

la identidad de sexos ¿es causa de inexistencia o de nulidad del matrimonio?

### 3. *Divorcio*

#### a) Discusión ética en torno al divorcio

Parece obligado hacer un análisis de tipo moral siempre que se toca este tema, obligación que, desde luego, no rehuyo. Sin embargo, no creo que los límites de espacio a que está sujeto este trabajo permitan abarcar todas las vertientes por las que se elabora la discusión. Por lo tanto, elijo la vertiente de la psicología como apoyo de la valoración ética de este instituto, pues a través de los elementos que esta ciencia nos aporta se le puede realmente evaluar como un instrumento más al servicio de las familias. Es cierto que esta afirmación puede parecer contradictoria —incluso, absurda— para los autollamados defensores de la familia o para quienes utilizan en la discusión argumentos moral-religiosos, sobre todo aquellos argumentos derivados de la tradición judeocristiana.<sup>88</sup> A ellos respondo que en la familia se conjugan elementos afectivos muy poderosos que no pueden ser considerados exclusivamente desde el deber ser moral o religioso, ¿qué más da que la separación de los cónyuges sea socialmente considerada como algo malo si ellos mismos y los(as) hijos(as) resultan afectivamente beneficiados con tal separación?

Algunos considerandos éticos señalan al divorcio como la “causa” de desintegración de la familia. Algunos otros terminan por definirlo como un “mal necesario”, pues remedia una situación familiar conflictiva, aunque lo hace a través de su desintegración. Desde mi punto de vista ninguno de los dos extremos es exacto. El divorcio como instituto no puede ser calificado en términos de bueno o malo, como se ha hecho hasta ahora. Considero que debe ser calificado en términos de utilidad. Este instituto ¿es útil a la sociedad? sí o no y porqué. En estos términos, el divorcio es, indudablemente, un instituto útil en las relaciones familiares, pues aporta un principio de solución a un conflicto. No es un instituto perfecto, claro está y afirmo que sólo aporta un principio de solución, pues lo que ofrece es un instrumento de tipo jurídico para resolver un problema afectivo. Es decir, es un instituto que se estructura en un plano diferente al conflicto que pretende

<sup>88</sup> *Vid.*, Ibarrola, *op. cit.*, *supra* nota 54, pp. 283 y ss.

resolver, por lo cual, la solución sólo llega parcialmente. El resto tendría que ser aportado por la pareja que se divorcia.

Buscar las causas de la ruptura matrimonial en el divorcio es desconocer los factores psicológicos que están presentes en las relaciones humanas.

König<sup>59</sup> explica este desconocimiento afirmando que matrimonio y divorcio necesariamente responden a una determinada ideología: si la “familia conyugal” es la ideal, el vínculo se debe preservar a toda costa. Sostiene que para la tradición judeocristiana este vínculo es totalmente independiente de la voluntad e intenciones de los esposos, de tal suerte que aunque éstos se separen, el vínculo persiste. Ideología que se observa en prácticamente todos los sistemas jurídicos occidentales. Sin embargo, aunque el divorcio sea una situación aceptable se pretende que no exista quiebra en los matrimonios. Esta política necesariamente influye en la pareja que se une con la idea consciente o inconsciente de que su unión es “hasta que la muerte los separe”; idea que en la cotidianidad los obliga, una vez agotada la voluntad de amarse, a buscar “motivos” que justifiquen su decisión de terminar la relación. Esta búsqueda encuentra su respuesta en el conflicto.

Tanto König como Fromm,<sup>60</sup> desde sus respectivas disciplinas, afirman que la real causa del divorcio es el rompimiento o agotamiento de las relaciones y de los sentimientos que llevaron al matrimonio a la pareja (en el derecho romano se le conocía a estos sentimientos como *affectio maritalis*). Ambos también sostienen que esta ruptura franca no afecta a los(as) hijos(as), como se suele afirmar desde posturas moralizantes. Al contrario frente a las desavenencias cotidianas y conflictos graves que llevan a la ruptura, circunstancias que realmente los dañan, la separación franca y honesta les reporta mejorías.

El tema de los(as) hijos(as) de divorciados es muy recurrido para atacar a esta institución. Sin embargo, cada vez con mayor frecuencia, antropólogos, sociólogos y sicólogos desmienten estos fundamentos. Por ejemplo, Rheinstein<sup>61</sup> criticando el sistema judicial afirmó que

En realidad no existen huérfanos del divorcio, sino sólo huérfanos como consecuencia de la separación o el abandono, si se habla del debilitamiento del matrimonio. Tal privación es el efecto de la

<sup>59</sup> König, René, *op. cit.*, supra nota 1, capítulo X.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 122 y Fromm, Erich, *El arte de amar*, trad. de Noemí Rosemblatt, México, Paidós Studio, 1983, pp. 99 y ss.

<sup>61</sup> Citado por König, René, *op. cit.*, p. 137.

sentencia del tribunal de divorcio de la cual puede seguirse o no la ruptura fáctica del matrimonio. Si estamos interesados en la estabilidad de la familia, en las tendencias de su desarrollo y en las formas en que pueda ser protegida o fomentada debemos fijarnos, por tanto, en los casos de quiebra efectiva del matrimonio más que en las sentencias de divorcio.

Dicho en otras palabras: si realmente queremos fortalecer a la familia pongamos más atención en los sentimientos de los involucrados en el núcleo familiar que en las formas externas de la relación. Al respecto la doctrina italiana, en un intento por clasificar la diferencia entre nulidad del matrimonio, separación conyugal y divorcio ha tenido que partir desde la puntualización de la naturaleza del vínculo conyugal, que se ha visto enriquecida desde la reforma al derecho italiano, pues una de sus consecuencias es la distinción entre acto y relación referidas al matrimonio. Se afirma, desde una perspectiva interpretativa que comparto, que el derecho civil ha de dar mayor importancia a la comunidad de vida entre los cónyuges que al acto que la genera. En este contexto el divorcio no es más que una alternativa funcional, que la sociedad pone al servicio de la pareja, cuando su relación ha dejado de ser satisfactoria o ha dejado de cumplir sus fines o se ha vuelto tan conflictiva que deja de tener sentido real el mantener la unión externa.<sup>62</sup>

La misma doctrina italiana presenta al divorcio como un estabilizador de las relaciones conyugales, en el sentido de que nulidad y separación son institutos que, llevados a los extremos de su interpretación, crean inseguridad en el vínculo. Desde mi punto de vista, y para la realidad mexicana, el divorcio es también un estabilizador, no precisamente de las relaciones conyugales, sino de las relaciones familiares en casos de conflicto, pues tiene la virtud, como instrumento jurídico, de señalar unas bases de organización entre los divorciantes y entre éstos y los(as) hijos(as) para cuando la convivencia ya no exista, para cuando a la ruptura interna corresponda una ruptura externa.

Nuevamente aprovecho la ocasión para proponer una revisión de este instituto en nuestro país. Revisión que apunta en el sentido que he expuesto en este numeral pues, a la sazón, el divorcio en México, tal y como se encuentra reglamentado, es poco útil para nuestras relaciones conyugales y familiares. Son muchas las causales, la mayoría

<sup>62</sup> Vid, Galoppini, A. M., *et al.*, *Commentario sul divorzio*, Milán, Giuffrè, 1980, *passim*.

de ellas busca un culpable y, con ello, se propicia conflictos aún mayores en las parejas que se divorcian, amén del desgaste emotivo que significa tratar de probar tales causales y el tiempo que esto se lleva.

#### b) Divorcio necesario: sus causas

De las dieciocho causales enumeradas en el artículo 267 del C.C., dieciséis son causales de divorcio necesario, es decir, causas que buscan un culpable de la ruptura.

En la doctrina a estas dieciséis causales las dividen en dos grandes rubros: aquellas que implican una sanción para el “culpable” y aquellas que son necesarias o un remedio. La distinción entre unas y otras es muy sutil y más teórica que práctica. Se dice que son causales sanción aquellas que representan a la disolución del vínculo matrimonial como un castigo para el(la) cónyuge que, en cualquier forma es el responsable de esta disolución por haber violado los deberes que le impone el matrimonio. Son causales necesarias o remedio aquellas que, sin existir un responsable directo de la ruptura, permiten, normalmente por razones de salud, proceder al divorcio pues se presentan como una alternativa para proteger la salud tanto del (la) cónyuge sano (a) como de los(as) hijos(as) se imponen por razón de considerarlas inadecuadas a la vida en común y para los fines del matrimonio. Otros autores las clasifican en:

- 1) Causas de orden criminológico, conexas a un hecho castigado más o menos severamente por la ley.
- 2) Causas de orden eugénico, ligadas a ciertas ineptitudes para la vida conyugal.
- 3) Causas indeterminadas, admitidas por algunas legislaciones para abarcar todos aquellos casos de grave perturbación de la vida familiar, que sería difícil precisar de una manera categórica y concreta.
- 4) Causas de orden individual.<sup>63</sup>

La realidad es que estas dieciséis causales de divorcio implican un procedimiento muy desgastante para todos los involucrados. Véamoslas una por una.

— *El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges*: Sanciona esta causal la fidelidad debida en el matrimonio. Sorprende realmente intentar encontrar en nuestra doctrina una tesis que apunte realmente al problema planteado por el adulterio de uno de los cón-

<sup>63</sup> Vid, entre otros, Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, *supra* nota 33, Pina, Rafael de, *Derecho civil mexicano*, México, Porrúa 1973, tomo 1.

yuges. Desde mi punto de vista la conducta calificada de adúltera no es sino un reflejo de una situación particular de los cónyuges. Situación que puede ser o no consentida por ellos mismos sin que esto les provoque, muy a pesar de los moralistas, un conflicto en la relación.

