



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

PROGRAMA DE DERECHO CIVIL I "De las personas y de la Familia".

Elvira Villalobos Chaparro.

Tesis presentada para optar por el grado de
Maestro en Derecho Comercial y de la Empresa
con Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios
de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA.
según acuerdo número 984163 con fecha 17-VIII-98.

Zapopan, Jal., abril de 2006.



61878



CLASIF: TE MDC 2006 VII

ADQUIS: 61,878 g1

FECHA: 15/02/07

DONATIVO DE SI

\$ 356 h. ; 28 cm. + 1 disco óptico de computadora; 4 3/4 plg.

346.01: VIL 2006

500 - Publicada también en forma electrónica en formato PDF a través de World Wide Web

502 Tesis (Maestría) - Universidad Panamericana Campus Guadalajara, 2006

504 Bibliografía: h. 353-356

1. Tesis y disertaciones académicas - Universidad Panamericana Campus Guadalajara

2. Derecho civil

3. Derecho de familia

4. Personas (Derecho)

5. Relaciones de familia



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

PROGRAMA DE DERECHO CIVIL I "De las personas y de la Familia".

Elvira Villalobos Chaparro.

Tesis presentada para optar por el grado de
Maestro en Derecho Comercial y de la Empresa
con Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios
de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 984163 con fecha 17-VIII-98.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA
BIBLIOTECA

Zapopan, Jal., abril de 2006.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

DR. JUAN DE LA BORBOLLA RIVERO
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE
EXÁMENES DE GRADO
P R E S E N T E .

Me permito hacer de su conocimiento que la Licenciada **Elvira Villalobos Chaparro** de la Maestría en Derecho Comercial y de la Empresa, ha concluido satisfactoriamente su trabajo de titulación con la alternativa TESIS, titulada:

“ Programa de Derecho Civil I, “De las personas y de la familia”

Manifiesto que, después de haber sido dirigida y revisada previamente, reúne todos los requisitos técnicos para solicitar fecha de Examen de Grado.

Agradezco de antemano la atención prestada y me pongo a sus órdenes para cualquier aclaración.

A T E N T A M E N T E

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Armando', written over a horizontal line.

DR. ARMANDO ENRIQUE CRUZ COVARRUBIAS
ASESOR DE TESIS



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

**ELVIRA VILLALOBOS CHAPARRO
PRESENTE**

En mi calidad de presidente de la Comisión de Exámenes de Grado, y después de haber analizado el trabajo de titulación presentado por usted en la alternativa de **TESIS**, titulada:

“ Programa de Derecho Civil I, “De las personas y de la familia”

Le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos en vigor para ser presentado ante el H. Jurado del Examen de Grado, por lo que deberá de entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

ATENTAMENTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Borbolla R.', written over a horizontal line.

**DR. JUAN DE LA BORBOLLA RIVERO
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN**

1.- TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN.

PROGRAMA DE DERECHO CIVIL 1. “DE LAS PERSONAS Y DE LA FAMILIA”

2.- JUSTIFICIÓN.

Durante los más de diez años en que he tenido la oportunidad de impartir el curso de Derecho Civil I a los alumnos de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, no he podido encontrar un texto que satisfaga las necesidades de los estudiantes que, siendo todavía adolescentes, encuentran muy difícil su estudio en libros que tratan y analizan estas instituciones en base a su regulación jurídica por ordenamientos legales que no son los que ellos van a utilizar, como herramientas de trabajo, en el ejercicio de su profesión.

Motivada por mi deseo de elaborar un manual o programa que, al mismo tiempo que me permita obtener el grado de maestría, permita a mis alumnos un estudio más fácil y satisfactorio de la materia, me propongo llevar a cabo un análisis de las instituciones de derecho de familia y de las personas jurídicas, dentro del marco del Derecho Civil del Estado de Jalisco.

3.- OBJETIVOS.

8.1 Objetivo Principal o General.

Elaborar un programa que pueda servir de base a los alumnos de la licenciatura en Derecho, para el estudio de la materia de Derecho Civil I.

8.2 Objetivos Particulares:

8.2.1 Analizar la regulación de las personas jurídicas en el Código Civil del Estado de Jalisco vigente en la actualidad y proponer algunas modificaciones al respecto.

8.2.2. Hacer un análisis de las instituciones jurídicas familiares a la luz del Código Civil del Estado de Jalisco y hacer algunos señalamientos que pudieran generar algunos cambios y mejoras en su regulación.

4.- METODOLOGÍA.

El presente trabajo se desarrollará en trece capítulos, a través de un análisis deductivo tanto de los ordenamientos aplicables a la materia como de la doctrina de connotados autores que han incursionado en este campo.

Para ello, recurriremos a los doctrinistas señalados en la bibliografía, así como a la legislación nacional e internacional ahí mismo señalada.

Con el objeto de lograr los objetivos planteados, se harán esfuerzos sostenidos de análisis y de síntesis. Asimismo, utilizaremos tanto la inducción como la deducción y el estudio comparativo de algunas legislaciones civiles nacionales e internacionales que regulan nuestra materia.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I	
NOCIONES GENERALES DE DERECHO.	
1.- NOCIÓN DEL DERECHO.	
1.1.- Generalidades.	4
1.2.- Clasificación del Derecho.	7
1.1.1.- Clasificación del Derecho normativo.	10
1.1.2.- Características de las normas jurídicas.	10
1.1.3.- Relaciones entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo.	11
1.2.- Clasificación del derecho positivo normativo.	13
2.- HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS.	
2.1.- Generalidades.	15
2.2.- Clases de ineficacias de los actos jurídicos en el Código Civil de Jalisco.	19
a) Nulidad absoluta.	19
b) Nulidad relativa.	19
c) Revocación.	20
d) Resolución o rescisión.	20
e) Inoponibilidad.	20
f) Inoficiosidad.	21
g) Reductibilidad.	21
3.- FUENTES DEL DERECHO CIVIL.	
3.1.- Generalidades.	21
3.2.- Clases de fuentes:	22
a) Legislación.	22
b) Jurisprudencia.	23
c) Principios generales del Derecho.	24
d) Costumbre.	24
e) Fuentes particulares.	25
4.- VIGENCIA DE LA LEY.	
4.1.- Generalidades.	25
4.2.- Retroactividad de la ley.	26
5.- CONCEPTO, HISTORIA, UBICACIÓN Y DIVISIÓN DEL DERECHO CIVIL.	
5.1.- Concepto.	26
5.2.- Breve historia del Derecho Civil.	27
5.3.- Ubicación del Derecho Civil.	28
5.4.- División del Derecho Civil	28

CAPÍTULO II PERSONAS

1.- GENERALIDADES.

- 1.1.- Concepto de persona. 30
- 1.2.- Características o rasgos fundamentales de la persona humana. 30
 - a) Cuerpo material orgánico. 30
 - b) Alma espiritual. 31

2.- DIFERENCIA ENTRE PERSONA JURÍDICA Y PERSONALIDAD JURÍDICA.

- 2.1.- Persona jurídica. 34
- 2.2.- Personalidad jurídica. 35

3.- CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 35

CAPÍTULO III PERSONAS JURÍDICAS INDIVIDUALES

1.- INICIO Y EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA INDIVIDUAL Y DE SU PERSONALIDAD JURÍDICA.

- 1.1.- Inicio. 37
- 1.2.- Extinción. 37

2.- DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

- 2.1.- Concepto. 38
- 2.2.- Diferencia entre los derechos humanos fundamentales y los derechos de la personalidad. 39
- 2.3.- Características de los derechos de la personalidad. 40
- 2.4.- Análisis de los derechos de la personalidad. 42
 - A.- Enumeración. 42
 - B.- De los derechos de la personalidad en particular: 42
 - I.- Derecho a la vida. 42
 - I.1.- Atentados contra la vida. 43
 - I.2.- Reparación del daño por violación al derecho a la vida. 44
 - II.-Derecho a la integridad física. 44
 - II.1.- Atentados contra la integridad física. 44
 - II.2.- Reparación del daño por violación al derecho a la integridad física y psíquica. 46
 - III.-Derecho al respeto a los afectos, sentimientos y creencias. 46
 - III.1.- Atentados contra el respeto a la libertad de creencias. 47
 - III.2.- Reparación del daño por violación al derecho a la libertad de afectos, sentimientos y creencias. 48
 - IV.a.- Derecho al honor y a la fama. 48
 - IV.a.1.- Violación al derecho al honor y a la fama. 49
 - IV.a.2.- Reparación del daño por violaciones al honor y a

la fama.	49
IV.b.- Respeto al trabajo u ocupación.	49
IV.b.1.- Violación al derecho al trabajo.	50
V.- Derecho al nombre.	50
V.1.- Violaciones al derecho al nombre.	50
VI.-Derecho a la presencia física, a la imagen y a la voz de las personas.	51
VI.1.- Violación al respeto a la presencia física, a la imagen y a la voz.	51
VII.- Derecho al secreto epistolar, telefónico y testamentario.	51
i).- Secreto epistolar, telefónico y de comunicación teleimpresa.	51
ii).- Secreto profesional.	52
iii).- Secreto tstatementario.	52
VIII.- Derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar.	53
IX.- Respeto a la información privada.	53
2.5.- Límites al ejercicio de los derechos de la personalidad.	54
2.6.- Protección civil a los derechos de la personalidad.	55

3.- ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

I.- Personalidad jurídica.	56
I.1.- Grados en la capacidad jurídica.	57
I.2.- Capacidad y legitimación.	58
I.3.- Causas de incapacidad.	58
I.4.- Estado de interdicción.	59
I.5.- Emancipación.	59
II.- Patrimonio.	60
II.1.- Patrimonio económico.	61
II.2.- Patrimonio moral.	61
II.3.- Patrimonio social.	61
III.- Nombre.	61
III.1.- Concepto.	61
III.2.- Cambio de nombre.	61
III.3.- Seudónimo.	62
III.4.- Firma.	63
IV.- Domicilio.	63
IV.1.- Clases de domicilio.	63
IV.2.- Presunción de ausencia.	64
V.- Estado civil.	69
V.1.- Concepto.	69
V.2.- Reconocimiento de hijo.	70
V.3.- Prueba del estado civil.	70

4.- EL REGISTRO CIVIL	
4.1.- Antecedentes históricos.	71
4.2.- El Registro Civil en el Estado de Jalisco.	71
4.2.1.- Concepto.	72
4.2.2.- Características.	72
4.2.3.- Estructura y funcionamiento.	72

CAPÍTULO IV
PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS

1.- NATURALEZA JURÍDICA Y CLASIFICACIÓN.	
1.1.- Naturaleza jurídica.	76
1.2.- Clasificación.	77
a).- Personas colectivas de derecho público.	77
b).- Personas colectivas de derecho privado.	78
c).- Personas colectivas de derecho social.	78
2.- INICIO Y EXTINCIÓN DE LAS PERSONAS COLECTIVAS.	
2.1.- regulación jurídica.	78
3.- ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS COLECTIVAS.	
a).- Nombre o denominación.	79
b).- Domicilio.	79
c).- Patrimonio.	80
d).- Nacionalidad.	80
5.- ANÁLISIS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS EN EL DERECHO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO.	
I.- Asociación civil.	80
I.1.- Concepto.	80
I.2.- Constitución.	81
I.3.- Estructura y funcionamiento.	81
I.4.- Extinción.	83
II.- Fundaciones.	84
II.1.- Concepto.	84
II.2.- Constitución.	84
II.3.- Órganos que intervienen en su constitución.	85
II.4.- Órganos de la fundación.	86
II.5.- Extinción y liquidación.	87
III.- Sociedades civiles.	88
III.1.- Concepto.	88
III.2.- Naturaleza jurídica.	88
III.3.- Elementos.	88
III.4.- Nulidad.	91
III.5.- Órganos.	92
III.6.- Disolución.	94
III.7.- Liquidación.	95

IV.- Sociedades extranjeras.	96
IV.1.- Concepto.	96
IV.2.- Requisitos.	96

CAPÍTULO V
SECCIÓN PRIMERA
FAMILIA Y MATRIMONIO

1.- LA FAMILIA.

1.1.- Concepto.	98
1.2.- Origen y funciones.	98

2.- LOS ESPONSALES.

2.1.- Concepto.	102
2.2.- Regulación legal.	102

3.- EL MATRIMONIO.

3.1.- Generalidades.	103
3.2.- Definición legal.	104
3.3.- Propiedades.	105
3.4.- Fines.	106
3.5.- Elementos.	106
3.6.- Impedimentos.	111
3.7.- Efectos.	117

4.- RÉGIMENES PATRIMONIALES DENTRO DEL MATRIMONIO.

4.1.- Generalidades.	123
4.2.- Breves antecedentes históricos.	124
4.3.- Especies de regímenes en el Código Civil de Jalisco.	126
I.- Sociedad legal.	126
a).- Concepto.	126
b).- Naturaleza jurídica.	126
c).- Bienes que integran el patrimonio común.	126
d).- Administración del patrimonio.	127
e).- Bienes propios y bienes comunes.	128
f).- Suspensión, disolución y liquidación.	131
II.- Sociedad conyugal.	134
a).- Concepto.	134
b).- Naturaleza jurídica.	135
c).- Constitución.	135
d).- Capitulaciones matrimoniales.	136
e).- Bienes que la integran.	138
f).- Suspensión, disolución y liquidación.	139
III.- Separación de bienes.	140
a).- Concepto.	140
b).- Constitución.	140
c).- Especies.	140
d).- Cláusulas que pueden establecerse en las capitulaciones.	141
e).- Modificación.	141

5.- DONACIONES CON MOTIVO DEL MATRIMONIO.

5.1.- Donaciones antenuupciales.	141
a).- Concepto.	141
b).- Sujetos activos.	142
c).- Diferencias entre las donaciones comunes y las donaciones antenuupciales.	142
5.2.- Donaciones entre consortes.	145
a).- Concepto.	145
b).- Naturaleza jurídica.	145
c).- Sujetos.	146
d).- Limitaciones.	146
e).- Causas de revocación..	146

CAPÍTULO V

SECCIÓN SEGUNDA

EL MATRIMONIO

1.- NULIDADES MATRIMONIALES.

1.1.- Generalidades.	147
1.2.- Nulidades matrimoniales en Jalisco.	148
1.2.1.- Ilegitimidad por ineficacia.	148
1.2.2.- Ilegitimidad por invalidez.	149
1.2.3.- Ilícitud en el matrimonio.	154
1.3.- Efectos de la declaración de ilegitimidad matrimonial.	155

2.- DIVORCIO.

2.1.- Consideraciones previas.	159
2.2.- Antecedentes históricos en México.	160
2.3.- El divorcio en la legislación civil mexicana.	162

3.- SEPARACIÓN PERSONAL.

3.1.- Generalidades.	165
3.2.- Procedimiento judicial.	169

4.- EL DIVORCIO EN JALISCO.

4.1.- Concepto.	172
4.2.- Especies.	172
A.- Divorcio contencioso o necesario.	172
a).- Concepto.	172
b).- Medidas provisionales.	174
c).- Presentación de la demanda.	175
d).- Efectos del divorcio.	175
e).- Disposiciones varias.	177
B.- Divorcio por mutuo consentimiento.	177
a).- Concepto.	177
b).- Requisitos.	177

c).- Efectos.	178
5.- EL CONCUBINATO.	
5.1.- Concepto.	179
5.2.- Regulación jurídica.	180
CAPÍTULO VI	
PARENTESCO Y ALIMENTOS	
1.- EL PARENTESCO.	
1.- Generalidades.	183
1.1.- Parentesco de consanguinidad.	184
1.2.- Parentesco de afinidad.	185
1.3.- Parentesco civil.	186
1.4.- Líneas y grados de parentesco.	186
1.4.- Representación gráfica de las líneas de parentesco.	187
1.5.- Incompatibilidades que nacen del parentesco.	188
2.- ALIMENTOS.	
2.1.- Generalidades..	189
2.2.- Presupuestos o requisitos de existencia.	191
2.3.- Prestaciones que comprenden los alimentos.	191
2.4.- Características.	191
2.5.- Extinción.	194
CAPÍTULO VII	
PATERNIDAD Y FILIACIÓN	
1.- GENERALIDADES.	
1.1.- Concepto.	195
1.2.- Filiación matrimonial y extramatrimonial.	195
1.3.- Establecimiento de la paternidad-filiación.	196
2.- FILIACIÓN DENTRO DEL MATRIMONIO.	
2.1.- Presunción de paternidad.	197
2.2.- Reglas para evitar confusión de paternidad.	198
2.3.- Acciones de paternidad.	199
2.3.1.- Reglas varias.	201
2.4.- Pruebas de la filiación dentro del matrimonio.	201
3.- LEGITIMACIÓN.	
3.1.- Concepto.	203
3.2.- Regulación jurídica.	203
4.- FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.	
4.1.- Reconocimiento voluntario.	204
a).- Concepto.	204

b).- Elementos.	205
c).- Acciones de contradicción.	208
4.2.- Reconocimiento forzoso.	209
4.2.1.- Supuestos de investigación de la paternidad.	210
4.2.2.- Lapsos en que puede investigarse la paternidad.	211
4.2.3.- Efectos del reconocimiento.	212

CAPÍTULO VIII LA ADOPCIÓN

1.- GENERALIDADES.

1.1.- Concepto.	213
1.2.- La justicia como fundamento de la adopción.	213
1.3.- Finalidad de la adopción.	216

2.- LA ADOPCIÓN EN EL ESTADO DE JALISCO.

2.1.- Disposiciones generales.	217
a).- Personas que pueden ser adoptadas.	217
b).- Requisitos previos.	218
c).- Reglas generales..	219
d).- Seguimiento.	220

3.- ESPECIES DE ADOPCIÓN.

3.1.- Adopción plena.	221
3.2.- Adopción simple.	223
3.3.- Adopción internacional.	227
a).- Concepto.	227
b).- Convenios internacionales suscritos por México.	228

CAPÍTULO IX LA CUSTODIA Y LA NIÑEZ

1.- LA CUSTODIA.

1.1.- Concepto.	236
1.2.- Regulación jurídica.	236
1.3.- Disposiciones varias.	237
1.4.- Especies.	238

2.- LA NIÑEZ.

2.1.- Generalidades..	240
2.2.- Regulación jurídica.	241
a).- Regulación interna.	241
b).- Regulación internacional.	243

CAPÍTULO X PATRIA POTESTAD.

1.- BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	251
2.- CONCEPTO Y FINALIDAD.	252
3.- NATURALEZA JURÍDICA.	253
4.- SUJETOS.	253
5.- CARACTERÍSTICAS.	254
6.- EFECTOS.	255
A.- Con relación a la persona.	255
B.- Con relación a los bienes.	257
7.- CAUSAS DE EXTINCIÓN, PÉRDIDA, SUSPENSIÓN Y EXCUSAS.	
A.- Extinción.	260
B.- Pérdida.	261
a).- Formas de decretarla.	261
b).- Efectos.	262
C.- Suspensión.	262
D.- Excusas.	263

CAPÍTULO XI TUTELA Y CURATELA

1.- DE LA TUTELA EN GENERAL.	
1.1.- Concepto.	264
a).- Doctrinal.	264
b).- Legal.	264
1.2.- Características.	264
1.3.- Finalidad.	265
1.4.- Sujetos.	
2.- ANÁLISIS DE LAS ESPECIES.	
A.- Tutela testamentaria.	267
B.- Tutela legítima.	269
a).- De menores.	269
b).- De mayores incapaces.	272
C.- Tutela dativa.	273
3.- DESEMPEÑO DE LA TUTELA.	274
3.1.- Garantías que deben prestar los tutores.	275
3.2.- Funciones del tutor.	277
3.3.- Obligaciones del tutor.	278

3.4.- Prohibiciones.	279
3.5.- Derechos.	280
4.- INHABILIDAD, EXCUSAS Y REMOCIÓN DEL TUTOR.	
4.1.- Personas inhábiles para ser tutores.	281
4.2.- Causas de remoción de los tutores.	283
4.3.- Causa de suspensión.	284
4.4.- Excusas.	285
5.- EXTINCIÓN DE LA TUTELA Y ENTREGA DE LOS BIENES.	286
6.- CURATELA.	
6.1.- Generalidades.	286
a).- Curador.	287
b).- Funciones.	288
c).- Derechos del curador.	289
6.2.- Supuestos en los que no se requiere curador	289
6.3.- Clases de curadores.	289
6.4.- Separación y excusas.	290
6.5.- Extinción.	290
CAPÍTULO XII	
CONSEJO DE FAMILIA	
1.- GENERALIDADES.	291
2.- TUTELA INSTITUCIONAL.	294
3.- SEDE LEGAL DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO.	295
4.- ESTRUCTURA.	295
5.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES.	299
5.1.- Organización.	299
5.2.- Funciones	300
CAPÍTULO XIII	
PATRIMONIO DE FAMILIA	
1.- GENERALIDADES.	301
2.- BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	302
3.- ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN EN JALISCO.	
3.1.- Concepto y finalidad.	304
3.2.- Bienes que lo integran.	304
3.3.- Naturaleza jurídica.	305

3.4.- Constitución.	306
3.5.- Características.	309
3.6.- Efectos.	311
3.7.- Extinción.	

CAPÍTULO XIV VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

1.- MARCO LEGAL.	313
2.- TERMINOLOGÍA.	
a).- En el lenguaje común.	315
b).- En la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal.	315
c).- En la Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Jalisco.	316
3.- BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.	318
4.- POSIBLES CAUSAS DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.	319
5.-ANÁLISIS DE LA LEY PARA LA PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DEL ESTADO DE JALISCO.	
5.1.- Título Primero	319
5.2.- Título Segundo	320
5.3.- Título Tercero.	326
5.4.- Título Cuarto.	327
5.5.- Título Quinto.	329

CONCLUSIONES

Del Capítulo I.	331
Del Capítulo II	333
Del Capítulo III.	333
Del Capítulo IV	334
Del Capítulo V, sección primera.	335
Del Capítulo V, sección segunda.	337
Del Capítulo VI.	338
Del Capítulo VII.	339
Del Capítulo VIII.	341
Del Capítulo XI.	343
Del Capítulo X.	345
Del Capítulo XI.	346
Del Capítulo XII.	348
Del Capítulo XIII.	349
Del Capítulo XIV.	350

BIBLIOGRAFÍA.

352

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

355

PROGRAMA DE DERECHO CIVIL I. “DE LAS PERSONAS Y DE LA FAMILIA”

INTRODUCCIÓN.

La regulación de las instituciones jurídicas de las personas y la familia, dentro del sistema jurídico interno, ha correspondido a los congresos locales de las entidades federativas de la República Mexicana.

Lo anterior trae como consecuencia que, aunque en esencia la regulación jurídica de estas instituciones sea similar en los códigos civiles de muchos de los Estados, existen diferencias derivadas de los factores reales que en cada lugar influyen como fuentes materiales del derecho.

El hecho de que las instituciones civiles constituyan una materia regulada por las legislaturas locales, obliga a los estudiantes de la licenciatura en Derecho a conocer su regulación dentro del Estado en el que van a ejercer su profesión.

Esta investigación tiene por objeto el estudio de las instituciones jurídicas comprendidas en el libro segundo (de las Personas y de la Familia) del Código Civil del Estado de Jalisco actualmente en vigor, las cuales no se encuentran suficientemente analizadas en un manual de estudio de la licenciatura en derecho.

La posibilidad de que los estudiantes de Derecho tengan un texto de Derecho Civil I, que comprenda el estudio de los temas de las personas y de la familia, a partir de su regulación por la legislación del Estado de Jalisco, les facilitará el estudio de la materia y les permitirá adecuar el análisis teórico de dichas instituciones jurídicas a la regulación real que de las mismas lleva a cabo dicho Código Civil.

El presente trabajo se desarrolla en catorce capítulos, los cuales comprenden el estudio de las diversas instituciones jurídicas, a través de un análisis deductivo tanto de los ordenamientos aplicables a la materia como de la doctrina de connotados autores que han incursionado en este campo. En el primer capítulo se lleva a cabo un estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, necesarios para la comprensión de las instituciones que son objeto de esta investigación.

En los capítulos segundo, tercero y cuarto, se hace el estudio de las personas tanto en su individualidad, como en el ejercicio de su derecho de asociarse con otras, para formar personas jurídicas colectivas. En ellos se lleva a cabo el análisis de las personas jurídicas individuales (sus derechos innatos y los atributos que el derecho positivo les concede y protege en su ejercicio) y de las personas jurídicas colectivas reguladas y protegidas por el Derecho Civil (sus objetivos, formas de constitución, diferencias entre ellas, etc.).

El estudio del matrimonio se lleva a cabo en el capítulo quinto, el cual está dividido en dos secciones por la extensión de su regulación,. En la primera sección se analiza el matrimonio, sus propiedades, fines, elementos y efectos, así como los regímenes patrimoniales dentro del matrimonio. En la segunda sección se hace un estudio de las formas de disolución del matrimonio: las nulidades y el divorcio, la separación personal y el concubinato.

Los siguientes capítulos (VI y VII) comprenden el estudio del parentesco, los alimentos, la filiación, dentro y fuera del matrimonio, la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio y sus beneficios, el reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera del matrimonio y la investigación de la paternidad y reconocimiento forzoso de la misma.

Por el auge y la importancia que en nuestros días está cobrando la adopción, como fuente de la filiación, se estudia en forma independiente en el capítulo VIII. Ahí se analizan las especies de la adopción nacional, sus requisitos y efectos, así como de la adopción internacional.

La importancia que el legislador de Jalisco dio a la custodia y a los derechos del niño, justifican su estudio en un capítulo separado. Éste comprende, pues, el análisis de la custodia y la regulación de los derechos de los niños, dentro del marco jurídico nacional e internacional (Código Civil y Convención Internacional Sobre los derechos del Niño).

Los capítulos X y XI comprenden un análisis de la patria potestad y de la tutela, como institución subsidiaria de la patria potestad. Se estudiarán los diferentes tipos de tutela y todo lo relacionado con los mismos. En este capítulo XI se hace también el estudio de la curatela.

En el capítulo XII se lleva a cabo un estudio del Consejo de Familia, sus antecedentes históricos, su estructura y funcionamiento, así como sus atribuciones. En el capítulo XIII, se analiza el patrimonio de familia, sus antecedentes y la importancia de su constitución. Dada la importancia que en los últimos años se le ha dado a la protección de la familia, mediante la asistencia y prevención de la violencia intrafamiliar, en este último capítulo se incluirá un breve análisis de lo que se entiende por ella y de la regulación jurídica que se ha dado en esta materia.

Para este trabajo, recurrimos al estudio de los autores señalados en la bibliografía, así como a la legislación nacional e internacional ahí mismo señalada.

CAPÍTULO I NOCIONES GENERALES DE DERECHO.

SUMARIO: 1. NOCIÓN DEL DERECHO. 2. HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS. 3. VIGENCIA DE LA LEY. 4. FUENTES DEL DERECHO CIVIL. 5. CONCEPTO, HISTORIA, UBICACIÓN Y DIVISIÓN DEL DERECHO CIVIL.

1.- NOCIÓN DEL DERECHO.

1.1. Generalidades

El derecho es un término filosófico y, por lo mismo, la idea que de él se tenga dependerá de la postura filosófica que se adopte. A lo largo de la historia del derecho han existido diversas corrientes jurídico-filosóficas que han sostenido ideas diferentes y a veces contrarias del derecho. Entre las que han ejercido mayor influencia, se encuentran la corriente jusnaturalista, la empirista y la racionalista, que desembocó en el positivismo jurídico.

Para el jusnaturalismo tradicional (Aristotélico-Tomista), el derecho es una orden de la razón dictada por la autoridad competente para establecer el bien común dentro de la sociedad, por medio de la justicia.

De acuerdo con los empiristas, el derecho está formado por las normas que emanan de la evolución histórica y del choque de las fuerzas sociales. Mientras que para los racionalistas positivistas el derecho es un sistema racional de normas de conducta, impuestas y exigidas obligatoriamente por la autoridad competente, en un momento dado y un lugar determinado.

Tomando las notas más importantes de estas corrientes jurídico-filosóficas, Villoro Toranzo propone una definición de Derecho como “un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”¹. Este autor afirma que el verdadero Derecho es aquel que contiene las notas que pueden ser desprendidas de la definición anterior, esto es, que las normas jurídicas que regulan la vida social han sido elaboradas de una manera inteligente, de tal forma que constituyen una unidad armónica (sistema), que las normas que informan dicho sistema han sido promulgadas por las autoridades competentes y que la autoridad tiene la facultad de exigir coactivamente el cumplimiento de dichas normas. Afirma también que el Derecho ha sido elaborado para solucionar con justicia los problemas que surgen en la realidad.

La tesis anterior, que se refiere al derecho normativo (al que nos referiremos posteriormente), tiene la virtud de haber sabido conjugar las distintas corrientes

¹VILLORO TORANZO, Miguel, “Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, p. 127.

que han surgido a lo largo de la historia para explicar la esencia del Derecho. Los racionalistas proponen que la construcción jurídica debe hacerse en forma apriorística, con independencia de la realidad sensible. Los empiristas, por el contrario, sostienen que el Derecho surge del choque de las fuerzas sociales y el legislador sólo tiene que tomarlo y sancionarlo a posteriori. Los positivistas van todavía más lejos al pretender que el Derecho es sólo y únicamente la norma que el legislador ha querido que sea tal.

De los filósofos del Derecho que se oponen al Jusnaturalismo Aristotélico Tomista, analizaremos brevemente las tesis de dos juristas del siglo XX, H.L.A. Hart y Ronald Dworkin, por su gran influencia en el Derecho Anglosajón contemporáneo.

* Hart² comienza su obra diciendo que pocas preguntas han sido tan diversamente respondidas como la pregunta ¿Qué es el Derecho? Sostiene que las respuestas que se han dado son resultado de una prolongada reflexión sobre el mismo, llevada a cabo por juristas dedicados a la enseñanza o a la práctica de aquél o a su aplicación como jueces. Señala que todas esas respuestas arrojan una luz que nos hace ver mucho que permanecía oculto en el derecho; pero la luz es tan brillante que nos ciega respecto del resto y seguimos así sin una visión clara del conjunto.

Al tratar de definir el derecho, dice Hart, hay tres problemas recurrentes: 1) La característica más destacada del Derecho es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios. ¿Pero qué tipo de obligatoriedad existe? Se obedece la norma porque es “una orden respaldada por amenazas? Esta es la postura de los positivistas. 2) ¿De qué manera la conducta puede no ser optativa sino obligatoria? Ya que la moral es también obligatoria y que la justicia parece unir a la moral y al derecho, algunos juristas sostienen que lo que constituye la esencia del Derecho es la congruencia de los principios jurídicos con la moral (postura jusnaturalista), y que entre más alto es el nivel de moralidad de un pueblo, más elevado será el nivel de cumplimiento del derecho positivo. 3) El sistema jurídico está compuesto de reglas. Pero ¿Qué son las reglas? Porque hay reglas de tipos muy diferentes: jurídicas, de etiqueta, del juego. Las reglas jurídicas exigen cierta conducta cuya desviación produce una consecuencia predecible, mientras que la desviación a las reglas no jurídicas puede producir consecuencias o reacciones frente a la desviación, pero ni están organizadas ni tienen carácter preciso.

Una gran aportación de Hart es haber aclarado que en los sistemas anglosajones no se considera que el Derecho consista, ni aun principalmente, en un conjunto de reglas, ya que en la mayoría de los casos que se ventilan en los tribunales, ni las leyes ni los precedentes permiten un único resultado. En los casos más importantes siempre hay una elección: el juez tiene que optar entre posibles

² H. L. A. HART. “El Concepto del Derecho”, Traducción de Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, págs. 2-3

significados alternativos de las palabras de una ley o entre interpretaciones discrepantes de qué es lo que expresa un precedente.³

Este autor sostiene que una característica distintiva del Derecho, si no la característica distintiva del mismo, consiste en una fusión de tipos diferentes de reglas.⁴ Algunas de estas reglas, como las penales, se parecen a una orden respaldada por una amenaza dada por una persona a otra, aunque tales leyes también se aplican a quienes las dan. Sin embargo, hay otras normas, como las que confieren potestades públicas (para legislar o juzgar) y privadas (celebrar contratos, otorgar testamentos) que no pueden ser consideradas como amenazas.⁵ Considera al Derecho como “una unión de reglas primarias de obligación con sus reglas secundarias que especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.”⁶

Este autor afirma también que los muy variados casos respecto de los cuales se usa la palabra “derecho” no están unidos entre sí por combinaciones de reglas primarias y secundarias, sino por relaciones menos directas, a menudo por relaciones de analogía, de forma o de contenido, con un caso central.⁷ La falla de Hart es que no considera que ese caso central es la norma moral que subyace en la regla de derecho positivo.

La postura de Hart se ubica dentro de la corriente positivista analítica debido a que reduce la labor filosófica al análisis del lenguaje, que tiene un significado y que es verificable. Critica la definición del derecho de los positivistas Bentham y Austin, para los que el derecho es principalmente un conjunto de órdenes (commands), que se caracterizan por ser externas y coercitivas. Al respecto sostiene que hay que distinguir un punto de vista interno y otro externo del derecho, pues hay muchos que obedecen la regla no por temor a la sanción sino por motivos internos. Pero no llega a las últimas consecuencias del planteamiento, ya que no discrimina la importancia de los distintos motivos que tienen las personas para obedecer el Derecho, pues no es lo mismo obedecer por conveniencia, que por razones morales.

* Por su parte Dworkin⁸ rechaza explícitamente las doctrinas positivistas y utilitaristas que han dominado el pensamiento jurídico en los últimos tiempos. Critica al positivismo y al utilitarismo en cuanto se oponen a la idea de que existen derechos individuales anteriores a los que otorga el Estado. Este autor pretende construir una Teoría General del Derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico. Construye una teoría de los derechos basada en el

³ Cfr. *Ibidem* p. 20.

⁴ *Ibidem*, p. 61.

⁵ *Ibidem*, p. 99.

⁶ *Ibidem*, P. 117.

⁷ *Ibidem*, P. 102.

⁸ DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Ed. Planeta-De Agostini, S.A. Barcelona, 1993, p.7.

derecho a la igualdad que difiere de las teorías puramente positivistas. Su teoría ha sido considerada como la tercera vía entre el jusnaturalismo y el positivismo.

Para Dworkin existe una relación íntima entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico, por lo que el modelo positivista es incapaz de describir correctamente el derecho. La filosofía política de Dworkin es también antiutilitarista, ya que va en contra de las teorías que proponen que los derechos individuales se deben subordinar a los fines colectivos.⁹ Dworkin considera que la función más importante del sistema jurídico es la garantía de los derechos individuales. No obstante ello, sostiene que los derechos son triunfos políticos de los individuos, y que no tienen carácter metafísico. Por lo tanto, su teoría se aparta de las teorías jusnaturalistas que sostienen que el origen de los derechos de los individuos se encuentra en su propia naturaleza, y en última instancia, en el creador de dicha naturaleza humana.

El autor en comento demuestra en su obra que existe una conexión entre el derecho, la moral y la política. Pretende construir los puentes que las escuelas analíticas han destruido al afirmar la autonomía absoluta entre ellas. Sostiene que cualquier Teoría del Derecho debe ser un ejercicio de Teoría Moral y Política normativa. Para los liberales utilitaristas y marxistas, Dworkin es un autor incómodo¹⁰ por su propuesta de que la teoría normativa debe ir incorporada a una filosofía moral y política, que puede depender de teorías filosóficas que hagan referencia a la naturaleza humana o a la objetividad de la moralidad.

Finalmente, Dworkin busca demostrar que la afirmación de que el Derecho es un conjunto de normas presenta una visión unilateral ya que junto a las normas, dice, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa.¹¹ Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y a la equidad (fairness). Sostiene que los principios informan las normas jurídicas concretas de tal manera que la literalidad de las mismas puede ser desatendida por el juez cuando violan un principio que en ese caso específico se considera importante.¹²

1.2. Clasificación del Derecho

Conforme al pensamiento del ilustre jurista y filósofo jalisciense, Efraín González Luna Morfín, antes de clasificar el derecho, recordemos que existen tres formas de atribuir un predicado a un sujeto: la univocación, la equivocación y la analogía. Se dice que un término es unívoco cuando puede ser atribuido a varios sujetos, pero siempre en el mismo sentido, por ejemplo: persona humana es un término unívoco, ya que todas las personas humanas tienen las mismas características esenciales. Es

⁹ Idem.

¹⁰ Ibidem, p. 27

¹¹ Ibidem, p. 9.

¹² Ibidem, P.10.

equivoco el término que se atribuye a varios sujetos con un significado totalmente diferente en cada uno de ellos, por ejemplo: se designa con la palabra león, tanto a un animal felino como a una ciudad, o a un apellido o patronímico. Finalmente, la analogía se utiliza para designar dos o más sujetos que en parte son iguales y en parte son diferentes, como por ejemplo el adjetivo sano es un término análogo que se puede aplicar a una persona que tiene buena salud, a un clima que propicia la buena salud o a un alimento que la favorece. El término derecho es un concepto análogo, ya que existen tres sentidos del mismo que sin ser idénticos, tienen semejanza en su esencia y se complementan entre ellos. Estos son los tres tipos de derecho que el maestro Efraín González Luna Morfín¹³ propone en la siguiente clasificación:

- a) Lo justo objetivo: la cosa o conducta que se le debe a otro. Lo suyo de cada quien. Lo que a cada uno le corresponde.
- b) Derecho normativo: la regla de conducta de carácter obligatoria, impuesta por la autoridad competente en un momento dado y en un lugar determinado con el objeto de hacer posible la realización de la justicia.
- c) Derecho Subjetivo: La facultad de la persona, derivada o protegida por la norma, para exigir lo que se le debe, o sea, su jus.

El autor citado sostiene que el analogado principal -el significado primero de la palabra derecho- es “lo justo objetivo”, ya que el objeto de la justicia es el derecho, y los otros dos sentidos son analogados secundarios¹⁴. Esta clasificación no es aceptada por los positivistas, ya que para los juristas de esta corriente (que consideran que sólo es derecho el derecho positivo, o sea, el derecho construido por la voluntad de las autoridades humanas) el analogado principal del derecho es el derecho normativo, al que denominan derecho objetivo y que definen como *el conjunto de normas impuestas obligatoriamente por las autoridades competentes, para regular la vida social*.

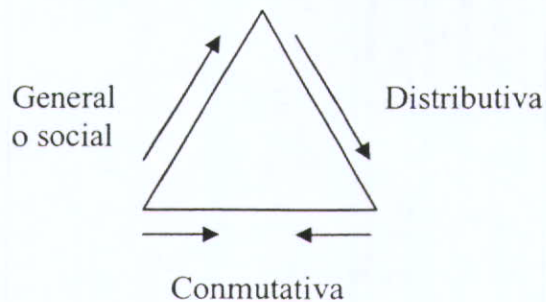
Dado que aceptamos la tesis de González Luna Morfín y, por lo tanto, consideramos que el sentido más importante del derecho es “lo justo objetivo”, esto es, la cosa o conducta que se le debe a otro, es importante recordar que la justicia es, según la definición clásica, “la voluntad constante y perpetua de darle a cada quien lo suyo.”¹⁵

¹³ GONZÁLEZ LUNA MORFÍN, Efraín, “Lecciones de Filosofía del Derecho”. Ed. Noriega, UIA, México, 2003, p. 123.

¹⁴ Idem. Este autor sostiene que analogados secundarios son los que se aplican por comparación con un elemento del analogado principal y que el analogado principal del derecho es lo justo objetivo, porque los otros sentidos tienen su razón de ser en la justicia que protegen o promueven.

¹⁵ Digesto, I.I.

De acuerdo con la división tradicional clásica dada por Aristóteles,¹⁶ existen tres clases de justicia: conmutativa, distributiva y social.



Asimismo, Aristóteles¹⁷ enseña que hay dos criterios para la aplicación de la justicia: el de igualdad y el de proporcionalidad. Esto es así porque en las relaciones sociales es necesario tomar en cuenta la igualdad esencial de las personas, al mismo tiempo que la desigualdad accidental entre ellas, debido a las circunstancias de cada quien: su capacidad física, mental, social, cultural, su medio ambiente, etc. Tan injusto sería tratar de manera igual a los desiguales como de manera desigual a los iguales.

La conmutativa es la especie de la justicia por la que las personas, en una relación de igualdad o de coordinación, se dan entre sí lo que a cada quien le corresponde. Esta relación, regulada por la justicia conmutativa nace de los convenios o de los contratos, es decir, de los acuerdos de voluntad celebrados por las personas físicas o colectivas, ya sean particulares o instituciones públicas. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, las personas que participan en el mismo cumplen con la justicia conmutativa cuando se dan recíprocamente lo que a cada parte le corresponde. En las relaciones conmutativas la justicia se aplica con un criterio de igualdad.

La distributiva es la especie de la justicia por la que las autoridades regulan sus actividades al distribuir los bienes, las penas o las cargas sociales. Cuando un juez impone una sanción a la persona que ha cometido un delito, está actuando conforme a la justicia distributiva. Asimismo, al determinar los impuestos que deben pagar los ciudadanos, la autoridad competente lo hace conforme a la justicia distributiva. El criterio que las autoridades toman en cuenta al distribuir las penas y las cargas entre los ciudadanos, es el de proporcionalidad.

La social es la especie de la justicia por la que todas las personas le dan a la sociedad lo que a ésta le corresponde. Cuando las personas cumplen con sus obligaciones fiscales, o cuando realizan actividades para mejorar la calidad de vida de la comunidad, están actuando justamente conforme a la justicia social. En la justicia social, que también se conoce como general o legal, las personas aplican criterios de igualdad o de proporcionalidad, según corresponda. Por ejemplo, al

¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*, L.V, 2 a 4.

¹⁷ *Idem*.

respetar los bienes y los derechos de los demás se aplica el criterio de igualdad, pero los impuestos se pagan en forma proporcional a los ingresos de cada quien.

1.2.1. Clasificación del derecho normativo.

El derecho normativo se clasifica, en una primera gran división, en Derecho Natural y derecho positivo. Derecho Natural es el conjunto de normas y principios universales y eternos, inscritos en la naturaleza humana y que son descubiertos con la luz de la razón. El Derecho Natural se encuentra en la naturaleza misma.

Derecho positivo es el sistema normativo creado por el hombre. Es el derecho que procede de la voluntad de las autoridades humanas a través de la legislación y demás fuentes formales o procesos de creación de las normas jurídicas.

1.2.2. Características de las normas jurídicas.¹⁸

a) Heteronomía: Esto significa la norma de otro, es decir, que las normas son impuestas por una persona distinta al obligado. En el supuesto del derecho positivo, son las autoridades humanas competentes quienes dictan las normas, mientras que el autor de la naturaleza es quien ha impuesto los deberes en el derecho natural.

b) Bilateralidad: Esto significa que las normas tienen dos lados y que frente a un obligado existe siempre uno facultado para exigir el cumplimiento de la norma. Las normas jurídicas tanto de derecho natural como de derecho positivo, no sólo imponen deberes sino que también conceden derechos subjetivos o facultades para que las personas puedan reclamar lo que en justicia les corresponde.

c) Exterioridad e interioridad: Toda conducta humana tiene una fase interna y una fase externa. La conducta es exterior cuando se manifiesta la fase externa de la acción y es interna cuando se queda en el nivel de la intención. Las normas jurídicas positivas son principalmente externas. Pero ello no significa que la intención de las personas no sea tomada en consideración al calificar su conducta. A diferencia de la norma positiva, que sólo considera la intención cuando trasciende al exterior, la de derecho natural toma siempre en cuenta la intención de las personas, independientemente de que esa intención llegue o no a exteriorizarse.

d) Coercibilidad: Es la posibilidad de exigir por la fuerza el cumplimiento de la obligación que impone la norma. En el derecho positivo es la autoridad quien, con su imperio o la fuerza del estado, exige forzosamente el cumplimiento de las obligaciones jurídicas. Los deberes que nacen del derecho natural

¹⁸ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, S.A. México, 1990, capítulo II, p. 16-24.

normalmente se cumplen en forma voluntaria; sin embargo, la fuerza del amor y la amistad exige coerciblemente el cumplimiento de estos deberes.

1.2.3. Relaciones entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo.

La doctrina del Derecho Natural nace con la Filosofía, 500 años antes de Cristo, “desde el momento en que la razón, ejercitando su sentido crítico y escrutando la historia, descubre en ella cambios profundos en el dominio del derecho y de la moral”¹⁹ y que existen tantos órdenes jurídicos como pueblos, pero que existe un conjunto de principios (Derecho Natural) que pueden ser descubiertos por la razón humana y que sientan el último criterio de validez de las leyes positivas de esos pueblos.

La Escuela Clásica del Derecho Natural, como así se identifica la doctrina cuyos postulados fueron dados por Sócrates, Platón y Aristóteles, fue desarrollada en la Edad Media por Santo Tomás de Aquino.

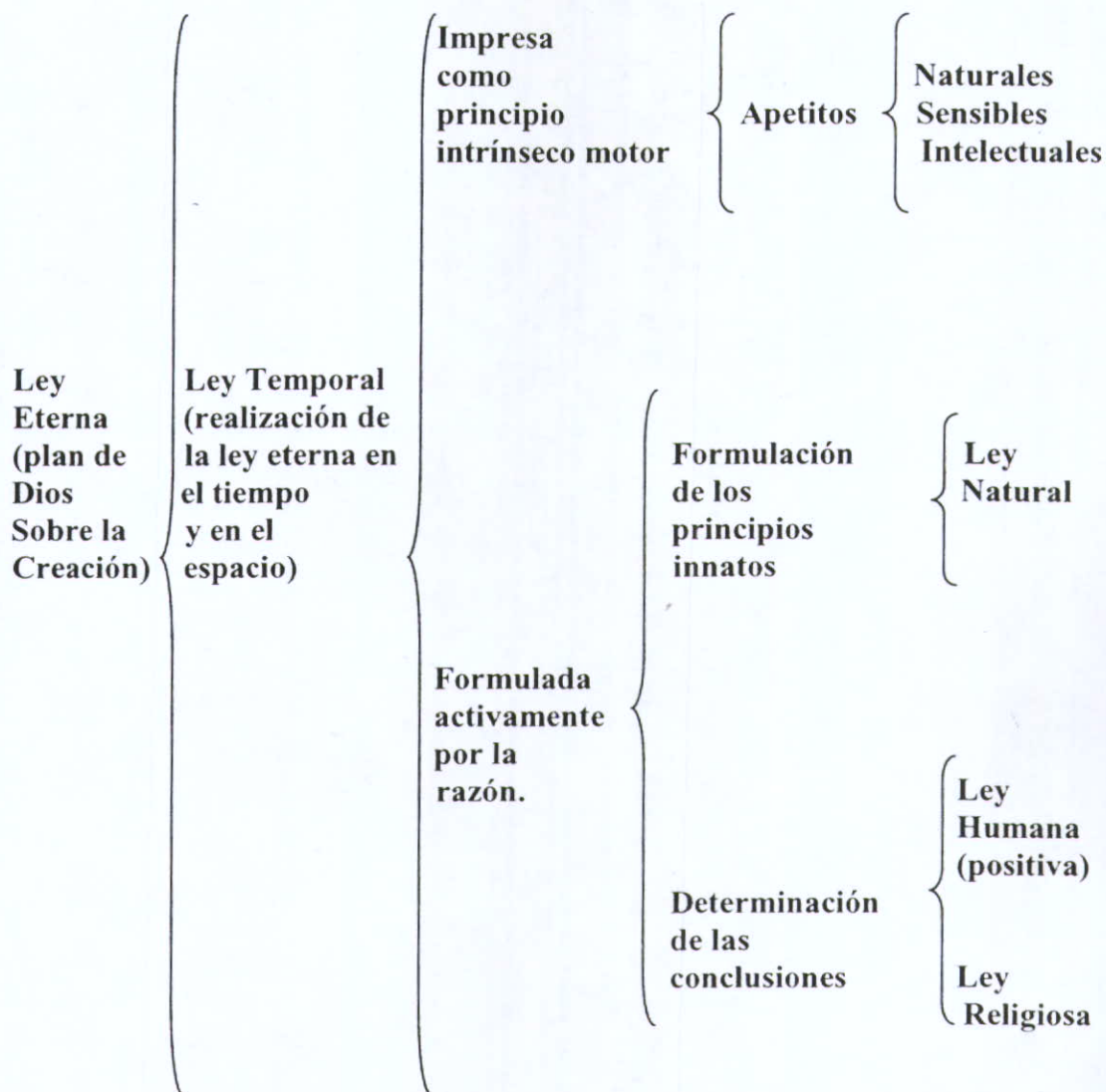
Para Santo Tomás de Aquino²⁰, la Ley Eterna es el Plan de Dios sobre todas sus criaturas, en tanto que la Ley Temporal es la realización de dicho plan en el tiempo y en el espacio. Dentro de la Ley Temporal se ubican tanto las leyes de la naturaleza que expresan los fenómenos de causalidad que existen en la creación y que pertenecen al mundo del ser, (ya que señalan lo que necesariamente se da en la naturaleza), como las leyes de conducta que regulan la vida del hombre en sociedad y pertenecen al mundo del deber ser, al señalar no lo que es sino lo que debe ser.

Tanto la ley natural (Derecho Natural) como la ley positiva y la divina constituyen normas reguladoras de la conducta del hombre. Las normas de derecho positivo son consideradas por Sto. Tomás²¹ como formulación de los principios de la Ley Eterna, por lo que son parte de la Ley Temporal. Para mejor explicar esta idea mostramos a continuación el siguiente cuadro:

¹⁹ ROMMEN, Enrique “Derecho Natural”, traducción de Héctor González Uribe, EditorialJus, México, 1950, p. 14

²⁰ Suma Teológica, 2-2, q. 57, a. 1.

