. Comprender la discriminación de género, significa comprender las oportunidades y limitaciones que afectan tanto a los hombres como a las mujeres. Las actitudes y los comportamientos de los hombres están fuertemente influenciados por las expectativas sociales acerca de lo que significa ser un hombre, tabúes arraigados desde su infancia.

Las cambiantes circunstancias están creando tensiones similares en hogares de América latina, donde los persistentes ideales del machismo (una concepción de la masculinidad basada en el control y la preponderancia del hombre), plantea problemas para las relaciones de familia, la socialización de los adolescentes y la realización del potencial personal de las mujeres.

³⁵ Recasens Siches, *op. cit.*, p. 306.

1.7 CLASES DE FAMILIA

La siguiente distinción de la familia, se hace en base a la composición de esta última y el número de miembros que la componen.

- I. Familia nuclear o conyugal. Compuesta por la pareja, formada por una mujer y un hombre y sus descendientes.
- II. Familia extensa. Compuesta de igual forma que la anterior, agregando a los ascendientes, ya sea de la mujer, del hombre o de ambos, los descendientes en segundo grado, los colaterales hasta el quinto, sexto o más grados, los afines y los adoptivos. Esta clase de familia la podemos ver, en la familia patriarcal romana.
- III. Monoparental. Compuesta sólo por el padre o sólo por la madre, y sus descendientes.
- IV. Reconstituida o a decir de los profesores Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, compuesta. La cual se forma “por la nueva pareja (padre y madre), los hijos de ambos y los hijos de cada uno procreados con la pareja anterior”;³⁶ subrayando que este tipo de familia también se conforma, cuando solo uno de los cónyuges, sea el que tiene descendientes anteriores a esta unión.

En cuanto a la extensión de los lazos familiares y con independencia de lo que en realidad y de hecho los sujetos entiendan por familia, el Derecho establece su propia medida. En nuestra legislación, constituyen familia los cónyuges, concubinos, los parientes en línea recta ascendente y descendente sin limitación de grado, ya sean surgidos dentro o fuera de matrimonio, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines, y el adoptante y el adoptado entre sí.³⁷

³⁶ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, 2a. ed., México, Oxford, 2010, p. 4.

³⁷ Montero Duhalt, *op. cit.*, pp. 8-9.

1.8 FUNCIONES DE LA FAMILIA

Como hemos observado a lo largo de esta investigación, la familia cumple con un papel sumamente importante, no sólo en el desarrollo de los miembros que la integran, sino de la comunidad misma. Empero, las funciones propias, aunque no exclusivas de la familia, pueden cumplirse y de hecho se cumplen por otras formas e instituciones sociales en la actualidad, que como hemos señalado, nunca sustituirán a la familia; hablemos de estas funciones:

- a) Reguladora de las relaciones sexuales. Como citamos con anterioridad, el cristianismo elevó el matrimonio a sacramento; aun cuando sabemos que los individuos, solteros o casados establecen relaciones sexuales al margen del matrimonio, pero ello no le quita a la familia su carácter de reguladora por excelencia de estas relaciones.
- b) Reproducción. Como consecuencia directa de la relación sexual, tenemos la procreación.
- c) Formación de personas. El catedrático Manuel F. Chávez Ascencio, señala que “en la familia se aprende a conocer y a apreciar los valores de una determinada cultura, los que al asumirse por un acto de la inteligencia permitirán a los miembros de la familia tomar decisiones libres”.³⁸
- d) Socializadora y Educativa. Siendo ésta una de las funciones más importante, así por su trascendencia, como su universalidad, dicha función está encaminada a los miembros que surgen dentro de ella, moldeando al individuo. Algunas instituciones, como por ejemplo, la escuela cumple un papel secundario, ya que el principal y decisivo, ya sea en forma consciente o inconsciente, negativo o positivo, en cuanto a la conducta de los miembros lo cumple la familia.
- e) Afectiva. “El afecto, es imprescindible para el equilibrio mental y emocional y hasta para la salud física de los seres, y es la familia la que en forma natural

³⁸ Chávez Ascencio, *op. cit.*, p.138.

provee este alimento espiritual. En la actualidad, dicha función afectiva, parece ser sustituible por otras instituciones”.³⁹

- f) Educación en la fe. Es un proceso educativo, que transmiten los padres a los hijos.
- g) Participación en el desarrollo social. “La función esencial de la familia es la de proveer a la sociedad de personas perfectamente formadas, habiéndolas provisto de todo lo necesario para que ellas mismas cuestionen y asuman los valores de la sociedad y desempeñen el papel que les corresponde a cada una”.⁴⁰
- h) Económica. La cual cuenta con dos aspectos: el primero como unidad productora de bienes o servicios; el segundo como unidad de consumo.

El ya mencionado autor Manuel F. Chávez Ascencio, cita en su obra, *La familia en el Derecho*, una lista de valores consagrados en un documento denominado “El México que queremos: una visión ciudadana para el 2025”, mismos que transcribiremos en este trabajo, por considerarlos aspectos importantes para un mejor desarrollo del ser humano y por consiguiente, de la sociedad:

Honestidad: honradez y veracidad, congruencia y autenticidad, en vez de corrupción y demagogia.

Fraternidad: solidaridad y paz social, justicia social y amistad, en vez de violencia y desunión.

Patriotismo: amor a México y a los mexicanos, en vez de desencanto y preferencia de lo extranjero.

Respeto: a la ecología y a la cultura, tolerancia y pluralismo, más que contaminación o imposición.

Prosperidad: bien común, estabilidad y desarrollo, en vez de contrastes, colapsos y miseria.

³⁹ Montero Duhalt, *op. cit.*, pp. 10-13.

⁴⁰ Chávez Ascencio, *op. cit.*, p.139.

Libertad: autonomía y democracia y subsidiaridad, en vez de dependencia y sumisión.

Orden: legalidad y responsabilidad, respeto y justicia, en vez de impunidad, anarquía y desorden.

Alegría: felicidad comprometida y entusiasmo innovador, en vez de temor, tristeza y aislamiento.

Éxito: seguridad y creatividad, eficacia y progreso, en vez de frustración, emigración y repudio.⁴¹

La breve investigación de este primer capítulo, nos servirá para conocer un poco más acerca de este importante grupo llamado familia, y así poder adentrarnos en la familia como institución.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 245-246.

CAPÍTULO 2 DERECHO DE FAMILIA

2.1 UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DERECHO DE FAMILIA

En este segundo capítulo, explicaremos a la familia, ya en su forma jurídica, es decir, el concepto del Derecho de Familia, así como la ubicación en el Derecho de este último.

Es de explorado derecho la división de las ramas del Derecho, estas normas jurídicas se clasifican en dos, Derecho Privado y Derecho Público, entendiendo a estos como:

- a) Derecho Privado. Proviene “del latín *privatum jus*, derecho concerniente a los particulares. Conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas entre personas que se encuentran legalmente consideradas en una situación de igualdad. En virtud de que ninguna de ellas actúa, en dichas relaciones, investida de autoridad estatal”.⁴²
- b) Derecho Público. Proviene “del latín *publicum jus*, derecho que atañe a las cuestiones públicas. Conjunto de normas que regulan el ejercicio de la autoridad estatal, determinando y creando al órgano competente para ejercitarla, el contenido posible de sus actuaciones de autoridad estatal y el procedimiento mediante el cual dichos actos deberán realizarse”.⁴³

Ahora bien, veamos que el problema se encuentra en determinar a qué rama pertenece el Derecho de Familia, y esto es en gran parte al jurista Antonio Cicu, quien desprende a este último, del Derecho Privado. Sin embargo, atendiendo a que el Derecho de Familia regula relaciones entre particulares, lo podemos ubicar en la gran rama que dentro del Derecho Privado, se denomina Derecho Civil; entendiendo como normas de Derecho Privado las que regulan la coordinación entre sujetos que se encuentran en un mismo plano.

⁴²Carbonell, Miguel (coord.), *Enciclopedia jurídica mexicana*, t. III D-E, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, serie Doctrina Jurídica número 74, pp. 357-358.

⁴³ *Ídem*.

En cuanto hace a la ubicación del Derecho de Familia, el profesor Rafael Rojina Villegas, señala que pertenece completamente al Derecho Privado; toda vez, que este último regula la conducta de los particulares, y aun cuando el Estado puede tener cierta intervención en la organización jurídica de la familia, no quiere decir que las normas relativas a la familia, se refieran a la estructuración del Estado, la determinación de sus órganos o funciones, o bien, a las relaciones de aquellos con los particulares.

Una vez definido lo anterior, tenemos que el Derecho de Familia, pertenece a la gran rama del Derecho Privado, llamada Derecho Civil; cabe mencionar, que el autor en mención, señala que no existe fundamento para dicha afirmación, sino que, dicha pertenencia, es más por razones históricas; siendo que las características del Derecho de Familia, nos permiten diferenciarlo del Derecho Patrimonial Civil, Mercantil, del Trabajo o Agrario, ya que estas últimas ramas tienen como característica común, la organización jurídica del patrimonio y la regulación de los derechos susceptibles de valoración económica, a diferencia del Derecho de Familia, en el cual su principal característica, está enfocada a la regulación de los vínculos no patrimoniales, que se crean por el parentesco, el matrimonio y la incapacidad de ciertos sujetos, y de forma secundaria regula relaciones patrimoniales, como lo son: el régimen de los bienes en el matrimonio, administración de los bienes de los que están sujetos a la patria potestad o tutela y el patrimonio familiar; características que nos permiten discernir la diferencia entre el Derecho de Familia, y las demás ramas del Derecho Privado.

Sin embargo, como podemos ver en la actualidad, ambas ramas, tanto civil, como familiar, se encuentran reguladas en el mismo ordenamiento legal. Atendiendo a lo anterior, el profesor Rojina Villegas, señala que el Derecho de Familia, debe separarse del Derecho Civil Patrimonial, para integrar una rama autónoma dentro del Derecho Privado, enfatizando las características del Derecho de Familia: “su aspecto no patrimonial, cuanto por lo que atañe a su carácter de estatuto imperativo, irrenunciable, fuera del campo de la autonomía

de la voluntad, e integrado por normas de indiscutible interés público y superior”.⁴⁴

Características del Derecho de Familia

- a) Reglas de orden público.
- b) La igualdad se convierte en jerarquía.
- c) Derechos ligados a deberes.
- d) Reciprocidad en la titularidad de una misma categoría del Derecho.
- e) No comerciabilidad del Derecho de Familia.

La profesora Sara Montero Duhalt manifiesta en su obra *Derecho de Familia*, que la inclusión de este derecho en el Derecho Privado es correcta, aun cuando no vemos funcionar la autonomía de la voluntad como pilar de sus principios.

2.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE FAMILIA

El profesor Manuel Chávez Ascencio, señala que existen autores que estudian la personalidad jurídica de la familia, viéndola como organismo jurídico y como institución; existiendo también los autores que optan por no adentrarse en este tema, pues señalan que el Derecho de Familia no tiene personalidad jurídica.

- I. La familia como organismo jurídico. Esta tesis ha sido sostenida por el jurista italiano Antonio Cicu, encuadrando al Derecho de Familia en el Derecho Público, manifestando que esta naturaleza es “por las circunstancias de que entre los miembros de la familia no hay derechos individuales, sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros que la ley les confiere”.⁴⁵

En nuestra legislación, la familia no es una persona moral, toda vez que la ley no le reconoce esa categoría, aunque existen algunos Estados, como lo es

⁴⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano. Derecho de Familia*, t. II, 12ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, p. 6.

⁴⁵ Chávez Ascencio, *op. cit.*, p. 231.

Zacatecas, que le imputan personalidad jurídica, sin embargo, lo anterior es erróneo, ya que “las normas del derecho positivo se refieren a la familia no como una persona moral, sino como una realidad natural que existe como una comunidad de vida pero sin personalidad jurídica propia. Los derechos y obligaciones son referidos a los miembros de la familia, quienes los ejercen”.⁴⁶

- II. La familia como institución. Maurice Hauriou, define a la institución, como todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados; tal es la familia, la propiedad, un estado particular, que no pueden ser destruidos ni siquiera por la legislación. “Bonnecase basándose en Savigny y en Ihering, nos dice que la institución jurídica es un conjunto de reglas de Derecho, que constituyen un todo orgánico y que comprende una serie indefinida de relaciones, derivadas todas ellas de un hecho único fundamental, considerado como punto de partido y como base”.⁴⁷

2.3 CONCEPTO DE DERECHO DE FAMILIA

A continuación, citaremos algunas de las tantas definiciones que existen del Derecho de Familia, para finalmente formar nuestra propia definición, tomando de cada una de ellas, lo que a nuestro juicio lo define mejor.

El profesor Rafael Rojina Villegas, citando a Julián Bonnecase, lo define como “el conjunto de reglas de Derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”.⁴⁸ Por su parte de la Mata y Garzón, citando de igual forma a Bonnecase, señalan:

El Derecho de Familia, es decir, la parte del Derecho Civil que rige la organización de la familia y que define, dentro de ella, el estado de cada uno de sus miembros comprende tres materias: 1. El derecho

⁴⁶ *Ídem*.

⁴⁷ Chávez Asencio, *op. cit.*, pp. 231 232.

⁴⁸ Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 8.

matrimonial; 2. El derecho del parentesco; 3. El derecho de parentesco por afinidad,⁴⁹ definiéndolo como el conjunto de normas jurídicas de Derecho Privado e interés público que autónomamente regulan a la familia y las relaciones personales y patrimoniales entre sus miembros, y otras personas relacionadas.⁵⁰

De acuerdo a la definición dada por la profesora Sara Montero Duhalt, es “el conjunto de normas jurídicas de Derecho Privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares”.⁵¹

El jurista Manuel F. Chávez Asencio lo define como “el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre estos con otras personas y el Estado, que protegen a la familia y sus miembros, y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin”.⁵²

Para el profesor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, quien señala que el término correcto es Derecho de la Familia, lo define como “la parte del Derecho Civil que regula la constitución, la organización y la extinción de la familia, así como las relaciones jurídicas entre quienes la integran”.⁵³

Por su parte los autores Edgard Baqueiro y Rosalía Buenrostro, señalan que es con los conceptos de familia y derecho, que se integra la definición del Derecho de Familia, definiéndolo como “el conjunto de normas jurídicas de orden público e interés social que regulan la constitución, organización y disolución de las

⁴⁹ Mata Pizaña, Felipe de la y Garzón Jiménez Roberto, *Derecho Familiar y sus Reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 2012, p. 27.

⁵⁰ *Ídem*.

⁵¹ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 23.

⁵² Chávez Asencio, *op. cit.*, p. 146.

⁵³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Familia*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2011, p. 64.

relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos”.⁵⁴

Finalmente, nosotros definimos al Derecho de Familia, como el conjunto de normas de Derecho Privado, de orden público e interés social, que regulan la constitución, organización y disolución de la familia, así como las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre estos con otras personas y el Estado.

2.4 FUENTES DE LA FAMILIA

El profesor Ernesto Gutiérrez y González, en su obra *Derecho Civil para la familia*, nos habla en principio de tres fuentes constitutivas de la familia, basándose para ello en Planiol y Ripert, siendo estas, el matrimonio, la filiación y la adopción. Sin embargo, atendiendo al Derecho mexicano, específicamente al artículo 138 quintus de la ley sustantiva de la materia, manifiesta que las fuentes del Derecho de Familia son: el matrimonio, el concubinato y el parentesco.

Debido a la complejidad de la familia, no podemos limitar a tres instituciones las fuentes de la familia; siendo que el Derecho de Familia regula otras instituciones, que originan relaciones jurídicas familiares, por lo que deben considerarse también como fuentes de la familia.

En opinión de los profesores Edgard Baqueiro y Rosalía Buenrostro, podemos encuadrar las fuentes de la familia en tres grandes conjuntos:

- a) Las que implican la unión de sexos: matrimonio y concubinato.
- b) Las que implican la procreación (tanto natural como asistida): filiación y adopción.
- c) Las que implican a las instituciones familiares en términos de asistencia: alimentos, patria potestad, tutela y el patrimonio familiar.

⁵⁴ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho de Familia*, 2ª ed., México, Oxford University Press, 2009, p. 8.

2.5 DERECHOS FAMILIARES DEL ORDEN PÚBLICO Y PRIVADO

Para poder comprender los derechos familiares, el profesor Rafael Rojina Villegas, los clasifica en su obra *Teoría fundamental del Derecho*, de la siguiente forma:

Derechos subjetivos

- a) Públicos: siendo estos oponibles al Estado, como los derechos políticos, garantías individuales, derechos de petición, derechos de acción, derecho de dotación de caídos;
- b) Privados: los cuales son oponibles a los particulares, siendo los derechos reales personales, del estado civil o familiares en general, derecho subjetivo de heredar, derecho de la persona capaz para crear la relación jurídica, derecho de huelga, etcétera.⁵⁵

Existe otra clasificación, que toma en cuenta el interés público y el privado, que respectivamente se reconoce en su constitución, en la cual todos los derechos familiares son privados, ya que solo son oponibles a los particulares; y ejercicio, en donde si confluyen derechos familiares de interés público y privado, los primeros son los que organizan el derecho objetivo de familia, tanto en las relaciones conyugales como en las que nacen del parentesco, patria potestad o tutela, podemos englobar a los derechos subjetivos familiares patrimoniales y no patrimoniales; por cuanto hace a los segundos, que aun cuando son los menos, tenemos a los esponsales, en cuanto a los bienes en la sociedad conyugal, remuneración a curadores y tutores, entre otros.

2.6 DERECHOS FAMILIARES RENUNCIABLES E IRRENUNCIABLES

Los derechos subjetivos familiares pueden ser renunciables, si permiten que unilateralmente una de las partes dé por terminado dicho efecto de derecho. Evidentemente, por regla general, los derechos de familia no son renunciables

⁵⁵ Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 79.

unilateralmente, sin embargo, por excepción, en casos muy particulares pueden darse por terminados, siempre y cuando se siga el procedimiento, verbigracia, las donaciones antenuptiales, las cuales pueden terminar cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley.

2.7 DERECHOS FAMILIARES TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES

Los derechos subjetivos familiares transmisibles, son aquellos que se pueden ceder, normalmente los derechos patrimoniales serán transmisibles; aun cuando existen algunas excepciones, como los derechos patrimoniales que crea la sociedad conyugal, los cuales no se pueden ceder, toda vez que dicha sociedad solo se constituye por el marido y la mujer, no pudiendo sustituirse por algún cónyuge o a un tercero.

Derechos subjetivos familiares intransmisibles, son aquellos derechos que no se pueden ceder; ubicando a los derechos subjetivos no patrimoniales, en virtud de que éstos, se conceden en consideración a la persona del titular o a la especial relación jurídica que se constituye.

2.8 DERECHOS FAMILIARES TRANSIGIBLES E INTRANSIGIBLES

El profesor Rafael Rojina Villegas, funda la comprensión de estos derechos, en lo preceptuado por los siguientes artículos del Código Civil para el Distrito Federal vigente, que a la letra nos dicen:

Artículo 2948. No se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio.

Lo que evidentemente nos lleva, a la prohibición de la celebración de un contrato de transacción sobre derechos familiares no patrimoniales, como lo son los que derivan del estado civil de las personas.

Artículo 2949. Es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración de estado civil pudieran deducirse a favor de una persona; pero la transacción, en tal caso, no importa la adquisición del estado.

Artículo del cual se deriva, el caso en que puede ser transigible el derecho familiar, siendo únicamente los derechos pecuniarios.

Artículo 2950. Será nula la transacción que verse:

- I. Sobre delito, dolo y culpa futuros;
- II. Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros;
- III. Sobre sucesión futura;
- IV. Sobre una herencia, antes de visto el testamento, si lo hay;
- V. Sobre el derecho de recibir alimentos.

2.9 DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES

Aun cuando, anteriormente hemos analizado algunos derechos subjetivos familiares, en este punto, señalaremos su concepto.

Para abordar este tema, es necesario que conozcamos a los sujetos del Derecho de Familia, quienes como hemos venido tratando, son personas físicas, sin embargo, es frecuente la intervención del Estado, generando así, relaciones mixtas. El profesor Manuel F. Chávez Ascencio, señala como sujetos:

- I. Los parientes que comprenden los de consanguinidad, afinidad y adopción;
- II. A los cónyuges, concubinos, a la madre soltera, a los padres e hijos; y
- III. Al tutor y al pupilo;

Por su parte los juristas de la Mata y Garzón, agregan a los convivientes, a las personas que ejercen la patria potestad, y menores sujetos a la misma; tutores e incapaces; curadores; custodios y acogedores.

Una vez señalados los sujetos, continuemos con el concepto de los derechos subjetivos; los cuales a decir del profesor Rojina Villegas “constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en

la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto”,⁵⁶ a esta definición le agregaríamos el concubinato.

El jurista Manuel F. Chávez Ascencio, propone una definición de los derechos subjetivos, basándose en los conceptos ya señalados por los autores Rojina Villegas y José Castán Tobeñas; definiéndolos como “las distintas facultades patrimoniales-económicas que se originan por actos y hechos jurídicos de carácter familiar, jurídicamente protegidos por las normas vigentes, para el cumplimiento de los fines especiales del matrimonio y de la familia”.⁵⁷ Sin embargo, dichos derechos subjetivos, así como su injerencia, varía según la institución de la que estos deriven.

A continuación, en base a la obra del maestro Rojina Villegas, trataremos de explicar los derechos subjetivos en cuanto al grado, forma, tiempo y alcance.

	Grado de interferencia	Forma	Tiempo	Alcance
Matrimonio	Media o mínima*	Igualdad y reciprocidad	Durante toda la vida matrimonial	Solo se da entre los consortes
Parentesco			Tienen una existencia condicionada o circunstancias especiales que determinan su temporalidad (derecho a exigir alimentos o a heredar en la sucesión legítima)	La mayor intensidad se presenta en el parentesco en línea recta, ya que disminuye la interferencia en la medida que es más distante el grado
Patria Potestad	Máxima	Subordinación jurídica de los menores e incapaces frente a los que ejercen la patria potestad y tutela**	Durante el tiempo de la minoridad; se extingue con la emancipación del hijo, o la mayoría de edad	Interferencia constante en el menor, conducta, patrimonio y actividad jurídica, con el objetivo de educar, corregir, castigar, proteger y representar jurídicamente
Tutela			En tanto que subsiste la causa que dio motivo a la interdicción, generalmente se trata de casos permanentes	Interferencia constante en la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica de los incapaces, con el objetivo de educar, proteger y representar jurídicamente al incapaz

*En el parentesco, en las relaciones que no sean paterno-filiales.

**Lo anterior no significa que quienes ejercen la patria potestad o la tutela no tengan obligaciones frente a los menores o incapaces, pero los deberes que se les imponen son de naturaleza distinta.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 70.

⁵⁷ Chávez Ascencio, *op. cit.*, p. 386.

Así, tenemos que en la patria potestad, son los padres o abuelos, quienes ejercen derechos subjetivos sobre la persona, la conducta, la actividad jurídica y el patrimonio de los hijos o nietos menores de edad. De igual forma ocurre en la tutela, ejerciendo dichos derechos subjetivos, sobre la conducta, la actividad jurídica y el patrimonio de los incapaces. En cuanto hace al matrimonio, tenemos la potestad marital, sin embargo, en la actualidad en el Distrito Federal, así como la mayoría de los Estados de la República Mexicana, ha desaparecido dicha figura, de tal suerte, que ambos cónyuges cuentan con los mismos derechos y obligaciones, respecto a la administración del hogar, los hijos y relaciones recíprocas.

Por lo que hace al parentesco, el profesor Rafael Rojina Villegas, lo divide de la siguiente forma:

- I. Parentesco consanguíneo en línea recta. Sin contar las relaciones paterno-filiales, los ascendientes de segundo (en principio) o ulterior grados ya no ejercen derechos subjetivos sobre la persona, conducta, bienes y actividad jurídica de los descendientes menores de edad, solo podrán tener derecho a alimentos o a heredar, según lo indique el ordenamiento correspondiente; sin embargo, existe una excepción: si los padres mueren, la patria potestad corresponde en primer lugar a los abuelos paternos, y a falta de ellos a los abuelos maternos.
- II. Parentesco colateral. No existe la posibilidad jurídica de que los mayores de edad ejerzan sobre los menores, los derechos inherentes a la patria potestad, por lo que, como en el supuesto anterior, solo existen derechos subjetivos de alimentos y herencia en la sucesión legítima, así como la posibilidad de ser tutores en los casos que señala el artículo 483 del Código Civil para el Distrito Federal.
- III. Parentesco por afinidad. A diferencia del Derecho francés, nuestra legislación no reconoce derechos subjetivos entre el esposo o la esposa y los parientes consanguíneos de uno u otro, respectivamente.

IV. Parentesco por adopción. Como el adoptado asume la situación jurídica de un hijo legítimo, el adoptante tiene frente a él todos los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, y a su vez, tiene el derecho de alimentos y de herencia en la sucesión legítima.

Los anteriores derechos subjetivos familiares analizados, son los que conocemos como de carácter no patrimonial; esta clasificación es realizada por el profesor Rafael Rojina Villegas:

- a) Patrimoniales y no patrimoniales
- b) Absolutos y relativos
- c) Interés público e interés privado
- d) Transmisibles e intransmisibles
- e) Temporales y vitalicios
- f) Renunciables e irrenunciables
- g) Transigibles e intransigibles
- h) Transmisibles por herencia y extinguidos por la muerte de su titular

De la anterior clasificación, hemos analizado en su mayoría los derechos subjetivos, teniendo a continuación los restantes.

Derechos subjetivos familiares patrimoniales. Aquellos que pueden tener una valoración económica y pecuniaria, como es la obligación alimentaria, régimen patrimonial o donación.