Sin embargo, he de reconocer, que, normalmente, las relaciones con un(a) tercero(a) causan conflicto en las parejas tanto si están unidas o no en matrimonio, de ahí que pueda justificarse la causal de divorcio. Ahora bien, desde mi punto de vista, la única justificación que puede encontrarse a tal causal es que se presenta como un dato (o prueba) objetivo de la ruptura de la relación afectiva entre los cónyuges —ello, siempre y cuando, cause realmente problemas en el matrimonio—, pues ha sucedido que las relaciones sexuales extraconyugales sean aceptadas por los involucrados en ella sin que les cause conflicto.

En México esta causal es todo un problema, pues la idiosincracia nacional apunta a la culpabilidad de la mujer, dado que sus relaciones extraconyugales pueden traer un hijo(a) “ilegítimo(a)” al matrimonio. Situación que no afecta al varón que tiene ese mismo tipo de relaciones. En este contexto, no causa sorpresa alguna leer en la doctrina que son actos lesivos a la fidelidad matrimonial y, por tanto, constitutivos de adulterio, tanto aquellos aptos *secundum naturam* para la procreación, como los *contra natura* sean (procreación asistida) o no (“sodomía” y “bestialidad”) aptos para la generación de la prole y no se consideren como adulterinas las relaciones homosexuales o lésbicas de uno de los cónyuges.<sup>64</sup>

Incluso se llega a sostener que no es causal de divorcio cuando el adulterio es compensado, es decir cometido por ambos cónyuges. Tampoco lo es cuando el(la) que lo comete se ha visto empujado(a) a ello por la negativa reiterada al “débito conyugal” o cuando éste se presta con tales “dificultades”, “protestas” y “finalidad” que al “pobre” adúltero no le queda más remedio que buscar la satisfacción a sus “naturales instintos” en las relaciones ilícitas. Toda esta argumentación es encaminada, como se comprende fácilmente, a justificar el adulterio masculino y a condenar a la mujer ya sea por adúltera o por provocadora del adulterio de su marido. Por si no es evidente, me permito transcribir un párrafo bastante clarificador: “Uno de los casos de provocación al adulterio, es la existencia, todavía en nuestro medio, de *mujeres castrantes*, hecho frecuente

<sup>64</sup> Vid, Fernández Cantón, Alfredo, *Las causas canónicas de la separación conyugal*, Madrid, Tecnos, 1961, p. 107; Chávez Ascencio, Manuel, *La familia en el derecho, Relaciones paterno filiales*, México, Porrúa, 1988; Ibarrola, *op. cit.*, *supra* nota 54, p. 318, entre otros.

todavía por la pésima educación sexual que recibieron nuestras antepasadas”.<sup>65</sup>

Como si la deficiente educación sexual fuera sólo patrimonio de la mujer y como si los maridos ausentes, fríos, descorteses, opresores, no empujaran a la mujer a buscar esa relación cálida, afectiva y solidaria que tanto nos hace falta a hombres y mujeres.

El adulterio es, en todo caso, una causal de divorcio tan difícilmente demostrable a través de la prueba directa que se admite la presuncional, esto es al(la) cónyuge ofendido(a) le “bastará” aportar indicios suficientes de la existencia de las relaciones ilícitas de su cónyuge para que el juez pueda decidir la disolución del vínculo por esta causal. Evidentemente, no se requiere la condena penal previa, pues el delito de adulterio requiere en su tipo que éste se haya consumado con escándalo o en el domicilio conyugal. En el derecho civil basta que exista la relación extraconyugal para que se configure la causal.

*El que la mujer dé a luz un hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y que judicialmente sea declarado ilegítimo.* Desde mi punto de vista, el legislador en esta causal vió una variante del adulterio, pues con tal conducta la mujer pretende adjudicar falsamente a su cónyuge la paternidad de un hijo que no es de él. Con esta postura desconoce el problema real de la pareja: la falta de confianza, base en toda comunidad íntima de su vida.

*La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquiera otra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.* La doctrina mexicana justifica la existencia de esta causal en virtud de que la conducta en ella definida denota una degradación moral del marido que hace imposible el cumplimiento de una de las funciones del matrimonio: la formación moral y física de los(as) hijos(as). Sin dejar de reconocer el peso que esta conducta tiene —o puede tener— en los(as) hijos(as), considero que es de vital importancia valorarla desde el daño que se le hace a la mujer con ella, independientemente de que tal conducta implica una cosificación o devaluación de la mujer que afecta irreparablemente la relación conyugal, sobre todo si se parte de un discurso de igualdad entre marido y mujer.

*La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.* Si es difícil mantener una objetividad académica en todo lo que se refiere al análisis jurí-

<sup>65</sup> Ibarrola, *op. cit.*, p. 319.

dico de la familia, lo es aún más cuando se leen normas como ésta. ¿Qué quiere decir? Por un lado, queda bastante claro que se trata de evitar que la intimidad que se genera en el matrimonio se convierta en un tipo de asociación delictuosa. Sin embargo, es difícil precisar el término de “incontinencia carnal”. Por más que he buscado entre los autores mexicanos uno que nos explique éste término no lo he encontrado. Desde mi punto de vista no quiere decir nada; sólo traduce una postura moralista —por no decir mojigata— de quienes lo redactaron en su origen y una falta de cuidado en las numerosas revisiones que ha tenido el C.C.

*Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.* Esta causal se presenta como una sanción para el(la cónyuge que desvirtúe a través de la corrupción la educación o formación que deben dar a los hijos. Puede ser constitutiva también del delito de corrupción de menores. Sin dejar de comprender las razones que justifican la existencia de esta causal, me pregunto si ésta sólo atiende al concepto jurídico penal de corrupción de menores o si se extiende a otros actos u omisiones que den al menor una visión de la vida y de los valores inadecuados. Si éste es el caso, es un causal de muy difícil aplicación, pues en reiteradas ocasiones he cuestionado precisamente los dictados de la moral.<sup>66</sup>

*Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de efectuado el matrimonio.* La primera parte de esta causal, es decir, el padecimiento de enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, contiene una razón de salud pública y de interés social. Se pretende la protección de los(as) hijos(as) y del(la) cónyuge sano(a), tanto como evitar contagios.

En su conjunto es altamente cuestionable. Desde mi punto de vista, traduce la estructura patriarcal de nuestra sociedad, con todas sus incongruencias. Supuestamente existe un deber de asistencia entre los cónyuges, pero, evidentemente, es un deber muy limitado pues cuando realmente se necesita hacer efectivo el compromiso de vida entre el hombre y la mujer que decidieron unirse en matrimonio por existir una enfermedad crónica e incurable, se permite que el(la) cónyuge sano(a) alegue tal

<sup>66</sup> Sara Montero Duhalt, hizo en su obra (*op. cit.*, *supra* nota 33, pp. 226 y 227) una crítica muy acertada sobre la incongruencia de nuestro ordenamiento en el tratamiento de esta causal, ya que en el numeral 270 del C.C. se exige que la tolerancia en la corrupción consista en hechos positivos y no en simples omisiones, lo cual implica un no hacer, un no evitar la corrupción cuando ésta se conoce.

enfermedad para obtener el divorcio. Por otro lado, ¿a qué enfermedades se refiere esta causal? Hay tantas que se vuelven crónicas e incurables y que, además, pueden ser contagiosas o hereditarias, por ejemplo: la tendencia al cáncer es hereditaria y éste es incurable, lo mismo la arterioesclerosis. O la colitis crónica, sé que es absurdo pero, sólo llevando esta causal a ese extremo podemos evidenciar su incongruencia. Es claro que la intención, desde el patriarcalismo, es “castigar” al(la) cónyuge que contrajo las llamadas enfermedades venéreas en devaneos o aventuras extraconyugales y después se convierte en un peligro para la familia. Sin embargo, esta postura no denota sino una falta de congruencia y esconde una actitud excesivamente moralista y puritana. Aún hoy en día con el peligro del SIDA el compromiso de vida debe llevarse hasta sus últimas consecuencias. La asistencia entre los cónyuges es piedra de toque en el matrimonio. Por ello, el legislador no puede dar una excusa que atente contra este deber sólo para esconder la verdadera causa de la ruptura del vínculo: ¿cómo se contagió el(la) cónyuge enfermo(a) de ese mal crónico, incurable, contagioso o hereditario? En la respuesta está la causal, no en la enfermedad.

La segunda parte: la impotencia incurable para la cópula habla de una falta de imaginación y creatividad en quienes concibieron a la institución del matrimonio. ¡Como si la cópula fuera la razón del matrimonio! El macho que no satisface sexualmente a su mujer, pero que es potente puede estar tranquilo, a él no lo pueden acusar. El compromiso de vida es mucho más allá de la simple cópula y la sexualidad de la pareja depende, en gran medida, de la educación que ambos tuvieron al respecto. Ya ni siquiera es indispensable la cópula para procrear entonces ¿porqué no revisamos nuevamente esta causal y buscamos las respuestas adecuadas a la problemática de la pareja? Cabe aclarar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo número 101/60 señaló que la impotencia es la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual y no la esterilidad, aún así sorprende la falta de conocimientos sobre la sexualidad humana. Más aún cuando se sanciona la impotencia, es decir, la parte “masculina” del acto sexual y no se habla de la frigidez, parte “femenina” del mismo, ambas generan frustración dentro del matrimonio o puede no ser sino el efecto de un desajuste en la comunidad íntima de vida de los cónyuges, por lo tanto, considerarla como causa del divorcio no es la respuesta adecuada. Busquemos otra.

*Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga del cónyuge demente.* Esta causal es comprensible, pues una enfermedad de este tipo no es más que una carga conyugal y fami-

liar muy pesada. Sin embargo, no puede justificarse el que después del divorcio se desatienda al(la) cónyuge enfermo(a) como algunos pretenden. Éste es uno de los casos en que la obligación alimentaria debe subsistir aunque el cónyuge enfermo(a) pueda técnicamente ser el culpable.