²¹ Suma Teológica, 1-2, q. 90, a. 4, c.



Conforme al cuadro anterior, el verdadero derecho positivo es aquel que determina sus conclusiones, al crear las normas jurídicas, fundándose en los principios innatos de la Ley Natural. Para que el hombre pueda alcanzar sus fines últimos debe obrar conforme al orden querido por Dios para sus criaturas racionales, y que tiene su esencia en la misma Esencia Divina.

La Esencia Divina (razón y voluntad de Dios, hablando humanamente) en cuanto que tiene desde toda la eternidad un plan providencial sobre la creación, se llama Ley Eterna, y en cuanto que dirige la ejecución de ese plan se llama Ley Temporal, porque es la realización de su plan en el tiempo.

Los seres humanos, ya que hemos sido creados a imagen y semejanza de nuestro Creador, estamos sujetos a la Ley Eterna en cuanto seres superiores al resto de los demás seres de la creación, y en cuanto seres físicos, por ser espíritus encarnados, participamos de una humanidad material que nos constriñe al orden de la

naturaleza, del cual participan también todos los demás seres creados. Como afirma Santo Tomás: “de dos maneras puede estar sujeta una cosa a la Ley Eterna: o porque participa de la ley mediante el conocimiento de la misma (y entonces estaremos en presencia de una ley moral), o porque participa a modo de acción o de pasión, en cuanto la recibe como principio intrínseco motor (esos principios intrínsecos motores son los apetitos o tendencias innatas impresas por Dios en la naturaleza de cada ser). Y de esta segunda manera están sujetas a la Ley Eterna las creaturas irracionales... Pero la naturaleza racional, además de lo común con las demás creaturas, tiene algo peculiar por su carácter racional; por eso se encuentra sometida a la Ley de ambas maneras”.²²

Vemos entonces que el orden jurídico positivo, para ser verdadero derecho debe basarse en los principios innatos de la Ley Natural. Parafraseando al maestro González Luna Morfin diremos: la ley natural existe, la ley natural puede, además, ser conocida por la reflexión inteligente, y es normativa, ya que los seres humanos son capaces de entender que para ser felices deben actuar conforme a su naturaleza. El dicho popular corrobora esta afirmación al decir que: Dios siempre perdona, el hombre a veces, pero la naturaleza nunca perdona. Todo lo que hagamos en su contra se nos revierte como un búmerang incontrolable.

La historia del derecho evidencia que no siempre se ha admitido como válida la doctrina que postula la relación entre el derecho positivo y el derecho natural, sostenida por la Escuela Griega representada por Sócrates, Platón y Aristóteles y desarrollada en la Edad Media por Santo Tomás de Aquino. Sin embargo, en los últimos tiempos estamos viviendo un retorno al Derecho Natural, representado por filósofos del Derecho como Hervada y Finnis en Europa y Villoro Toranzo y González Luna Morfín, en México.

1.3. Clasificación del derecho positivo normativo.

El derecho positivo normativo puede ser clasificado en:

- a) Derecho escrito y consuetudinario.
- b) Derecho público, privado y social.
- c) Derecho nacional e internacional.
- d) Derecho sustantivo y adjetivo
- e) Derecho vigente y no vigente o abrogado²³.

- a) Derecho escrito y derecho consuetudinario.

Escrito es el derecho que se ha plasmado en documentos escritos formalmente promulgados por la autoridad competente.

²² S. Teol., 1-2, q. 93 a. 6, c.

²³ Para hacer esta clasificación se tomaron las ideas de Villoro Toranzo, op. Cit. Cap.I, págs. 5-11.

Consuetudinario es aquel cuyas normas se van formando por las costumbres jurídicas de un país determinado.

b) Derecho público, privado y social.

Derecho público es aquel que regula relaciones de supra-subordinación entre el Estado y los particulares, cuando el Estado actúa como autoridad y los ciudadanos como subordinados. Regula también la estructura y funcionamiento del Estado. (ejem: Derecho Constitucional y Derecho Administrativo)

Derecho privado es el que regula las relaciones entre los particulares que se encuentran en un mismo plano de igualdad. (Derecho Civil)

Derecho social es aquel que regula relaciones entre particulares, cuando uno de los extremos de la relación es más fuerte o poderoso que el otro. (Derecho del Trabajo).

c) Derecho nacional e internacional.

Nacional: es el derecho que tiene fuerza obligatoria en el ámbito espacial de validez (dentro del límite territorial) de un país determinado.

Derecho internacional: sistema jurídico que regula las relaciones entre los estados que forman la comunidad internacional.

d) Derecho sustantivo y adjetivo.

Sustantivo es el derecho que regula materialmente las relaciones y situaciones de la vida social. Son todas las ramas del derecho que no son derecho procesal.

Adjetivo es el derecho que establece y regula los procesos de aplicación del derecho sustantivo.

e) Derecho vigente y no vigente.

Vigente es aquel cuyas normas siguen en vigor en el momento y el lugar de que se trate. Es el derecho positivo que tiene fuerza obligatoria en el presente.

Derecho no vigente o abrogado es el que ya no tiene fuerza obligatoria en el momento de que se trate.

2.- HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS.

2.1. Generalidades.

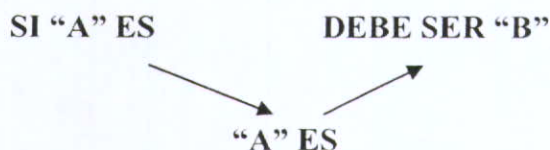
La razón por la que en este apartado se hace el estudio de los hechos jurídicos es que éstos constituyen la realización de las normas del derecho en el aquí y en el ahora. Y porque el Derecho Civil, materia de nuestro estudio, tiene por objeto la regulación de los principales hechos y actos jurídicos de la vida de las personas.

En este tema tomaremos algunas ideas de Kelsen²⁴ sobre la construcción lógica de la norma jurídica, la cual consta de dos partes: una primera que se denomina supuesto normativo, que es la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias de derecho, y que se puede expresar: "Si A es", y una segunda parte, que se denomina disposición o consecuencias, que determina los derechos y las obligaciones o deberes jurídicos que se producen al realizarse la hipótesis o supuesto jurídico. Esta segunda parte se puede expresar: "Debe ser B". La norma jurídica, entonces, puede gráficamente ser expresada de la siguiente forma:

"SI A ES : DEBE SER B"

La norma jurídica se encuentra plasmada en los códigos o leyes de una manera abstracta. Pero para que la norma se concrete y aplique en la vida real, se requiere la realización del supuesto jurídico o supuesto normativo. Los hechos jurídicos son entonces, en un sentido muy amplio, la realización de los supuestos normativos.

Al realizarse el supuesto normativo mediante un hecho jurídico, nacen las consecuencias de derecho; esto puede expresarse gráficamente de la siguiente manera:



En la gráfica anterior, "A" ES significa la realización, en el tiempo y en el espacio, del dato de la realidad que se encontraba descrito en forma abstracta e hipotética en la hipótesis o supuesto normativo: SI "A" ES.

²⁴ KELSEN Hans, "Teoría Pura del Derecho" Introducción a la Ciencia del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1960, págs. 34, 42. .

En sentido estricto, los hechos jurídicos son: “los sucesos espacial y temporalmente localizados que al realizarse producen consecuencias de derecho”. Los hechos jurídicos pueden ser destructores o edificadores del orden social y se dividen en:

- a) naturales, cuando son consecuencia de las fuerzas de la naturaleza,
- b) involuntarios, al ser producto de la actividad involuntaria del hombre y
- c) voluntarios, cuando resultan de la conducta consciente y libre de las personas. Los hechos jurídicos realizados de una manera consciente y libre se llaman propiamente actos jurídicos.

Los actos jurídicos son la manifestación de la voluntad o el acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Éstos deben reunir una serie de requisitos legales para ser plenamente válidos.

Para que un acto jurídico pueda ser plenamente válido necesita reunir los siguientes elementos esenciales:

- a) El consentimiento mediante la manifestación de la voluntad;
- b) El objeto; y
- c) La solemnidad.

a) El consentimiento. El primer elemento esencial, también llamado orgánico, es el consentimiento; esto es, el acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Se llama consentimiento porque es el acuerdo al que llegan dos o más personas que quieren celebrar el acto jurídico. Este consentimiento debe ser consciente y libre. Cuando es una sola persona la que quiere celebrar el acto, entonces es la manifestación de su voluntad la que produce las consecuencias de derecho.

b) El objeto. Es aquello en torno al cual se da el consentimiento en el acto jurídico. Existen dos clases de objeto: el directo, que consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, y el indirecto que es la cosa o conducta en torno a las cuales se da el consentimiento. El objeto debe ser física y jurídicamente posible. Físicamente posible significa que debe existir en la naturaleza, y jurídicamente posible que sea suceptible de transmisión y adquisición. Además, el objeto debe ser lícito (no violar normas de orden público).

c) Solemnidad. Es la forma legal, exigida como requisito esencial, en la que debe manifestarse la voluntad o el consentimiento. Algunos actos jurídicos, como el matrimonio o el testamento por ejemplo, requieren que la manifestación del consentimiento o de la voluntad se haga de una manera solemne. En estos casos, el acto jurídico requiere también la solemnidad como elemento de validez absoluta.

Una vez que el acto jurídico ha nacido a la vida jurídica, al reunir los elementos esenciales u orgánicos de validez absoluta, requiere, además, reunir otros cuatro elementos para lograr su perfeccionamiento y eficacia. Estos elementos de validez del acto jurídico son:

- a) Capacidad jurídica;
- b) Ausencia de vicios de la voluntad;
- c) Licitud en el motivo o fin determinante de la voluntad; y
- d) la forma.

a) La capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y se divide en: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

b) Los vicios de la voluntad para la formación del consentimiento, son factores que impiden la manifestación libre o consciente del querer humano. Éstos son:

* El error: La adecuación del entendimiento con la realidad es la verdad. La falsedad es la inadecuación entre el pensamiento o entendimiento y la verdad y el error consiste en considerar como verdadero un juicio falso o como falso uno verdadero. El error puede producirse espontáneamente o ser inducido (arts. 1282-1286 del Código Civil del Estado de Jalisco)²⁵. Si el error en que se encuentra la persona es espontáneo, pero la otra parte se aprovecha de él para conseguir el consentimiento, entonces se da la mala fe. Si una de las partes que intervienen en el acto jurídico, mediante maquinaciones y engaños o falsedades induce al error a la otra parte, entonces hay dolo civil (art. 1288)

* El temor: es el miedo grave que nace de la violencia física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento. La violencia física es la lesión directa a la persona y la violencia moral se da mediante amenazas de sufrir un daño, ya sea causado a la persona misma cuyo consentimiento se desea obtener, o a las personas con las que ésta se encuentra ligada por relaciones de afecto, amistad o parentesco (art. 1292).

* La lesión: es el abuso de la ignorancia o inexperiencia, de la miseria o el estado de necesidad de una de las partes, para obtener una ganancia desproporcionada a la que la otra por su parte se obliga (art. 1297).

²⁵ Dado que nuestro estudio tiene por objeto hacer un análisis de las instituciones jurídicas de las personas y de la familia, reguladas por el Código Civil del Estado de Jalisco, a partir de este momento cualquier cita que se haga al Código Civil, o al Código o al CCJ, sin señalarse expresamente a qué código se refiere, y cualquier artículo que se mencione sin especificar a qué ordenamiento pertenece, en todos los casos se entiende que se trata de una referencia hecha al Código Civil del Estado de Jalisco.

c) Licitud en el fin o motivo determinante de la voluntad.

La ilicitud en el motivo o fin determinante de la voluntad se distingue de la ilicitud en el objeto, en que en la primera el objeto del acto jurídico es lícito, pero el motivo por el cual se realiza el negocio es ilícito; y en el segundo supuesto, el objeto es en sí mismo ilícito por contravenir disposiciones legales de orden público. Corresponde al juez determinar en cada caso en que el motivo determinante de la voluntad es ilícito, si la nulidad es absoluta o será relativa (arts. 1301-2305).

d) Forma legal.

Es la manera en que, de acuerdo con la ley, debe manifestarse la voluntad para la formación del consentimiento (arts.1306-1308). Por la forma en que se deben celebrar, los actos jurídicos pueden ser: consensuales, formales y solemnes.

* Los actos jurídicos consensuales son aquellos que se perfeccionan con la manifestación indubitable de la voluntad para la formación del consentimiento. Ésta puede ser tácita o expresa, y no requieren forma alguna para su validez.

* Los actos jurídicos formales son aquellos que requieren, para su validez, que el consentimiento sea otorgado en la forma legal expresamente regulada, como celebrar el acto jurídico por escrito o ante notario público, por ejemplo.

* Finalmente, los actos jurídicos solemnes son los requieren, como elemento orgánico o esencial para su existencia misma y plena validez, que la voluntad se manifieste ante la autoridad designada en la ley y en la forma solemne ahí mismo establecida.

La diferencia entre la forma y la solemnidad está en que la primera es requisito de validez y la segunda es requisito esencial e indispensable para la existencia del acto.

Nuestra legislación civil no distingue, como lo hace la doctrina alemana,²⁶ entre actos y negocios jurídicos. Para los juristas alemanes, los actos jurídicos son actos humanos conscientes y libres que producen consecuencias de derecho, como el tener que pagar un impuesto por la importación de una mercancía, pero que no se realizan formalmente como los negocios; éstos son acuerdos de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y necesitan reunir los requisitos orgánicos o esenciales (consentimiento informado y libre y objeto jurídica y físicamente posible) y los elementos de validez (capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, licitud en el motivo o fin determinante de la voluntad y forma) para ser válidos plenamente.

²⁶ Cfr. Villoro, op cit., p. 363.

El Código Civil de Jalisco establece, en su artículo 1329, que “las disposiciones legales sobre los contratos, serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos...” Esto significa que todos los actos jurídicos se regulan como los negocios jurídicos, a los cuales nuestra ley denomina contratos.

2.2. Clases de ineficacia de los actos jurídicos en el Código Civil de Jalisco.

a) Nulidad absoluta.

El acto jurídico que carece de alguno de los elementos esenciales puede ser declarado nulo. La nulidad absoluta se produce entonces por:

- Falta de consentimiento.
- Falta de objeto.
- Falta de solemnidad.

El Código Civil del Estado sanciona también con nulidad absoluta cuando hay:

- Incapacidad de goce.
- Ilícitud en el objeto.

Características del acto que puede ser declarado nulo absolutamente:

- Produce efectos provisionales.
- Se destruyen retroactivamente por sentencia.
- Es inconfirmable.

La nulidad absoluta se caracteriza porque:

- Es imprescriptible, es decir, no está sujeta a plazo determinado.
- Puede demandarse por cualquier interesado.

b) Nulidad relativa.

Cuando falta alguno de los elementos de validez del acto jurídico, se puede demandar la nulidad relativa del mismo.

La nulidad relativa se produce entonces por:

- Incapacidad de ejercicio.
- Error –dolo o mala fe- , temor o lesión.
- Illicitud en el motivo determinante de la voluntad.
- Falta de forma.

Características del acto jurídico que carece de algún elemento de validez:

- Produce efectos provisionales.
- Es convalidable por confirmación.

La nulidad relativa se caracteriza porque:

- Es prescriptible, es decir, la acción se pierde si no se ejercita dentro del plazo que fija la ley.
- Sólo puede ser demandada por los afectados o por sus representantes legales.

c) Revocación:

Consiste en la retractación de una disposición o de un acto que se hubieren otorgado, como un testamento o una donación. Éstos fueron perfectos, legítimos y válidos, pero el otorgante decide privarlos de eficacia.

d) Resolución o rescisión.

Es la invalidación o terminación de un contrato cuando la parte que ha cumplido todas sus obligaciones da por concluida la relación contractual, debido al incumplimiento del otro contratante. Por regla general, debe ser declarada judicialmente.

e) Inoponibilidad.

Especie de ineficacia de un acto jurídico que se da cuando la celebración del acto no fue debidamente notificada o publicitada a terceros en esa relación, que tenían interés jurídico en ella.

f) Inoficiocidad.

Especie de ineficacia de un acto jurídico que se da en los actos jurídicos gratuitos, como el testamento por ejemplo, cuando su autor ha omitido

cumplir con disposiciones de orden público que constituyen derechos de terceros (como el derecho de alimentos).

f) Reductibilidad.

Especie de ineficacia de un contrato oneroso cuando en su celebración se pactan prestaciones superiores a las permitidas por la ley. Su efecto consiste en restablecer la equidad contractual, al sobrevenir situaciones que no existían al momento de celebrarse el contrato y que, de haber existido, reducirían las obligaciones o prestaciones a las que las partes se comprometieron.

3. FUENTES DEL DERECHO CIVIL.

3.1. Generalidades.

El Derecho Civil es una materia local. Esto significa que puede ser regulada por las legislaturas de los Estados. Lo anterior trae como consecuencia la existencia de tantos códigos civiles como entidades federativas (31) y, recientemente expedido²⁷, un Código Civil para el Distrito Federal. Sin embargo, en uso de las facultades implícitas, que son aquellas necesarias para ejercer las facultades explícitas, el Congreso de la Unión decretó, en el año 2000, el Código Civil Federal.

De conformidad con los artículos 73 y 124 Constitucionales, la facultad para legislar sobre la materia civil y la familiar se encuentra reservada a los Estados ya que:

- a) El artículo 124 Constitucional señala que las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a la federación, se entienden reservadas a los Estados.
- b) El artículo 73, en sus fracciones X, XI; XIV; XVII, XX, XXI, XXIV, XXV y XXIX, señala las facultades legislativas del Congreso de la Unión, sin mencionar la materia civil ni la familiar.

Las fuentes formales del derecho en general, son los procesos de creación de las normas que constituyen el sistema jurídico.

En los sistemas jurídicos de derecho escrito, como el mexicano, las fuentes más importantes de creación de normas generales son: la legislación, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho. La costumbre es una fuente secundaria y delegada. Existen también fuentes de creación de normas individualizadas, como

²⁷ El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, en vigor desde 1932, fue reformado el 29 de mayo de 1999 para quedar como Código Civil Federal. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal expidió en esa misma fecha el actual Código Civil para el Distrito Federal.

las sentencias y las resoluciones administrativas y las declaraciones unilaterales de voluntad, los convenios y los contratos.

3.2. Especies de fuentes.

a) Legislación.

En materia civil, la legislación es la fuente formal más importante. La legislación es el proceso por el cual uno o más órganos del Estado formulan y promulgan las normas jurídicas denominadas leyes²⁸. Dado que el sistema mexicano está constituido en una federación, en la que coexiste un gobierno federal con treinta y dos gobiernos locales, tenemos treinta y dos códigos de Derecho Civil estatales y un Código Civil Federal.

Las leyes civiles del Estado de Jalisco son elaboradas mediante el proceso legislativo local, en el cual participan el Congreso del Estado y el gobernador. En este proceso tienen también derecho de iniciativa el Supremo Tribunal, los ayuntamientos y los ciudadanos inscritos en el Registro Nacional de Ciudadanos.

El proceso legislativo comprende las siguientes etapas: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia. En las etapas de discusión y aprobación participa únicamente el congreso y las etapas de sanción y publicación le corresponden al ejecutivo.

De conformidad con el artículo 28 de la Constitución Política del Estado, "La facultad de presentar iniciativas de leyes y decretos corresponde a:

- I. Los diputados. Es obligación de cada diputado formular y presentar al menos una iniciativa de ley dentro del tiempo que dure su ejercicio.
- II. El gobernador del Estado.
- III. El Supremo Tribunal, en asuntos del ramo de justicia.
- IV. Los Ayuntamientos, en asuntos de competencia municipal; y
- V. Los ciudadanos inscritos en el Registro Nacional de Ciudadanos correspondiente al Estado, cuyo número represente cuando menos el punto cinco por ciento del total de dicho registro, mediante escrito presentado en los términos y con las formalidades que exija la ley de la materia. Las iniciativas presentadas conforme a esta fracción deberán ser dictaminadas dentro del término de dos meses, contados a partir del día en que hubieren sido turnadas por el pleno de la comisión correspondiente.

²⁸ Cf. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, op, cit.

Las normas civiles se encuentran principalmente en el Código de Derecho Civil del Estado. Este Código fue expedido por el Congreso local, con intervención del ejecutivo del Estado, el 14 de febrero de 1995. El Código entró en vigor el 14 de septiembre de ese mismo año y hasta la fecha ha sufrido algunas modificaciones relacionadas con las instituciones familiares, que, en su oportunidad, se irán analizando.

La supremacía de la legislación sobre las demás fuentes formales se encuentra establecida en los artículos 4, 8, 11 y 12 del Código Civil del Estado.

b) Jurisprudencia.

La jurisprudencia tiene un doble significado: como ciencia y como fuente del derecho. En su significado de fuente del derecho, la ley otorga el carácter de norma obligatoria a las resoluciones de determinadas autoridades judiciales.

Jurisprudencia es, por lo tanto, el conjunto de principios y normas generales creadas por determinados tribunales.

Hay dos formas de creación de jurisprudencia: por reiteración de tesis y por contradicción de tesis. La primera se integra con la reiteración de cinco ejecutorias (sentencias) de determinados tribunales, no interrumpidas por alguna en contrario.

Por lo que respecta a la materia civil, hay que distinguir la jurisprudencia federal de la jurisprudencia local.

En materia federal, se crea jurisprudencia por la reiteración de cinco resoluciones (ejecutorias) que hayan sido aprobadas por ocho de los once ministros, cuando se forma por el pleno de la Suprema Corte de Justicia.

Asimismo, pueden crear jurisprudencia las salas de la Corte. Esta jurisprudencia se forma por cinco ejecutorias (sentencias) no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por cuatro de los cinco ministros que integran la sala respectiva.

También los tribunales colegiados de circuito pueden crear jurisprudencia; ésta se forma mediante cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran.

Por contradicción de tesis, la jurisprudencia federal se forma cuando el pleno de la Suprema Corte resuelve cuál de las resoluciones jurisprudenciales que son contradictorias, formadas por las salas de la Corte, deberá prevalecer. Si lo que se resuelve es la contradicción entre dos jurisprudencias creadas por los tribunales colegiados, entonces es alguna de las salas de la Suprema Corte quien crea la jurisprudencia al resolver dicha contradicción de tesis.

En el ámbito local, la jurisprudencia se forma por el pleno del Supremo Tribunal de Justicia y por sus respectivas salas, cuando se hayan dictado cinco resoluciones sobre la misma materia, en un mismo sentido y sin interrupción por alguna en contrario.

En caso de que llegare a existir contradicción en la jurisprudencia creada por alguna de las salas, será el pleno del Supremo Tribunal de Justicia quien resolverá cuál es la que deberá prevalecer. (artículos 238 y 239 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco).

c) Principios Generales del Derecho.

Según el maestro Rafael Preciado Hernández²⁹, son principios generales del Derecho los “principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual”.

Los principios generales del derecho son, entonces, un conjunto de preceptos de derecho natural, en virtud de los cuales todo debería ir desarrollándose en el mundo, es decir, son los principios inscritos en la naturaleza humana y que la persona descubre con la luz de su inteligencia. Su obligatoriedad no depende de que estén reconocidos por el derecho positivo. Son obligatorios porque definen un comportamiento que la razón descubre ser necesario para el perfeccionamiento del hombre.

Estos principios son los fundamentos y criterios de Derecho Natural, como la Justicia, la equidad y la buena fe, que los jueces deben tomar en consideración al resolver los casos concretos. El fundamento legal de esta fuente formal se encuentra en el cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los artículos 1, 3, 4, 16 y 17 del Código Civil del Estado de Jalisco.

d) Costumbre.

La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio. La costumbre tiene dos elementos. Uno objetivo, que consiste en la manera reiterada de actuar, y otro subjetivo, que se da cuando la colectividad considera que esa determinada manera de actuar es obligatoria.

Son dos las características de la costumbre: a) Es un conjunto de normas derivadas de un uso más o menos prolongado (elemento objetivo), y b) los individuos que practican ese uso le reconocen obligatoriedad (elemento subjetivo).

²⁹Cfr. PRECIADO HERNÁNDEZ RAFAEL, “Filosofía del Derecho”, Ed. Porrúa, México, 1970, p.243.

En el Derecho Mexicano, la costumbre es una fuente secundaria y delegada. Es fuente secundaria porque por encima de ella está la ley, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho, y es delegada porque solamente cuando la propia ley lo autoriza, puede el juez acudir a la costumbre para resolver los casos concretos que se le presentan. Esto encuentra su fundamento en los artículos 12 y 13 del Código Civil del Estado.

e) Fuentes particulares.

Existen también fuentes que crean normas individualizadas, que, como su nombre lo indica, sólo se aplican a una o varias personas individualmente determinadas. Son fuentes de normas individualizadas: las sentencias, las resoluciones administrativas, los testamentos, los convenios y los contratos y la declaración unilateral de voluntad.

4. VIGENCIA DE LA LEY.

4.1. Generalidades.

Como ya se ha mencionado, en los sistemas de derecho escrito, como el nuestro, la fuente formal más relevante del derecho es la legislación. Por lo tanto, en nuestro derecho, la ley es la norma jurídica más importante.

La vigencia de la ley consiste en el lapso o período de tiempo en que ésta tiene fuerza obligatoria. Es muy sencillo saber cuándo inicia la vigencia de una ley, ya que las autoridades competentes la dan a conocer con anterioridad a quienes deben cumplirla. Existen dos sistemas de iniciación de la vigencia de una ley: el sucesivo y el simultáneo o sincrónico. El sistema sucesivo de iniciación de la vigencia consiste en que la ley inicia su vigencia en el lugar donde se expidió, tres días después de su publicación en el periódico oficial, y un día más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad, en los demás lugares donde la ley tiene fuerza obligatoria. Este sistema tiene una razón histórica, ya que en 1928, fecha en que se expidió el Código Civil que lo estableció, no existían los modernos medios masivos de comunicación que existen actualmente y que permiten a los obligados conocer la ley el mismo día de su publicación. Actualmente, por lo tanto, el que generalmente se aplica es el otro sistema llamado simultáneo o sincrónico, que consiste en dar a conocer una ley a todos los obligados al mismo tiempo.

La supresión de la ley debe hacerse, necesariamente, mediante la expedición de una nueva ley que le quite la fuerza obligatoria a la anterior. La propia ley expresamente establece que contra la observancia de una ley, no puede alegarse desuso o costumbre en contrario (art. 12). La supresión de una ley puede hacerse mediante la derogación o la abrogación. La derogación es la supresión parcial de la vigencia de una ley y la abrogación es la supresión total de la vigencia de la misma.

El artículo 11 del Código Civil de Jalisco establece: La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.

4.2. Retroactividad de la ley.

La vigencia de las normas jurídicas nos conduce a analizar el principio constitucional que prohíbe la retroactividad de la ley. Las normas comienzan su vigencia en un momento dado y se elaboran para regir situaciones jurídicas a partir de ese momento. Si una ley se aplica a los efectos de hechos o situaciones jurídicas que se realizaron bajo la vigencia de una ley anterior, derogada o abrogada por esta nueva ley, entonces ésta se estará aplicando retroactivamente. El artículo 14 de la Constitución establece que "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

La interpretación adecuada del principio de irretroactividad, como se conoce esta garantía constitucional, permite entonces concluir que la aplicación retroactiva de una ley solamente se podrá hacer: a) en beneficio de las personas particulares, individuales o colectivas, y b) en beneficio de la sociedad y del bien común.

5. CONCEPTO, HISTORIA, UBICACIÓN Y DIVISIÓN DEL DERECHO CIVIL.

5.1. Concepto.

El Derecho Civil es la rama del derecho privado que regula los principales hechos y actos jurídicos de la vida privada de las personas, desde antes de su nacimiento hasta después de su muerte.

El Derecho Civil es una rama del derecho privado, es derecho sustantivo y es, en nuestro país, derecho escrito. Válidamente se podría decir que, en los sistemas jurídicos de tradición romano-canónica, como el nuestro, el Derecho Civil es el padre del derecho, ya que las demás ramas fueron paulatinamente separándose y cobrando autonomía e independencia de su cuerpo de leyes.

El Derecho Civil tiene por objeto regular no sólo los principales hechos y actos jurídicos de los particulares, sino organizar jurídicamente a la familia, determinar los derechos y atributos de las personas individuales y colectivas, y regular los modos de adquirir y transmitir los bienes, tanto durante la vida como después de la muerte de las personas.

El estudio del Derecho Civil es indispensable para el conocimiento del Derecho en general. Es un instrumento imprescindible para formar y conformar la mentalidad

jurídica y sirve como base para el conocimiento y análisis de otras disciplinas jurídicas.³⁰

5.2. Breve Historia del Derecho Civil.

El Derecho Civil nace con el hombre mismo, pero es el Código de Hamurabi el registro más antiguo de una regulación jurídica.

En el Derecho Romano, con excepción del Derecho de Gentes (*jus gentium*), el Derecho Civil (*jus civile*) abarcaba todo el sistema jurídico. El *jus civile* llegó a comprender por entero el orden jurídico público y privado y llegó a abrazar en su denotación normas emanadas del derecho natural y del derecho de gentes, a través de la interpretación de los jurisprudentes y los pretores.³¹

En el año 529 d.C., Justiniano ordenó la compilación de lo mejor del Derecho Romano. Esta compilación, conocida como el *Corpus Juris Civile*, fue aplicada tanto en el Imperio Romano de Oriente, como en el territorio que ocupó el Imperio Romano de Occidente, cuya caída se ha registrado en el año 476 de la era cristiana. Al provocar su caída, los bárbaros siguieron aplicando el Derecho Romano barbarizado o vulgarizado.

A partir del siglo XI los glosadores y post glosadores hicieron posible la aplicación del *Corpus Jus Civile*.

La desintegración del Imperio Romano en principados y señoríos trajo como consecuencia que las normas de derecho público del *Corpus* ya no tuvieran campo de aplicación y que sólo tuvieran vigencia las normas de derecho privado recogidas en la compilación de Justiniano. Se identifica entonces el Derecho Civil con el Derecho Privado.³²

La transición entre el derecho feudal y el derecho moderno comienza con la Revolución Francesa (1789) y culmina con la expedición del Código de Napoleón en 1804. Este Código está considerado como el antecedente de todo movimiento codificador de los sistemas jurídicos de tradición jurídica romano canónica, tanto en Europa como en América Latina. La influencia del Código de Napoleón es innegable en los códigos civiles mexicanos.³³

5.3. Ubicación del Derecho Civil.

En el punto 1.3 de este capítulo (inciso b) se hizo la clasificación del derecho positivo normativo, en derecho público, privado y social.

³⁰ Cfr. PADILLA HERNÁNDEZ, Lucía et al, "Teoría del Derecho Civil", Coordinador J. Alfredo Medina-Riestra, Ed. Porrúa y U. de G., México, 1999, p.9-12.

³¹ Cfr. *Ibidem*, p. 16

³² Cfr. *Ibidem*, p. 20

³³ *Idem*.

La teoría más generalmente aceptada propone que Derecho público es aquel que regula relaciones de supra-subordinación entre el Estado y los particulares, cuando el Estado actúa como autoridad y los particulares como subordinados. (ejem: Derecho Constitucional)

Esta misma teoría, conocida como la teoría “de la naturaleza de la relación”³⁴, propone que Derecho privado es el que regula las relaciones entre los sujetos que se encuentran en un mismo plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como autoridad soberana. (Derecho Civil)

Derecho social es aquél que regula relaciones entre particulares, cuando una de las partes de la relación jurídica es más fuerte o poderosa que la otra (Derecho del Trabajo) o cuando la autoridad busca el beneficio de una clase popular económica o socialmente desfavorecida (Derecho de la Seguridad Social).

El Derecho Civil regula los principales actos y hechos de la vida de las personas cuando éstas se encuentran en un mismo plano de igualdad, como al celebrar un contrato por ejemplo, por lo que dicho ordenamiento jurídico se ubica dentro del derecho privado

En Jalisco, la materia civil se encuentra fundamentalmente regulada por el Código Civil del Estado, expedido en febrero de 1995 (publicado en el Periódico Oficial del Estado el día 25 de febrero), que entró en vigor siete meses después, el 14 de septiembre de ese mismo año.

5.4. División del Derecho Civil.

A diferencia del Código Civil del Estado de Jalisco de 1936, el cual se dividía en cuatro libros, el Código Civil vigente se divide en seis libros que son:

Libro primero: disposiciones generales.

Libro Segundo: de las personas y las instituciones de familia.

Libro tercero: de los bienes, su propiedad y sus diferentes manifestaciones.

Libro Cuarto: de las obligaciones.

Libro quinto: de las diversas especies de contratos.

Libro Sexto: de las sucesiones.

El objeto de nuestro estudio -personas y familia- está regulado por el libro segundo. Éste contiene once títulos:

³⁴ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “Introducción al Estudio del Derecho”, Editorial Porrúa, México, 1990, p. 134.

Primero: de las personas físicas.

Segundo: De los ausentes e ignorados.

Tercero: de las personas jurídicas (morales).

Cuarto: Del matrimonio.

Quinto: del parentesco y de los alimentos.

Sexto: de la paternidad y la filiación.

Séptimo: de la niñez.

Octavo: de la patria potestad.

Noveno: de la tutela.

Décimo: del Consejo de Familia.

Undécimo: del Patrimonio de Familia.

CAPÍTULO II. LAS PERSONAS

SUMARIO: 1.- GENERALIDADES. 2.- DIFERENCIA ENTRE PERSONA Y PERSONALIDAD JURÍDICA. 3.- CLASIFICACION DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

I. GENERALIDADES.

1.1. Concepto de persona.

En su clásica definición, Boecio³⁵ afirma que la persona es “substancia individual de naturaleza racional”. Es un individuo racional y libre: dos características que ningún otro ser de la naturaleza posee ni puede poseer. Por ser persona, creado a imagen y semejanza de su Creador, el ser humano mantiene la privacidad inviolable del núcleo íntimo de su personalidad, esto es, el ser persona investida de una eminente dignidad, con un destino temporal y un destino que la trascienden y que es eterno. La fuente última de su dignidad es su condición de persona. La persona es un fin en sí misma y no un medio que puede ser usado por los demás. Respetarla es la actitud más digna del hombre porque respetando al otro, se respeta a sí mismo. La actitud de respeto a las personas es el reconocimiento de su dignidad.

La persona es un ser que es “ser tan intensamente”³⁶ que domina su propio ser. Por eso la persona humana es dueña de su propio ser, nota que lo distingue de los demás seres y que confirma su dignidad.

1.2. Características o rasgos fundamentales de la persona humana.

La persona humana es un compuesto substancial de cuerpo material orgánico y alma espiritual³⁷. Propiamente, no posee un cuerpo y un alma como se poseen las cosas, sino que la persona es un todo corpóreo y espiritual: es cuerpo y es espíritu, con independencia de todos los otros seres de la creación. La persona es un todo compuesto de elementos esenciales y accidentales, y es a este todo y no a las partes, al que se atribuye la existencia y la acción.

Analizaremos en seguida estos rasgos de la persona:

³⁵ Citado por Alberto Pacheco E., “La persona en el Derecho Civil Mexicano”, Ed. Panorama, México, 1991, p. 16.

³⁶ HERVADA, Javier, “Introducción Crítica al Derecho Natural”, Ed. MiNos, S.A. de C.V., México, 1994, p. 64.

³⁷ GONZÁLEZ LUNA MORFÍN, Efraín, op cit., p. 17.

a) Cuerpo material orgánico.

De este primer rasgo se desprende que el ser humano participa del mundo físico material y, como el resto de las criaturas, se encuentra sujeto a las leyes físicas de la naturaleza. (mundo del ser). Las leyes físicas son expresiones de las relaciones de causalidad de los fenómenos de la naturaleza. Leyes inviolables y necesarias que regulan toda la creación y a las que se encuentran también sujetos los animales y demás seres vivos e inanimados.

El cuerpo humano está diseñado para que el alma racional pueda cumplir sus fines. El hecho de que el cuerpo sirva al alma se ve claramente en la forma en que está diseñado. La postura erguida, las manos libres, el lenguaje, el modo como conoce, etc. Las manos del hombre sustituyen otros aditamentos de los demás seres.

b) Alma espiritual.

El alma es el primer principio de vida de los seres vivos.³⁸ Es una energía que desde dentro construye al ser vivo. Es la forma del cuerpo de los seres vivientes. Es la energía fundamental y la chispa que los define. El alma de los hombres es un alma espiritual racional caracterizada por la libertad y la inteligencia.

Los seres humanos poseen un alma que organiza y vivifica la materia y que al ser espiritual hace que la persona humana sea superior al resto de los seres creados.

Como consecuencia de ser un compuesto substancial de cuerpo material orgánico y alma espiritual, la persona humana posee:

- a. Inteligencia racional.
- b. Voluntad
- c. Libertad.
- d. Conocimiento sensible.
- e. Afectividad.
- f. Individualidad.
- g. Sociabilidad.
- h. Historicidad .
- i. Trascendencia.

- La inteligencia racional y la voluntad.

Son las potencias del alma espiritual que la persona humana posee, como consecuencia de haber sido creado a imagen y semejanza de su Creador. Con la inteligencia racional puede darse cuenta de que se da cuenta y que ha sido creado para cumplir determinados fines. La inteligencia capta la verdad y se la presenta a la voluntad para que, con libertad, pueda la persona vivir conforme a sus fines.

³⁸ Sto. Tomás de Aquino. S. Th. I, q 75, a. 1.

- Voluntad.

Es la facultad que permite la inclinación hacia los bienes que son presentados por la inteligencia. Es un apetito racional que se mueve hacia lo que la inteligencia le presenta a la persona como un bien para ella.

- Libertad.

La persona humana es libre; la libertad que procede del núcleo esencial espiritual del ser humano, es la capacidad de decidirse autónomamente de una u otra forma frente a posibilidades diversas, sin ser forzado por el determinismo psicológico en una determinada dirección.

- Conocimiento sensible.

Los seres humanos conocen mediante conceptos abstractos y universales que la mente elabora a partir de los datos sensibles. El principio del conocimiento humano está en los sentidos. El conocimiento sensible concreto y el conocimiento intelectual abstracto se relacionan constantemente. Con los sentidos humanos, internos y externos, la persona abstrae las notas esenciales de las realidades que le permiten formular las ideas y conceptos.

- Afectividad.

La afectividad es el conjunto de tendencias sensibles. La pluralidad y variedad de sentimientos da lugar a la riqueza de la afectividad humana.

Los apetitos sensibles son las facultades que permiten tender hacia las realidades conocidas por los sentidos. Estas tendencias de los apetitos sensibles pueden mover a buscar o a evitar el objeto conocido por los sentidos.

La sensibilidad o afectividad es una facultad que se divide en dos potencias: el apetito concupiscible y el irascible³⁹. El apetito concupiscible es una facultad que permite tender hacia lo que ha sido percibido como un bien sensible o rehuir a lo que puede causar un daño. El irascible es la facultad de rechazar lo que se opone a la consecución de un bien o lo que ocasiona un daño o perjuicio. Las pasiones, que son las tendencias de los apetitos concupiscible e irascible se originan en el conocimiento sensible. Las del apetito concupiscible son 6: el amor, el odio, el deseo, la aversión, el gozo y la tristeza. Las pasiones del apetito irascible son 5: la esperanza, la desesperación, la audacia, el miedo o temor y la ira.

³⁹ Cfr. Tomás de Aquino, Suma Teológica I q. 81, 1. 2. c.

- Individualidad.

La individualidad de cada persona humana consiste en su carácter único, inmultiplicable e intransferible. Cada ser humano es un todo y no solamente una parte del todo. Es un universo en sí mismo, un microcosmos en el cual el gran universo íntegro puede ser contenido por el conocimiento, y que por el amor puede darse libremente a seres que son para él como otros "él mismo".⁴⁰

Por ser persona, el ser humano tiene unicidad o individualidad. Es él mismo, un espíritu encarnado separado de todo otro ser; esta característica del ser humano lo hace único e irrepetible, jamás será repetido, jamás será repetible, por haber sido dotado de originalidad.

- Sociabilidad.

Aristóteles enseñó que el hombre es por naturaleza un animal social.⁴¹ Esto significa que todo hombre necesita vivir en sociedad para alcanzar su pleno desarrollo. Su necesidad de vivir en sociedad trae aparejada la necesidad de ser responsable. Ser persona es ser responsable. Según Villoro⁴², "Responsabilidad es el conjunto de notas por las cuales un sujeto ha de dar razón a otros de un acto o de un hecho". Ser responsable significa atenerse a las consecuencias de los propios actos y pagar lo debido cuando se ha causado con la conducta propia una lesión a otro.

- Historicidad.

El ser humano tiene una existencia temporal; tiene un principio, después su vida se desarrolla sucesivamente hasta llegar a su término. La vida de la persona comienza, transcurre y termina en un momento histórico. La esencia del hombre está instalada en el tiempo. El tiempo es como el correr del agua.

Como dice Francisco de la Torre:

"Los días suelen correr
y yo con ellos me voy;
ayer nunca será hoy y hoy, mañana será ayer."⁴³

⁴⁰ MARITAIN, JACQUES, "Persona y dignidad", citado en "Filosofía de los Derechos Humanos", Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Compilador Daniel E: Herrendorf., México, 1992, p. 254

⁴¹ ARISTÓTELES, Política, citado por Villoro, op cit. P. 32.

⁴² VILLORO, op. cit., p. 350.

⁴³ HERRERO LLORENTE, Víctor José, "Diccionario de Expresiones y Frases Latinas" comentario a la frase 3847 hecho por Francisco de la Torre, Ed. Gredos, 3ª. Edición, segunda reimpresión, Madrid, 1992, p. 219

- Trascendencia.

La trascendencia es el último de los rasgos humanos. Sin embargo, se podría decir que es el más importante. Sin la posibilidad de trascender, la vida del hombre estaría rodeada de absurdos. Gracias a la posibilidad de trascender cobran sentido situaciones, que de otra manera carecerían de sentido. ¿Qué sentido tendrían sin esta posibilidad la enfermedad, el sufrimiento, y todo lo negativo de la vida? No somos seres para la muerte. El deseo de eternidad lo manifiesta la insatisfacción constante y el hastío que los satisfactores humanos dejan tantas veces en las personas.

2. DIFERENCIA ENTRE PERSONA JURÍDICA Y PERSONALIDAD JURÍDICA.

2.1. Persona jurídica.

El ser humano es objeto de estudio tanto de la filosofía como de las ciencias particulares, como la sociología, la economía, la psicología, la medicina, etc. La filosofía estudia a la luz de la razón a la persona en su totalidad y responde a su cuestionario fundamental (quién es, de dónde viene y a dónde va), mientras que cada ciencia considera al hombre, en tanto objeto de estudio propio, desde el ángulo determinado que le interesa. Pero en todas ellas, es el mismo ser humano al que nos referimos en el apartado anterior.

El Derecho no podría actuar de otra manera. No puede el legislador apartarse de la realidad creando ficciones jurídicas. Es la conducta del ser humano de carne y hueso la que constituye el objeto de regulación del Derecho.

Cuando esa persona humana es objeto de protección por parte del orden jurídico y es sujeto de derechos y obligaciones, nos encontramos ante la persona jurídica. La persona jurídica puede ser individualmente considerada y entonces se le denomina persona física, o en agrupación con sus semejantes, y entonces constituye la persona colectiva o persona moral.

Persona jurídica individual o persona física es, entonces, el ser humano cuya conducta es regulada por el derecho positivo y cuyos derechos innatos son protegidos por dicho orden jurídico.

El derecho no puede desconocer la realidad. Ésta le muestra que la persona es un fin en sí misma y que el derecho es un instrumento para regular su vida social. La conducta de las personas es regulada por el derecho para hacer posible la convivencia dentro de la sociedad y para construir el bien común por medio de la justicia.

2.2. Personalidad jurídica.

Para proteger a las personas jurídicas en sus relaciones sociales, el legislador ha creado un esquema jurídico, al que ha dado el nombre de personalidad jurídica.

La personalidad jurídica es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones.

Como lo establece el artículo 19 del Código Civil de Jalisco, la personalidad jurídica es un atributo de las personas que se integra con la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio de las mismas personas.

De acuerdo con el artículo 20 del Código Civil del Estado, hay capacidad de goce cuando se tiene la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, y hay capacidad de ejercicio cuando se tiene aptitud para ejercitar derechos y cumplir obligaciones.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Como se dijo al analizar los rasgos de la persona humana, ésta posee una esfera o dimensión de intimidad o individualidad y otra área o dimensión de sociabilidad. Somos sociables por naturaleza. No es que al inicio de los tiempos los hombres hayan hecho un pacto de asociación, mediante el cual cedieron parte de sus libertades por mutua conveniencia y crearon la comunidad social. La sociabilidad es una nota esencial de la naturaleza humana, así como lo son la historicidad y la trascendencia.

Al dividir a las personas jurídicas en personas físicas y personas morales (jurídicas colectivas), el derecho reconoce la dimensión individual y la dimensión social de la persona humana.

Aunque el Código Civil de Jalisco denomina persona física al ser humano individual y persona jurídica a la agrupación de personas, ambos son personas jurídicas y sería más adecuado denominarlos “persona jurídica individual y persona jurídica colectiva” o persona moral, como doctrinalmente se le ha llamado.⁴⁴

La persona humana se propone y logra fines de manera individual y, al darse cuenta de los beneficios que obtiene y la mayor facilidad con la que se logran algunas tareas al asociarse con sus semejantes, se propone y logra fines colectivos. De esta manera constituye la persona jurídica colectiva.

La protección legal a la persona individual (persona física) se encuentra, fundamentalmente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en el

⁴⁴ Cfr. PACHECOE, Alberto, “La persona en el Derecho Civil Mexicano, Ed. Panorama, México, 2000, p. 36.

sistema jurídico mexicano en la parte dogmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Títulos Primero y Segundo del Libro Segundo del Código Civil del Estado de Jalisco.

La protección jurídica de las personas jurídicas colectivas (personas morales) se encuentra en los artículos 16 (derecho a formar una familia) y 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el ámbito jurídico interno, su protección se encuentra en el artículo 9º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en Título Tercero del Código Civil del Estado de Jalisco.

CAPÍTULO III. DE LAS PERSONAS JURÍDICAS INDIVIDUALES

SUMARIO: 1. INICIO Y EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA INDIVIDUAL Y SU PERSONALIDAD JURÍDICA. 2. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. 3. ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS INDIVIDUALES. 4. REGISTRO CIVIL

I. INICIO DE LA PERSONA INDIVIDUAL Y DE SU PERSONALIDAD JURÍDICA.

1.1. Inicio.

La persona individual inicia su existencia en el momento mismo de la concepción. La ciencia ha demostrado que desde ese instante, la vida que comienza es la misma que se desarrolla por las distintas etapas de su existencia, y que, a pesar del cambio radical que sufre en cada una de esas etapas, la esencia de la persona se conserva la misma desde la concepción hasta la muerte. La persona jurídica que no es un esquema jurídico sino el mismo ser humano; comienza, entonces, en el momento de la concepción y la protección del orden jurídico se da desde es momento.

El Código Civil de Jalisco al reconocer esta realidad ha establecido, en su artículo 18, que es persona física todo ser humano. Y en el artículo 19 establece que la personalidad jurídica es uno de los atributos de la persona física. Aunque el código tuvo un gran avance al distinguir entre persona y personalidad -que no lo hacía el código anterior- sigue conservando un gran error al sostener una ficción de derecho al decir que: *se le tiene por nacido*.

El legislador ha establecido que la personalidad comienza con el nacimiento vivo y viable de la persona. Si reconoce que el inicio de la vida de la persona se da en el momento de la concepción, bastaría con que hubiera determinado que la personalidad se encuentra condicionada al nacimiento vivo y viable, sin necesidad de decir: *se le tiene por nacido*.

1.2. Extinción.

La persona jurídica termina su existencia en el momento de su muerte. El Código Civil del Estado no contempla la muerte civil, por la cual se extinguen algunos derechos de la persona. La existencia de la persona jurídica individual coincide con la misma de la persona humana, pero algunos efectos de la personalidad se extienden hasta después de la muerte de la persona. Por ejemplo sus herederos no pueden adquirir la herencia hasta que se hayan liquidado todas las deudas que tenía el autor de la sucesión.

2. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

2.1. Concepto.

Es el conjunto de derechos del ser humano que le son necesarios para lograr sus fines y que, en consecuencia, le pertenecen por el solo hecho de ser persona.

Como se señaló al analizar el concepto de derecho, éste es un término análogo, por lo que se aplica a varios objetos de conocimiento que son en parte semejantes y en parte diferentes. En primer término, derecho es lo justo objetivo que se le debe a otro. Derecho es también la norma de conducta imperativo-atributiva, impuesta en forma obligatoria por la autoridad competente para regular la vida dentro de la sociedad. Y finalmente, derecho es la facultad, derivada o protegida por la norma jurídica, para exigir lo que a cada quien le corresponde.⁴⁵

Los derechos de la personalidad no son otra cosa que derechos subjetivos humanos. De ahí que estos derechos se ubiquen en la tercera de las connotaciones anteriormente señaladas. Son facultades derivadas de una norma de Derecho Natural, que halla su fundamento en lo que es adecuado a la propia naturaleza humana. Gracias a ellos se tiene la posibilidad de exigir lo que a cada persona le corresponde.

En lenguaje ordinario, los derechos humanos son los derechos naturales de la persona humana. Por el hecho de ser persona, cada hombre es titular de un conjunto de derechos que le corresponden naturalmente, anteriores a cualquier intervención del Estado y que deben ser reconocidos y protegidos por éste.