Derechos subjetivos familiares no patrimoniales. Aquellos de índole personal y afectiva que no pueden ser valorados, al menos de manera directa o en dinero, como lo es el reconocimiento de hijos, deber de crianza, cohabitación, ayuda mutua y convivencia.

Derechos subjetivos familiares absolutos. Aquellas relaciones jurídicas familiares que pueden ser hechas valer *erga omnes*, frente a cualquiera aunque no formen parte de la relación en cuestión, como es el estado jurídico de casado, deberes de fidelidad y cohabitación.

Derechos subjetivos familiares relativos. Aquellos que solo surten efectos entre las partes.

Derechos subjetivos familiares por tiempo determinado. Como su nombre lo indica, son los deberes jurídicos familiares que se restringen a un tiempo limitado, por ejemplo, la terminación de la patria potestad.

Derechos subjetivos familiares por tiempo indeterminado. Son los deberes jurídicos familiares, en tanto que duren por un lapso no precisado.

De lo anterior podemos decir, que los derechos subjetivos familiares, son aquellos que surgen de dos supuestos: el primero de un acto jurídico como por ejemplo, el matrimonio o la tutela; el segundo los que surgen o preexisten de forma natural, como es el parentesco o la patria potestad. Estos derechos suponen en algunos casos reciprocidad y en otros casos subordinación, por ejemplo, la tutela y la patria potestad.

2.9.1 CARACTERÍSTICAS, ADQUISICIÓN, TRANSMISIÓN, RENUNCIA Y PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES

Características

Comencemos por señalar las características de los derechos subjetivos familiares, las cuales son esencialmente:

- I. Estar autorizados por una norma jurídica;
- II. Interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto; e
- III. Irrenunciables

Es el jurista italiano Antonio Cicu, quien caracteriza a los derechos subjetivos familiares, desde el punto de vista de adquisición, transmisión, renuncia, prescripción y pérdida, pasemos a su análisis.

Adquisición

Esta clasificación atiende a aquellos derechos que se adquieren en virtud de la celebración de un acto jurídico, por ejemplo, al celebrar el matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, artículo 182 quarter del Código Civil para el Distrito Federal. Así mismo, es necesario conocer el *status* del sujeto del grupo familiar, para determinar la forma de adquirir un derecho subjetivo familiar, ya que dicha adquisición no se deja al arbitrio del sujeto, aun cuando pudiese intervenir su voluntad para el nacimiento de dicho derecho, como sucede en el matrimonio o adopción, lo cierto es que en otras circunstancias la relación jurídica se da por solidaridad familiar. El profesor Rafael Rojina Villegas, citando a Ruggeiro, señala “que el derecho no es adquirido por libre voluntad del titular, sino que él queda investido sin su voluntad”.⁵⁸

Transmisión

Esta clasificación atiende a aquellos casos en los que los derechos subjetivos se transmiten en términos de una disposición legal, tal es el caso de la patria potestad, en la cual un padre no puede transmitirla, sino es la ley, quien le atribuye tal condición; en nuestra legislación, en primer lugar le corresponde a los padres, y a falta de ambos padres pasara a los ascendientes paternos, y a falta de éstos, a los ascendientes maternos. La mayoría de los derechos subjetivos familiares son intransmisibles, en tanto que atribuyan un poder familiar personal, sin embargo, como lo podemos observar en el caso de la patria potestad, existen derechos subjetivos familiares que pueden ser transmisibles, toda vez que tienen como motivo, un interés individual, por lo regular cuando hablamos de intereses pecuniarios; la doctrina señala “las acciones de estado en dos manifestaciones: una de carácter moral y otra de naturaleza patrimonial. Reconoce que ambas acciones pueden ejercitarse en forma independiente, pero admite para ciertos casos que el interés moral es el predominante”.⁵⁹

⁵⁸ Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 87.

Por lo que hace a la transmisión de las acciones del estado civil, la doctrina dominante acepta que son intransmisibles por existir un interés público fuera del campo de la autonomía de la voluntad y por tratarse de acciones personalísimas; pero admite que se pueden transferir derechos patrimoniales conexos con el estado civil. Para Cicu, tales derechos no pueden hacerse valer por sí mismos, sino se propone una controversia de estado y, por lo tanto, no tienen autonomía.⁶⁰

La ley permite que determinados herederos o descendientes del *de cuius* hagan valer o continúen acciones del estado civil intentadas por éste en vida, para Cicu, dicha acción no se transmite, sino que es concedida por la ley. En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos varios ejemplos de la concesión de dichas acciones, por ejemplo, la acción contra la filiación, inserta en el artículo 345 del Código Civil para el Distrito Federal, tema central de la presente investigación; el Código Civil vigente reconoce que mientras el marido viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo, sin embargo, la ley en su artículo 333 del Código Civil para el Distrito Federal, señala otras circunstancias en las cuales, los herederos pueden interponer la acción:

Artículo 333. Los herederos del cónyuge varón, excepto en los casos previstos en el artículo anterior, no pueden impugnar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, cuando el cónyuge no haya interpuesto esta demanda. En los demás casos, si el cónyuge ha fallecido sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán para interponer la demanda, sesenta días contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia.

Precepto legal, que nos permite ver con claridad lo señalado por el jurista Cicu, al referirse que la acción no se transmite, sino que la ley la concede. Añadiendo el profesor Rojina Villegas, una cita de Ruggeiro, en donde menciona que “el estado de las personas representa un interés individual suyo, pero también un

⁶⁰ *Ídem.*

interés familiar; es este último, y no aquél, el que la ley reconoce y tutela; éste resulta tutelado reflejamente, indirectamente, y constituye, por consiguiente, motivo y no elemento constitutivo de la acción”.⁶¹

Renuncia

El jurista Rafael Rojina Villegas divide a los derechos subjetivos familiares en dos categorías:

- a) La que comprende los casos de poder en sentido propio, en donde cabe la renuncia, pero siempre en interés de la familia; y
- b) La que el derecho se presenta como acción, comprendiendo intereses familiares puros e intereses en donde existe un aspecto individual.

La renuncia en este tipo de derechos se presenta en casos excepcionales, aun cuando el profesor Rojina Villegas manifiesta que estos derechos no admiten renuncia, toda vez que se trata de derechos-deberes; además de encontrarse tutelados por el orden público,⁶² entendiéndose a este último como el que se integra por todas las disposiciones normativas que limitan la voluntad de los gobernados, lo que lo convierte de suma importancia para el Estado; lo que hace imposible que un padre pretenda renunciar a la patria potestad o dejar de cumplir con sus deberes de crianza, administración o representación, etc., sin embargo, tenemos como excepciones, la renuncia de la cónyuge divorciante a recibir alimentos, la renuncia al régimen de visitas de un hijo, en ambos casos, debe ser previa vista del Ministerio Público y autorización de un Juez de lo Familiar; existen también las excusas, como en el caso de la tutela, o la patria potestad, la cual es irrenunciable, sin embargo, se pueden excusar para desempeñarla quienes tengan sesenta años cumplidos o quienes no cuenten con un buen estado de salud que les permita ejercerla adecuadamente, de donde se desprende que esta excusa, es en pro del interés de la familia.

⁶¹ *ibidem*, p. 88.

⁶² Las disposiciones legales que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad, lo anterior en términos de artículo 138 ter del Código Civil para el Distrito Federal.

Prescripción

Conocida como el medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley; sin embargo, los derechos subjetivos familiares, no se pueden adquirir por prescripción positiva; en cuanto a la prescripción liberatoria, existen acciones del estado civil de carácter imprescriptible, como lo es la acción del hijo y sus descendientes para reclamar su filiación; la obligación de dar alimentos, conforme al artículo 1160 del Código Civil para el Distrito Federal, la acción de pedirlos, ambas son imprescriptibles, empero, lo que si prescribiría, serían las pensiones ya causadas, mismas que prescriben dentro del término de cinco años.

En el Derecho de Familia, la regla general es en el sentido de que la prescripción liberatoria, si no es excluida totalmente, solo se presente de manera excepcional (...) Para Cicu se puede considerar que en todo el Derecho de Familia impera la imprescriptibilidad de las acciones y de los derechos subjetivos, así como de las obligaciones correlativas (...) La coincidencia del derecho-deber impide que pueda haber una enajenación, renuncia o prescripción de esas facultades funcionales.⁶³

El jurista Antonio Cicu, señala que la mayoría de los términos que la ley fija para el ejercicio de las acciones familiares, son de caducidad y no de prescripción. En nuestro sistema contamos con las acciones de nulidad en el matrimonio y filiación, por cuanto hace a esta última, considera Cicu que es imprescriptible la reclamación de estado de hijo, que intente el mismo o sus descendientes, sin embargo, el artículo 351 del Código Civil para el Distrito Federal, sí señala prescripción, lo que pone dicho supuesto frente a la prescripción como tal, y no así de caducidad.

⁶³ Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 89.

Artículo 351. Las acciones de qué hablan los tres artículos que preceden, prescriben a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo.

A continuación, señala el profesor Rojina Villegas, citando a Rugeiro, acerca de la prescripción de las acciones de filiación, misma que consideramos importante para fines de la presente investigación:

Imprescriptible es también la acción de reclamación de hijo natural y la acción de impugnación del reconocimiento. Se admite, en cambio prescripción de la acción de nulidad de reconocimiento por vicio del consentimiento; pero, aparte de lo que se pueda observar sobre las relaciones entra ésta y la acción de impugnación, nosotros no comprendemos cómo el obstáculo de la imprescriptibilidad de las acciones de estado se pueda superar diciendo que no se ataca el estado, sino el acto de reconocimiento.⁶⁴

Cicu, señala que es indiscutible la imprescriptibilidad de los derechos familiares puros, como lo es la patria potestad, los de tutela, los de los cónyuges entre sí, los de alimentos y las acciones para pedir la interdicción.

2.10 DEBERES SUBJETIVOS FAMILIARES

El profesor Rafael Rojina Villegas, los define: “como distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad tutela y los parientes entre sí”.⁶⁵

El estado de sujeción jurídica que constituye el género próximo de la definición anterior, es inherente a todo deber jurídico y consistente en la subordinación, que desde el punto de vista del Derecho, guarda un sujeto que se denomina “obligado” frente a otro llamado “pretensor”. En materia familiar este estado de

⁶⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 92.

sujeción jurídica es permanente, y no así en los deberes jurídicos personales, los cuales se extinguen una vez cumplidos.

Para comprender los deberes subjetivos, nos trasladaremos a los romanos, quienes clasificaron a las obligaciones en tres, agregando el profesor Rojina Villegas una cuarta categoría:

- I. Obligaciones de dar. Estas las encontramos principalmente en el matrimonio; como son, las obligaciones de socorro o mutuo auxilio, hacer una vida en común. También encontramos las consagradas en el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal, referentes a la filiación, en donde, señala que debe imperar el respeto y la consideración mutuos, entre ascendientes y descendientes, por mencionar algunos.
- II. Obligaciones de hacer. Estas nacen principalmente del parentesco, como lo es la obligación de dar alimentos; o los deberes que nacen del matrimonio, verbigracia, la distribución de la carga de trabajo entre los cónyuges, para el sostenimiento del hogar.
- III. Obligaciones de no hacer. Estas implican el deber de respeto o los derechos que respectivamente imponen el matrimonio, la patria potestad, la tutela y el parentesco; para el caso del matrimonio, tenemos obligaciones de no hacer, a cargo de cada uno de los cónyuges, cuyo contenido se determina en función de los derechos del otro, como lo es el deber de fidelidad, el cual se traduce en hechos y abstenciones.
- IV. Obligaciones o deberes de tolerancia. Implican la posibilidad en el sujeto activo, de interferir en la esfera jurídica del sujeto pasivo y la necesidad, por parte de éste, de sufrir el acto de interferencia en su persona, conducta, patrimonio o actividad jurídica; como sucede en el caso, de que se haya pactado el que sólo uno de los cónyuges administre la sociedad conyugal, por lo que el otro cónyuge, debe soportar dicha administración.

Esta última categoría, “no puede quedar comprendida dentro de las obligaciones de no hacer, dado que éstas se caracterizan por la simple abstención de sujeto pasivo para realizar determinados hechos o actos jurídicos”.⁶⁶

Por cuanto hace a la clasificación de los deberes subjetivos familiares, la misma sería inútil repetirla, toda vez, que conservan las mismas características de los derechos correlativos, vistos con anterioridad; sólo respecto a los deberes jurídicos de carácter patrimonial, le agregaríamos la obligación de tolerancia, toda vez, que se crea por virtud del derecho de administrar bienes, otorgados a los distintos representantes legales que intervienen en las relaciones familiares.

Los deberes subjetivos familiares surgen de las relaciones jurídicas familiares y constituyen derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia, en este sentido si las relaciones jurídicas familiares son generadoras de deberes, derechos y obligaciones, podemos afirmar que los mismos surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato. En la actualidad el deber subjetivo familiar comprende el deber de todo miembro de la familia a observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos.

2.11 ACTOS JURÍDICOS FAMILIARES

Estos son definidos por el profesor Rojina Villegas como “aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación al estado civil de las personas”.⁶⁷

De la definición anterior se desprende que las manifestaciones de voluntad, pueden ser:

- I. Unilaterales. Se entiende como aquel acto jurídico familiar, donde existe una parte formal que manifiesta su voluntad; tal es el caso del reconocimiento de un hijo.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 93.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 97.

- II. Bilaterales. Es aquel acto jurídico familiar donde se requiere que exista consentimiento de dos partes formales que manifiesten su voluntad; como lo son los convenios de sociedad conyugal y las donaciones antenuptiales.
- III. Plurilaterales. El ejemplo que mejor nos puede explicar dicho acto es el matrimonio, en el cual interviene el consentimiento de un hombre y una mujer y un órgano del Estado, que es el Juez del Registro Civil, o bien el divorcio y la adopción. Dividiéndose estos actos a su vez en:
 - a) Bilaterales. Como el caso de los esponsales.
 - b) Plurilaterales. En estricto sentido, como el reconocimiento de un hijo, hecho con posterioridad al registro.

Tenemos otra clasificación de los actos jurídicos familiares, muy similar a la expuesta con anterioridad:

- I. Privados. Son aquellos que se realizan por la simple intervención de los particulares (esponsales, donaciones antenuptiales);
- II. Públicos. Son aquellos que se realizan por la intervención única de un órgano del Estado, sin que en su celebración concurren las manifestaciones de la voluntad de la parte o las partes que resulten afectadas por el acto (sentencia acerca de la nulidad de matrimonio o las que versen sobre la maternidad o paternidad; así como las resoluciones judiciales respecto al estado civil de las personas); y
- III. Mixtos. Son aquellos que para su constitución requieren de la intervención de los particulares y de un funcionario del Estado, como elemento esencial para que pueda existir el acto (matrimonio).

Los actos jurídicos familiares tienen como principal efecto, crear un estado civil para las personas que intervengan en ellos.

Por su parte los autores de la Mata y Garzón, consideran al acto jurídico “como una modificación de la realidad exterior que produce, transmite, declara, extingue o modifica derechos subjetivos familiares o situaciones jurídicas del estado civil, precisamente por la voluntad de las partes”.⁶⁸

El profesor Rafael Rojina Villegas, distingue los actos jurídicos familiares que producen exclusivamente consecuencias patrimoniales: sociedad conyugal y convenio de separación de bienes; de los que tienen por objeto crear determinados estados civiles entre las personas: matrimonio y reconocimiento de hijos.

Por cuanto a las acciones del estado civil que implican verdaderas manifestaciones de voluntad con el propósito de afectar o modificar estados preexistentes, o bien, obtener, mediante sentencia, la constitución de un nuevo estado o el desconocimiento de uno anterior, podemos citar, desde luego, las acciones que tienen por objeto la nulidad del matrimonio o del divorcio, así como las que se refieren a la impugnación de la calidad de hijo legítimo o la reclamación de tal estado. En la investigación de la paternidad o la maternidad se persigue principalmente este fin declarativo y, como consecuencia, constitutivo de un nuevo estado.⁶⁹

Por su parte el jurista Antonio Cicu, a contrario sensu, manifiesta que los actos jurídicos familiares, son “verdaderos actos de poder estatal y en ejecución de poderes familiares, pues la voluntad privada no es eficaz para constituir, modificar o extinguir los vínculos jurídicos familiares”.⁷⁰

2.12 RELACIONES JURÍDICAS DEL DERECHO DE FAMILIA

El jurista Rafael Rojina Villegas, define a las relaciones jurídicas del Derecho de Familia, como “aquellas vinculaciones de conducta que se establecen debido al

⁶⁸ Mata Pizaña de la, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁹ Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 101.

⁷⁰ *Ídem.*

parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la patria potestad o la tutela”.⁷¹

El profesor Chávez Ascencio, considera a la relación jurídica, como “la vinculación jurídica dinámica que entre dos o más personas se establece, para regular sus conductas o diversos intereses, que se manifiestan como deberes, obligaciones y derechos, que constituyen el objeto de la relación”.⁷²

Continuando con el autor citado, quien señala que dicha vinculación, es originada ya sea por alguna de las siguientes instituciones jurídicas, matrimonio, divorcio, parentesco, patria potestad o tutela; o por situaciones de hecho previstas directa o indirectamente en la norma, como es el caso del concubinato y de la madre soltera. Así, tenemos que la relación jurídica consiste por un lado en un hecho humano, que éste por su parte puede ser de orden físico, económico, moral o meramente social; y por el otro, en una norma jurídica.

Toda relación jurídica debe estar permeada de capacidad, libertad y legitimidad, aunque esta última no siempre aparezca literal, ya que la relación jurídica, también puede descansar sobre los principios generales del Derecho, en la costumbre o en la jurisprudencia.

Las relaciones jurídicas familiares a su vez constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia, y son de orden público e interés social.⁷³

⁷¹ Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 149.

⁷² Chávez Ascencio, *op. cit.*, p.253.

⁷³ El interés social constituye una serie de pretensiones y aspiraciones que interesan a los miembros de una sociedad determinada y que son protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado; el interés social puede ir cambiando acorde a las necesidades o requerimientos de la vida diaria en una sociedad.

CAPÍTULO 3 INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA

3.1 MATRIMONIO

Es el contrato más antiguo en la historia de los pueblos y del Derecho; se revela de un lado, como exigencia de la naturaleza espiritual y corpórea del hombre, compuesto sustancial de cuerpo y alma, y de otro como exigencia de su condición racional, en función del fin y del destino que como tal le competen.

La palabra matrimonio proviene del latín *matrimonium*, *matris monium*, carga, gravamen, cuidado de la madre, esto debido a que es la madre, quien desde la antigüedad ha tenido la función reproductora, cuidado y crianza de los hijos, así como la organización del hogar, lo que podemos observar desde las Decretales de Gregorio IX que: “para la madre el niño es, antes del parto, oneroso; doloroso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio, más bien que patrimonio”.⁷⁴

Aun cuando es difícil definir el matrimonio acorde con todas las épocas y lugares, tal es el caso de la legislación mexicana, que en la actualidad se permite la unión de personas del mismo sexo; lo cierto es que el matrimonio es una unión intersexual; es la forma legal de la constitución de la familia. Pasemos a los distintos conceptos que se le han dado a esta gran institución.

El jurista Diego H. Zavala Pérez, en su obra de Derecho Familiar, citando a Modestino, define al matrimonio como “*nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*, es la unión del hombre y la mujer; implicando igualdad de condición y comunicación de derechos divinos y humanos”;⁷⁵ de igual forma Ulpiano lo define como “*Viri et mulieri conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens*, la unión del hombre y la mujer que contienen la comunión indivisible de vida”. Es una pena que tan

⁷⁴ Ibarrola, Antonio de, *Derecho de Familia*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, p. 155.

⁷⁵ Zavala Pérez, Diego H., *Derecho Familiar*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 2011, p. 81.

bellos conceptos, tengan que desaparecer a causa de los terribles cambios que ha sufrido la institución de familia.

El argentino Eduardo Zannoni lo define como “la unión de hombre y mujer que trasciende en la constitución de un estado de familia entre ambos, generador de relaciones recíprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia”.⁷⁶

La maestra Sara Montero, engloba al matrimonio como “la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley”.⁷⁷ Está claro que los conceptos antes enunciados han quedado obsoletos, al referirse a la unión entre un hombre y una mujer, cuando en la actualidad como hemos manifestado, se permite la unión entre personas del mismo sexo, que aunque propiamente no se habla de matrimonio, lo cierto es que, se equipara a este último.

La Enciclopedia jurídica mexicana lo define como una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente, derivado de un acto jurídico solemne.

Los juristas Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, quienes en su obra Derecho Familiar, nos dan la definición “más adecuada” la realidad en que vivimos hoy en día, aclarando que nosotros no concordamos con la misma; definiéndolo como “la forma legítima de constituir una familia por medio del vínculo jurídico entre dos personas del mismo sexo o distinto sexo con el fin de establecer una comunidad de vida exclusiva total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos”.⁷⁸

⁷⁶ Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, T. II, 4ª ed., Argentina, Ed. Astrea, 2002, p. 176.

⁷⁷ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁸ Mata Pizaña de la, *op. cit.*, p. 110.

Como ya hemos analizando en el primer capítulo de la presente investigación, la familia ha pasado por diversas etapas, comprendiendo distintas formas de unión, sin embargo, es en Roma donde se considera al matrimonio como una situación de hecho; tenemos como antecedente, la *justae nuptiae*, unión que estaba constituida por dos elementos: el objetivo *deductio* (comunidad de vida que fija el inicio del matrimonio, que consistía la unión física de ambos cónyuges), y el subjetivo *affectio maritalis* (comunidad espiritual que se manifestaba por la permanencia de la vida en común en que ambos cónyuges tienen trato recíproco de esposos, cabía la participación de la mujer en el rango público y social del marido, cuando ese afecto desaparecía entre ambos, el matrimonio era disoluble); la exteriorización de este último elemento estaba dada por *concubinatio*. Ambas figuras fueron socialmente aceptadas y no requerían ningún tipo de formalidad. En el matrimonio romano la mujer era quien se sometía a la potestad del marido a través de la *Conventio in Manum*,⁷⁹ éste podía desarrollarse de tres formas:

- a) *Confarreatio*: es lo que conocemos como matrimonio solemne, ya que era una ceremonia social y religiosa, con sacrificio ofrendado a Júpiter, en la que ambos consortes compartían una torta de trigo, como símbolo de la comunidad de vida que establecían;
- b) *Coemptio*: era lo que hemos conocido en el primer capítulo de esta investigación como matrimonio por compra; y
- c) *Usus*: usucapión,⁸⁰ matrimonio consensual, solo por el hecho de vivir como casados, sin ninguna ceremonia, ambos permanecían libres uno respecto al otro y se disolvía tan fácil como se había iniciado.

Con la caída del Imperio romano, el matrimonio sufrió grandes cambios al volverse puramente consensual, dejando de lado los ritos y solemnidades; a su vez con la influencia del cristianismo surge la idea de la protección de la mujer y la incumbencia de la iglesia en cuestiones como el matrimonio, regulándolo de

⁷⁹ Acto mediante el cual la mujer ingresaba a la familia civil del marido, rompiendo todo lazo con su núcleo original, y los bienes de esta pasaban al poder del marido.

⁸⁰ Proviene del latín *usus capere*, es decir, hacerse dueño de una cosa sin otro título más que el uso cotidiano de la misma durante cierto tiempo.

manera exclusiva hasta la Revolución francesa; situación que permitió que el matrimonio continuara sin reglas específicas, es decir, como una unión consensual reconocida por la Iglesia católica y la sociedad medieval. Fue hasta el Concilio de Trento (1545-1563) en que se elevó el matrimonio a sacramento, a través del Derecho canónico, donde los contrayentes manifiestan su voluntad de unirse y la presencia del sacerdote solo es un testigo, el matrimonio canónico cuenta con dos características: es indisoluble y constituye un sacramento.

La tradición del matrimonio civil surge en 1580 en Holanda; es impulsada en 1784 por la Revolución francesa, y es en Francia con la Constitución de 1791 que se le da a esta unión el carácter de un contrato civil; estableciendo que la ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil, así como en algunos países del resto de Europa, a finales del siglo XIX; por cuanto hace a nuestro país, la evolución se dio desde la época prehispánica, con el matrimonio polígamo, sobre todo entre los grandes señores, cuyas esposas tenían categorías: las primeras *cihupilli*, las dadas por su padre *cihuanemaste* y las robadas o habidas en guerra *tlacihuasanti*; el matrimonio era decidido por la familia del varón, solicitado por las casamenteras y realizado mediante ritos religiosos, durante la Colonia rigieron las Leyes españolas, entre otras, específicamente para el matrimonio la Real Pragmática del 23 de noviembre de 1776, en donde privaba el Derecho canónico y se prohibían los matrimonios celebrados sin noticia de la Iglesia católica; es con la culminación de la Independencia de 1821 hasta antes de 1859, que el matrimonio estuvo regido por el Derecho canónico, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 estableció el sistema federal, razón por la cual en los Estados de Oaxaca y Zacatecas se legisló en materia civil, publicando sus respectivos Códigos Civiles, donde se reguló al matrimonio con influencias del Derecho canónico y sin una secularización completa, para 1836 a 1846 con el sistema centralista desaparecen los Estados, y por ende la regulación en materia civil, regresando a la época colonial, es decir matrimonio canónico, restaurado el federalismo en 1846, Oaxaca elabora otro Código Civil.

En el año de 1853 se iniciaron las reformas: religiosa, educativa y militar; con las dos primeras se pretendía suprimir la injerencia de la iglesia dentro del matrimonio, pero no es sino hasta la Ley del 23 de noviembre de 1855, donde se suprime definitivamente el fuero eclesiástico, dando paso a las Leyes de Reforma y a la Constitución de 1857, en donde no se menciona nada acerca de la religión.