Nuestros autores afirman que estas dos últimas causales pueden, si así lo desea el cónyuge sano, originar el divorcio no vincular o separación conyugal fundado en el artículo 277 C.C.<sup>67</sup>

*La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.* La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el abandono del domicilio conyugal no se refiere únicamente al abandono material del hogar, sino al abandono de su cónyuge, hijos(as) y demás obligaciones conyugales. Este criterio debe ser revisado pues creo que el simple abandono de hogar, aunque el(la) cónyuge que salió sin causa de él, siga velando por sus hijos(as) debe ser causal de divorcio, ya que viola el deber de cohabitación impuesto por el artículo 163 C.C., y por la naturaleza propia del matrimonio. Sin cohabitación, la comunidad íntima de vida no existe.

Ahora bien, si además de la separación de la casa conyugal, no ayuda a satisfacer las necesidades de sus hijos(as) y de su cónyuge, puede incurrir en el delito de abandono de persona, tipificado en el capítulo VII del título decimonoveno del Código Penal.

*La separación del hogar conyugal originada por una causa bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.* Coincido con Sara Montero<sup>68</sup> cuando ella afirmó que esta causal encierra una injusticia, pues resulta que si el(la) cónyuge que no pudo tolerar más la situación que privaba en su matrimonio y, en una actitud psicológicamente sana, sale del hogar conyugal y no demanda el divorcio (o justifica su salida), puede ser considerado cónyuge culpable. Sin embargo, al igual que la causal que antecede esta salida rompe la cohabitación, evidenciando la ruptura previa de la comunidad íntima entre los cónyuges. El año que se da, según Galindo Garfias, tiene el objetivo de dar lugar a una posible reconciliación.<sup>69</sup> En la práctica, y con la adición de la causal XVIII, ésta ha dejado de tener importancia, pues es más fácil esperar un año más a reconocerse culpable y afrontar un juicio que puede llevar más tiempo.

<sup>67</sup> *Idem*, pp. 227 a 230.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Galindo Garfias, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 588.

En las dos últimas causales es importante precisar el concepto de domicilio conyugal y así lo hizo recientemente el legislador para el Distrito Federal, cuyo ejemplo han seguido algunas entidades federativas, al definirlo en el artículo 163 C.C., como “el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutaban de autoridad propia y consideraciones iguales”.

*La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que se necesite para que se haga que proceda la declaración de ausencia.* Para obtener el divorcio por esta causal es necesario que exista previamente un juicio en el que se haga la declaración de ausencia o la presunción de muerte. Esta causal está justificada por la incertidumbre que crea en los(as) hijos(as) y en el (la) cónyuge del(la) ausente o presunto(a) muerto(a), el desconocimiento de su paradero y al mismo tiempo es una sanción para este(a) último(a) por abandonar sus deberes conyugales. Sin embargo, es poco práctica, ya que existen tres causales que sancionan la violación del deber de cohabitación.

*La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro.* Con ello se comprenden los actos o palabras que, a criterio del juez, rompan el mutuo respeto y consideración que se deben los cónyuges, tomando en cuenta la educación y cultura de ambos. Esta causal comprende todas las conductas crueles, amenazantes o injuriosas que hagan sufrir, intimiden u ofendan al(la) cónyuge inocente. En ella, podemos encontrar resumidas todas las demás, pues denota claramente la muerte de la *affectio maritalis*. Es claro que en ella se otorga una libertad al juzgador, que no se encuentra en otras causales, para aplicar su criterio y decidir si tales conductas ameritan el divorcio. Desde mi punto de vista, la simple demanda de divorcio por esta causal, como por cualquier otra, habla de un conflicto profundo entre los cónyuges; sin embargo, la necesidad de encontrar un culpable dificulta la acción del juzgador. Sería más sencillo si esta búsqueda no existiera.

*La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.* Esta negativa es violatoria de los deberes de asistencia y de aquellos que se tienen con respecto de los(as) hijos(as), ya sea de educación o alimentación.

*La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.* Esta causal no

requiere según la Suprema Corte de Justicia de la Nación de una sentencia penal previa que demuestre que se ha cometido el delito de calumnia, ya que sólo el hecho de levantar una acusación calumniosa implica que ha dejado de existir la estima, la consideración, la lealtad y el afecto entre los cónyuges, situación que daña moral y socialmente al(la) cónyuge inocente y a los(as) hijos(as).

*Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.* Podría afirmarse que la comisión de cualquier delito es infamante, sin embargo, sólo será causal de divorcio aquel que al criterio del juez, por su naturaleza o por las circunstancias en que fue cometido, represente un verdadero deshonor para el(la) cónyuge inocente y para los(as) hijos(as); siempre y cuando exista una sentencia condenatoria en la que se le imponga, al cónyuge culpable, más de dos años de prisión.

*Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyan un motivo de desavenencia conyugal.* En esta fracción se pretende garantizar la seguridad de la vida del hogar y será el juez quien califique si en realidad esos hábitos hacen imposible o no la convivencia de los(as) cónyuges, aunque parece claro que la presencia de tales circunstancias en el matrimonio siempre causan serios conflictos en la comunidad de vida.

*Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.* Existen delitos como el fraude, robo, etcétera, que no producen responsabilidad penal o que sólo pueden perseguirse a petición del agraviado, si son cometidos entre cónyuges. Sin embargo independientemente de que se desee querellarse, tales actos sí constituyen una justificación o causal de divorcio, porque habrá desaparecido la confianza mutua entre los cónyuges.

El artículo 268 C.C., contiene otra causal de divorcio necesario que se presenta cuando un cónyuge ha pedido la nulidad del matrimonio o el divorcio sin haber justificado su dicho o que la causa invocada no haya sido suficiente para decretar la ruptura del vínculo o cuando se hubiere desistido de su demanda sin la conformidad del demandado(a). En este caso el(la) cónyuge demandado(a) tiene a su vez derecho de pedir el divorcio pasados tres meses de la notificación de la última sentencia, y durante este tiempo los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

El divorcio necesario se ventila en los juzgados familiares y en la vía ordinaria civil, sólo podrá ser demandado por el(la) cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que se haya tenido noticia de los hechos en que se funde la demanda (artículo 278 C.C.).

Se discute mucho si caduca o no la acción del inocente al llegar a este término. Sin embargo, no se puede encuadrar en un solo machote a todas las causales del artículo 267 C.C. Todo dependerá no sólo del día en que el(la) cónyuge inocente tuvo conocimiento de los hechos en que funde su demanda, sino también deberá considerarse si esos actos o hechos persisten al momento de entablarla, pues algunas causales son de tracto sucesivo.

Una vez admitida la demanda de divorcio el juez procederá a la separación de los cónyuges, y asegurará los alimentos que debe dar el (la) deudor(a) al(la) cónyuge acreedor(a) y a los(as) hijos(as), dictará todas las medidas necesarias para que los cónyuges no puedan causarse daño en sus bienes propios o en los de la comunidad. Si la mujer estuviera encinta dictará todas las medidas necesarias para asegurar los alimentos de la madre y del(la) hijo(a) cuando naciere, y aquéllas requeridas para evitar la suposición del parto y pondrá a los(as) hijos(as) bajo el cuidado de la persona que hubieren designado de común acuerdo los cónyuges o de la persona que designe el(la) actor(a) en el juicio (artículos 282 y 1639 C.C. y 680 del Código de Procedimientos Civiles).

La reconciliación o la renuncia de los derechos hecha por el(la) inocente obligando al otro(a) a reunirse con él(ella) ponen fin al litigio de divorcio, siempre que fueren hechos antes de pronunciada la sentencia y de que ésta haya causado ejecutoria; y los hechos que originaron esa demanda no podrán ser invocados en un nuevo juicio (artículos 280 y 281 C.C.). También pone fin al juicio de divorcio la muerte de uno de los cónyuges.

En la sentencia el juez deberá resolver la situación de los(as) hijos(as) y cuenta, para ello, con facultades necesarias. Así pues, deberá obtener los elementos de juicio suficientes para atender al mejor interés de hijos e hijas.

Cabe aclarar que, en todo caso, tanto el padre como la madre continuarán teniendo las mismas obligaciones para con sus hijos(as), aunque pierdan la patria potestad, y el juez, antes de resolver definitivamente sobre este asunto, tomará las medidas necesarias que considere benéficas para los(as) hijos(as) a petición de los abuelos(as), tíos(as),

hermanos(as) mayores, y podrá modificar su decisión si el caso lo amerita (artículos 283, 284 y 285 C.C.).

En los divorcios de este tipo, el juez sentenciará al(la) culpable al pago de alimentos a favor de(la) inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso; derecho que disfrutará este(a) último(a) mientras viva honestamente y no vuelva a contraer nupcias. Si el divorcio origina daños y perjuicios al(la) inocente, el(la) culpable responderá de ellos como autor(a) de un hecho ilícito.

Los bienes comunes se dividirán tomando las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o en relación a los(as) hijos(as).

Una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, el juez remitirá copia de ella al juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio para que levante el acta correspondiente y para que publique durante quince días un extracto de la resolución.

Esta sentencia disuelve el vínculo matrimonial dejando a ambos divorciantes en la aptitud de evolver a contraer otro, pero el(la) cónyuge culpable tendrá que esperar dos años para poderlo hacer.

### c) Divorcio voluntario

Si la institución del divorcio es criticada lo es mucho más esta modalidad, pues se alega que el matrimonio es la base de sustento de la familia y, por tanto, no puede aceptarse que su permanencia quede al arbitrio de los cónyuges. Ante tales argumentos retomo las reflexiones expuestas en el apartado inicial de este numeral añadiendo que la modalidad que ahora explico tiene la enorme ventaja de permitir que los divorciantes resuelvan sin litigio su conflicto afectivo. Es una verdadera alternativa en la búsqueda de soluciones reales, adultas y civilizadas, a la relación dañada; soluciones que atañen tanto a la pareja que se divorcia como a los hijos; soluciones en las que los propios afectados sean quienes aporten las bases de organización para la relación una vez roto el vínculo matrimonial pues, aunque jurídicamente este vínculo ya esté disuelto, cuando hay hijos(as), es imposible dar por concluido todo contacto entre los divorciados. Deberán intentar un acuerdo en beneficio de los(as) hijos(as). Este es el significado filosófico jurídico que debe darse al divorcio voluntario, aun cuando no sea una concreción real para todos los divorciantes.