En las últimas décadas de nuestra historia, el reconocimiento de los derechos humanos y su protección jurídica se ha realizado en un número cada vez mayor de los Estados de la comunidad internacional. Se ha dado un proceso de positivización e internacionalización que ha llevado a constituir una especie de paradigma ético básico fundamental, que debe ser satisfecho por todo ordenamiento jurídico.

En los países de Derecho Escrito (Derecho Civil por oposición a derecho consuetudinario o Common Law), en donde sus normas fundamentales se encuentran plasmadas en un documento jurídico político llamado Constitución, los medios de protección a los derechos humanos fundamentales, se encuentran ahí mismo establecidas.

Con las consideraciones hechas en el párrafo anterior podemos concluir que hay derechos que tienen su origen en un título natural, que deben ser respetados por todos y protegidos por los que tienen a su cargo el cuidado de la comunidad.

⁴⁵ GONZÁLEZ LUNA MORFÍN, op. cit., p.17.

Además de los derechos humanos que se encuentran protegidos y garantizado su ejercicio en la Constitución, existe otro cuerpo de derechos humanos que sin dejar de ser derechos fundamentales y originales, se refieren al núcleo más íntimo de las personas y que nuestro código denomina “Derechos de Personalidad”.

Este conjunto de derechos ha sido protegido desde el Derecho Romano. En este Derecho se les conocía como “jus in se ipsum” (derechos sobre sí mismo). Sin embargo, la legislación civil mexicana no los había regulado anteriormente. El Código Civil de Jalisco los regula y protege en 17 artículos, que van del 24 al 40.

2.2. Diferencias entre los derechos humanos fundamentales (derechos naturales) y los derechos de la personalidad.

a) Por el bien jurídico protegido.

Los derechos fundamentales protegen los derechos humanos en general, desde la vida y la salud hasta los derechos políticos y sociales, como el derecho de voto y el de ser oído y vencido en juicio. Los derechos de la personalidad constituyen un núcleo íntimo de derechos de la persona, como el derecho al nombre, al honor y a la fama, a la imagen, a la intimidad, etc.

Tanto los derechos fundamentales como los derechos de la personalidad son derechos humanos y tienen las mismas características de ser innatos, inalienables, absolutos y esenciales y pueden ser los mismos. La diferencia se encuentra en que los derechos de la personalidad se ubican en la esfera de mayor intimidad de las personas.

b) Por el orden legal en donde se encuentran protegidos.

Los derechos fundamentales se encuentran protegidos en la Constitución.

Los derechos de la personalidad están protegidos por el Código Civil del Estado.

Puede darse una doble protección a estos derechos. El derecho a la vida se encuentra protegido tanto por la Constitución como por el Código Civil del Estado de Jalisco.

c) Por el medio de defensa.

Los derechos fundamentales son protegidos por las garantías individuales y, cuando han sido violados, se restablecen mediante el juicio de amparo que se tramita ante las autoridades judiciales federales.

Aunque la primera parte de la Constitución (parte dogmática) se intitula “De las garantías individuales”, es necesario distinguir los términos. No son lo mismo los derechos garantizados que las garantías del ejercicio de los mismos.

A pesar de que el título primero se denomine “de las garantías individuales”, los que del artículo 1 al 28 se enlistan son los derechos fundamentales, no las garantías. Las garantías son los mecanismos que hacen posible el ejercicio de los derechos cuando éstos han sido violados por alguna autoridad.

El ejercicio de los derechos humanos se protege entonces, mediante las garantías individuales a través del juicio de amparo.

Los derechos de personalidad se protegen por medio de los juicios de responsabilidad civil y daño moral. Éstos se tramitan ante jueces locales. Mediante el juicio de responsabilidad civil, la persona que ha sufrido una lesión a sus derechos de la personalidad puede reclamar el pago de los daños y perjuicios que se le hubieren causado, y a través del juicio de daño moral, puede reclamar además una indemnización pecuniaria por el sufrimiento que se le ha causado.⁴⁶

El Código Civil del Estado de Jalisco regula la responsabilidad civil, objetiva y subjetiva, y el daño moral, de los artículos 1387 a 1430. De igual manera, en el artículo 34 dispone que la violación de los derechos de personalidad, bien sea porque produzcan daño moral, daño económico o ambos, es fuente de obligaciones, y que la responsabilidad civil no exime al responsable de cualquier otra sanción que le imponga la ley (art. 35)

Al estudiar los derechos de la personalidad en forma particular se hará un estudio más abundante de estos medios de defensa.

d) Por la persona ante quien se hacen valer.

Los derechos fundamentales se hacen valer frente al Estado y sus autoridades. Los derechos de la personalidad se hacen valer frente a los otros particulares.

El primer caso se da cuando el acto de alguna autoridad ha violado alguno de los derechos humanos, y se está en el segundo supuesto cuando ha sido otro particular quien ha violado los derechos de la personalidad.

2.3 Características de los derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad, al ser derechos naturales, gozan de las mismas características de todos los derechos derivados del Derecho Natural.

El artículo 26 del Código Civil del Estado de Jalisco establece que los derechos de la personalidad son:

⁴⁶ Daño es la lesión directa a la persona o su patrimonio y perjuicio es la ganancia lícita que la misma deja de percibir como consecuencia del daño.

I Esenciales.

Esencia de una cosa es el conjunto de las propiedades que la constituyen como tal. Los derechos de la personalidad se encuentran dentro de estas propiedades, por lo que sin ellos las personas dejarían de ser creaturas de un ser superior que los ha creado a su imagen y semejanza.

II Personalísimos.

Cada persona es un ser único e irrepetible, con un conjunto de derechos que sólo a ella le corresponde ejercer y que por lo tanto no puede realizar a través de representante o de terceras personas.

III y IV. Originarios e Innatos.

Estas dos características de los derechos de la personalidad son similares. Son derechos propios de la naturaleza humana, por lo que la raíz y el origen de ellos se encuentra en el Creador de esa naturaleza y los adquiere la persona desde el momento de la concepción.

V. Sin contenido patrimonial.

El contenido de los derechos de la personalidad es tan valioso que no puede ser apreciado en dinero. Ello significa que no pueden ser objeto de transacción comercial ni de transmisión alguna, por la que se obtenga a cambio un pago o compensación.

VI. Absolutos.

Son absolutos los derechos que valen en todas las circunstancias y frente a todas las demás personas. Y no pueden ser disminuidos ni relativizados bajo ninguna circunstancia ni por persona alguna.

VII y VIII. Inalienables e Intransmisibles.

Como se apuntó en la fracción V, al no tener contenido patrimonial, los derechos de la personalidad no pueden ser objeto de enajenación (alienación) ni de transmisión.

IX. Imprescriptibles.

El transcurso del tiempo no puede ser nunca la causa de la pérdida de estos derechos. Los derechos de la personalidad permanecen con la persona desde antes de su nacimiento hasta su muerte. El hecho de que una persona, por su conducta negativa o su comportamiento inmoral, haya conculcado su imagen, no significa que haya perdido su dignidad de persona y aun así conserva sus derechos fundamentales.

X. Irrenunciables.

Ni siquiera la voluntad libre de una persona puede privar de su eficacia a estos derechos, por no tener contenido patrimonial. Solamente los derechos patrimoniales pueden ser objeto de renuncia.

2.4. Análisis de los derechos de la personalidad.

A. Enumeración.

El artículo 26 del Código Civil del Estado de Jalisco establece que son derechos de la personalidad los siguientes:

- I. La vida.
- II. La integridad psíquica y física.
- III. Los afectos, sentimientos y creencias.
- IV. El honor y la fama.
- V. El trabajo, oficio u ocupación.
- VI. El nombre.
- VII. La imagen.
- VIII. El secreto epistolar, telefónico y testamentario.
- IX. La intimidad personal y familiar.
- X. La información privada.

B. De los derechos de la personalidad en particular.⁴⁷

I.- Derecho a la vida.

El derecho a la vida constituye el derecho humano básico y fundamental. Comienza con la concepción y es anterior a cualquier otro derecho. La vida es el don más preciado de la persona. Es un derecho previo y básico en el orden al cual los demás derechos surgen como complementarios.

El derecho a la vida constituye una condición de posibilidad para la existencia de todos los demás derechos. Este derecho implica, además, la existencia de una serie de derechos indispensables para su ejercicio, ya que sin la satisfacción de las necesidades básicas, por lo menos, no se puede vivir.

Los derechos de la personalidad, como todos los derechos subjetivos, se caracterizan por ser bilaterales. Esto significa que a cada derecho le corresponde correlativamente un deber. El derecho a la vida da a su titular el derecho a que se

⁴⁷ Para el análisis de los derechos de la personalidad se han tomado las ideas básicas del libro de Alberto Pacheco Escobedo "La persona en el Derecho Civil Mexicano", Ed. Panorama, México, 1998. Capítulo 4, págs. 78 a 135.

le respete su vida, pero al mismo tiempo le impone la obligación de cuidar y respetar su propia vida y la de los demás.

La protección al derecho a la vida se encuentra tanto en la parte dogmática de la Constitución, como en la legislación penal y en la legislación civil. Los artículos 1, 4, 10 y 14 de la Constitución protegen una serie de derechos que hacen posible el ejercicio del derecho a la vida. La legislación penal ha tipificado el delito de aborto y de homicidio para proteger el bien jurídico de la vida, y el artículo 28 del Código Civil del Estado establece el derecho a la vida como el primero de los derechos de la personalidad.

Al estudiar este derecho, dado que la existencia humana comienza desde el momento de la concepción, es conveniente analizar los derechos del no nacido.

- a) El no nacido es ya una persona.
- b) Tiene derecho a la protección de la ley.
- c) Puede ser instituido heredero y donatario.
- d) Atentan contra la vida del no nacido el aborto provocado y los contraceptivos abortivos.

I.1. Atentados contra la vida.

-El aborto. El artículo 227 del Código Penal del Estado de Jalisco (similar al artículo 329 del Código Penal del Distrito Federal) define el aborto como “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”. A pesar de que es generalmente aceptada la excluyente de responsabilidad cuando el aborto se realiza en ciertas circunstancias establecidas en la propia ley penal, como cuando el embarazo es producto de una violación, esto no significa que no sea una conducta objetivamente ilegítima privar de la vida a un no nacido. Éste es uno de los actos de mayor injusticia, ya que la víctima, a quien se le niega el derecho a vivir, es el ser más inocente e indefenso de la creación.

-La eutanasia. Aunque suelen distinguirse diversas especies, básicamente la eutanasia es conocida de manera general como la muerte sin dolor, ya que es la acción u omisión con la que, sin causarle dolor alguno, se provoca la muerte de una persona que se encuentra en estado terminal; es también, sin duda, un atentado contra la vida. Aunque se pudiera considerar que la eutanasia es un acto de piedad, porque se provoca una muerte sin sufrimiento a una persona que ya no tiene ninguna posibilidad de vivir, con ella se priva al enfermo de la oportunidad de dar un significado trascendente a su sufrimiento. La eutanasia constituye un delito y es inmoral, sobre todo cuando se hace sin el consentimiento del enfermo. La capacidad de encontrar en el sufrimiento una

forma de trascender es privativo del ser humano. Éste tiene derecho a ser respetado en la etapa terminal de su vida.

No se considera que es eutanasia la negación del uso de medios extraordinarios para conservar la vida de una persona, cuando no tiene ya ninguna posibilidad de recuperación.

I:2. Reparación del daño por violación al derecho a la vida

Por mucho tiempo se consideró que la reparación del daño causado por la muerte de una persona era imposible de valorar, ya que la vida no tiene precio. Sin embargo, se ha considerado que es de justicia indemnizar a los herederos o familiares de la víctima, de quien muchas veces dependía su subsistencia. La ley Federal del trabajo establece las bases para fijar el monto de la indemnización cuando la víctima era un trabajador y el Código Civil del Estado concede al juez la facultad de determinar la indemnización pecuniaria por violación a los derechos de la personalidad. (arts. 1390,1931 y 1393)

Para concluir el análisis del derecho a la vida reproducimos las palabras de un gran autor: “Como imagen y semejanza de Dios, participa el hombre de la plenitud de la vida... El ser humano, por encima de la vida vegetativa y sensitiva, y en profunda relación con ellas, tiene la vida del espíritu en el orden natural y ha recibido de Dios el llamamiento sobrenatural a participar en la vida divina.”⁴⁸

II.- Derecho a la integridad física y psíquica.

El derecho a la integridad, tanto física como psíquica, consiste en el derecho al respeto de la persona total, integrada de materia y de espíritu. El Diccionario de la Lengua Española define la integridad como “la cualidad de íntegro” e íntegro como aquello “que no carece de ninguna de sus partes”. Aplicados a nuestra materia, se puede decir que el derecho a la integridad consiste en el respeto a todas y cada una de las partes que integran la personalidad humana.

II.1. Atentados contra la integridad física y psíquica.

a) Lesiones.

Son los daños causados directamente a una persona en su integridad corporal. Las consecuencias de las lesiones pueden ser no sólo cicatrices sino también daños psicológicos que pueden afectar su integridad psíquica.

b) Prostitución.

Nadie está autorizado a disponer del cuerpo de otra persona para actos en sí mismo inmorales, ni siquiera con el consentimiento de ella. Se ha comprobado que la

⁴⁸ GONZÁLEZ LUNA MORFÍN, Efraín, op cit., p. 212.

mujer que, por diversas razones como la miseria, la ignorancia o el estado de necesidad, se ve obligada a ganarse la vida con esta actividad, sufre graves deterioros en su integridad psíquica y su autoestima se ve seriamente disminuida.

Aunque la prostitución no constituye un hecho en sí mismo delictuoso, su ejercicio denigra tanto a quien obtiene de esta actividad una ganancia, como a quien paga por servirse de un cuerpo ajeno.

c) Disposición sobre el cuerpo propio y el cuerpo ajeno.

En este apartado se hará un análisis de actividades de disposición de órganos y tejidos del cuerpo humano, así como de cadáveres de seres humanos; éstos no son necesariamente atentados contra la vida, aunque pueden llegar a serlo.

La Ley General de Salud dispone, en su artículo 314, que se entiende por disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o de investigación.

Este mismo ordenamiento jurídico establece, en su artículo 321, que los trasplantes de órganos o tejidos en seres humanos vivos, podrán llevarse a cabo con fines terapéuticos, solamente cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto y representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del disponente originario y del receptor.

Así mismo, el artículo 322 de la Ley en comento establece que la obtención de órganos o tejidos de seres humanos vivos para trasplante, sólo podrá realizarse cuando no sea posible utilizar órganos o tejidos obtenidos de cadáveres. Y en el segundo párrafo de este mismo artículo se prohíbe realizar el trasplante de un órgano único esencial para la conservación de la vida y no regenerable, de un cuerpo humano vivo a otro cuerpo humano vivo.

El Código Civil de Jalisco regula estas actividades en sus artículos 36, 37, 38, 39 Y 40. Las normas contenidas en estos artículos van en la misma línea de la Ley General de Salud.

En ambos cuerpos de leyes sólo se permiten estas actividades cuando:

- i) No se pone en peligro la vida.
- ii) Se llevan a cabo a título gratuito.
- iii) Se realizan con fines terapéuticos.
- iv) No se trata de un órgano vital.

Sobre el cadáver se puede disponer en vida, haciendo constar tal decisión en un testamento público abierto, o por escrito ratificado ante notario. Así mismo, se

puede manifestar la decisión de disponer del cadáver, total o parcialmente, ante las autoridades de vialidad al momento de tramitar la licencia para conducir automóviles.

Cuando se trata de cadáveres de personas que estando vivos no han dispuesto nada al respecto, podrán disponer de ellos, con fines terapéuticos o científicos y en forma gratuita, las personas señaladas en el artículo 40 del CCJ en el orden de preferencia ahí mismo establecido. Al establecer la prelación y los requisitos para tomar esta decisión, se sigue la regla de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, siempre y cuando cumplan con el otro requisito de convivencia con el difunto de cuyo cadáver se trate.

II.2. Reparación del daño por violación al derecho a la integridad física y psíquica.

Los daños se pueden causar a otro por tres causas:

- a) Por actuación ilícita. Ésta puede ser un acto o una omisión causada por imprudencia o negligencia y está regulada en el artículo 1387 del Código Civil de Jalisco. La reparación deberá comprender el pago de los daños y los perjuicios que se hayan causado a la víctima. El daño es la lesión directa a la persona o a su patrimonio y el perjuicio es la ganancia lícita que haya dejado de percibir como consecuencia del daño.
- b) Por el uso de materiales, aparatos o substancias en sí mismo peligrosas. El daño causado da origen a una responsabilidad objetiva y el dueño del objeto tiene obligación de pagar los daños y los perjuicios causados a la víctima.
- c) Por daño moral. El CCJ⁴⁹ establece que cuando la lesión afecte moralmente a la víctima, el responsable tendrá obligación indemnizarla mediante una cantidad que el juez fijará, tomando en cuenta las circunstancias en que se realizó el hecho o la omisión.

III. Derecho al respeto a los afectos, sentimientos y creencias.

- Respeto a los afectos y sentimientos. Al analizar las características de la persona humana, se observó que la afectividad es el conjunto de tendencias sensibles. La pluralidad y variedad de sentimientos da lugar a la riqueza de la afectividad humana. El amor es el afecto de mayor jerarquía y la capacidad de amar por encima de sí mismo es privativa del ser humano.

⁴⁹ El daño moral se encuentra regulado en los artículos 1391, 1392 y 1393 del Código Civil del Estado de Jalisco.

- Respeto a las creencias. La persona humana es, naturalmente, un ser que busca la trascendencia. Por eso se dice que es un ser creado por un ser infinito, que infinitos finitos no pueden llenar. El derecho a creer en un ser superior es un derecho sagrado, que el derecho positivo no puede más que reconocer, respetar y proteger.

El derecho a la libertad de creencias o libertad religiosa significa que en materia de creencias nadie puede ser obligado a actuar en contra de su conciencia, ni a ser impedido a actuar conforme a ella. Este derecho se encuentra también protegido en el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que “todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley”.

La protección a la libertad religiosa implica, también, la libertad de no creencia. El derecho de objeción de conciencia consiste en negarse o resistirse a obedecer una ley o un acto de autoridad que vayan en contra de la conciencia del obligado, con base en sus valores, principios éticos o creencias religiosas.

III.1 Atentados contra el respeto a la libertad de creencias.

La promulgación de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público⁵⁰ ha significado un avance de consideración en el respeto a la libertad religiosa y de creencias. Es muy importante la abrogación que esta ley hace de una serie de ordenamientos jurídicos persecutorios. Abroga, por ejemplo, la Ley Reglamentaria del artículo 3º Constitucional de 1927, que prohibía enseñar la religión en las escuelas, la Ley Reglamentaria del 7º Párrafo del artículo 130 constitucional de 1931, que limitaba el número de sacerdotes, y otras tantas leyes y decretos que no respetaban la libertad religiosa, como el decreto expedido en 1913 por el gobierno del Estado que coartaba seriamente la libertad religiosa en Jalisco y que trajo como consecuencia la muerte de egregios jaliscienses, entre ellas, la de Anacleto González Flores.

Sin embargo, la Ley es aún insuficiente para proteger plenamente la libertad de creencias, pues establece una serie de disposiciones que contienen aspectos negativos. Por ejemplo, el artículo primero no respeta la objeción de conciencia,⁵¹ ya que en su segundo párrafo establece que las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Es importante privilegiar el orden jurídico respecto a los derechos de una persona en particular cuando su ejercicio implique violación al orden público. Pero cuando una ley o disposición jurídica sea notoriamente injusta, se debe respetar el derecho de la persona a oponerse a su cumplimiento. Tal como este artículo está redactado nos dice: “Eres libre de creer, con tal de que lo que crees no se oponga a lo que yo te mando”.

⁵⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de julio de 1992.

⁵¹ Derecho a resistirse a obedecer una ley o un mandato de autoridad por ir en contra de los principios, creencias o valores éticos de la persona que lo ejercita.

Un primer paso positivo - aunque insuficiente también- en el orden jurídico local en la línea proteccional del derecho en cuestión, es la reforma que adicionó el art. 18 ter de la Ley Estatal de Salud (Decreto No. 20605 publicado *El Estado de Jalisco Periódico Oficial* del 7 de octubre de 2004), que introdujo la objeción de conciencia en favor de médicos y otros sujetos del sector.

Asimismo, el artículo 3º de la mencionada ley establece que el Estado Mexicano ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, en lo relativo a la observancia de las leyes. Esta disposición puede interpretarse en el sentido de que la autoridad podrá exigir el cumplimiento de cualquier ley, aunque sea injusta y violatoria del derecho a la objeción de conciencia.

III.2. Reparación del daño por violación al derecho a la libertad de afectos, sentimientos y creencias.

El artículo 1391 del Código Civil del Estado de Jalisco establece que la violación de cualesquiera de los derechos de la personalidad produce el daño moral, que es independiente del daño material. El responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización pecuniaria.

Anteriormente señalamos que la indemnización por el daño moral causado es independiente de la reparación de los daños y perjuicios que se produzcan al violar los derechos de la personalidad. El art. 1393 del mismo código establece que esta indemnización deberá calcularla el juez tomando en cuenta:

- I. La naturaleza del hecho dañoso.
- II. Los derechos lesionados.
- III. El grado de responsabilidad.
- IV. La situación pecuniaria o el nivel de vida del responsable.
- V. El grado y repercusión de los daños causados.
- VI. Los usos y costumbres del lugar donde se causó el daño.

IV. Derecho al honor y a la fama.

La fracción IV del artículo 28 del Código en comento regula tanto este derecho como el derecho al trabajo, que se analizará posteriormente.

Se dice que el honor es el mérito y la consideración que de la persona tienen los demás; que el honor lo ha ganado porque su labor ha sido de solidaridad hacia los demás y su presencia ha sido benéfica para la comunidad; y la fama es el renombre que tiene la persona al ser muy conocida dentro de la sociedad, por la labor o actividad pública que realiza, independientemente de que sea benéfica para la comunidad.

Mientras que el honor se refiere al trato dado o recibido por los demás, la fama consiste en la popularidad de la persona dentro del grupo social. La protección

legal al honor y la fama se funda en el derecho de todo ser humano a ser respetado y considerado por su dignidad personal.

IV.1. Violación al derecho al honor y a la fama.

El derecho al honor que una persona tiene dentro de la sociedad, puede ser violado a través de la palabra oral o escrita. Cuando una persona ha sido difamada o calumniada mediante un medio masivo de comunicación, el Código Civil obliga a que se haga la publicación de un extracto de la sentencia de la que se desprendan con claridad las circunstancias y el alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere conveniente, con la misma importancia y consideración que hubiere tenido la difusión original, por medio de la cual se causó el daño.

IV.2. Reparación del daño por violaciones al honor y a la fama.

La persona tiene derecho a ser respetada aún después de su muerte. El artículo 33 del Código establece la obligación de respetar el honor y la fama de los difuntos. Dentro del derecho que tienen las personas a que se respete su honor y su fama, se encuentra el derecho a la protección que brinda la ley civil al establecer en el artículo 491 del Código que la filiación de los hijos procreados fuera de matrimonio sólo se establece por el reconocimiento voluntario. Y en el artículo 501 prohíbe revelar el nombre del otro progenitor cuando el reconocimiento se haga en forma separada por el padre y la madre.

IV.1. Respeto al trabajo u ocupación.

Esta misma fracción del artículo 28 del CCJ regula la protección al oficio o trabajo a los que cada quien se dedique. De este derecho se deriva necesariamente el respeto al producto de su trabajo o de su actividad creativa.

Aunque el derecho a la obra del ser humano se encuentra protegido y regulado mediante la protección a los derechos de autor y de la propiedad intelectual y son, por tanto, objeto de estudio de otra materia, dado que existen derechos no patrimoniales derivados de las actividades laborales, se considera oportuno su estudio dentro de los derechos de la personalidad.

El autor de una obra tiene derecho a que se le reconozca la paternidad de la misma, así como a decidir si la da a conocer al público o la reserva en secreto. El primer derecho se conoce como derecho de paternidad y el segundo, derecho de inédito. Asimismo, dentro de estos derechos no patrimoniales que corresponden al autor de una obra o trabajo que merezca protección, está el derecho a corregir la obra y a conservar la pureza de la misma. El derecho a la pureza de la obra consiste en la facultad que tiene su autor de oponerse a que se le hagan mutilaciones o deformaciones.

IV.1.1. Violación al derecho al trabajo.

El derecho al trabajo es uno de los derechos más importantes de la persona. Dios le dio al ser humano la capacidad y el mandato de trabajar y dominar la tierra. Las consecuencias de la ruptura producida por la caída original no fueron las de tener que trabajar, sino que el trabajo se tuviera que realizar con esfuerzo y sudor de la frente. Por ello, tener trabajo es un derecho, ya que con el producto del trabajo se adquieren los satisfactores necesarios para el desarrollo de la persona.

Se viola este derecho cuando en una sociedad no existen suficientes fuentes de trabajo. Cuando después de estudiar una carrera con muchos esfuerzos, no se encuentra la manera de ejercerla satisfactoriamente y se tiene que trabajar en actividades que no están relacionadas con aquello para lo cual se estudió. O simplemente, cuando en una familia no alcanzan los salarios de los padres ni siquiera para alimentar adecuadamente a los hijos.

V.- Derecho al nombre.

Este derecho ha sido tratado doctrinalmente como uno de los atributos de las personas. Sin embargo, aunque posteriormente se analizarán las implicaciones legales del uso del nombre, por tratarse de un derecho tan importante del ser humano, señalaremos algunas ideas sobre el mismo:

- El nombre identifica a la persona y su sola mención trae su evocación.
- La identificación de la persona con su nombre tiene trascendencia en su seguridad y autoestima.
- Los padres escogen el nombre de sus hijos con cuidado y cariño y procuran que sea un nombre significativo.
- Se dice que una persona tiene renombre cuando se ha ganado popularidad dentro del grupo social, por su labor social y su presencia positiva dentro de la comunidad.
- El respeto a este derecho de la personalidad abarca su protección tanto como derecho no patrimonial como cuando el nombre ya se ha convertido en un bien patrimonial.

V.1. Violación al derecho al nombre.

El uso del nombre con el que uno fue registrado, no sólo es un derecho sino que es también una obligación. Se viola este derecho cuando injustamente se utiliza el nombre de otra persona para obtener un beneficio o para defraudar a terceros,

causando con ello no sólo una afrenta sino también produciendo daños y perjuicios.

El uso del nombre ajeno es aún más delicado cuando el nombre designa a una persona de renombre por su honor y su fama.

VI. Derecho a la presencia física, a la imagen y a la voz de las personas.

Este derecho abarca la protección a la imagen física y a la voz de las personas y su violación da derecho a la restitución económica mediante la responsabilidad civil y el daño moral. Sin embargo, estrictamente hablando, no se puede considerar que la imagen de una persona le pertenezca solamente a ella; le pertenece en cuanto refleja su personalidad y evoca su recuerdo, pero cuando la reproducción de la imagen a través de fotografías, por ejemplo, no se hacen para dañar el honor o la dignidad de la persona y no se hace con fines comerciales, no puede prohibirse dicha reproducción

VI.1. Violación al respeto a la presencia física, a la imagen y a la voz.

Los adelantos alcanzados en técnicas de reproducción de la imagen y de la voz de las personas por medio de cámaras fotográficas muy sofisticadas y otros aparatos electrónicos que permiten su reproducción con gran facilidad, han traído como consecuencia el abuso y la falta de respeto a este derecho. El artículo 31 del Código Civil del Estado prohíbe la exhibición o reproducción de la imagen o de la voz de una persona, cuando se haga sin su consentimiento y con un fin ilícito.

El artículo 32 del mismo ordenamiento establece que la reproducción de la imagen o de la voz de servidores públicos, en ejercicio o con motivo de sus funciones, no cae dentro de esta prohibición. Sin embargo, la reproducción de la imagen o la voz de personas públicas (funcionarios, artistas, deportistas) debe circunscribirse a reproducciones que tengan por objeto actividades también públicas y se considera violatoria de este derecho la publicación de imágenes privadas.

VII. Derecho al secreto epistolar, telefónico, testamentario.

El estudio de este derecho incluye el análisis de: i) secreto epistolar, telefónico y de comunicación teleimpresa; ii) secreto profesional; y iii) secreto testamentario.

i) Secreto epistolar, telefónico y de comunicación teleimpresa.

La intromisión sin derecho en la correspondencia de una persona, así como la intromisión en sus comunicaciones telefónicas y teleimpresas violan el derecho de las personas a guardar para sí sus secretos naturales. Son secretos naturales aquellos que por su propia materia se reservan en la intimidad de la persona.

El artículo 29 del Código establece que las cartas particulares no pueden ser publicadas sin el consentimiento de ambos corresponsales o de sus herederos. Se exceptúa de esta prohibición la publicación que se haga por causas de utilidad pública o para defensa de algún derecho.

ii) Secreto profesional.

Uno de los deberes de todo profesionista, y en especial de aquellos que traten materias tan delicadas como la salud, la libertad, la familia de las personas (médicos y abogados), es el deber de guardar el secreto profesional. Este deber incluye todas las confidencias que los clientes hagan al profesionista, con motivo del servicio que les están dando.

El artículo 10 del Código de Ética Profesional⁵² prescribe que

“Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto, aún después de que haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho ante los jueces y demás autoridades. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación y, con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional.”

iii) Secreto testamentario.

La libertad de una persona para disponer de su patrimonio y determinar el destino que sus bienes tendrán después de su muerte, se encuentra asegurada con la figura jurídica del testamento.

El artículo 2666 del Código Civil del Estado establece:

“El testamento es el acto jurídico unilateral, personalísimo, libre y solemne, por medio del cual una persona física capaz para ello, dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte”.

Establece también que mediante el testamento se puede llevar a cabo el reconocimiento de un hijo y que, por lo que respecta a la transmisión de los bienes y derechos, el testamento es revocable en cualquier momento.

Las mismas características del testamento de ser un acto de tal trascendencia que no sólo permite disponer del patrimonio para después de la muerte, sino llevar a cabo el reconocimiento de a un hijo, exigen el respeto a la voluntad del testador y mantener en secreto esa voluntad.

⁵² Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

VIII. Derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar.

Este derecho es hoy en día objeto de múltiples ataques debido a los adelantos tecnológicos que, mediante micrófonos sofisticados, cámaras fotográficas de largo alcance, etc., permiten inmiscuirse sin derecho en la vida íntima de las personas.

La vida de una persona tiene diferentes esferas de actuación: pública, privada o familiar y de intimidad. Sólo está permitido divulgar datos de la vida pública cuando se trata de personas que por su función o profesión se encuentran expuestas a la publicidad. Así, por ejemplo, no sólo es lícito sino que se cumple con la obligación de informar a la sociedad, el trabajo de publicidad que llevan a cabo los comunicadores sobre las actividades de los funcionarios públicos, por medio de publicaciones impresas o a través de los medios masivos de comunicación, como la radio, la televisión, etc.

El artículo 30 del CCJ establece que “sin el consentimiento de una persona, no pueden revelarse los secretos de ésta, a menos que la revelación haya de realizarse por un interés legítimo de quien la haga o en cumplimiento de un deber legal”. Los profesionistas tienen obligación de respetar la vida íntima y privada de sus clientes y de guardar en secreto las confidencias que reciben con motivo del servicio profesional que prestan. Sólo están eximidos de esta obligación en caso de necesidad, como cuando al no hablar estuvieren corriendo un peligro en su vida.

IX. Respeto a la Información Privada.

Por decreto número 20575, publicado en el Periódico Oficial “el Estado de Jalisco” el 18 de septiembre de 2004, se adiciona un capítulo III denominado “De la información privada”, el cual recorre los demás capítulos del Título “De las personas físicas”, del libro Segundo del Código Civil del Estado.

Este capítulo III regula, en 39 artículos (del 40 Bis1 al 40 Bis 39), el derecho que tienen las personas físicas a que se les respeten sus datos personales como: el nombre, el domicilio, el patrimonio, su estado civil, etc.

A través de estas disposiciones se busca que el derecho de las personas a que la información privada sobre sus atributos personales y su vida familiar sea respetada, y no pueda ser divulgada sin su consentimiento.

El capítulo tercero de este título que regula la situación de las personas físicas clasifica los datos de las personas en:

- a) Datos personales: aquellos que conforme al artículo 40 Bis son los datos de cualquier tipo, tales como nombre, domicilio, estado civil, empleo, escolaridad, o cualquier otro que describa la situación o estado de la persona con relación a su vida familiar, social o laboral.

- b) Datos sensibles, según el mismo artículo, son aquellos que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación política e información referente a la salud o a la vida sexual de las personas.
- c) Datos informatizados son los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado (último párrafo del art. 40 Bis 3).

IX.1. Atentados contra el respeto a la información privada.

Constituyen atentados contra este derecho.

- La obtención de los datos personales por medios desleales o fraudulentos (art. 40 Bis 8).
- La utilización de los datos personales para finalidades distintas a las que motivaron su obtención (arts. 40 Bis 9 y 40 Bis 22).
- La utilización de los datos personales sin el consentimiento libre e informado del titular de los mismos (art. 40 Bis 14).
- La formación o transferencia de archivos o registros que almacenen información sobre los datos sensibles de las personas (art. 40 Bis 17).

IX.2. Reparación del daño por violación al derecho al respeto a la información privada.

El último artículo de este nuevo capítulo establece que quien administre información privada y afecte a su titular, responderá por los daños y perjuicios de la inobservancia de las disposiciones contenidas en estos 39 artículos.

2.5. Límites al ejercicio de los Derechos de la personalidad.

El Código Civil, en su artículo 25, establece que debido a la importancia de estos derechos, su ejercicio no tendrá más limitación que el respeto a los derechos de terceros, la moral y las buenas costumbres.

La ley civil reconoce expresamente el origen de los derechos de la personalidad en el derecho natural y la necesidad de su respeto para que la persona pueda alcanzar sus fines.

2.6. Protección civil a los derechos de la personalidad.

a).- Responsabilidad civil.

La protección civil a estos derechos se da, en primer lugar, por medio de la acción de responsabilidad civil, la cual consiste en el pago de daños y perjuicios. La responsabilidad civil se divide en subjetiva y objetiva. Se llama responsabilidad subjetiva a la que resulta del daño causado directamente por una persona y responsabilidad objetiva cuando el daño ha sido causado por una cosa u objeto.

La regulación de la responsabilidad civil se encuentra en los artículos 1387 al 1390 del CCJ. Ahí se establecen normas relativas a la obligación de pagar los daños causados tanto por imprudencia como por actos ilícitos realizados con la intención de dañar. Se establece también la excepción a esta responsabilidad, cuando el daño se ha causado como consecuencia de culpa inexcusable de la víctima.

En los artículos 1396 a 1404 del mismo Código se regula la obligación de pagar los daños causados por menores, incapaces y demás personas que se encuentren sometidas a otras. Los padres, tutores o representantes legales de los incapaces o de las personas que se encuentren bajo su mando asumirán la responsabilidad, a menos que demuestren que en la comisión del daño no se les puede imputar culpa o negligencia, ya que ellos pusieron todos los cuidados y llevaron a cabo las acciones necesarias para impedir el daño y que les ha sido imposible evitarlo.

Cuando el daño sea causado por animales o por las ruinas de los edificios o por las cosas que se arrojen de ellos, serán responsables del pago de los daños y perjuicios los dueños de ellos.

La responsabilidad objetiva se encuentra regulada de los artículos 1427 a 1430. Se llama responsabilidad objetiva porque el daño no ha sido causado por una persona sino por máquinas, instrumentos, aparatos o sustancias en sí mismos peligrosos. El dueño de la máquina, el instrumento, el aparato o la sustancia tiene obligación de reparar el daño, a menos que demuestre que ese daño se produjo por culpa inexcusable de la víctima, por fuerza mayor o caso fortuito.⁵³

b).- Reparación del daño moral.

Se encuentra regulada en los artículos 1391 a 1394 del CCJ. El artículo 1391 establece que la violación de cualesquiera de los derechos de personalidad produce el daño moral, que es independiente del daño material. El responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización pecuniaria.

⁵³ Por fuerza mayor se entienden todas aquellas fuerzas ante las cuales el hombre se halla totalmente impotente, tanto para repelerlas como para evitarlas, aunque pudieran ser previstas y caso fortuito es un accidente que no se puede predecir.

El artículo 1393 del Código citado establece las bases para la determinación del monto de la indemnización. Esta indemnización será determinada por el juez competente, quien tomará en cuenta las siguientes circunstancias: I. La naturaleza del daño. II. Los derechos lesionados. III. El grado de responsabilidad. IV. La situación pecuniaria o el nivel de vida del responsable. V. El grado y repercusión de los daños causados, y VI. Los usos y costumbres del lugar donde se causó el daño.

Como puede observarse, la reparación del daño moral consiste en una indemnización pecuniaria, que se determina independientemente de la reparación de los daños y perjuicios que se causaron al violarse el derecho de la personalidad.

En los casos en los que el daño moral se haya causado por medio de una publicación en un medio masivo de comunicación, el artículo 1394 establece la obligación de publicar un extracto de la sentencia en la que se haya condenado al responsable a la reparación del daño. Esta publicación deberá de hacerse en la misma forma e importancia con la que se hizo la publicación que ocasionó el daño al honor, decoro o prestigio de la víctima.

3.- ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS

A diferencia de los derechos de la personalidad que son derechos naturales de las personas, anteriores al Estado, los atributos de las personas son construcciones del derecho positivo que tienen por objeto identificar a las personas, ubicarlas para poder atribuirles y exigirles responsabilidad jurídica y regular y proteger sus bienes. Éstos son los atributos de las personas cuyo estudio iniciamos a continuación.

I. Personalidad jurídica.

a) Concepto

La personalidad jurídica es la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones.

Al distinguir entre la persona y la personalidad jurídica, en el punto 2 del capítulo segundo de este estudio, se asentó que la personalidad es uno de los atributos de las personas.

El artículo 19 del CCJ establece: “la personalidad jurídica en uno de los atributos de la persona física, se adquiere por el nacimiento viable y se extingue por la muerte, pero desde el momento en que el ser humano es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos legales que señala este Código”. Consideramos que bien podría el legislador adecuarse a la realidad, sin necesidad de crear una ficción legal al decir que “se le tiene por nacido”; esto podría remediarse estableciendo que la personalidad inicia desde el momento de la

concepción, pero se encuentra sujeta a la condición suspensiva del nacimiento viable de la persona.

b) Integración.

La personalidad jurídica se integra con la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. El artículo 20 del Código Civil del Estado establece que hay capacidad de goce cuando se tiene la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones y que hay capacidad de ejercicio cuando se tiene aptitud para ejercitar derechos y cumplir obligaciones.

La capacidad de goce, entonces, se adquiere desde el momento de la concepción, sin embargo, se encuentra sujeta a la condición suspensiva del nacimiento vivo y viable del ser humano. De acuerdo con el artículo 469 del CCJ es viable “el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al registro civil...”

La capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad. En nuestro derecho la mayoría de edad se alcanza a los 18 años (art. 34 fracc. I Constitucional y 46 del C.C.J.)

I.1 Grados en la capacidad jurídica.

a) Capacidad de goce.

La aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, o sea la capacidad de goce, es un derecho que corresponde a todas las personas. Sin embargo, aunque el artículo primero de la Constitución establece que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo goza de las garantías que otorga la Constitución, la capacidad de goce se encuentra limitada para los extranjeros en el goce de algunos derechos. Por ejemplo, cuando se trata de reunirse o asociarse con fines políticos, el artículo noveno que garantiza la libertad de asociación protege el ejercicio de este derecho y lo otorga en forma exclusiva a los ciudadanos mexicanos. Así mismo, el artículo 27, fracción I, de la Constitución, restringe a los extranjeros el derecho de propiedad sobre inmuebles en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta kilómetros en las playas, donde por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas. En este último ejemplo, puede decirse que en realidad no se trata de una carencia de capacidad de goce, sino de falta de legitimación.

b) Capacidad de ejercicio.

La posibilidad o aptitud para ejercitar por sí mismo derechos y obligaciones se adquiere a los dieciocho años. El artículo 47 del C.C.J establece que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes, salvo los casos de excepción establecidos en las leyes. Y el artículo 49 establece que son incapaces de ejercer por sí mismos sus derechos y contraer obligaciones:

- a) Los menores de edad.
- b) Los mayores de edad que padezcan enajenación mental..
- c) Los sordomudos que no puedan darse a entender por ningún medio.

I.2. Capacidad y legitimación.

Al tratar la capacidad de ejercicio es pertinente distinguirla de la legitimación, ya que son conceptos jurídicos que suelen confundirse. La legitimación es la posibilidad concreta, que la ley otorga a un individuo concreto, para realizar un acto concreto. Es la posibilidad concreta de realizar un acto determinado, cuya celebración no sólo depende de que se tenga la capacidad de actuar, sino además de la especial situación en la que se halla el sujeto frente al objeto.

La legitimación es una aptitud jurídica. Estar legitimado es tener la aptitud jurídica suficiente para verificar el cambio o modificación jurídica concreta de que se trate. Por ejemplo, para poder vender una casa, no sólo se necesita ser mayor de edad o actuar a través del representante legal, sino ser propietario de la casa en cuestión. Puede resumirse la distinción de estos conceptos como sigue:

Incapacidad de ejercicio	Falta de Legitimación
No se puede actuar por sí mismo, sino a través de un representante.	No se puede actuar ni por sí mismo ni a través de un representante, pues es el acto mismo lo que está prohibido para el que carece de legitimación.

I.3. Las causas de incapacidad (art. 49).

1. Minoría de edad: antes de los 18 años.
2. Enajenación psíquica: el mayor de edad que padezca enajenación psíquica, aunque tuviere intervalos de lucidez.
3. Deficiencia física: sordomudos que no sepan leer ni escribir o no puedan darse a entender mediante intérprete o por el lenguaje mímico de sistemas educativos y de comunicación universalmente aceptados.

Existen algunos supuestos en los que la ley legitima (autoriza) al menor de edad para realizar determinados actos:

1. Testamento (art. 2677 CCJ).
2. Edad legal para contraer matrimonio (arts. 260 y 261 CCJ).

3. Nombramiento de tutor dativo por el menor (art. 649 CCJ).

I.4. Del estado de interdicción.

a) Concepto.

Es la situación jurídica a la que se somete judicialmente a una persona que, siendo mayor de edad, no puede gobernarse por sí misma por carecer del pleno uso de sus facultades mentales.

b) Declaración Judicial.

Las incapacidades que se derivan de condiciones físicas o psíquicas deficientes en una persona, necesitan ser declaradas judicialmente. Es importante distinguir el estado de interdicción del juicio de interdicción. Al primero se llega mediante una sentencia judicial que se dicta al concluir el juicio de interdicción, mediante el cual se declara que la persona es incapaz y, por lo tanto, no tiene aptitud para gobernarse por sí mismo ni para administrar sus bienes, por lo que es necesario nombrarle un tutor que lo proteja y represente legalmente y administre sus bienes. El estado de interdicción perdura mientras no se revoque la sentencia de interdicción.

Los artículos del 50 al 55 del CCJ regulan la nulidad de los actos jurídicos celebrados por menores de edad o por personas sujetas a interdicción.

El CCJ en la fracción II del artículo 2677 concede, a los que son incapaces por no tener el pleno uso de sus facultades mentales, la posibilidad de otorgar testamento cuando se encuentren en un intervalo de lucidez.

I.5. La emancipación.

a) Concepto.

Se entiende por emancipación la adquisición anticipada de la capacidad de ejercicio.

Por regla general, la capacidad de ejercicio se adquiere a los dieciocho años; sin embargo, un menor de edad puede emanciparse al llegar a los dieciséis años.

b) Formas de emancipación.

Existen dos formas legales para obtener la emancipación.

- La primera se da por medio del matrimonio. El artículo 56 del CCJ establece que el matrimonio de quien es menor de edad produce su emancipación. El mismo artículo establece que aunque el vínculo matrimonial se extinga, el cónyuge emancipado no perderá la calidad de emancipado.

- El segundo medio de emanciparse consiste en un procedimiento judicial mediante el cual, el menor que haya cumplido dieciséis años, observe buena conducta y tenga aptitud para el manejo de sus bienes, puede solicitar al juez lo declare emancipado. (art. 57 C.C.J.)

El procedimiento judicial de emancipación puede ser promovido también por los padres del menor de edad. Así lo regula el segundo párrafo del artículo 57 del CCJ: “Los padres o tutores pueden emancipar a sus hijos y pupilos que se encuentren en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, siempre que éstos consientan su emancipación”.

La emancipación no implica la capacidad de ejercicio completa, ya que el menor emancipado requiere autorización judicial para realizar algunos actos jurídicos. El artículo 58 del CCJ establece que el emancipado tiene capacidad de ejercicio para la libre administración de su patrimonio, pero necesita autorización judicial para la enajenación, transmisión por cualquier título y constitución de derechos reales sobre sus bienes inmuebles, y de un tutor dativo especialmente nombrado para estos casos.

- Formas simplificadas.

En este capítulo del Código Civil, en que se regula la emancipación, se establecen formas simplificadas de adquisición anticipada de la capacidad de ejercicio:

* El artículo 59 establece que cuando el menor haya adquirido la propiedad de determinados bienes con el producto de su trabajo, se le considerará emancipado para realizar actos de administración respecto de dichos bienes.

* Existen otros casos en que la ley legitima al menor de edad para realizar determinados actos jurídicos. El artículo 2677, fracción I, del CCJ a contrario sensu, faculta a los menores que han cumplido 16 años a otorgar testamento.

* Los artículos 54 y 55 del propio Código establecen reglas sobre la nulidad de los actos que los menores que sean peritos en su oficio hayan realizado, así como cuando los menores hayan presentado actas de nacimiento falsas donde dolosamente se hayan hecho pasar como mayores de edad.

II. Patrimonio.

El patrimonio está integrado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de toda índole que pertenecen a una persona.

Tradicionalmente, la doctrina ha considerado como patrimonio únicamente al conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero y que constituyen una universalidad. Sin embargo, la legislación civil del Estado regula tres clases de patrimonio: económico, moral y social.

II.1. Patrimonio económico: es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones valorables en dinero y que constituyen una universalidad (art. 42 CCJ). El hecho de que el patrimonio económico constituya una universalidad significa que, independientemente del lugar en que se encuentren ubicados los bienes (por ejemplo, inmuebles localizados en estados diferentes), el patrimonio constituye una unidad y; por lo tanto, su titular responde ante sus acreedores con todo ese patrimonio del cumplimiento de sus obligaciones. (Se trata de la llamada prenda genérica tácita establecida por el art. 1796 del CCJ).

II.2. Patrimonio moral: es el conjunto de derechos y deberes no valorables en dinero; se integra por los derechos de la personalidad. (Art. 43 CCJ), los cuales ya fueron tratados en el punto 2 de este capítulo, por ello nos remitimos a dicho lugar para su estudio.

II.3. Patrimonio social: es el conjunto de condiciones que permiten el equilibrio de los ecosistemas y la preservación y restauración del equilibrio ecológico. Se compone de los ecosistemas cuya conservación es responsabilidad de todos, tanto de las presentes como de las futuras generaciones (arts. 44 y 44).

III. El nombre.

III.1. Concepto y estructura.

El nombre es el conjunto de signos que identifican a una persona dentro de su familia y dentro de la sociedad.

El Código Civil vigente, a diferencia de los códigos anteriores que eran omisos en ello, establece cómo se integra el nombre. Y así, el artículo 60 determina que se forma con el nombre propio y los apellidos (art. 60 C.C.J.). El nombre propio puede ser simple o compuesto y su función es la de identificar a la persona dentro de su familia. El apellido identifica a la persona dentro del grupo social y necesariamente se forma con los apellidos materno y paterno.

El nombre propio puede ser elegido libremente por quien declare el nacimiento de la persona, pero se deberá respetar la voluntad de los progenitores. Sin embargo, los apellidos, como ya se dijo, serán forzosamente los de los padres o, en el caso de reconocimiento por separado, los apellidos serán sólo los del padre que lo registre. (art. 61). En los casos de niños cuyos padres se desconocen, el oficial del registro civil podrá decidir sus nombres y apellidos.

III.2. Cambio del nombre.

El nombre de una persona es tan importante, que sólo podrá ser cambiado cuando se den los supuestos que la ley señala.

El artículo 63 del Código establece que no está permitido el cambio de nombre a persona alguna, pero al mismo tiempo establece que, si alguien hubiere sido conocido con un nombre diferente al que aparece en su acta de nacimiento o tuviere un seudónimo, en estos casos, mediante un trámite ante un juez de lo familiar, se podrá llevar a cabo el cambio de nombre.

De igual manera, el artículo 64 establece que se exceptúan de la prohibición de cambiarse el nombre los siguientes casos:

1. Cuando el nombre propio puesto a una persona le cause afrenta.
2. En los casos de reconocimiento o desconocimiento de la paternidad.
3. En los casos de adopción.
4. En los casos de homonimia que cause perjuicio. En estos casos se permite transformar el primero de los apellidos de simple a compuesto o de compuesto a simple.

El tener un nombre no sólo es un derecho, sino que es también una obligación: la de usar precisamente el nombre con el que la persona fue registrada. Usar un nombre ajeno viola derechos de tercero y trae como consecuencia la obligación de pagar los daños y perjuicios que se hubieren causado a la persona cuyo nombre se usó sin derecho.

- Uso del apellido del esposo:

Anteriormente, la costumbre jurídica había permitido a las mujeres casadas usar el apellido del esposo. Actualmente, el CCJ regula esa situación en los artículos 65 y 66. En el primero establece la posibilidad de que la mujer casada agregue a su nombre de soltera, anteponiendo la preposición “de” uno o dos apellidos de su marido; establece también que podrá suprimir los apellidos propios, agregando con la misma preposición “de” los que correspondan a su cónyuge. El artículo 66 prohíbe el uso del apellido del ex esposo a las mujeres divorciadas o aquellas cuyo matrimonio ha sido anulado. Las viudas sí podrán usar el apellido de su difunto marido.