Fue en el año de 1859 cuando el presidente Benito Juárez secularizó todos los actos relacionados con el estado civil de las personas, publicándose el Código Civil para el Distrito Federal y territorio de Baja California el 8 de diciembre de 1870, donde se reafirma en su artículo 159, la naturaleza civil del matrimonio y su característica de ser un vínculo indisoluble:

Artículo 159. El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Con las leyes de divorcio de 1914 y 1917 se le dio al matrimonio el carácter de vínculo disoluble. La Ley de Relaciones Familiares en su artículo 13 cambia la definición, insertando contrato civil y suprimiendo el carácter de indisoluble, alejándolo del sentido del Derecho canónico.

Es el 29 de diciembre de 2009, cuando se reforma el concepto de matrimonio, en el sentido de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y establecer que la procreación ya no es un fin ni siquiera secundario de esta institución, para quedar de la siguiente forma:

Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

Naturaleza jurídica

Una vez analizado el concepto y evolución de esta importante institución, pasemos a hablar acerca de su naturaleza jurídica; al respecto se le han atribuido distintas teorías, lo que nos lleva a decir que no son excluyente unas de otras sino más bien se complementan:

- I. El matrimonio como institución. En primer lugar tenemos que definir a la institución jurídica, la cual se le conoce como el conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico, y que persiguen una misma finalidad; de ahí el reflejo del matrimonio como institución, ya que en el primero, los consortes tienen por objeto constituir una familia y realizar un estado de vida permanente.

- II. El matrimonio como acto condición. Los juristas Felipe de la Mata y Roberto Garzón, citando a León Duguit, señalan que el acto jurídico se divide en tres:
 - a) acto subjetivo: cuando el mismo surge de una obligación especial, concreta, individual y momentánea no derivada de la ley;
 - b) acto regla: del que derivan obligaciones permanentes e individuales; y
 - c) acto condición: situación creada y regida por la ley y subordinada a la celebración del acto, por consiguiente éste sólo surtirá efectos cuando se cumplen todos los requisitos legales establecidos, los autores citados manifiestan que dicho acto no sirve para identificar la naturaleza del matrimonio.

- III. El matrimonio como contrato civil. La maestra Sara Montero, encuadra al matrimonio como un convenio; definiendo a éste, como un acto jurídico bilateral, que se traduce en un acuerdo de voluntades; y a su vez subclasifica a los convenios en:

- a) Sentido estricto. Tienen por objeto modificar o extinguir derechos y obligaciones; y
- b) Contratos. Tienen por objeto crear o transmitir consecuencias jurídicas, lo que lleva encuadrar al matrimonio como un contrato.

Con la secularización en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 y la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, se define como un contrato al matrimonio; aun cuando existen diversas opiniones, respecto a que no puede ser un contrato, en primer lugar porque en materia contractual rige la autonomía de las partes, y no así en el matrimonio ya que las disposiciones que lo rigen son de orden público; en segundo lugar el contrato conlleva un aspecto patrimonial de las relaciones jurídicas, y el matrimonio es productor de relaciones personales de carácter moral no patrimonial.

Finalmente la maestra Montero Duhalt, lo define como “contrato solemne de derecho de familia y de interés público que hace surgir entre los que lo contraen el estado civil de casados con todos los derechos y obligaciones determinados por el orden jurídico a través de la institución del mismo nombre”.⁸¹ También se le ha denominado al matrimonio como contrato mixto, de adhesión, solemne, entre otros.

- IV. El matrimonio como contrato de adhesión. El contrato de adhesión se define como aquel que es redactado unilateralmente por una de las partes y cuya aceptación incondicional, se propone a la otra, la cual no puede discutir su contenido, situación que no encuadra al matrimonio, ya que no es ninguno de los consortes quien redacta el acta de matrimonio, por ejemplo.
- V. El matrimonio como un acto de poder estatal. Esto es debido a la importancia que tiene que dicho acto se lleve ante la presencia del oficial del Registro Civil, como representante del Estado, sin embargo, para la

⁸¹ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 113

validez del matrimonio se requiere principalmente el acuerdo de voluntad de los consortes.

- VI. El matrimonio como estado civil. Como sabemos una vez que se contrae matrimonio, cambia nuestro estado civil de soltero por el de casado; con el matrimonio los cónyuges configuran una comunidad de vida total y permanente, la permanencia es la que configura la categoría de estado civil, es decir, estado de las personas, siendo éste una situación de carácter permanente en la que se encuentra un sujeto en relación con la nación, determinada por sus relaciones de familia, provenientes del matrimonio o del parentesco, que establece ciertos derechos y deberes. Sin embargo, se dice que el estado civil es una consecuencia jurídica del matrimonio y no así su naturaleza jurídica.

- VII. El matrimonio como acto jurídico mixto y complejo. La naturaleza jurídica más acertada, según los autores de la Mata y Garzón; en razón de que el matrimonio es un acto jurídico, el cual para su perfeccionamiento debe existir un acuerdo de voluntades, que se divide en dos:
 - a) La voluntad de los consortes con la solicitud de matrimonio; y
 - b) La voluntad estatal (Juez del Registro Civil) que reconozca la voluntad de esa solicitud, y se manifieste en el mismo sentido para su perfeccionamiento.

- VIII. El matrimonio como sacramento en Derecho canónico. Fue un contrato de carácter natural, regulado por la ética cristiana y elevado a la categoría de sacramento en el siglo XVI por el Concilio de Trento.

El matrimonio, como todo acto jurídico, está compuesto por elementos de existencia para que surja a la vida jurídica, y por elementos de validez para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a la nulidad; veamos su constitución.

Elementos de existencia

- I. Consentimiento expreso de ambos cónyuges. Es el acuerdo de voluntades de los contrayentes, artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal, y consecuentemente se requiere la voluntad sancionadora e integradora del acto del Juez del Registro Civil, que representa la voluntad del Estado.

- II. Objeto. Este lo podemos dividir en:
 - a) Directo. Consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, en el caso particular, crear una serie de derechos y obligaciones tanto patrimoniales como extra patrimoniales; y
 - b) Indirecto. Consiste en dar una cosa o ejecutar o no un hecho, en el matrimonio, este objeto dependerá de las obligaciones de dar, de hacer, o no hacer, que se derivan de los derechos y obligaciones creados por el objeto directo, por ejemplo, el no utilizar métodos de reproducción asistida sin el consentimiento del otro cónyuge, artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal.

- III. Solemnidad. Aun cuando el matrimonio no se considera un acto solemne, toda vez que si faltase algún elemento de existencia sería inexistente, sin embargo, en el matrimonio no ocurre tal inexistencia, sino se considera nulo y convalidable, empero, doctrinalmente el acto y el acta si se consideran solemnes; los artículos 102 y 103 del Código Civil para el Distrito Federal, señalan los elementos necesarios para la existencia del acto jurídico del matrimonio, y así producir las consecuencias relativas: como son la pregunta que articula el Juez del Registro Civil, de si es voluntad de los contrayentes unirse en matrimonio, la respuesta de ellos y la declaración del Juez al manifestar que quedan unidos en matrimonio en nombre de la sociedad y de la ley, así como el levantamiento del acta

respectiva, que requiere la firma y huellas digitales de los contrayentes y la firma del Juez del Registro Civil.

Elementos de validez

- I. Capacidad tanto de goce como de ejercicio de los contrayentes. Entendiendo a la capacidad de goce como la aptitud de ser titular de ciertos derechos y obligaciones; y por capacidad de ejercicio la posibilidad de contraer y cumplir obligaciones y de ejercitar derechos por sí mismo. Recordando que en principio un fin del matrimonio era la procreación, lógico será que la ley exija la capacidad de desarrollo sexual de las personas, por lo que el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal, establece por regla general que ambos contrayentes sean mayores de edad, y por excepción la edad mínima para mujer será de catorce años, esto para el caso de que la mujer se encuentre embarazada, y para el varón mínimo dieciséis años, para lo cual será necesario el consentimiento, del padre o madre o en su defecto del tutor y a falta o por negativa de estos, el Juez de lo Familiar.
- II. Ausencia de vicios del consentimiento. En principio, tenemos como vicios del consentimiento: el error, dolo, mala fe, violencia y lesión; ahora bien, los vicios del consentimiento que pueden invocarse para pedir la nulidad del matrimonio son, el error acerca de la identidad de la persona con la cual se contrae matrimonio, artículo 235 del Código Civil para el Distrito Federal; y el miedo derivado de la violencia física o moral, que dio motivo a la celebración del matrimonio, artículo 245 del Código Civil para el Distrito Federal.
- III. Licitud en el acto. Se traduce en la celebración del acto, sin que medien impedimentos; definidos estos últimos, por el jurista Zannoni, como “aquellas prohibiciones establecidas en la Ley que afectan a determinada

persona para contraer un determinado matrimonio”.⁸² La palabra impedimento tiene su origen en el Derecho canónico, y estos según los autores de la Mata y Garzón, pueden clasificarse en:

- a) Dirimientes e impedientes: los dirimientes constituyen un obstáculo para celebrar un matrimonio válido, artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal; los impedientes, son aquellos que afectan la regularidad de la celebración del matrimonio sin provocar su invalidez o nulidad; el matrimonio ya celebrado que contiene alguno de estos impedimentos, se le denomina como matrimonio ilícito, sin embargo, con la reforma al Código Civil para el Distrito Federal en el año 2000, dichos impedimentos desaparecieron.
- b) Perpetuos y temporales: atiende a la subsistencia en el tiempo de los impedimentos; perpetuo, lo es el parentesco y temporal la falta de edad para contraer matrimonio.
- c) Dispensables y no dispensables: por dispensa, se entiende la autorización que concede la autoridad competente para celebrar un matrimonio, a pesar de la existencia de impedimentos, como lo es, la minoría de edad (catorce años), para contraer matrimonio cuando la mujer está embarazada.
- d) Absolutos y relativos: absolutos con relación a cualquier persona; y relativos, con relación a una persona determinada.
- e) Graves, leves y levísimos: graves, son aquellos en los cuales es más importante la disolución del vínculo matrimonial, que su subsistencia, se caracterizan porque las acciones de nulidad son imprescriptibles (parentesco por consanguinidad, afinidad y civil, estado de incapacidad natural y bigamia); leves, se caracterizan porque la acción de nulidad es prescriptible, debido a que se prefiere la subsistencia del matrimonio, a su disolución (falta de edad o consentimiento, adulterio, atentado contra la vida); levísimos, son dispensables en los casos de

⁸² Zannoni, *op. cit.*, p. 184.

parentesco colateral desigual en tercer lugar, impotencia y enfermedades.

- IV. Forma. Debe entenderse como aquellos signos sensibles, que se requieren para exteriorizar la voluntad o el consentimiento; los actos pueden ser consensuales, reales y formales; los cuales deben cumplir ciertos requisitos establecidos en la ley; es en los actos formales, donde encuadra el acto del matrimonio, el Código Civil para el Distrito Federal, regula las formalidades del matrimonio en sus artículos 97 al 113, para la celebración de matrimonio en territorio mexicano; por cuanto hace a la celebración del matrimonio en el extranjero, debe tomarse en cuenta lo señalado por los artículos 13 fracción primera y 51 del Código Civil Federal, y 161 del Código Civil para el Distrito Federal.

Consecuencias del matrimonio

- a) Personales (respecto de las personas). Se encuentran reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal del artículo 162 al 177: dentro de las cuales encontramos, el derecho a la libre procreación, cohabitación en el domicilio conyugal, derecho-deber de relación sexual, ayuda mutua, igualdad y fidelidad.
- b) Patrimoniales (respecto de los bienes). Tenemos, el sostenimiento del hogar, las donaciones antenuptiales, las donaciones entre consortes y los regímenes patrimoniales, conocidos como capitulaciones matrimoniales, es decir, pactos que establecen los cónyuges en relación a sus bienes, pudiendo consistir en sociedad conyugal o separación de bienes.
- c) Personales (respecto a los hijos). Como consecuencia en relación a los hijos, tenemos la presunción de hijos de los cónyuges, los nacidos dentro del matrimonio; para establecer la paternidad de los hijos concebidos fuera del matrimonio, es necesario, ya sea el reconocimiento voluntario de parte del padre o en su defecto la imputación forzosa de la paternidad impuesta por resolución judicial en un juicio de reconocimiento de

paternidad. La única distinción hoy en día, respecto a los hijos es, matrimoniales y habidos fuera del matrimonio.

El matrimonio puede terminar por la muerte de uno de los cónyuges, la nulidad y por el divorcio.

3.2 DIVORCIO

El término divorcio deriva de la voz latina *divertere*, es decir, cada cual se va por su lado; según el pensamiento etimológico, el divorcio significa: “dos sendas que se apartan del camino”.⁸³ Históricamente el término divorcio revela, la terminación de la cohabitación entre los consortes; en el ámbito jurídico, se define como la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad.

El Diccionario jurídico mexicano, lo define etimológicamente como *divortium* y *divortere*, separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes.

El jurista Ignacio Galindo Garfias, lo define como, la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley.

Por su parte los autores de la Mata y Garzón, lo definen como “la disolución de la convivencia marital material en la vida de los cónyuges decretada por la autoridad competente, por causas posteriores a la celebración del matrimonio, establecidas expresamente por la ley”.⁸⁴ Concepto que en la actualidad, no encuadra, pues con la reforma al Código Civil para el Distrito Federal, en el mes de octubre del año de 2008, ya no es necesario invocar causal alguna para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, basta con manifestar la voluntad de no querer continuar con dicho vínculo.

El Código Civil para el Distrito Federal lo define como:

⁸³ Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 401.

⁸⁴ Mata Pizaña de la, *op. cit.*, p. 180.

Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando 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 cuando menos un año desde la celebración del mismo.

Antecedentes

Tenemos como antecedente de esta institución, la civilización occidental; es en Egipto y Siria, donde el divorcio era una figura jurídicamente aceptada. En principio el repudio era sólo a favor del varón, más tarde también la mujer podía repudiar al varón; en Babilonia, en el Código de Hammurabi, se permitía el repudio unilateral sin causa justificada del hombre; con los judíos, no era diferente, pues también, existía el rechazo unilateral por parte del hombre, sólo que en este caso, se debía otorgar un libelo, *libellus*, de repudio, debiendo acudir con un letrado, ya que la mayoría de los hebreos no sabían escribir; con este curso, ambos podían volver a unirse con persona distinta; en principio este derecho era unilateral, pero el hombre debía devolver la dote o si fuera el caso dar tierras de usufructo, sin embargo, con la conformación de la Torá,⁸⁵ se le otorgó el derecho de repudio también a la mujer. Con los romanos, era poco el uso del divorcio, toda vez que como medida de erradicación, se multaba al consorte que lo solicitara, sin embargo, este podía darse, siendo cuatro las formas:

- I. Por mutuo consentimiento. Permitido en Roma, y prohibido por Justiniano, restablecido por Justino;
- II. Por *bona gratia* (divorcio voluntario). Se daba ya sea, porque el marido era impotente, por tomar vida monacal o cautiverio; no se sancionaba;

⁸⁵ Torá: contenido de totalidad de la revelación y enseñanza divina al pueblo de Israel; denominación hebrea de los cinco primeros libros de la Biblia (Pentateuco).

- III. Repudio o divorcio unilateral. Es lícito si hay justa causa, y da lugar a la imposición de sanciones al culpable;
- IV. Repudio sin causa. Es válido, pero motiva la imposición de sanciones al repudiante; en el periodo helénico, el divorcio por falta de *affectio maritalis*, fue perdiendo uso; estas formas de repudio estaban identificadas por la separación de hecho y no requerían la intervención de juez o autoridad.

En el Derecho canónico, el matrimonio es indisoluble, derivado de la apreciación de las Sagradas Escrituras; como señalamos al principio de esta investigación, la Biblia revela “que el hombre y la mujer se volverán uno solo ante los ojos de Dios, por lo tanto, lo que Dios ha unido no lo podrá separar el hombre”, lo que nos lleva al supuesto de que por regla general, la Iglesia católica no acepta el divorcio, y por excepción, se acepta entre sus fieles, en el caso de adulterio; sin dejar de lado, que es el canonista francés Pedro Lombardo, en el siglo XII d.C. quien afirma que el divorcio permitido, es el no vincular, es decir, solo separación de cuerpos, entendiéndose como un divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo; este tipo de divorcio, fue corroborado por el Concilio de Trento, mismo del que ya hemos hablado.

La Iglesia católica, estima la nulidad del matrimonio, el Código de Derecho canónico de 1983, señala los supuestos para la nulidad del matrimonio, siendo: que haya habido coacción para llevar a cabo el matrimonio; que no haya consentimiento de las partes respecto al acto o efectos del matrimonio; y por Privilegio Paulino, es decir, que alguno de los cónyuges tenga diferente religión. También surge la distinción entre divorcio y repudio, necesitando el primero, la autorización judicial del Estado, y el segundo, solo requiere la manifestación unilateral de voluntad, aplicada solo al varón. El cristianismo, acabo con el divorcio vincular durante la Edad Media y el Renacimiento, considerando ilícito el repudio.

Como sabemos, el Derecho francés ha tenido gran influencia en distintos países, y México no fue la excepción. Es hasta el 21 de marzo de 1804, que surge el primer Código Civil, el Código de Napoleón, inspirado en las compilaciones del *ius commune* de Roma, aun cuando Francia estaba permeada de la idea de indisolubilidad de matrimonio, por ser considerado un sacramento; esta concepción se vio influenciada por las ideas de la Revolución francesa, lo que dio lugar a la Ley del 20 de septiembre de 1792, que contenía una forma de divorcio vincular unilateral, por causas graves y por mutuo consentimiento; más tarde surgiría el divorcio administrativo, que como su nombre lo indica era pronunciado por una autoridad administrativa, disolviendo el vínculo matrimonial de los franceses, que no habían conseguido regresar de la revolución, para el año de 1816 se derogó; lo que llevó de nueva cuenta a la indisolubilidad del matrimonio, empero, para el año de 1884, se incluyó nuevamente el divorcio vincular, que comprende la disolución absoluta del vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias; se considera que la intención del legislador francés, es la indisolubilidad del matrimonio, por lo que hacen del divorcio un proceso largo y tedioso. Situación que hoy en día, no prevalece en nuestra legislación, pues el proceso para la disolución del vínculo matrimonial se ha acortado significativamente.

Refiere la doctora María Leoba Castañeda Rivas en su artículo “El divorcio sin causa rompe la organización de la familia y desprotege a sus miembros”, que un primer antecedente en nuestro país de esta institución, fue la Ley del Matrimonio Civil de 1859, expedida en el marco de las Leyes de Reforma, que pretendían sustraer los actos referentes al estado civil de las personas, de la esfera de la Iglesia católica; considerando dicha ley, la indisolubilidad del matrimonio, a excepción de disolubilidad por muerte de alguno de los cónyuges, así mismo, “podía solicitarse una separación de cuerpos, temporal, es decir de lecho, techo

y mesa, sin que ello implicara la ruptura del vínculo, es decir, no podían los separados, volver a unirse en matrimonio”.⁸⁶

La indisolubilidad del matrimonio continuó impresa en los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884, desarrollando también el divorcio por separación de cuerpos, por mutuo consentimiento o como divorcio necesario con causal; fue Venustiano Carranza quien introdujo el divorcio vincular por mutuo consentimiento y el divorcio vincular necesario con las Leyes de 1914 y 1915, expedidas en Veracruz. El 29 de diciembre de 1914, se expide un decreto donde se introduce la disolución del vínculo matrimonial, por muerte de los cónyuges, la disolución durante la vida de los cónyuges por mutuo y libre consentimiento de las partes o por las causas graves que determinaren los consortes. Para el 29 de enero de 1915, se expide otro decreto que introduce un nuevo fragmento, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nupcias nuevamente, dicha figura sobrevivió en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, así como en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la Republica en materia federal de 1928.

Es con las reformas al Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, del año 2000 y del 3 de octubre de 2008, que dan tremendo vuelco a la institución del divorcio, al derogar las causales que se podían invocar para solicitarlo; introduciéndose el divorcio incausado, mal llamado, según manifiesta la doctora María Leoba, optando por el término divorcio “acausal”, figura que rompe la sistemática de los efectos del matrimonio, así como la naturaleza jurídica del divorcio, destruyendo la estructura familiar y desprotegiendo al cónyuge que no invocó la solicitud de divorcio, así como los hijos, si los hubiere, toda vez que, “en el sentido de no tener un elemento objetivo para definir quién

⁸⁶ Castañeda Rivas, María Leoba, “El Divorcio sin causa rompe la organización de la Familia y desprotege a sus miembros (Estudio Prospectivo)”, *Revista de Derecho Privado*, México, Publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Publicación Semestral , Nueva Serie, Edición Especial, 2012, p. 75.

de los progenitores, debe hacerse cargo de los efectos entre padres e hijos, e incluso, cómo evitar el síndrome de alienación parental,⁸⁷ conocido como SAP, que tanto perjudica los intereses de los niños”;⁸⁸ de igual forma, el concientizar a los cónyuges divorciantes de los deberes, responsabilidades, obligaciones respecto a los hijos, los bienes, y en fin, todos los efectos frente a la sociedad, que conlleva el haber contraído matrimonio; en la actualidad el mal llamado divorcio incausado, peor aún, también llamado exprés, deja a salvo los derechos de los cónyuges divorciantes respecto a alimentos, guarda y custodia, administración y liquidación de sociedad conyugal y en su caso compensación, para hacerlos valer mediante la vía incidental. Como se puede observar el legislador deja lagunas por resolver, como lo es, el sin sentido de lo que era la naturaleza jurídica de dicha institución, aunado al desapego total de los fines de la familia, como la protección de su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad, observando entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

Como lo hemos expresado, pese a que la institución del divorcio, se ha transformado notablemente, realizaremos un breve esquema de los tipos de divorcio, que han existido a lo largo de la historia:

- I. No vincular o por separación de cuerpos. Pone fin a importantes efectos del matrimonio, se suspenden algunas obligaciones, como hacer vida en común y cohabitar, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad y alimentos, más no destruye íntegramente el vínculo matrimonial y no otorga a los esposos la aptitud de contraer nuevas nupcias. Su efecto es la separación material de los cónyuges. El Código Civil para el Distrito Federal, hace mención a este tipo de divorcio:

⁸⁷ Conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, generalmente la madre, mediante distintas estrategias, realiza una especie de «lavado de cerebro» para transformar la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición amorosa

⁸⁸ Castañeda Rivas, *op. cit.*, p. 79.

Artículo 277. La persona que no quiera pedir el divorcio podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con su cónyuge, cuando éste se encuentre en alguno de los siguientes casos:

(...)

En estos casos, el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

- II. Vincular. Implica la ruptura del vínculo matrimonial y otorga a los cónyuges la aptitud de contraer nuevas nupcias. Se divide en:
 - a) Necesario. Se disuelve el vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretado por autoridad competente, con base en una causal expresada en la ley; dichas causales se encontraban insertas en el artículo 267, fracciones primera a décimo sexta del Código Civil para el Distrito Federal, reformado el 3 de octubre del año 2008, causales que daban origen al divorcio aún en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente.
 - i. Sanción. Se da por causas graves.
 - ii. Remedio. Se admite como medida de protección para el cónyuge sano y los hijos; es el reconocimiento de la ley de que el matrimonio no puede seguir por la pérdida de la *affectio maritalis*.
 - b) Voluntario o por mutuo consentimiento. Se disuelve el vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, y es decretado por autoridad competente, ante la solicitud por recíproco acuerdo de los esposos.
 - i. Voluntario administrativo. Se disuelve el vínculo matrimonial, solicitado de mutuo acuerdo por los cónyuges ante el Juez del Registro Civil. Contenido en el Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 272. Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, (...)

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.

- ii. Voluntario judicial. Se disuelve el vínculo matrimonial, solicitado de mutuo acuerdo por los cónyuges ante el Juez de lo Familiar. El mismo se encontraba regulado en el artículo 273 del Código Civil, hoy derogado.

En la actualidad, el divorcio se resume a la simple voluntad unilateral de uno de los cónyuges, para dar por terminado el vínculo matrimonial, sin especificar causa alguna, quedando estipulado en el Código Civil para el Distrito Federal, de la siguiente forma:

Artículo 267. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos: (...)

Dichos requisitos, los podemos sintetizar en, la guarda y custodia de los menores, si es que los hubiere; régimen de visitas, alimentos y su garantía; uso del domicilio conyugal y menaje; manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal y liquidación, para el caso del régimen de separación de bienes, la compensación.

3.3 PATRIA POTESTAD

La maestra Sara Montero, la define como “la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus

descendientes menores de edad”.⁸⁹ Esta institución se encuentra regulada en el Código Civil para el Distrito Federal del artículo 411 al artículo 448. En la actualidad el nombre dado a esta institución ha sido rebasado, como veremos a continuación.

Antecedentes

Tenemos antecedentes de esta institución, en el Derecho romano, en el cual imperaba el poder del *pater familias*, que ejercía en todos los ámbitos de las relaciones familiares; hoy en día, esta facultad ya no es exclusiva del padre, el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, nos señala que será ejercida por los padres, o indistintamente por la madre o el padre, cuando alguno de ellos deje de ejercerla y a falta de éstos o cualquier otro supuesto que se encuentre en la ley, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso; así como, el hecho de que en la actualidad lo que se detenta ya no es poder, por el contrario, son una serie de facultades, derechos y deberes a los ascendientes, los cuales deben ostentar en una relación armónica con sus descendientes y los bienes de éstos, en la cual debe imperar el respeto y consideración mutuos, conceptos introducidos en nuestra legislación con la reforma del 31 de diciembre de 1997, cuyo objetivo es la asistencia, protección y representación de los menores de edad no emancipados cuya filiación éste clara y legalmente establecida.