En nuestro derecho existen dos tipos de procedimientos para obtener el divorcio por mutuo consentimiento: uno, administrativo que se tra-

mita ante el juez del Registro Civil, y otro judicial que se ventila en los juzgados familiares; en ambos casos el divorcio sólo podrá pedirse cuando haya pasado un año de la celebración del matrimonio, o de la reconciliación, si ya se hubiere solicitado una vez el divorcio por mutuo consentimiento.

Para obtener el divorcio por el procedimiento administrativo se requiere que los cónyuges sean mayores de edad, que no tengan hijos(as) y que liquiden, de común acuerdo, los bienes en comunidad, si fuera el caso. Encontrándose en este supuesto, los cónyuges que así lo deseen, podrán acudir ante el juez del Registro Civil de su domicilio, presentando los documentos necesarios para demostrar estos extremos y manifestarán su voluntad de divorciarse. El juez del Registro Civil deberá identificar plenamente a los cónyuges, levantar un acta en que se haga constar la solicitud de los mismos y los citará para que ratifiquen su dicho a los quince días. Una vez hecha esta ratificación, este funcionario los declarará divorciados, levantará el acta respectiva y hará la anotación del caso en el acta de matrimonio (artículo 272 C.C.).

Es un procedimiento sumamente, sencillo y rápido; no obstante, en mi opinión, no sólo debería concretarse a los matrimonios entre mayores de edad y sin hijos(as), sino ampliarse a aquellos que sólo tuvieren hijos mayores de edad y que ya no estuvieren bajo la tutela de sus padres.

Esta ampliación es plenamente congruente con los motivos que el redactor del C.C. expresó para justificar este procedimiento:

El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se divorcien fácilmente, pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no estén en juego los sagrados intereses de los hijos, no se dificulte, innecesariamente, la disolución del matrimonio, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos.<sup>70</sup>

El procedimiento judicial está regulado por el título decimoprimer del Código de Procedimientos Civiles y por el artículo 273 C.C., en que se estipula que los cónyuges que no cubran todos los requisitos enumerados para el procedimiento administrativo harán su solicitud

<sup>70</sup> García Téllez, Ignacio, *op. cit.*, *supra* nota 49.

de divorcio ante el juzgado familiar del domicilio conyugal, a la que adjuntarán el acta de matrimonio, las actas de nacimiento de los (as) hijos(as) menores y un convenio que contenga los siguientes puntos:

a) La designación de la persona bajo cuyo cuidado quedarán los (as) hijos (as) menores del matrimonio, tanto durante el procedimiento de divorcio como después de ejecutoriado el mismo;

b) La forma como deberán cubrirse las necesidades de los(as) hijos (as) menores, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, la forma como deberán hacerse los pagos que se requieran y la garantía que deberá hacerse para asegurarlos. Esta garantía puede consistir, según el artículo 317 C.C., en hipoteca, prenda, fianza o depósito de una cantidad que sea suficiente para cubrir los alimentos, o cualquier otra;

c) El domicilio que servirá de casa habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

d) La cantidad que un cónyuge pagará al otro durante el procedimiento, después de ejecutoriado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 288 C.C., y

e) La forma de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y cómo habrá de liquidarse la misma después de ejecutoriado el divorcio. Para ello se acompañará un inventario y avalúo de los bienes muebles e inmuebles que hubiere en la sociedad.

Estos puntos no son excluyentes, ya que en el convenio podrán insertarse todas las cláusulas que los cónyuges consideren pertinentes.

Deseo aclarar que el 273 C.C., exige la garantía de la pensión alimenticia que se deben los cónyuges y no para aquella debida a los(as) hijos(as). Sin embargo, la práctica ha hecho que, en forma acertada, la garantía englobe ambas pensiones.

Una vez presentada la solicitud, el juez citará a los divorciantes a una junta de aveniencia en la que después de haberlos identificado plenamente aprobará provisionalmente el convenio que se presentó, siempre oyendo la opinión del Ministerio Público y dictará las medidas que considere necesarias para asegurar los alimentos y la situación de los hijos menores; los exhortará para que recapaciten y se reconcilien. Si ello no es posible y si los divorciantes continúan en su intención de divorciarse, los citará a una segunda junta después de ocho días de la primera y antes de quince, en donde los volverá a exhortar. Si los divorciantes tampoco consienten en la reconciliación y quedan bien garantizados los alimentos y bienes de los(as) hijos(as) menores, así como los alimentos que se deben entre sí los divorciantes, si fuere el

**caso**, el juez los citará para sentencia en la cual quedará disuelto el vínculo matrimonial, y se decidirá, en definitiva sobre el convenio presentado.

En caso de que no apruebe el convenio porque éste viole los derechos de los(as) hijos(as) y no queden bien garantizados, podrá hacer las modificaciones que considere pertinentes, que serán notificadas a los divorciantes por el juez para que dentro de los tres días siguientes manifiesten si aceptan o no esas modificaciones. En caso de no aceptarlas será el juez quien, en la sentencia, cuidará que los derechos de los(as) hijos(as) queden bien garantizados. Hay que hacer hincapié, en que, a pesar de lo dicho por el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles en su primera parte, mientras el convenio no sea aprobado en la práctica no se decretará la disolución del vínculo matrimonial.

#### d) El divorcio de hecho

Así se ha dado por llamar a la causal establecida en la fracción XVIII del artículo 267 C.C. que fue adicionado el 27 de diciembre de 1983. Fue una acción inusitada y novedosa del legislador mexicano, pero totalmente acertada. Tal fracción reza: “La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos”.

Es una figura que apunta a la realidad concreta de la pareja ligada por matrimonio que sólo existe jurídicamente, pues se ha roto la convivencia, la comunidad íntima de vida entre ellos. Éste es el único extremo que se tiene que demostrar y para ello existe la presunción legal de que ello sucede cuando la separación dura más de dos años sin que sea importante buscar la razón de tal separación y, por tanto, no existe cónyuge culpable. ¡Gran avance en la búsqueda de relaciones sanas!

Es claro que tiene un sinnúmero de detractores y enemigos entre los “defensores” de la familia. Sin embargo, la realidad se ha impuesto. Desde su aparición ha sido la causal más invocada simplificando el conflicto que ya existe en la pareja. Ciertamente los “defensores” encuentran en este hecho la justificación a sus ataques, pues alegan que ha venido a desarticular a las familias. La respuesta sigue siendo la misma: el divorcio no desarticula, ni rompe, ni desune, sólo ofrece una solución, una base de organización, cuando la relación afectiva entre los cónyuges ha dejado de existir, dando paso a la frustración y a los conflictos graves.

## V. FILIACIÓN

### 1. *Concepto y características actuales*

Entendemos por filiación la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija. Sara Montero Duhalt<sup>71</sup> nos explica que esta definición incluye los conceptos de maternidad y paternidad, así como el de filiación en sentido estricto.

A través de esta institución del derecho de familia se pretende regular el fenómeno de la procreación tanto dentro como fuera del matrimonio. Sin embargo, no agota ahí su importancia, pues se extiende a personas extrañas creando entre ellas un vínculo jurídico como si fueran padre o madre e hijo o hija. Tal es el caso de la adopción.

Hoy por hoy el esquema a través del cual se perfila la filiación en el derecho mexicano tiene como base de sustento un principio constitucional: todo hombre y toda mujer tienen el derecho de decidir libre, informada y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos, consagrado en el artículo 4o. de nuestra Constitución, mismo que apunta, también, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

Estos principios reflejan las tendencias sociales en nuestros días respecto de la procreación y de la atención de los(as) hijos(as); de las necesidades de control de la natalidad y de la planeación familiar; de la toma de conciencia en el ejercicio responsable de la paternidad y maternidad. Tendencias que reconocemos también en instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos.

El primer problema a resolver en esta corriente actual sigue siendo el señalado por Montesquieu en su *Espíritu de las leyes*:<sup>72</sup> encontrar el (la) progenitor(a) que se haga cargo del nuevo ser. Ésta es la razón jurídica de la institución que observamos en este punto.

A partir de estos principios se estructura el sistema mexicano de la filiación, que recibió la influencia de los sistemas jurídicos romano y canónico, en los cuales se enuncian otros principios básicos que son: la maternidad es siempre cierta: el marido de la madre es el padre del(la) hijo(a) y a cada hijo(a) sólo puede atribuírsele un padre y una madre. Estos principios supuestamente deben ser aplicables a toda relación de filiación. Sin embargo, dada la complejidad de la naturaleza

<sup>71</sup> *Op. cit.*, supra nota 33.

<sup>72</sup> *Op. cit.*, supra nota 43.

humana, las variantes a la estructura que el derecho maneja como “ideal” son múltiples. Empezando por lo más sencillo: la procreación no siempre se da en los límites de un matrimonio, por ello, el derecho mexicano ha tenido que clasificar en dos rubros iniciales las normas sobre filiación: aquellas referidas a hijos habidos en matrimonio y aquellas referidas a los hijos fuera de tal institución.

La filiación de los(as) hijos(as) habidos(as) en matrimonio se presupone y se demuestra con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio del padre y la madre (artículos 324 y 340 C.C.). Aquella de los(as) hijos(as) habidos(as) fuera de matrimonio se establece con relación a la madre, por el sólo hecho del nacimiento, y respecto del padre, sólo a través del reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad (artículo 360 C.C.). En este último caso cabe la posibilidad de “legitimar” a los(as) hijos(as) con el matrimonio subsecuente de su padre y madre lo que hace que se les tenga como hijos nacidos del matrimonio.