III.3. Seudónimo.

Es el nombre con el que es conocida públicamente una persona, con motivo de su profesión u ocupación. También se llama seudónimo el nombre con el que es conocida una persona por sus actividades deportivas, artísticas, culturales o religiosas. (art. 67).

III.4. Firma.

De conformidad con el artículo 68, firma es la expresión gráfica que estampa una persona para dejar constancia de su voluntad en el documento que con su persona está referido. Para que la firma se tenga como auténtica se tendrá que estampar en presencia de servidores públicos o con motivo de funciones oficiales. Para identificar a una persona que no sepa o no pueda firmar ni escribir, en lugar de firma estampará sus huellas digitales ante dos testigos o ante un servidor público. (Art. 71 C.C.J.)

IV. Domicilio.

Casa, vestido y sustento son las necesidades básicas de un ser humano. Jurídicamente, el tener una vivienda es algo más que un lugar donde la persona puede cobijarse. Es el lugar donde la persona puede ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Además de la función anterior, el domicilio se toma en cuenta para establecer las relaciones del individuo con las autoridades. En materia de registro de los actos del estado civil de las personas, se requiere acudir a la oficialía del Registro Civil que corresponda en razón del domicilio.

IV.1. Clases de domicilio.

La legislación civil distingue tres clases de domicilio: i.) voluntario; ii.) legal; y iii.) convencional.

i) Domicilio voluntario de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de ahí establecerse. A falta de éste, el lugar donde tiene el principal asiento de sus negocios o el lugar donde se encuentre. (art. 72 CCJ)

Se presume el propósito de establecerse en un domicilio cuando se resida en ese lugar por más de seis meses. En el caso de que una persona no quiera que se establezca esta presunción, deberá dar aviso a las autoridades municipales, tanto de la anterior como de la nueva residencia, que no quiere perder su antiguo domicilio y adquirir uno nuevo. (art. 73 CCJ)

ii. Domicilio legal es el lugar donde la ley fija la residencia de determinadas personas para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones. Por disposición jurídica, las personas que necesariamente deben tener domicilio legal son: los menores no emancipados, los menores que carecen de ascendientes, los mayores incapacitados, los militares en servicio activo, los servidores públicos y los que se encuentran purgando una pena privativa de la libertad. El artículo 75 del CCJ establece:

Se reputa domicilio legal:

- I. Del menor no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad se encuentre sujeto.
- II. Del menor no sujeto a patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor.
- III. De los militares en servicio activo, el lugar en que estén destinados.
- IV. De los servidores públicos, el lugar donde desempeñen sus funciones por más de seis meses.
- V. De los privados de su libertad corporal por más de seis meses, el domicilio será en la población donde se encuentre la cárcel.

iii. Domicilio convencional es aquel señalado por las personas, en forma contractual, para el ejercicio y cumplimiento de derechos y obligaciones.

IV.I. Presunción de ausencia.

a) Concepto.

La presunción de ausencia es la situación jurídica en la que se encuentra una persona respecto de la cual se ignora si vive o si ha muerto. Es importante distinguir el concepto jurídico de ausencia del de desaparición, ya que mientras que en la primera, si bien la persona no se encuentra en su domicilio y no dejó representante legítimo que pueda actuar en su nombre, sin embargo no se trata solamente de la ignorancia sobre su paradero, sino que hay incertidumbre sobre su vida o su muerte. En cambio, en la desaparición se presume la muerte del desaparecido por las circunstancias en las que aquélla se dio – la desaparición- y que permiten suponer la muerte del desaparecido.

b) Regulación jurídica de la ausencia.

El CCJ regula la ausencia y la presunción de muerte en siete capítulos, del título segundo del libro de las personas.

A. Disposiciones generales.

El capítulo I establece disposiciones generales para los casos en los que la persona cuyo paradero se ignore haya dejado apoderado legal. Asimismo, establece la obligación del ministerio público de velar por los intereses del ausente y de ser oído durante el procedimiento judicial en que se declare la presunción de ausencia o la presunción de muerte.

B. De las medidas provisionales.

En el capítulo II, del artículo 91 al 109, se regulan las medidas provisionales que han de tomarse en caso de ausencia. Estas medidas son:

1.- El juez, a petición de parte o de oficio, nombra un representante provisional y depositario de los bienes. Se nombra representante provisional y depositario en orden de preferencia:

- a) Al cónyuge presente mayor de edad, que no se encuentre separado legalmente o de hecho antes de la desaparición.
- b) A uno de los hijos mayores de edad que resida en el lugar. En caso de que hubiera varios hijos, el juez elegirá al más idóneo.
- c) Al ascendiente más próximo y de menor edad.
- d) Al presunto heredero. Si hubiere varios, al más idóneo.

2.- Cita a la persona por edictos; éstos serán publicados en un diario de los de mayor circulación en el lugar donde el ausente tuvo su último domicilio. En estas publicaciones, el juez lo llama y le da un plazo de entre tres y seis meses para que se presente.

En el caso en que se sospechare que el ausente se encontrare en el extranjero, el juez remite copia de los edictos a los cónsules mexicanos de los lugares donde pudiera encontrarsele.

3.- Ordena su búsqueda, por medio de la policía, en los lugares donde se presuma que se le pudiera encontrar.

4.- Dicta las medidas que sean necesarias para asegurar los bienes del ausente, como, por ejemplo, dar aviso al Registro Público de la Propiedad o a la institución de crédito donde el ausente tuviere inversiones.

5.- Se nombra un tutor a los hijos menores del ausente, en el caso de que no hubiere nadie a quien le correspondiera la patria potestad.

6.- Si pasados los seis meses desde que se le hizo el llamamiento, el citado no compareciere ni por apoderado legal, se nombra un representante.

- Funciones del representante del ausente.

El representante del ausente es su legítimo representante y administrador de sus bienes y ejerce todas las funciones que la ley asigna a los tutores. Tiene también los mismos derechos y obligaciones y las mismas limitaciones que tienen los tutores.

Además de las funciones que corresponden a un tutor, que son la de representar al ausente y administrar sus bienes, el representante debe promover la publicación de los edictos que señala la ley. Los artículos 107 y 108 del Código establecen la obligación de publicar nuevos edictos llamando al ausente. Los edictos deberán ser publicados dos veces, con un intervalo de quince días, en un periódico de amplia circulación en el Estado y en el último domicilio del ausente y deberán ser remitidos, en su caso, a los cónsules mexicanos.

C. De la declaración de ausencia.

Si a pesar de todos los llamamientos que se le hicieron, el presuntamente ausente no se presenta, después de un año del nombramiento del representante se puede pedir la declaración de ausencia. En el caso de que el ausente haya dejado apoderado legal, el plazo será de dos años. (Arts. 110 y 111 del C.C.J.).

Están legitimados para pedir la declaración de ausencia: a) los presuntos herederos del ausente, ya sean testamentarios o legítimos; b) Los acreedores del ausente; y c) el ministerio público.

Una vez que se ha solicitado la declaración de ausencia, si el juez encuentra fundada la demanda, ordena que se publique dos veces un extracto de la misma en el Boletín Judicial y en el periódico de mayor circulación en el lugar del último domicilio del ausente y, en su caso, lo remitirá a los cónsules mexicanos del lugar donde se habían remitido anteriormente los edictos. (Art.116 C.C.J.)

Después de dos meses de la última publicación, si no hubiere ninguna noticia del ausente ni oposición de algún interesado, el juez dicta una sentencia interlocutoria⁵⁴ en la que declara formalmente la ausencia.

D. Efectos de la Declaración de ausencia.

El Código Civil del Estado, de los artículos 121 al 145 regula la situación jurídica del ausente; después de que el juez declara la ausencia de la persona cuyo paradero se desconoce y de quien se ignora si está vivo o si ya ha muerto. En este momento es necesario determinar la situación de los bienes del ausente, del cónyuge presente y de los hijos, en el supuesto de que no hubiere otro ascendiente que pudiera ejercer la patria potestad sobre los menores.

1. En primer lugar, en presencia del representante, de los presuntos herederos y de los que se consideren interesados en la herencia del ausente, se abre el testamento público, cerrado u ológrafo.⁵⁵

⁵⁴ Se llama sentencia interlocutoria a la resolución del judicial que se dicta durante el proceso que no pone fin al juicio, sino que resuelve una cuestión intermedia. En su libro "Manual de Práctica Procesal Civil", Ed. Impre-Jal. Guadalajara, 2003, p. 322. Jaime González Gutiérrez y Sandra Domínguez Ruiz afirman que las sentencias interlocutorias "son las que resuelven una cuestión incidental que surge dentro del proceso antes o después de dictada la sentencia definitiva".

2. Si los presuntos herederos, legítimos o testamentarios, tienen capacidad de ejercicio, se les entregará la posesión provisional de los bienes. Para recibir los bienes en posesión provisional, los presuntos herederos deberán otorgar una garantía para asegurar su correcta administración. En el caso de que los presuntos herederos fueren incapaces, si tienen quien los represente legalmente, se entregará al representante legal (padre o tutor) la parte que les corresponda. En este supuesto podrá nombrarse un interventor.

Si los bienes pueden ser divididos, sin que sufran pérdidas o deterioros, se entregará a cada quien lo que le corresponda, pero si no pueden ser divididos, entonces ellos mismos, o el juez cuando no se pusieren de acuerdo, nombrarán un representante para que administre los bienes.

Las personas que reciban la posesión provisional de los bienes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que tienen los tutores respecto a los bienes de sus pupilos. Sin embargo, no tienen obligación de dar garantía las personas que señala el artículo 135 del Código, esto es: a) el cónyuge, los ascendientes y los descendientes del ausente; y b) el ascendiente que administre los bienes de sus descendientes.

3. Cuando no se presentaren herederos a pesar de haber sido llamados conforme a la ley, el ministerio público pide que el representante continúe en la administración de los bienes, o que se designe a otro en su caso, para que en nombre de la beneficencia pública entre a tomar posesión de los bienes del ausente.
4. En el supuesto de que el ausente se presentara o que se probare que no está muerto, antes de que se hubiere hecho la declaración de presunción de muerte, recupera la totalidad de sus bienes. Los que tuvieron la posesión provisional de estos bienes, hacen suyos los frutos industriales que hayan hecho producir y la mitad de los frutos naturales y civiles.
5. Respecto a la sociedad conyugal, en el supuesto de que bajo este régimen se hubiere celebrado el matrimonio del ausente, si en las capitulaciones matrimoniales no se hubiere establecido nada en contrario, la declaración de ausencia trae como consecuencia la interrupción de la sociedad. Lo mismo sucede si el matrimonio se celebró bajo el régimen de sociedad legal.

* Una vez que la sociedad conyugal o legal se ha interrumpido, se hace un inventario de los bienes que integran el patrimonio conyugal y, con citación de los presuntos herederos, se separan los bienes que deban corresponder al cónyuge presente.

⁵⁵ Son testamentos público y cerrado los que se otorgan ante un notario público y ológrafo, el que el autor del testamento redacta con su puño y letra y deposita en el Registro Público de la Propiedad, en el Archivo de Instrumentos Públicos.

* El cónyuge presente puede disponer libremente de sus bienes; los del ausente se entregan a los presuntos herederos de éste.

*La sociedad legal se restaura si el cónyuge ausente regresa o se probare su existencia.

IV.2. De la presunción de muerte del ausente.

La declaración de presunción de muerte se encuentra regulada en los artículos 146 al 155 del capítulo sexto del CCJ.

a) Supuestos para la declaración de presunción de muerte.

Para hacer la declaración de presunción de muerte, el juez tiene que considerar las dos hipótesis en las que se pudo haber dado la desaparición de la persona. En el primer caso, la persona no se encuentra en su domicilio, se ignora su paradero y existe incertidumbre sobre su vida o su muerte; en el segundo, la persona desapareció en una catástrofe (un terremoto, una inundación, un accidente automovilístico o aéreo, etc) y existe la certeza casi absoluta de su muerte.

En el primer supuesto, para que el juez declare la presunción de muerte, primero se tiene que llevar a cabo el procedimiento judicial que se estudió anteriormente y, después de que haya hecho la declaración de ausencia, debe esperar tres años. Si transcurrido este término, alguna parte interesada lo pide, el juez dictará una resolución en la que se hace la declaración de presunción de muerte.

En el segundo supuesto, cuando la desaparición haya sido consecuencia de un incendio, explosión, inundación, terremoto o catástrofe aérea, ferroviaria o de automotor u otro siniestro semejante, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar de la catástrofe, bastará el transcurso de tres meses contados a partir del siniestro, para que el juez declare la presunción de muerte. En este caso, no es necesario el procedimiento previo de declaración de ausencia. Sin embargo, sí deberán publicarse dos edictos relativos a la solicitud de la declaración de presunción de muerte, con un intervalo de quince días entre ellos, en un periódico de amplia circulación en el Estado.

b) Efectos de la declaración de presunción de muerte.

1. Se abre el testamento, cuando no se hubiere abierto al declararse la ausencia.
2. Los poseedores provisionales deben rendir cuenta de la administración de los bienes que tenían en posesión.
3. Los herederos entran en posesión definitiva de los bienes.

4. Se cancelan las garantías que se hubieren otorgado para asegurar la administración de los bienes.
5. Si la persona presuntamente muerta se llegara a presentar, o se tuvieren noticias de su existencia, recupera la posesión de sus bienes en el estado en que se encuentren, o el precio de los que se hubieren vendido, pero no podrá reclamar frutos ni rentas que sus bienes hayan producido.
6. La posesión definitiva de los bienes del presuntamente muerto termina:
 - a) Con el regreso del ausente.
 - b) Con la noticia cierta de su existencia.
 - c) Con la certidumbre de su muerte.
 - d) Con la sentencia ejecutoriada, en el caso de que se probare la muerte del ausente.
7. Cuando se tuviere noticia de la existencia del ausente, los poseedores definitivos serán considerados como provisionales, desde el día en que se sepa la noticia.
8. Se extingue la sociedad conyugal o legal.
9. El cónyuge presente, cuando fue designando heredero del presuntamente muerto, tiene derecho a recibir alimentos.

c) De los derechos eventuales del ausente y del presuntamente muerto.

En el supuesto de que el ausente o el presuntamente muerto hubieren sido designados herederos testamentarios o legítimos, y la sucesión fuere abierta, tendrán derecho a su parte los que conforme al testamento del ausente o del presunto muerto o quienes por determinación de la ley, fueren sus herederos legítimos. En estos casos, les corresponderá la posesión los bienes, ya sea en forma provisional si apenas se hubiere hecho la declaración de ausencia o, en forma definitiva, si ya se declaró la presunción de muerte.

V. Estado Civil.

a) Concepto.

El estado civil es la situación jurídica, permanente y estable, que guarda una persona en relación con su familia y con la sociedad. Se dice que hay posesión de estado civil cuando alguien tiene los elementos que los romanos consideraban como suficientes para hacer nacer la presunción de estado: nomen, tractatio et fama. (nombre, trato y fama). El CCJ establece que el estado civil es la situación

jurídica que guarda la persona en relación con la familia en cuanto al nombre, al trato y a la fama (art.77).

b) Posesión de estado civil.

El artículo 78 establece que la “posesión de estado civil es la conducta reiterada que en forma pública hace una persona de un estado civil”. Las disposiciones legales siguientes establecen que el estado civil es de orden público y no puede ser objeto de transacción, convalidación, disminución o desconocimiento, y que es objeto de protección legal.

V.1. Reconocimiento de hijo.

No obstante que este tema será tratado al estudiar la filiación, dado que el Código regula en este capítulo la forma de establecer relaciones de paternidad de hijos nacidos fuera del matrimonio, mencionaremos en este apartado que, de acuerdo con sus artículos 84 y 500, las relaciones de filiación pueden establecerse:

- a. Mediante escritura pública.
- b. Mediante testamento.
- c. Mediante confesión judicial directa y expresa.
- d. Mediante reconocimiento ante el Oficial del Registro Civil.

El reconocimiento de un hijo, hecho en alguna de las formas legales anteriormente señaladas, no podrá revocarse; pero, por tratarse de actos jurídicos, si no se cubrieron los requisitos de validez de los mismos, podrá demandarse la nulidad del reconocimiento ya sea absoluta ya sea relativa, según corresponda.

Respecto al reconocimiento de un hijo hecho mediante testamento, la ley establece que dicho reconocimiento surte efectos de inmediato (art. 86). Recordemos que al analizar el derecho de la personalidad relativo al secreto testamentario, señalamos que, aunque el testamento es un acto jurídico naturalmente revocable, esta característica de revocabilidad no se extiende al acto del reconocimiento que se hizo en el testamento.

V.2. Prueba del estado civil.

El estado civil se prueba fundamentalmente con las actas del registro civil. Sin embargo, la misma ley permite la prueba del estado civil por medio de testigos o instrumentos públicos, cuando no hayan existido registros, se hubieren perdido o las hojas en que debería estar el registro faltaren o estuvieren ilegibles.

En los casos en que los mexicanos hubieren adquirido un estado civil en el extranjero, la ley señala la necesidad de inscribir en la oficina correspondiente del Registro Civil del Estado de Jalisco, o de cualquier otro estado de la República, la constancia que les hubieren otorgado en el lugar donde hubieren celebrado el acto jurídico.

La posesión de estado civil se prueba atendiendo al trato y comportamiento que reiteradamente ha tenido la persona dentro del seno de la familia, al nombre que ha usado constantemente la persona y a la fama que dentro de sus relaciones sociales haya tenido como hijo, esposo o padre de la familia respectiva (art. 86 CCJ)

4. EL REGISTRO CIVIL.

4.1. Antecedentes Históricos.

La primera ley que rigió y organizó el Registro Civil, (que según Pacheco,⁵⁶ es más de acuerdo con sus funciones denominarlo Registro del Estado Civil), fue expedida por Benito Juárez en 1859. Esta ley nace bajo el signo anticlerical, ya que su propósito es la reivindicación por parte del Estado de una función pública que supuestamente le había usurpado la Iglesia. Aunque la realidad era otra: había una necesidad pública de registrar los actos del estado civil que el gobierno no había cubierto hasta entonces. La Iglesia había realizado desde siglos anteriores el registro de los sacramentos (bautismo, confirmación, matrimonio) de sus fieles, pero nunca pretendió inscribir los actos civiles (nacimiento, tutela, adopción, etc.) de los no católicos. No había por tanto, nada que reivindicar, porque de nada se había despojado al gobierno.

Ya que la regulación del estado civil de las personas es una materia de competencia local, cada Estado de la República llevó a cabo su propia regulación; no obstante ello, la Ley de Juárez sirvió de ley modelo a la regulación del Registro Civil en todos los Estados.

El Código Civil de 1870 derogó la ley de Juárez, pero incorporó dentro de su articulado todas las disposiciones de dicha ley relativas al registro civil. En la misma forma proceden el Código de 1884 y el de 1928, actual Código Civil Federal.

La razón legal para incluir la regulación del Registro Civil dentro del articulado del Código Civil de 1870, se encuentra, según la comisión redactora del mismo, en “la importancia intrínseca de esta materia, pues muchos de sus preceptos sirven de base a otras disposiciones”.

En la actualidad, tanto el Código Civil Federal, como los códigos civiles de la mayor parte de los Estados de la República contienen, dentro de su mismo cuerpo normativo, la regulación de la institución del Registro Civil. Concretamente, el Código Civil Federal lo regula en el capítulo I, del Título Cuarto, del libro Primero, relativo a las personas.

⁵⁶ PACHECO E. ALBERTO, “La persona en el Derecho Civil Mexicano, op. cit. p. 174.

En el Estado de Jalisco se establecía el mismo criterio regulador en el Código de 1936. Sin embargo, en 1995 al expedirse el nuevo Código Civil, se decreta al mismo tiempo la Ley del Registro Civil. El legislador jalisciense le da autonomía a su regulación y existe por lo tanto, desde 1995, la Ley del Registro civil del Estado de Jalisco. El Código Civil del Estado de Jalisco es, no obstante, norma supletoria de las disposiciones de esta ley.

4.2. El Registro Civil en el Estado de Jalisco.

4.2.1. Concepto de Registro Civil.

De conformidad con el Artículo 1º de la Ley del Registro Civil del Estado de Jalisco⁵⁷, el Registro Civil es una institución de orden público y de interés social por medio de la cual el Estado hace constar, en forma auténtica, y da publicidad a los hechos y actos constitutivos, modificativos y extintivos del estado civil de las personas.

4.2.2. Características del Registro Civil.

a) El Registro Civil es público, por ello toda persona puede solicitar copias o extractos certificados de las actas del estado civil así como de los documentos archivados y de las constancias de todo lo referente a la función propia de la Institución (art. 2).

b) Es el medio de dar autenticidad y publicidad a las actas y documentos que obren en los diversos archivos del Registro Civil (art. 3).

4.2.3. Estructura y funcionamiento.

De conformidad con el artículo 4º de la Ley del Registro Civil del Estado, las funciones del Registro Civil estarán a cargo de:

I. La Dirección General del Registro Civil;

II. Un oficial jefe del Registro Civil, en cada cabecera municipal; y

III. Las oficialías que sean necesarias para el cumplimiento eficaz de este servicio. El número y la ubicación de las oficialías del Registro Civil se determinará de acuerdo a las circunstancias socioeconómicas del lugar, sus distancias, medios de comunicación y distribución de la población.

⁵⁷ Cuando en este apartado, al enunciar los artículos dentro del paréntesis respectivo, no se haga referencia a ninguna ley, dichos artículos se refieren a la Ley del Registro Civil del Estado de Jalisco.

I. La Dirección General del Registro Civil.

Este órgano de la institución del Registro Civil depende de la Secretaría General de Gobierno del Estado; en tanto que los oficiales jefes y las oficialías dependen de los ayuntamientos (art.5 de la Ley del Registro Civil del Estado de Jalisco).

La Dirección General del Registro Civil tendrá a su cargo el Archivo General, en donde se conservan los ejemplares de las actas y los documentos relativos a las mismas. Cuando así se lo solicitan, la Dirección General del Registro Civil debe expedir a las personas, públicas o privadas, copias certificadas y extractos de las actas y documentos que se encuentren en sus archivos (art. 6° de la citada ley).

Los oficiales del Registro Civil son designados por el presidente municipal de la localidad, (art. 17 de la multicitada Ley del Registro Civil), pero el director general del Registro Civil tendrá en todo tiempo la facultad de objetar la designación de los oficiales del Registro Civil y, en su caso, proponer la remoción de los mismos, cuando a su juicio las personas designadas no cumplan los requisitos o incumplan reiteradamente sus obligaciones en el desempeño de su cargo.

I.1. Funciones del Director General del Registro Civil:

- a) Proponer al Gobernador la celebración de convenios de coordinación en materia de Registro Civil, con las autoridades federales, estatales y municipales, especialmente con las instituciones encargadas de la seguridad social.
- b) Cuidar que las actas y actos del Registro Civil se lleven debidamente, pudiendo revisarlos en cualquier época, comunicando a la autoridad administrativa correspondiente, las faltas en el cumplimiento en que hubieren incurrido los servidores públicos respectivos;
- c) En el caso de que las faltas de los servidores públicos mencionados en el inciso anterior constituyeren delitos, hará la denuncia correspondiente ante el ministerio público, para que ejercite las acciones que marca la ley.

II. Oficiales del Registro Civil

La titularidad de las oficialías estará a cargo de los servidores públicos denominados oficiales del Registro Civil, quienes tendrán fe pública en el desempeño de las labores propias de su cargo (art. 15 de la Ley del Registro Civil). El presidente municipal podrá realizar las funciones encomendadas al oficial del Registro Civil (art. 18).

En la legislación civil del Estado, tanto en el Código como en la Ley del Registro Civil, con gran acierto se denominan "Oficiales" a los funcionarios del Registro Civil. El Código Civil Federal los denomina "Jueces del Registro Civil", como un resabio histórico del siglo XVIII, en que los Códigos Civiles otorgaban funciones jurisdiccionales a los funcionarios del Registro Civil. En los casos en los que al

celebrarse un matrimonio salía a relucir algún impedimento, eran los mismos “Jueces del Registro Civil” quienes resolvían y otorgaban la dispensa cuando era procedente.

Actualmente, cuando se tiene conocimiento de algún impedimento, el oficial del Registro suspende el matrimonio y ordena que se haga en la vía judicial el trámite correspondiente. Al sustraerse la función jurisdiccional al oficial del Registro Civil, consideramos que ya no habría razón para seguirlo llamándolo juez del registro civil.

II.2. Derechos y obligaciones de los oficiales del Registro civil:

Son facultades y obligaciones de los oficiales del Registro Civil, además de las ya establecida anteriormente, las siguientes:

I. Tener en existencia las formas del registro civil necesarias para el levantamiento de las actas del registro civil.

II. Expedir las copias o extractos certificados de las actas y de los documentos del apéndice correspondiente,

III. Rendir a las autoridades federales, estatales y municipales los informes, las estadísticas y los avisos que dispongan las leyes;

IV. Fijar, en lugar visible de la oficialía, los derechos pecuniarios que causen las certificaciones y la inscripción de las actas del Registro Civil.

V. Contestar oportunamente las demandas interpuestas en su contra y dar aviso a sus superiores jerárquicos;

VI. Organizar el despacho de su oficina de tal forma que toda tramitación sea oportuna, para brindar la mejor atención al público;

VIII. Orientar e instruir al público sobre la trascendencia, consecuencias, requisitos y trámites para la inscripción de las actas del Registro Civil;

XII. Expedir las constancias de inexistencia que le sean solicitadas, previa comprobación de que no obren en sus oficialías las actas respectivas;

XIII. Conservar bajo su responsabilidad y cuidado los libros y archivos de la oficialía.

Por otro lado, el artículo 23 de la Ley del Registro Civil prescribe la obligación de los oficiales del Registro Civil, de hacer constar los hechos y actos del estado civil, y extender las actas relativas a:

I. Nacimiento, reconocimiento de hijo y adopción;

- II. Matrimonio e inscripción de divorcio;
- III. Defunción, declaración de ausencia y presunción de muerte;
- IV. Tutela;
- V. Emancipación;
- VI. Pérdida o limitación de la capacidad legal para administrar bienes y el levantamiento de esta restricción; e
- VII. Inscripciones generales y sentencias.

II.3. Requisitos para ser oficial del Registro Civil (art. 19 Ley del Registro Civil) :

- I. Tener la nacionalidad mexicana;
- II. Ser mayor de veintisiete años de edad el día de su designación;
- III. Estar vecindado por lo menos un año en el lugar de su adscripción, previamente a su designación;
- IV. Estar en el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos;
- V. Poseer título de abogado o de licenciado en derecho; y
- VI. No tener antecedentes penales por delito doloso.

Cuando el cargo de Oficial del Registro Civil esté vacante y no se encuentre quien cumpla con los requisitos señalados, el Presidente Municipal convocará, dentro de los treinta días siguientes, a quienes cumplan con lo previsto por el artículo 19, excepto en lo relativo a la edad mínima y el grado académico, que en tal caso se reduce a veinticinco años y a instrucción preparatoria concluida (art. 20 de la Ley del Registro Civil).

CAPÍTULO IV DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS

SUMARIO: 1. NATURALEZA JURÍDICA Y CLASIFICACIÓN. 2. INICIO Y EXTINCIÓN. 3. ATRIBUTOS. 4. ANÁLISIS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS EN EL DERECHO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO.

1. NATURALEZA JURÍDICA Y CLASIFICACIÓN.

1.1 Naturaleza jurídica

Las personas jurídicas colectivas (personas morales) son asociaciones de personas que buscan un fin común.

Aunque el derecho positivo atribuya a las personas colectivas un origen contractual –ya que las personas individuales celebran un acuerdo de voluntades para constituirse en una sociedad u otras formas colectivas- el fundamento de derecho natural de las mismas se encuentra en la naturaleza social del ser humano.

El maestro González Luna Morfín sostiene que es frecuente la afirmación de que la persona moral o persona colectiva es una ficción de derecho, o un instrumento jurídico para resolver problemas prácticos de las colectividades en la vida humana. Que autores de derecho civil “consideran que la persona jurídica o moral no es más que un expediente técnico de la autoridad, sin ninguna vinculación con el fundamento en que se apoya la atribución de personalidad”⁵⁸

La teoría de la ficción nació en el Derecho Romano, y por ello los romanistas defienden esta postura, no obstante que respecto a la persona jurídica individual sostienen la postura realista al decir que la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea del hombre.⁵⁹

Hay otras teorías, llamadas organicistas, que pretenden equiparar a las personas colectivas con los seres humanos y que cada uno de los órganos de las sociedades pueden equipararse con alguno de los órganos del cuerpo humano. Estos autores consideran que las personas colectivas son realidades sociológicas que el jurista debe reconocer.

Los racionalistas, con Kant a la cabeza, sostienen que la persona jurídica individual y la colectiva no son más que centros de imputación de leyes heterónomas, externas y coercibles. Hans Kelsen, quien lleva al derecho el idealismo filosófico de Kant sostiene que “el sujeto del derecho no es jamás, en

⁵⁸ GONZÁLEZ LUNA MORFÍN, Efraim. “Temas de Filosofía del Derecho” Noriega Editores, México, 2002, p. 28.

⁵⁹ Savigny, citado por Villoro Toranzo, op. cit. P. 402.

sentido formal, el hombre como realidad psicofísica, sino una construcción jurídico-normativa.”⁶⁰

Los juristas que defienden la teoría de la ficción consideran que las personas jurídicas son creadas artificialmente. Que son seres que deben su existencia de personas colectivas única y exclusivamente a la operación creadora de la razón, ya sea de los órganos estatales, ya del orden jurídico.⁶¹

Otros doctrinistas ⁶² consideran que la persona moral es un sujeto ideal construido como un medio para realizar los fines que los hombres conciben. Que la persona jurídica colectiva (persona moral) es una construcción conceptual e instrumental que sirve para afectar determinados bienes a la realización de un fin valioso para poder realizar un fin común a varios hombres.

Efraín González Luna Morfín afirma que una persona jurídica colectiva es “la relación real de interdependencia de conocimientos, esfuerzos, afectos y recursos de todo tipo, de personas que se unen para conseguir un fin común lícito.”

La definición anterior, que compartimos, lleva a la conclusión de que las personas colectivas no son ficciones jurídicas, como lo sostienen los positivistas, sino realidades a las que el derecho reconoce existencia y brinda protección.

1.2. Clasificación de las personas jurídicas colectivas.

Esta clasificación será hecha de acuerdo con la clasificación del Sistema Jurídico Mexicano, cuyas ramas se dividen en derecho público, derecho privado y derecho social. Así tenemos personas jurídicas públicas, privadas y sociales.

El CCJ establece la clasificación de las personas colectivas en su artículo 161. Y aunque en el artículo 167 establece que las personas jurídicas se clasifican, por su origen y formación, en públicas y privadas, consideramos de utilidad clasificarlas de la misma manera en que los doctrinistas mexicanos, como Villoro Toranzo⁶³, clasifican las ramas del Derecho Mexicano.

a) Personas colectivas de derecho público:

- I. El gobierno federal, las entidades federativas y los municipios.
- II. Las corporaciones públicas.
- III. Los organismos descentralizados.
- IV. Los partidos políticos.
- V. Las asociaciones religiosas.

⁶⁰ HANS KELSEN, op. cit. P.19

⁶¹ Idem.

⁶² Oscar Morineau, citado por Villoro, op. cit., p. 410.

⁶³ VILLORO TORANZO, Miguel, op cit., p. 220.

b) Personas colectivas de derecho privado:

- I. Las sociedades civiles:
 - sociedades civiles en sentido estricto.
 - asociaciones civiles.
 - fundaciones.
- II. Las sociedades mutualistas.
- III. Las sociedades mercantiles.
- IV. Los condominios.

c) Personas colectivas de derecho social:

- I. Los sindicatos.
- II. Las sociedades cooperativas.
- III. Los ejidos.
- IV. Las comunidades indígenas.

2.- INICIO Y EXTINCIÓN DE LAS PERSONAS COLECTIVAS.

Dado que su origen depende de la voluntad de las personas humanas que las constituyen, las personas colectivas son una realidad natural. Sin embargo, con el fin de proteger a las personas extrañas a esa persona moral, el código establece una serie de requisitos que deben llenar para poder ser legales en su constitución y poder tener personalidad jurídica. En los casos en que no se cumplan los requisitos legales para constituir una sociedad, mientras no se cumplan, esas agrupaciones se tienen como sociedades irregulares

Dado que nuestro orden legal reconoce la existencia de sociedades regulares e irregulares, se puede decir que el inicio de las personas colectivas se da en el momento en que las personas se reúnen y deciden la formación de una sociedad.

2.1. Regulación Jurídica

El CCJ regula la creación y extinción de las personas jurídicas colectivas de los artículos 161 al 254. En los primeros 11 artículos (del 161 al 171) establece las disposiciones generales para las personas jurídicas colectivas.

La regulación jurídica de las sociedades, se encuentra, por lo tanto, en primer lugar en el Código Civil; en segundo término se regirán por su escritura constitutiva y por sus estatutos (art. 163 CCJ).

Las personas colectivas son constituidas en forma libre y voluntaria por las personas físicas. Por ello la extinción de las mismas está sujeta, muchas veces, a la voluntad de sus constituyentes, aunque existen supuestos en que la ley establece la extinción de una sociedad, como cuando no se han inscrito en el Registro Público de la Propiedad, por ejemplo.

3. ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS COLECTIVAS:

Con excepción del estado civil, las personas colectivas tienen los mismos atributos de las personas individuales. Éstos son.

a) Nombre o denominación.

El artículo 164 del CCJ establece que la denominación de las personas jurídicas se determina:

- I. Por la ley.
- II. Por acuerdo de los que las hayan constituido.

La protección legal del nombre de las personas físicas se extiende a la denominación de las personas colectivas (art. 165).

Los artículos anteriormente mencionados permiten concluir que la identificación de las personas jurídicas (colectivas) se hace con una serie de signos a los que se les llama o nombre o denominación.

b) Domicilio.

- Concepto. Según se deduce del artículo 166 del CCJ, el domicilio de las personas colectivas es el lugar en que ejercen sus funciones principales o en el que tengan establecida su representación legal.

- Determinación. El mismo artículo 166 establece que la determinación del domicilio se hará:

- I. Por la ley que las regule.
- II. Por su escritura constitutiva o sus estatutos sociales.
- III. Cuando no haya señalamiento expreso, se tendrá por domicilio el lugar donde ejerzan sus funciones o donde se encuentre su representación legal.

Al prescribir que el domicilio social, cuando no se haya establecido por la ley o por la voluntad de los socios, será aquél en que hayan establecido su representación legal, es necesario decir que ésta se ejerce por medio de personas físicas y, por lo tanto, aclarar si el domicilio del representante legal será el de la sociedad o si es necesario establecer un lugar independiente.

b) Patrimonio.

De acuerdo con el carácter de la persona moral (pública o privada), será su patrimonio. Las instituciones públicas reciben del erario público (formado por los impuestos y demás ingresos públicos), los recursos necesarios para dar cumplimiento a sus fines; en cambio las personas colectivas privadas obtienen sus recursos de las aportaciones de sus socios o de la beneficencia privada, en algunos casos de asociaciones, por ejemplo.

c) Nacionalidad.

Las personas morales, como las individuales, poseen una nacionalidad. Ésta se determina por la nacionalidad de las leyes conforme a las cuales fueron constituidas. La Legislación Civil Mexicana establece que son mexicanas las sociedades constituidas conforme a la legislación mexicana, y extranjeras las constituidas de conformidad con el derecho extranjero.

4.- ANÁLISIS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS EN EL DERECHO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO.

En materia civil se regulan tres tipos de personas colectivas: las asociaciones, las fundaciones y las sociedades civiles.

I. Asociación Civil. (artículos 172-189 CCJ)

I.1 Concepto.

Es el acuerdo de personas que convienen en reunirse, de manera estable, para realizar un fin común permitido por la ley y que no tiene carácter preponderante económico (art. 172 del CCJ)

La asociación civil constituye una persona jurídica consistente en la agrupación estable de personas que buscan un fin común no económico.

De la definición anterior se desprenden los siguientes elementos:

- a) Agrupación de personas.
- b) Reunión estable.
- c) Fin común lícito.
- d) Fin no preponderantemente económico.

1.2 Constitución.

- a) La asociación civil debe ser constituida mediante escritura pública. Esta escritura debe otorgarse ante un notario que tenga su adscripción en el lugar donde vaya a tener su domicilio la asociación.
- b) Una vez otorgada la escritura, ésta deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad que corresponda al domicilio de la asociación.

Si la constitución de la asociación no se ha hecho en escritura pública o no ha sido inscrita en el Registro Público de la Propiedad, no tiene personalidad jurídica y se le considera como una asociación irregular, y si los representantes de la asociación han contraído en su nombre obligaciones frente a terceros, dichos representantes quedan obligados en forma solidaria.

1.3. Estructura y funcionamiento.

1.3.1. Órganos que integran la asociación.

- a) Socios o asociados.
- b) Asamblea general.
- c) Director o consejo de directores:

1.3.2. Administración.

La asociación civil, por ser una persona jurídica moral, aunque tiene una existencia real, no es una existencia substancial sino accidental, por lo tanto, actúa a través de sus representantes. Estos representantes, llamados director general o consejo de directores, son designados por los propios socios y tienen las facultades que los mismos les otorgan y que quedan formalmente conferidas en los estatutos de la asociación.

1.3.3. Funciones de los órganos.

a) Asamblea General.

El artículo 181 del CCJ establece las siguientes atribuciones y funciones de la asamblea general:

- i. Admitir nuevos socios o excluir a alguno de los ya asociados.
- ii. Disolver anticipadamente la asociación.
- iii. Nombrar al órgano de administración cuando no se le haya nombrado en acta constitutiva.

- iv. Revocar los nombramientos hechos al director o consejo de directores.
- v. Resolver los asuntos que se le encomienden en los estatutos.

b) Director general o consejo de directores.

- i. Representar legalmente a la asociación (art.177). Por la naturaleza incorpórea de las personas morales, éstas actúan a través de sus órganos. Por lo tanto ésta es la función más importante del órgano de administración.
- ii. Las facultades que les confieran los estatutos. Las personas morales son reguladas tanto por las disposiciones legales como por las normas estatutarias. Por lo tanto, los directores podrán actuar y realizar tanto lo que la ley les autoriza, como desempeñar las atribuciones estatutarias. Los estatutos establecen las directrices y lineamientos de la asociación. Constituyen la norma interna de la asociación de que se trate.
- iii. El director o directores de la asociación tienen voto de calidad en la toma de decisiones . En el supuesto de que en una asamblea no pueda llegarse a un acuerdo porque hay empate en la votación, el órgano de administración de la asociación podrá tomar el acuerdo y decidir en uno u otro sentido.
- iv. El director puede y debe convocar a asamblea general, cuando se lo solicite el cinco por ciento de los asociados y en los demás casos señalados en los estatutos.
- v. Responder solidariamente frente a terceros por las obligaciones contraídas en nombre de la asociación, en caso de que ésta no haya sido constituida en escritura pública ni se haya inscrito en el Registro Público de la Propiedad (art. 175).

I.3.4. Derechos y obligaciones de los asociados.

- Derechos de los asociados:

- a) Derecho al voto (art. 183). A diferencia de otras personas morales, en la asociación civil los votos de los asociados tienen el mismo valor y características y cada asociado sólo tiene derecho a un voto.
- b) A separarse voluntariamente de la asociación (art.183).
- c) A ser oídos en las asambleas generales (art. 183).
- d) A vigilar que las cuotas sean aplicadas al fin de la asociación (art. 186).
- e) A examinar la contabilidad de la asociación (art. 186).

- f) A demandar la disolución de la asociación (art. 176).
- g) A solicitar la inscripción de la asociación en el Registro Público de la Propiedad (art. 176).
- h) A no acatar los acuerdos de la asamblea, cuando no se hizo la convocatoria en forma legal o que se hubieren tratado asuntos diferentes a los señalados en la convocatoria (art. 182).
- i) A demandar la nulidad de los acuerdos de una asamblea en que se hubiere convenido constituir gravámenes o enajenar bienes de los activos fijos de la asociación (art. 182).
- j) A demandar la nulidad de los acuerdos de una asamblea en que se hubiere decidido la disolución anticipada de la asociación o su fusión o escisión (art. 182).

- Obligaciones de los asociados.

- a) Pagar sus cuotas (art. 186). Aunque no existe una disposición que expresamente obligue a los asociados a pagar sus cuotas, dado que en toda relación jurídica existen derechos y obligaciones recíprocas y que este art. 186 concede el derecho a vigilar que las cuotas se apliquen al fin de la asociación, se puede concluir en que el pago de las cuotas es el primer deber de todo asociado. Pero este supuesto no es general, ya que existen asociaciones que no requieren de un patrimonio económico para lograr sus fines, como el caso de una asociación que tenga como finalidad el desarrollo cultural de sus socios exclusivamente.
- b) En caso de que decidan separarse de la asociación, dar aviso con dos meses de anticipación (art. 184).
- c) Acatar los acuerdos tomados por la asamblea general (art. 182).
- d) Otorgar garantía cuando demandan la nulidad y suspensión de los acuerdos de una asamblea (art. 182).

I.4. Extinción de la asociación.

El artículo 188 establece las causas legales por las que una asociación puede ser disuelta. Éstas son:

1. El consentimiento de la asamblea.
2. La conclusión del término por el que fue constituida la asociación.
3. La consecución del objeto o fin para el que fue constituida.

4. Incapacidad de conseguir el objeto o fin de la asociación.
5. Resolución judicial que decreta la disolución.

Es importante recordar que en materia civil prevalece la autonomía de la voluntad; por lo tanto, las asociaciones también pueden ser disueltas por las razones que los asociados hayan querido que fueran causas de extinción de las mismas y que las hayan estipulado en los estatutos sociales.

II. Fundaciones. (artículos 190-207 CCJ)

II.1. Concepto.

Una fundación es la afectación de determinados bienes particulares al fomento de actividades científicas, culturales, asistenciales o deportivas.

Las fundaciones no constituyen propiamente una sociedad. Una persona o un grupo de personas deciden afectar un conjunto de bienes a un fin determinado de carácter humanitario y constituyen una fundación. Estas personas no se asocian con otras para conseguir el fin propuesto, sino que son otras personas -entre las que pueden encontrarse parientes de los fundadores- quienes llevan a cabo las actividades necesarias para lograr el fin querido por el fundador.

II.2. Constitución. (art. 191).

- a) Por acto entre vivos. La fundación entre vivos se constituye cuando una o más personas que deciden afectar parte de su patrimonio a un fin humanitario, acuden ante un notario público a formalizar su decisión.. La escritura pública en la cual se constituye la fundación debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad, para tener personalidad jurídica y producir los efectos jurídicos correspondientes. (art. 1929)
- b) Mortis causa. La fundación mortis causa es aquella que se constituye ante un notario público al otorgar un testamento. Esta fundación produce sus efectos a la muerte del fundador. Para que la fundación tenga personalidad jurídica se requiere acreditar i) la existencia del testamento, ii) el acta de defunción del fundador, y iii) la resolución judicial que declara la validez del testamento (art. 193).
- c) La legislación civil establece que para que la fundación pueda ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad, se requiere un dictamen de la Secretaría General de Gobierno del Estado sobre la viabilidad de la fundación (art. 196).

II.3. Órganos que intervienen en la constitución de una fundación.

- a) Fundador o fundadores.
- b) Secretaría General de Gobierno.

II.3.1. Facultades de los fundadores.

- a) Fundadores mortis causa:
 - Establecer las bases constitutivas de la fundación (art. 198).
 - Designar al presidente del patronato (art. 203).
 - Establecer las bases para la integración del patronato (art. 198).
 - Que uno de sus descendientes sea siempre integrante del patronato (art.204).
- b) Fundadores por acto entre vivos:
 - Establecer las bases constitutivas de la fundación (art. 198).
 - Nombrar y remover a los miembros del patronato (art. 202).
 - Señalar las bases para la integración del patronato (art.198).
 - Que uno de sus descendientes sea siempre miembro del patronato (art. 204).

II.3.2.. Funciones de la Secretaría General de Gobierno del Estado.

esta constancia la fundación carece de personalidad jurídica, ya que no puede ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad. La inscripción en el Registro es la condición que la ley establece para que la fundación adquiera la personalidad jurídica.

- Vigilar el funcionamiento de las fundaciones (art.197).
- Designar provisionalmente a los integrantes del patronato (art. 197). Esta facultad nace únicamente si los fundadores ya han muerto.
- Aprobar la venta o gravamen de bienes inmuebles de la fundación (art. 200).

Los integrantes del patronato pueden tomar la decisión de enajenar o gravar bienes que pertenezcan a la fundación, pero tratándose de inmuebles, deben

pedir autorización a la Secretaría General de Gobierno para venderlos o gravarlos.

- Autorizar el arrendamiento de bienes inmuebles cuando el plazo del arrendamiento exceda de cinco años o se trate de recibir rentas anticipadas de más de dos años (art. 205, VII).

II.4 Órganos de la fundación.

- a) Patronato.
- b) Presidente del patronato.

II.4.1. Funciones del patronato.

El patronato es el órgano de gobierno de las fundaciones. Sus decisiones se toman por mayoría de votos de sus integrantes y sus funciones se encuentran reguladas por los estatutos legales, así como por el artículo 199 del CCJ, que básicamente le atribuye la tarea de dirigir o gobernar la fundación (art. 199).

Las funciones del patronato se encuentran íntimamente relacionadas con las facultades establecidas en el artículo 205 del CCJ., que son:

- a. Cumplir y hacer cumplir la voluntad del fundador.
- b. Conservar y mejorar los bienes de la fundación.
- c. Acatar la voluntad del fundador en lo relativo al nombramiento de empleados y funcionarios de la fundación.
- d. Exigir garantía a los funcionarios y empleados de la fundación que manejen fondos.
- e. Enajenar o gravar los bienes de la fundación, cuando sea de absoluta necesidad y evidente utilidad.
- f. Arrendar los inmuebles de la fundación. Si el arrendamiento excede de cinco años o van a recibirse rentas anticipadas por más de dos años, deberá recabar autorización de la Secretaría General de Gobierno del Estado.
- g. Elaborar los planes de trabajo.
- h. Elaborar el presupuesto de ingresos y el de egresos.
- i. Rendir anualmente un informe de las actividades realizadas durante el año inmediato anterior.

Los integrantes del patronato, sus cónyuges, ascendientes, descendientes o sociedades en las que tengan una participación importante, deben abstenerse de negociar o de tener alguna relación de tipo económico con la fundación. Esta limitación o prohibición no opera cuando de la relación económica o del negocio se desprenda un beneficio manifiesto para la fundación (art. 201).

II.4.2. Funciones del presidente del patronato.

Al tratar las funciones del presidente, analizaremos sus derechos y sus obligaciones. Éstos se encuentran tanto en las bases constitutivas de la fundación como en el Código Civil, quien los regula expresamente.

a) Derechos:

- Es el representante legal de la fundación (art. 200).
- Tiene voto de calidad en las juntas del patronato, en caso de empate de los votos de sus integrantes.
- Todos los derechos y prerrogativas conferidos en el documento constitutivo de la fundación.

b) Obligaciones :

- Cumplir los acuerdos del patronato (art.200).
- Ejecutar las acciones y defensas que corresponden a la fundación (art. 205,III).
- No enajenar ni gravar bienes de la fundación (art. 200).

II.5.- Extinción y liquidación de la fundación.

Por tratarse de una persona moral cuya vida depende de la voluntad de sus fundadores, así como de llenar los requisitos legales, las fundaciones terminan su vida jurídica, en primer lugar, si se trata de una fundación entre vivos, cuando sus fundadores lo establezcan; y si se trata de una fundación mortis causa, cuando se den las circunstancias establecidas en el testamento.

El artículo 206 del CCJ establece las siguientes causas de extinción de la fundación:

- I. Por la expiración del plazo fijado para su funcionamiento.
- II. Por cumplimiento o realización de sus fines.

III. Por la imposibilidad financiera de seguir operando.

II.5.1. Liquidación de la fundación.

Es importante distinguir entre disolución o extinción de una persona moral, y su liquidación. En la disolución, la persona jurídica colectiva deja de tener personalidad -mientras que en su liquidación se lleva a cabo, como su nombre lo indica, la liquidación de su patrimonio. Se pagan las deudas y se cumplen las demás obligaciones pendientes; y los bienes remanentes, si es que los hay, se dirigen al destino que por voluntad del fundador o por ley deba dárseles.

El artículo 207 del Código Civil establece que los bienes que forman el patrimonio de la fundación pasarán a las personas que se establezcan en las bases constitutivas de la institución. Asimismo, establece que si no se hubiere establecido nada al respecto, los bienes pasarán a otras fundaciones que tengan objeto similar al suyo, y a falta de éstas, los bienes pasarán a la beneficencia pública.

III. Sociedades civiles. (arts. 208 al 254 CCJ)

III. 1. Concepto.

Es la asociación permanente de un grupo de personas que buscan un fin común económico, pero no lucrativo, y para lograrlo ponen en común esfuerzos y recursos.

III.2. Naturaleza jurídica de la sociedad civil.

Las sociedades son personas jurídicas colectivas que nacen del acuerdo de voluntades de los socios de las mismas, quienes para otorgarlo celebran un contrato de sociedad.

La personalidad jurídica de las sociedades civiles es propia e independiente de la de los socios y con capacidad para obligarse a través de sus órganos de representación.⁶⁴

III.3. Elementos de la sociedad.