Naturaleza jurídica

Existe discrepancia respecto a la naturaleza jurídica de esta figura, hay quienes la ven como una institución, como una potestad o como una función, empero, quienes la estudian, coinciden en que la importancia recae en el objetivo.

⁸⁹ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 339.

Características

- a) Imperativa. Es decir que la persona sobre la cual recae no tiene la libertad de ejercerla o no.
- b) Su ejercicio es de interés público. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución, deben proteger, velar, educar, y atender el interés superior del menor.
- c) Irrenunciable. Así establecido por el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, por ser de orden público.
- d) Imprescriptible. Toda vez que su existencia no depende del ejercicio continuo o de la falta de ejercicio.
- e) Inalienable e indelegable. Dado que no puede transmitirse mediante ningún título oneroso ni gratuito. La excepción a esta regla, se da para el caso de adopción, en la cual las personas que la ostentan pueden dar su consentimiento para la adopción del menor.
- f) Temporal. Esto es debido a su extinción, por la mayoría de edad o emancipación de las personas sobre la cual se ejerce.
- g) Excusable. Solo por las causas indicadas en la ley, mismas que veremos posteriormente.

Sujetos

Tenemos como sujeto activo, a la persona que debe desempeñar el cargo, es decir, padres, madre o padre indistintamente, abuelos y ascendientes en segundo grado; y como sujeto pasivo, el hijo o nieto menor de edad, no emancipado; para el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, no reconocidos, se les proveerá de un tutor dativo; para los hijos adoptivos, la patria potestad será ejercida por quienes los adopten.

Consecuencias jurídicas

Las consecuencias jurídicas del ejercicio de esta institución, como lo hemos venido explicando son derechos y obligaciones. Respecto a los sujetos pasivos tenemos el deber de respeto y consideración respecto a sus ascendientes, el no abandonar la casa de quienes ejercen la patria potestad, así como los correlativos a los ascendientes.

Por su parte, el que ejerce la patria potestad tiene derechos y obligaciones respecto al sujeto pasivo en un doble aspecto: respecto a la persona del menor, como sería proporcionar alimentos, las obligaciones de crianza, la representación legal, designación de domicilio, educación, corrección y ejemplaridad, nombramiento de tutor testamentario; respecto a los bienes del menor, como el usufructo legal y la administración de sus bienes, que estos a su vez, pueden ser adquiridos por su trabajo, los cuales sólo corresponde al menor su administración; y los bienes obtenidos por cualquier otro título, los cuales pertenecen al menor, pero no así la administración.

Su ejercicio puede:

- I. Terminarse. Con la muerte de quién o quiénes la ejercen; con la emancipación de menor por unirse en matrimonio; por adopción del menor; y con la mayoría de edad alcanzada por la persona sobre la cual se ejerce.
- II. Perderse. Esto es mediante resolución judicial, en los casos que la ley así lo establezca, artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.
- III. Suspenderse. Mediante la declaración judicial, que determine que la persona que la detenta sea declarada incapaz o ausente; cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, entre otras, amenacen causar algún perjuicio, cualquiera que éste sea al menor, artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal.

- IV. Excusarse. Como lo hemos analizado, la patria potestad solo es excusable, para el caso de que la persona que la ejerce, tenga 60 años cumplidos o no pueda ser cumplida cabalmente por el mal estado de salud de dicha persona.

3.4 FILIACIÓN

La filiación es una institución de gran importancia para la sociedad, además de ser el objeto de la presente investigación, por lo que le hemos dedicado un capítulo; la filiación, es el pilar de la familia, a la par, del matrimonio, a decir de la Iglesia católica; brevemente señalaremos algunas definiciones dadas por tratadistas de la materia.

La palabra filiación, proviene de la voz latina *filiatio –onis*, de *filius*, hijo; pudiendo entenderse en sentido amplio y en estricto sentido.

La Enciclopedia jurídica mexicana la define como “la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo o hija, es la situación creada entre ambos progenitores y su prole”.⁹⁰

Los autores Planiol y Ripert, definen a la filiación, como “el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra”.⁹¹

Para el jurista Rafael Rojina Villegas es:

El vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, en

⁹⁰ Carbonell, *op. cit.*, p. 71.

⁹¹ Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 469.

una connotación estricta la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo.⁹²

3.5 CONCUBINATO

Se define como “la unión sexual lícita, pública, informal y estable entre dos personas del mismo o diferente sexo que no tienen impedimento en casarse, que dura al menos dos años o en la que habiendo existido cohabitación hay al menos un hijo en común”;⁹³ podríamos agregar que es una unión monogámica.

Por lo que hace a la evolución de esta figura en nuestro país, la Ley de Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859, los Códigos de 1870 y 1884 y la Ley sobre Relaciones Familiares, solo aluden al concubinato como causal de divorcio. Es en el Código Civil de 1928 donde se regula el concubinato en el Distrito Federal, con el fin de dotar de efectos jurídicos a una situación de hecho; en la exposición de motivos de dicho código, se hace referencia a las normas protectoras de esta figura: “I. Posibilidad de investigación de la paternidad, II. Presunción de filiación natural, y III. Sucesión de la concubina”;⁹⁴ exposición que permite visualizar que el espíritu del legislador, es proteger a quien se considera víctima de la relación; con las reformas del 13 de diciembre de 1983, se observa el acercamiento del concubinato cada vez más al matrimonio, respecto a sus efectos jurídicos. En la actualidad con las reformas de 25 de mayo del año 2000, donde se le dedica un nuevo capítulo a esta figura, le da un aire de matrimonio informal, y aun cuando anteriormente se consideraba una unión ilícita, ahora deja de serlo para convertirse en una causa generadora de parentesco por afinidad; el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 291 bis, lo define como:

Artículo 291 Bis. Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer

⁹² *Ibidem*, p. 470.

⁹³ Mata Pizaña de la, *op. cit.*, p. 93.

⁹⁴ Zavala Pérez, *op. cit.*, p. 169.

matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período 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 período 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.

Doctrinalmente, los autores de la Mata y Garzón, señalan como elementos del concubinato:

- I. Se trata de una unión sexual lícita, pública, informal y estable.
- II. La relación es exclusivamente entre dos personas del mismo o diferente sexo.

Antecedentes

Se dice que el concubinato fue aceptado por el Código de Hammurabi, en el siglo XIX a.C.; así mismo, tenemos como antecedente al Derecho romano, en donde el concubinato, era una forma válida de unión estable entre una pareja heterosexual de baja condición que estaban imposibilitadas para contraer matrimonio. Relata el profesor Rafael Rojina Villegas, que bajo el poder de Augusto, adquirió la condición de estado legal y probablemente fue reglamentado, ya que en la época de la República se le consideró como un simple hecho que pudo ser *stuprum* o adulterio; es con el emperador Constantino, que nacen algunas condiciones de validez y se prohibía entre personas que no fueran solteros; aun cuando, en un principio el Derecho canónico siguió esta tendencia, finalmente lo consideró un pecado, por lo que llegó a excomulgar a los concubinos; es con las ideas de la Ilustración donde

comienza a ignorársele. El Código de Napoleón, no se refiere respecto al concubinato, pues Napoleón señaló: “Les concuins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux, los concubinos prescinden de la ley, la ley se desinteresa de ellos”.⁹⁵

En ese orden de ideas, en relación a los hijos nacidos en uniones extramatrimoniales, se les trato de la misma forma, que al concubinato, es decir, que la sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos; ideas que no proliferaron, ya que se incrementaron los derechos sucesorios, respecto de los hijos naturales, y posteriormente en el año 1912, para los hijos extramatrimoniales. Es a principios del siglo XX, que comienza a renacer la figura del concubinato en Europa Continental; en algunos países latinoamericanos como Bolivia, Panamá, Cuba y Guatemala, se ha equiparado el concubinato con el matrimonio; con las reformas al Código Civil para el Distrito Federal de diciembre del año de 2009, el concubinato, al igual que el matrimonio evolucionan de manera significativa, sin embargo, la asimilación del concubinato con el matrimonio, ha generado que aumenten las uniones de hecho entre personas de distinto sexo, además de uniones entre personas del mismo sexo; siendo al parecer la intención del legislador, proteger las uniones entre homosexuales, dando como resultado que coexistan tres figuras jurídicas para este tipo de uniones: el matrimonio, el concubinato y la sociedad de convivencia.

Los estudiosos de la materia, consideran al concubinato como una unión de grado inferior al matrimonio; por su parte el jurista Rafael Rojina Villegas, lo considera como un estado ajurídico,⁹⁶ es decir, que ni se le considera un hecho ilícito para sancionarlo, ni tampoco un hecho lícito para que produzca relaciones jurídicas entre las partes; pero no por ello, deja de producir consecuencias jurídicas.

⁹⁵ Mata Pizaña de la, *op. cit.*, p. 91.

⁹⁶ Que su contenido es absolutamente indiferente de regulación para el Derecho.

Consecuencias jurídicas

- I. Da nacimiento a relaciones jurídicas familiares, artículo 138 quintus del Código Civil para el Distrito Federal;
- II. Genera derechos alimentarios entre los concubinos, artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal;
- III. Hace nacer el derecho a una pensión alimenticia, artículo 291 quáter del Código Civil para el Distrito Federal;
- IV. Nace el vínculo de parentesco por afinidad, artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal;
- V. Acción respecto a violencia familiar, artículo 323 quintus del Código Civil para el Distrito Federal;
- VI. Presunción de filiación, artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal;
- VII. Posibilidad de adopción, artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal;
- VIII. Posibilidad de heredar en la sucesión legítima, artículo 1602 del Código Civil para el Distrito Federal; y
- IX. Obligación del testador de dejar alimentos al concubino o concubina, artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal.

La realidad, es que hoy en día, el concubinato es un matrimonio informal, cómo lo hemos manifestado, existen otras formas de unión, formas que a nuestro punto de vista, deprecian cada día más la institución del matrimonio. El profesor Manuel Chávez Ascencio, señala que al concubinato, se le debería seguir tratando como una unión de facto, como un hecho jurídico contrario a las buenas costumbres, sin dejar de proteger a las personas que se vean involucradas en esa unión; pudiendo consistir dicha protección en una declaración general de derechos familiares, es decir, se debe proteger a las personas, y no crear instituciones; lo que deriva en que al concubinato, no se le debe tratar como una institución del Derecho Familiar.

3.6 ADOPCIÓN

El término adopción proviene del latín *adoptio, onem, adoptare*, de *ad* y *optare*, que significa, desear, preferir, escoger.

Dusi la define como el acto jurídico solemne en virtud del cual la voluntad de los particulares, con permiso de la ley y autorización judicial, crea entre dos personas una y otra naturalmente extrañas, relaciones análogas, a las de la filiación legítima; De Casso la define como la ficción legal por la que se recibe como hijo al que no lo es por naturaleza; finalmente Scaevola, la define como un contrato irrevocable, revestido de formas solemnes por el cual una persona, con plena capacidad jurídica toma bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere los de ser alimentado por el adoptante, usar su apellido y sucederlo, si así se pacta, sin perjuicio de los herederos forzosos, si los hubiere.⁹⁷

En el Derecho mexicano, la adopción constituye una institución que crea una relación de filiación entre dos personas que carecen de vínculo consanguíneo; consiste en incorporar a una persona extraña en el seno de una familia, hecho que dio origen a la institución del testamento en la antigüedad, su finalidad es: “dar familia a quien carece de ella y, paralelamente, dar descendencia a quien la naturaleza se la ha negado, o simplemente a quien no la tiene”.⁹⁸

Antecedentes

Esta institución tiene sus antecedentes en Babilonia, con el Código de Hammurabi 2285 a 2242 a.C., consecuentemente con los hebreros, los indos y los griegos, también se ve reflejada en las Siete Partidas de Alfonso X, pero

⁹⁷ Ibarrola de, *op. cit.*, p. 434.

⁹⁸ Zavala Pérez, *op. cit.*, p. 292.

como era de esperarse, es con los romanos que se le da una ordenación sistemática, dividiéndola en: *adoptio*, en sentido estricto, con ella se incorporaba un sujeto *alieni juris* a la nueva familia, para los individuos constituidos en potestad, se llevaba a cabo frente al magistrado con el consentimiento del adoptante, adoptado y quien detentará la patria potestad de este último, con esta forma el adoptado se desvinculaba por completo de su familia de origen, y no podía regresar a la misma, a menos de dejar a un hijo propio en la familia del adoptante; y la *arrogatio* o *adrogatio*, la cual era una forma de incorporar todo un grupo familiar a otro, por aquello del crecimiento de la familia con fines políticos, religiosos, económicos y militares; esta forma traía consigo procedimientos complicados, solemnes y sacramentales, solo podían ser adoptados los hombres libres *sui juris*.

Con el emperador Justiniano, se dispuso que se colocara al adoptado, en la misma posición que un hijo natural, por lo que adquiría la *patria potestas* con todos sus derechos. Surgiendo en este periodo, la adopción plena, con la cual existía una desvinculación total de la familia biológica y la adopción menos plena, mediante la cual no se desvinculaba al adoptado de su familia biológica, teniendo únicamente efectos sucesorios. Al desaparecer la *manus* y el parentesco por agnación, la adopción cayó en desuso, al igual que en la Edad Media, donde el cristianismo, creó nuevos vínculos protectores de huérfanos y desamparados, apareciendo la figura de los padrinos.

La adopción reaparece en el Fuero Real en España en 1254 y en las Partidas (III, 18, 91; IV, 7, 7) definiéndola como “el prohijamiento de una persona que está bajo la patria potestad y a la cual se recibe en lugar de hijo o nieto”.⁹⁹ En el Código Napoleón, se regula, sin embargo, como se le veía como un contrato, solo podían ser adoptados los mayores de edad; más tarde, cambió esta situación, pudiendo ser adoptados también los menores como medida de

⁹⁹ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 322.

protección y beneficencia. Se actualizó la adopción plena, a la que se le dio el nombre de legitimación adoptiva.

En México, la Ley del 10 de agosto de 1857, derogó todo lo concerniente a la sucesión respecto a los hijos adoptivos; los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se olvidaron de la adopción, es la Ley sobre Relaciones Familiares, en su artículo 220, que restituye esta figura definiéndola como “el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta respecto de la persona de un hijo natural”; el Código de 1928, regula plenamente a la adopción simple; para 1958 en Francia y España, se crea una institución con efectos mayores, actualizando la adopción simple, a la que se le dio el nombre de legitimación adoptiva o adopción plena, en la cual se incorpora a la familia del adoptante de forma definitiva e irrevocable a un infante abandonado, como si hubiera nacido del adoptante, los vínculos biológicos del adoptado quedan definitivamente rotos, y se establecen nuevos entre el menor y los miembros de la familia del o los adoptantes, con todos los derechos y obligaciones recíprocas que se tienen con un parientes de sangre. Es con la reforma de 29 de mayo de 1998, que nuestro Código Civil para el Distrito Federal regula también la adopción plena, para el mes de mayo del año 2000 se adicionan al Código Civil para el Distrito Federal algunos artículos, además de derogar completamente la adopción simple, dejándola solo en calidad de excepción para el caso de la adopción entre parientes; posteriormente se deroga el artículo 410 bis Código Civil para el Distrito Federal, el 9 de junio de 2004, quedando plenamente regulada la adopción plena, la cual prevé la pérdida de derechos, obligaciones y vínculos de parentesco que el adoptante tenía con su familia de origen, teniendo como excepción los impedimentos para contraer matrimonio, por lo que este tipo de adopción es definitiva e irrevocable, el adoptado tiene los mismos derechos y obligaciones que se adquieren con la filiación consanguínea. El Código Civil para el Distrito Federal, nos da el concepto de adopción:

Artículo 390. La adopción es el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado.

Es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra, en el seno de una familia.

El artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, señala a las personas que pueden adoptar, siendo el mayor de 25 años, sea hombre o mujer, soltero o casado o unido en concubinato, para el caso de los cónyuges o concubinos, bastará con que uno de ellos cumpla con el requisito de edad, los adoptantes deben tener cuando menos 17 años más que el adoptado, los adoptados pueden ser menores de edad o mayores de edad incapacitados, lo anterior siempre atendiendo el interés superior del menor. El procedimiento judicial para adoptar, se lleva a cabo por vía de jurisdicción voluntaria ante el Juez de lo Familiar, siguiendo las reglas del código adjetivo.

Efectos

La adopción simple genera un parentesco civil, pero como hemos expresado, ha sido derogada; produciendo efectos entre adoptante y adoptado, quien conserva derechos y obligaciones en cuanto a alimentos y sucesión respecto de su familia de origen, además de recibir el nombre y apellido del adoptante.

La adopción plena, rompe los lazos con la familia biológica del adoptado, de igual forma adquiere el nombre y apellido del adoptante, y recibe tanto de él, como de sus parientes el derecho de recibir alimentos, derechos sucesorios y a la inversa; por cuanto hace al adoptante recibe el derecho de ejercer la patria

potestad sobre el adoptado, así como la tutela legítima y todos los efectos legales de la filiación consanguínea.

Existe una figura denominada pequeña adopción, por la legislación italiana; la cual se regula en nuestro país, bajo el nombre de tutela de menores en situación de desamparo, con la reforma del año 2000 al Código Civil para el Distrito Federal, adquirió otro nombre; finalmente con la reforma de enero de 2008, se le denominó: “De la tutela de los menores en situación de desamparo”; teniendo que el desamparo puede ser con el carácter de expósitos, es decir, aquellos cuyo origen se desconoce; y abandonados, aquellos cuyo origen es conocido; ambos pueden ser acogidos, teniendo el acogimiento por objeto, la protección inmediata del menor, puede darse por una persona o por una institución de asistencia social, en nuestra legislación dicha institución es el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIFDF).

De igual forma, existe la adopción internacional, que es promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; así como, la adopción por extranjeros, aquella promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente.

3.7 ALIMENTOS

Se define al derecho de percibir alimentos como “la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos”.¹⁰⁰

La maestra Sara Montero, los define como “el deber que tiene un sujeto llamado deudor alimentario de ministrar a otro, llamado acreedor, de acuerdo con las posibilidades del primero y las necesidades del segundo, en dinero o en especie,

¹⁰⁰ Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 167.

lo necesario para subsistir”.¹⁰¹ Lo anterior es derivado de la necesidad que tiene el ser humano para subsistir, y tomando en cuenta, que son los adultos mayores por senectud, enfermedad u otras circunstancias, y los menores quienes por su edad no pueden allegarse de los elementos necesarios para su subsistencia, es lógico precisar que tal obligación recae en los progenitores de éste, o viceversa, o bien en los demás parientes señalados en el Código Civil para el Distrito Federal. Así mismo, la ley es clara al advertir que los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos, artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal. Así las cosas, la obligación alimentaria puede cumplirse de dos maneras: a) mediante el pago de una pensión alimenticia; o b) incorporando el deudor alimentario, al acreedor alimentario a su casa, esta situación no aplica para el caso del cónyuge divorciado.

El artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal, nos señala los conceptos que engloba el termino alimentos: la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto; respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales; con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y por último por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Fuentes de la obligación alimentaria

Tenemos en primer lugar, la legal, la cual tiene como fundamento la relación, la necesidad del acreedor y la posibilidad del deudor, entre los cónyuges,

¹⁰¹ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 60.

parientes, concubinos; y en segundo lugar, la voluntaria, la cual surge con independencia de los elementos necesidad-posibilidad, como producto de la voluntad unilateral del testamento, o por contrato de renta vitalicia.

Características

La obligación alimentaria es: recíproca, sucesiva, divisible, alternativa, imprescriptible, asegurable, proporcional y sancionada en su incumplimiento. Por su parte el derecho a recibir alimentos, es personal e intransferible, inembargable, irrenunciable, preferente y por último, no susceptible de compensación.

Sujetos

Las personas recíprocamente obligadas a darse en vida alimentos son: los cónyuges, concubinos, ascendientes, y descendientes sin limitación de grado, colaterales consanguíneos, hasta el cuarto grado, adoptante y adoptado; el parentesco por afinidad no engendra en nuestra legislación, el derecho y obligación de alimentos. Por cuanto hace a los ascendientes y descendientes, solo existe una clase de hijos consanguíneos, por lo que una vez establecida la filiación por los medios legales, surge concomitante la obligación recíproca entre padres e hijos.

La obligación de ministrar alimentos se suspende o cesa, según reza el artículo 320 del Código Civil para el Distrito Federal, por las siguientes causas: cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla, cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos y cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad; las causales anteriormente citadas suspenden temporalmente la obligación alimentaria, toda vez que las circunstancias pueden cambiar y traer consigo el renacimiento de la obligación; por su parte tenemos las causales que determinan el cese de la obligación de prestar alimentos: el caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el

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

3.8 TUTELA

El término tutela proviene del verbo latino *tueor*, que significa defender, proteger, y se traduce en la misión del tutor de proteger la persona del incapaz, procurando siempre su rehabilitación y bienestar, así como la protección de los intereses patrimoniales del pupilo de manera que rinda el máximo de sus beneficios.

La tutela es definida, como “la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a la patria potestad”.¹⁰² Los autores de la Mata y Garzón, la definen como “una institución cuyo objeto es la representación, asistencia y administración de los bienes de los mayores de edad incapacitados y de los menores de edad no sujetos a la patria potestad”.¹⁰³ Aun cuando, el Código Civil para el Distrito Federal, no señala una definición de la tutela, nos dice que la misma, es de interés público, de la que nadie puede eximirse, sino por causa legítima, así mismo, señala el objeto de ésta, en su artículo 449:

Artículo 449. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413.

¹⁰² Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 359.

¹⁰³ Mata Pizaña de la, *op. cit.*, p. 328.

Antecedentes

Tenemos como antecedente al Derecho romano, en donde la tutela se establecía en favor de la familia, más que en favor del incapacitado; la tutela legítima, surgía cuando el menor tenía bienes, y era ejercida por los herederos más próximos, posteriormente paso de ser un derecho a ser un deber de quien la ejercía; se habla también de la curatela, la cual cuidaba preferentemente de lo patrimonial; se ejercía respecto a los púberos y los mayores de edad incapacitados, y finalizaba cuando los púberos alcanzaban la mayoría de edad o cuando cesaba la incapacidad en los mayores de edad; mientras que la tutela, tenía por objeto la guarda de la persona, se ejercía sobre los menores impúberos, que tenía fin con la llegada de estos a la pubertad, 12 años para la mujer y 14 años para el varón. Ambas tenían el mismo objeto, proteger a los que no podían valerse por sí mismos; el Derecho español siguió esta tendencia, diferenciando la edad sobre las cuales eran ejercidas, la tutela a los impúberos y la curatela a los mayores; nuestra legislación las ve como dos figuras diferentes. En el Derecho germánico era desempeñada por toda la familia, posteriormente solo por un miembro, aunque bajo la vigilancia del grupo.

El Derecho comparado hace alusión a tres sistemas tutelares:

- a) Como institución familiar. El órgano dirigente, es el consejo de familia y los actos se ejecutan a través del protutor, no intervienen órganos estatales o extraños, derivada del Código Napoleón.
- b) Como una institución de carácter público. Es ejercido y vigilado por autoridades administrativas y judiciales.
- c) Sistema mixto. Es ejercida por familiares con la intervención de organismos públicos y vigilancia de autoridad, ya sea administrativa (Ministerio Público) o judiciales (Jueces de lo Familiar); pues su cumplimiento se considera de interés público e irrenunciable. Sistema con el cual se identifica nuestro país, pues el desempeño del cargo le corresponde al tutor y su vigilancia al curador, que es una persona ajena

al Estado, sin embargo, también intervienen los Jueces de lo Familiar, el Estado, a través del Consejo Local de Tutelas y el Ministerio Público; dicha figura es regulada en nuestro Código Civil para el Distrito Federal de artículo 449 al 640.

Características

Es un cargo de interés público, irrenunciable, temporal, excusable, unitario, remunerado, posterior a la declaración de la interdicción, removible.

Sujetos

Sujetos pasivos, podemos decir que por regla general, todos somos capaces, y por excepción existe la incapacidad, de la que derivan los sujetos pasivos de la tutela. El Código Civil para el Distrito Federal señala en su artículo 450, quienes cuentan con incapacidad natural, siendo los menores de edad; e incapacidad legal, es decir, los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla; para que un mayor de edad sea declarado incapaz, es necesaria la resolución judicial en un juicio de interdicción, que al efecto se lleve.

Como sujetos activos, tenemos al tutor, quien “es la persona física o moral no lucrativa designada en un testamento, en escritura pública, o en un escrito especial, por el juez o por el menor, que cumple por regla general, la triple misión de representar legalmente al pupilo, protegerlo y cuidarlo, así como administrar sus bienes, salvo que esta última función se confiera a otro”.¹⁰⁴ Excepcionalmente también puede ser tutor el Distrito Federal, a través del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia.

Nuestra legislación señala tres clases de tutela:

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 333.

- I. Tutela testamentaria. Es la conferida mediante testamento por las personas establecidas en la ley, artículo 470 del Código Civil para el Distrito Federal; tiene por objeto excluir de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.

- II. Tutela legítima. Tiene lugar cuando no existe tutor testamentario o cuando los padres pierden el ejercicio de la patria potestad; quedando a cargo de las personas establecidas en la ley; se divide en:
 - a) Tutela legítima de menores que tienen familiares;
 - b) Tutela legítima de mayores incapacitados que tienen familiares que pueden cumplirla; y
 - c) Tutela legítima de los expósitos o incapaces abandonados.

- III. Tutela dativa. Surge a falta de la testamentaria y de la legítima, y corresponde a los menores emancipados para casos judiciales; puede surgir también para el caso de que el tutor testamentario está impedido temporalmente para ejercer su cargo, y no hay pariente que lo cumpla.