La lectura de los artículos relativos a la filiación, tal y como se encuentran en la actualidad, nos deja una gran duda sobre el sujeto a quien protegen. Aparentemente se debería atender al interés superior del(la) niño(a) permitiéndole establecer en forma sencilla, el vínculo jurídico con su padre y su madre. Sin embargo, no es así dado que la investigación de la paternidad se lleva a cabo sólo a través de procedimientos muy complejos, cuando no existe el matrimonio. En estas circunstancias un(a) hijo(a) sólo puede atribuírsele a un determinado varón sólo si éste manifiesta su voluntad o por sentencia que declare la paternidad.

Para obtener esta sentencia es necesario que se investigue la paternidad y ello sólo es posible en cuatro supuestos: en los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; que exista la posesión de estado de hijo del presunto padre; que el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente o que el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre.

En nuestro sistema la posesión de estado de hijo se demuestra con la forma y el trato. Es decir se deberá probar que el(la) hijo(a) ha sido tratado(a) por el presunto padre o por la familia de éste como si fuera hijo(a) efectivamente y que dicho varón lo haya proveído a su subsistencia, educación y establecimiento.

Este sistema taxativo aunado a la circunstancia real de las dificultades para encontrar una prueba plena que determine quién es el padre de quién, hacen prácticamente imposible obtener una sentencia declaratoria de paternidad.

Ello no demerita a la filiación como instituto importante tanto en las relaciones familiares como en la protección del(la) hijo(a). No sólo porque nos dé una respuesta en la búsqueda del padre y la madre que se responsabilicen del crecimiento y desarrollo del(la) menor, sino porque hoy en día la filiación ha adquirido un sentido más amplio al pretender que atienda precisamente el interés del(la) niño(a) antes que cualquier otro.

Los derechos humanos del(la) niño(a) como el derecho al nombre, a reconocer sus propios orígenes, a la salud, entre otros, inciden en la adecuada orientación de la filiación. Es decir: si el señalamiento del padre y madre atiende a factores de interés ajeno al(la) menor y se oculta la verdad biológica violarán estos derechos aunque se pretenda “proteger” al(la) niño(a); en cambio, si se distingue claramente la verdad biológica al definir la relación de filiación, independientemente de los intereses sociales que pudieran conjugarse con esta verdad, se estarán realmente respetando estos derechos.<sup>73</sup>

Indudablemente podemos encontrar en nuestra legislación normas que nos indican la existencia de una preocupación por los intereses superiores de los(as) hijos(as). Ejemplo de ello es la declaración contenida en el artículo 389 C.C., en donde se establece que una vez reconocido por su padre y/o madre el(la) niño(a) tiene derecho a llevar el apellido de quien lo reconozca como hijo(a); a ser alimentado por éste(a) y a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley. Sin embargo, considero que los capítulos I a IV del título séptimo del Libro Primero del C.C. deberán ser revisados con mucho cuidado ahora que México ha suscrito la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

## 2. La filiación y la reproducción asistida

Por reproducción asistida entiendo todas aquellas técnicas que propician la fecundación por un método distinto a la cópula. Utilizo este término para evitar las confusiones a que se presta el uso de otras como

<sup>73</sup> Sobre el tema del conflicto entre verdad y derecho se llevó a cabo la reunión de la Asociación Henri Capitant en Montreal y las ponencias están publicadas en la *Revue Générale de Droit*, Montreal, vol. 18, núm. 4, 1987.

fecundación o inseminación artificial, las cuales yo misma he empleado en ocasiones anteriores.

En este concepto se incluyen otras dos a las cuales no me referiré con detalle por razones de espacio y porque la naturaleza de este trabajo no lo demanda.<sup>74</sup>

Sin embargo, apuntaré, a riesgo de ser reiterativa, que estas técnicas han propiciado el desquiciamiento de la institución, porque no sólo complican la investigación del vínculo filial sino que desmembran los conceptos de maternidad y paternidad.

¿Porqué?, ¿cómo?, son las preguntas que inmediatamente surgen. Pues porque la aplicación de estas técnicas hace surgir por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre. El padre y la madre sociales; el padre y la madre genéticos, y la madre biológica. Los primeros son aquellos que desean el(la) hijo(a) y recurren a estas técnicas, pues a través de la cópula no les ha sido posible engendrar; dependiendo del método usado, los padres pueden ser diferentes del varón y la mujer que aportan los gametos para la fecundación; estos últimos recibirán el nombre de padre y madre genéticos; pues son los que van a dotar de la carga genética al nuevo ser. Finalmente, puede darse el caso que una mujer porte a término el embarazo en su útero —sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo para la fecundación—, en este caso la mujer literalmente sólo permite que se desarrolle y viva un nuevo ser por ello se le nombra madre biológica, es el caso de lo que se ha dado en llamar maternidad sustituta o subrogada.

Las discusiones éticas en torno a esta problemática son largas y apasionadas.<sup>75</sup> Circunscribiendo exclusivamente la discusión a la institución de la filiación, los extremos se plantean entre quienes alegan que no es necesario reformar el instituto, pues las reglas para determinar la paternidad o maternidad son muy claras; quienes alegan que estas prácticas deben prohibirse, ya que atentan contra la dignidad humana, y quienes afirmamos que se debe revisar profundamente el instituto, toda vez que ha devenido obsoleto y, por tanto, resulta insuficiente para responder a los problemas que se plantean hoy en día.

Ya en el inciso anterior señalé la incidencia que tiene la filiación en los derechos fundamentales del(la) niño(a), tales como el derecho

<sup>74</sup> Para ampliar el tema *vid.*, Pérez Duarte y N., Alicia Elena, "La maternidad ¿es siempre cierta?" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXII, núm. 65, mayo-agosto de 1989.

<sup>75</sup> *Vid.*, la disertación de Chávez Ascencio, Manuel en *La Familia en el derecho. Relaciones paterno-filiales*, *op. cit.*, *supra* nota 64.

a conocer sus propios orígenes y el derecho a la salud. En relación a este punto destaco que es importante hacer esta revisión, precisamente porque estamos ante hechos que se pueden controlar para proteger los intereses del(la) menor.

Veamos un sólo ejemplo: hasta ahora se tiene como práctica establecida mantener en el anonimato al(la) donador(a) del gameto, argumentando que con ello se le evitan problemas de tipo familiar tanto a éste(a) como a la receptora de la donación. Con esto se agrava el problema de la claridad en la filiación, pues ahora ya no sólo tendremos el problema de identificar al padre desconocido, tendremos que buscar también a la madre si el gameto donado fue el femenino. La investigación de la paternidad y la búsqueda de la madre en el caso de infantes abandonados es un problema que ya existe, y que atenta igualmente contra los derechos de niños y niñas, esto es cierto, pero tratándose de la procreación asistida se puede controlar si se exige la elaboración y conservación de un expediente médico de todo el proceso. Con ello se está asegurando al(la) niño(a) el acceso a la información que puede resultar vital para la atención de su salud, garantía, que, de otra manera, no tendría. En algunos países en los que ya se ha legislado al respecto, como en España, este anonimato se mantiene respecto de la identidad del(la) donador(a) pero el(la) hijo(a) tienen derecho a recibir toda la información general que requiera sobre el(la) donador(a) sin revelar su identidad.<sup>76</sup>

Además, debería reglamentarse sobre la utilización de los diferentes métodos de procreación asistida, haciendo especial referencia a la información y cuidados que debe darse a la mujer que recurre a estas técnicas; sobre la conservación de gametos, tanto masculinos, como femeninos, y de los embriones; sobre la investigación y experimentación genética; sobre los centros en donde se lleven a cabo estas prácticas y sobre los cuales en otros países ya se ha legislado, o se está, en estos momentos, trabajando. Es el caso de España y Suecia. En México, desafortunadamente, existe, todavía una corriente mayoritaria que se resiste a trabajar el tema y a legislar.

### 3. Adopción

Ya había afirmado que a través de la adopción se crea un vínculo de filiación entre dos personas extrañas. Algunos autores justifican su

<sup>76</sup> *Vid.*, el artículo 5,5 de la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida del 22 de noviembre de 1988.

existencia diciendo que es un instituto creado para imitar a la naturaleza.<sup>77</sup> Sin embargo, coincide con la corriente que defiende su existencia y trascendencia en función de los beneficios que trae para el(la) adoptado(a).<sup>78</sup> Es un instituto con profundo sentido ético y si bien es cierto que sus fines no han sido siempre los mismos, la evolución que ha tenido ha sido prácticamente un cambio de foco de los intereses del(la) adoptante a los intereses del(la) adoptado(a).

Hoy por hoy es un acto jurídico a través del cual una persona mayor de 25 años, a través de una declaración unilateral de voluntad sancionada por un juez de lo familiar, establece una relación de filiación con un(a) menor o incapacitado(a). Nuestra legislación adoptó el sistema creado en el Código Civil francés, por lo tanto, este vínculo existe sólo entre el(la) adoptante y el(la) adoptado(a) de tal suerte que este(a) último(a) sigue ligado(a) a su familia de origen, excepto en lo que se refiere a su custodia y al ejercicio de la patria potestad que pasan al(la) adoptante.

Para la realización de este acto jurídico el legislador exige que el(la) que desea adoptar acredite tres extremos: que tiene medios suficientes para proveer a la subsistencia y educación del(la) adoptado(a); que la adopción será benéfica para quien se trata de adoptar, y que el(la) adoptante es una persona de buenas costumbres.

A pesar de la evolución que esta institución ha tenido desde la redacción de nuestro código al presente —entre las que destacan la disminución de la edad como requisito para el adoptante y la apertura del instituto a todo hombre y toda mujer hubiere o no tenido descendencia— sigue siendo una institución con efectos restringidos y, por lo tanto, de alcances limitados en cuanto a los fines que se le atribuyen. Analicemos el porqué: Existen dos formas de adopción, la simple y la plena —también denominada legitimación adoptiva—. Esta última tiene como efecto incorporar al(la) adoptado(a) a la familia del(la) adoptante, estableciendo vínculos de parentesco entre aquél(la) y la familia de éste (a), extinguiéndose el vínculo de parentesco con la familia de origen, de tal suerte que proporciona efectivamente al(la) menor o incapacitado(a) la oportunidad de incorporarse a una familia con plenos derechos y obligaciones, como si fuera hijo(a) del(la) adoptante.