Debido a la especial importancia de la sociedad, y dado que su origen se encuentra en un acto jurídico plurilateral, analizaremos los elementos orgánicos o esenciales necesarios para su constitución, así como los requeridos para su validez, que son los mismos establecidos para la celebración y validez de todo acto jurídico.

⁶⁴ Cfr. CHIRINO CASTILLO, Joel, "Derecho Civil III, Contratos Civiles", segunda edición, Ed. Mc.Graw Hill, México, 1996, p. 161

A) Esenciales.

a) Consentimiento.

Los socios deben de estar plenamente de acuerdo, al dar su consentimiento para constituir la sociedad, en la consecución del fin que se han propuesto alcanzar. Debe existir en ellos lo que los romanos llamaban "la affectio societatis", esto es, el conocimiento informado y la voluntad libre de asociarse con esos socios, individualmente determinados, para lograr el fin común que entre todos más fácilmente podrán alcanzar.

b) Objeto.

El objeto puede consistir en lograr el fin común que se han propuesto –el cual debe ser física y jurídicamente posible- o las aportaciones de los socios, las cuales pueden consistir en una cantidad de dinero u otros bienes, o en la industria o trabajo de algún socio, cuando así se haya pactado.

El objeto ilícito es un objeto jurídicamente imposible. El artículo 215 establece: "No se permitirá la formación de sociedades para un objeto ilícito. Si no obstante se violare esta prohibición, a solicitud de cualquiera de los socios o de un tercero interesado, o del ministerio público, se declarará la nulidad de la sociedad, la cual se pondrá en liquidación.

Físicamente posible significa que el objeto que pretendan lograr los socios debe ser real. Por ejemplo, no podrían asociarse para prestar un servicio hospitalario para sirenas.

B. Elementos de validez.

a) Capacidad.

Para constituir una sociedad civil, los socios deben tener capacidad de ejercicio: Ser mayores de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales.

Si la aportación del socio consiste en la transmisión de la propiedad de algún bien, deben también estar legitimados para hacerlo. Esto es, deben de ser propietarios del bien cuya propiedad van a transmitir a la sociedad. Si su aportación consiste en transmitir el uso de un bien o en la obligación de ejecutar un trabajo determinado, asimismo deben tener legitimación para hacerlo.

b) Ausencia de vicios.

Como en cualquier acto jurídico, el consentimiento para la constitución de una sociedad debe ser cierto y libre. No debe darse por error o por miedo a sufrir algún daño grave.

c) Licitud en el motivo o fin determinante de la voluntad.

La diferencia entre la licitud en el objeto y la licitud en el fin de la voluntad está en que la primera se refiere al objeto en sí mismo considerado y la segunda a que, aunque el objeto es lícito, el fin que persiguen los socios es ilícito. Por ejemplo: Los inmuebles son susceptibles de arrendamiento, pero cuando se rentan para establecer un negocio ilícito, el fin es lo que hace que el objeto se convierta en ilícito.

d) Forma.

La constitución de la sociedad civil debe hacerse mediante escritura otorgada ante notario público que se encuentre en el lugar del domicilio de la sociedad.

La escritura constitutiva debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad. Si al acta constitutiva no se inscribe en el Registro, entonces la sociedad es considerada como sociedad irregular. Las obligaciones contraídas por los representantes de la sociedad, los obligan a responder por ellas en forma solidaria.

- Consecuencias jurídicas de la falta de forma en la constitución de la sociedad:

- a) La sociedad se considera una sociedad irregular.
- b) Los administradores deben responder en forma solidaria de las obligaciones que hayan contraído a nombre de la sociedad.
- c) Los socios pueden pedir su liquidación.

- Consecuencias de la falta de registro:

- a) La sociedad es considerada como una sociedad irregular.
- b) Los administradores responden solidariamente de las deudas contraídas a nombre de la sociedad.
- c) Los socios pueden demandar la disolución de la sociedad.
- d) Los socios pueden pedir la regularización de la sociedad.

Una sociedad irregular es aquella que tiene una existencia de hecho, ya que al constituirse ha transgredido las formalidades exigidas por la legislación civil. Los actos jurídicos celebrados por una sociedad irregular producen todos sus efectos en relación a los socios y a los terceros que hayan contratado con ella.

- Datos que debe contener la escritura constitutiva (art.216):

La escritura constitutiva de una sociedad debe contener.

- a) El nombre y demás generales de los socios.
- b) Razón social o denominación.
- c) Objeto de la sociedad.
- d) Duración de la sociedad.
- e) Capital social.
- f) Aportaciones de los socios.
- g) Facultades de los administradores.
- h) Forma de designar a los administradores.

III.4. Nulidad de la sociedad.

Según el civilista Ricardo Treviño⁶⁵, la nulidad del contrato de sociedad se produce en los siguientes casos:

- a) Cuando se estipule que los provechos pertenecerán exclusivamente a alguno o algunos socios, y todas las pérdidas a otro u otros (art. 217 CCJ.).
- b) Cuando se estipule que a los socios capitalistas se les restituya su aportación con una cantidad adicional, haya o no ganancias. (218).
- c) Cuando se aporten a la sociedad bienes que, conforme a las disposiciones constitucionales, no puedan ser objeto de adquisición (art 27 Constitucional).
- d) Cuando se estipule que, sin necesidad de pacto expreso, podrán exigirse a los socios nuevas aportaciones (221).
- e) Cuando se estipule que cualquier socio puede ser excluido de la sociedad sin el acuerdo de las dos terceras partes de los demás socios, y sin causa grave prevista en los estatutos (224).
- f) Cuando la sociedad tenga un objeto ilícito (215).
- g) Cuando los socios se obliguen a aportar bienes futuros. Nuestra legislación prohíbe el pacto sucesorio. Por lo tanto, no pueden ser objeto de la sociedad, bienes que se vayan a heredar.

⁶⁵ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, "Los Contratos Civiles y sus Generalidades", 5ª. Edición, Ed. Mc. Graw Hill, México, 1995, p. 563.

III.5. Órganos de la sociedad.

- a) Socios.
- b) Órgano de administración.
- c) Asamblea General.

a) Derechos y obligaciones de los socios.

Derechos de los socios.

- 1.- Derecho a votar en las asambleas.
- 2.- Derecho a percibir utilidades.
- 3.- Derecho a vigilar el cumplimiento del fin de la sociedad.
- 4.- Derecho a examinar la contabilidad.
- 5.- Derecho a separarse de la sociedad cuando no estén de acuerdo con el aumento de capital.
- 6.- Derecho del tanto.
- 7.- Derecho a no ser excluidos de la sociedad sino por el acuerdo de las dos terceras partes de los votos de los socios.
- 8.- Derecho a no ser excluidos de la sociedad sino por las causas previstas en los estatutos.

Obligaciones de los socios.

- 1.- Si transmitieron la propiedad de bienes determinados:

- * Al saneamiento en casos de evicción.
- * A responder de los vicios ocultos.

Si sólo transmitieron el uso o el usufructo de algún bien:

- * A responder como lo haría un arrendador ante el arrendatario.

- 2.- No contrariar ni impedir la gestión de la administración.
- 3.- Aportar las cuotas correspondientes.

4.- Abstenerse de ceder sus derechos o admitir nuevos socios sin el consentimiento unánime de sus coasociados.

5.- Responder de la parte correspondiente de las pérdidas de la sociedad.

b) Del órgano de administración.

- Generalidades.

La administración de la sociedad civil puede recaer en un socio, a quien se denomina administrador, o en más socios, quienes integran un consejo de administración. Este consejo debe estar integrado por un número impar de socios (tres, cinco, etc.). El presidente del consejo de administración tiene voto de calidad en la toma de decisiones.

- Derechos del órgano de administración.

- 1.- Representar legalmente a la sociedad.
- 2.- Ejercer las facultades necesarias para realizar el fin de la sociedad civil.
- 3.- Llevar a cabo los actos administrativos oportunos.

-Obligaciones del órgano de administración.

1.- Abstenerse de:

- Enajenar o gravar los bienes de la sociedad sin la autorización de los socios.
- Tomar capitales prestados sin autorización de los socios.

2.- Responder personalmente por los daños y perjuicios causados a la sociedad por las obligaciones contraídas sin el conocimiento de la minoría de los socios contra de su voluntad.

3.- Rendir cuentas en la época fijada o cuando lo pida la mayoría de los socios.

4.- Permanecer en la administración hasta que su sucesor tome posesión.

d) Asamblea general.

Ésta constituye el órgano supremo de la sociedad civil. Tiene las facultades señaladas en la ley y en los estatutos.

Rodríguez y Rodríguez dice que “la asamblea general es la reunión de los socios legalmente convocados, para expresar su voluntad social en materia de su competencia”⁶⁶. Aun cuando este autor da la definición anterior tratándose de una sociedad mercantil, la misma cabe para definir la asamblea general en una sociedad civil.

III. 6. Disolución de la sociedad.

En el caso de que el funcionamiento de una sociedad sea imposible, podrán pedir su disolución las dos terceras partes de los socios. El artículo 238 del Código Civil establece, además, las causas por las que puede disolverse una sociedad. Éstas son:

- 1.- Cuando las dos terceras partes de los socios den su consentimiento.
- 2.- Cuando se haya realizado el fin para el cual fue creada.
- 3.- Por la imposibilidad de lograr el fin propuesto.
- 4.- Por la muerte o incapacidad de un socio cuya responsabilidad era ilimitada, salvo que se hubiere pactado lo contrario.
- 5.- Por la muerte de un socio industrial fundador de la sociedad.
- 6.- Si la sociedad fuere de duración indeterminada, por la renuncia de un socio, si los otros socios así lo deciden. Para que pueda operar esta causa de disolución deberá probarse que la renuncia no es maliciosa o extemporánea.

De acuerdo con el artículo 241, la renuncia se considerará maliciosa cuando el socio que la hace se propone aprovecharse de los beneficios o evitarse pérdidas, que los socios deberían recibir o reportar en común.

Y el art. 242 define la renuncia extemporánea como aquella que se hace cuando las cosas no se encuentran en su estado íntegro y la sociedad puede ser perjudicada con la disolución que originaría la renuncia.

- 7.- Por resolución judicial.

El juez puede determinar la disolución de la sociedad, cuando ésta sea demandada por personas interesadas en ello; por ejemplo, cuando se dé alguna de las causas de nulidad de la sociedad señaladas anteriormente.

Para que surta efectos, la disolución de la sociedad debe inscribirse en el Registro Público donde se inscribió su constitución.

⁶⁶ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, “Curso de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, 1972, p. 111.

- Prórroga de una sociedad civil.

En el caso de una sociedad que fue constituida por tiempo determinado, si pasado el término ésta continúa funcionando, se considera prorrogada su duración por tiempo indeterminado por el sólo hecho de que continúe en operación.

III.7. Liquidación de la sociedad.

Hay que distinguir con claridad entre la disolución de una sociedad y su liquidación. Mientras que la primera se refiere al término de sus operaciones, la liquidación consiste en la extinción del patrimonio de la misma, adjudicación de los bienes remanentes, en su caso, y el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades.

La ley señala un plazo de seis meses para llevar a cabo la liquidación (art. 244), pero puede establecerse pacto en contrario. Cuando una sociedad se encuentra en liquidación, a su nombre o denominación deben añadirse las palabras “en liquidación”(245).

- Liquidadores de la sociedad.

A la pregunta de ¿quién lleva a cabo la liquidación?, se responde que pueden llevarla a cabo:

- Todos los socios, sobre todo cuando son pocos.
- Liquidadores nombrados por los socios para ello.
- Liquidadores nombrados en la escritura constitutiva de la sociedad.

- Procedimiento de liquidación.

- a) En primer término se cumplen todos los compromisos sociales. Esto implica: pago de adeudos, reconocimiento de deudas, cumplimiento de contratos, etc.
- b) En segundo lugar, se devuelven las aportaciones de los socios.
- c) Finalmente, se reparten las utilidades en la forma convenida en el acta constitutiva o, en su defecto, en forma proporcional a las aportaciones de los socios.

* Reglas para determinar las utilidades cuando no hubiere pacto al respecto.

Si se trata de socios industriales y no se hubiere estimado el sueldo por el trabajo del socio: (251).

- a) Si el trabajo puede ser hecho por un tercero, su cuota será la correspondiente al sueldo u honorarios de esa persona.
- b) Si el trabajo no puede ser hecho por un tercero, su cuota será igual a la del socio capitalista.
- c) Si son varios los socios industriales, la mitad de las ganancias del mayor socio capitalista se dividirá entre ellos. En caso de conflicto se puede resolver mediante el arbitraje.
- d) Si el socio industrial hubiere contribuido también con cierto capital, para calcular las utilidades se considerarán en forma separada la industria y el capital.

* Reglas aplicables cuando no hay utilidades:

Si al llevar a cabo la liquidación de la sociedad civil no hay bienes suficientes para cumplir con las obligaciones, ni devolver las aportaciones de los socios, el déficit se considera pérdida y ésta se repartirá en forma proporcional a las aportaciones de los socios o al convenio establecido en la escritura constitutiva.

Si en el convenio solamente se hubiere establecido lo que hubiere de corresponder a cada socio por utilidades, en la misma forma se repartirán las pérdidas (art. 250).

IV. Sociedades Extranjeras.

IV.1 Concepto.

Se entiende por sociedades extranjeras las personas morales de naturaleza civil que, habiéndose constituido en el extranjero bajo las leyes del país de su constitución, pueden ejercer actividades relacionadas con su ramo en el territorio del Estado de Jalisco.

El Código Civil las regula brevemente en el capítulo IV de este título dedicado a las personas morales, de los artículos 255 a 257.

IV.2. Requisitos para que la sociedad extranjera pueda operar en el Estado:

- a) Obtener autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Para obtener esta autorización se debe comprobar:

- Que están constituidas conforme a las leyes de su país.

- Que dentro de sus estatutos no hay ninguna disposición que contravenga el orden público:⁶⁷
- Que sus representantes tienen domicilio en el Estado.
- Que sus representantes están autorizados para responder por las obligaciones que contraiga la sociedad.

b) Inscribir en el Registro Público de la Propiedad tanto el acta constitutiva de la sociedad, como sus estatutos sociales.

⁶⁷ Para el maestro González Luna Morfin el orden público es el conjunto de normas, principios, instituciones, derechos, obligaciones y comportamientos, esenciales para el bien común de la sociedad. Op. Cit. Idem.

CAPÍTULO V
SECCIÓN PRIMERA
FAMILIA Y MATRIMONIO

SUMARIO. 1. LA FAMILIA. 2. LOS ESPONSALES. 3. EL MATRIMONIO. 4. REGÍMENES PATRIMONIALES DENTRO DEL MATRIMONIO. 5. DONACIONES CON MOTIVO DEL MATRIMONIO.

1. LA FAMILIA.

1.1. Concepto.

La palabra procede del latín: familia. Galindo Garfias⁶⁸ sostiene que en un sentido muy amplio, “la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad, por lejano que fuere”. Este concepto coincide con el de la familia extensa o el linaje.

En una connotación más restringida, el mismo autor⁶⁹ nos dice que la familia comprende “únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo un mismo techo”. Esta agrupación podría considerarse como la familia doméstica en oposición a la familia gentilicia de los romanos. Tanto en la antigua *gens* romana, como en la moderna familia doméstica las nociones de parentesco, solidaridad y afecto aparecen de una manera constante.

Por eso se afirma que la familia es la célula biológica, psicológica y moral de la sociedad. Célula biológica porque es en la familia donde el padre y la madre dan vida a los hijos que forman las nuevas generaciones. Psicológica porque es en la familia donde los hijos forman, integran y desarrollan su personalidad. Y moral, porque en la familia se aprenden las normas de convivencia que hacen posible y propician la vida armoniosa dentro de la sociedad. Antes que el Estado existió la familia. “Dios los creó hombre y mujer”. Hombre y mujer para que se reprodujeran y dominaran la naturaleza. Hombre y mujer, distintos y complementarios. Iguales en dignidad pero diferentes en sus características físicas y psicológicas.

La familia es la célula original de la vida social. Es la sociedad natural en que el hombre y la mujer son llamados al don de sí en el don del amor y en el don de la vida. La autoridad, la estabilidad y la vida de relación en el seno de la familia constituyen los fundamentos de la libertad, de la seguridad, de la fraternidad en el seno de la sociedad. La familia es la comunidad en la que, desde la infancia, se pueden aprender los valores morales, se comienza a honrar a Dios y a usar bien de la libertad. La vida de familia es iniciación a la vida en sociedad.⁷⁰

⁶⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Derecho Civil, parte general, personas y familia”. 5ª. Edición, México, 1982, p. 197.

⁶⁹ Idem

⁷⁰ 2207 del Catecismo de la Iglesia Católica. Librería Juan Pablo II, Santo Domingo, República Dominicana, 1992, págs. 486-487.

Como dice el Cardenal König: “En la familia el hombre conoce el amor...en ella el amor encuentra su natural desarrollo. El hombre aprende en la familia esa convivencia y respeto para los demás, que se hace tan necesario hoy día para que el mundo pueda seguir existiendo. Es en la familia donde el hombre aprende el dar y el compartir, la estima y la dignidad. En la familia aprende el hombre a tener paciencia y a perdonar, a saber lo que es la verdadera autoridad y la confianza, a servir y a entregarse, a ayudar y a participar”⁷¹ Educar en la familia es la base de un mundo mejor. “Educar un niño y una niña es educar una sociedad” (San Enrique de Ossó).

El Código Civil del Estado de Jalisco incurre en el despropósito de considerar como familia, aunque sólo para los efectos del patrimonio familiar (art. 778), todo grupo de personas que habitan una misma casa, se encuentren unidos por vínculo de matrimonio o concubinato o lazos de parentesco consanguíneo y que por la ley o voluntariamente, tengan unidad en la administración del hogar.

El concepto de familia no es jurídico. La familia no tiene personalidad jurídica, porque no la necesita. La familia es anterior al derecho positivo y éste la reconoce y protege como una institución de derecho natural. De ahí que la familia deba ser ayudada y defendida mediante medidas sociales apropiadas. Cuando las familias no son capaces de realizar sus funciones, los otros cuerpos sociales tienen el deber de ayudarlas y de sostener la institución familiar. En conformidad con el principio de subsidiaridad, las comunidades más vastas deben abstenerse de privar a las familias de sus propios derechos.⁷² Al reconocer la importancia de la familia, el derecho positivo ha regulado una serie de relaciones familiares, como las relaciones de parentesco, las conyugales, las de filiación y paternidad y todas las demás que nacen dentro de las instituciones que serán objeto de estudio a partir de este capítulo.

1.2. Origen y funciones de la familia.

a) Origen.

Pacheco⁷³ sostiene que “según los datos serios y comprobados que poseemos, cuando el hombre entra en la historia, o sea, cuando empieza a dejar rastros evidentes de su existencia, ya existe la familia. Parece ser que no hay hombre sin familia, y ésta es la agrupación más elemental, pero al mismo tiempo más sólida de toda sociedad primitiva.” Asimismo, sostiene que “parece fuera de duda que la familia primitiva, que realizaba muchas de las funciones políticas necesarias en aquellos tiempos, fue en Grecia y Roma el origen del Estado.” En los últimos años de la República, la familia romana quedó configurada como la comunidad que

⁷¹ Cardenal F. KONIG, Arzobispo de Viena, “Sobre la Familia”, Revista La Familia, Viena, Austria, 1999, p. 32.

⁷² Art. 2209 del Catecismo de la Iglesia Católica, Librería Juan Pablo II, Colombia, 1992, p. 487

⁷³ PACHECO E. Alberto, “La Familia en el Derecho Civil Mexicano”, Panorama Editorial, México, 1998, págs. 12 y sgs.

convive bajo la autoridad del *pater familias* y que comprende a la esposa, los hijos, los cónyuges y descendientes de los hijos varones (las hijas al casarse dejan de pertenecer a la familia, para pasar a la del esposo), los adoptados, los esclavos, algunos libertos y, en general, toda persona que estuviera sujeta a la potestad del padre, conforme al derecho.

Esta familia extensa (*gens*) se va reduciendo con el paso del tiempo, hasta llegar a considerar en nuestros días la familia doméstica como el grupo formado por los padres y los hijos. Ello no significa, sin embargo, que en algunas sociedades se considera parte de la familia a todos aquellos que se encuentran unidos por los lazos de parentesco consanguíneo.

Por todo lo anterior, la familia tiene, entre muchas otras, las siguientes funciones:

a) Dentro de la familia se ayuda y se prestan todos los medios para que cada uno de sus miembros pueda recibir lo que necesita. Sólo las madres leen las necesidades de sus hijos en sus cuerpecitos y en sus almas, y les prestan el cuidado necesario para que no corran peligro, para que no sufran, para que nada los disminuya ni frene su desarrollo hacia la perfección.

b) Dentro de la familia se repara el dolor y se curan las enfermedades. Curar es remediar los defectos del ser amado, es aliviar su mal, es darle la medicina adecuada para que sane física y psicológicamente. Nadie más que el padre y la madre sienten y comparten los sufrimientos de sus hijos, consideran a cada uno de ellos como a sí mismos y hacen suyo el mal que padecen. Dentro de la familia se da con mayor naturalidad la aceptación. Se acepta y se hace propio el don del hijo. Se reconoce la bondad y la belleza de su ser y se reconoce su dignidad.

c) Dentro de la familia se aprende a amar de verdad. Amar supone la vulnerabilidad. Amar supone poder poner nuestras necesidades afectivas más vitales a merced de otro, supone exponer nuestros sentimientos más delicados e íntimos a que puedan ser heridos si la otra persona responde a nuestra ofrenda con frialdad o indiferencia. La familia es el refugio donde sus miembros se reponen de las tensiones sociales. Donde el niño y el adolescente aprenden a convivir con el prójimo y donde ensayan su actuación social futura.

d) La familia es escuela de socialización. Esto significa que no se puede dar educación alguna si no es vida compartida en un ambiente familiar sano. Los padres son los educadores natos que no pueden marginarse ni ser marginados. La educación que no comienza dentro de la familia acarrea una forma de subdesarrollo que es muy difícil combatir.

e) La familia es una unidad dinámica de intercambios en el orden material, educativo, afectivo y social. Los fines de la familia, en orden al desarrollo psicológico infantil, son:

1. Proveer alimentos, abrigo y demás satisfactores materiales que mantienen la vida y proveen protección ante los peligros externos.
2. Ofrecer oportunidades para desplegar la identidad personal que proporciona la integridad y la fuerza psíquica para enfrentar la vida.
3. Ejercitación para integrarse en roles sociales y aceptar la responsabilidad social.
4. Fomento del aprendizaje y apoyo a la creatividad e iniciativa individual.
5. Moldeamiento de los roles sexuales que preparan el camino para la maduración y realización sexual.

b) Funciones de la familia.

La familia no tiene personalidad jurídica, porque no la necesita, ya que esta primera comunidad, que es la comunidad básica de la sociedad, cumple funciones personales y sociales indispensables para el desarrollo de la sociedad y sin las cuales ésta no podría existir. Por su especial importancia se analizarán ahora estas funciones, las cuales permiten que la familia sea a la vez célula biológica, psicológica y moral de la sociedad.

- a) Como ya fue señalado, es la **célula biológica**, ya que la familia es el lugar más adecuado para que un ser humano llegue a este mundo. Dentro de una familia unida y estable la persona humana va desarrollándose poco a poco. En ella encuentra la satisfacción a todas sus necesidades materiales, satisfacción que le permite lograr un crecimiento sano y armonioso.
- b) Es la **célula psicológica** de la sociedad. La satisfacción de sus necesidades materiales, unida al cariño, respeto y apoyo que encuentra el niño dentro de su familia, le posibilitan y favorecen la adquisición de una personalidad sana, que a su debido tiempo madurará en una persona solidaria y generosa.
- c) Es la **célula moral**. Dentro de la familia se aprende a respetar y obedecer las normas de conducta. La obediencia a las a veces tan sencillas reglas que los

padres les imponen a sus hijos, los va educando poco a poco en el respeto a los demás y en el acatamiento a los deberes jurídicos, ya de derecho natural, ya de derecho positivo.

Estado y familia son las dos instituciones naturales indispensables para la ordenada convivencia humana, pero siendo superiores los fines de la familia, el Estado debe respetar, cuidar y fomentar el sano desarrollo de la familia, ayudándole a lograr sus propios fines y los de la comunidad. Estado y familias deben trabajar y luchar solidariamente, hombro con hombro, para la construcción del bien común.

Las formas sociales (Estado, instituciones intermedias), según Schmidt, se muestran siempre como algo lamentable e inadmisibles cuando obstaculizan o dificultan las funciones esenciales de la familia, o cuando se acomodan a privar a esta forma social, la más antigua, fundamental y necesaria de todas las formas sociales, de la autonomía que poseyera ya antes que todas las demás formas y de la cual necesita en todo momento para el cumplimiento eficaz de sus funciones”.

2. LOS ESPONSALES.

2.1. Concepto.

Se entiende por esponsales o promesa de matrimonio, el compromiso o declaración de voluntad de dos personas de contraer matrimonio entre sí en el futuro.

En la legislación mexicana se le define como un acuerdo previo de voluntades o promesa, realizado por escrito, con miras a la celebración del futuro matrimonio. (art. 139 Código Civil Federal).

2.2 Regulación legal.

La promesa de matrimonio, conocida como “los esponsales”, se encuentra regulada en la mayor parte de los Códigos Civiles de la República Mexicana.

El Código Civil Federal establece, en su artículo 139: “La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales”. Y en el artículo 142: “Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa.”

El mismo Código Civil Federal, en su artículo 143, establece las siguientes disposiciones:

“El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.”

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente.”

El Código Civil de Jalisco, vigente desde 1995, suprimió su regulación. Los motivos expresados para derogar la regulación de esta figura jurídica, fueron que ha caído en desuso y que en cuarenta años nunca nadie ha demandado daños y perjuicios por la ruptura de los esponsales. Y es que debe quedar claro que, aunque se trata de una promesa de matrimonio, el matrimonio es un acto esencialmente libre y que la promesa no puede exigir, en su momento, la celebración de un matrimonio en contra de la voluntad del novio o de la novia que ha cambiado de opinión. A lo que obliga la ruptura de los esponsales, es a responder de los daños y perjuicios causados a la otra parte por la ruptura de esa promesa, pero no al matrimonio.

Otra motivación que llevó al legislador jalisciense a derogar los esponsales consistió en que el daño moral, que ya se encuentra regulado en el Código, puede demandarse cuando habiéndose comprometido una pareja a casarse, uno de los dos rompe el compromiso. En opinión del legislador, la figura del daño moral, que consiste en una indemnización pecuniaria fijada por el juez, más la reclamación de la responsabilidad civil, la cual tiene por objeto el pago de los daños y perjuicios, cumple las funciones de protección que realizaban los esponsales, cuando uno de los novios ha sufrido consecuencias negativas en su patrimonio y ha sido lastimado en sus afectos y sentimientos, por el incumplimiento de la promesa de matrimonio.

3. EL MATRIMONIO.

3.1 Generalidades.

La palabra matrimonio procede del latín “*matrimonium*”. Según Alicia E. Pérez Duarte⁷⁴, son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin

⁷⁴ PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, “Derecho de Familia”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,

México, 1990, p. 21.

de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.

Según Chávez Asencio⁷⁵, los tratadistas afirman que “el matrimonio, modo único constitutivo de la sociedad conyugal, es a la vez y por ello base fundamental de la familia, modo normal de constitución de la misma, puesto que de él se originan, a través de la generación seguida del hecho del nacimiento, la relación paterno-filial legítima así como la relación parental”.

El hecho de que, afortunadamente, nuestra legislación civil ya no distinga entre hijos legítimos e ilegítimos, como lo hacía anteriormente, o entre hijos legítimos y naturales, espúreos, adulterinos, incestuosos y sacrílegos, como desgraciadamente lo hacían los códigos del siglo XIX, no significa que el matrimonio no siga teniendo una importancia definitiva y que siga siendo la base de la familia natural. Continúa siendo la base y plataforma de despegue de una célula sana necesaria para la integración de un cuerpo social sano, que es la condición de posibilidad del bien común. No es posible la existencia del bien común⁷⁶ si en la sociedad no existen familias que, junto con los demás miembros de la comunidad, lo promuevan.

3.2 Definición legal del matrimonio y análisis de la definición.

El CCJ define el matrimonio como “una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer deciden compartir un estado de vida, para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia” (art. 258).

Antes de analizar la definición anterior, es importante recordar que el matrimonio es una institución de derecho natural, requerida por la propia naturaleza humana.

- Es una institución de carácter público e interés social. Esto significa que aunque nace de un acto jurídico, el matrimonio es algo mucho más importante que un simple contrato. Es una institución porque es el derecho positivo quien, en concordancia con las exigencias implícitas en la naturaleza humana, establece su regulación y no se deja al arbitrio de los esposos el decidir si aceptan o no los derechos y las obligaciones que nacen de la relación conyugal. Todo matrimonio interesa tanto a los cónyuges como a la sociedad.

- Es una institución de interés social, debido a que tanto a los gobernantes como a los gobernados incumbe y compete que el matrimonio exista y subsista y la protección legal de la institución matrimonial está por encima de los derechos particulares de los esposos. Sin embargo, en todo matrimonio hay interés social o

⁷⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., “La familia en el Derecho Civil” Relaciones jurídicas conyugales, Ed. Porrúa, S.A., México, 1985, p. 1.

⁷⁶ Conjunto de condiciones de toda índole que permiten y favorecen el desarrollo integral de todos y cada uno de los miembros del cuerpo social.

interés público al mismo tiempo que interés de los cónyuges. Según lo señala Pacheco⁷⁷ “las legislaciones que con un sentido individualista colocan el interés privado de los cónyuges sobre el interés público de la sociedad, ponen en peligro la paz social y la misma estabilidad de las familias; y asimismo, las legislaciones que pretenden poner el interés de la comunidad sobre el de los cónyuges, vuelven infelices a éstos, a los hijos y como consecuencia a la sociedad misma”

- El matrimonio se caracteriza por ser la unión legal de un solo hombre con una sola mujer. La monogamia es necesaria para que los esposos puedan cumplir los fines del matrimonio. La dignidad de la persona humana requiere la unidad del matrimonio. Las uniones polígamas atentan contra la dignidad del hombre o de la mujer. Solamente la unión de un hombre y una mujer permite y favorece el cumplimiento de los fines matrimoniales y del respeto a la dignidad de los esposos.

- La realización personal se alcanza con mayor facilidad y plenitud cuando existe una persona con quien compartir y en quien apoyarse. Apoyo y ayuda que son mutuos y recíprocos son parte integral del matrimonio.

- La fundación y la formación de una familia dan vida y fundamento a la institución del matrimonio. El lazo matrimonial que une a los esposos es el lazo de unión entre ellos que, como una valla, cuida y protege a todos los miembros de la familia.

Para concluir este apartado diremos, con Pacheco,⁷⁸ que el matrimonio es una institución sui generis, ya que ningún contrato produce los efectos que éste produce, que crea derechos y obligaciones sobre los mismos cuerpos y personas de los cónyuges, ni ninguna sociedad o comunidad penetra al nivel más hondo de la intimidad humana como el matrimonio.

3.3. Propiedades del matrimonio.

El matrimonio es una institución de Derecho Natural ya que la misma naturaleza humana, de la que la sexualidad y la sociabilidad son dos elementos esenciales, reclama al hombre y a la mujer vivir en comunidad. Conforme al Derecho Natural son dos las características del matrimonio: a) la unidad y b) la indisolubilidad. Ambas constituyen la mejor forma de alcanzar los fines del matrimonio y no se encuentran sujetas al capricho de los esposos sino que son requeridas por la propia naturaleza del matrimonio.

⁷⁷ PACHECO E. Alberto, op. cit., p. 65.

⁷⁸ Ibidem, p. 60.

a) Unidad.

Conforme al Diccionario de la Lengua Española⁷⁹ unidad es “la propiedad de todo ser, en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o se altere”. La unidad en el matrimonio se alcanza por la comunión total que sólo puede darse entre personas de diferente sexo. Las diferencias orgánicas, psicológicas y afectivas entre el hombre y la mujer, paradójicamente, hacen posible esta unidad. Esta unidad que no podría darse entre dos seres que no fueran distintos pero complementarios. Unidad que se logra únicamente al complementar las diferencias, como en un rompecabezas en el que para alcanzar el todo, las piezas se unen completándose unas a otras.

b) Indisolubilidad.

Esta característica consiste en la imposibilidad de disolver el vínculo que ha nacido del matrimonio. La indisolubilidad es necesaria para que se cumplan los fines del matrimonio. Si el matrimonio puede terminarse los fines del matrimonio se trastornan también. Es imposible sin esta característica del matrimonio, cumplir con los fines de educar a los hijos y de ayudarse mutuamente.

3.4. Fines del matrimonio.

Como en toda comunidad humana, la asociación con el otro tiene por objeto la realización de fines determinados. La diferencia entre las otras agrupaciones y la comunidad que nace del matrimonio, es que en las primeras las personas que se asocian determinan con libertad (siempre y cuando no se altere el orden público ni se violen derechos de terceros) los fines que persiguen, mientras que los fines del matrimonio nacen de la propia naturaleza del matrimonio. Estos son:

- a) La procreación de la especie,**
- b) La educación de los hijos,**
- c) la ayuda mutua y**
- d) La satisfacción del apetito sexual.**

Estos fines pueden lograrse conjuntamente y, a pesar de que algunos autores sostienen que la procreación y educación de los hijos son los fines primarios, y la ayuda mutua y la satisfacción de las pasiones sexuales son los fines secundarios, creemos que los cuatro se encuentran en un mismo plano de importancia. Por supuesto que la procreación de los hijos es un fin que al mismo tiempo se presenta como una consecuencia natural de la consumación del matrimonio y que una vez que se ha engendrado y traído al mundo a un hijo, su educación se presenta también como una consecuencia natural. A los padres corresponde, antes que a nadie, educar y formar a sus hijos. Pero estos dos fines no pueden lograrse si entre

⁷⁹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Vigésima segunda edición, Editorial Espasa, España, 2001.

los esposos no se da la ayuda mutua. La satisfacción del apetito sexual es igualmente importante y existen matrimonios que logran los fines de la institución matrimonial, y son auténticos matrimonios, aunque por causas ajenas a su voluntad no puedan tener hijos.

3.5. Elementos del matrimonio.

El matrimonio es una institución jurídica que tiene su origen en un acto jurídico solemne. Analizaremos entonces los elementos y requisitos que debe cubrir para ser totalmente válido.

Como todo acto jurídico solemne, el matrimonio necesita reunir en primer lugar los tres elementos esenciales, esto es: a) consentimiento, b) objeto física y jurídicamente posible, y c) solemnidad. Así mismo debe reunir los elementos de validez de todo acto jurídico: a) capacidad de ejercicio, b) ausencia de vicios de la voluntad, c) licitud en el fin o motivo determinante de la voluntad, y d) forma.

A. Elementos esenciales.

a) Consentimiento.

El consentimiento se forma por el acuerdo de voluntades que los contrayentes manifiestan ante el oficial del Registro Civil. Este consentimiento debe ser dado con libertad absoluta y después de que los futuros esposos fueron asesorados respecto a los deberes y derechos que nacen del matrimonio (art. 267 bis).

Éste es el más importante de los elementos matrimoniales; nadie puede ser obligado a contraer matrimonio contra su voluntad. El consentimiento es la causa eficiente del matrimonio; sólo la libre voluntad de los contrayentes genera el vínculo matrimonial. El consentimiento debe ser respecto a la persona y a la materia del matrimonio. Se manifiesta la voluntad de contraer matrimonio precisamente con esa determinada persona y no con otra y para realizar en común los fines del matrimonio.

Aunque normalmente el consentimiento se expresa entre presentes, esto no excluye la posibilidad de la celebración de un matrimonio en el que el consentimiento de uno de los cónyuges se dé por medio de un representante legal. En este supuesto, el mandato debe ser especial (precisamente para representar al mandante en ese acto concreto) y formalmente otorgado (ante notario público), y la persona con la que se va a contraer el matrimonio debe ser totalmente identificada o identificable.

b) Objeto física y jurídicamente posible.

Para poder contraer matrimonio, un hombre y una mujer deben estar dispuestos a cumplir con los fines del matrimonio. El objeto del

matrimonio consiste entonces en la donación mutua que se hacen los esposos para formar una familia y ayudarse mutuamente. Si alguno de los dos no está consciente de estos fines, el objeto del matrimonio no se cumple y entonces no hay matrimonio. Para que el objeto sea físicamente posible se requiere que la unión matrimonial se de entre dos personas de diferente sexo que sean capaces física y psicológicamente de comprometerse uno con el otro para cumplir en forma conjunta y solidaria con los fines del matrimonio.

Jurídicamente posible significa que el acto del matrimonio no se celebre contraviniendo ninguna disposición legal de orden público. Por ejemplo, el matrimonio celebrado entre hermanos o medios hermanos contraviene la disposición que prohíbe el matrimonio entre personas unidas por ese lazo de parentesco.

c) Solemnidad.

La ley exige que la manifestación de la voluntad para contraer matrimonio sea dado por los contrayentes ante el oficial del Registro Civil. Este consentimiento otorgado ante el oficial de Registro Civil y la existencia del acta son suficientes para probar este elemento de la solemnidad.

El artículo 394, contenido en la sección cuarta del capítulo XI del libro segundo del Código Civil que regula el matrimonio, establece como causa de ilicitud del acto jurídico del matrimonio la falta de formalidades esenciales. Recordemos que la ilicitud del acto jurídico, ya sea en el objeto o en el motivo o fin determinante de la voluntad, pueden producir la nulidad ya sea absoluta o relativa, según lo determine la ley. No cabe duda que en este caso se trata de una nulidad absoluta. Esto se corrobora con la misma redacción del artículo en comento que a la letra dice: “La ilicitud que se funde en la falta de formalidades esenciales en el matrimonio, puede alegarse por cualquiera que tenga interés en probar que **no hay matrimonio**”.

La redacción del artículo 394 es una reminiscencia del Código anterior de 1936, el cual regulaba dentro de las formas de ineficacia del matrimonio: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa. El código actual de 1995 suprime la inexistencia de los actos jurídicos. Por lo tanto, lo que se produce al faltar una formalidad esencial en el matrimonio (solemnidad) es la nulidad absoluta y no la inexistencia, aunque para efectos prácticos la jurisprudencia ha establecido que ambas ineficacias tienen los mismos efectos.

En forma congruente con la regulación especial que se da a las nulidades matrimoniales, el artículo 395 permite la convalidación del matrimonio, que es una característica de la nulidad relativa, al prescribir que “no se admitirá demanda de ilicitud por falta de solemnidades en el acta, de

matrimonio celebrado ante el Oficial del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial.

Lo anterior nos permite concluir que se considerará que se ha cumplido con el requisito de solemnidad, cuando la manifestación de la voluntad matrimonial de los contrayentes se exprese en forma indubitable ante el Oficial del Registro Civil y se asiente así en el acta de matrimonio, aunque faltaren otros requisitos de forma, pero siempre y cuando a lo anterior se una la posesión de estado matrimonial.

B. Elementos de validez.

a) Capacidad.

Siendo la capacidad de goce la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, y la capacidad de ejercicio, la posibilidad de ejercer por sí mismo esos derechos y obligaciones, la ley exige a los futuros esposos tener capacidad de goce. Respecto a la capacidad de ejercicio, el CCJ establece la edad legal para contraer matrimonio a los dieciséis años, tanto en el hombre como en la mujer. O sea que por el acto del matrimonio los jóvenes se emancipan y adquieren anticipadamente la capacidad de ejercicio.

Al estudiar los impedimentos matrimoniales, nos referiremos más ampliamente a las distintas hipótesis que el CCJ contempla al regular la edad legal para contraer matrimonio.

b) Ausencia de vicios de la voluntad.

El consentimiento para contraer matrimonio debe ser un consentimiento con conocimiento verdadero y cierto y libertad plena. Esto significa que si uno de los contrayentes no tiene conocimiento de la naturaleza y fines del matrimonio porque por error cree que es otra cosa diferente a la verdad, su voluntad está viciada con error. Asimismo, si la voluntad para contraer matrimonio ha sido dada por miedo grave a sufrir un daño en alguno de sus bienes jurídicamente protegidos, o en las personas con las que le unan lazos de afecto o parentesco, hay vicio del consentimiento.

c) Licitud en el motivo o fin determinante de la voluntad.

Existe ilicitud en el fin determinante de la voluntad cuando el matrimonio se celebra para lograr un objetivo diferente al de los fines del matrimonio. Por ejemplo, si una persona contrajera matrimonio con un mexicano para poder conseguir su naturalización con mayor facilidad, el motivo sería ilícito.

Asimismo, la sección cuarta del capítulo XI de este libro segundo del Código, que regula el matrimonio, regula las causas de ilicitud. Y así, el artículo 393 las señala como sigue:

1. El matrimonio celebrado en contravención a los requisitos establecidos por la Ley del Registro Civil;
2. La falta de espera para casarse del término fijado por la ley a las mujeres cuyo matrimonio no sea el primero, sino segundo o ulterior matrimonio(art. 270);
3. La falta de espera del plazo establecido por la ley para que los cónyuges divorciados puedan volver a casarse(art. 420);
4. La falta de la dispensa de los tutores que pretendan casarse con su pupilo (art. 271);
5. El matrimonio que se haya contraído estando pendiente la sentencia judicial de dispensa de un impedimento.

d) Forma legal.

La Ley del Registro Civil del Estado de Jalisco, vigente en la actualidad (arts. del 81 al 97), establece una serie de requisitos de forma que los futuros esposos deben cubrir antes de la celebración de su matrimonio. Estos son:

- Presentar una solicitud firmada por cuatro testigos, a la cual deberán adjuntar:

1. Copia certificada de su acta de nacimiento.
2. Identificación oficial tanto de los contrayentes como de sus testigos.
3. Consentimiento de padres o tutores cuando los contrayentes fueren menores de edad.
4. Declaración de dos testigos por cada uno de los solicitantes, que los conozcan (a los futuros esposos) y que les conste que no tienen impedimento para casarse.
5. Certificado médico en el que se manifieste, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen ninguna enfermedad que constituya un impedimento para casarse.

6. Las capitulaciones matrimoniales. Estas son los pactos que los futuros esposos realizan respecto a la titularidad y administración de sus bienes. En este convenio los contrayentes señalan el régimen patrimonial al cual han decidido someter la regulación de su patrimonio.
7. Copia certificada del acta de defunción del cónyuge fallecido, en el caso de que uno de los dos sea viudo.
8. Copia certificada del acta de divorcio o de la declaración de nulidad del matrimonio, en su caso.
9. Copia de la dispensa judicial de impedimento, en el caso de que lo hubiere habido.
10. Constancia de haber recibido el curso prematrimonial por parte del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia. (DIF).

Si faltare alguno de los elementos esenciales o de validez del acto jurídico del matrimonio, se podrá demandar ya sea la ilegitimidad por ineficacia, la ilegitimidad por invalidez o la ilicitud del matrimonio. Pero, como se analizará más adelante, las reglas sobre la nulidad que nace por la falta de alguno de los elementos esenciales o de validez del acto jurídico, no son las mismas en tratándose del matrimonio. Nuestra legislación civil incluso cambia la denominación de las nulidades y a la absoluta le llama ilegitimidad por ineficacia; a la nulidad relativa: ilegitimidad por invalidez, y regula en forma separada la ilicitud. Esto se justifica por la naturaleza sui generis de este acto jurídico del matrimonio, el cual da origen a una institución tan importante para la sociedad.

3.6 Impedimentos para el matrimonio.

Pacheco⁸⁰ señala que para que el matrimonio sea válido, además de que los sujetos deben ser plenamente capaces....deben estar libres de impedimentos entre sí. Los impedimentos son circunstancias que por ley natural o positiva obstaculizan un matrimonio. Circunstancias algunas de ellas, que si no existieran podría celebrarse el matrimonio. Como por ejemplo, si un hombre y una mujer plenamente capaces no fueran parientes en cierto grado entre sí, podrían casarse si llenaran los demás requisitos legales.

El artículo 268 del C.C.J. señala en diez fracciones los impedimentos matrimoniales. Éstos son:

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

⁸⁰ Cfr. PACHECO E. Alberto, "La Familia en el Derecho Civil Mexicano", editorial Panorama, México, 1998, p. 93

- II. El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en la línea recta y en segundo grado en la línea colateral.
- III. El parentesco de afinidad en línea recta.
- IV. El matrimonio subsistente.
- V. La falta de autorización en caso de menores de edad.
- VI. El atentado de homicidio contra uno de los casados, para casarse con el que quede libre.
- VII. Las enfermedades incurables, contagiosas, hereditarias y que pongan en peligro la vida. La impotencia incurable, excepto que sea conocida por los contrayentes.
- VIII. La enfermedad mental declarada judicialmente.
- IX. La fuerza o el miedo graves.
- X. No haber recibido el curso prematrimonial.
- XI. De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad legal y el parentesco colateral en tercero o cuarto grados.

Al hacer el estudio de los impedimentos para el matrimonio, los autores hacen diversas clasificaciones tomando en consideración diversos criterios. Por ejemplo los dividen en: a) impedimentos por enfermedad, impedimentos por delito, o impedimentos por contravenir la ley natural o positiva, según sea la causa del impedimento; b) impedimentos dirimentes o impedimentos impeditivos, según sean o no dispensables;⁸¹ y c) impedimentos absolutos o relativos, según impidan el matrimonio en sí mismo, con cualquier persona o que impidan el matrimonio con una persona determinada.

- a) Serían impedimentos por enfermedad los consignados en las fracciones VII y VIII únicamente.
- b) Serían impedimento por delito los señalados en las fracciones IV, VI y IX.
- c) Impedimentos por contravenir la ley natural o positiva serían los que se encuentran en las fracciones I: II, III, V y X.

⁸¹.Idem.

- d) Impedimentos relativos serían los establecidos en las fracciones II, III y VI, e impedimentos absolutos todos los demás

Analizaremos enseguida estas circunstancias que imposibilitan el matrimonio:

I. La falta de edad requerida por la ley.

Como se señaló al analizar la capacidad de los contrayentes dentro de los elementos de validez del matrimonio, si los menores de edad no tienen la edad legal para casarse, esto es, son menores de 16 años, entonces existe un impedimento para contraer matrimonio y, por tanto, se debe tramitar ante el juez de lo familiar, en la vía de jurisdicción voluntaria, una dispensa del impedimento.

II. El parentesco de consanguinidad.

Sin limitación de grado en la línea recta y en segundo grado en la línea colateral. En la línea colateral el impedimento se extiende al tercero y cuarto grados (tíos y primos hermanos).

Esta fracción establece dos tipos de impedimentos por parentesco entre los que pretenden contraer matrimonio: a) el parentesco entre parientes por consanguinidad en línea recta sin limitación de grado y en segundo grado en la línea colateral, es un impedimento no dispensable, ya que el matrimonio entre padres e hijas, abuelos y nietas, por ejemplo, o entre hermanos y medios hermanos, atenta tanto contra la ley natural como positiva. Y b) el parentesco por consanguinidad en línea colateral dentro del tercero y cuarto grado (tíos, sobrinos hijos de hermanos y primos hermanos) en cambio es un impedimento dispensable por tratarse de un parentesco ya no tan cercano.

III. El parentesco de afinidad en línea recta.

El matrimonio de los ascendientes o descendientes de una persona genera lazos de amistad, de respeto y de afecto entre aquéllos y los parientes del cónyuge, y las buenas costumbres sociales generan la obligación de respetarlos. El legislador ha tomado esta fuente material y ha creado esta norma jurídica que prohíbe el matrimonio entre una persona y los parientes consanguíneos en línea recta ascendente o descendente de su ex cónyuge.

Como dato curioso, las modificaciones a la legislación civil Española de 1981 suprimieron este impedimento matrimonial.⁸² El artículo 47 del C. Civil establece: “tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1º. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2º. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.” “El precepto no se refiere al parentesco por afinidad, a diferencia de lo que

⁸² LLEDÓ YAGÜE, Francisco, “Sistema de Derecho Civil, Familia”, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, España, 2002, p. 68.

sucedía antes de la reforma de 1981. Debe estimarse, por tanto, que los parientes por afinidad pueden contraer matrimonio sin limitación alguna.”⁸³

Es importante señalar que el legislador de Jalisco omitió incluir dentro de los impedimentos para contraer matrimonio regulados por el artículo 268 en comento, el del parentesco civil que es aquél que nace de la adopción. La razón tal vez se encuentre en que el parentesco que nace de la adopción plena se equipara al de consanguinidad, mas no sucede lo mismo con la adopción simple que sólo produce el parentesco entre los padres adoptantes y el hijo adoptivo. Sin embargo, posteriormente, al establecer en forma separada otros impedimentos, incluye en el artículo 269 el del parentesco civil.

Asimismo, existe el impedimento establecido en el artículo 270 que prohíbe a la mujer contraer segundo o ulterior matrimonio sino después de 300 días de la disolución del matrimonio anterior. Este impedimento, cuya finalidad es proteger la filiación, puede ser dispensado si la mujer da a luz durante ese lapso o si mediante estudios de laboratorio se demuestra que no está embarazada.

Finalmente, el artículo 271 establece el impedimento de matrimonio entre el tutor y la persona que esté bajo su tutela. Igualmente, es un impedimento que puede ser dispensado, pero para que se dé la dispensa se requiere la aprobación de las cuentas de la tutela.

IV. El matrimonio subsistente.

Una de las propiedades del matrimonio, tanto para el derecho natural como para el derecho positivo, es la unidad. Unidad que requiere que la unión matrimonial se dé entre un solo hombre y una sola mujer. Es por lo tanto imposible que una persona cuyo matrimonio no ha sido disuelto por la muerte del otro cónyuge, la nulidad o el divorcio, pueda casarse nuevamente mientras subsiste el lazo matrimonial anterior.