Los autores de la Mata y Garzón, llevan a cabo una clasificación de la tutela:

- I. Por su carácter.
 - a) General: cuando el tutor tienen a su cargo tanto la persona del pupilo como de sus bienes; y
 - b) Especial: cuando el tutor tiene facultades limitadas y específicas.

- II. Por su temporalidad.
 - a) Definitivo: cuando el desempeño del cargo dura hasta que se extinga por las causas establecidas en la ley; y
 - b) Provisional o interino: el cual se desempeña por falta del tutor definitivo.

- III. Por el número de personas que la desempeñan.

Unitario y dual: este último como hemos mencionado, una persona se encarga del cuidado de la persona y la otra persona de los bienes.

Efectos

Éstos pueden ser respecto a la persona, como lo son, alimentar, educar, curar y rehabilitar; y respecto a los bienes del pupilo; éstos a su vez se clasifican en actos obligatorios y actos prohibidos, sin embargo, derivado de la extensión del análisis de esta importante institución, hemos considerado, no abundar tanto en su análisis, por no ser pieza clave en la presente investigación.

Causas de extinción

Se extingue por muerte del incapaz; desaparición de la incapacidad, por rehabilitación o por mayoría de edad; y ante la presencia de persona que ejerza la patria potestad, ya sea por reconocimiento o por adopción del pupilo.

3.9 PATRIMONIO FAMILIAR

Como señalamos en el apartado referente a la obligación alimentaria, el ser humano requiere de elementos materiales para subsistir, de ahí que el Derecho cree medidas e instituciones, que respondan a la obligación de ministrar alimentos y no desamparar a los acreedores alimentarios, por lo que surge el patrimonio de familia. El cual se define como “una casa habitación y una parcela cultivable, inscritas en el Registro como inalienables, inembargables y no sujetas a gravámenes”.¹⁰⁵ El Código Civil para el Distrito Federal, hoy en día lo concibe como:

Artículo 723. El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar. El patrimonio familiar puede incluir la casa-habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad,

¹⁰⁵ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 396.

siempre y cuando no exceda su valor, de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento.

Artículo 724. Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, cualquiera de los cónyuges o ambos, cualquiera de los concubinos o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia.

El patrimonio de familia, es un bien o conjunto de bienes que la ley señala como temporalmente inalienables o inembargables, para que respondan a la seguridad de los acreedores alimentarios.

Nuestra Carta Magna, señala en su artículo 123 fracción XXVIII, y último párrafo de la fracción XVII del artículo 27, que es la ley quien determinará los bienes que constituyan el patrimonio de familia, mismos que serán inalienables y no estarán sujetos a embargo o gravamen alguno.

Antecedentes

Tenemos como antecedente de esta institución, “las parcelas que se adscribían a las familias que habitaban en los calpulli, así como el Fuero viejo de Castilla, que instituyó esta figura en favor de los campesinos, y lo constituían la casa, la huerta y la era (Ley 10, Tit. 1º, Lib. IV); bienes que eran inembargables, así como las armas, el caballo y la acémila”.¹⁰⁶ Sin embargo, el antecedente más próximo a nuestra legislación es lo que se conoce como *homestead*, derivado de Estados Unidos y de los escoceses; que consistía en la protección judicial que al jefe de familia se le presta, para que los acreedores no puedan disponer del patrimonio esencial para la subsistencia de la familia, inscribiéndola en el Registro.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 397.

Naturaleza jurídica

Algunos tratadistas lo ven como un derecho real de goce, de usufructo o de habitación, o como un derecho real que engloba los tres anteriores. Para la maestra Sara Montero, la naturaleza del patrimonio familiar, es como derecho real.

Son tres las especies reguladas por nuestra legislación:

- I. Voluntario judicial;
- II. Forzoso; y
- III. Voluntario administrativo.

Características

No se puede transmitir el dominio de la casa o parcela; la obligación de habitar o arrendar la casa habitación o parcela; nulidad frente a fraude de acreedores; limitado en cuanto a cuantía legal; y el bien afectado es inalienable e inembargable.

La cuantía, reza el artículo 730 del Código Civil para el Distrito Federal, será la cantidad resultante de multiplicar el factor 10,950 por el importe de tres salarios mínimos generales diarios, vigentes en el Distrito Federal, en la época en que se constituya el patrimonio familiar; el mismo se puede disminuir siguiendo las reglas del Código Civil para el Distrito Federal.

Causa de extinción

Se extingue por el hecho de que los acreedores alimentarios, dejen de necesitar alimentos, ya que pueden subsistir por sí mismos, el artículo 741 del Código Civil para el Distrito Federal, enumera entre otras causales, la descrita. Hoy en día, es letra muerta en nuestro ordenamiento.

CAPÍTULO 4 LA FILIACIÓN

4.1 LA PROCREACIÓN

La procreación se encuentra determinada por la maternidad y la paternidad, determinando esta última el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial. La filiación encuentra su origen en la procreación, la cual a su vez, es una fuente del Derecho de Familia. El término filiación proviene del “verbo engendrar, multiplicar una especie”,¹⁰⁷ el acto de concebir un nuevo ser.

En la actualidad, la procreación no sólo se da por el presupuesto biológico, es decir, por la unión sexual de un hombre y una mujer, sino gracias al avance de la ciencia médica y la coadyuvancia de algún elemento que suple la deficiencia de procrear por la vía natural, surge la procreación con técnicas de reproducción asistida, pudiendo ser inseminación artificial o fecundación extracorporal, alquiler de vientre, la clonación humana, y claro a través de la adopción.

Así mismo, tenemos que no siempre coincide la filiación biológica con la jurídica, ya que puede darse el caso de procreación sin filiación, como sería el abandono de un hijo, el cual carece de reconocimiento, y por ende en ese momento no existe relación paterno-filial; de igual forma puede existir filiación sin procreación, claro ejemplo la adopción.

4.2 MATERNIDAD Y PATERNIDAD

El vínculo biológico y jurídico entre los progenitores, padre y/o madre, y el hijo de ambos, recibe el nombre de maternidad o paternidad, en relación con los progenitores. La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa, por ende, perfectamente conocido, por el contrario la paternidad no puede probarse en forma directa, solo se presume.

¹⁰⁷ Diccionario Porrúa de la Lengua Española, 50 ed., México, Ed. Porrúa, 2005, p. 606.

La maternidad, la entendemos como un “hecho indubitable derivado de los datos comprobables del embarazo y del parto, se dé la misma dentro o fuera del matrimonio”.¹⁰⁸ Supone de dos elementos:

- I. El hecho del parto, el cual se puede justificar por el acta de nacimiento del hijo natural, si aparece el nombre de la madre; a falta de lo anterior, el parto debe probarse a través de testigos;
- II. La identificación entre el ser que se da a luz en el parto y el que después pretende serlo -identidad del hijo-, una vez confesados estos dos elementos, la filiación respecto con la madre, queda plenamente establecida.

Expone el profesor Rojina Villegas, citando a Planiol:

La filiación materna es la única susceptible de probarse directamente; el hecho de alumbramiento puede demostrarse con toda certidumbre con testigos; en cambio la paternidad nunca deja de ser una probabilidad; el hecho de la concepción escasa a toda prueba directa; nos conformamos con presunciones que no producen certidumbre.¹⁰⁹

Cuando la maternidad queda establecida jamás queda lugar a duda, pero si ésta es desconocida, no se puede investigar la paternidad; la cual fuera del matrimonio, por regla general es incierta, sin embargo, caben las excepciones derivadas del reconocimiento por parte del padre, sin hacer alusión al nombre de la madre; el reconocimiento expreso del padre, cuando en el acta se aprecia de madre desconocida; y por sentencia judicial que así lo declare en un juicio de investigación de la paternidad.

Por su parte la maestra Sara Montero, señala que “la paternidad es siempre una presunción jurídica *juris tantum*, admite prueba en contrario. Surge con certeza

¹⁰⁸ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 266.

¹⁰⁹ Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 640.

relativa dentro del matrimonio. Pater is est quem justae nuptiae demonstrant, el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre”.¹¹⁰

El Código Civil para el Distrito Federal, hace referencia a esta presunción en su artículo 324:

Artículo 324. 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 cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Precepto legal del cual deriva la presunción de hijos legítimos a los nacidos dentro del matrimonio; entendiendo como presunción, la acción de presumir, sospechar, juzgar o conjeturar algo por tener indicios o señales para ello. El maestro Ernesto Gutiérrez y González, citando a su vez a la maestra Raquel S. Contreras López, expone que etimológicamente presumir, *praesumere*, se entiende, por suponer una cosa cierta, sin que esté probada o sin que conste, lo que se traduce en la presunción como una hipótesis, que se tiene por cierta mientras no se destruya por una prueba en contrario. “La presunción judicial o humana, será aquel razonamiento jurídico de carácter inductivo o deductivo, sistemático, etc., llevado a cabo por el juzgador con base e a sus principios de experiencia, y a sus conocimientos científicos o técnicos, respecto de los hechos conocidos”;¹¹¹ por lo que la presunción a la que hace alusión el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

¹¹⁰ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 267.

¹¹¹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2009, p. 421.

4.3 GENERALIDADES E IMPORTANCIA

Como hemos expresado, de forma general, la unión sexual de un hombre con una mujer da lugar a la procreación, misma que a su vez genera uno de los pilares del Derecho de Familia, la filiación, a decir del profesor Andrés Linares Carranza, es la más importante, y consideramos que no exagera, toda vez que no hay hecho natural más hermoso, que traer al mundo a un nuevo ser humano, esto por la parte personal o sentimental, sin embargo, no podemos dejar de lado la regulación de estos hechos, razón por la que el Derecho, regula la conducta humana externa, imponiendo normas respecto a la filiación, llegando hasta ahí su poder.

Por lo que hace a los descendientes, recae la importancia en conocer quien o quienes son sus progenitores y por consiguiente su reconocimiento, situaciones que se verán reflejadas en los efectos propios de la filiación, es decir, derechos patrimoniales pecuniarios, como el derecho a recibir alimentos, el derecho a heredar, el estado de hijo y derecho al nombre, entre los que conforman ese vínculo paterno-filial, así como, la obligación de la tutela legítima y las prohibiciones al matrimonio. Siendo la filiación fuente de importantes relaciones jurídicas, como la patria potestad, el parentesco, los alimentos, la sucesión hereditaria y la nacionalidad.

4.4 CONCEPTO DE FILIACIÓN

La maestra Irene López Faugier, define a la filiación desde cuatro puntos de vista:

- I. Etimológico. Proviene del latín *filius*, hijo; desde el punto gramatical, el Diccionario Porrúa de la lengua española lo define como “la procedencia de los hijos respecto a los padres”;¹¹²

¹¹² Diccionario Porrúa..., *op. cit.*, p. 329.

- II. Biológico. La filiación es “el vínculo que liga a generantes y generados, por lo que la filiación biológica es una ley natural, un hecho de la naturaleza; el vínculo biológico es el elemento natural, primario e indispensable para poder hablar del concepto jurídico de filiación”;¹¹³
- III. Hecho natural. La fuente de la filiación es un hecho natural, resultado de la fecundación, cuyo efecto es la procreación; y
- IV. Jurídico. Como lo hicimos en el capítulo anterior, citaremos algunos conceptos dados por algunos autores de la materia.

A decir del jurista Eduardo A. Zannoni, la filiación “sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia”;¹¹⁴ como hemos analizado la filiación está determinada por la paternidad y la maternidad.

La maestra Sara Montero la define como “la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre – hija o hijo”.¹¹⁵ Así pues, el nombre específico, es decir, maternidad, paternidad, o filiación en sentido estricto, dependerá de la persona a la que se refiera en determinado momento.

El maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, analiza a esta gran institución, desde dos ángulos: amplio, “es la relación jurídica existente entre ascendientes y descendientes sin consideración en cuanto al número de generaciones entre uno y otro –parentesco consanguíneo en línea recta sin limitación de grado-; restringido, siendo el vínculo entre el hijo y su progenitor, de manera directa e inmediata”.¹¹⁶

Por su parte el jurista Antonio de Ibarrola, considera a la filiación, en dos sentidos. El primero, como un hecho natural, ya que entre todos los individuos,

¹¹³ López Faugier, Irene, *La Prueba Científica de la Filiación*, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 93.

¹¹⁴ Zannoni, *op. cit.*, p. 313.

¹¹⁵ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 266.

¹¹⁶ Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 468.

se es siempre hijo de un padre y de una madre; y el segundo, como un hecho jurídico, donde el Derecho debe asegurarse de la maternidad o paternidad, para reconocer los efectos jurídicos al hecho de la procreación. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, la define en estricto sentido como:

Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; (...)

Antecedentes

Los antecedentes de esta importante institución se remontan a tiempos arcaicos, desde la procreación de Caín y Abel, primeros descendientes de Adán y Eva; la única filiación reconocida en la Santa Biblia fue la matrimonial, ya que el matrimonio era la única unión válida frente a los ojos de Dios, aun cuando de la lectura de las Sagradas Escrituras, se desprende la existencia de la filiación extramatrimonial, sin dejar de lado, claro, las diferencias existentes entre los hijos nacidos de un matrimonio y los nacidos fuera del matrimonio; consiguientemente en Grecia y Roma, tenemos que la filiación no estaba determinada por el nacimiento, sino por el culto, ya que el principal interés de estas civilizaciones era la continuidad de su descendencia, la religión de su hogar y sus antepasados, por lo que el descendiente consanguíneo, mismo que debía ser fruto de un matrimonio religioso, no era realmente importante; por cuanto hace a las mujeres, al casarse, pasaban a formar parte de la familia del marido, y la colocaba en un estatus de hija del marido; respecto a la adopción, solo se permitía a quien no tuviera hijos. De las Doce Tablas elaboradas por los patricios, se desprende la innecesaria aceptación del hijo, por el padre, para integrarlo al núcleo familiar. “En la tabla IV que se establece, el término máximo para la gestación, lo que constituye el antecedente de las presunciones de la filiación”.¹¹⁷

¹¹⁷ López Faugier, *op. cit.*, p. 88.

En las culturas maya y azteca, señaladas por la maestra Irene López Faugier, en su obra *La prueba científica de la filiación*, esta última estaba determinada, tanto por la madre como por el padre, ya que imperaba la unión monogámica; y para el caso de las altas clases, en donde se permitía la poligamia, existía el deber de fidelidad, lo que permitía seguir definiendo claramente la madre como el padre; desde la antigüedad, existen las distinciones entre los hijos nacidos de matrimonios y los extramatrimoniales adoleciendo estos últimos de derechos sucesorios; por lo que hace a la época de la Nueva España, reinaba la tradición romano-canónica, por lo que las uniones contrarias al matrimonio eran pecado, consecuentemente, el nacimiento de un hijo extramatrimonial era escandaloso; es en esta época, donde por primera vez, se hace una clara distinción entre los hijos habidos dentro una unión matrimonial, y los habidos fuera de dicha unión, denominándolos legítimos e ilegítimos. El Derecho abandono a los hijos ilegítimos y sus progenitoras, privándolos de seguridad material y social; la Iglesia católica, que era la encargada de regular la vida familiar, adopta las presunciones de filiación introducidas por los patricios, las que en la actualidad continúan penetradas en nuestro orden jurídico. No fue la excepción el Código Napoleón, el cual discriminó a los hijos en razón de su origen, y al igual que otras figuras jurídicas, sirvió de modelo para los códigos de Europa Central y América Latina.

Por lo que hace al México independiente, en sus primeras décadas, siguió la tendencia romano-canónica y *Las Leyes de Partida*, por lo que existían las marcadas distinciones entre hijos legítimos e ilegítimos. La maestra Sara Montero, expone la clasificación resultante de las *Siete Partidas*, respecto a los descendientes; en la *Partida IV*, tít. XV, se encuentran las clases de hijos, donde se habla “de los fijos que non son legítimos”:¹¹⁸

- I. Legítimos. Son los que nacen de padre y madre, unidos bajo el sacramento del matrimonio.
- II. Ilegítimos. Los que no nacen de casamiento, según la ley.

¹¹⁸ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 286.

- a) Naturales. Los que nacen de barragana, es decir, la mujer soltera a quien el hombre tiene como amiga, viviendo o no juntos.
- b) Fornecinos. Los hechos contra la ley o razón natural.
 - i. Adulterinos. Los que nacen de adulterio
 - ii. Incestuosos. Los hechos en parienta.
 - iii. Sacrílegos. Los nacidos de mujeres de orden.
 - iv. Mánzeres. “nascen de las mujeres que están en la puteria, e danse a todos quantos a ellas vienen” (sic); su significado era tanto como mancillados, porque fueron malamente engendrados.
 - v. Spurii. Los que nacían de barraganas que los hombres tienen fuera de sus casas y se dan a otros hombres, “la amiga infiel”.
 - vi. Notos. Nacidos de mujer casada, pero adúltera, aparentando ser descendientes de su marido.
 - vii. Putativos. No son legítimos, aun cuando nacen de matrimonio, toda vez que el Derecho canónico, así los clasifica, por haber sido declarado nulo o ilícito el matrimonio.

Como se desprende de la clasificación anterior, los hijos ilegítimos, no podían tener honores ni dignidades, carecían de derechos hereditarios, respecto a sus ascendientes y demás parientes; no podían adquirir parentesco, al negárseles su calidad de hijo a través de la legitimación, siendo ésta la forma en la que se le puede igualar la condición del hijo natural con la condición de hijo legítimo; la legitimación podía llevarse a cabo a través de Merced Real, escritura pública, por testamento (solo podían heredar, si no habían hijos legítimos), o si el padre daba al hijo natural, al servicio de Corte o de Señor; con todo y lo anterior el hijo natural, seguía en desventaja con el hijo legítimo, al no alcanzar todos los honores en el plano eclesiástico, dependiendo si era legitimado por la

jurisdicción temporal, reyes y emperadores, o por la jurisdicción eclesiástica concedida al Papa.

El Derecho canónico, continúa con la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, permitiendo la legitimación; el Fuero Viejo de Castilla habla de los hijos bastardos y sus limitaciones para heredar; las Cédulas de 19 de febrero de 1794 y de 7 de septiembre de 1803 del Derecho español, desprenden la reglamentación de la legitimación de hijos expósitos.

El presidente Benito Juárez, en el mes de julio de 1859, emite las Leyes de Reforma, dentro de las cuales estaban las relativas a la familia, como la Ley del Matrimonio Civil y La Ley del Registro Civil, de las que entre otras, se ordenó “el control de libros especiales para el registro de nacimientos, matrimonios, reconocimientos, adopciones y defunciones”.¹¹⁹

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, recogía los conceptos de hijos ilegítimos, clasificando a los descendientes en: legítimos, naturales y espurios, sus derechos iban en orden descendente; regulaba la legitimación; dicho código no protegía del todo el derecho sucesorio de los hijos naturales, y prohibía totalmente la investigación de la paternidad, exceptuando el caso de los descendientes por delitos de raptó y violación. El Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1884, estableció la libre testamentifacción, sin modificar la testamentifacción simple legítima, la cual seguía asignando porciones diferentes a los descendientes atendiendo su origen y calidad. Introdujo el reconocimiento de los hijos, para poder reconocer a los espurios y éstos pudiesen heredar en vía legítima, obviamente en desventaja con los naturales y a su vez con los legítimos; ambos códigos señalan como derechos de los hijos reconocidos, el derecho al apellido, a ser alimentado, a heredar y a la pensión alimenticia; la Ley sobre Relaciones Familiares, elimina la

¹¹⁹ López Faugier, *op. cit.*, p. 90.

calidad de hijos espurios, solo reconociéndole a los hijos extramatrimoniales, el derecho a llevar el apellido del progenitor que lo reconoce.

En el Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal de 1928, se equipara a los hijos, respecto a sus derechos una vez establecida la filiación, ya sea mediante matrimonio, reconocimiento voluntario o resolución judicial, que así lo declare en juicio de paternidad, sin importar su origen. A partir de las reformas de 25 de mayo del año 2000 al Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 338 bis, la ley sigue la tendencia, al no establecer distinción entre los derechos de los descendientes, cualquiera que sea su origen, sin embargo, de la lectura del ordenamiento, se puede deducir que sigue habiendo distinción entre las calidades de hijo, toda vez que continúa la clasificación de descendientes de progenitores desconocidos, los de matrimonio y los expósitos.

4.4.1 CLASES DE FILIACIÓN

Exponen los autores de la Mata y Garzón, que las clases de filiación, se dan por los distintos procedimientos que se siguen para su determinación, más no hay clases de hijos, puesto que todos los hijos son iguales; aclarado lo anterior, tenemos la siguiente clasificación, tomada en parte de la doctora Irene López Faugier:

Biológica

Tiene su origen en un hecho de la naturaleza resultado de la fecundación, proveniente de la unión sexual entre un hombre y una mujer, cuyo efecto es la procreación.

- I. Matrimonial. Tiene su origen en el matrimonio, reputando como hijo al nacido dentro de los plazos establecidos por la ley.

- II. Extramatrimonial. Cuando el nacimiento se encuentra fuera de los plazos establecidos en la ley, por ende, se reputa hijo no nacido de la unión legítima conyugal del marido y mujer.
- III. Legitimada. Aun cuando la misma fue derogada en el año 2000, se daba cuando el neonato,¹²⁰ no se encuentra dentro de los plazos que establece la ley para reputarlo como hijo del matrimonio, sin embargo, por un acto jurídico posterior de legitimación, como lo es, el casamiento de los padres, se le da tal carácter.

Legal

“Es el vínculo jurídico que liga a quienes ante la ley son padres y madres e hijos e hijas (...) se actualiza en función de la imputación de la ley y solo existe en los casos previstos por la misma”.¹²¹

- I. Adoptiva. Carece de un carácter biológico, siendo exclusivamente jurídico y consiste en la constitución de un vínculo paternofilial o maternofilial entre dos personas a instancia de una de ellas.
- II. La proveniente del uso de reproducción asistida;¹²² “tiene su origen, en el acuerdo de voluntades entre quienes se someten a este tipo de técnicas para tener descendencia”.¹²³

¹²⁰ El que tiene 27 días de nacido.

¹²¹ López Faugier, *op. cit.*, p. 157.

¹²² El maestro Flavio Galván Rivera propone un concepto más amplio, en su artículo “La Inseminación Artificial en Seres Humanos y su Repercusión en el Derecho Civil”, publicada en la Revista Jurídica de Posgrado:

1. Fecundación Asistida.- Es el conjunto de técnicas o métodos y procedimientos utilizados para obtener la concepción mediante la manipulación de los gametos masculinos y femeninos, por personal profesional especializado.
2. Inseminación Artificial.- Es un método de fecundación asistida, que consiste en colocar los gametos masculinos en alguna parte de la vía genital femenina, generalmente después de realizar la correspondientes capacitación fecundante de los espermatozoides en el laboratorio.

- a) Inseminación artificial.¹²⁴ “Es el encuentro del espermatozoide y el óvulo, en el genital adecuado de la mujer –útero-, sin contacto carnal, y con el empleo de medios mecánicos. Su finalidad es obtener la concepción para la reproducción de la especie humana, por medio diferente al establecido por la naturaleza”.¹²⁵
- i. Homóloga. No requiere la relación sexual de un hombre y una mujer, se lleva a cabo dentro del vientre de la mujer, concurren los aportes genéticos de los cónyuges, es decir, un óvulo y un espermatozoide fértiles, su objetivo radica en facilitar el encuentro apto de los mismos para lograr la fecundación.
 - ii. Heteróloga o tercería biológica. El descendiente, es el resultado de una fecundación en que ha intervenido un componente biológico extraño a ambos, es decir, utilizando el esperma fértil de un tercero.
- b) Fecundación extrauterina homóloga. No requiere la relación sexual de un hombre y una mujer, únicamente se necesita la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio, obteniendo

3. Fecundación in vitro.- Es un método de fecundación asistida, que consiste en unir los gametos masculino y femenino extracorpóreamente, dentro de un laboratorio, mediante el uso de un tubo de ensayo, una caja de Petri o cualquier otro objeto idóneo para el efecto positivo.

¹²³ López Faugier, *op. cit.*, p. 170.

¹²⁴ El profesor Ernesto Gutiérrez y González, adelantándose a los impactos de las ciencias médica y biológica, clasificó las especies de la inseminación artificial en los seres humanos, así como, la reproducción clónica, plasmándolas en el anteproyecto del Código Civil para el Estado de Nuevo León, veamos dicha clasificación:

A.- Autoinseminación o inseminación homóloga, la que se practica dentro del matrimonio, inseminando a la esposa con esperma de su esposo; también es de este tipo la que se practica en la concubina, con el esperma de su concubino.

B.- Heteroinseminación o inseminación heteróloga, la cual puede a su vez ser:

a).- De mujer que tiene celebrado contrato de matrimonio, o de concubinato, y es inseminada con esperma de hombre diferente a su esposo, o a su concubino.

b).- De mujer soltera que es inseminada con esperma de un “tradens”. (transmisor o el que transmite, en Derecho Romano, el que enajenaba una cosa o derecho).

C.- Teleinseminación, es la que se practica con esperma en estado de hibernación, y que remite desde lugar fuera del territorio del Estado de Nuevo León, el esposo o el concubino, o un “tradens”, para ser aplicado a la esposa, la concubina o a una mujer soltera.

¹²⁵ Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 569.

así, el embrión, cuyo implante tendrá lugar en el útero de la cónyuge o de la madre gestante.