En el C.C. este parentesco sólo se establece entre el(la) adoptante y el(la) adoptado(a) sin que los demás parientes tengan obligaciones

<sup>77</sup> Entre ellos están los argentinos Jorge Eduardo Coll y Luis Alberto Estivill. En México, tenemos a Antonio de Ibarrola y a Ignacio Galindo Garfias.

<sup>78</sup> Ejemplo de esta corriente es Sara Montero Duhalt.

o derechos para con este(a) último(a), pues el sistema de adopción que rige es el de la simple. Por tanto, el(la) adoptado(a) siempre estará ligado(a) a su familia de origen y podrá demandar —o ser demandado(a)— por el cumplimiento de las obligaciones familiares como, por ejemplo, los alimentos, con todos los problemas que esto puede significar a nivel humano y judicial.

Además, la tramitación de la adopción a través de los organismos oficiales (Casa Cuna de la Secretaría de Salud o Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia) y de los propios tribunales es tan complicada y lenta que termina por desmotivar a las personas interesadas en la adopción, abriendo alternativas que, a todas luces, son ilegales, como sería la presentación del(la) menor ante el Registro Civil como si fuera hijo(a) del(la) adoptante, que ya mencioné en el capítulo inicial.

En este contexto dos acciones son obligadas para fortalecer este instituto: la incorporación del sistema de la adopción plena en nuestro derecho y la simplificación de los procedimientos tanto administrativos como judiciales para la adopción.

Por otro lado, es conveniente que el legislador tome en cuenta los trabajos que, a nivel internacional, se están realizando ya, en estos momentos, para controlar la adopción internacional y evitar el tráfico de niños(as) que se hace con este pretexto.

## VI. PATRIA POTESTAD

### 1. *Naturaleza jurídica*

Es una institución que se presenta como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación esté clara y legalmente establecida. Para cumplir estos fines tiene un conjunto de deberes y derechos instrumentados a través de la norma jurídica. Su ejercicio y cumplimiento recae en la persona de los ascendientes padre —madre, abuelos y abuelas tanto por línea paterna como materna—. Se refiere tanto a la persona del(la) menor como a sus bienes, y tiene el objetivo, dicen los autores, de facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que padre y madre tienen sobre sus hijos e hijas.<sup>79</sup> Galindo Garfias sostiene que es un instituto necesario para la cohesión familiar y discute, al igual que otros autores nacionales y

<sup>79</sup> *Vid.*, Colín, Ambrosio y Capitant, Henri, *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, Bosch, 1954, tomo II, pp. 20 y ss.

extranjeros, sobre la denominación del mismo.<sup>80</sup> Efectivamente, no se trata de una potestad del padre sobre los(as) hijos(as) como su nombre lo indica, sino del conjunto de facultades y deberes que tienen tanto el padre como la madre en función de la atención que deben a sus hijos (as). En las ocasiones, que la propia ley señala, estas facultades y deberes pasan a los abuelos y abuelas.

Independientemente del carácter que haya tenido esta figura en el pasado, es interesante rescatar los lineamientos elaborados por el jurista mexicano Sergio García Ramírez.<sup>81</sup>

Este autor nos dice que el derecho contemporáneo protege la existencia y ampara el desarrollo del agregado familiar con una protección creciente a la mujer y notoria solicitud hacia los(as) menores. En este cambio de enfoques la patria potestad sufre una transformación y deja de ser un poder absoluto en manos del padre para convertirse en una función social en la cual está directamente interesado el Estado y que atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y niñas. El C.C., establece, literalmente, esta transformación: la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en forma conjunta, por interés público, es decir, no existe la libertad de ejercerla o no; la persona sobre la cual recae no tiene posibilidades de renunciar a su ejercicio, sólo se pueden conceder dispensas a quienes tengan más de sesenta años cumplidos o un mal estado habitual de salud que le impida atender debidamente el desempeño de la patria potestad (artículo 448 C.C.). Además es intransferible e imprescriptible.

Se dice que este conjunto de facultades y deberes tienen un contenido de orden natural, derivado de la procreación; un contenido afectivo, derivado del nexo que se establece en razón de este parentesco tan próximo; un carácter ético, derivado del deber moral que tienen padre y madre para atender los intereses de sus hijos(as) y de éstos para respetar y obedecer a aquéllos, y un contenido social, representado por la tarea que deben cumplir los progenitores en la socialización de hijos e hijas. Es importante señalar que, en todo caso, el ejercicio de la patria potestad está sujeto a las modalidades que dicten las autoridades en los términos de la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil del Distrito Federal, según reza el artículo 413 C.C.

<sup>80</sup> *Op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 656 y ss.

<sup>81</sup> "Lo social en los sistemas jurídicos constitucional e internacional contemporáneo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año I, núm. 1, enero-abril de 1968, pp. 148 y ss.

El C.C. señala que existen tres causas por las cuales se suspende el ejercicio de la patria potestad: por incapacidad, por la ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión (artículo 447 C.C.). Y su pérdida se da por cinco causas específicas (artículo 444 C.C.): por condena expresa a la pérdida de su ejercicio o cuando el(la) que la ejerce es condenado(a) dos o más veces por delitos graves, por conductas nocivas para los(as) hijos(as) las cuales se definen como: costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de sus deberes; por exposición de los(as) hijos(as) o por abandono de más de seis meses.

Finalmente, se señala que la patria potestad termina por la muerte de la persona que la ejerce, si ya no hay otro en quien recaiga; por la emancipación derivada del matrimonio, o porque el(la) hijo(as) haya alcanzado la mayoría de edad (artículo 443 C.C.).

## 2. Efectos en relación a la persona de los hijos

Galindo Garfias<sup>82</sup> nos señala que en este rubro es en donde se encuentra más fácilmente la coincidencia de los intereses público y privado, pues la autoridad del padre y la madre se atribuye con el fin de criar y educar a los(las) hijos(as). Para que ello sea posible tiene como efecto directo el surgimiento de una serie de deberes y facultades que recaen sobre quien las ejerce.

Entre éstos están el cuidado y custodia de los(as) hijos(as), su educación y corrección y su representación. Cada uno de éstos está ligado íntimamente a los otros y exige, a la vez, una obligación por parte del(la) menor. Así, el deber de cuidado y custodia exige que el(la) hijo(a) no pueda dejar la casa de quienes la ejercen sin su permiso; el deber de educación y corrección exige la obediencia del(la) menor, lo mismo que la facultad de la representación. Algunos autores, entre ellos Sara Montero,<sup>83</sup> señalan que estos deberes de los(as) hijos(as) no son derivados precisamente de la patria potestad, sino de la calidad de hijo (a), pues existen sin importar la edad, condición o estado de estos(as) últimos(as). Efectivamente, existen como deber moral impuesto por una tradición universalmente aceptada que constriñe a los(as) hijos(as) a respetar a su padre y madre. Sin embargo, en tanto deber jurídico, está referido especialmente al tiempo de la sujeción a la patria potestad. La sanción en caso de incumplimiento la encontramos como una de las cau-

<sup>82</sup> *Op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 666 y ss.

<sup>83</sup> *Op. cit.*, *supra* nota 33, pp. 346 y ss.

sas por las cuales cesa la obligación de dar alimentos, señaladas por el artículo 320 C.C.

El deber de educar y corregir ha sufrido una evolución significativa, sobre todo porque anteriormente este deber implicaba la facultad de castigar a los(as) menores, con lo cual se justificaban las lesiones que padre, madre o abuelos(as) inflingían a los(as) menores con ese pretexto. Actualmente el Código Penal en su artículo 347 sanciona estas lesiones, excepto cuando se trata de “golpes y violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección”.

En el C.C. esta facultad de castigar se cambió por el deber de “observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo” (artículo 423 C.C.). Reforma muy aplaudida en los círculos académicos de nuestro país. Sin embargo, encierra, desde mi punto de vista, un peligro por la ambigüedad que implica el concepto de conducta que sirva de “buen ejemplo” en el cual va implícito un ideal moralista de la sociedad que puede no respetar las diferentes formas de vida de hombres y mujeres. De esta manera, con este concepto, se puede configurar la causal enumerada en la fracción III del artículo 444 C.C. a fin de privar a un padre o madre del ejercicio de la patria potestad, sólo porque su conducta sea considerada “moralmente” dañina para el hijo o hija, sin tomar en consideración la calidad de la relación que exista entre ellos. Sería el caso, por ejemplo, de un(a) disidente político(a) cuya conducta sea reprochable por los grupos en el poder precisamente porque atenta contra los esquemas establecidos. Por ello, es importante que el criterio de los(as) juzgadores(as) sea amplio al tratar los asuntos del orden familiar.

### *3. Efectos en relación a los bienes de los hijos*

Por razón de este instituto los ascendientes que ejercen la patria potestad administran y usufructúan los bienes del(la) menor: lo(la) representan en toda clase de actos jurídicos tanto dentro como fuera de juicio. Esta facultad se ejerce en razón de que el(la) menor no puede por sí mismo(a) disponer de sus bienes. Sin embargo, se trata de facultades limitadas, pues la administración y el usufructo no comprenden los bienes adquiridos por otra causa distinta (herencia, donación, legado, etcétera) le pertenecen al(la) menor tanto la propiedad de los mismos como la mitad del usufructo, a menos que el autor de la herencia, donación o legado haya dispuesto que el(la) menor disfrute totalmente del usufructo.

La administración también es una facultad limitada en sí misma, ya que no comprende la libre disposición de los bienes del(la) hijo(a), pues atentaría contra el principio de conservación de dichos bienes que impera en este instituto. Cuando sea de absoluta necesidad o evidente beneficio para el(la) hijo(a) la disposición de ciertos bienes, el(la) ascendiente que ejerce la patria potestad deberá solicitar autorización al juez de lo familiar para la ejecución de los actos tendentes a ello y será en este momento cuando se demuestren los extremos de necesidad o beneficio a que hace referencia la ley. El juzgador está obligado, además, a cuidar que el producto de la disposición de los bienes se invierta en favor del(la) menor.