Es tan importante la protección a la unidad matrimonial que existe el delito de bigamia. El Código Penal sanciona con pena de multa y pena privativa de la libertad de hasta cinco años de prisión al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales. (art. 279 Código Penal del Distrito Federal) Y el art. 180 del Código Penal local, prevé de 3 meses a 3 años a quien se case y a la persona con la que se case si conocían el impedimento.

⁸³ Idem.

V. La falta de autorización en caso de menores de edad.

El CCJ regula una serie de supuestos sobre el matrimonio de menores de edad y de menores que no tienen la edad legal para contraer matrimonio.

- i. Si los contrayentes tienen ya la edad legal para casarse: 16 años, tienen la aptitud legal para celebrar el matrimonio, pero necesitan la autorización de quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos y a falta de éstos (padres o abuelos), la autorización de su tutor (art. 262).
- ii. En el caso de que a quienes corresponda dar autorización para el matrimonio se nieguen a hacerlo, o que los menores carezcan de padres, abuelos o de tutor, la ley prevé que el Consejo de Familia puede dar el consentimiento. (arts. 263 y 264).
- iii. Si aquellas personas a quienes corresponde dar la autorización hubieren fallecido antes de la celebración del matrimonio, las personas a quienes en su defecto correspondería otorgarla, no podrán revocarla sino por causas graves y justificadas.

A este respecto es importante aclarar que aunque el Código use el término “consentimiento”, es más adecuado el de “autorización”, ya que en el acto jurídico del matrimonio solamente corresponde otorgar el consentimiento a los contrayentes.

Así mismo, siendo sensible a la situación social en la que se encuentran familias mexicanas donde se ignora el paradero de alguno de los progenitores, el Código resuelve el problema estableciendo que basta con que dé el consentimiento el progenitor o el ascendiente con el que viva el menor que pretende casarse (art. 262 segundo párrafo):

“Cuando se ignore el paradero de cualesquiera de los padres, bastará el consentimiento de uno solo de ellos, asentándose razón de este hecho y quedando facultado el Oficial del registro Civil a investigar por cualquier medio que estime pertinente, la veracidad de esta circunstancia”.

Por otro lado, consideramos que el supuesto que contempla el artículo 261 es un poco confuso, ya que la intervención del Consejo de Familia en el matrimonio de menores se refiere a los casos en que este Consejo puede suplir la autorización de los progenitores o de los tutores que se niegan a otorgarla, cuando a su juicio no existe razón suficiente para negarla, y no para el caso de aquellos menores que carecen de la edad legal para contraer matrimonio, pues en este supuesto no se trata de suplir una autorización,

sino de obtener una dispensa judicial del impedimento de la falta de edad legal para celebrar el matrimonio.

VI. El atentado de homicidio contra uno de los casados, para casarse con el que quede libre.

Este impedimento castiga el dolo del que para casarse con una persona casada intenta dar muerte al cónyuge de ésta. Es un castigo de la ley impone no sólo como una sanción por la conducta dañosa del que comete el atentado, sino que busca también la ejemplaridad para desestimular este delito. Este es un impedimento no dispensable que pueden hacer valer no sólo las partes sino los hijos del cónyuge víctima del atentado y el ministerio público.

VII. Las enfermedades incurables, contagiosas, hereditarias y que pongan en peligro la vida. La impotencia incurable, excepto que sea conocida por los contrayentes.

En esta fracción se contemplan dos hipótesis diferentes: a) Las enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas y que pongan en peligro la vida o que sean hereditarias y cualesquiera otra enfermedad o conformación especial que sean contrarias a los fines del matrimonio, bien porque impidan las funciones relativas al cumplimiento de estos fines o porque hagan prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes; y b) La impotencia incurable.

En el inciso a) se contempla el supuesto de enfermedades que ponen en peligro la vida no sólo del cónyuge que las padece sino que, por el posible contagio, ponen también en peligro la vida del otro cónyuge. Asimismo, estas enfermedades constituyen un impedimento por el posible riesgo de ser transmitidas o contagiadas a los descendientes. Para que se dé el impedimento, las características de la enfermedad deben darse en forma conjunta. Esto es, debe ser una enfermedad crónica, incurable, contagiosa y que ponga en peligro la vida o sea hereditaria. Únicamente en las dos últimas características (poner en peligro la vida y ser hereditaria) usó el legislador la “o” que es disyuntiva, lo que significa que sea una u otra.; en cambio entre las cuatro primeras existe una “y” que es copulativa, lo cual permite interpretar la intención del legislador en el sentido de que exige que se den las cuatro circunstancias: crónicas, incurables, contagiosas y que pongan en peligro la vida.

El inciso b) prescribe que la impotencia incurable es impedimento para el matrimonio. Es importante distinguir entre la esterilidad y la impotencia. La primera consiste en la incapacidad para procrear y la segunda en la incapacidad de realizar el acto sexual. Cabe también recordar que dentro de los fines del matrimonio el remedio a la concupiscencia es tan importante como la ayuda mutua, ya que permite a los esposos satisfacer su necesidad

sexual. La razón de este impedimento es que la persona impotente no cumple con los fines del matrimonio. Sin embargo, si ambos contrayentes tienen conocimiento del problema y el otro cónyuge está de acuerdo en contraer el matrimonio, la legislación civil lo permite.

VIII. La enajenación psíquica declarada judicialmente.

La enajenación mental impide a la persona no solamente darse cuenta de los fines del matrimonio sino otorgar un consentimiento libre e informado. Por lo tanto, la falta de salud mental impediría la formación del consentimiento, con lo que faltaría el elemento más importante del matrimonio.

IX. La fuerza o miedo graves.

En la fracción anterior se dijo que el consentimiento es el elemento esencial del matrimonio. Anteriormente se había señalado que no sólo es un elemento esencial de este acto jurídico, sino que es la causa eficiente del mismo. Si el consentimiento ha sido dado por error o arrancado con violencia, no hay libertad y, por lo tanto, no hay consentimiento libre para la realización del matrimonio y la fundación de una familia.

X. No haber acudido ante la autoridad administrativa (DIF) a recibir el curso prematrimonial.

Este es un impedimento de derecho positivo, que tiene por objeto obligar a los contrayentes a informarse y estar conscientes de los fines del matrimonio, así como de los deberes y derechos que nacen del mismo y de las responsabilidades tan serias que están asumiendo al celebrar su matrimonio.

Si al irse a celebrar un matrimonio, el Oficial del Registro Civil se da cuenta de que existe un impedimento, debe suspender la ceremonia. El artículo 90 de la Ley del Registro Civil del Estado de Jalisco establece que: "El oficial del Registro Civil que tenga conocimiento de que los pretendientes tienen impedimento para contraer matrimonio, levantará acta ante dos testigos, en la que hará constar los datos que le hagan suponer que existe el impedimento. Cuando haya denuncia, se expresa en el acta el nombre, edad, ocupación, estado civil y domicilio del denunciante, insertándose al pie de la letra la denuncia. El acta firmada por los que en ella intervinieron, será remitida al juez de primera instancia que corresponda para que haga la calificación del impedimento."

Asimismo, el artículo 94 del ordenamiento legal anteriormente citado establece que: "Denunciado un impedimento, el matrimonio no podrá celebrarse aunque el denunciante se desista, mientras no recaiga sentencia judicial que declara infundada la denuncia o se obtenga dispensa de él."

3.7. Efectos del matrimonio.

Como en todos los actos jurídicos, los efectos que nacen de su celebración son derechos y deberes jurídicos. La celebración del matrimonio trae como consecuencia el nacimiento de derechos y deberes recíprocos entre los esposos.

Analizaremos los deberes conyugales establecidos en el Código Civil del Estado de Jalisco. En el capítulo III del Código que se titula: "De los deberes y derechos que nacen del matrimonio", se establecen los siguientes:

- a) Contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio (art. 273).
- b) El derecho y la obligación de la cohabitación, que abarca dos aspectos:
 - i) Vivir en el domicilio conyugal (art. 274).
 - ii) El débito conyugal (art. 273).
- c) La ayuda mutua (arts. 275, 276, 278 y 279).
- d) A decidir de común acuerdo todo lo concerniente al manejo del hogar así como a la educación y formación de los hijos (art. 277).
- e) El derecho y la obligación a la fidelidad sexual y afectiva (art. 279).

a) La primera y principal obligación de los cónyuges es la de contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio.

Como quedó asentado anteriormente, los fines del matrimonio son: a) la fundación de una familia mediante la procreación y educación de los hijos; b) la ayuda mutua material y espiritual entre los esposos; y c) el remedio a las pasiones. Los esposos deben, por lo tanto, realizar las conductas necesarias para cumplir con estos fines. El incumplimiento de estos fines es causa suficiente para demandar la nulidad absoluta del matrimonio.

b) El deber de cohabitación.

Este derecho-deber encierra dos supuestos:

1.- El deber de vivir en el mismo domicilio. Una de las consecuencias naturales del matrimonio es que los cónyuges hagan vida en común y, por tanto, vivan en el mismo domicilio. El que los esposos tengan el mismo domicilio es condición de posibilidad del cumplimiento no sólo de los fines del matrimonio, sino de todos los derechos y obligaciones derivados del mismo. El abandono del domicilio conyugal constituye una causal de divorcio y solamente por las causas establecidas en el Código Civil del Estado puede uno de los cónyuges vivir en otro domicilio diferente al conyugal.

El artículo 274 establece la obligación de los cónyuges de vivir juntos en el domicilio que de común acuerdo establezcan, y en el cual ambos disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales. Este mismo artículo establece las causas por las que se puede dispensar a un cónyuge de la obligación de vivir en el domicilio conyugal. Éstas son: a) Si el domicilio se encuentra en lugar peligroso, indecoroso o insalubre; b) cuando uno de los cónyuges se traslade al extranjero, el otro no tiene obligación de seguirlo, a menos que se vaya del país para desempeñar un servicio público; y c) cuando el otro cónyuge padezca temporalmente alguna enfermedad física contagiosa o de orden psíquico.

2.- El débito conyugal.

El fin del matrimonio, que tiene por objeto la fundación de una familia, sólo se cumple con el acto que tiene como consecuencia la transmisión de la vida. Al celebrar su matrimonio, los esposos se hicieron una donación recíproca de toda su persona. La persona es un compuesto substancial de cuerpo material orgánico y de alma espiritual, por lo que esta donación abarca tanto el afecto, el respeto, la aceptación y demás actitudes y cualidades que se derivan de la dimensión espiritual de los esposos, como la donación recíproca de sus propios cuerpos en el acto de amor necesario para la procreación de los hijos.

La infertilidad de los esposos no impide el cumplimiento de este deber, ya que la ayuda mutua en la satisfacción de las necesidades sexuales es igualmente importante entre los cónyuges, y de igual manera existe matrimonio aunque por causas ajenas a su voluntad no puedan cumplir con el deber de procreación.

c) La ayuda mutua.

Como ya fue señalado, el cumplimiento de este deber abarca tanto la ayuda material como la espiritual. En sus artículos 278 y 279, el Código del Estado prescribe el deber de los esposos de asistirse mutuamente y de promover y cultivar el conocimiento y la comprensión mutua, así como guardarse las debidas consideraciones y procurarse mutuamente la superación personal.

Respecto a la ayuda material, los cónyuges tienen la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos. La misma disposición deja en libertad a los cónyuges para distribuirse la carga económica en la forma y proporción que ellos decidan. Por lo que, si los esposos deciden que la esposa no trabajará fuera del hogar durante los primeros años de vida de los hijos, con el fin de estar en una mejor aptitud física y psicológica para atenderlos y educarlos, perfectamente pueden acordar que el esposo afrontará toda la carga económica que implica el sostenimiento total de la familia (art. 275).

Finalmente, dado que esta obligación despliega su eficacia tanto en el aspecto material o económico, como en el personal o espiritual, el incumplimiento de este deber se da por el abandono de la ayuda mutua en cualquiera de las dos dimensiones.

d) La educación de los hijos.

Los padres son los primeros responsables de la educación de sus hijos. Constantemente han de enseñar a los hijos a subordinar las dimensiones materiales e instintivas a las racionales y espirituales. Es una grave responsabilidad para los padres dar buenos ejemplos a sus hijos. Sabiendo reconocer ante sus hijos sus propios defectos, se hacen más aptos para guiarlos y corregirlos.

Dice la Biblia: “El que ama a su hijo, le corrige sin cesar”⁸⁴ Y posteriormente: “Padres, no exasperéis a vuestros hijos, sino formadlos más bien mediante la instrucción y la corrección”.⁸⁵

Independientemente de que sea uno solo de los cónyuges el que se quede en el hogar para llevar a cabo el manejo del hogar y brindar una presencia constante a los hijos, a ambos corresponde decidir de común acuerdo todo lo concerniente al manejo del hogar y a la formación y educación de los hijos (art. 277). Éste es un derecho originado en la ley natural, que les corresponde a los padres antes que a nadie. El Estado tiene a su vez la obligación de apoyar a los padres en el cumplimiento de este deber-derecho. Así, en el artículo 3º de la Constitución Federal se garantiza el ejercicio del derecho a la educación, y el 31, fracción primera, de la misma Constitución, establece como una de las obligaciones de los mexicanos hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria.

e) Fidelidad sexual y afectiva (art. 279).

Según el maestro Pacheco,⁸⁶ este deber conyugal “comprende la obligación de abstenerse de relaciones carnales extramatrimoniales y la obligación de abstenerse de cualquier acto que pueda hacer sospechar o preparar esas relaciones”. La legislación del Estado es clara al incluir dentro de este deber de fidelidad no sólo la obligación de abstenerse de relaciones sexuales con persona distinta al cónyuge, sino que al establecerlo como deber de fidelidad sexual y afectiva, lo extiende a la obligación de abstenerse de cualquier conducta amorosa con otra persona, que pudiera lastimar u ofender al otro cónyuge.

Baqueiro y Buenrostro⁸⁷ sostienen que...”su violación (al deber de fidelidad) constituye adulterio, que es sancionado con el divorcio”. Asimismo, sostienen que: “Este deber sustenta la estructura monogámica del matrimonio en nuestra sociedad, y el cumplimiento de los fines del mismo”. Con el mismo criterio de Pacheco sostienen que: “La fidelidad....supone la necesidad de una conducta decorosa, de tal suerte que no implique ataques a la dignidad y a la honra del otro cónyuge”. Y que: “Cualquier conducta de actividad extramarital con persona del

⁸⁴ Sirácides 30, 1-2.

⁸⁵ Efesios, 6,4.

⁸⁶ PACHECO E. Alberto, op cit. P. 87.

⁸⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgardo y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, “Derecho de Familia y Sucesiones”, Ed. Harla, México, 1990, p. 78.

otro sexo, aun cuando no llegue al adulterio, puede constituir una injuria grave al cónyuge, es por eso que se considera que los casados no pueden tener novio o novia.”

3.7.1. Características de los derechos-deberes conyugales.

a) Igualdad.

En las primitivas redacciones de los códigos civiles, la sumisión de la mujer al marido era uno de los principios rectores de las relaciones matrimoniales, tanto en el campo personal como en el patrimonial. Por un lado, se estableció la jefatura del marido, quedando la mujer sometida a su potestad. Por otro, la capacidad patrimonial de la mujer casada se encontraba sujeta a graves e importantes limitaciones.⁸⁸ No podía la mujer, por ejemplo, celebrar algunos actos jurídicos sin la autorización del marido.

Sánchez Medal, refiriéndose a la legislación civil del Distrito Federal,⁸⁹ afirma que: “en los Códigos de 1878 y 1884 se erigió al esposo como autoridad única dentro del matrimonio, para ejercer la potestad marital sobre la esposa y la patria potestad sobre los hijos, y se le reconocieron amplias facultades y deberes en lo tocante al sostenimiento y a la dirección del hogar, así como para la educación de los hijos y administración de los bienes (arts. 200 y 201, y 191 y 192, respectivamente).

A diferencia de los códigos anteriormente citados (del año de 1870 y del año de 1884), la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 hizo el reparto de tales cargas y responsabilidades y estableció que: “el marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar” y que: “la mujer tiene la obligación de atender a todos los asuntos domésticos; por lo que ella será la especialmente encargada de la dirección y del cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar” (arts. 42 y 44 de la Ley sobre Relaciones Familiares).

Sánchez Medal⁹⁰ afirma también que el Código Civil de 1928, el cual sirvió de ley modelo a los códigos de los Estados de la República, conservó un sistema parcialmente similar al de la Ley sobre Relaciones Familiares “al disponer que el marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar (art. 164), y que estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar (art.168); pero aclaró que “el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, **de común acuerdo** arreglarán todo lo relativo a la educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan” (art.167).”⁹¹

⁸⁸ Ibidem p. 83.

⁸⁹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, “De los Contratos Civiles”, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 409.

⁹⁰ Ibidem p. 410.

⁹¹ Idem.

Actualmente, siguiendo los principios del artículo 4º de la Constitución Federal Mexicana que establece, entre otras cosas, que “El varón y la mujer son iguales ante la ley”, las legislaciones locales coinciden en la regulación de los derechos y las obligaciones de los esposos en un plano de igualdad ante la ley y en considerar que en la vida conyugal ninguno de los dos será superior al otro y que ambos cónyuges decidirán de común acuerdo todo lo concerniente al manejo del hogar y a la formación y educación de los hijos (art. 277 CCJ). El artículo 274 del CCJ dispone que en el domicilio conyugal “ambos (cónyuges) disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales”, y el segundo párrafo del artículo 275 dispone que “Los deberes y derechos que nacen del matrimonio son iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.”

b) Reciprocidad.

El matrimonio produce derechos y deberes recíprocos; esto significa que lo que es derecho para uno, es deber u obligación para el otro. Por ejemplo, el esposo tiene el derecho a la fidelidad de su esposa y la esposa tiene el deber de serle fiel; pero al mismo tiempo la esposa tiene derecho a la fidelidad de su esposo y el esposo tiene la obligación de guardar esta fidelidad.

c) Incoercibilidad de algunos deberes conyugales.

Algunos deberes conyugales se cumplen voluntariamente o no se cumplen, ya que en esos casos es imposible exigir su cumplimiento coercitivamente (por ejemplo, la prestación del débito conyugal). Por eso, parafraseando al maestro González Luna Morfín⁹², se puede decir que un buen esposo no es aquel que cumple muy bien con el Código Civil, sino el que, por encima del cumplimiento de los deberes que esta ley positiva le impone, está dispuesto a hacer todo lo que esté en sus manos para hacer feliz a su familia (cónyuge e hijos).

De igual manera, Chávez Asensio⁹³ señala que: “es sumamente difícil exigir un deber jurídico conyugal, pues aunque teóricamente...pudiéramos imaginar la posibilidad de acudir a los tribunales para exigir, por ejemplo, el cumplimiento del deber de fidelidad, en la práctica vemos la dificultad evidente de lograr su cumplimiento.” Es por ello, que el grado de cumplimiento del derecho positivo muchas veces depende del nivel de moralidad de los obligados.

d) Irrenunciabilidad.

⁹² GONZÁLEZ LUNA MORFÍN, Efraín, op. Cit., en el capítulo 12 en que analiza las relaciones entre la moral y el derecho.

⁹³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., “La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales”, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, págs. 240-243.

La misma esencia de los derechos-deberes conyugales trae como consecuencia que sean irrenunciables, ya que renunciar a ellos sería establecer las bases para el incumplimiento de los fines del matrimonio. Si uno de estos fines es la ayuda mutua, al permitirse la renuncia al derecho recíproco entre los esposos de aportar lo necesario para la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales, se estaría impidiendo el logro de uno de los fines del matrimonio que es el de ayudarse mutuamente a llevar las cargas de la vida.

4. REGÍMENES PATRIMONIALES DENTRO DEL MATRIMONIO.

4.1. Generalidades

a) Concepto.

Se llama régimen patrimonial, o régimen económico matrimonial, al conjunto de normas jurídicas que regulan la estructura, funcionamiento y administración del patrimonio de los esposos dentro del matrimonio.

b) Especies.

La legislación civil del Estado de Jalisco establece tres formas de regulación de las relaciones económico-patrimoniales entre los esposos. Estas tres formas constituyen los tres tipos de regímenes patrimoniales, de entre los cuales los esposos pueden optar. Estos son: **i) Sociedad legal; ii) Sociedad conyugal; y iii) separación de bienes** (art. 282).

Aunque en el Código Civil se encuentran las normas jurídicas que regulan los regímenes patrimoniales, es importante señalar que los esposos tienen la posibilidad de convenir y pactar libremente lo relacionado con su patrimonio y que esta libertad para pactar y convenir sobre su patrimonio constituye la parte contractual de la institución matrimonial. Los esposos tienen, pues, toda la libertad para decidir y convenir sobre la propiedad y administración de sus bienes. Y al documento donde se establecen estos pactos se le llama “**capitulaciones matrimoniales**”. Pero se llama también así al contrato que existe en nuestra legislación civil, para regular el patrimonio conyugal, un contrato de naturaleza muy especial y compleja mediante el cual los esposo pueden establecer el régimen económico dentro de su matrimonio .

Entonces, cuando los esposos no han convenido nada sobre su patrimonio y, por lo tanto, “no han hecho uso de esa libertad de estipulación consagrada... en el Código Civil, dice Monje Balmaseda, ...el legislador tiene previstas unas reglas de carácter supletorio que permiten solucionar el problema y no dejar a ningún matrimonio sin régimen económico matrimonial.”⁹⁴

⁹⁴MONJE BALMASEDA, Óscar, “Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia”, en la colección jurídica de Derecho Privado , editada por Francisco Llegó Yagüe, op. cit., p. 130

Tan es así que nuestra legislación civil, cuando los esposos no deciden el régimen patrimonial y, por tanto, no otorgan capitulaciones matrimoniales, establece una serie de disposiciones que integran el régimen de sociedad legal, el cual se aplica en forma supletoria de la voluntad de las partes. El art. 282, antes mencionado, establece: “El matrimonio puede celebrarse por lo que respecta a su relación patrimonial, bajo el régimen de sociedad legal; sociedad conyugal o voluntaria y separación de bienes. El régimen de sociedad legal será presunto en los matrimonios que se celebren. En la sociedad conyugal o voluntaria, y en el régimen de separación de bienes, se requiere expresamente de capitulaciones matrimoniales para su establecimiento. Al celebrarse el matrimonio, los cónyuges deberán indicar cuál de los dos tendrá la administración”.

4.2. Breves antecedentes históricos.

Debido a la gran influencia del Derecho Romano, del Derecho Francés y del Español sobre nuestras instituciones, haremos un breve recuento histórico de la regulación del patrimonio en estos ordenamientos jurídicos.

a) Roma.

En Roma existieron dos tipos de matrimonio: i) el matrimonio “*cun manu*”, en el cual la mujer ingresaba a la familia del marido y todos los bienes eran adquiridos por éste, y ii) El matrimonio “*sine manu*” en el que la mujer no ingresaba a la familia del marido sino que permanecía bajo la potestad paterna y conservaba todo su patrimonio; bajo esta figura el marido no tenía ningún derecho sobre el patrimonio de la esposa.⁹⁵

Al considerarse que era necesario que la mujer contribuyera a sufragar los gastos del hogar, se estableció el régimen dotal. Éste régimen consistía en que el padre de la esposa, algunos de sus parientes o ella misma, donaban al marido un conjunto de bienes para solventar las necesidades familiares. Al establecerse el régimen dotal, existían en las familias tres clases de bienes. Unos que pertenecían en forma exclusiva al marido, otros a la mujer y que ella los administraba y los de la dote que pertenecían a la familia y se destinaban a solventar los gastos familiares y eran administrados por el marido. En caso de disolución del matrimonio, los bienes que formaban parte de la dote eran devueltos a quien los había donado.

b) Francia.

El Derecho Francés recogió el sistema dotal del Derecho Romano. Bajo este régimen se establecen también tres clases de bienes. Unos que eran propios de la mujer, los que pertenecían en forma exclusiva al marido y los bienes dotales, los cuales se destinaban al sostenimiento de la familia. Por tratarse de bienes que eran destinados a sufragar los gastos familiares, los bienes dotales se sometían a una reglamentación especial. Los bienes que pertenecían a la esposa y que no se

⁹⁵ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., op cit., p 183.

destinaban a los gastos de la familia, se denominaban “parafernales”. Como ya se dijo, estos bienes eran de la esposa exclusivamente y ésta no tenía que contribuir más que con los bienes dotales.

Entre la reglamentación especial de los bienes dotales, tanto muebles como inmuebles, estaba la disposición de que eran inalienables. Esta característica se estableció para proteger al hogar. Sin embargo, algunas veces resultaba perjudicial porque los bienes quedaban fuera del comercio y el marido, quien era el administrador, no podía disponer de dichos bienes aunque considerara que el momento era propicio para ello.

Existían también el régimen convencional y el régimen legal. El régimen legal tenía, como en el Derecho de Jalisco, carácter supletorio y se aplicaba cuando los esposos no habían otorgado capitulaciones matrimoniales.⁹⁶

c) España.

La organización económica del matrimonio en el Derecho Español se establecía a través de un doble sistema: un sistema de absoluta libertad de estipulación del régimen económico que los cónyuges consideraran más conveniente y, a falta de voluntad expresa de los mismos, se imponía un régimen legal supletorio, conocido como régimen de gananciales, que venía a sustituir el silencio de las partes. Pero no se limitaba la legislación civil a establecer un régimen legal para el supuesto de que los futuros cónyuges no hubieran estipulado su régimen económico en capitulaciones matrimoniales, sino que lo preveía también para el caso de que los interesados simplemente excluyeran en capitulaciones el régimen de gananciales, pero sin expresión de las reglas que deseaban que rigieran sus intereses pecuniarios.⁹⁷

d) México.

En lo referente al régimen jurídico de los bienes presente y futuros de los cónyuges, en los códigos civiles mexicanos se acogieron sistemas muy diferentes. En los códigos civiles del Distrito Federal de 1870 y 1884 se estableció una completa separación entre las disposiciones que regulaban la familia y las que regularon su patrimonio, al establecerse dentro del libro de los “contratos” un título especial regulador del contrato relativo a los bienes de los consortes (arts. 2099 a 2350 y 1965 a 2218, respectivamente.)⁹⁸ Estos códigos establecieron los regímenes de separación de bienes y de sociedad conyugal y regularon de una manera minuciosa la sociedad conyugal, a la que le dieron carácter legal de régimen supletorio en los casos en que los cónyuges no hubieran celebrado

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ MONJE BALMASEDA, Óscar, “Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia”, en la colección jurídica de Derecho Privado, editada por Francisco Llegó Yagüe, op. cit., p. 130

⁹⁸ Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, op. cit., págs. 410 y 411.

capitulaciones matrimoniales y, por lo tanto, no hubieren optado por el régimen económico de su matrimonio.

Por su parte, la Ley sobre Relaciones Familiares suprimió la posibilidad a los cónyuges de optar por el régimen económico dentro de su matrimonio, e impuso como régimen único el de separación de bienes, no sólo para los matrimonios contraídos después de 1917 sino para todos los matrimonios que con anterioridad se hubieren contraído bajo el régimen de sociedad conyugal.

El código del D.F. de 1928 adoptó un sistema radicalmente diferente al de las legislaciones anteriores. En primer lugar, incluyó la regulación de los regímenes patrimoniales dentro del libro que regula el matrimonio, como un capítulo del mismo. En segundo lugar, suprimió el régimen legal supletorio de la voluntad de las partes y estableció la sociedad conyugal y la separación de bienes para que los esposos expresamente eligieran y pactaran su régimen económico. Así, se obligó a los cónyuges a que al contraer matrimonio forzosamente pactaran si establecían la separación o la comunidad de bienes.

4.3. Especies de regímenes patrimoniales en el Código Civil de Jalisco.

I. Sociedad legal.

a) Concepto.

Es el régimen patrimonial consagrado en la ley para, ante el silencio de los cónyuges, regular en forma supletoria las relaciones económicas dentro del matrimonio. En este régimen, la ley establece todas las normas que van a regular la integración, administración, etc, de los bienes de los cónyuges. En la legislación civil del Estado, es un régimen supletorio que responde a la necesidad de que todos los matrimonios estén sujetos a normas legales que regulen su patrimonio. A diferencia de la sociedad conyugal y la separación de bienes, en que es la voluntad de los esposos la fuente de la regulación, en la sociedad legal el Código determina en sustitución de los cónyuges: a) su formación, b) los bienes que la integran, c) su administración y d) su liquidación.

El artículo 287 define a la sociedad legal como aquella que "consiste en la formación de un patrimonio común diferente de los patrimonios propios de los consortes y cuya administración y dominio corresponde a ambos cónyuges indistintamente, con las limitaciones que se establecen en la ley".

b) Naturaleza jurídica.

Aunque se le llame "sociedad legal", ésta no es propiamente una sociedad, sino un régimen jurídico de regulación del patrimonio conyugal establecido por la ley. Es el ordenamiento jurídico el que establece las normas que regulan el patrimonio de los esposos dentro de su patrimonio. Esto significa que todas las disposiciones y reglas relativas a la formación del patrimonio conyugal, los bienes que lo integran,

su administración y liquidación, se encuentran establecidas en forma obligatoria en el Código Civil (arts. 287, 288, 296-349).

c) Bienes que integran el patrimonio común.

Como se desprende de la disposición legal (art. 287), bajo el régimen de sociedad legal coexiste un patrimonio común con los bienes propios de cada uno de los esposos. El artículo 288 establece cuáles son los bienes que entran a formar parte del patrimonio común. Éstos son:

- I. Los bienes adquiridos por los cónyuges en el ejercicio de su profesión u oficio.
- II. Los bienes que provengan de herencia, legado o donación hechos a ambos cónyuges sin designación de parte. Si hubiere designación de partes y éstas fueren desiguales, sólo serán comunes los frutos de los bienes.
- III. El dinero extraído del patrimonio común para adquirir bienes que antes del matrimonio pertenecían a uno de los cónyuges.
- IV. Las mejoras o reparaciones hechas a las fincas con créditos refaccionarios.
- V. El exceso o diferencia del precio entre la venta de bienes de uno de los cónyuges y la compra de otros en lugar de los vendidos o permutados.
- VI. Los bienes comprados durante la sociedad ya sea para la comunidad o para uno solo de los esposos.
- VII. Los frutos, rentas o intereses de los bienes propios o comunes, devengados durante la sociedad.

d) Administración del patrimonio.

Las normas jurídicas comprendidas en el capítulo VII del título IV, que establece la regulación del matrimonio (arts. 296 a 349 C.C.J.), contienen disposiciones comunes a la sociedad legal y a la sociedad conyugal. Y así, en tres secciones regulan la administración del patrimonio (sección primera), de los bienes propios y de los bienes comunes (sección segunda) y, en la tercera sección, la liquidación del patrimonio social. El estudio de estos supuestos se hará, por lo tanto, únicamente al referirnos a la sociedad legal, ya que en la sociedad conyugal son los esposos los que establecen la regulación de su patrimonio.

El artículo 287 establece que la sociedad legal consiste en la formación de un patrimonio común, diferente de los patrimonios propios de los consortes. Es obvio que respecto al patrimonio particular de cada uno de los cónyuges no hay que

regular nada, ya que cada quien conserva su titularidad y administración. Pero en relación al patrimonio común, el Código determina que su administración corresponde a ambos indistintamente. El número par de las personas que forman el matrimonio obliga a que los dos se pongan de acuerdo y que al celebrarse el matrimonio decidan e indiquen cuál de los dos administrará los bienes comunes (296).

Aunque casi todo está regulado dentro de la sociedad legal, el Código deja en libertad a los esposos para decidir el cambio de administrador durante su matrimonio. En esta hipótesis, deberán dar aviso al Oficial del Registro Civil ante quien se casaron, para que éste haga la anotación correspondiente en el acta de matrimonio respectiva (296, 2º. Párrafo).

El cónyuge administrador puede llevar a cabo todos los actos necesarios para administrar, conservar e incrementar el patrimonio social, sin necesidad de que el otro cónyuge otorgue su consentimiento en cada caso. Pero para vender o gravar los bienes inmuebles del fondo común, debe obtener su consentimiento, o el del juez, en el caso de oposición injustificada del otro cónyuge (299).

*** Obligaciones del administrador.**

- a) Llevar a cabo todo lo que sea necesario para conservar e incrementar el patrimonio.
- b) Abstenerse de enajenar los bienes comunes en contra de la ley o en fraude de acreedores(300).
- c) Ejercitar las acciones o defensas entabladas en contra de ambos cónyuges (297).

El Código Civil, del artículo 296 al 349, establece una serie de normas comunes a la sociedad legal y a la sociedad conyugal, entre ellas, en el capítulo VII (de los artículos 296 al 301) se encuentran las que regulan la administración de la sociedad.

El artículo 287 incluye dentro de la definición de la sociedad legal, que la administración de los bienes comunes corresponde a ambos cónyuges. Sin embargo, la administración de un patrimonio se lleva a cabo con mayor facilidad cuando se hace por una sola persona, es por eso que posteriormente se dispone que en el momento de la celebración del matrimonio, los esposos deben decidir cuál de los dos administrará el patrimonio común (art. 296).

Como ya se anotó, si los esposos así lo acuerdan, pueden posteriormente y ya dentro de su matrimonio, pactar el cambio de administrador. Este cambio en la administración de la masa común debe notificarse al oficial del Registro Civil que los casó; éste deberá anotar al margen del acta de matrimonio esta decisión que tomaron los esposos de cambiar de administrador.

e) Bienes propios y bienes comunes.

La sociedad legal se caracteriza por la existencia de un patrimonio común y los patrimonios propios de los esposos. El patrimonio común se integra con los bienes señalados en el artículo 288, pero, además, en los artículos 302 al 326 del Código del Estado se establecen reglas sobre los bienes propios y los bienes comunes de los esposos.

Estas disposiciones prescriben:

1. La prohibición de renunciar a los gananciales durante el matrimonio (313).
2. La presunción de que son gananciales todos los bienes que existen en poder de los cónyuges al hacerse la separación de dichos bienes (314).
3. La falta de validez, como prueba, de la declaración de los cónyuges de que algún bien es de su propiedad (315).
4. La obligación del cónyuge que fuere fiador o avalista, de responder con los bienes propios.
5. Se dispone como bienes propios de cada uno de los cónyuges:
 - a) Los que les pertenecían antes del matrimonio (art. 302).
 - b) Los bienes que reciba cada cónyuge a título particular por donación, herencia o legado (304). En el caso de que la donación o el legado fueren onerosos (no gratuitos), el que los recibe deberá responder de las cargas que resulten.
 - c) Los bienes comprados o permutados con la venta o la permuta de otros bienes raíces propiedad de cada cónyuge (art. 308).
 - d) Lo que adquiriera por consolidación de la propiedad y el usufructo, así como los gastos que se hubieren hecho para ello (art. 310).
 - e) Las cantidades vencidas cobradas durante el matrimonio de prestaciones a plazo diferentes al usufructo (art. 311).
6. Bienes que pertenecen al fondo social:
 - a) Lo adquirido por herencia, legado o donación, cuando no se hizo designación de parte (art. 288, II).
 - b) Los frutos de los bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando las partes designadas fueren desiguales (art. 288, II).

c) Lo adquirido por usufructo de bienes comunes (art. 312).

7. Cargas sociales.

Las cargas sociales son aquellas derivadas del sostenimiento de la familia o las deudas contraídas por la sociedad. El fondo común responderá por las deudas contraídas durante el matrimonio por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando, o lo hiciere con autorización del otro cónyuge o fuere el administrador del patrimonio (art. 317). Son pues cargas sociales:

- a) Los gastos de mantenimiento de la familia, la instrucción de los hijos comunes y de los hijos de uno de los cónyuges, si los hijos son menores de edad y viven en el domicilio conyugal (art. 324).
- b) Ambos cónyuges deben responder por las obligaciones contraídas por la sociedad y no pueden considerarse como tercero respecto a dichas obligaciones (art. 302).
- c) Los atrasos de las pensiones devengadas sobre los bienes propios o comunes (art. 321).
- d) Los gastos indispensables para conservar los bienes propios de los cónyuges (art. 322).
- e) Los gastos de conservación de los bienes comunes (art. 323).
- f) Las donaciones hechas por ambos cónyuges para la colocación de los hijos (art. 325).
- g) Los gastos causados en la liquidación de la sociedad y entrega de los bienes que formaron el fondo común (art. 326).

8. Deudas exclusivas de cada uno de los cónyuges:

- a) Las que provengan de la comisión de un delito o de un ilícito moral (art. 318, I).
- b) Las que provengan de gravámenes sobre bienes particulares de cada esposo (art. 318, II).
- c) Las deudas anteriores al matrimonio, salvo que los beneficios del importe de las deudas se hubieren aprovechado en común (art. 319).
- d) Las donaciones hechas para colocación de los hijos por uno solo de los cónyuges, sin el consentimiento del otro (art. 325).

f) Suspensión, disolución y liquidación de la sociedad legal.

Suspensión.

El Diccionario de la Real Academia define la suspensión como “la acción y efecto de suspender” y como “la corrección gubernativa que en todo o en parte priva del uso del oficio, beneficio o empleo”. En el caso que nos ocupa, la suspensión de la sociedad conyugal trae como consecuencia la privación del uso de los beneficios derivados del régimen de sociedad legal.

La suspensión de la sociedad puede darse por las siguientes causas:

1ª. Por la declaración hecha mediante sentencia judicial que declare la ausencia de alguno de los cónyuges (art. 330).

2ª. Por la sentencia de divorcio, en cuando así se solicite al inicio del procedimiento respectivo (art. 331).

3ª. Por el abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal. En este supuesto, los efectos de la sociedad se suspenden en todo lo que favorezcan al cónyuge que abandonó el domicilio conyugal y sólo se reanudarán por convenio expreso (art. 332).

La suspensión de la sociedad cesará al vencerse el plazo, si se fijó alguno, y con la reconciliación de los consortes en los casos de divorcio intentado (art. 339).

Disolución.

Antes de tratar la disolución de la sociedad legal, es conveniente recordar la diferencia entre este término y el de liquidación de la sociedad. La disolución se refiere a la extinción de la sociedad y la liquidación tiene por objeto la repartición de los bienes comunes y en general, la extinción del patrimonio común (bienes, derechos, obligaciones).

La disolución puede llevarse a cabo por el acuerdo de voluntades de los esposos o por las causas legales que el Código establece. Analizaremos a continuación las causas de disolución de la sociedad legal.

i) Por mutuo acuerdo.

Como en los otros dos regímenes económico matrimoniales (conjunto de normas que regulan los bienes dentro del matrimonio), la disolución de la sociedad legal puede hacerse por acuerdo mutuo entre los cónyuges (art. 327). Para ello, los esposos deberán solicitar al juez la disolución de la sociedad legal para convertirla en sociedad conyugal o separación de bienes.

ii) Por disposición legal: (art. 328)

Durante el matrimonio.

La sociedad legal puede terminar, aún durante el matrimonio, a petición de uno de los cónyuges, por los siguientes motivos:

- Si el socio administrador, por su negligencia o torpe administración, hace peligrar o disminuir los bienes comunes.
- Si el socio administrador hace cesión de bienes a sus acreedores o es declarado en quiebra, o es sujeto a concurso de acreedores.

Al disolverse el matrimonio.

La muerte, el divorcio y la declaración de ilegitimidad del matrimonio traen como consecuencia natural la disolución de la sociedad conyugal.

- Por divorcio:
 - La demanda de divorcio produce el efecto de que el juez decreta, previo inventario, cuáles bienes se quedarán en el domicilio conyugal y cuáles se podrá llevar el otro cónyuge (414).
 - El artículo 418 prescribe que: “ejecutoriada el divorcio se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que quedaren pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.
- Por declaración de ilegitimidad del matrimonio la sociedad se disuelve:
 - Al declararse judicialmente la ilegitimidad del matrimonio (333) si los dos cónyuges procedieron de buena fe.
 - Cuando uno solo de los cónyuges procedió de buena fe, la sociedad subsistirá hasta que cause ejecutoria la sentencia si la continuación le favorece al cónyuge inocente; en caso contrario, la sociedad se considerará nula desde un principio (334).

Al iniciarse el procedimiento judicial de disolución de la sociedad legal, cesan provisionalmente sus efectos y se establece un régimen de copropiedad en el que cada cónyuge tendrá la mitad de los bienes (art. 328, último párrafo).

Liquidación de la sociedad legal.

Una vez disuelta la sociedad legal, se reparten los bienes del fondo común y sus gananciales en partes iguales. Los cónyuges no pueden renunciar anticipadamente a los gananciales, pero sí pueden hacerlo, cuando la renuncia se haga en escritura pública, al disolverse el matrimonio o establecerse la separación de bienes.

Las reglas que el Código Civil de Jalisco establece para hacer la liquidación de la sociedad legal, son:

* En primer lugar, prohíbe la renuncia a los gananciales, a menos que se haga en escritura pública (art. 329).

* Una vez disuelta la sociedad legal deberá procederse de inmediato a elaborar un inventario del patrimonio común (art. 340). Este inventario debe comprender no sólo los bienes del fondo común, sino todos aquellos que deban traerse a colación (art. 341). Y el artículo 342 hace un listado de los bienes que deben traerse a colación, y que son:

1. Las cantidades pagadas por el fondo social que sean carga exclusiva de los bienes propios de los cónyuges;
2. El importe de las donaciones y de las enajenaciones de bienes gananciales que hayan hecho los consortes en contravención a la ley o en fraude del otro cónyuge.

Según lo dispone el Código, en el inventario deben excluirse: el lecho y los vestidos ordinarios de los consortes, los que deberán entregarse desde luego ya sea a éstos o a sus herederos (art. 343).

Al terminarse la formulación del inventario, lo primero que deberá pagarse son las deudas del fondo social, en segundo lugar se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio, y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los dos (art.246).

En el caso de que hubiere pérdidas, el importe de las mismas se deducirá en forma proporcional de los bienes propios de los esposos, y si uno solo de ellos llevó bienes al matrimonio, de éstos se deducirá la pérdida total.

* El artículo 338 regula varias hipótesis aplicables a la liquidación de la sociedad:

- Los bienes del fondo común responderán de las cargas sociales.
- El cónyuge directamente obligado frente a terceros, responde con sus bienes propios.

- Los acreedores de la sociedad pueden demandar al administrador de la sociedad mientras no se notifique el fallo de la disolución de la sociedad.
- Una vez notificada la disolución, los acreedores podrán demandar a uno solo o a ambos cónyuges.
- Si por el pago de las deudas, uno de los cónyuges resulta afectado en sus bienes propios o en sus gananciales, podrá demandar la restitución correspondiente al otro cónyuge.
- Las pérdidas o el deterioro de los bienes muebles, aunque dichas pérdidas provengan de caso fortuito, se pagarán de los gananciales, y cuando ello no fuere posible, el dueño los recibirá en el estado en que se encuentren (344).

En caso de declaración de ilegitimidad, si los dos cónyuges procedieron de mala fe, los gananciales se aplicarán a los hijos, y a falta de éstos, se repartirán proporcionalmente entre los presuntos consortes (335).

Asimismo, si la disolución de la sociedad procede de ilegitimidad del matrimonio, el consorte que hubiere obrado de mala fe no tendrá parte en los gananciales (336).

B. Sociedad Conyugal.

a) Concepto.

Es la especie de régimen económico constituido libremente por los esposos o futuros esposos en las capitulaciones matrimoniales, por el que convienen que cada uno de ellos adquiera automáticamente, en la proporción o porcentaje que se haya establecido al respecto, un derecho real de copropiedad sobre los bienes que adquiera el otro cónyuge con posterioridad a ese pacto, y, en su caso, un derecho personal o de crédito a una participación sobre las utilidades que generan los bienes que aporte el otro cónyuge a la sociedad conyugal al momento de ser constituida.⁹⁹

El Código Civil de Jalisco no da una definición de sociedad conyugal; solamente establece en forma breve su regulación (de los artículos 289 a 295) y deja en libertad a los futuros esposos o a los que ya fueren esposos, de estipular en las capitulaciones matrimoniales todo lo concerniente a su patrimonio.

Como se analiza posteriormente, al estudiar las cláusulas que pueden incluirse en las capitulaciones, aunque la ley regula estos pactos como los medios para establecer el régimen patrimonial dentro del matrimonio y, por lo tanto, podría suponerse que los circunscribe a los acuerdos de carácter económico, nos adherimos a la tesis de los doctrinistas que sostienen que en las capitulaciones matrimoniales se puede incluir la regulación de cualquier derecho u obligación

⁹⁹ Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, *op. cit.*, p. 417.

de los esposos, sea personal o patrimonial, y que los únicos límites a esta libertad capitular los impone la ley, sea natural o positiva, el orden público, las buenas costumbres y los derechos de tercero.

b) Naturaleza Jurídica de la sociedad conyugal.

Aunque la sociedad conyugal sea llamada “sociedad”, y aunque el artículo 289 del CCJ prescriba que la sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas a la sociedad legal o, en su defecto, por las que rigen el contrato de sociedad en general, consideramos que no es una verdadera sociedad y, por lo tanto, no tiene personalidad jurídica.

Como se señaló al analizar la sociedad legal, se trata de una de las tres especies de regímenes patrimoniales que regula la legislación civil del Estado. Es importante recordar que es uno de los dos regímenes que se constituyen libremente por el acuerdo de voluntades de los futuros o presentes esposos. Pero ello no significa que este acuerdo de voluntades sea para constituir una sociedad diferente o separada del matrimonio. El matrimonio es una institución que nace de un acto jurídico solemne, pero que tiene una parte contractual, la cual precisamente se realiza al otorgarse las capitulaciones matrimoniales que regulan la sociedad conyugal.

c) Constitución de la sociedad conyugal.

Tiempo. La sociedad conyugal es un régimen patrimonial cuya constitución se deja a la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Éstos pueden constituir la al otorgar las capitulaciones matrimoniales antes de su matrimonio, al momento de su celebración y también pueden, si optaron por otro régimen económico, transformar éste en sociedad conyugal durante la vida de su matrimonio.

El Código Civil del Estado establece algunas reglas a este respecto. Por ejemplo, el artículo 284 establece que las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él.

Asimismo, el artículo 286 prescribe que el menor ... puede también otorgar capitulaciones si...concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario, o la autorización judicial si las capitulaciones se pactan después de celebrado el matrimonio.

Forma. Cuando al constituirse la sociedad conyugal los esposos o futuros esposos pacten transmitirse la propiedad de bienes, cuya transmisión deba hacerse mediante escritura pública, como los bienes inmuebles, por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública.

d) Capitulaciones matrimoniales.

*** Naturaleza Jurídica.**

Antonio Gutiérrez Barrenengoa¹⁰⁰ sostiene que la doctrina mayoritaria (se refiere a la española) defiende su naturaleza contractual y las define como “contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio”. Asimismo, que el Código Civil Español ubica la regulación de las capitulaciones matrimoniales en su libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos, ...y que el art. 1.335 del mismo establece que “la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos”.

Dentro de nuestros doctrinistas, Sánchez Medal¹⁰¹ sostiene que las capitulaciones matrimoniales constituyen un contrato, pero un contrato “de naturaleza muy especial porque, a diferencia de los demás contratos, para celebrarlo, no hay necesidad de que los contrayentes hagan mención expresa, ni de los fines propios del matrimonio, ni de los derechos y obligaciones esenciales que genera. Unos y otros se sobreentienden y se dan por supuestos”. Más todavía, sigue diciendo el maestro, “por definición expresa del art. 182 del Código Civil (se refiere al del D.F.) “son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio”, y también por mandato del art. 147 “cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta”, lo cual significa que sólo las cláusulas que pretendan contrariar las leyes o los naturales fines del matrimonio.... están afectados de nulidad”¹⁰²

El art. 283 del CCJ dispone que “las capitulaciones matrimoniales son los pactos que se celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso. La legislación Española (art. 1315 del Código Civil) establece que el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales sin otras limitaciones que las establecidas en el mismo código. Oscar Monje Balmaseda¹⁰³ sostiene que “esta regla lleva implícita una aplicación particular del principio general de la autonomía de la voluntad, es decir, son las propias partes quienes mejor pueden configurar el régimen económico matrimonial que les convenga a sus intereses.”

*** Límites a la autonomía de la voluntad al celebrar las capitulaciones matrimoniales.**

Para optar por el régimen de su matrimonio, los cónyuges tienen libertad absoluta.

¹⁰⁰ GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Antonio, en “Sistema de Derecho Civil, Familia”, Editado por Francisco Lledó Yagüe, op. cit., p. 147.

¹⁰¹ SÁNCHEZ Medal, Ramón, op. Cit. p. 411 y sigs.

¹⁰² Idem

¹⁰³ MONJE BALMASEDA, Óscar, en Francisco Lledó Yagüe, op. cit., p.133.

Sin embargo, una vez que se han decidido por uno de los regímenes, al establecer las reglas que van a gobernar sus relaciones patrimoniales tienen obligación de respetar las leyes y las buenas costumbres, así como los derechos de terceros.

Asimismo deben respetar la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge

*** Sujetos de las capitulaciones matrimoniales.**

Sujetos esenciales: Los cónyuges o futuros cónyuges cuando son capaces, en forma personal o por medio de representante legal.

Sujetos accidentales. Si los futuros cónyuges son menores de edad, se requiere la autorización y concurrencia de quienes debieron darla para la celebración del matrimonio, o sea, padres, abuelos, tutores o el Consejo de Familia.

El artículo 286 del CCJ dispone que el menor que con arreglo a la ley puede contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones matrimoniales, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio, o la autorización judicial si las capitulaciones se pactan después de celebrado el matrimonio.