- c) Fecundación extrauterina o fecundación in vitro heteróloga. No requiere la relación sexual de un hombre y una mujer, se fecunda un óvulo en un laboratorio de manera extracorpórea, para posteriormente implantar el embrión obtenido por este método en el útero materno.
- i. Fecundación con semen de un tercero, en un óvulo de la esposa durante el matrimonio.
 - ii. Fecundación con semen del marido, en un óvulo que no es de la esposa e implantación ulterior del embrión en el útero de ella.
 - iii. Fecundación con semen de un tercero, en un óvulo que no es de la esposa, e implantación del embrión en el útero de ella.
 - iv. Fecundación con semen del marido, en el óvulo de la esposa, e implantación del embrión en el útero de otra mujer. (estas últimas cinco técnicas redactadas son aplicables también a la inseminación artificial heteróloga).

- III. La clonación humana.¹²⁶ Es la reproducción asexual, que se obtiene: A.- de desarrollar un grupo de células u organismos idénticos, o un solo miembro de dicho grupo, propagados a partir de una misma célula corporal, o B.- la fecundación que se obtiene retirando el núcleo del óvulo no fecundado, y se sustituye por el núcleo de una célula no sexual de un organismo adulto, masculino o femenino, desarrollándose este óvulo

¹²⁶ La maestra Irene López Faugier, la denomina como “gemelaridad provocada, la cual es una técnica de manipulación genética, a través de la cual se obtienen individuos genéticamente idénticos, a partir de un solo individuo.”

como si hubiese sido fecundado por un esperma, dando lugar a un ser idéntico al que aportó la célula asexualada.¹²⁷

De lo anterior, se desprende que por cuanto hace a la inseminación homóloga, no presenta problema alguno respecto a la presunción de filiación habida dentro del matrimonio; los problemas nacen, en primer lugar, en la inseminación artificial heteróloga y fecundación extrauterina heteróloga, recordando que la presunción filial, recae en primer lugar en un acto biológico, es decir, de la naturaleza, y en segundo lugar un acto legal, como lo es que sea concebido dentro del matrimonio, creando un conflicto con la presunción el primero de ellos, al dejar de ser un acto natural; el segundo problema, es la regulación de trascender mediante estos métodos, ya que el Código Civil para el Distrito Federal, no establece expresamente la forma de determinar la filiación frente a estos métodos, hace alusión respecto a las personas unidas en matrimonio o concubinato, sin embargo, aun cuando el Código Civil para el Estado de Coahuila, es uno de los ordenamientos más avanzado en este tema, ambos códigos restringen la utilización de dichos métodos a los cónyuges o concubinos, desamparando a las personas no unidas en matrimonio o solteras, generando problemas legales a la hora de determinar tanto la paternidad como la maternidad; aunque, continúa analizando la maestra Irene López Faugier, el tema no se encuentra propiamente limitado, esto es debido al artículo cuarto de nuestra Carta Magna, que es del tenor siguiente:

Artículo 4. (...)

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. (...)

Lo cierto es que nuestra legislación, respecto a la filiación, ha sido rebasada por los avances de la ciencia médica.

¹²⁷ Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 595.

4.4.2 CONSECUENCIAS JURÍDICAS

La filiación, es el único parentesco en primer grado, en línea recta ascendente o descendente, por lo que sus consecuencias, serán en igual medida que las del parentesco, más las propias:

- I. Derecho al nombre
- II. Derecho-deber de alimentos
- III. Ser educados por sus padres
- IV. A percibir la porción hereditaria
- V. Promover la declaración de oficiosidad de los testamentos en caso de que no se les haya dejado alimentos en las hipótesis indicadas por la ley.
- VI. Los demás que se deriven de la filiación, como la custodia, la patria potestad, así como algunos impedimentos (matrimonio).

4.5 FILIACIÓN LEGÍTIMA O MATRIMONIAL

Tiene su origen en el matrimonio, estableciéndose cuando el hijo nace dentro de los plazos señalados por la ley, y dentro de esa unión conyugal. El término de legítima, atiende a la influencia de la tradición romanista y de la moral cristiana, ya que éstas, ven como fuente única de la familia al matrimonio; sin embargo, las distinciones respecto a los hijos han quedado obsoletas alrededor del mundo, por consiguiente, el término de filiación legítima.

La filiación legítima, contiene un doble aspecto: paternidad-filiación, ya que es un derecho surgido directamente del matrimonio, sirviendo tanto para el marido como para el hijo. La criatura al nacer dentro del matrimonio tiene a su favor la presunción de ser hijo de los cónyuges, es decir, tiene la certeza plena de su filiación materna (maternidad), y parcialmente la filiación paterna (paternidad), ya que no olvidemos, que ésta no es absoluta, toda vez que admite prueba en contrario, pieza clave en esta investigación.

Elementos de existencia

- I. El matrimonio válido de los progenitores. Entendido como aquel que no puede ser anulable; o

- II. El matrimonio putativo¹²⁸ de los progenitores. Se considera putativo, cuando ha sido celebrado de buena fe por ambos contrayentes o por al menos uno de ellos.
 - a) Si fue contraído de buena fe por ambos contrayentes y es declarado nulo, se considera putativo, produciendo todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure y en todo tiempo en favor de los hijos, artículo 255 del Código Civil para el Distrito Federal.
 - b) Si fue contraído de buena fe sólo por uno de los contrayentes y es declarado nulo, se considera putativo y solo produce efectos civiles respecto de él y de los hijos, artículo 256 del Código Civil para el Distrito Federal.
 - c) Para el caso de que haya sido contraído de mala fe por ambos cónyuges, el matrimonio solo será nulo, produciendo solo efectos civiles respecto de los hijos, artículo 256 del Código Civil para el Distrito Federal.

- III. El nacimiento del descendiente durante el matrimonio. Lo anterior deviene del precepto legal marcado con el numeral 324 del Código Civil para el Distrito Federal, que invoca la presunción de hijos de los cónyuges:
 - a) Los nacidos dentro de matrimonio.¹²⁹ En la actualidad el Código Civil para el Distrito Federal, sólo exige que el nacimiento ocurra

¹²⁸ El Derecho canónico los califica como aquellas uniones conyugales aparentemente susceptibles de anularse, las cuales en principio se consideran válidas, hasta demostrarse su nulidad; se le otorgan ciertos efectos favorables a los cónyuges y a sus descendientes.

¹²⁹ El Código Civil Federal aún mantiene en su fracción I. “Los nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio”, dicho término en razón de fijar el tiempo mínimo de la gestación -6

dentro del matrimonio de sus progenitores; por ende, el tiempo de la concepción deja de ser importante, ya que lo mismo da, si la concepción se realizó antes o durante el matrimonio, solo bastando que nazca dentro del matrimonio. Al respecto comenta la doctora López Faugier que con la reforma a dicho precepto, además de “constituir una contradicción, contribuye a imputaciones falsas de paternidad, toda vez que la mujer soltera no tiene como la casada el deber de fidelidad”.¹³⁰

- b) Los hijos nacidos dentro de los 300 días -10 meses- siguientes a la disolución del matrimonio. Dicho término, atiende al tiempo de gestación máxima de un feto.

IV. El haber sido concebido por su padre, es decir por el marido de su madre. Consiste en demostrar, que el hijo es producto de la fecundación del marido a la madre, lo que nos lleva a la presunción de paternidad.¹³¹ Lo anterior responde, al supuesto de que, en el matrimonio los cónyuges tienen deberes y derechos recíprocos, como la fidelidad, entendida como la exclusividad sexual, es decir, el marido y la mujer tienen entre si legalmente el débito carnal sólo el uno con el otro, puede no ser así. La presunción aquí vertida, “hoy en día está superada ya que a través de los avances de medicina genética, es posible probar con un mínimo de error la filiación paterna”.¹³²

V. El haber sido concebido por su madre. Como lo hemos estudiado, para que se determine la maternidad se requiere de: 1) hecho del parto, 2)

meses-, y el máximo 300 días -10 meses-, atendiendo a los periodos de gestación aceptados por el Derecho Romano, siguiendo la doctrina de Hipócrates.

¹³⁰ López Faugier, *op. cit.*, p. 118.

¹³¹ La doctora López Faugier, citando a su vez a María Josefa Méndez Acosta, expone “La Teoría fundada en la cohabitación y fidelidad matrimoniales: justifica la presunción de paternidad como consecuencia de las relaciones exclusivas y excluyentes entre los cónyuges, y las explica por la comunidad de vida que el matrimonio supone y los deberes morales y jurídicos que lleva consigo, lo que permite presumir que los cónyuges consumaron el matrimonio y continuaron cohabitando, cumpliendo tales funciones, y que la esposa ha guardado fielmente la fe jurada; de lo cual se deduce la paternidad del marido.”

¹³² López Faugier, *op. cit.*, p. 123.

identidad del hijo, agregando que la madre debe estar unida en matrimonio con el padre, atendiendo al principio "*pater is est quem justae nuptiae demostrant, padre es el que demuestran las justas nupcias*", lo que presume la inexistencia de infidelidad.

- VI. Que el descendiente haya nacido de aquel padre y de aquella madre. Se refiere a la identidad del hijo, es decir, que sea producto de la procreación de sus progenitores.

4.5.1 PLAZOS LEGALES PARA ESTABLECER LA CERTEZA DE PATERNIDAD DERIVADA DEL MATRIMONIO

Los plazos legales, se fijan en razón de los datos que proporciona la naturaleza; la gestación normal de un ser humano, generalmente son 270 días, teniendo como máxima 300 días -10 meses- y como mínima 180 días -6 meses-; atendiendo a la "fidelidad" de la mujer, el niño puede nacer vivo y viable dentro de este término, por lo que se reputan como hijos de los cónyuges los nacidos después de transcurridos 180 días contados a partir de la celebración del matrimonio, y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio, la ex cónyuge, artículo 324 del Código Civil para el Distrito federal; dicha presunción admite prueba en contrario.

4.5.2 PRUEBAS DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

Expone la maestra Sara Montero, que estas pruebas son de suma importancia para el estado civil del ser humano, pues determina, la identificación del mismo, a través del nombre y la relación de su parentesco con sus progenitores, y frente a terceros, con las consecuencias jurídicas inherentes a la filiación y el

parentesco consanguíneo con los demás parientes. La filiación de los nacidos dentro del matrimonio se prueba mediante:

- I. Prueba extrajudicial
 - a) Acta de nacimiento. Está claro que es con el atestado del Registro Civil, que revele la identidad del sujeto. A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se pasa a la prueba judicial;

- II. Prueba judicial
 - b) Posesión de estado de hijo, ésta se configura con los elementos de i- Nombre, ii. Trato, iii. Fama y iv. Edad exigida.
 - c) Presunciones establecidas en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, como su nombre lo indica, éstas más que pruebas, son meras presunciones.
 - d) Todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; sin embargo, la prueba testimonial no es admisible, salvo que hubiese un principio de prueba por escrito o indicios, o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión, artículo 341 del Código Civil para el Distrito Federal.

4.6 FILIACIÓN NATURAL

El maestro Rafael Rojina Villegas, define a la filiación natural, como “el vínculo que une a los hijos con sus progenitores que no se han unido en matrimonio”.¹³³

La cual se divide en dos:

¹³³ Rojina
Villegas, *op. cit.*, p. 753.

- I. Una relación jurídica lícita que produce determinadas consecuencias, si los padres del hijo natural pudieron legalmente celebrar matrimonio, por no existir ningún impedimento.
- II. Una relación ilícita si los padres estaban legalmente impedidos para contraer matrimonio, en razón del parentesco o de la existencia de un matrimonio anterior, de cualquiera de los dos o ambos.

Esta figura difiere de la legitimación, la cual veremos a continuación, y esto es debido a los efectos que produce; pues, en la filiación natural, “no se da en él la pertenencia del hijo o una familia, ni, consiguientemente, el conjunto de relaciones con los parientes y afines de los padres; hay solamente una relación aislada entre el hijo y el padre, y cuando reconozcan ambos padres o la comprobación judicial se haga con relación, a ambos, hay, no una relación única, sino dos relaciones distintas e independientes”.¹³⁴

4.7 LEGITIMACIÓN

Aun cuando, la legitimación ha sido derogada mediante las reformas del 25 de mayo del año 2000, del Código Civil para el Distrito Federal, no dejaremos de señalar su definición; siendo “la consecuencia jurídica que reciben los hijos extramatrimoniales de ser considerados como legítimos, por el matrimonio subsecuente de sus padres”.¹³⁵

La legitimación, supone la realización de dos actos jurídicos, por una parte el reconocimiento del hijo natural; y por el otro, el matrimonio celebrado entre los progenitores.

Tuvo lugar, como ya lo hemos mencionado, en la época en que había una fuerte distinción de los hijos, en razón de su origen. Tratándose de “un beneficio por el

¹³⁴ *Ídem.*

¹³⁵ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 277.

cual se confiere ficticiamente, el carácter de hijo legítimo, con todas sus consecuencias, a los hijos concebidos fuera de matrimonio”.¹³⁶ La legitimación, confiere al hijo un status que antes no tenía, teniendo eficacia plena; podemos decir, que el objeto de esta figura, es promover el matrimonio, regularizar las relaciones extralegales, es decir, moralizar a la familia, tanto para beneficio de los hijos como de los padres. Sin embargo, ha sido tal la evolución de la familia, y no siempre en pro de ella, que esta figura ha sido derogada, dando lugar, a más uniones informales.

4.8 ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN

Estas acciones, se dan en razón de la relación paterno-filial, por lo que pueden ser intentadas tanto por el padre, como por el hijo:

- I. Padre. Tiene derecho a deducir el juicio de desconocimiento o contradicción de la paternidad; tema central de nuestra investigación, al cual haremos referencia en el último capítulo de este trabajo.
- II. Hijo. Tiene el derecho ejercer el juicio de reclamación de estado de hijo:
 - a) Acción de reclamación de filiación matrimonial. El derecho que tiene el hijo, de reclamar su calidad de hijo de matrimonio; surge cuando el hijo carece de atestado del Registro Civil, por lo que puede recurrir a la vía judicial, para que se le reconozca su status de hijo de matrimonio, mediante resolución judicial; dicha acción está conferida para su ejercicio al propio hijo, la cual es imprescriptible, y a sus descendientes, pudiendo en los casos establecidos en la ley, ejercerla los demás herederos del hijo, los acreedores, los legatarios y donatarios del hijo. Respecto a las pruebas para demostrar la filiación matrimonial, las mismas ya han sido analizadas.

¹³⁶ Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 737.

- b) Acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Para establecer el nexo filial del padre con el descendiente nacido fuera de la unión conyugal, es necesario llevar a cabo la investigación de la paternidad, de la que nos ocuparemos más adelante.

4.9 ACCIONES DE DESCONOCIMIENTO O CONTRADICCIÓN DE LA PATERNIDAD

Como hemos venido exponiendo en los últimos capítulos, la paternidad a diferencia de la maternidad, no detenta certeza plena, por lo que al tratarse de una presunción, admite prueba en contrario; traduciéndose en la acción de desconocimiento o impugnación de la paternidad, entendida como, la acción de combatir, contradecir o refutar la relación filial entre padre y descendiente.

4.9.1 QUIÉN PUEDE EJERCER LA ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD

La contradicción de la paternidad surgida dentro del matrimonio, puede ser intentada por:

- I. El cónyuge varón;
- II. El tutor del cónyuge varón, cuando éste presente incapacidad por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez y no pueda gobernarse por sí mismo;
- III. El cónyuge varón, después de salir de la tutela, al haber sido declarado legalmente el cese de la incapacidad;
- IV. Los herederos del cónyuge varón, cuando éste hubiese muerto incapaz, independientemente de si tuvo o no tutor;
- V. Los herederos del cónyuge varón, a la muerte de éste, siempre y cuando el mismo haya intentado la acción en vida;

- VI. Los herederos del cónyuge varón, cuando éste ha fallecido sin hacer la reclamación dentro del término hábil, dichos herederos tendrán para interponer la demanda, sesenta días contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del de cujus, o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia; y
- VII. La persona a quien perjudique la filiación, respecto al hijo nacido después de 300 días a la disolución del matrimonio, ya que el mismo ya no se reputa como hijo de matrimonio, y siempre y cuando el cónyuge varón no haya consentido expresamente el uso de métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

4.10 FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Se ha definido como “aquella que tiene lugar por el hecho de la generación fuera de las nupcias”.¹³⁷ La maestra Sara Montero, nos da otro concepto, definiéndola como, “la relación jurídica entre progenitores e hijo que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero, o por sentencia que cause ejecutoria imputando la filiación a cierta persona”.¹³⁸

Derivado de los constantes cambios, a los que está sujeta la sociedad, y en lo particular la familia, el Derecho debe evolucionar; tal es la falta de compromiso hoy en día en las persona, que prefieren concebir hijos, sin una pareja estable, sin siquiera cohabitar, y sin crear un vínculo jurídico como lo es el matrimonio; siendo este último, el que da seguridad jurídica a sus miembros y a los hijos; además de que, atendiendo a que la paternidad es una presunción jurídica, que surge con certeza dentro del matrimonio, esto no ocurre, con los hijos nacidos fuera de matrimonio, situación donde no existe un marido, al cual atribuirle la paternidad. Por lo que a lo largo de la historia, este tipo de filiación, ha estado expuesta a diversas formas de discriminación, sin embargo, en la actualidad

¹³⁷ López Faugier, *op. cit.*, p. 123.

¹³⁸ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 302.

toda clasificación de los descendientes por su origen, se encuentra en desuso y contraria a la ley y a los diversos instrumentos internacionales existentes referentes a este tema.

Hoy en día, es posible atribuirle la calidad de hijo al nacido fuera del vínculo conyugal, y también fuera del concubinato, siendo necesario para establecer dicho vínculo:

- a) Reconocimiento voluntario;
- b) Imputación de paternidad a través del juicio de investigación respectivo; y
- c) La presunción derivada de la existencia de un concubinato.

4.10.1 RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

Como hemos estudiado, la determinación de la maternidad y los supuestos para su establecimiento, son fáciles de comprobar, aun fuera de matrimonio; más no ocurre lo mismo con la paternidad, en la cual el Derecho carece de elementos para establecer el lazo de filiación entre el padre y el hijo, y consecuentemente producir las consecuencias jurídicas propias de esta relación paterno-filial, por lo que es necesario el reconocimiento voluntario del padre, definiéndose a éste, como “el acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es hijo suyo”.¹³⁹

4.10.2 REQUISITOS SUSTANCIALES PARA EL RECONOCIMIENTO

- I. Edad. Debe ser la requerida para contraer matrimonio.
- II. Consentimiento. Si el que intenta deducir la acción es menor de edad, requiere consentimiento de sus representantes legales; el consentimiento del hijo si es mayor de edad; y consentimiento de la madre.

¹³⁹ López Faugier, *op. cit.*, p. 145.

- III. Hijo de madre soltera o desconocido por el marido de la mujer casada. Derivado de la presunción de hijo, ningún hombre puede efectuar reconocimiento, con la excepción de que el marido haya obtenido resolución judicial a su favor de desconocimiento de paternidad.

4.10.3 REQUISITOS FORMALES

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 369, enumera la forma en que puede realizarse el reconocimiento.

- I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo Juez;
- III. Por escritura pública;
- IV. Por testamento;
- V. Por confesión judicial directa y expresa, ante Juez de lo Familiar.

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.

4.10.4 CARACTERÍSTICAS DEL RECONOCIMIENTO

Tenemos como características de este acto:

- a) Acto jurídico
- b) Unilateral
- c) Declarativo
- d) Individual
- e) No es un acto personalísimo
- f) Irrevocable
- g) Formal.

4.10.5 CONSECUENCIAS

La consecuencia principal, es el surgimiento del vínculo filial entre progenitor e hijo; consecuentemente las señaladas por el precepto legal marcado con el numeral 389 del Código Civil para el Distrito Federal:

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley;
- IV. Los demás que se deriven de la filiación.

Finalmente tenemos que el reconocimiento voluntario, puede dar lugar a las acciones de:

- a) Nulidad del reconocimiento
- b) Impugnación del reconocimiento
- c) Irrevocabilidad del reconocimiento

4.11 INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Se define como “el derecho que tienen los descendientes habidos fuera de matrimonio, de acudir ante los tribunales, a efecto de aportar las pruebas de filiación paterna, a fin de que sea ésta declarada por los mismos, cuando así se compruebe, y consecuentemente, se obligue al padre demandado a cumplir con los deberes y derechos impuestos por la relación paterno filial”.¹⁴⁰ Esta acción la tiene el hijo para demostrar su nexo biológico, con su progenitor, cuando la filiación, no se presume por los supuestos de haber nacido dentro de matrimonio o concubinato. El Juez de lo Familiar, de oficio puede allegarse de las pruebas

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 251.

pertinentes para comprobar dicho nexo, siempre y cuando éstas no vayan contra la ley, la moral o las buenas costumbres.

Antecedentes

El Derecho romano, sólo comprendía como hijos, a los nacidos de matrimonio, y como hijos naturales a los habidos en concubinato; más tarde, hubo reconocimiento del vínculo filial, entre padre e hijo extramatrimonial, al otorgársele al hijo el derecho alimentario y una cuota en la sucesión del padre, con la limitante, de que el hijo no fuera incestuoso o adultero. Con la influencia del cristianismo en la Edad Media, se permitió la investigación de la paternidad, como medida de protección alimentaria a los descendientes habidos fuera del matrimonio; posteriormente en el Código de Napoleón, en su artículo 340, excluyó toda prueba de paternidad, fuera del reconocimiento voluntario y prohibió la investigación de la paternidad, exceptuando la concepción al tiempo de raptó; lo que provocó un levantamiento en contra de dicho precepto legal, logrando el restablecimiento de la investigación de la paternidad, pero solo en ciertos supuestos y precisando las pruebas tendientes a su demostración; las legislaciones alemana y anglosajona, dieron más libertad a la investigación de la paternidad.

Nuestra legislación en el Código de Oaxaca de 1827, siguió la tendencia del artículo 324 del Código Francés, con el proyecto de Código Civil Mexicano de Justo Sierra, pues prohibió la investigación de la paternidad, salvaguardando, el caso en que la concepción coincidiera, con delitos que la supusieran violenta, delitos como el raptó y la violación. Para el año de 1866 con el Código Civil del Imperio mexicano, y en los años 1870 y 1884 con los Códigos Civiles para el Distrito y Territorio de la Baja California, se precisaron los delitos y la declaración por parte de los tribunales a instancia de partes interesadas. Los Códigos Civiles de Veracruz de 1868 y del Estado de México de 1869, agregaron el ejercicio de esta investigación, cuando el hijo naciera al tiempo que su madre habitaba en la

misma casa, en calidad de concubina o aparente esposa del presunto padre; por su parte la Ley sobre Relaciones Familiares, agregó el derecho de la investigación, cuando el descendiente tuviera la posesión de estado de hijo natural del presunto ascendiente, siempre que éste no estuviese unido en matrimonio con persona distinta a la madre del hijo natural.

4.11.1 LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal de 1928, siguió la regulación del Código Francés, después de la reforma del año de 1912, ya que limita las posibilidades del ejercicio; enumerándolas el Código Civil Federal en su artículo 382:

Artículo 382. La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:

- I. En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
- II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;
- III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

El Código Civil para el Distrito Federal, por su parte, se limita a indicar, en el mismo precepto legal que:

Artículo 382. La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto

progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

Se considera aceptable la libertad de ejercitar la investigación de la paternidad, toda vez que sigue las reglas de un juicio ordinario, en el cual el descendiente debe probar los extremos de su acción, con las pruebas pertinentes, tendientes a obtener una sentencia favorable que declare su calidad de hijo. Respecto al término para deducir esta acción la ley refiere que será durante la vida del padre.

CAPÍTULO 5 LA ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO –IMPUGNACIÓN- DE LA PATERNIDAD

5.1 IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

Para abordar este último capítulo, es importante recordar que en el orden jurídico mexicano, impera la presunción de paternidad del marido, la cual es una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, de lo que se deriva la acción de la impugnación de la paternidad; así como nuestra legislación prevé la investigación de la paternidad, de igual forma, concede el derecho al marido de impugnar la paternidad, acreditando la inexistencia del vínculo biológico con el presunto hijo.

La palabra impugnar, se define como, “combatir, contradecir, refutar”;¹⁴¹ pudiendo deducir, que impugnar la paternidad significa, combatir, contradecir o refutar la relación filial entre padre y descendiente. Como hemos descrito, es un derecho concedido por ley al progenitor masculino, siendo el único, pues a decir del jurista Ripert, “solo el marido puede ser el juez de su propia paternidad”; derecho que se presupone en limitadas circunstancias, establecidas a través de las acciones de impugnación de estado; considerándose una facultad discrecional del marido, ejercer o no la acción de impugnación, ya que la misma, ve un interés que el marido debe determinar en forma absoluta y soberana.

El régimen jurídico de la acción de impugnación de la paternidad, señala el jurista Eduardo A. Zannoni, se divide en dos tipos, cerrado y abierto; los cuales se distinguen uno de otro, respecto a los extremos de situación a probar, lo que se traduce en la amplitud de la facultad de impugnar la paternidad del cónyuge varón:

¹⁴¹ Diccionario Porrúa..., *op. cit.*, p. 393.

- a) Régimen jurídico abierto de impugnación de la paternidad. Es aquel que permite al marido probar la inexistencia del nexo biológico, sin limitarlo a ciertos supuestos predeterminados.

- b) Régimen jurídico cerrado de impugnación de la paternidad. Es aquel que limita el ejercicio de la acción a ciertos supuestos, que solo si resultan acreditados, permiten al juez considerar, si se ha probado o no la inexistencia del vínculo biológico; supuestos sin los cuales no puede intentarse la prueba de la inexistencia del vínculo biológico. El mismo tiene su justificación en la preservación de la familia, así como, la intimidad familiar a procesos escandalosos, como en el *favor legitimitatis*,¹⁴² es decir, que aun sustanciada la prueba en un juicio de impugnación de paternidad, si en el ánimo del juzgador, prevalece la duda, tendrá que mantener el marido la atribución legal de paternidad en virtud del favor que merece, favor que descansa sobre la antigua clasificación de los hijos.