La representación legal derivada de la patria potestad también tiene ciertos límites, de tal suerte que quien la ejerce no puede celebrar contrato de arrendamiento por más de cinco años; recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donaciones de los bienes o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en su representación (artículo 436 C.C.).

En este contexto limitativo se ubica el concepto de “buen padre de familia” bajo cuyo criterio se evalúa la gestión de los bienes del(la) menor. Concepto ambiguo que quiere significar la buena fe y aplicación que se tiene en la administración y representación como efectos de la patria potestad y que justifica la interpretación de los artículos 430, 441 y 442 C. C. en el sentido de que es posible exigir responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados al(la) hijo(a) por la mala administración o abuso en la representación.

## VII. ASPECTOS ECONÓMICOS DE LA FAMILIA

### 1. *Alimentos*

Este concepto define el deber recíproco que tienen determinadas personas de proporcionar a otras igualmente determinadas los elementos que permiten su subsistencia tales como casa, vestido, comida, asistencia en casos de enfermedad y, tratándose de menores de edad, los gastos para sufragar su educación. El C.C. reconoce a este deber y al derecho que le es correlativo, como un deber-derecho de contenido tanto patrimonial como ético, pues a través de él se pretende proporcionar a un ser humano determinado los satisfactores a sus necesidades

físicas e intelectuales de tal suerte que, satisfechas éstas, pueda cumplir su propio destino. Por estas razones se le califica a las normas que lo regulan, como normas de orden público e interés social, pretendiendo, con ello, evitar que negociaciones entre las partes o acciones judiciales, como embargos, impidan al acreedor(a) alimentario(a) recibir estos satisfactores indispensables para su subsistencia.

Estas características resumen lo social, moral y jurídico que califica a esta figura. Social, porque a la sociedad le interesa la subsistencia de los miembros del grupo familiar; moral, porque es en los vínculos afectivos que encontramos entre determinadas personas en donde se perfila el fundamento original de velar por quienes necesitan ayuda o asistencia, y jurídico, porque a través del derecho se pretende hacer coercible el cumplimiento de esta obligación.<sup>84</sup>

En tanto obligación tiene, además, las siguientes características: personalísima, dado que gravita sobre una persona, a favor de otra, en determinadas circunstancias y en razón de la existencia de un vínculo jurídico que las une; es de interés general pues, a diferencia de otras obligaciones personalísimas, se prevé que aun el Ministerio Público ejercite las acciones correspondientes para obligar al(la) deudor(a) a cumplir su obligación y ésta se cumple inclusive contra la voluntad del(la) propio(a) acreedor(a); es condicional en la medida en que sólo existe cuando se reúnen todos los elementos exigidos por la ley tanto en relación a la persona del(la) deudor(a) y del(la) acreedor(a) como a las circunstancias que los(as) rodean; es de contenido variable dado que existe la posibilidad de que cambien las circunstancias de las partes y, por lo tanto, que cambien el contenido y la forma de la propia obligación.

En tanto derecho, es intransferible, pues existe el interés general de que la pensión, a través de la cual se cumple la obligación, sea aplicada sólo en la satisfacción de las necesidades básicas del(la) acreedor(a) alimentario(a); es irrenunciable y no admite transacción o compromiso en árbitro; es un derecho inembargable y no sujeto a secuestro o compensación de créditos.

En tanto institución de derecho de familia, los alimentos han de ser proporcionales de tal suerte que el(la) acreedor(a) reciba lo necesario para su manutención y el(la) deudor(a) no sacrifique su propio sustento, debiendo existir una relación entre las necesidades del(la)

<sup>84</sup> Una explicación más amplia sobre los alimentos y los derechos y obligaciones que surgen en ellos se puede encontrar en mi libro *La obligación alimentaria: deber jurídico, deber moral*, México, UNAM-Porrúa, 1989, *passim*.

acreedor(a) y los recursos del(la) deudor(a). Son también recíprocos en la medida en que se establece una correspondencia entre el(la) acreedor(a) y el(la) deudor(a) de hoy frente a los cambios en las circunstancias del día de mañana.<sup>85</sup>

Todos los sistemas normativos contemplan, en el ámbito familiar, una obligación de este tipo. Casi siempre su denominación hace referencia a los satisfactores tanto físicos como morales para el desarrollo humano. Ante esta coincidencia me he preguntado sobre la razón o el fundamento primario de esta obligación, así como está estructurada, y considero que este fundamento no es otro que el derecho a la vida.

Es decir, los alimentos deben verse como el elemento material que permite a hombres y mujeres satisfacer sus impulsos biológicos positivos, de tal suerte que puedan integrarse a la humanidad, a la naturaleza y a sí mismos sin perder su propia individualidad. Así considerados, se entiende que la obligación alimentaria gravita sobre toda la comunidad, lo cual, hasta cierto punto es cierto. Sin embargo, existen nexos afectivos y biológicos que vinculan, en primera instancia, a determinadas personas, las cuales están llamadas, por la legislación, a cumplir con esta obligación de solidaridad humana. Ellas son: los cónyuges, los concubinos, las ascendientes respecto de los descendientes y estos respecto de aquéllos, los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado y el(la) adoptante y el(la) adoptado(a) entre sí.

La obligación se cumple fijando una pensión alimenticia o incorporando al(la) acreedor(a) alimentario(a) a la familia del(la) deudor(a). La cuantía de la pensión se fija atendiendo al principio de proporcionalidad a que ya hice referencia en párrafos anteriores.

El cumplimiento de la obligación se puede exigir a través de dos acciones diferenciadas doctrinalmente, pero integradas en la práctica: la acción de aseguramiento, regulada por el C.C. y la del pago propiamente dicha, regulada por el Código de Procedimientos Civiles. La primera tiene como fin garantizar al(la) acreedor(a) que, en lo futuro, recibirá lo necesario para su manutención y la segunda pretende hacer que el(la) deudor(a) pague lo ya erogado en el sostenimiento del(la) acreedor(a) y el señalamiento de la pensión.<sup>86</sup>

En virtud de que la obligación de dar alimentos existe cuando frente a la necesidad del(la) acreedor(a) de recibirlos hay la posibilidad del(la)

<sup>85</sup> En la literatura podemos encontrar autores que cuestionan estas características, por ejemplo tenemos el artículo de Giuseppe Tamburrino "Alimenti, diritto civile", *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, tomo II.

<sup>86</sup> Los artículos 315 y 316 C.C. señalan quienes pueden pedir el aseguramiento de los alimentos y el 317 las formas como se aseguran.

deudor(a) para satisfacerlos, el C.C. señala que cesa la obligación de ministrarlos cuando no se den cualquiera de estos supuestos. Además, son causas de terminación de esta obligación: las injurias, faltas o daños graves ocasionados por el(la) acreedor(a) al(la) deudor(a); cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o la falta de aplicación al trabajo del(la) acreedor(a) alimentario(a), y el abandono de la casa del(la) deudor(a) sin su consentimiento y por causas no justificables (artículo 320 C.C.).

## 2. *Los regímenes patrimoniales del matrimonio*

A través de éstos se pretende establecer una serie de reglas que faciliten a los cónyuges la administración de los bienes que se aportan a la comunidad de vida por uno o por ambos cónyuges, ya sea que se hubiesen adquirido antes de contraer nupcias o durante el matrimonio. La legislación mexicana ha establecido, tradicionalmente dos: la sociedad conyugal y la separación de bienes. En el país sólo existió este último durante la vigencia de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. Actualmente, el C.C. establece que el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo uno de los dos (artículo 178), los cuales han de constituirse mediante las capitulaciones matrimoniales, definidas éstas como los pactos que celebran los cónyuges antes de la celebración del matrimonio o durante éste, para constituir uno de los dos regímenes y regular la administración de los bienes en uno y otro caso (artículos 179 y 180).

Existen, también, una serie de disposiciones para normar las donaciones, tanto aquellas que se realizan entre consortes durante el matrimonio como las que se realizan antes de la celebración del matrimonio.

### a) Sociedad conyugal

Supuestamente este régimen se rige por las capitulaciones que realicen los cónyuges para constituir la y en lo que no esté expresamente pactado se aplicará, supletoriamente, lo establecido para las sociedades civiles.

Se discute ampliamente sobre la naturaleza jurídica de esta sociedad pretendiendo equipararla precisamente a la sociedad civil, sin embargo, son figuras con fines y objetos diferentes que sólo aceptan comparación por el nombre que llevan.

Es un régimen al que se recurre con cierta frecuencia. Pero, hasta ahora no se tiene conocimiento en el Distrito Federal de un sólo matrimonio que hubiera realizado capitulaciones matrimoniales para constituir, de ahí que, a la hora de su liquidación genere muchos conflictos.

Supuestamente las capitulaciones correspondientes deben constar en escritura pública cuando se pacte la participación o transferencia de bienes que así lo requieran (artículo 185 C.C.) y deben, en todo caso contener:

—Lista detallada de los bienes inmuebles que cada cónyuge lleve a la sociedad, con la mención de su valor y los gravámenes que reporten;

—Lista especificada de los bienes muebles que cada cónyuge aporte a la sociedad;

—Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder por ellas o si sólo lo hará de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por uno o por ambos consortes;

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

—Declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de los consortes o sólo sus productos. En uno y otro caso se determinará con toda precisión la parte que corresponde a cada cónyuge;

—Declaración de si el producto del trabajo de cada cónyuge corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;

—Declaración de quién ha de ser el administrador y las facultades que se le conceden;

—Declaración acerca de los bienes futuros, expresándose si han de pertenecer exclusivamente al cónyuge que los adquirió o si han de repartirse y en qué proporción, y

—Las bases para liquidar la sociedad.