*** Cláusulas que pueden incluirse en las capitulaciones que establecen el régimen de sociedad conyugal.**

El clausulado de las capitulaciones matrimoniales puede constar, en primer término, de los pactos relacionados con la administración y dominio de los bienes comunes, así como lo relativo al régimen de los bienes adquiridos antes del matrimonio o los que se adquieran durante él. Esta facultad debe considerarse de ejercicio autónomo por completo, o sea, sin intervención alguna de la autoridad judicial (arts. 282 y 283).

En el ámbito de libertad reconocida a los cónyuges, éstos pueden estipular no sólo lo relacionado con el manejo y la administración de su patrimonio, sino que pueden además pactar sobre cuestiones netamente personales y familiares, como el número y espaciamiento de sus hijos (art. 4º. Constitucional), y decidir y establecer el lugar de ubicación del domicilio conyugal (art. 274.); pueden también pactar sobre la distribución de los gastos para el sostenimiento del hogar (art. 275) y decidir de común acuerdo y pactar todo lo concerniente al manejo del hogar y a la formación y educación de sus hijos (art. 276).

Esta libertad permite desde luego establecer los pactos que se refieren a las actividades que cada uno de los cónyuges quiera realizar, ya que conforme al artículo 280 del CCJ cada uno de los cónyuges tiene capacidad para administrar,

contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden.

Finalmente, y en ejercicio de esta libertad contractual, debe considerarse válida la cláusula que estableciera que uno solo de los cónyuges va a trabajar fuera del hogar porque el otro cuidará de la familia, o la que regulara quién de los dos podrá tomar la decisión final sobre asuntos domésticos, en el caso de que hubiera un desacuerdo entre ellos. Pero sobre todo, como lo sostiene Sánchez Medal,¹⁰⁴ los esposos tienen la libertad para pactar en las capitulaciones matrimoniales que “su matrimonio se contrae para siempre y, por tanto, sólo puede romperlo la muerte y no el divorcio”.

Respecto a este último pacto, sobre la decisión mutua de que su matrimonio sea indisoluble, la Suprema Corte ha establecido jurisprudencia en el sentido de que por ser de orden público, el Estado se encuentra interesado en que subsista, más bien que en que se disuelva, el matrimonio origen de la familia.¹⁰⁵ A su vez, el legislador expresa preferencia por la conservación del matrimonio y restringe las causales de divorcio (art. 404), establece el perdón expreso o tácito (arts. 411 a 413) y la posibilidad de la reconciliación aun cuando se haya demandado el divorcio (art. 408).

Estamos de acuerdo con Sánchez Medal¹⁰⁶ en que sobre los principios de la libertad contractual y la conservación del matrimonio se funda la posibilidad de establecer en forma convencional, en el momento mismo del matrimonio y dentro de las cláusulas matrimoniales, “*un pacto de indisolubilidad de su matrimonio*. Mediante este pacto, ambos cónyuges pueden de antemano acordar eliminar el divorcio como recurso para solucionar las eventuales dificultades que seguramente se les presentarán durante su vida matrimonial. Dice el maestro Sánchez Medal que “si es válido el pacto para eliminar el divorcio cuando ya surgieron las causas para pedirlo (art 408 CCJ), con mayor razón es válido el pacto para eliminarlo antes de que surjan dichas causas”¹⁰⁷

e) Bienes que integran la sociedad conyugal.

A pesar del derecho de los futuros esposos para establecer con libertad las cláusulas reguladoras de su situación dentro del hogar, el Código establece una serie de normas para suplir el silencio de los esposos en esta cuestión.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, op. cit., p. 414.

¹⁰⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5ª. Época: T. CXXIV, págs. 835 a 843; T. CXXI, págs. 1038 a 1043; T. CXIX, págs. 353 y 354; T. XXXIV, págs. 1894 a 1897; T. LXIII, págs. 3541 a 3556.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, op. cit., p. 414.

¹⁰⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, “Los grandes cambios en el derecho de Familia en México”, Ed. Porrúa, México, 1978, págs 103 a 111.

En primer lugar, establece una lista de bienes que forman parte del patrimonio conyugal. De conformidad con el artículo 292, las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal deben contener:

- I. La lista detallada de los bienes muebles o inmuebles que cada parte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten.
- II. Relación pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio.
- III. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando, en este último caso, cuáles son los bienes que van a entrar a la sociedad.
- IV. La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes o solamente sus productos.
- V. La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si se va a dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción, y
- VI. Las bases para liquidar la sociedad.

f) Suspensión, disolución y liquidación de la sociedad conyugal

Al tratar la sociedad legal dijimos que las reglas para la suspensión, disolución y liquidación de este régimen patrimonial son aplicables al de sociedad conyugal. Por tal motivo, nos limitaremos en este apartado a tratar algunos aspectos o situaciones exclusivas de la sociedad conyugal.

1.- Nulidad de la cláusula capitular. Se tendrá por no puesta la cláusula de las capitulaciones matrimoniales que estableciera que uno solo de los cónyuges tiene derecho de percibir todas las utilidades (art. 293).

2.- Obligación de pagar la suma convenida en las capitulaciones, aunque no haya utilidades en la sociedad, en el caso de que se establezca que uno de los consortes sólo tendrá derecho a recibir una cantidad determinada (art. 294).

3.- Se considera como donación la cesión de una parte de los bienes propios de cada cónyuge (art. 295).

4.- Finalmente, en los casos de divorcio por mutuo consentimiento o de simple separación de bienes, se observarán, para la liquidación de la sociedad, los convenios que hayan celebrado los consortes, así como los establecidos en las capitulaciones matrimoniales y lo dispuesto en el Código en forma supletoria (art. 337).

III. Separación de bienes.

a) Concepto.

Es la especie de régimen patrimonial en el que cada uno de los esposos es dueño y administrador de su propio patrimonio.

b) Constitución.

Los esposos pueden decidirse por este régimen económico antes de su matrimonio, en el momento de su celebración o durante su matrimonio, en el caso de que al casarse hayan optado por la sociedad conyugal o se hayan casado bajo el régimen de sociedad legal.

El Código Civil dispone, en su artículo 350, que puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste, por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial.

Del artículo anteriormente señalado se desprenden **tres vías** para constituir el régimen de separación de bienes:

1. **En escritura pública.** El artículo 285 prescribe que las capitulaciones matrimoniales en que se pacte la separación de bienes deberán constar en escritura pública.
2. **En documento privado,** ratificado ante el Oficial del Registro Civil. Este supuesto se refiere al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio o en el momento de su celebración.
3. **Por sentencia judicial.** Cuando los esposos convengan en disolver su sociedad legal o conyugal, podrán solicitar ante el juez de lo familiar la disolución correspondiente para constituir la separación de bienes.

c) Especies de separación de bienes.

La ley establece la posibilidad de que la separación de bienes pueda ser: I) absoluta o II) parcial (art. 351):

- I. Separación de bienes absoluta:** Es el régimen patrimonial en el que todos los bienes, tanto los que los cónyuges poseían antes de su matrimonio como los que han adquirido durante su vida matrimonial, son de la propiedad exclusiva del dueño de los mismos.

- II. Separación de bienes parcial.** Es el régimen patrimonial en el que coexisten los patrimonios de la propiedad exclusiva de cada uno de los cónyuges y un patrimonio común integrado por los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación. Este último patrimonio puede ser regido por las reglas de la sociedad conyugal o de la sociedad legal (art.351).

d) Cláusulas que pueden establecerse en las capitulaciones matrimoniales que establecen la separación de bienes.

En este apartado se debe distinguir si la separación de bienes es absoluta o parcial. En el caso de la separación absoluta, aunque no es necesario establecer ninguna regulación respecto a los bienes, ya que éstos son de la propiedad del cónyuge que tenga su titularidad, es posible, como ya lo habíamos comentado, que los esposos convengan en regular cualquier otra situación de carácter personal y matrimonial. Podrían, por ejemplo, establecer lo relativo al trabajo de los esposos fuera del hogar, regular las situaciones especiales sobre la formación y educación de los hijos y hasta pactar el compromiso de que su matrimonio sea indisoluble.

En el supuesto de la separación de bienes parcial, en las capitulaciones matrimoniales los esposos podrán pactar cuáles bienes entrarán a formar el fondo común y cuáles serán de la propiedad exclusiva de cada uno, así como las cláusulas de carácter personal o familiar no económico que ellos deseen.

e) Modificación.

Cuando los esposos han elegido antes o en el momento de la celebración de su matrimonio, un régimen patrimonial diferente al de separación de bienes, durante su matrimonio pueden convenir en modificarlo. Para ello, solicitan al juez de lo familiar la autorización para disolver la sociedad legal o conyugal y establecer la separación de bienes.

Durante el matrimonio, la separación de bienes puede terminar para ser sustituida por la sociedad legal o la sociedad conyugal (art. 352).

Si los cónyuges son menores de edad, para poder terminar el régimen de separación de bienes que eligieron como régimen económico para su matrimonio, necesitan autorización judicial.

5. DONACIONES CON MOTIVO DEL MATRIMONIO.

5.1. Donaciones antenuptiales.

a) Concepto.

Son donaciones antenuptiales las que antes del matrimonio hace a un futuro esposo el otro, cualesquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado (art 358).

Se llaman también antenuptiales las donaciones que un tercero hace a alguno de los futuros esposos o a ambos, precisamente en consideración al matrimonio (359).

El maestro Pacheco¹⁰⁸ define las donaciones antenuptiales como “las donaciones que se hacen con anterioridad al matrimonio y con ocasión y motivo de éste entre los futuros contrayentes o por un tercero a uno cualquiera de los futuros contrayentes o a ambos”.

Haciendo un poco de historia, nos volveremos atrás para recordar que dentro del Derecho Romano, al considerarse que era necesario que la mujer contribuyera a sufragar los gastos del hogar, se estableció el régimen dotal. Éste régimen consistía en que el padre de la esposa, algunos de sus parientes o ella misma, donaban al marido un conjunto de bienes para solventar las necesidades familiares. Tal vez se podría considerar como un antecedente de las donaciones antenuptiales este régimen dotal romano.

b) Sujetos activos.

De la definición legal y doctrinal de las donaciones antenuptiales se desprende que pueden ser donantes o sujetos activos:

- Los propios futuros esposos, cuando la donación se la hace uno al otro, con motivo del matrimonio.
- Cualquier tercero, cuando cualquier persona le hace la donación a uno o a ambos de los futuros esposos, por razón de su futuro matrimonio.

c) Diferencias entre las donaciones comunes y las donaciones antenuptiales.

I. Por las modalidades a las que pueden sujetarse las donaciones.

Las donaciones antenuptiales son donaciones necesariamente condicionadas, ya que se encuentran sujetas al acontecimiento futuro e incierto del matrimonio (pues

¹⁰⁸ PACHECO E., Alberto, op. cit., p. 58.

aunque los futuros esposos hubieren señalado una fecha para la celebración de su matrimonio, pudiera suceder que por cualquier causa, el matrimonio no se celebrara). En cambio, las donaciones comunes pueden ser simples o puras, o estar sujetas a cualesquiera de las modalidades de las obligaciones, que son: el término, la condición o el modo o carga. El artículo 1916 del CCJ establece que:

“la donación puede ser pura, condicional, onerosa o remuneratoria.”

La realización del matrimonio es, pues, la condición de la cual depende la plena y total convalidación de la donación antenupcial. Es la realización misma del matrimonio la condición que al momento de hacerse la donación, no es todavía un acontecimiento plenamente seguro.

El artículo 369 prescribe que las donaciones antenupciales quedarán sin efecto si el matrimonio dejare de efectuarse.

II. Por la inoficiosidad de la donación, en atención al monto de los bienes que pueden ser objeto de la misma.

La legislación civil sanciona con la inoficiosidad, algunos efectos de los actos jurídicos gratuitos, como la donación o el testamento, en los que su celebración trae como consecuencia la imposibilidad para su autor de cumplir con determinadas obligaciones.

El art. 1794 del CCJ prescribe que:

“La inoficiosidad se da en los actos jurídicos esencialmente gratuitos por virtud de los cuales su autor, omitiendo cumplir con disposiciones de orden público, o sobreviniendo éstas con posterioridad a su otorgamiento, se constituyen derechos a favor de terceros. El acto jurídico sí es válido, pero su ejecución queda sujeta al cumplimiento de las obligaciones preteridas”.

Las donaciones antenupciales, so pena de ser inoficiosas, no pueden comprender más de la quinta parte de los bienes del donante, en el supuesto de que la donación fuere hecha por uno de los futuros esposos (art. 360).

Cuando las donaciones antenupciales son hechas por un tercero, se regirán por las disposiciones de las donaciones comunes (art. 361). Las donaciones comunes no pueden comprender la totalidad de los bienes del donante. El Código establece que es inoficiosa la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante, si éste no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias particulares. En los casos en que no se haya reservado bienes, o los que se haya reservado no sean suficientes para vivir según sus circunstancias particulares, la donación se verá reducida hasta el monto de lo necesario para que lo reservado alcance a cubrirlas” (art. 1931).

Del último párrafo del artículo 1931 del C.CJ, anteriormente citado, se puede deducir que la inoficiocidad consiste en la reducción de la donación, hasta el monto de lo necesario para que el donante alcance a cubrir sus necesidades o a cubrir las prestaciones a las que estuviere obligado, como a una pensión alimenticia, por ejemplo.

- Reglas para determinar si una donación es inoficiosa:

- Para calcular si una donación antenupcial es inoficiosa, el futuro esposo donatario y sus herederos pueden elegir la época en que se hizo la donación o, si el donador ya hubiere fallecido, el momento de su fallecimiento (art. 362).
- Si al hacerse la donación no se formó el inventario de los bienes del donante, no podrá elegirse la época en que aquélla se otorgó para calcular si la donación es inoficiosa (art. 363).

III. Por el momento de su perfeccionamiento.

Las donaciones antenupciales no requieren para su validez de la aceptación expresa del donatario (art. 364), a diferencia de las donaciones comunes, las cuales, de conformidad con el artículo 1924, son perfectas cuando el donatario las acepta y, además, hace saber la aceptación al donante.

En conclusión:

Las donaciones antenupciales no necesitan aceptación expresa del donatario.

Las donaciones comunes necesitan la aceptación del donatario y le hace saber la aceptación al donante.

IV. Por las causas de revocación.

- Por sobrevenir hijos al donante: Las donaciones antenupciales no se revocan si después de hecha la donación tiene un hijo el donante.

Las donaciones comunes sí pueden ser revocadas si el donatario tiene hijos nacidos vivos y viables, después de que hizo la donación. El derecho de revocar prescribe a los cinco años. Si transcurren cinco años desde que se hizo la donación y el donante no ha tenido hijos, o habiéndolos tenido no ha revocado la donación, ésta se volverá irrevocable (1943). Lo mismo suceda si el donante muere durante ese plazo de cinco años sin haber revocado la donación. Se exceptúa de lo anterior el supuesto de que dentro del plazo de cinco años naciere un hijo póstumo del donante. En este supuesto la donación se tendrá por revocada en su totalidad.

- Por ingratitud del donatario.

Las donaciones antenupticiales no se revocan por ingratitud del donatario, excepto cuando el donante no fuere uno de los futuros esposos sino un tercero que haya hecho la donación a ambos y que los dos sean ingratos con el donante. En este supuesto, de conformidad con el artículo 370, se aplicarán las reglas de las donaciones comunes, para determinar si los donatarios se encuentran en los supuestos del artículo 1952 del CCJ.

Las donaciones comunes, en cambio, pueden ser revocadas por ingratitud (art. 1952):

1. Si el donatario comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante o de los ascendientes, descendientes o cónyuge de éste; y
2. Si el donatario rehúsa socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido en pobreza.

Finalmente, el artículo 367 contempla otra hipótesis de revocación de las donaciones antenupticiales. Se trata del supuesto en el que, ya estando casados, uno de los cónyuges hubiere cometido adulterio o hubiere abandonado, sin causa justificada, el domicilio conyugal. En estos casos, las donaciones que uno al otro se hubieren hecho antes de su matrimonio son revocables y se entienden revocadas, establece la disposición, por estos hechos, uno de ellos delictuoso y el otro configurado como causal de divorcio.

5.2. Donaciones entre consortes.

a) Concepto.

Son donaciones entre consortes las que los cónyuges se hacen entre sí cuando el matrimonio ha se ha celebrado y mientras éste subsista.¹⁰⁹

En estas donaciones, se excluyen las que los terceros hagan a los consortes o a sus hijos; éstas donaciones, hechas por terceros, se regulan por las disposiciones de las donaciones comunes.

b) Naturaleza jurídica.

Se trata de un contrato gratuito, unilateral, formal si se trata de bienes inmuebles, instantáneo, aunque puede ser de ejecución periódica (tracto sucesivo), como sería el caso de una renta vitalicia de carácter gratuito.

¹⁰⁹ Cfr. CHÁVEZ ASECIO, Manuel, op. cit., p. 248

Aunque el Código Civil no lo establece tratándose de la aceptación de las donaciones entre consortes, se podría aplicar por analogía la disposición del artículo 364 que prescribe que las donaciones antenuptiales no necesitan para su validez de aceptación expresa.

c) Sujetos de las donaciones entre consortes.

- Sujetos esenciales:

- * El donante: puede ser cualquiera de los cónyuges.
- * El donatario: puede ser también cualquiera de los cónyuges.

- Sujetos accidentales:

* Si el objeto de la donación es un bien inmueble, la donación se tiene que hacer ante notario público.

d) Limitaciones.

Los esposos pueden hacerse donaciones que tengan por objeto cualquier bien mueble e inmueble, pero tienen las siguientes dos limitantes:

1. Las capitulaciones matrimoniales. Es obligación de los esposos no contravenir lo que ellos mismos estipularon en los pactos que celebraron con motivo de su matrimonio; por lo tanto, el objeto de las donaciones entre ellos, no debe contrariar sus capitulaciones matrimoniales.

2. El derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos. A este respecto, cabe señalar que, aunque la disposición contenida en el artículo 372 del Código del Estado, limita a los ascendientes y descendientes del cónyuge el derecho a recibir alimentos, la obligación alimentaria abarca también a los colaterales hasta dentro del cuarto grado, cuando no hay alguien más cercano que pueda proporcionarlos. Es por ello que creemos que esta disposición puede ser interpretada en forma más extensa, en el sentido de que el derecho a recibir alimentos que tienen los otros parientes, puede constituir también un límite a la libertad del donante.

e) Causas de revocación de las donaciones entre consortes.

La prescripción del artículo 273 del CCJ que establece que las donaciones entre consortes pueden ser revocadas por el donante, cuando exista causa justificada para ello, puede interpretarse en el sentido de que dichas donaciones son revocables por las mismas causas establecidas para la revocación de las donaciones antenuptiales, cuando éstas se hayan dado entre los futuros esposos.

En apoyo la opinión anterior se encuentra la disposición del artículo 373 que prescribe que las donaciones entre consortes no se anularán por la superveniencia de hijos, así como la contenida en el artículo 1953 del CCJ que establece que son aplicables a la revocación de las donaciones hechas por ingratitud, las normas relativas a la revocación por superveniencia de hijos.

CAPÍTULO V
SECCIÓN SEGUNDA
DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO Y CONCUBINATO

SUMARIO. 1. INEFICACIAS Y NULIDADES MATRIMONIALES. 2. DIVORCIO. 3. SEPARACIÓN PERSONAL. 4. EL DIVORCIO EN JALISCO. 5. CONCUBINATO.

1. NULIDADES MATRIMONIALES.

1.1. Generalidades.

En opinión del maestro Chávez Asencio “Conviene en esta materia tratar, en primer término, la doctrina general en nuestro Derecho sobre las nulidades, para determinar si estos principios generales se aplican también a las nulidades matrimoniales o, por el contrario, éstas son totalmente distintas”¹¹⁰ Recordemos que en la teoría general o clásica de las nulidades prevalece la autonomía de la voluntad, que en materia familiar no opera en forma igual. En materia familiar, las relaciones conyugales, paternas, filiales y fraternales generan derechos y obligaciones derivados tanto de la ley natural como de la ley positiva que no se deja a los miembros de la familia la libertad de suprimirlos o desconocerlos.

Consideramos que también conviene distinguir la nulidad del matrimonio del divorcio, ya que ambas figuras tienen causas y efectos diferentes. Para Don Antonio de Ibarrola¹¹¹ “La nulidad surge con motivo de no haberse llenado determinados requisitos, con los cuales habría debido cumplirse en la celebración del matrimonio. El divorcio es la consecuencia de una falta grave cometida por uno de los cónyuges en el curso del matrimonio válidamente contraído.” A este respecto, consideramos que no todas las causales de divorcio son imputables al cónyuge “culpable”, como las enfermedades, por ejemplo, pero que, para poner remedio a una situación, que tal vez pudiera ser riesgosa para la familia, esos supuestos son considerados como causales de divorcio.

En el capítulo primero de este trabajo, analizamos los grados de nulidad de los actos jurídicos propugnados por la Teoría Clásica de las Nulidades: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa. Las causas que las producen son distintas y tienen relación con la falta de algún elemento esencial (inexistencia) o con la ilicitud en el objeto, motivo o fin determinante de la voluntad (nulidad absoluta o relativa), o con la falta de alguno de los elementos de validez del acto jurídico (nulidad relativa). Pero debido a que el matrimonio es un acto jurídico tan especial, al aplicarlas a esta materia, las nulidades tienen características distintas.

¹¹⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., op. cit., P. 319.

¹¹¹ DE IBARROLA, Antonio, “Derecho de Familia”, Ed. Porrúa, México, 1970, p. 189.

La razón para ello es que si se tratara la nulidad matrimonial con el rigor de la teoría general, se podría en riesgo la estabilidad de la institución. Se justifica también la falta de rigor en las nulidades matrimoniales debido a que, si se presentaran posteriormente algunas causas que impidieran la convivencia conyugal, existe en el Derecho Civil la posibilidad del divorcio. Apoya lo anterior el Código Civil del Estado de Jalisco al prescribir que el derecho para demandar la ilegitimidad del matrimonio corresponde a quienes la ley se los concede expresamente (no a cualquier interesado) y no es transmisible por herencia ni de cualquiera otra manera...(art 375).

1.2. Nulidades matrimoniales en la legislación de Jalisco.

Pasando al estudio de las nulidades matrimoniales en la legislación civil del Estado señalamos, en primer lugar, que el Código Civil de Jalisco equipara la inexistencia a la nulidad absoluta, y al tratar las ineficacias dentro del matrimonio establece tres grados de nulidad a las que denomina: "Ilegitimidad por ineficacia", "Ilegitimidad por invalidez" e "Ilicitud del matrimonio."

La "Ilegitimidad por ineficacia" abarca tanto la inexistencia como la nulidad absoluta de la Teoría Clásica de las Nulidades, ya que las causas que las producen son las que en dicha teoría traerían como consecuencia esos tipos de invalidez del acto jurídico.

El Código Civil del Estado de Jalisco, en el capítulo XI, del Título Cuarto, del Libro Segundo, que tiene por objeto la regulación del matrimonio, establece las normas jurídicas aplicables a la legitimidad del matrimonio (arts.374 a 377), a la ilegitimidad por ineficacia (art. 378), a la ilegitimidad por invalidez (art. 381 a 392) y a la ilicitud en el matrimonio (arts. 393 a 395).

Sección primera. Contiene las disposiciones generales y en ellas se establece, en primer lugar, la presunción de legitimidad de toda relación matrimonial (art. 374), por lo que sólo se considera ilegítimo un matrimonio cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria (art.377). Por lo tanto, y en virtud de que el matrimonio es una institución de orden público e interés social, en esta misma sección se establece que los cónyuges no pueden celebrar transacción ni compromiso en árbitros sobre la ilegitimidad del matrimonio (art. 377).

Sección Segunda.

Ilegitimidad por ineficacia del matrimonio.

Esta sección se refiere a los casos en los que, para la celebración del matrimonio, no se han cubierto los requisitos que los clásicos llamaban de existencia. Dado que en la legislación del Estado se suprimió la inexistencia, a los requisitos cuya falta producía tal ineficacia, ya no se les denomina requisitos de existencia, sino requisitos esenciales u orgánicos.

El artículo 1760 del Código del Estado establece que el acto jurídico es afectado con nulidad absoluta por falta de consentimiento, de objeto que pueda ser materia de él o de las solemnidades prescritas por la ley. Y el artículo 378 establece: Existe ilegitimidad por ineficacia (nulidad absoluta) en el matrimonio:

- I. Cuando su celebración o permanencia va contra la naturaleza y esencia de la institución.
- II. Cuando su celebración o permanencia se da entre parientes consanguíneos sin limitación de grado en línea recta o hasta el segundo en la colateral, extendido éste a medios hermanos.
- III. Por haberse celebrado entre parientes por afinidad en línea recta sin limitación de grado.
- IV. Por haberse celebrado entre parientes por adopción en línea recta sin limitación de grado.
- V. Por la subsistencia de matrimonio anterior de cualesquiera de los otorgantes.

De conformidad con las normas que regulan la nulidad absoluta, estas causas de ilegitimidad por ineficacia deberían tener las mismas características de aquella: a) que se puede demandar por cualquier interesado, b) que fueran imprescriptibles, c) que el acto no puede ser convalidado. Sin embargo, en congruencia con la naturaleza especial de las nulidades matrimoniales, la acción de ilegitimidad podrá ejercitarse en todo tiempo (es imprescriptible), pero únicamente puede ser demandada, en los supuestos de las fracciones I a IV, por los cónyuges y por sus ascendientes. En el supuesto de la fracción V, podrá ejercitar la acción el cónyuge del primer matrimonio, los hijos de aquél y los cónyuges que contrajeron el segundo (art. 379).

Como se puede apreciar, en los supuestos de ilegitimidad por ineficacia, si se siguieran las reglas de la nulidad absoluta, la acción para demandarla podría ser ejercitada por cualquier interesado. Sin embargo, el artículo 379 establece en forma limitativa las personas que pueden hacerlo, lo cual rompe con la regla de la nulidad absoluta.

El artículo 380 señala que las acciones de ilegitimidad por ineficacia (nulidad absoluta) del matrimonio son imprescriptibles, y que al no ser ejercitadas por las personas facultadas, deberá promover la ilegitimidad el ministerio público o el Consejo de Familia. Estas disposiciones están más en la línea de las reglas establecidas por la Teoría Clásica de las Nulidades.

Sección Tercera

Ilegitimidad por invalidez matrimonial

Los elementos de validez de los actos jurídicos son: a) capacidad legal; b) ausencia de vicios de la voluntad; c) licitud en el fin o motivo determinante de la voluntad; y d) forma legal.

El artículo 381 establece como causas de invalidez del matrimonio:

- I. La falta de edad en los consortes (falta de capacidad).
- II. El error acerca de la persona con quien se contrae (vicio de la voluntad).
- III. Celebrarse concurriendo alguno de los impedimentos señalados en las fracciones de la V a la IX del artículo 268.

Por su parte, el artículo 268 establece que son impedimentos para contraer matrimonio, entre otros:

V. La falta de consentimiento, cuando es necesario, del que o los que ejerzan la patria potestad, del tutor o del Consejo de Familia, en su caso (falta de forma legal).

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

VII. Las enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y que pongan en peligro la vida o que sean hereditarias, así como la impotencia incurable (incapacidad para cumplir con los fines del matrimonio).

VIII. La enajenación psíquica declarada judicialmente (falta de capacidad legal).

IX. La fuerza o miedo graves (vicio de la voluntad).

Del análisis de estas causas de invalidez del matrimonio se pueden sacar las siguientes conclusiones:

I.- La falta de edad en los consortes.

En esta hipótesis es necesario discernir si se trata de una falta de edad legal (16 años) o de incapacidad de ejercicio (18 años), ya que la falta de edad legal es un impedimento para el matrimonio que sólo por causas graves y justificadas puede ser dispensado por el juez (art. 260). En cambio, la incapacidad de ejercicio requiere que los contrayentes tengan la autorización de sus ascendientes (padres o abuelos), o en su defecto, del tutor o del Consejo de Familia cuando éstos falten o se opongan injustificadamente al matrimonio de los menores. Independientemente de cuál sea la hipótesis contemplada por el legislador, la falta de edad legal para

contraer matrimonio o la incapacidad de ejercicio por ser menores de edad, producen la ilegitimidad por invalidez del matrimonio (nulidad relativa). En virtud de que la fracción V del artículo 268 establece la falta de autorización para el matrimonio de menores como un impedimento que el artículo 381 considera a su vez elemento de invalidez, se puede concluir que la fracción I de este artículo 381 se refiere precisamente a la falta de edad legal (16 años) para contraer matrimonio y no a la incapacidad de ejercicio (18 años).

El artículo 382 es claro al señalar que la ilegitimidad por invalidez fundada en la edad menor de dieciséis años en el hombre y la mujer, puede ser demandada por los ascendientes, y a falta de éstos, por quien desempeñaba la tutela o por el tutor que para el efecto se nombre.

El artículo 383 prescribe las causas de convalidación del matrimonio contraído por menores de dieciséis años. Éstas son: I. Que hubieren tenido hijos y II. Cuando, aunque no hubiere hijos, el menor de edad cumpla 18 años sin que se hubiere intentado la acción de ilegitimidad.

En conclusión: esta primera fracción del artículo 381 regula la ilegitimidad por invalidez del matrimonio con los mismos criterios y características de la nulidad relativa. No existe en esta fracción un tratamiento especial a este tipo de nulidad matrimonial.

II.- El error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio.

La acción de ilegitimidad por invalidez matrimonial que nace del error en la persona, sólo puede ejercitarse por el cónyuge que sufre el error y debe hacerlo inmediatamente que lo advierte, ya que de no hacerlo se considera que ha consentido y, por ende, queda subsistente el matrimonio (384).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia tratan el error en la persona como un error obstáculo para que se forme el consentimiento. Sin embargo, al exigir al engañado que denuncie el error en el momento en que lo advierte, el Código se está apartando de las reglas para determinar si se trata de un elemento esencial o de validez del acto jurídico, lo cual corrobora que las nulidades matrimoniales tienen un trato legal especial.

A este respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado el criterio de que únicamente el error en la persona, y no el error en las cualidades de la misma, anula el matrimonio:

MATRIMONIO, A LA NULIDAD DEL, NO SON DEL TODO APLICABLES LAS REGLAS GENERALES DE ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS. Aunque el matrimonio es un contrato, regula no solamente cuestiones económicas sino que constituye también la base de la familia y es fuente de derechos y deberes morales. Por lo tanto, estando la sociedad interesada en la estabilidad y solidez del vínculo matrimonial, las reglas generales de

anulabilidad de los contratos no son enteramente aplicables a él y solamente constituyen causas de nulidad del matrimonio aquellas que taxativamente están señaladas en el Código Civil. Ahora bien, el artículo 235 dice: son causas de nulidad del matrimonio: "el error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra...En nuestro Derecho las causas de nulidad del matrimonio deben entenderse en forma limitativa o restrictiva. Por eso debe interpretarse este artículo como aludiendo exclusivamente al error en la entidad física de la persona, no incluyendo el error sobre las cualidades morales o intelectuales de ella...Aceptar el error sobre las cualidades morales o intelectuales conduciría a establecer matices muy imprecisos, que debilitarían seguramente la estabilidad del matrimonio.

Sexta época, Cuarta parte: Vol XX, pág. 158. A.D. 5055/57. Antonio Minutti Merlo. Unanimidad de votos.

III.- Matrimonio contraído por menores de 18 años y mayores de 16.

La causa de ilegitimidad por invalidez del matrimonio, prescrita como impedimento en la fracción V del artículo 268, se refiere al matrimonio contraído por menores de 18 años y mayores de 16. Al respecto establece el artículo 385 que las personas que debieron dar su consentimiento (sería más adecuado decir: autorización) tienen treinta días, contados desde aquel en que tuvieron conocimiento del matrimonio, para demandar la invalidez. El artículo 386 establece que esta causa de invalidez cesa, y el matrimonio se convalida, si no se demandó la nulidad en el tiempo establecido, o si dentro de ese término el ascendiente ha consentido expresa o tácitamente en el matrimonio.

La ley deja al criterio del juez determinar si hay o no consentimiento. Tal vez éste consideraría que hay consentimiento expreso cuando, por ejemplo, los padres de los cónyuges acuden como testigos a l registro de sus nietos. Y consentimiento tácito, cuando los reciben en su casa o les hacen donaciones comunes.

IV.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre (Frac. VI del art. 268).

Esta causa de invalidez no sólo constituye un hecho ilícito, sino que el Código Penal la tipifica como delito.¹¹² Es por lo tanto justificable que si uno de los pretendientes hubiera atentado contra el cónyuge del otro para casarse con él, esa conducta se prescriba como impedimento para el matrimonio. Sin embargo, a pesar de que éste es un impedimento no dispensable, el Código Civil le da el tratamiento de impedimento dispensable ya que la acción de nulidad prescribe si no se ejercita dentro de los seis meses siguientes al matrimonio, y, además, no permite que cualquier interesado pueda ejercerla sino que expresamente señala las

¹¹² El artículo 12 del Código Penal Federal establece que la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

personas que pueden deducirla, que son los hijos del cónyuge víctima del atentado o el ministerio público (art. 388).

V.- Las enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y que pongan en peligro la vida o que sean hereditarias, así como la impotencia incurable (Frac. VII del 268).

La ayuda mutua entre los cónyuges es uno de los fines del matrimonio. Por lo tanto, creemos que dar la posibilidad de que el matrimonio se anule o se disuelva por esta causa va en contra de este fin. Tal vez se puedan encontrar otras medidas para prevenir el contagio, por ejemplo, pero no la de abandonar al cónyuge enfermo que es cuando más necesita el cariño, apoyo y la consideración de su familia. En cuanto a la impotencia incurable, aunque el cónyuge que la padece no está en posibilidades de cumplir con algunos de los fines del matrimonio, no olvidemos que la ayuda mutua es uno de los fines fundamentales y la presencia, el apoyo y la compañía perfectamente se pueden cumplir, aunque haya incapacidad sexual.

Respecto a las características de esta acción de nulidad, el artículo 391 prescribe que sólo pueden ejercerla los cónyuges y dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio. Esto es, es una nulidad relativa, no obstante que la impotencia impide cumplir los fines del matrimonio (causa de nulidad absoluta). Las razones para la regulación especial de las nulidades matrimoniales, se encuentran, como ya se ha dicho, en la importancia del matrimonio y en las consideraciones fundamentales de protección a la institución y su permanencia.

VI.- La enajenación psíquica declarada judicialmente (Frac. VIII del 268).

Como lo vimos al estudiar los elementos esenciales del matrimonio, el consentimiento es el elemento esencial y constitutivo del mismo. Vimos que el consentimiento debe ser libre e informado y que son incapaces para contraer matrimonio los que no tienen pleno uso de sus facultades mentales, por su incapacidad de cumplir con los fines del matrimonio. Es por ello que consideramos que la enajenación psíquica sí es causa de nulidad del matrimonio. No puede haberlo cuando el otro cónyuge no tiene la capacidad para darse cuenta de la trascendencia de la institución ni tiene, como ya lo apuntamos, la capacidad para cumplir con los fines de la misma. El hecho de que sea un requisito para la declaración de ilegitimidad que la enajenación psíquica sea declarada judicialmente parece formalista y rigorista, ya que esta constatación puede obtenerse por medio de peritajes de médicos psiquiatras, sin necesidad de agotar el proceso de interdicción para poder obtener la nulidad de un matrimonio que nunca existió por la enfermedad psíquica de uno de los cónyuges.

La acción de ilegitimidad fundada en la enajenación psíquica de uno de los cónyuges puede ser ejercitada por el otro cónyuge, por el tutor del incapacitado o del mismo incapaz cuando haya sido levantada la declaratoria de interdicción

(392). Como puede observarse, se trata en este supuesto de una nulidad relativa, ya que se limita a los directamente afectados el derecho de ejercer la acción. Por otro lado, la ley no prescribe ningún plazo para hacerlo, por lo que se deduce que en cualquier tiempo se puede demandar la nulidad del matrimonio, con la única condición de que el otro cónyuge haya sido declarado judicialmente incapaz.

VII.- La fuerza o miedo graves (frac. IX del 268).

Uno de los elementos de validez de los actos jurídicos es la ausencia de vicios de la voluntad. Estos son: el error, el temor y la lesión. En relación al error, (que es la confusión entre la falsedad y la verdad) ya vimos que solamente el error en la persona es causa suficiente de nulidad del matrimonio. La lesión (aprovecharse del estado de necesidad, la ignorancia o la miseria del otro para obtener una contraprestación desproporcionada) no opera como causa de nulidad del matrimonio. Y respecto a la fuerza o miedo graves, es importante aclarar que la fuerza física o las amenazas (violencia moral) efectivamente pueden viciar el consentimiento, pero la violencia física o mental no es propiamente vicio del consentimiento, sino el temor o miedo grave que surge como consecuencia de las presiones psicológicas o de la violencia física que se ejercen para arrancar el consentimiento para el matrimonio.

Esta causa de ilegitimidad por invalidez (nulidad relativa) sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que cesó la violencia o intimidación (389).

Finalmente, si el cónyuge que fue objeto de violencia, antes y después de su matrimonio, lo denuncia judicialmente, el juez que tenga conocimiento de esta situación dictará las medidas necesarias para proteger la integridad de la persona afectada.

VIII.- El parentesco por consanguinidad, en tercero o cuarto grados, que no haya sido dispensado.

Esta causa de ilegitimidad por invalidez se encuentra en el artículo 390. Esta disposición faculta a los ascendientes de los cónyuges para que dentro de los sesenta días posteriores a la celebración del matrimonio puedan demandar la nulidad del matrimonio de sus descendientes. Nos parece que, aunque no se establezca en el supuesto normativo, también los cónyuges están facultados para demandar la nulidad de su matrimonio. Pero como se trata de una nulidad relativa (ilegitimidad por invalidez), si dentro del plazo señalado no se demanda, el matrimonio se convalida. Asimismo, si antes de causar ejecutoria la sentencia que declare la ilegitimidad se obtuviere la dispensa, el matrimonio quedará revalidado y surtirá todos sus efectos.

Sección cuarta.

Ilícitud en el matrimonio.

Asimismo, la sección cuarta del capítulo XI de este libro que regula el matrimonio, regula las causas de ilícitud. Y así, el artículo 393 las señala en tres facciones que son:

I.- El matrimonio celebrado en contravención a los requisitos establecidos por la Ley del Registro Civil del Estado.

II.- La falta de espera para casarse del término fijado por la ley a las mujeres cuyo matrimonio no sea el primero, sino segundo o ulterior matrimonio (art. 270);

III.- La falta de la dispensa de los tutores que pretendan casarse con su pupilo;

IV.- La falta de espera de los cónyuges divorciados por mutuo consentimiento del plazo de un año para volverse a casar, así como los divorciados en la vía contenciosa, cuando alguno de ellos ha incurrido en una causal de divorcio, si el cónyuge culpable no ha esperado dos años, o el inocente, si es mujer, el plazo 300 días establecido por el art. 270.

V.- El matrimonio que se haya contraído estando pendiente la sentencia de dispensa de un impedimento.

En este punto cabe recordar que algunos de los códigos civiles de la República, incluyendo el Código Civil Federal, llaman jueces del registro civil a las autoridades administrativas que realizan las funciones de autorización y registro de los principales actos jurídicos de la vida de las personas. Ello se debe a que en los códigos de 1870 y 1884, los oficiales del registro civil (como así se denominan en el Código de Jalisco) tenían funciones jurisdiccionales, y cuando se presentaba algún impedimento para el matrimonio, ellos mismos lo resolvían, cosa que ya no sucede en la actualidad. En los códigos vigentes se establece que, si un oficial del registro civil tiene conocimiento de que existe algún impedimento no dispensado entre los contrayentes, debe suspender la ceremonia y ordenar que se remita al juez el asunto, para que sea éste el que resuelva.

1.3. Efectos de la declaración de ilegitimidad matrimonial.

Para los autores de la Teoría Clásica de las nulidades, el acto jurídico declarado inexistente, debido a que le faltara alguno de los elementos esenciales: consentimiento, objeto o solemnidad, no produciría efecto alguno. Semejante acto carece de existencia a los ojos de la ley. El acto tachado de nulidad absoluta, que también es llamado acto "nulo de pleno derecho", también es privado de efectos por la ley, debido a que se ha celebrado contra principios de orden público (por ilícitud en el objeto, o en el fin o motivo determinante de la voluntad). Sin embargo, existe criterio jurisprudencial en el sentido de que en ambos supuestos

(inexistencia y nulidad absoluta), la ineficacia del acto requiere siempre declaración jurisdiccional.

Ahora bien, por cuanto hace al acto tachado de nulidad relativa (anulable), a diferencia del acto inexistente y del acto nulo de pleno derecho, sí produce consecuencias jurídicas y es susceptible de confirmación, y si no se demanda la nulidad en el tiempo señalado por la ley y por las personas también ahí señaladas, el derecho para ejercitar la acción de nulidad prescribe.

Al comenzar este tema (3.1 y 3.2),¹¹³ se dijo que la teoría de las nulidades matrimoniales se desvía substancialmente de la Teoría Clásica de las Nulidades y de la Teoría de las Nulidades que sigue el Derecho Civil Federal Mexicano, y que esta diferenciación ha sido sustentada incluso por algunas ejecutorias de nuestros tribunales federales, por ejemplo en la tesis transcrita anteriormente.

Por otro lado, cuestión también ya señalada, el Código Civil de Jalisco no sólo suprime la inexistencia sino que cambia la denominación a las nulidades, y así, a lo que equivaldría a la inexistencia y a la nulidad absoluta, les llama “Ilegitimidad por ineficacia”. A la nulidad relativa: “Ilegitimidad por invalidez” y a lo que podría ser nulidad absoluta o relativa por contravenir disposiciones legales, le denomina “Ilicitud en el matrimonio”.

Habiendo recordado estas cuestiones, dividiremos este apartado sobre los efectos de la declaración de ilegitimidad del matrimonio en: a) efectos sobre los presuntos esposos; b) efectos sobre sus hijos; c) efectos sobre el patrimonio; d) medidas que deben tomarse cuando al declararse la ilegitimidad la mujer está embarazada; y e) Registro Civil.

a) Efectos sobre los presuntos esposos:

Aquí es necesario distinguir si el matrimonio se contrajo de buena o de mala fe.

- Si se contrajo de buena fe produce sus efectos a favor de los cónyuges mientras dure el matrimonio (art. 398).
- Si sólo uno de ellos actuó de buena fe, el matrimonio produce sus efectos a su favor únicamente (art. 399).
- Si los dos actuaron de mala fe, el matrimonio no produce efectos sobre ellos.

b) Efectos sobre los hijos.

Los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante su vigencia y trescientos días después de la declaración de ilegitimidad o de la separación de los

¹¹³ Vid. *Infra* cap. 3.1 y 3.2

esposos, tendrán todos los derechos que tienen los hijos nacidos de matrimonio legítimo. (art. 398). Estos derechos a favor de los hijos se producen independientemente de la buena o mala fe de sus progenitores (398 y 399).

Respecto a la situación de los hijos, se aplican las siguientes reglas, establecidas en el artículo 400:

- Los padres tienen derecho a celebrar un convenio donde establecerán lo que consideren más adecuado sobre: a) la custodia; b) pensión alimenticia; y c) manera de garantizar el pago de los alimentos (Fracción I).
- El convenio anterior deberá ser aprobado por el Juez de lo Familiar, quien podrá rechazarlo si lo considera inadecuado para el interés de los hijos (Fracción II).
- Si los padres no llegaren a ningún acuerdo, o el juez desaprobare el convenio, éste (el juez) tomará las medidas que considere procedentes. Para ello tomará el orden de preferencia establecido en el artículo 572 del Código, pudiendo ordenar que los hijos queden bajo la custodia de algún ascendiente o ascendientes, maternos o paternos, a quien juzgue más adecuado, atendiendo siempre al interés superior de los menores (Fracciones III, IV).
- El juez tiene la facultad de modificar las determinaciones que, con fundamento en este artículo, haya tomado, cuando por nuevas circunstancias lo requiera el interés de los hijos (Fracción V).

c) Efectos sobre el patrimonio.

- En primer lugar, al declararse la ilegitimidad matrimonial, se disolverá y liquidará la sociedad legal o conyugal, si bajo alguno de estos regímenes se casaron.
- Respecto a las donaciones antenuptiales, se observarán las reglas prescritas en el artículo 401 del Código:
 - I. Las hechas por un tercero, solamente a uno o a los dos presuntos cónyuges, se quedarán en beneficio de los hijos.
 - II. Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y los bienes se devolverán al donante con todos sus productos.
 - III. Quedarán subsistentes las que hizo el cónyuge que obró de mala fe al cónyuge inocente.

- IV. Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se hayan hecho quedarán a favor de sus hijos. Si no tuvieren hijos, los cónyuges se quedarán con las donaciones, pero no podrán hacerse el uno al otro ninguna reclamación.

d) Medidas que deben tomarse cuando la mujer quede embarazada.

El artículo 402 del Código del Estado establece que al declararse la ilegitimidad, si la mujer se encuentra embarazada, se deberán tomar las mismas precauciones que el mismo Código señala en materia de sucesiones, para cuando la viuda queda encinta.

Estas medidas se encuentran establecidas del artículo 2943 al 2953 del Código. En términos generales, ahí se prescriben una serie de providencias como: a) La mujer debe informar al juez que está embarazada y éste tomara medidas necesarias para evitar la suposición de parto, la suplantación de infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es (2944); b) Para ello, nombrará a una persona (médico o enfermero, normalmente) para que se cercioren de la realidad del parto (2945); c) Los gastos relativos al embarazo y al parto se pagarán con los bienes donados, aunque la mujer tuviere bienes propios); d) la división de las donaciones se suspenderá hasta que se verifique el parto o que transcurra el término máximo del embarazo; pero lo acreedores podrán ser pagados por mandato judicial.

e) Registro Civil.

Una vez que la sentencia que declare la ilegitimidad del matrimonio sea una sentencia firme, o sea que ya no se pueda interponer ningún recurso en su contra, el juez de lo familiar que dictó la sentencia deberá ordenar, de oficio, o sea sin que las partes se lo requieran, copia certificada por triplicado de dicha sentencia: una para el director el Registro Civil, otra para el Oficial del Registro Civil donde se celebró el matrimonio que se declaró ilegítimo (nulo) y la tercera para la Dirección General del Registro Nacional de Población (art. 396 C.C.J.).

El Director del Registro Civil y el Oficial ante quien se celebró el matrimonio, deberán poner al margen del acta de matrimonio una nota circunstanciada en que consten los puntos resolutivos de la sentencia., su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marque la copia, la cual deberá ser depositada en el archivo (397 C.C.J.).

2. DIVORCIO.

2.1 Consideraciones previas.

El maestro Pacheco¹¹⁴ dice que “todo mundo considera al divorcio como un mal; que nadie, hasta la fecha, ha pensado que el divorcio sea una cosa buena ni que deba de promoverse por parte del legislador. Al contrario, todos consideran que lo mejor es que el matrimonio subsista, que las familias sean estables y que los cónyuges mantengan la situación conyugal, sobre todo porque es la única forma en la cual se salvaguardan los derechos de los hijos”.

Partiendo de esa base, los divorcistas señalan que, no obstante lo anterior, hay casos extremos en la vida conyugal en que el divorcio debe concederse. Que es un mal necesario al que hay que atender; que nadie desea que existan parejas desavenidas, pero que de hecho existen y el legislador no puede ignorar la realidad y debe solucionar este problema. Para ello se establecen en la legislación causas limitadas, para casos muy concretos, por las que se puede demandar el divorcio. Estas causales son llamadas causales sanción, porque las consideran como un castigo para el cónyuge que ha incurrido en alguna de ellas. De esta manera, se castiga al cónyuge culpable y se resuelve una situación insostenible.

Sin embargo, desgraciadamente, la mentalidad de los jóvenes está cambiando y ya son muchos los que están de acuerdo con el divorcio, aunque no existan razones que lo justifiquen. El maestro Santiago Martínez Sáenz¹¹⁵, en uno de sus profundos y orientadores estudios sobre el tema, dice con gran preocupación que “a pesar de los gritos de alarma que se levantan desde diversas partes del mundo, no parecen ser muchos los dirigentes de nuestra sociedad que toman conciencia de la *enfermedad* del divorcio, como uno de los cánceres que están destruyendo y corrompiendo a la humanidad. La amenaza de una guerra total o parcial; los problemas del comercio internacional; la injusticia en la sociedad... son como una cortina de humo que oculta uno de los problemas a nivel individual y social más graves, que no ha podido resolver nuestra sociedad; tan orgullosa, por otra parte, de sus conquistas técnicas. La irresponsabilidad de casi todos ante un problema tan grave para la humanidad, como es el divorcio, alcanza ya cotas suicidas.” “...La experiencia divorcista en el mundo entero lleva a la conclusión de que el divorcio es como una potente carga explosiva situada por debajo de la línea de flotación de un barco, y... el barco es la sociedad en la que todos estamos embarcados.”

2.2 Antecedentes históricos del divorcio en México.

*** México Precolonial.**

Entre los Aztecas el divorcio no existía y cuando los cónyuges acudían a la autoridad por algún pleito, éste trataba de ponerlos en paz y reñía ásperamente al culpable. El juez les decía que mirasen con cuanto acuerdo se habían casado y que no echasen a vergüenza y deshonra a sus padres y parientes que habiendo entendido en su matrimonio, que serían muy notados del pueblo, porque sabían

¹¹⁴ PACHECO E. Alberto, op cit, p. 148

¹¹⁵ MARTÍNEZ SÁENZ, Santiago, “¿Divorcio? ¡NO!”, Editora de Revistas, S.A. de C.V. México, 1990, p. 6.

que eran casados y les daban otras muchas razones con la intención de conformarlos.¹¹⁶ Sin embargo, las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable, pero a la cuarta decretaba el divorcio.