Por lo que hace al sistema jurídico mexicano, se inclina por el régimen jurídico cerrado. Lo anterior se desprende de la lectura de los artículos 325, 329 y a contrario sensu 324 y 326 del Código Civil para el Distrito Federal, artículos que enumeran los limitados supuestos, y sólo en los cuales, el marido puede ejercer la acción de desconocimiento de paternidad o impugnación la paternidad; estos supuestos son:

- I. Cuando haya sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, absoluta imposibilidad.
- II. Mediando prueba del adulterio y se le haya ocultado el nacimiento.

¹⁴² El derecho favorece lo que es legítimo.

- III. Mediando prueba del adulterio, y demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días anteriores al nacimiento.
- IV. Cuando no exista el consentimiento expreso para concebir mediante técnicas de fecundación asistida.
- V. En el caso del hijo de la esposa, nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio.

Fuera de las anteriores causales, el marido carece de acción para impugnar la paternidad, y debe cargar con las consecuencias jurídicas de la filiación, no solo en el transcurso de su vida, sino más allá de ésta, pues como hemos analizado, dentro de las consecuencias jurídicas de la filiación, tienen cabida los derechos sucesorios, los cuales prevalecerán, aun cuando no exista un nexo biológico entre él marido y el presunto hijo.

5.2 ACCIONES DE DESCONOCIMIENTO –IMPUGNACIÓN- DE FILIACIÓN

Las acciones para ejercer el desconocimiento o impugnación de la paternidad, tienen por objeto: “modificar, excluir o extinguir, los presupuestos de un determinado emplazamiento en el estado de filiación que ostenta un individuo, por ser contrario a la realidad biológica”.¹⁴³

El artículo 324 del Código Civil Federal, en su afán por hacer hincapié en los hijos legítimos, señala el periodo normal de gestación de un ser, tomado desde los romanos, siendo 180 días y 300 días como límite mínimo y máximo, para que él hijo pueda nacer vivo y viable; afortunadamente con la abolición de la distinción entre los hijos, el Código Civil para el Distrito Federal, se limita a presumir como hijos de los cónyuges, a los nacidos dentro del matrimonio, dejando atrás el mínimo de seis meses a partir de la celebración del matrimonio

¹⁴³ López Faugier, *op. cit.*, p. 228.

y el término máximo de diez meses, siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio.

Una vez aclarado lo anterior, podemos clasificar las acciones de impugnación de la paternidad, respecto a los hijos nacidos dentro del plazo legal y a los nacidos fuera de dicho plazo:

- I. Acción de desconocimiento –impugnación- riguroso de la paternidad. Su finalidad, es desvirtuar la presunción de paternidad.
- II. Acción de desconocimiento –impugnación- simple de la paternidad. Tiene como finalidad, negar la imputación de paternidad.

5.2.1 ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD, DESVIRTUADORA DE PRESUNCIÓN

Esta acción ataca la presunción legal de paternidad, atribuida al marido respecto de los hijos nacidos durante el matrimonio, es decir, cuando el ascendiente nace dentro de los plazos a que se refiere el artículo 324 del Código Civil Federal, plazo legal fijado en razón del tiempo natural de gestación de un ser humano, es decir, el periodo para que un individuo nazca vivo y viable, seis meses después a la celebración del matrimonio y durante los diez meses siguientes a la disolución del matrimonio, ya sea por anulación, divorcio, o muerte del marido.

La acción de desconocimiento riguroso de paternidad, “no excluye la concepción del nacido durante el matrimonio, pero tiende a excluir, que la paternidad se atribuya al marido de la madre del nacido, e indirectamente, también a excluir que él sea legítimo”.¹⁴⁴

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 231.

Dicho supuesto se actualiza, cuando la madre da a luz dentro de los plazos legales, correspondiéndole al marido la carga de la prueba, que excluya el nexo biológico; puede contradecir su paternidad en los siguientes supuestos:

- I. Cuando le ha sido físicamente imposible al marido, tener acceso carnal con su mujer, en los primeros cuatro meses, de los diez meses que han precedido al nacimiento, artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal.

Lo anterior, es atendiendo al resultado de aquella resta, 180 días, tiempo mínimo para que un individuo nazca vivo y viable. El marido tiene la carga de la prueba, para acreditar la imposibilidad de concebir durante los primeros 120 días con su cónyuge, pudiendo actualizarse los supuestos de impotencia (después de la celebración del matrimonio), alejamiento del domicilio conyugal, radicar en otro país o Estado por trabajo, encontrarse en prisión, etc.

- II. En caso de adulterio de la madre, cuando el nacimiento se le ha ocultado al marido, artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo que hace a esta causal, parece por demás difícil, ya que la acreditación del adulterio por sí solo no basta, ya que aun cuando el marido puede probar el adulterio, no es fácil probar el ocultamiento del parto, y peor aún, si dolosamente la madre, no oculta el nacimiento, excluyendo este supuesto para el ejercicio de la acción del marido.

- III. En caso de adulterio de la madre, cuando demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa, ya sea por imposibilidad física o material, artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal.

De igual forma que el supuesto anterior, no basta la acreditación del adulterio, sino que además, requiere probar el no haber tenido acceso carnal con su cónyuge diez meses antes del nacimiento, tiempo máximo de gestación.

- IV. Cuando la madre concibió mediante la utilización de técnicas de fecundación asistida, sin el consentimiento expreso del marido.

Como se observa en los numerales I y III, se contradice el tiempo de imposibilidad de contacto sexual con su cónyuge, por una parte bastan los primeros cuatro meses de los diez meses que precedió al nacimiento, y por la otra se debe probar la inexistencia de contacto sexual durante los diez meses que precedieron al nacimiento; aun cuando es incongruente el tiempo que se pide de imposibilidad de contacto sexual, lo cierto es, que ambos deben ser dentro del plazo legal fijado para que el individuo nazca vivo y viable.

La ley señala como medios de prueba, contra la presunción de hijos de los cónyuges, los siguientes:

- a) Imposibilidad física del marido (la inexistencia de relaciones sexuales por impotencia, separación, ausencia, prisión o enfermedad grave).
- b) Cuando el avance de los conocimientos científicos pueda demostrar la falta de nexo biológico. Posteriormente trataremos los medios de prueba que ofrece la medicina genética.

La declaración de la madre negando la paternidad del marido, no se tiene como medio de prueba, toda vez, que no se puede dejar al arbitrio de la madre, el estado de hijo, al ser éste de orden público, además de que la declaración de la madre, puede ser que sólo sea con el afán de humillar a su marido, pudiendo estar viciada de rencor contra él.

Con la introducción de los avances científicos en medicina genética, como medios de prueba, para probar o en el caso concreto negar la paternidad, podemos observar, que nuestra legislación pareciera inclinarse hacia el sistema abierto de la impugnación de paternidad, más sólo respecto a los medios de prueba, no así con los supuestos para el ejercicio de la acción.

La acción desvirtuadora de presunción, puede ser ejercida:

- I. Por el marido, dentro de los sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento.
- II. Por el tutor del marido, en caso de interdicción de éste, si el tutor no la ejerciera, podrá ejercerla el marido al haber sido declarado legalmente el cese de la incapacidad.
- III. Los herederos del padre, si éste murió incapaz, independientemente de si tuvo o no tutor, en los casos que podría hacerlo el padre.
- IV. Los herederos del cónyuge; si este último ha fallecido sin hacer la reclamación dentro del término hábil, tendrán para interponer la demanda, sesenta días contados, desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia, artículo 333 del Código Civil para el Distrito Federal.
- V. Los herederos podrán continuar con el juicio, a la muerte del marido, siempre y cuando éste hubiese interpuesto la demanda en forma y dentro del plazo señalado en la ley.

5.2.2 CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

El marido tiene derecho a contradecir el nacimiento del descendiente de su mujer, deduciendo su acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento, plazo legal para el ejercicio de esta acción. Según la doctrina, se encuadra a un plazo de caducidad, toda vez que afecta la

existencia del derecho como tal, no ocurriendo lo mismo con los plazos de prescripción, los cuales no afectan la existencia del derecho, sino la acción.

El plazo de caducidad asignado a esta acción, atiende a la presunción de paternidad del marido, la cual, no debe quedar expuesta a la acción de impugnación por demasiado tiempo, debiendo ser breve la incertidumbre, en razón de la estabilidad de las relaciones jurídicas familiares. Se considera, que si el marido, en ejercicio de su facultad discrecional decide no ejercer la acción y guardar silencio respecto a la infidelidad de su mujer, puede presumirse, que él prefiere reconocer la paternidad, teniéndose como reconocimiento tácito del hijo; razones que a nuestro juicio son fundadas y lógicas, sin embargo, ¿qué pasa cuando el marido se entera de la infidelidad de su mujer, al tiempo de la concepción de su hijo, ocurriendo esto años después del nacimiento del hijo, lo que le permite claramente tener indicios acerca la inexistencia del vínculo biológico entre él y su presunto hijo? olvidando plasmar nuestro orden jurídico, la respuesta a esta pregunta, dejando en estado de indefensión al marido.

El término de sesenta días para la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad del marido, es aceptado por algunos ordenes jurídicos de otros países, sin embargo, afortunadamente “puede ser puesto en crisis ante el avance de las ideas que afirman la prioridad del principio de la verdad biológica”.¹⁴⁵ Existiendo desigualdad entre el plazo otorgado al hijo para impugnar la paternidad, siendo en cualquier tiempo, y el plazo fijado al marido para deducir la acción, siendo solo de sesenta días, a partir de que tuvo conocimiento del nacimiento; olvidando nuestra legislación, el enorme avance en medicina genética, con el cual a través de la incompatibilidad, se puede acreditar en un 99.99% la inexistencia del vínculo biológico; sin olvidar, el avance en derechos humanos, respecto al derecho de conocer su identidad los individuos, el derecho a conocer su verdad biológica, la facultad de ejercicio a cualquier persona que perjudique la filiación, etc., y el drástico cambio que ha dado la

¹⁴⁵ Zannoni, *op. cit.*, p. 446.

familia, al coexistir tres instituciones, para formarlas, situaciones que dejan sobre la mesa el cuestionamiento, de ¿por qué no otorgarle al marido un plazo igual, para ejercer la acción tendiente a demostrar la inexistencia del vínculo biológico, a la del hijo, para ejercer la acción de filiación matrimonial, pudiendo hacerlo en todo tiempo?

El Derecho mexicano, prevé que en cualquier juicio de desconocimiento - impugnación- de paternidad se deberá observar:

- I. La interposición será mediante demanda en forma presentada ante el juez competente; todo desconocimiento practicado de otra manera será nulo.
- II. En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el Juez de lo Familiar, atendiendo el interés superior del menor.

5.2.3 ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD, NEGACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Consiste en la negación de la imputación de paternidad atribuida respecto de los hijos nacidos fuera de los plazos a que se refiere el artículo 324 Código Civil para el Distrito Federal. El ordenamiento federal, en su fracción primera presume como hijos a los nacidos después de 180 días a partir de la celebración del matrimonio, por su parte el Código Civil para el Distrito Federal, ha sido reformado, presumiéndose como hijos de los cónyuges a los nacidos dentro de matrimonio, sin especificar plazo mínimo, es decir, no importando si la concepción fue antes del matrimonio o después, sin embargo, ambos ordenamientos prevén en su fracción segunda, el tiempo máximo, presumiendo como hijos de los cónyuges, a los nacidos dentro de los 10 meses siguientes a la disolución del matrimonio, ya sea por anulación o divorcio, o muerte del marido.

Por su parte el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal, presupone los mismos supuestos, para presumir como hijos del concubinario y la concubina.

La acción de negación de la paternidad, tiene como finalidad, contradecir que el descendiente fue concebido durante el matrimonio de sus progenitores; está encaminada a destruir las presunciones legales contenidas en los artículos 324 del Código Civil Federal y la fracción segunda del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, siendo las mismas en ambos ordenamientos.

Los supuestos para el ejercicio de esta acción son:

- a) Que el descendiente haya nacido, dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio, lo que lo colocaría para el supuesto del Código Civil Federal en un hijo legitimado, con su respectivo reconocimiento.

Este supuesto, supone que la concepción del descendiente se dio antes de la celebración del matrimonio.

El Código Civil Federal, señala las excepciones a este supuesto:

- I. Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;
- II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;
- III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;
- IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

Excepciones que impiden el ejercicio de la acción, señalando los clásicos franceses que el marido no podía retractarse, desconociendo una paternidad tácitamente reconocida.

Como hemos señalado, la fracción primera del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, se reformó mediante decreto del 25 de mayo del año 2000, quedando sólo la presunción de hijos de los cónyuges, los nacidos dentro del matrimonio; por lo que hace al artículo 328 del Código Civil para el Distrito Federal, contenía las excepciones a dicho supuesto, mismas que de igual forma, han sido derogadas en el Distrito Federal.

En esta acción, el marido se limita a la simple negación, acreditando que el hijo ha sido concebido antes del matrimonio, pudiendo aportar más pruebas para robustecer la acreditación de la acción; siendo los demandados, en principio la madre y el hijo, quienes deben probar la existencia del nexo biológico negado.

La acción en cuestión, no trata de excluir al padre natural, es decir, al marido de la madre, sino la legitimidad del mismo.

- b) Que el descendiente haya nacido dentro de los diez meses siguientes a la disolución del matrimonio. De lo que se desprendería, que el mismo, ya no es hijo de matrimonio; este supuesto se da en razón, de que los cónyuges divorciantes en el transcurso del juicio que ponga fin al vínculo matrimonial, pueden tener encuentros de reconciliación.

Este supuesto supone que la concepción del descendiente, se dio dentro del matrimonio y su nacimiento fuera del matrimonio, es decir, dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, periodo máximo de gestación.

En esta acción de desconocimiento de paternidad, el marido tiene derecho a desconocer al descendiente, y con fundamento en el artículo 327 del Código

Civil Federal, también tienen el derecho la mujer, el hijo y su tutor, a imputar la paternidad al marido, debiendo probar el nexo biológico negado, siendo admitidos todos los medios de prueba tendientes a demostrar tanto el desconocimiento, como para avalar el rechazo pedido por el demandado. Supuesto también derogado en el Código Civil para el Distrito Federal,

La acción de negación de la imputación de paternidad, puede ser ejercitada por cualquier persona a quien perjudique la filiación, en cualquier tiempo, pudiendo ser el presunto padre, los ascendientes de éste, o cualquier miembro de la rama paterna, cuando se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia, artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal. Esta acción, tiene su antecedente, en el Derecho sucesorio, ya que en la antigüedad, la porción a heredar estaba determinada por la calidad de legitimidad o ilegitimidad, situación que hoy en día, no prevalece para la sucesión legítima, pues solo basta con probar el nexo filial con el *de cujus*.

5.3 ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO

Recordemos que el reconocimiento, “es un acto jurídico unipersonal o pluripersonal, libre, solemne e irrevocable, por el cual, el reconociente, da lugar a que se den entre él y el reconocido, todos los efectos establecidos en la ley para la filiación”.¹⁴⁶ Por lo que para el reconocimiento se requiere de la intervención voluntaria del agente, con las formalidades establecidas para la producción de las consecuencias jurídicas.

Así entonces, podemos definir a la acción para impugnar el reconocimiento como: “la acción de estado de desplazamiento por la cual se niega que el reconociente sea el padre o la madre del reconocido y que, de prosperar, deja

¹⁴⁶ Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 512.

sin efecto el título de estado que, mediante el reconocimiento se obtuvo, o en su caso, impide su inscripción en el Registro Civil”.¹⁴⁷

La impugnación del reconocimiento puede ser ejercida por:

- I. El descendiente menor de edad, al dejar de serlo, artículo 376 del Código Civil para el Distrito Federal.
- II. El Ministerio Público, si el reconocimiento se hizo en perjuicio del menor, artículo 368 del Código Civil para el Distrito Federal.
- III. El que afirma que le corresponde la paternidad o la maternidad, artículo 368 del Código Civil para el Distrito Federal.
- IV. Por vía de excepción, el tercero afectado por las obligaciones derivadas del reconocimiento, artículo 368 del Código Civil para el Distrito Federal.
- V. La mujer que haya cuidado del niño, le haya dado su nombre, presentado como hijo y atendiendo a su educación y subsistencia, artículo 378 del Código Civil para el Distrito Federal.

El reconocimiento, es acto jurídico, cuya finalidad es establecer el vínculo de filiación, por ello es importante distinguir entre las acciones de impugnación, nulidad e irrevocabilidad del reconocimiento.

- a) Impugnación del reconocimiento. Ataca el presupuesto biológico, contenido en el acta del Registro Civil, en la cual se declaró la paternidad de un individuo, es decir, “controvierte el presupuesto biológico implicado en la misma: el nexo biológico determinado por la procreación entre reconociente y reconocido”.¹⁴⁸ Sus efectos hacen imposible su reiteración.
- b) Nulidad del reconocimiento. Ataca la validez sustancial del acta del Registro Civil, en la cual, se contiene el reconocimiento, “no está en juego

¹⁴⁷ Zannoni, *op. cit.*, p. 485.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 483.

ni se discute si el reconociente es en verdad el padre del reconocido, sino el vicio sustancial que impide la eficacia del acto jurídico”.¹⁴⁹ No impide en el futuro un nuevo reconocimiento.

- c) Irrevocabilidad del reconocimiento. Aun cuando por regla general es irrevocable el reconocimiento, existe la excepción:

Quando el testamento en el que se asentó el reconocimiento es público cerrado u ológrafo (derogados en el Distrito Federal) y el testador lo revoca y recoge los pliegos respectivos, el reconocimiento que hubiere efectuado a través de del mismo se revocará junto con el testamento por su propia naturaleza de ser una expresión de voluntad conocida solo por el propio testador.¹⁵⁰

5.3.1 ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMIDAD

Como lo expusimos al hablar de la legitimación, para que ésta tenga lugar, requiere además del subsecuente matrimonio de los progenitores del hijo natural; el reconocimiento del descendiente por ambos padres de manera conjunta o separada, antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebración o durante él. Aun cuando la legitimación ha sido derogada en el Distrito Federal, persiste en el Código Civil Federal, existiendo criterios que la estiman como obsoleta; la doctora Irene López Faugier, refiere que dicha pretensión, es por ignorar la posible actualización de casos en los cuales, la madre se encuentra embarazada de un individuo distinto a la persona con la cual contrajo matrimonio, razón suficiente para otorgar al padre el derecho de impugnar la legitimación traducida a la acción de impugnación del reconocimiento, analizada con anterioridad.

¹⁴⁹ *Ídem.*

¹⁵⁰ Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 309.

Consiste en controvertir el reconocimiento, debiendo combatir el presupuesto biológico inserto en el acta del Registro Civil, con las pruebas idóneas para demostrar la falta de nexo biológico que constituye la relación paterno-filial.

5.4 IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD DE LOS DESCENDIENTES CONCEBIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Como lo estudiamos en el capítulo respectivo, se presumen como hijos, los nacidos dentro del matrimonio o concubinato, debiendo acreditarse este último; dando lugar al parentesco por consanguinidad. El artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, nos define al parentesco:

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

Nuestra legislación, regula que el cónyuge varón, y podemos deducir que también el concubinario, no podrán impugnar la paternidad de los descendientes procreados a través de técnicas de fecundación asistida, cuando lo hayan consentido expresamente. A contrario sensu, tenemos que dicha impugnación, tendrá lugar cuando no lo hayan consentido, y al no ser claro el Código Civil para el Distrito Federal en la forma que debe revestir dicho consentimiento, queda una gran laguna.

El Código Civil para el Estado de Coahuila es el más avanzado, en cuanto hace a las técnicas de reproducción asistida, y en el cual, de igual forma, se prohíbe la impugnación de la paternidad, cuando ésta ha sido consentida; establece dos excepciones para ejercer la impugnación de paternidad:

- I. “Cuando la pretensión se basa en que el descendiente no nació; y
- II. Cuando el consentimiento no se hubiere otorgado con las formalidades exigidas por el mismo, es decir, en escritura pública ante notario, entre otras”.¹⁵¹

Lo anterior tiene su antecedente en el Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León. El maestro Ernesto Gutiérrez y González, señala en el artículo 251 de su anteproyecto de Código Civil, que si el marido probare que no propuso ni ordenó que se practicara la Teleinseminación en su cónyuge, puede desconocer la paternidad.

5.5 DE LAS PRUEBAS PERICIALES EN LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

Con los avances científicos en medicina genética, hoy en día, tenemos una amplia variedad de pruebas para demostrar o negar, el nexo biológico entre ascendiente y descendientes, mismas que requieren conocimientos especiales de la ciencia genética; estos avances, pueden ser alguna de las razones que hayan impulsado al legislador a admitir, mediante decreto de 25 de mayo del año 2000, la prueba biológica o la proveniente de los avances de los conocimientos científicos, para probar el nexo biológico del ascendiente con su padre o su madre, artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal; por lo que dicha prueba, puede ofrecerse como pericial en los juicios relativos a la filiación. Tal y como lo refieren las siguientes tesis emitidas por los Tribunales de Circuito:

¹⁵¹ López Faugier, *op. cit.*, p. 243.

Época: Novena Época. Registro: 169074. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXVIII, Agosto de 2008. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.685 C. Pág. 1174

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Agosto de 2008; Pág. 1174

PATERNIDAD. SU DESCONOCIMIENTO NO SE PRUEBA CON INDICIOS POR SER CONTRARIA A LA ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO.

El valor probatorio es un concepto concerniente a la autoridad formal de la probanza que corresponda, para la demostración de hechos en general, derivada de sus características de elaboración; a diferencia del alcance probatorio, que sólo se relaciona con el contenido del elemento demostrativo correspondiente, a fin de corroborar la realización de los hechos que a través suyo han quedado plasmados. Ante la referida distinción conceptual, debe decirse que la circunstancia de que un medio de convicción tenga pleno valor probatorio no necesariamente conducirá a concluir que demuestra los hechos afirmados por su oferente, pues aquél resultará ineficaz en la misma medida en que lo sea su contenido; de ahí que si lo que se tiene en el juicio natural para desconocer la paternidad del menor es un mero indicio, que no está corroborado con otro elemento de prueba, por sí mismo es insuficiente para demostrar, en el caso, la impugnación de la paternidad; ya que, los juzgadores en tratándose de controversias, en las que se vean afectados los intereses de algún menor, deben apegarse a la verdad material y no a la formal; es decir, deben allegarse de los elementos de prueba necesarios a fin de obtener la verdad real de las cosas y no una verdad formal creada con base en presunciones, que la propia ley permite, como sería el caso de la aplicación del artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 700/2007. 21 de febrero de 2008. Unanimidad de votos, con salvedad en cuanto a las consideraciones referidas a la suficiencia de la presunción legal y humana para demostrar el hecho de la no paternidad, por parte del Magistrado Neófito López Ramos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Erick Fernando Cano Figueroa.

Época: Novena Época. Registro: 195964. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo VIII, Julio de 1998. Materia(s): Civil. Tesis: II.2o.C.99 C. Pág. 381

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VIII, Julio de 1998; Pág. 381

PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA

Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN.

Cuando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no haber actuado así, su comportamiento constituye una violación al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitirá al Juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO

Amparo directo 1335/97. Carlos Alberto Ávila Gil. 27 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: José Valdez Villegas.

Y para el caso que nos concierne también es aplicable el siguiente criterio:

Época: Novena Época. Registro: 176668. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo. XXII, Noviembre de 2005. Materia(s): Civil. Tesis: II.2o.C.501 C. Pág. 911

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Noviembre de 2005; Pág. 911

PERICIAL EN GENÉTICA. SU DESAHOGO ES PREPONDERANTE EN UN JUICIO DE DESCONOCIMIENTO O RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD, CON INDEPENDENCIA DEL DERECHO A LA PRIVACÍA O INTIMIDAD.

Tratándose de la investigación de la paternidad legal para esclarecer lo planteado en un asunto de desconocimiento o reconocimiento de paternidad, debe prevalecer esa prerrogativa en orden con la de intimidad o privacidad, en razón a que en un conflicto de esa naturaleza sustantiva, el conocimiento o averiguación dirigida a saber quién es el progenitor deviene predominante al derivar del supremo derecho del menor a obtener, entre otros, su identidad y filiación, alimentos, casa, educación, vestido, atención médica, etcétera, así como la obligación común de ambos padres de proporcionar los medios económicos y condiciones de vida necesarios para el pleno y armonioso desarrollo intelectual y físico de un menor. Además, si bien es exacto que la protección a la intimidad se puede afectar con el desahogo de la prueba pericial en genética, que es la idónea para demostrar científica y biológicamente la relación paterno filial, e implica la práctica de estudios químicos y exámenes de laboratorio traducidos en la

toma de muestras de tejidos sanguíneos u orgánicos que podrían poner al descubierto otras características genéticas, como diversos aspectos patológicos o de conducta que nada tengan que ver con la paternidad que se busca dilucidar, no menos verídico resulta que para preservar tal derecho a la intimidad el desahogo de dicha probanza se debe limitar mediante niveles de control y acceso a esa información confidencial, esto es, que el juzgador ha de velar porque en la práctica dicha pericial se lleve a cabo con las medidas de discreción, de reserva y sanitarias para salvaguardar el estado de salud de los progenitores y del propio menor. Incluso es patente que la información que se obtenga de dicho procedimiento científico será concreta y objetiva, sólo para resolver la cuestión controvertida. De consiguiente, en tales casos indiscutiblemente deviene preponderante el derecho de investigación sobre la identidad de la paternidad en el juicio de desconocimiento o reconocimiento de la misma, en relación con la filiación en cuanto al progenitor, frente a una invasión a la intimidad o privacidad individual.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO

Amparo en revisión 176/2005. 6 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Norma Ordóñez Jiménez.