Este simple repaso nos muestra cuán alejada está la normatividad de la realidad a que, supuestamente, ha de aplicarse y ya no es necesario estudiar el contrato de sociedad civil para entender que, realmente, en México este régimen no existe y que los tribunales y notarios han constituido un régimen supletorio que podría denominarse de comunidad de bienes en los casos concretos en que les toca intervenir.

Independientemente del capítulo correspondiente, la sociedad conyugal nace por la declaración que hacen los futuros consortes en el formu-

lario que han de llevar ante el Registro Civil cuando solicitan contraer nupcias, por lo tanto empieza a surtir efectos a partir de la celebración misma. Estableciéndose ya la costumbre de que le corresponde a cada cónyuge el 50% de los bienes que se adquieran durante el matrimonio. Para evitar conflictos los notarios exigen en toda transmisión de propiedad que las partes exhiban, si fuere el caso, sus actas de matrimonio y, si de ellas se desprende la sociedad conyugal, inscriben el bien que se transmite a nombre de ambos cónyuges, si se trata de adquirente, o asientan la voluntad de ambos, si se trata de los enajenantes. Ello, no evita problemas, pues basta que quien no desee hacer participe a su cónyuge de los bienes que adquiere, declare ante el notario ser soltero y, como no hay norma aplicable a este caso, los bienes serán exclusivos de éste.

Por ello, sería conveniente adecuar las normas a nuestra realidad y definir este régimen como fue concebido por el legislador de 1928, quién en la Exposición de Motivos así lo expresa. Parte de la doctrina mexicana también se inclina por definir y regular a este régimen como una comunidad de bienes. Es el caso de Galindo Garfias,<sup>87</sup> Martínez Arrieta,<sup>88</sup> Magallón Ibarra.<sup>89</sup>

#### b) Separación de bienes

En este régimen cada cónyuge conserva el dominio y la propiedad de los bienes de los cuales son dueños al contraer nupcias y de aquellos que se adquieran durante el matrimonio. La ley exige, también en este caso, la realización de capitulaciones matrimoniales en donde debe hacerse un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio, así como una nota pormenorizada de las deudas que cada cónyuge tenga al casarse (artículo 211 C.C.). Estas capitulaciones pueden hacerse antes de la celebración del matrimonio o durante el mismo, sin embargo, es un requisito que no se cumple. Se puede afirmar que, en este caso, la omisión de las capitulaciones es menos importante que en el caso de la sociedad conyugal, lo cual es cierto; pero, no deja de ser preocupante que exista tal divorcio entre la legislación que norma las relaciones patrimoniales de los cónyuges y la vida cotidiana dentro del matrimonio.

<sup>87</sup> *Op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 551 y ss.

<sup>88</sup> Martínez Arrieta, Sergio, *El régimen patrimonial del matrimonio en México*, México, Porrúa, 1984, pp. 87 y ss.

<sup>89</sup> *Op. cit.*, *supra* nota 29, pp. 319 y ss.

También en la separación de bienes, como en todo acto o hecho jurídico, el marido responde a la mujer y ésta a aquél de los daños y perjuicios que se causen por dolo, culpa o negligencia (artículo 218 C.C.).

El artículo 208 C.C. crea la posibilidad del régimen mixto, que se regirá, según sea el caso, por los artículos inherentes a la comunidad de bienes y por aquellos relativos a la separación de bienes.

### c) Donaciones antenuptiales y entre consortes

El C.C. contiene dos apartados que regulan las donaciones en la circunstancia específica del matrimonio. Se llaman donaciones antenuptiales aquellas que hace el varón a la mujer o ésta a aquél antes del matrimonio o las que hacen terceros(as) a uno o o ambos consortes en consideración del futuro matrimonio.

En razón de que se realizan precisamente con miras a un futuro matrimonio se diferencian de las donaciones comunes, en primer lugar, porque quedan sin efecto si el matrimonio deja de efectuarse (artículo 230 C.C.). Además, no necesitan la aceptación expresa del (la o los) donatarios para su validez (artículo 225 C.C.); no se revocan por sobrevenir hijos al donante (artículo 226 C.C.); ni por ingratitud, a menos que el donante fuere un extraño, siempre y cuando la donación hubiere sido hecha a ambos cónyuges y ambos fueren ingratos (artículo 227 C.C.).

A diferencia de las comunes, las donaciones antenuptiales son revocables por adulterio o abandono injustificado del domicilio conyugal, cuando la donación se hizo por el otro cónyuge (artículo 228 C.C.).

Finalmente, se especifica que las donaciones antenuptiales entre los esposos no pueden exceder, reunidas, de la sexta parte de los bienes del donante. Si así fuere, el exceso se considerará inoficioso (artículo 221 C.C.). Tratándose de donaciones hechas por extraños son inoficiosas en los términos de las comunes (artículo 222 C.C.).

Tratándose de donaciones entre consortes durante el matrimonio, nuestro ordenamiento especifica que pueden ser realizadas siempre que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales y que no perjudiquen el derecho de los descendientes y ascendientes a percibir alimentos (artículo 232 C.C.). Son revocables, por causa justificada mientras subsista el matrimonio y no son anulables por supervivencia de hijos, sólo son reducibles por inoficiosas en los mismos términos que las comunes (artículos 233 y 234 C.C.).

### 3. *El patrimonio de familia*

Es esta una figura introducida en nuestro ordenamiento civil como resultado de un cambio en la concepción individualista de la propiedad que responde a los postulados del artículo 27 constitucional. Originalmente, según se desprende de la exposición de motivos del anteproyecto, el capítulo correspondiente estaba ubicado en el libro segundo que se refiere a los bienes. Sin embargo, finalmente se le incluyó en el primero como colofón a la parte correspondiente a la familia, aunque quedó separado de ésta por las normas relativas a los ausentes e ignorados.

Sara Montero Dubalt<sup>90</sup> afirma que esta institución encuentra su antecedente en las parcelas que se adscribían a las familias que habitaban en los *calpulli*. Más adelante, señala, el Fuero Viejo de Castilla instituyó una figura similar en favor de los campesinos.

Si bien esto es cierto, parece existir consenso entre la doctrina nacional en señalar que el antecedente inmediato de este instituto es el *homestead* de los Estados Unidos.<sup>91</sup>

Galindo Garfias,<sup>92</sup> señala que “los bienes que constituyen el patrimonio familiar consolidan económicamente a la familia” desde dos vertientes: por un lado lo hacen mediante la afectación de ciertos bienes, que lo han de constituir, a la satisfacción de las necesidades de este grupo social; y por otro, los sustraen de la acción de los acreedores para que puedan cumplir su destino de servir al sustento de los miembros del grupo. Para que esto pueda ser posible el legislador determinó que los bienes que constituyen el patrimonio de familia son inalienables, inembargables y no podrán estar sujetos a gravamen alguno (artículo 727 C.C.).

Pueden ser objeto de este patrimonio especial la casa habitación familiar y la parcela cultivable (artículo 723 C.C.), siempre y cuando no excedan de la cantidad que resulte de multiplicar por 3650 el importe del salario general diario vigente en el Distrito Federal al momento de constituirse dicho patrimonio (artículo 730 C.C.). Una vez constituido los miembros del grupo familiar tienen derecho de disfrutar de los bienes ya sea habitando la casa o aprovechando los frutos de la parcela, siendo estos derechos intransmisibles (artículos 724 y 725 C.C.).

<sup>90</sup> *Op. cit.*, *supra* nota 33, pp. 397 y ss.

<sup>91</sup> *Vid, ibidem*; Magallón Ibarra, *op. cit.*, *supra* nota 29, pp. 575 y 576; Galindo Garfias, *op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 704 y 705.

<sup>92</sup> *Op. cit.*, *supra* nota 21, p. 702.

Quien desee constituir este patrimonio deberá demostrar: que es mayor de edad o que está emancipado; que está domiciliado en el lugar en donde se quiere constituir el patrimonio; que existe la familia en cuyo favor se va a constituir y el vínculo que lo une a ella; que los bienes que se van a afectar son patrimonio del constituyente; que no reportan gravámenes o servidumbre, y que no exceden del valor fijado en el artículo 730 para ello (artículo 731 C.C.).

Si se trata de la constitución de este patrimonio con terrenos pertenecientes al gobierno federal o al del Distrito Federal, o que fueren adquiridos por expropiación, según lo dispuesto por la Constitución, o adquiridos expresamente para la formación del patrimonio de las familias de escasos recursos, entonces se deberá comprobar que es mexicano; su aptitud para desempeñar algún oficio, profesión, industria o comercio; que poseen los instrumentos necesarios para ejercer la ocupación a que se dediquen; el promedio de sus ingresos; que carece de bienes (artículo 737 C.C.).

Este patrimonio se extingue cuando todos los beneficiarios dejen de tener derecho a percibir alimentos; cuando la familia deje de habitar, sin causa justificada por más de un año, la casa que debe servirles de morada o de cultivar la parcela por dos años consecutivos; cuando se demuestre que hay gran necesidad o notoria utilidad para la familia de que el patrimonio quede extinguido; cuando los bienes que lo constituyan se expropian por causa de utilidad pública o cuando se declare judicialmente nula o rescindida la venta de los bienes a que se hizo referencia en el párrafo anterior (artículo 741 C.C.).

Es indudable que este instituto responde a una necesidad social de protección al núcleo familiar, pero la falta de coherencia y sistematización lo hacen ineficaz. Algunos críticos expresan que el hecho mismo de su constitución es absurdo, pues es incongruente que un grupo, que no tiene reconocida personalidad jurídica, como es la familia, cuente con un patrimonio. Los argumentos que expresan no dejan de tener cierta validez. Sin embargo, la necesaria cohesión del grupo permite la expresión y formación de un patrimonio para los fines expuestos inicialmente, lo único que haría falta es un poco de voluntad política para revisar el instituto y adecuarlo a las necesidades de nuestras familias hoy en día, además de que se le dé difusión, pues si no se constituyen estos patrimonios es por la ignorancia de las personas.