La doctora Irene López Faugier, así como el jurista Eduardo A. Zannoni, llevan a cabo un breve estudio de los métodos que contribuyen con la ciencia jurídica, en el conocimiento o desconocimiento del nexo biológico entre los ascendientes y descendientes, siendo unos más exactos que otros; analizando el grado de certeza que cada prueba puede proporcionar al Derecho, para la determinación de la filiación; por lo que a continuación, señalaremos algunos de los procedimientos científicos más difundidos y utilizados en la actualidad para la investigación, determinación y desconocimiento de la paternidad:

- I. Pruebas biológicas.
 - a) Prueba hematológica. También llamada de incompatibilidad de grupos sanguíneos; fue descubierta por Karl Landsteiner en 1920, explicó el fenómeno de la distinta composición de la sangre humana a través de antígenos o factores de grupo, diferenciándolos mediante la creación del sistema ABO, con lo que se dividió la especie humana en cuatro grupos; posteriormente en 1927, junto con Levine, descubrió otras propiedades,

las que denominó MN; para 1937, junto con Weiner, descubrió el factor Rh en la sangre, los cuales pueden ser Rh+ y Rh-, según esté presente o ausente este factor en la sangre. Esta prueba se encuentra en las admitidas por el Derecho, debido a que puede establecer, por la combinación de los líquidos sanguíneos de los supuestos ascendientes y descendientes, la existencia o inexistencia del nexo biológico, con la anterior determinación de los grupos sanguíneos de las partes. En la actualidad existen 100 antígenos diferentes agrupados en 14 sistemas sanguíneos, la importancia de esta prueba radica en el número y calidad de los antígenos utilizados, lo que permite excluir la paternidad o maternidad, teniendo una eficacia conjunta del 53%, la cual es mejor practicarla a partir del primer año de vida del descendiente. Esta prueba es aplicada en Alemania, Suiza y Estados Unidos, principalmente para excluir la paternidad.

- a) El sistema HLA (human leukocyte antigen) Antígenos de histocompatibilidad. Debe su origen, en la compatibilidad e incompatibilidad de sustancias antigénicas, entre las células del dador y las del receptor en el implante de órganos; su descubrimiento se debe al científico francés Jean Dausset en el año de 1952; esta prueba “constituye una nueva forma de prueba hematológica, cuya práctica requiere una simple extracción de sangre venosa, para determinar los antígenos HLA en los linfocitos (variedad de leucocito) de la sangre, esto es, la identificación de las marcas genéticas heredadas en las células blancas de líquido sanguíneo”;¹⁵² esta técnica se realiza con los más rigurosos controles de calidad, con lo cual se puede determinar el índice de exclusión en un 90% y el índice de inclusión se acerca al 100%, lo que la lleva a ser de los métodos más seguros, para determinar la información científica de la filiación, sin embargo, en los juicios de filiación, es poco recurrida, debido a su elevado costo.

¹⁵² *Ibidem*, p. 405.

- b) Prueba de compatibilidad inmunogenética. Su nombre es derivado del campo en el cual se desarrolla, la inmunogenética; la aplicación de su tecnología referente a la identificación humana, han hecho de ésta, parte importante, no solo en las pruebas admitidas por el Derecho para los juicios de filiación, sino también, para los casos de violación o en los casos de Derecho sucesorio, para determinar la filiación con el *de cujus*. Esta prueba se compone de cuatro partes, siendo una de ellas, la determinación de los antígenos humanos, leucocitarios o antígenos del sistema HLA, los que permiten excluir en un 90% el nexo biológico, que se controvierte o incluirlo en casi un 100%; la certeza consiste en “el hecho que cada marcador genético, es analizado bajo la óptica de alguna de las cuatro partes integrantes de la misma, evitando la duplicidad de errores”.¹⁵³ Su práctica, se realiza en laboratorios altamente sofisticados, que tienen por objeto determinar la mayor cantidad posible de marcadores biológicos, con lo que se inicia el proceso de manejo de información, para obtener los valores matemáticos, con los cuales se podrá precisar la exclusión o inclusión del vínculo filial controvertido.
- c) Método ADN prueba del ácido desoxirribonucleico. Esta prueba ha sido a lo largo de los años, el método más revolucionario de identificación de personas, aplicable no solo en el Derecho Penal, sino también, para los juicios de filiación. Señala la doctora Irene López Faugier, que la contundencia de los resultados de la tecnología del ADN, deriva por una parte, de la forma en la que hace posible individualizar a los seres humanos con gran precisión, basándose en la identificación de la cadena compuesta por cuatro pares de bloques químicos, cuya unión da lugar a largas secuencias con combinaciones y localizaciones, permitiendo determinar la huella dactilar química; o por otra parte la determinación de la inclusión del nexo filial controvertido, calificada como *probatio*

¹⁵³ *Ibidem*, p. 407.

probatissima, pues tiene un porcentaje de certeza del 99%, siendo una alternativa para los casos de investigación de la paternidad o maternidad.

- II. Pruebas antropológicas o heredo biológicas. Explica la doctora Irene López Faugier, que es mediante la herencia, fenómeno biológico, por el cual se transmiten genéticamente, ciertos caracteres de ascendientes a descendientes; estos caracteres pueden ser de distintos tipos y se clasifican, dentro de los factores endógenos (que se origina en el interior), los cuales, constituyen el objeto central de las Leyes de la herencia. Juan Gregorio Mendel en el año de 1865, descubrió las leyes básicas de la herencia, a través de las cuales, se pueden estudiar, los principales caracteres morfológicos. Consistiendo esta prueba, en el examen comparativo de 260 a 300 caracteres distintos, “los caracteres se transmiten de padre a hijo, comenzando por el cuero cabelludo y terminando por los pies, se han determinado más de 300 caracteres comparables entre las personas”;¹⁵⁴ nariz, color de ojos, los labios, las manos, etc., en el descendiente y el presunto padre o viceversa, mediante el método antropobiométrico,¹⁵⁵ con el cual, dependiendo del resultado numérico, representará el grado de exclusión o inclusión del nexo biológico discutido; dicha prueba, es mejor practicarla después de los tres años de vida del descendiente. En la actualidad esta prueba no es aconsejable, debido al plazo de caducidad para ejercer la acción de desconocimiento de paternidad, y por el subjetivismo del perito, que la misma amerita.

- III. Prueba morfológica de la columna vertebral o método Kühne. Esta prueba se basa en los caracteres morfobiológicos de la columna vertebral, heredados de ascendientes a descendientes, concebidos

¹⁵⁴ Zavala Pérez, *op. cit.*, p. 276.

¹⁵⁵ Consiste en asignar a cada carácter analizado un índice de compatibilidad, lo cual se hace mediante un logaritmo calculando en tablas preestablecidas, y como a cada carácter corresponde un logaritmo diferente, se sumarán algebraicamente para obtener un resultado numérico, que representará el grado de exclusión o inclusión del nexo filial.

dentro de los factores endógenos; se realiza un estudio comparativo de conformación de la columna vertebral, “esto abarca (...) como los de estructuras orgánicas internas, especialmente ciertas particularidades que pueden hallarse en la columna vertebral”.¹⁵⁶ Este estudio permite determinar la imprecisa conformación de la columna vertebral, como su diversa inclinación, variaciones hereditarias, lo que en algunas situaciones permite excluir el nexo filial. Esta prueba puede ser idónea, para ofrecerla en los juicios de desconocimiento de paternidad, acompañada de otras pruebas, que permitan probar la inexistencia del vínculo biológico, entre ascendiente y presunto descendiente; de igual forma, comparte los mismos inconvenientes que la prueba vista con anterioridad respecto al plazo de caducidad y el subjetivismo pericial.

- IV. Prueba de caracteres fisiológicos. Ésta se basa, en la presencia de ciertas enfermedades hereditarias, es decir, similitudes o diferencias de caracteres fisiológicos. Se analiza mediante una “sustancia llamada feniltiocarbamida, cuyo gusto es amargo para ciertas personas, en tanto que es insípida para otras. Esta sensibilidad gustativa, según se ha comprobado, se transmite por herencia”.¹⁵⁷ A esta prueba, deben también acompañar otras pruebas, que permitan desvirtuar la presunción de un vínculo filial.

Como hemos observado, con sólo una de las pruebas, no se puede llegar a la verdad absoluta, sin embargo, pueden crear en el ánimo del juzgador la presunción de inexistencia del vínculo filial; sin dejar de lado, que la prueba hematológica clásica, complementada con alguna de las analizadas, serían las más concluyentes para el diagnóstico de la exclusión del vínculo biológico controvertido, considerándose, tan simple como la misma extracción de sangre, es decir, una muestra inocua, indolora, no invasora y atraumática, con la cual

¹⁵⁶ Zannoni, *op. cit.*, p. 493.

¹⁵⁷ *Ídem.*

surge la imposibilidad del vínculo real de filiación, por incompatibilidad entre los grupos, “cuanto mayor número de factores se utilicen en una prueba hematológica, más elevada será la probabilidad de descartar a quien no es el padre”;¹⁵⁸ es suficiente encontrar incompatibilidad en una sola propiedad, para que pueda desecharse la existencia de vínculo biológico.

Si el progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, para llevar a cabo la prueba pericial en genética, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es el padre, criterio establecido por los Tribunales de Circuito:

Época: Novena Época. Registro: 173491. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXV, Enero de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.576 C. Pág. 2306

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Enero de 2007; Pág. 2306

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR. CUANDO SE OFRECE EN EL JUICIO DE DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD Y EL MENOR SE NIEGA A QUE SE LE PRACTIQUEN LOS EXÁMENES CORRESPONDIENTES, DEBEN TENERSE POR CIERTOS LOS HECHOS NARRADOS POR SU CONTRAPARTE, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO.

La acción de desconocimiento de paternidad tiene como finalidad desvirtuar la presunción legal que deriva del registro de un menor, por lo que la prueba idónea para tal efecto es la pericial en materia de genética molecular. A su vez, el artículo 287 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que cuando una de las partes se oponga a la inspección o reconocimiento ordenados por el tribunal, para conocer sus condiciones físicas o mentales, o no conteste a las preguntas que el tribunal le dirija, éste debe tener por ciertas las afirmaciones de la contraparte, salvo prueba en contrario. El propósito que inspiró al legislador a introducir esa hipótesis normativa consistió en proteger la individualidad de los gobernados, pues estimó que no podía obligárseles a la inspección o reconocimiento de sus condiciones físicas o mentales, ya que ello atentaría contra sus derechos públicos subjetivos al invadir su intimidad sin su consentimiento, empero, como sanción a esa conducta omisiva, el legislador introdujo la presunción legal de tener por ciertos los hechos afirmados por su contraparte. De modo que, cuando en un juicio de desconocimiento de paternidad se ofrece la prueba pericial en genética molecular, y el menor (a través de quien lo tiene

¹⁵⁸ Zannoni, *op. cit.*, p. 492.

bajo su patria potestad y lo representa) se niega a que se le practiquen los exámenes correspondientes, no puede obligarse a practicar en su persona dicha probanza, pero en tal supuesto deben tenerse por ciertos los hechos narrados por su contraparte, salvo prueba en contrario.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 226/2006. 13 de julio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Alfaro Telpalo, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Gabriel Regis López.

Con el constante avance de la medicina genética, así como la complementación, entre las distintas técnicas ya existentes, es certera la inexistencia del nexo biológico, entre ascendiente y presunto descendiente o viceversa, lo que permite claramente intervenir en el ánimo del legislador, en el sentido de reformar los artículos referentes al plazo de caducidad de la acción de desconocimiento de paternidad. Situaciones que permiten encuadrar nuestro orden jurídico al régimen jurídico abierto de la impugnación de paternidad, así como, la ampliación o no limitación del plazo legal para el ejercicio de dicha acción.

CONCLUSIONES

1. La familia es tan antigua como la misma sociedad y la única que surge espontáneamente por razones naturales; hoy en día la podemos entender como una agrupación natural, económica o jurídica, dejando de ser la unión entre un hombre y una mujer con el fin trascender mediante la reproducción, socorriéndose mutuamente; ésta crea un sistema, que en ocasiones y de acuerdo a la evolución de la misma, no responde a las necesidades del ser humano, por la complejidad de este último. En la actualidad este importante grupo, ha sufrido constantes cambios que más allá del bienestar de la misma, y su permanencia, van en detrimento de ella.
2. Tal es el caso, de la coexistencia de tres tipos de uniones: matrimonio, concubinato y sociedades de convivencia, donde al parecer la intención del legislador, es proteger las uniones entre homosexuales. Modo de vida que lleva a la institución del matrimonio y consecuentemente a la familia, al deprecio a los ojos de las nuevas generaciones, que tienden a romper vínculos con la que les precede. Desapegándose el legislador de los fines de la familia, como la protección de su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad, observando entre ellos consideración, solidaridad recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.
3. Tenemos como fuente de la filiación la procreación, la cual crea un vínculo biológico y jurídico, entre los progenitores y el descendiente de estos, dando lugar a la maternidad y la paternidad, lo cual se traduce en el elemento común de la concepción de un nuevo ser, y el reconocimiento de los efectos jurídicos al hecho de la procreación. La maternidad se concibe como un hecho indubitable, única susceptible de probarse directamente, el hecho de alumbramiento puede demostrarse con toda certidumbre con testigos, en cambio, la paternidad, es hecho incierto,

nunca deja de ser una probabilidad; el hecho de la concepción escasa a toda prueba directa, nos conformamos con presunciones que no producen certidumbre; por lo que desde la antigüedad, con el fin de regular esa incertidumbre, se le otorgó el carácter de presunción *iuris tantum*: admite prueba en contrario; también tenemos el principio *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, padre es el que demuestran las justas nupcias, lo que presume la inexistencia de infidelidad, donde el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre, y en la actualidad, también dentro del concubinato, previa certeza de la existencia de éste.

4. Ésta presunción en su origen, se fundó sobre el supuesto del sentimiento de afección, el deber de cohabitación y fidelidad que tienen los cónyuges, en el matrimonio, del cual deriva la presunción de hijos legítimos nacidos dentro del matrimonio; entendiendo como presunción: presumir *praesumere*, suponer una cosa cierta, sin que esté probada o sin que conste, lo que se traduce en la presunción como una hipótesis, que se tiene por cierta mientras no se destruya por una prueba en contrario; hoy en día está dicha presunción se encuentra superada, ya que a través de los avances de medicina genética, es posible probar con un mínimo de error la filiación paterna. De lo que resulta que la presunción a la que hace alusión el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, puede ser desvirtuada por prueba en contrario. La acción para desvirtuar dicha presunción, se encuentra limitada, por la repercusión familiar que conlleva, según la concepción de la época en que se creó el precepto, al reconocerlo así la Exposición de Motivos, el legislador, al asignar dicho plazo de caducidad, era en aras del interés superior de la estabilidad de la familia y evitar se constituyera una fuente de escándalo, siendo sólo el marido o concubinario ser juez de su propia paternidad; sin embargo, derivado de la constante evolución de la sociedad, de los derechos humanos como, la invocación de los derechos a la identidad del niño, que le permiten conocer su filiación y origen, el adelanto de la ciencia

genética, la introducción de las pruebas biológicas y las provenientes del avance de los conocimientos científicos como medio de prueba para excluir o incluir el nexo biológico, con el padre o la madre y el presunto descendiente, se pone de manifiesto la irrazonable limitación a la persona que pretende impugnar la paternidad, acreditando los extremos que hacen viable el desconocimiento del nexo biológico, sin que pueda ejercer la acción por el cómputo del plazo para ejercerla, pendiente el plazo de caducidad de la acción que se fija en sesenta días a partir de que tuvo conocimiento del nacimiento; por lo que parece obsoleto el seguir restringiendo el tiempo y los supuestos en los que el marido o concubinario puede impugnar la paternidad, lógico sería, otorgar el derecho a los individuos de conocer en todo tiempo su verdad biológica, aun cuando es adoptado.

5. Los efectos de la filiación, acompañarán al descendiente toda su vida, por lo que el Derecho le ha concedido al hijo la acción imprescriptible de reclamación de estado, así como la libre investigación de la paternidad o maternidad, invocando el derecho a la identidad, que involucra el conocimiento del origen biológico de una persona, el derecho humano de un menor de edad a obtener su identidad y establecer la filiación con su verdadero progenitor, trayendo aparejada una pluralidad de derechos y obligaciones.
6. Por lo que atendiendo a los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 3, 4 y 6 a 8 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York, N.Y., el 20 de noviembre de 1989, y 1, 19 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, estos dos últimos, instrumentos internacionales suscritos por México, deriva el deber del Estado de adoptar las medidas adecuadas para asegurar los derechos humanos de los menores y

preservar su desarrollo; de igual forma el artículo 5, inciso B), fracciones I, II y III de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, que coinciden en que, las niñas y niños tienen, entre otros, el derecho a la identidad, que está compuesta por tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil; y a conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban; solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético; conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos; Chieri y Zannoni, establecen que: “la identidad personal en referencia a la realidad biológica, trata de asegurar a toda persona su derecho a conocer su origen biológico, es decir, su pertenencia a determinada familia y por consiguiente, a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con ese origen biológico le corresponde”.

7. El Derecho vigente garantiza como un derecho humano, el derecho a conocer su origen biológico, mediante la imposición de sanciones al comportamiento considerado como socialmente incorrecto o sancionable, en tal sentido, la familia ha sido regulada a través del Derecho vigente a lo largo de la historia, sin embargo, los procedimientos racionales de producción y aplicación del Derecho no están legitimando las expectativas de comportamiento socialmente sancionado o reprochable dentro de nuestra sociedad actual. Si bien es cierto, que las normas en materia familiar, por ejemplo, obligaciones alimentarias, merecen obediencia y en todo momento deben ser seguidas, bajo el principio del respeto a la ley, lo cierto es, que al no contemplar la realidad social dentro de la norma, verbigracia, desconocimiento de paternidad, se rompe con el principio de seguridad jurídica que en teoría debe cumplir la norma en materia familiar.

8. El principio de seguridad jurídica, exige que las normas en materia familiar que genera el legislador y la aplicación de éstas por parte de los jueces cumplan con un marco normativo que incluya conductas vigentes dentro de la sociedad, a fin de que el gobernado tenga la seguridad de que se le respeten sus derechos y bajo este mismo principio él se comprometa a cumplir con sus obligaciones, agregando que en el Derecho de Familia debe imperar la imprescriptibilidad de las acciones y de los derechos subjetivos, así como de las obligaciones correlativas.

9. La legitimidad del orden jurídico en materia familiar debe basarse en la regulación de conductas vigentes de nuestra sociedad; en el caso concreto, el gran avance en la ciencia genética que permite probar la existencia o inexistencia del nexo biológico entre ascendente y descendente, empero, si estas pruebas biológicas, no se aprovechan en función de la falta de vigencia del Derecho, es decir, si el orden jurídico en materia familiar no contempla conductas sociales vigentes de nuestra sociedad, se romperá en primer lugar, con el principio de racionalidad de la norma jurídica, lo que conlleva a la resolución de conflictos de desconocimiento de paternidad ilógicos, como lo es, cargar con las consecuencias jurídicas de la filiación, por el resto de su vida del presunto padre e hijo.

PROPUESTA CONCRETA

Que sean reconocidos al presunto ascendiente de igual forma que al descendiente, los derechos a la identidad que le permiten conocer su filiación y origen, y la imprescriptibilidad con la que cuenta para ejercer las acciones correspondientes, lo que conlleva a las siguientes adecuaciones a la norma jurídica vigente:

- a) Reforma al artículo 330 del Código Civil para el Distrito Federal, para quedar de la siguiente forma:

Artículo 330. La acción que compete al marido o concubinario para impugnar la paternidad, es imprescriptible.

- b) Se adhiera el ordenamiento civil al sistema abierto de supuestos para el ejercicio de la acción de desconocimiento de paternidad, permitiendo al marido o concubinario probar la inexistencia del nexo biológico, sin limitarlo a determinados supuestos.
- c) En consecuencia a las propuestas anteriores, se establezca un criterio uniforme en los Códigos Civiles tanto locales como federales, respecto a la imprescriptibilidad de la acción del marido o concubinario para impugnar la paternidad, así como la eliminación de los supuestos para ejercer dicha acción.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ARISTÓTELES, *Política*, 20ª ed., Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1997.
- AZUARA PÉREZ, Leandro, *Sociología*, 9ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1987.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía BUENROSTRO BÁEZ, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2009.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz BRAVO VALDÉS, *Primer Curso de Derecho Romano*”, 13ª ed., Ed. Pax México, México, 1988.
- CASO, Antonio, *Sociología*, 16ª ed., Limusa Wiley, S.A., México, 1971.
- CHAVEZ ASECIO, F. Manuel, *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y las Relaciones Jurídicas Familiares*, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 2007.
- CUVILLIER, Armand, *Manual de Sociología*, Trad. de la 6ª edición francesa, T. II, Ed. El Ateneo, Argentina, 1970.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Familia*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011.
- ENGELS, Friedrich. *El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. 4ª ed., Ed. Colofón, S.A., México, sa.
- GROSMAN, Cecilia Paulina, *Acción de Impugnación de la Paternidad del Marido*, Ed. A´baco de Rodolfo Depalma, Argentina, 1982.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2009.
- IBARROLA, Antonio de, *Derecho de Familia*, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 2006.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco De Asís SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, T. I,

- LÓPEZ FAUGIER, Irene, *La Prueba Científica de la Filiación*, Ed. Porrúa, México, 2005.
- LÓPEZ ROSADO, Felipe, *Introducción a la Sociología*, 41ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003.
- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia*”, Ed. Porrúa, México, 1998.
- MARGADANT S., Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Jurídica Contemporánea*, 12ª ed., Ed. Esfinge, S.A., México, 1983.
- MATA PIZANA, Felipe de la y Roberto GARZÓN JIMÉNEZ, *Derecho Familiar y sus Reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal*, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 2012.
- MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1987.
- PEREZ DUARTE Y N, Alicia Elena, *Derecho de la Familia*, Ed. I.I.S., México, 1990.
- PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 11ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1994.
- PLATÓN, *Diálogos*, 29ª ed., Ed. Porrúa, México, 2005.
- RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Sociología*, 29ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*, T. II, 12ª ed., Ed. Porrúa, México, 2006.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato social*, Trad. por Consuelo Berges, 7ª ed., Aguilar Argentina, Argentina, 1965.

ZAVALA PÉREZ, Diego H., *Derecho Familiar*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011.

ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. II, 4ª ed., Ed. Astrea, Argentina, 2002.

LEGISLACIÓN

Código Civil Federal, México, 2012.

Código Civil para el Distrito Federal, México, 2012.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México, 2012.

Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

Ley de los Derechos de los Niños y Niñas en el Distrito Federal, publicada en la gaceta Oficial del Distrito Federal el 31 de enero del 2000.

Ley para la Protección de los Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo del 2000.

JURISPRUDENCIA

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. PATERNIDAD. SU DESCONOCIMIENTO NO SE PRUEBA CON INDICIOS POR SER CONTRARIA A LA ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, T. XXVIII, Agosto de 2008, Tesis: I.3o.C.685 C, p. 1174. Amparo directo 700/2007. 21 de febrero de 2008. Unanimidad de votos, con salvedad en cuanto a las consideraciones referidas a la suficiencia de la presunción legal y humana para demostrar el hecho de la no paternidad, por parte del Magistrado Neófito López Ramos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Erick Fernando Cano Figueroa.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA

PATERNIDAD Y FILIACIÓN. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, T. VIII, Julio de 1998, Tesis: II.2o.C.99 C, p. 381. Amparo directo 1335/97. Carlos Alberto Ávila Gil. 27 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: José Valdez Villegas.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. PERICIAL EN GENÉTICA. SU DESAHOGO ES PREPONDERANTE EN UN JUICIO DE DESCONOCIMIENTO O RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD, CON INDEPENDENCIA DEL DERECHO A LA PRIVACÍA O INTIMIDAD. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, T. XXII, Noviembre de 2005, Tesis: II.2o.C.501 C, p. 911. Amparo en revisión 176/2005. 6 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Norma Ordóñez Jiménez.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR. CUANDO SE OFRECE EN EL JUICIO DE DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD Y EL MENOR SE NIEGA A QUE SE LE PRACTIQUEN LOS EXÁMENES CORRESPONDIENTES, DEBEN TENERSE POR CIERTOS LOS HECHOS NARRADOS POR SU CONTRAPARTE, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, T. XXV, Enero de 2007, Tesis: I.3o.C.576 C, p. 2306. Amparo directo 226/2006. 13 de julio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Alfaro Telpalo, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Gabriel Regis López.

ENSAYOS

CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, “El Divorcio sin causa rompe la organización de la Familia y desprotege a sus miembros (Estudio Prospectivo)”, *Revista de Derecho Privado*, México, Publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Publicación Semestral , Nueva Serie, Edición Especial, 2012.

OTRAS FUENTES

Biblia

Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana, 4ª ed., Ed. Gredos, S.A., Madrid, 1996.

Diccionario Porrúa de la Lengua Española, 50 ed., México, Ed. Porrúa, 2005.

Diccionario de la Lengua Española, Real academia Española, 22ª ed.

Diccionario Jurídico Espasa, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1998.

ECHÁNOVE TRUJILLO, Carlos A., *Diccionario de Sociología*, 3ª ed., Ed. Jus, México, 1976.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, T. XI, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA, t. III: D-E, 2a. ed., Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica número 74, México, 2004.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA, t. IV: F-L, 2a. ed., Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica número 75, México, 2004.

Perspicacia para comprender las Escrituras, Volumen 1: A-I, ed. Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc. International Bible students Association, Brooklyn, New York USA, 1991.

http://www.unicef.org/argentina/spanish/children_11139.htm