Entre los mayas, en cambio, existía la mayor facilidad para tomarse o dejarse y la infidelidad de la mujer era causa de repudio. Si al tiempo del repudio los hijos eran pequeños, se los llevaba la mujer; si eran grandes, las hijas pertenecían a la esposa y los hijos al esposo. La mujer repudiada podía unirse con otro hombre y aún volver con el primero.¹¹⁷

* **Época Colonial.**

Durante la época colonial, estuvo vigente la legislación española en la Nueva España. Por tal motivo, durante toda esta época (de 1521 a 1821) sólo se regulaba el divorcio eclesiástico, ya que ~~durante esta época~~ se aplicaron en el territorio de la Nueva España, además de las normas de Derecho Canónico, las leyes españolas tales como el Fuero Juzgo, el Fuero Real, Las Siete Partidas, las Cédulas Reales y en especial para la materia familiar, la Real Pragmática de 1776. e 117

Por lo anterior, durante la colonia existía sólo el divorcio relativo eclesiástico, que no disuelve el vínculo matrimonial; lo que el Derecho Canónico regula es la Separación personal o de cuerpos, que permite a los esposos vivir separados, cuando las discrepancias en vida diaria entre los esposos sean tan graves que impidan la convivencia conyugal o pongan en peligro al otro cónyuge o a los hijos.

* **México Independiente.**

Los códigos civiles del siglo XIX (1870 y 1884) únicamente regulaban el divorcio relativo, que es aquél que permite la separación de los esposos, pero no rompe el vínculo conyugal. En cambio, el Decreto de Carranza¹¹⁸ introduce el divorcio vincular, llamado así porque disuelve el vínculo matrimonial.

Es una paradoja que, habiendo sido expedidos en tiempos de pleno divorcio entre la Iglesia Católica y el Estado, los Códigos del siglo XIX solamente permitieran el divorcio relativo que es la separación personal o de cuerpos regulada por el Código de Derecho Canónico de la Iglesia Católica.

El divorcio fue introducido en la legislación Civil Mexicana por decreto publicado en enero de 1915. Este decreto modificó la Ley de diciembre de 1874, reglamentaria de las reformas constitucionales de 1873.

En virtud del momento revolucionario que entonces se vivía, la introducción del divorcio no despertó reacción alguna, a diferencia de las reacciones en contra que

¹¹⁶ Cf. CHÁVEZ ASENCIO, op. cit., p. 423.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., op. cit., p. 424

se levantaron en España e Italia, cuando se introdujo el divorcio en sus legislaciones civiles.

Como lo dice el maestro Pacheco: “La reforma pasó inadvertida en aquel tiempo, ya que la época no era para discusiones sobre tales temas, ante la lucha armada a matar o morir que sostenían los carrancistas, villistas, zapatistas y demás facciones revolucionarias”.¹¹⁹

*** La ley de Relaciones Familiares de 1917.**

Esta Ley fue expedida en 1917 por Venustiano Carranza. A partir de su expedición, se logró el paso definitivo en materia de divorcio en México. El artículo 75 establece que “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.”

Se conserva el divorcio relativo, pero lo circunscribe al supuesto de enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano su decisión de pedir el divorcio vincular o la simple separación de lecho y habitación.

*** Código Civil de para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal.**

Este código, expedido en 1928, sirvió de ley modelo para el resto de los códigos civiles de los Estados. El artículo 266 reproduce el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares. Por decreto del Ejecutivo Federal, publicado el 23 de mayo de 2000, siendo presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, el Código Civil para el Distrito Federal, que ya entonces así se denominaba al haber desaparecido los territorios federales, quedó como Código Civil Federal.

El Código Civil Federal regula el divorcio vincular en la misma forma que la Ley de Relaciones Familiares.

2.3. El divorcio en la legislación civil vigente en México.

2.3.1. Especies de divorcio.

a) Por la causa que le da origen.

*** Divorcio contencioso o necesario.**

*** Divorcio por mutuo consentimiento.**

¹¹⁹ PACHECO E. Alberto, op. cit., p. 146.

* **Es contencioso o necesario** el divorcio que es demandado por uno de los cónyuges, debido a que el otro incurrió en alguna de las causales establecidas en la ley.

De acuerdo con las causas que lo originan, el divorcio se ha dividido en: divorcio sanción y divorcio remedio.

El divorcio sanción ha sido propuesto por partidarios del divorcio limitado que sostienen que las causales de divorcio deben referirse a casos extremos, específicamente señalados en la ley. El “divorcio sanción”, se admite sólo en aquellos casos límite en que la falta grave de alguno de los cónyuges hace imposible la vida en común, como la infidelidad de alguno de los cónyuges, por ejemplo.

El “divorcio remedio”, es aquel que se puede demandar cuando se presentan supuestos en los que ya no es una causa ilícita grave la que ha vuelto imposible la vida conyugal, sino que se trata de situaciones más o menos permanentes, como una enfermedad, por ejemplo, que dificultan la vida “armoniosa y feliz” que debería existir en todo matrimonio.¹²⁰

* **Divorcio por mutuo consentimiento.**

No obstante que la legislación civil incluye dentro de las causales de divorcio el mutuo consentimiento (art.404, XIX C.C.J.), consideramos que el mutuo consentimiento, efectivamente es lo que mueve a los cónyuges a solicitar al juez la disolución del matrimonio, pero no es la causa por la que quieran separarse. Debajo del común acuerdo existen razones que los inducen a divorciarse. Razones que no desean expresar, y como precisamente en el divorcio voluntario no hay necesidad de aducir dichas razones ante el juez, optan por esta vía que les resulta menos difícil y que, si hay hijos, resulta menos dolorosa para ellos.

El divorcio por mutuo consentimiento es uno de los principios de la doctrina liberal, la cual, según Pacheco, “está basada en las tesis de los enciclopedistas del siglo XVIII. Estos pensadores en su prurito laicista, de rescatar, según decían, para el Estado y para la sociedad todas las instituciones que la Iglesia Católica había absorbido dentro de su jurisdicción eclesiástica, afirmaban que el matrimonio no es más que un contrato civil y que por lo tanto siendo un contrato civil, puede terminarse por voluntad de quienes lo contrajeron”.¹²¹ Es lo mismo que reproduce Carranza en el decreto que introduce el divorcio vincular dentro de la legislación mexicana, cuando afirma: “el matrimonio es un contrato civil, formado principalmente por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes”, y termina diciendo que sería absurdo que no pudiera terminarse cuando falta ya esa voluntad.

¹²⁰ Cfr. PACHECO E. ALBERTO. op. cit., p. 150

¹²¹ Idem.

Aun cuando se aceptara el grave error jurídico de considerar al matrimonio como un simple contrato, la terminación del mismo por decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges no es posible, pues contraría el principio general que expresa que, salvo los casos de excepción limitativamente previstos en la ley, la voluntad de una sola de las partes no puede extinguir la relación contractual (*Pacta sunt servanda*), máxime cuando de la celebración del contrato se han producido consecuencias irreversibles para terceros, como es el caso de los hijos habidos del matrimonio.

Es importante recordar que nuestro Derecho asimila la regulación de todos los actos jurídicos a la de los contratos. Que todos los contratos son actos jurídicos, pero no todos los actos jurídicos son contratos. El matrimonio es una institución de orden público e interés social que nace de un acto jurídico solemne, y que tiene una parte contractual que se actualiza al pactar las capitulaciones matrimoniales, pero que va mucho más allá del acto jurídico que le dio vida y del contrato capitular mediante el cual los cónyuges establecen su régimen patrimonial.

b) Por sus efectos:

- **Divorcio absoluto.**
- **Divorcio relativo.**

* **Divorcio absoluto** es aquel que disuelve el vínculo matrimonial y deja a los ex-cónyuges en aptitud de contraer legítimamente un nuevo matrimonio.

* **Divorcio relativo** es aquel que sin disolver el vínculo matrimonial, permite la separación temporal o definitiva de los esposos.

Existen legislaciones que entienden por divorcio la separación temporal o definitiva de los cónyuges sin romper el vínculo matrimonial. Por ello es necesario aclarar que el divorcio consagrado en nuestra legislación, es el divorcio que rompe el vínculo matrimonial y al que se llama divorcio simplemente.

c) Por la vía de su tramitación.

En algunas legislaciones, como en la del D. F., por ejemplo, el divorcio se puede tramitar en la vía judicial o en la vía administrativa. Mediante la vía judicial se tramita el divorcio necesario o contencioso y el divorcio por mutuo consentimiento cuando los cónyuges son menores de edad, han tenido hijos y están casados por sociedad conyugal; en la vía administrativa pueden tramitar su divorcio los cónyuges que son mayores de edad, se casaron por separación de bienes o ya disolvieron la sociedad conyugal y no tuvieron hijos. El trámite administrativo se lleva a cabo ante el oficial (que en el D. F. nombran juez) del Registro Civil de su domicilio.

El artículo 272, del Código Civil del Distrito Federal establece:

“Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse”.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia.

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.”

En el Código del Estado de Jalisco, no se regula el divorcio administrativo. Por lo que, tanto el divorcio contencioso como el voluntario se tramitan ante el juez de lo familiar del lugar del domicilio conyugal. En el caso del divorcio por mutuo consentimiento, es irrelevante que tengan o no hijos, si son menores de edad o el régimen bajo el que se casaron.

En cuanto a la diferencia de tramitación entre el contencioso y el voluntario, el primero, por tratarse de un litigio se lleva a cabo mediante un juicio ordinario civil, y en el divorcio por mutuo consentimiento se procede mediante una vía de tramitación especial.

2.4. Divorcio unilateral.

Es la forma de divorcio por la cual uno solo de los cónyuges decide divorciarse y sin que medie participación del otro en el trámite judicial, solicita al juez la disolución del vínculo matrimonial.

Los defensores del divorcio unilateral sostienen que la nuestra es una sociedad moderna y madura, que sólo tiene que comprobar que el matrimonio ha fracasado para declararlo disuelto y para probar dicho fracaso no se requiere la aceptación de ambos cónyuges. Se dice que con esta forma de divorcio unilateral, basta con que

uno de los cónyuges manifieste que la armonía se ha roto para que el juez decreta la disolución del vínculo matrimonial.

Dentro del divorcio unilateral, existe también el divorcio sin culpa; esta forma de divorcio permite a una de las partes pedir el divorcio, aun sin que la otra se entere. Este tipo de divorcio es una conquista de los movimientos feminista que han llevado a extremos injustos y revanchistas las posturas de la mujer. Actitudes y posturas que van en contra de la naturaleza de las cosas y que en un afán desmedido de igualdad, caen en el extremo machista que tanto se ha criticado por el daño que ha causado no sólo a la mujer sino a la sociedad entera. Es importante no olvidar que el hombre y la mujer poseen una eminente dignidad y son iguales en lo esencial, pero distintos y complementarios en lo accidental, y que si se olvidan las diferencias, se rompe el equilibrio de la naturaleza y se destruye a la sociedad entera.

El extremo del divorcio unilateral es el llamado divorcio con pre-aviso, por medio del cual uno de los cónyuges le da un aviso al otro, manifestándole que es su voluntad divorciarse y que por lo tanto le notifica que ha tramitado el divorcio.

3. SEPARACIÓN PERSONAL.

3.1. Generalidades.

La evolución social está demostrando que el divorcio debilita a la familia y fomenta por sí mismo la proliferación de los divorcios. Que la misma posibilidad del divorcio convierte al matrimonio en algo frágil y provisional, pues cada vez es más fácil obtener la disolución del vínculo. Estadísticamente se ha demostrado que el número de divorcios es cada vez mayor, y el número de divorcios no ha disminuido nunca de un año a otro. Parece ser que así como la confianza genera confianza, el divorcio genera divorcios y que es imposible detenerlos una vez que el divorcio se ha permitido legalmente, aunque sólo sea en los casos límites que pensaron los que lo introdujeron. Y es que, como dice Pacheco,¹²² en el fondo de cualquier divorcio, es la voluntad de divorciarse la que produce la disolución del matrimonio. Una vez abierta la puerta, aunque la abertura sea muy pequeña, el que quiere divorciarse terminará haciéndolo.

La práctica ha demostrado que aunque se reduzca el divorcio a situaciones extremas, para el que quiere divorciarse, la suya es la situación más dramática y extrema. Los partidarios del divorcio limitado lo presentan como la solución de una situación que ya fracasó y claman por salvar al otro cónyuge y a los hijos de una situación que acarrearía traumas y malos ejemplos.

Ante estos argumentos se ha dicho que la separación de los cónyuges, conservando el vínculo matrimonial, podría ser la solución a estas situaciones extremas. La

¹²² Idem.

separación personal, sin la ruptura del vínculo matrimonial, conserva la esperanza de una posible regeneración y remedio de las conductas que impidieron la vida en común, con la consecuencia feliz de una reconciliación entre los esposos. El divorcio, con el paso del tiempo, premia al culpable, el que, con el paso del tiempo puede volverse a casar, con la posibilidad de repetir la misma historia, haciendo infeliz a una nueva familia.

Se dice que el divorcio evita adulterios. Este argumento es similar al de los marxistas que sostienen que en el futuro, dentro del estado comunista se acabarán los adulterios, porque habiendo terminado con el matrimonio e implantando el amor libre, aquellos se terminarán. Esto equivale a decir que hay que acabar con los homicidios, legalizando el hecho de dar muerte a otro. Dice Pacheco que “una norma que legaliza cualquier conducta sin apreciar si ésta es correcta o incorrecta, no cumple con la función primaria del Derecho de regir la sociedad, sino exclusivamente está dando visos de legalidad a acciones que en sí mismas son inmorales.”¹²³

Don Santiago Martínez Sáez¹²⁴ ha propuesto que la ley regule dos tipos de matrimonio: uno indisoluble y el otro no, y que cada pareja pueda, al casarse, escoger libremente cuál de los dos contrae, sin permitirse nunca el divorcio a los que se casaron bajo el matrimonio indisoluble. Al proponer el matrimonio indisoluble, sostiene, no se está coartando la libertad de los contrayentes que escojan este tipo de matrimonio, ya que la libertad se ejercita al contraer o no matrimonio, pero no al modificar su esencia, sus fines y sus propiedades naturales.

Martínez Sáez, afirma que los liberalistas no admiten el matrimonio indisoluble porque, según ellos, iría en contra de la libertad del hombre, y que el hombre, en esencia, no es más que libertad. Que el matrimonio debe disolverse cuando falta la voluntad de estar casados. Que sería inhumano admitir una ley superior a la voluntad atentatoria de la libertad.¹²⁵ Contra esta afirmación argumenta que el matrimonio responde a las características de la naturaleza humana que no pueden ser cambiadas a voluntad del hombre. La libertad humana no es ausencia de leyes que limitan la condición humana, sino aceptarlas (sic) y actuar conforme a la naturaleza que es naturaleza de libertad. El mismo cónyuge, al sujetarse a las leyes naturales y positivas que regulan el compromiso libremente contraído, está actualizando su libertad y realizándose como hombre.¹²⁶

Las ideas anteriores apoyan la tesis de que el matrimonio no es un simple contrato que puede disolverse a voluntad de las partes. Si se piensa que el matrimonio es un simple contrato entre conciudadanos, fácilmente se deduce que puede terminarse cuando ambos cónyuges lo deseen. Es muy propio del liberalismo marcar exageradamente el acento en la libertad de los contrayentes. En la tesis liberalista,

¹²³ Idem.

¹²⁴ Cfr. MARTÍNEZ SÁEZ, Santiago, “¿Divorcio? ¡No!, Editora de Revistas, S.A. de C.V., México, 1990, p. 10- 14.

¹²⁵ Ibidem, p 155.

¹²⁶ Idem.

el matrimonio es tan sólo un contrato más de los muchos que los conciudadanos pueden celebrar, y que hasta la misma sociedad nació de un contrato social.

Hemos dicho que el matrimonio tiene una parte contractual que se realiza cuando los esposos otorgan las capitulaciones matrimoniales. Pero aún en el extremo de considerar al matrimonio como un contrato solamente, la propia ley exige a los contratantes que deciden terminar un contrato por mutuo acuerdo, respetar los derechos de los demás.

Los defensores del divorcio argumentan que la disolución de su matrimonio es un problema de conciencia de cada uno de los cónyuges y que en una sociedad pluralista como la actual, la ley debe dar opciones múltiples, y que el simple hecho de que exista el divorcio, no obliga a divorciarse a los que no quieren divorciarse. Argumentan también que si en un matrimonio ya no hay amor, no hay por qué mantener unidos a los que ya no quieren estarlo.

Martínez Sáez¹²⁷ dice que en el segundo de los argumentos anteriores hay una confusión acerca de la naturaleza del matrimonio, ya que el matrimonio no es amor como “sentimiento” común de los cónyuges. El matrimonio exige la voluntad de amarse, ya que al casarse, los esposos generaron un vínculo que no puede disolverse cuando hay intereses de terceros, como por ejemplo los hijos. Y cuando no hubiere hijos, la sociedad entera está interesada en la estabilidad del matrimonio y siempre existe, al menos, el derecho del otro cónyuge que se verá afectado por el divorcio, aunque se haga por mutuo acuerdo.

El divorcio no es simplemente una cuestión interna que sólo compete a la moral. Y aunque así fuera, la moral y el derecho deben ir siempre de la mano. La moral y el derecho se complementan y la moral debe siempre servir de base al derecho positivo.

Hay quienes sostienen que la indisolubilidad del matrimonio es un problema de los católicos. Esto es una falacia, ya que la indisolubilidad del matrimonio procede de la misma naturaleza de la institución, pues la estabilidad del matrimonio es necesaria para cumplir con sus fines. Sólo en el seno de una familia unida y estable se puede educar correctamente a los hijos y brindarse los esposos la ayuda mutua material y espiritual que se deben. La estabilidad del matrimonio favorece finalmente al bien común de la sociedad y el estado.

“Tratar de evitar el divorcio no es referirse a una creencia religiosa sino a lo que es objetivamente justo según la naturaleza humana y, por lo tanto, adecuado al bien común; criterio al que debe acudir en todo caso el legislador civil”¹²⁸

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ FUENMAYOR, Amadeo, “La influencia de la leyes civiles en el comportamiento moral”, EUNSA, Pamplona, 1978, p.23.

No puede afirmarse rotundamente que la convivencia conyugal es imposible; que la incompatibilidad de caracteres es absoluta, que el daño a los hijos es total.....ya que el remedio para todo esto depende de la voluntad de los cónyuges. Nada es imposible si los esposos están dispuestos a limar las aristas de sus propios caracteres, pues así la incompatibilidad de los caracteres se vuelve fácil de manejar. La razón única para no querer continuar con el matrimonio es el egoísmo personal que impide ver el daño que se hace a los hijos, a la familia y a la sociedad, que sufre las consecuencias de la inestabilidad de las familias que la conforman. Hasta por razones económicas vale la pena luchar por la permanencia del matrimonio.

No obstante lo anterior, es imposible dejar de reconocer que hay situaciones en las que, por causas ajenas a la voluntad de los esposos, la convivencia familiar resulta insostenible. Por ello se propone regular de una manera más amplia la separación de los esposos, la cual sólo se permite en los dos casos expresamente establecidos en el artículo 409 del Código Civil del Estado.

Ahí se establece: “El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 404, podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con su consorte; y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio”. Las fracciones VI y VII del artículo 404 mencionado, establecen como causales de divorcio las enfermedades crónicas e incurables, que pongan en peligro la vida y que sean además contagiosas o hereditarias y la enfermedad mental.

Independientemente de que estas dos causales de divorcio irían en contra de la obligación que tienen los esposos de ayudarse mutuamente, hay otras muchas situaciones incluyendo todas las que se encuentran descritas en las otras XVI fracciones del artículo en comento, que justificarían el que los esposos, que no quieren divorciarse, pudieran acudir al otro camino que ofrecería la separación personal o separación de cuerpos, como se le conoce en el Derecho Canónico.

La separación personal permite a los esposos remediar su situación muchas veces insostenible, pero, al no disolver el vínculo matrimonial, permite que la familia permanezca unida y como ya se dijo, deja la puerta abierta a una reconciliación entre los esposos.

Actualmente, muchas personas optan por el divorcio, aún en contra de sus convicciones religiosas, por considerar que el convenio de divorcio los protegerá y permitirá exigir coactivamente el cumplimiento de la obligación alimentaria. Existe una confusión en esto, ya que los alimentos se pueden demandar aunque no haya divorcio de por medio. Por otro lado, al regularse la posibilidad de un convenio de separación por causas que la justificaran, se daría una mayor protección a la familia y se evitaría la incertidumbre creada por la separación de los esposos.

3.2. Procedimiento judicial de la separación personal entre cónyuges.

Los esposos presentarían ante el juez de lo Familiar de su domicilio, en la vía de jurisdicción voluntaria, una solicitud de separación junto con un convenio similar al que se presenta en los casos de divorcio por mutuo consentimiento.

Aun cuando los Tribunales Federales han dado validez a los convenios de separación entre los esposos, sería conveniente una reforma al artículo 409 del Código Civil del Estado con el objeto de suprimir la limitación a la posibilidad de los esposos para solicitar judicialmente la autorización de su separación en los dos casos ahí prescritos y ampliarla a cualquier causa que verdaderamente lo justificara, como podría ser el que el otro cónyuge hubiere incurrido en alguna de las causales de divorcio.

Transcribimos las siguientes tesis del Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito, del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito y del Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, todos ellos en materia civil, las cuales apoyan la tesis de que los esposos pueden celebrar un convenio de separación, con el objeto de darse un espacio y evitar la disolución de su matrimonio.

No. Registro: 250,561

Materia(s): Civil

Séptima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 151-156 Sexta Parte

Tesis:

Página: 77

Genealogía:

Informe 1981, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 14, página 176.

DOMICILIO CONYUGAL, CONVENIO DE SEPARACION DEL. La separación física del domicilio conyugal o de la casa que se habita puede ser materia de un convenio entre los cónyuges, que no es violatorio de disposiciones de orden público e irrenunciable, porque únicamente afecta los intereses particulares de ambos cónyuges; en tal virtud, para el efecto de que se intente establecer que existe abandono injustificado, es menester que se haga un previo requerimiento de reintegración al domicilio conyugal y que transcurran más de seis meses, a partir de ese requerimiento que desde luego debe hacerse en forma fehaciente. Caso contrario ocurrirá si en el convenio celebrado entre los cónyuges se hubiera pactado, no sólo la separación física de la casa que es el hogar conyugal, sino también que el cónyuge que se separe deje de prestar al otro y a los hijos la protección y auxilio que natural y civilmente está obligado a darles, supuesto este último que si iría en contra de disposiciones de orden público e irrenunciables. En consecuencia, en el primer

caso es justificada la separación física de la casa que es la morada conyugal por existir convenio al respecto y sólo se puede establecer que hay injustificación cuando se acreditan los restantes elementos que se han precisado.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 536/81. Carmen Heredia de Mendoza. 8 de octubre de 1981. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios.

No. Registro: 249,127

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Séptima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 181-186 Sexta Parte

Tesis:

Página: 70

Genealogía:

Informe 1984, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 1, página 327.

DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE, CUANDO EXISTE CONVENIO SOBRE LA SEPARACION.

La negativa de la demandada a reintegrarse al domicilio de su esposo se encuentra justificada, si existe un convenio ratificado judicialmente y elevado a la categoría de cosa juzgada, celebrado por ambos cónyuges, con cuya vigencia se impide el nacimiento de la causal de abandono del domicilio conyugal, si de su lectura se advierte que efectivamente hubo un acuerdo de separación entre los cónyuges, estableciéndose en una cláusula del mismo su vigencia hasta en tanto se acordara lo contrario, en forma bilateral.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 600/83. Juan Ramírez Quezada. 22 de mayo de 1984. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero.

No. Registro: 216,629

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XI, Abril de 1993

Tesis:

Página: 242

DIVORCIO, ABANDONO COMO CAUSAL DE. EL CONVENIO DE SEPARACION HACE IMPROCEDENTE LA ACCION (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO).

La acción de divorcio necesario fundada en el abandono injustificado del hogar conyugal, resulta improcedente en aquellos casos en que después de transcurrido el plazo de seis meses que exige la ley para que se demande, se demuestra que los cónyuges celebraron un acuerdo con el propósito directo de vivir separados, porque ello implica el otorgamiento tácito del perdón de parte del cónyuge abandonado, que trae como consecuencia que la causal no pueda ser invocada después para pedir la disolución del vínculo matrimonial, por disponerlo así expresamente el artículo 263 del Código Civil, que dice: "Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 253 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito".

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 27/93. Marcelo Ramos Ortega. 10 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Joel A. Sierra Palacios.

Amparo directo 28/93. Edelmira Padrón González. 10 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Joel A. Sierra Palacios.

Amparo directo 28/93. Edelmira Padrón González. 10 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Joel A. Sierra Palacios.

4. EL DIVORCIO EN JALISCO.

4.1. Concepto.

El artículo 403 del Código Civil del Estado de Jalisco establece. "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los que fueron cónyuges en aptitud de contraer otro."

Como se puede observar, la redacción anterior no define el divorcio. Solamente establece sus efectos, que son: a) la disolución del vínculo matrimonial; y b) la posibilidad de los ex-cónyuges de contraer un nuevo matrimonio.

Una definición que abarcara los elementos tradicionales de toda definición: el género próximo y la diferencia específica, sería: El divorcio es la especie de disolución del matrimonio que trae como consecuencia la ruptura del vínculo y por

la cual los esposos quedan en aptitud de contraer nuevo matrimonio. El género próximo es: la especie de disolución del matrimonio, y las diferencias específicas son: que rompe el vínculo matrimonial y deja a los que fueron esposos en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

Dado que la ilegitimidad del matrimonio no disuelve el vínculo matrimonial, sino declara que ese vínculo es nulo, la única otra especie de disolución del matrimonio es la muerte.

4.2. Especies de divorcio.

A. Divorcio Contencioso o necesario.

a) Concepto.

Es la especie de disolución del matrimonio que procede cuando uno de los cónyuges ha incurrido en alguna de las causales previstas por la ley como suficientes para que el otro cónyuge demande el divorcio.

El artículo 404 del CCJ establece dieciocho causas por las que se puede demandar el divorcio. Se podrían señalar como causales de divorcio "sanción" las establecidas en las siguientes fracciones:

I.- La infidelidad sexual.

II.- Que la mujer dé a luz un hijo concebido antes de su matrimonio, que no fue engendrado por su cónyuge.

III.- La propuesta de uno de los cónyuges para prostituir al otro.

IV.- La incitación o violencia sobre el otro cónyuge para que cometa un delito.

V.- Los actos inmorales ejecutados con el fin de corromper a los hijos, tanto del matrimonio como de uno solo de los cónyuges.

VIII.- La separación del hogar conyugal por más de seis meses, sin causa justificada.

IX.- La separación del hogar conyugal por más de un año sin el consentimiento del otro consorte.

XI.- La sevicia, la difamación, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para sus descendientes.

XII.- La tortura psíquica.

XIV.- La negativa injustificada a darse alimentos entre sí y a los hijos.

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

XVI.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito infamante por el cual se le haya condenado a más de dos años de prisión.

XVII.- Los hábitos de juego, embriaguez o drogas, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan motivos de desavenencia constante.

XVIII.- Cometer un cónyuge contra el otro, una conducta que sería un delito si fuera un extraño el que lo cometiera, que tenga una pena mayor de un año de prisión.

Sin dejar de considerar que algunas de las causales anteriormente señaladas podrían ser consideradas al mismo tiempo como un remedio, enunciaremos ahora las causales que no podrían de ninguna manera ser causa de divorcio como una sanción al cónyuge que cae en el supuesto de la norma y que, por lo tanto, sólo pueden ser vistas como un remedio a una situación difícil o peligrosa. Estas son:

VI.- Padecer alguna enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, que ponga en peligro la vida del otro cónyuge y que se prolongue por más de dos años.

VII.- Padecer enajenación psíquica incurable declarada judicialmente.

No estamos de acuerdo con que las enfermedades físicas o mentales -a menos que fueren anteriores al matrimonio y que el cónyuge enfermo lo hubiere ocultado-, sean razón suficiente para que el cónyuge sano demande el divorcio. El día de su matrimonio los esposos prometieron guardarse fidelidad y ayudarse mutuamente, en lo próspero y en lo adverso, **en la salud y en la enfermedad**, y amarse y respetarse todos los días de su vida. Podría cuestionarse lo anterior al decirse que eso vale para el matrimonio sacramento, a lo cual se responde que uno de los fines del matrimonio civil es también la ayuda mutua. Ayuda mutua que comprende no sólo el socorro en las necesidades materiales, sino también en las espirituales. No somos únicamente cuerpo material. Somos un compuesto substancial de cuerpo material orgánico y alma espiritual y como tales, tenemos necesidades materiales e inmateriales. Es por esto que consideramos que estas causales deberían desaparecer de la lista del artículo 404.

Causales que podrían ser consideradas como "remedio":

X.- La declaración judicial de ausencia y la declaración judicial de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se requiere la declaración de ausencia previa.

XIII.- La incompatibilidad de caracteres que haga imposible la vida conyugal. Esta causal sólo podrá invocarse después de un año de celebrado el matrimonio.

Además de las causales de divorcio establecidas en el artículo 404 del CCJ, existe otra causal, prescrita en el artículo 405, el cual establece que “cuando un cónyuge demande el divorcio o la ilegitimidad del matrimonio por causas que no justifique o que hayan resultado insuficientes, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la sentencia que cause estado o de la resolución que decreta la caducidad de la instancia.”

El legislador ha considerado razón suficiente para que el cónyuge que fue demandado pueda contra demandar el divorcio, cuando la acción en su contra no fue debidamente probada y justificada. Pero al mismo tiempo ha establecido un lapso de tres meses a partir de la notificación de la sentencia o de la declaración de caducidad de la instancia, con el objeto de dar tiempo a la posible reconciliación de los cónyuges.

b) Medidas provisionales durante la tramitación del divorcio necesario.

En virtud de que la disolución del matrimonio se ha demandado por alguna de las causales legales en que uno de los cónyuges ha incurrido, el otro cónyuge, al demandar el divorcio, puede solicitarle al juez que decreta:

a).- La separación de los cónyuges.

b).- Las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes haya obligación de dar alimentos (407).

c).- Asimismo, en los casos en que exista violencia o peligro para los integrantes de la familia, el juez dictará las medidas adicionales necesarias que garanticen su seguridad integral (407, segundo párrafo). El juez puede ordenar en estos casos, que el cónyuge demandado se abstenga de acercarse o de ir al domicilio conyugal, por ejemplo.

c) Consecuencias de la presentación de la demanda de divorcio.

La presentación de la demanda de divorcio deberá hacerse dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado al conocimiento del otro cónyuge los hechos en que se funde la demanda, salvo que se funde en causales de tracto sucesivo (art. 410).

Las consecuencias de la presentación de la demanda de divorcio son (414):

I.- Cesa la presunción de que hay convivencia conyugal.

II.- Quedan revocados los poderes que un cónyuge haya dado al otro. Esta disposición no puede afectar derechos de terceros.

III.- Separar a los cónyuges. El juez decretará quién permanecerá en el domicilio conyugal, así como, previo inventario de los bienes, determinará cuáles se quedan en el domicilio conyugal y cuáles podrá llevarse el otro cónyuge.

IV.- El juez dictará las medidas precautorias que correspondan, cuando la mujer esté embarazada.

V.- Se pondrán los hijos al cuidado de persona idónea.

VI.- El juez dicta las medidas de seguridad que sean necesarias en los casos en que hubiere peligro o violencia para la familia. (407).

d) Efectos de la sentencia de divorcio:

La sentencia de divorcio fija la situación de los hijos, del cónyuge inocente y de los bienes comunes, en los siguientes términos:

I. En relación con los hijos, el juez determinará (art. 415 CCJ):

***Respecto a la patria potestad:**

A este respecto, se estará a lo establecido en el capítulo del Código que regula la patria potestad y sólo decretará su pérdida cuando el actor lo haya demandado y que en el juicio haya probado las causas que lo justifiquen.

***Respecto a la custodia:**

Se deja a los cónyuges la libertad de convenir quién la tendrá. Pero el cónyuge inocente podrá pedir que se revoque en cualquier momento.

A falta de convenio, la custodia corresponderá al cónyuge inocente. Si los dos cónyuges fueren culpables, se otorgará la custodia al ascendiente que corresponda, y si no lo hubiese, el Consejo de Familia designará la persona a quien le corresponda..

Si el cónyuge inocente falleciera, el sobreviviente tendrá la custodia, salvo que existieren inconvenientes para ello.

En todo caso, el juez atenderá el interés superior de los menores y si fuere necesario y conveniente, escuchará la opinión de los niños.

***Respecto a la Tutela (art. 416 CCJ):**

El juez podrá llamar a los parientes a quienes correspondería la tutela de los menores y escuchar su opinión, antes de tomar cualquier medida sobre la tutela, pero en todo caso, deberá decidir lo que considere más benéfico para los menores.

II. En relación con los cónyuges.

1.- El cónyuge inocente podrá demandar una pensión alimenticia, la cual será fijada por el juez tomando siempre en consideración la necesidad del acreedor y la posibilidad del deudor. El artículo 419 establece que el cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente; sin embargo, para su fijación, se deberán tomar en cuenta las circunstancias del caso, así como la proporción en la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos.

2.- El cónyuge culpable deberá responder de los daños o perjuicios causados a los intereses del cónyuge inocente, como debe responder el autor de un hecho ilícito (419).

3.- El cónyuge culpable deberá esperar dos años, contados a partir de que se decretó el divorcio, para volverse a casar (420).

III. En relación con los bienes.

1.- El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio, recuperando el donante los bienes donados (417).

2.- El cónyuge inocente conservará lo recibido por su matrimonio y podrá reclamar lo pactado en su provecho (417).

e) Disposiciones varias respecto al divorcio necesario.

Primera: El cónyuge ofendido no podrá demandar el divorcio si expresa o tácitamente perdonó a su esposo. El perdón expreso puede ser verbal o por escrito. El tácito se da cuando existen conductas que lo hagan presumir, como podría ser el hecho de que la esposa fuera de vacaciones con su esposo o que continuamente saliera con él (411).

Segunda: La reconciliación de los esposos pone fin al juicio de divorcio. Los esposos deben informar al juez de su reconciliación; sin embargo, la omisión de informar al juez no destruye los efectos producidos por la reconciliación (412).

Tercera: El cónyuge que no ha dado causa al divorcio puede, antes de que se dicte la sentencia de divorcio, desistirse de la acción y exhortar a su cónyuge a reunirse con él.

Cuarta: Si los esposos se han reconciliado, no puede el cónyuge ofendido demandar el divorcio por los mismos hechos por los que había demandado anteriormente, aunque sí puede demandar por nuevos hechos, aunque sean de la misma especie (413).

B. Divorcio por mutuo consentimiento o voluntario.

a) Concepto.

Es la especie de divorcio que se caracteriza porque ambos cónyuges, de común acuerdo, toman la decisión de disolver su matrimonio. Para ello, acuden al juez de su domicilio a solicitarle que decreta la disolución del vínculo matrimonial que los une.

Las razones que se han aducido en apoyo a esta forma de divorcio son: a) evita experiencias traumáticas tanto para los cónyuges como para los hijos y demás familiares; b) no se sienta en el banquillo de los acusados a uno de los esposos; c) evita que se ventilen intimidades del núcleo familiar.¹²⁹

b) Requisitos.

Para que los cónyuges puedan tramitar el divorcio por mutuo consentimiento necesitan: (406):

i).- Tener más de un año de casados.

ii).- Presentar junto con la solicitud del divorcio:

- Un certificado médico expedido por la Secretaría de Salud en el que conste la gravidez o ingravidez de la esposa.
- Un convenio en el que de común acuerdo establezcan lo relativo a:
 - a) La custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento de divorcio como una vez concluido el trámite.
 - b) La forma de subvenir a las necesidades de los hijos, durante y después del procedimiento de divorcio.
 - c) Forma de subvenir a los gastos del parto, en su caso.
 - d) La casa que servirá de habitación a cada uno.
 - e) La pensión alimenticia en su caso.

¹²⁹Ibidem, p. 151.

- f) La forma de hacer el pago de los alimentos y la garantía para asegurar su pago.
- g) La manifestación expresa de que ambos cónyuges quedan exentos de la obligación alimentaria, cuando así lo convengan.
- h) La manera de administrar la sociedad conyugal o legal y el procedimiento de su liquidación.
- i) Para hacer la liquidación de la sociedad conyugal o legal se hará un proyecto de partición de los bienes.

El convenio de divorcio debe ser aprobado por el juez, con intervención del ministerio público cuando hay hijos menores de los cónyuges que pretenden divorciarse.

c) Efectos del divorcio.

*** Durante el trámite del divorcio:**

- a) El juez autoriza la separación provisional de los cónyuges.
- b) Dicta las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos que tienen derecho a alimentos.
- c) Dicta las medidas de seguridad que sean necesarias (art. 407).

En apoyo a la tesis de que tanto el orden jurídico como la sociedad entera tienen interés en que haya matrimonios estables, está la disposición del código Civil que establece la posibilidad de que los cónyuges que hayan solicitado el divorcio, puedan dar marcha atrás y reunirse nuevamente (408). Para ello se requiere únicamente que el juez no haya dictado la sentencia decretando el divorcio. En el supuesto de que los cónyuges se hayan reconciliado antes de que se hubiere decretado su divorcio, no podrán volver a solicitarlo sino después de tres meses contados a partir de la presentación de la última promoción ante el juzgado que conoció de la solicitud del divorcio (art. 408).

*** Al decretarse el divorcio**

Por tratarse de un divorcio voluntario, todas las cuestiones relacionadas con los hijos menores, los esposos y sus bienes podrán ser determinadas por los mismos cónyuges en el convenio que para ello celebren. Sin embargo, este convenio deberá ser aprobado por el juez y por el ministerio público, tanto para proteger a los hijos como a los propios esposos. Lo único que regula el Código, es la

obligación de los ex esposos de esperar un año, contado a partir de que se decretó el divorcio por mutuo consentimiento, para poder volverse a casar (art. 420).

4.3. Registro Civil.

Cuando la sentencia de divorcio ha causado estado en virtud de que ha transcurrido el término legal para poder interponer algún recurso en su contra, el juez que la dictó deberá remitir copia de dicha sentencia a la Dirección del Registro Civil y al Oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente y, además, para que publique la parte resolutive de la sentencia durante quince días en los estrados destinados para ello (art. 422).

5.- CONCUBINATO.

5.1. Concepto.

Es una situación de hecho, en la que un hombre y una mujer viven como si fueran cónyuges, sin estar casados.

El Diccionario Jurídico Mexicano¹³⁰ señala que el concubinato “se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos.”

Según Chávez Asencio, “Es frecuente calificar al concubinato de inmoral sin mayor investigación sociológica; sin conocer la realidad existencial de las parejas que viven en concubinato, ni la realidad social que quizás las lleve a esa unión.” Y al señalar las posibles causas del concubinato, el autor señalado sostiene que “las económicas...influyen determinadamente en la constitución de estas uniones de *facto*, debido a la pobreza extrema en que viven muchas personas menos favorecidas de nuestra sociedad, que están imposibilitadas para costear los gastos propios de una boda.” “Otra causa que se menciona es la cultural, la que se deriva de la ignorancia en cuanto a la reglamentación que el Estado hace del matrimonio y los derechos que se adquieren con ello.”¹³¹

¹³⁰ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, tomo II, c-ch, UNAM, Profesional Tipográfica, S. de R.L. México, 1983, p.191.

¹³¹ CHÁVEZ ASENCIO, op. cit., págs. 266, 267.

En algunas legislaciones como la Rusa, la de Estados Unidos, la de Escocia y la de Cuba, se atribuyen al concubinato los mismos efectos jurídicos que al matrimonio. En estas legislaciones se atiende únicamente al consentimiento de las partes y a la prueba de la voluntad. A esta unión que, desde el punto de vista de la legislación civil mexicana, es un concubinato, se le denomina matrimonio contractual no solemne, matrimonio por comportamiento, matrimonio de hecho, etc, presentándose pequeñas variaciones entre unos y otros.

5.2. Regulación jurídica.

Para que esta relación de hecho, entre un hombre y una mujer que sin estar casados viven como cónyuges, produzca efectos jurídicos se requiere:

- a) Que el hombre y la mujer hayan permanecido libres de matrimonio (viudos, divorciados o solteros) durante el tiempo que duró el concubinato.
- b) Que hayan vivido como esposos durante cinco años o más. Para tener derecho a la sucesión hereditaria, estos cinco años deben ser inmediatos anteriores a la muerte de uno de ellos.
- c) En el caso de que hayan procreado hijos, el plazo de convivencia se reduce a tres años (segundo párrafo del art. 778, CCJ)

En el Código Civil de 1928, ahora Código Civil Federal, no se le reglamenta como figura jurídica, pero por primera vez en México se reconocen los efectos jurídicos que de esta unión se derivan, como sigue:

- a) El derecho de los concubinarios a participar en la sucesión hereditaria (art. 1635 Código Civil Federal).
- b) La posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubinarios, en los términos de los artículos 382 y 383 (Código Civil Federal).
- c) El derecho recíproco a recibir alimentos entre los concubinarios (302 Código Civil.Federal).
- d) El derecho de los hijos habidos durante el concubinato a recibir alimentos de su padre y de su madre (303 Código Civil Federal).
- e) Establecida la paternidad de los hijos de la concubina, éstos tienen derecho a la sucesión del padre.

Además de los derechos prescritos en el Código Civil Federal, otros ordenamientos legales conceden efectos jurídicos al concubinato. Por ejemplo:

- a) El derecho de los concubinarios a recibir la indemnización por la muerte del concubino, que haya perdido la vida como consecuencia de un riesgo profesional (art. 501 de la Ley Federal del Trabajo).
- b) El derecho de los concubinarios a recibir la pensión establecida en los artículos 73 y 152 de la Ley del Seguro Social, en los casos de muerte del asegurado por riesgo profesional, accidente o enfermedad no profesional, y a las pensiones de viudez cuando el concubinario ha fallecido o recibía pensión de invalidez, vejez o cesantía.

El Código Civil del Estado de Jalisco de 1995 suprimió el derecho recíproco de los concubinarios a darse alimentos. En la exposición de motivos de este Código se manifiesta la voluntad de derogar este derecho con la intención de desestimular las uniones libres y promover los matrimonios. A pesar de todo, se siguen atribuyendo efectos jurídicos al concubinato en los siguientes casos:

I. La investigación de la paternidad está permitida en los casos expresamente señalados en el artículo 512 del Código Civil del Estado de Jalisco. Esta disposición establece:

“La investigación de la paternidad de los hijos procreados fuera de matrimonio, sólo se permite:

1. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.”

Y el artículo 513 establece:

“Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

1. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; y

2. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina”.

Esta presunción de ser hijos de los concubinos, es una prueba y una de las hipótesis legales que permiten la investigación de la paternidad.

II.- Asimismo, el concubinato permite a los concubinos la creación de un patrimonio familiar. El patrimonio de familia está formado por un conjunto de bienes que son inembargables e intransmisibles. Características que permiten la protección de la familia.

El patrimonio de familia puede ser constituido por cualesquiera de los miembros de ella. Y se considera familia, para estos efectos, todo grupo de personas que habitan una misma casa, se encuentren unidos por vínculo de matrimonio o concubinato (778).

El código establece, en este capítulo en que regula el patrimonio de familia, lo que entiende por concubinato. En el segundo párrafo del artículo 778 prescribe: “Para los efectos de este artículo, se entiende por concubinato el estado por el cual un hombre y una mujer solteros viven como si fueran cónyuges, durante cinco años o más. Se considera también concubinato cuando transcurridos tres años de iniciada esa unión, hubieren procreado entre sí algún hijo.”

CAPÍTULO VI PARENTESCO Y ALIMENTOS

SUMARIO. 1.- PARENTESCO. 1.1. PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD. 1.2. PARENTESCO DE AFINIDAD. 1.3. PARENTESCO CIVIL. 1.4. INCOMPATIBILIDADES QUE NACEN DEL PARENTESCO. 1.5. LÍNEAS Y GRADOS DE PARENTESCO. 2. ALIMENTOS. 2.1. GENERALIDADES. 2.2. ELEMENTOS QUE COMPRENDEN. 2.3. EXTINCIÓN.

1. PARENTESCO.

a) Concepto.

En términos generales se puede definir el parentesco como: “La relación que existe entre los miembros de una misma familia”.

Dado que se considera que el matrimonio es el centro de la familia, de éste deriva: a) una relación conyugal entre los esposos; b) relación de parentesco por consanguinidad entre los cónyuges y sus descendientes; y c) parentesco de afinidad entre los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges y el otro cónyuge. Por otro lado, la filiación extramatrimonial genera asimismo el parentesco de consanguinidad. Finalmente, la adopción es la fuente del parentesco civil.

b) Tipos de parentesco.

El Código Civil del Estado de Jalisco reconoce tres tipos de parentesco:

- a) Parentesco de consanguinidad (art. 424).
- b) Parentesco de afinidad. (art. 425).
- c) Parentesco civil (art. 426).

Respecto a la redacción del artículo 423 del Código mencionado, cabe decir que es una reminiscencia de los códigos del siglo XIX, cuando, como consecuencia de la ruptura entre la Iglesia y el Estado se desconoció todo efecto civil a los actos celebrados religiosamente. Antes de las Leyes de Reforma, el parentesco espiritual nacido del bautismo tenía algunos efectos. Pero en el Código Civil de 1870 expresamente se negaron tales efectos, al redactarse la norma en la misma forma que se conserva hasta nuestros días, esto es: “La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil.” Con esto se quiso excluir tajantemente el parentesco espiritual que nace de los sacramentos. Pero para excluir este tipo de parentesco no es necesario que continúe la redacción en la

misma forma; bastaría con que el artículo 423 en comento estableciera que para la ley civil existen el parentesco de consanguinidad, el de afinidad y el civil.

El Código Civil vigente en el Estado de Jalisco, en un afán loable de adecuar la ley a la realidad social, ha establecido la posibilidad de que los menores que de progenitores y otros parientes puedan quedar bajo la custodia de personas a las que se encuentren ligadas por lazos espirituales, como serían lo padrinos de bautismo, por ejemplo (fracción IV del artículo 572).

1.1. PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD.

a) Concepto.

El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden unas de otras de un mismo progenitor.

b) Efectos.

El parentesco de consanguinidad produce los siguientes efectos:

1. **Derecho a alimentos.** El parentesco de consanguinidad genera la obligación recíproca de darse alimentos entre los parientes en línea recta sin limitación de grado y hasta el cuarto grado en la línea colateral.
2. **Derecho al nombre.** El nombre propio es escogido libremente por los padres o por quien lleva a registrar al menor; pero el patronímico necesariamente se forma con los apellidos de los progenitores. El derecho al nombre es uno de los efectos más importantes que se derivan del parentesco.
3. **Derecho sucesorio.** Una persona puede heredar su patrimonio libremente mediante testamento, pero cuando no lo hace, la ley establece el orden en que los parientes consanguíneos reciben la herencia de sus parientes. En el supuesto de que en el testamento se hubiere desheredado a alguna persona, a quien el testador hubiere tendido la obligación de dar alimentos, entonces dicha persona tiene derecho a demandar lo necesario para subsistir con cargo a la masa hereditaria.
4. **Impedimentos.** Los parientes consanguíneos en línea recta, sin limitación de grado, están impedidos de contraer matrimonio entre sí (fracción II del artículo 268), y los parientes en línea colateral igual en segundo grado (hermanos y medios hermanos) tienen el mismo impedimento que no es dispensable. Los parientes en línea colateral, igual o desigual, hasta el cuarto grado (primos hermanos

y tíos), tienen este mismo impedimento, aunque en este caso el impedimento puede ser dispensado por el juez.

1.2. PARENTESCO DE AFINIDAD.

a) Concepto.

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

b) Efectos.

El parentesco de afinidad no produce más efectos que el **impedimento para contraer matrimonio**, y este impedimento sólo existe entre el ex cónyuge y los parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grado, del otro ex cónyuge. El ex cónyuge no podrá nunca casarse con su suegro, por ejemplo.

De la interpretación de esta disposición se deduce que aunque el matrimonio termine, el parentesco de afinidad en línea recta continúa, ya que si se tratara de un impedimento estando vigente el matrimonio que produjo el parentesco, estaríamos en presencia del impedimento no de parentesco sino de impedimento por vínculo previo subsistente y sería inútil la fracción IV del artículo 268 del Código del Estado. Por lo tanto, la forma de entender correctamente la fracción IV es considerar que el parentesco por afinidad subsiste aún después de la muerte o del divorcio.¹³²

Este impedimento para contraer matrimonio entre los parientes por afinidad en línea recta ya se encontraba en el Derecho Romano. Las Institutas de Justiniano prohibían casarse “con la suegra o la madrastra, porque están en lugar de las madres.”¹³³

Aun después de disuelto el matrimonio la prohibición subsiste, ya que si la mujer aún estuviere casada con el hijo del que pretende casarse con ella, el derecho prohibiría tales nupcias, porque no se puede tener dos esposas simultáneamente. Lo mismo sucedería si aún fuera suegra del que pretende casarse con ella, esto es, si todavía estuviere casado con su hija, ya que el matrimonio es monogámico: “uno con una y nada más”

El parentesco por afinidad no produce más que el efecto que acabamos de analizar, no da derecho a alimentos ni a la sucesión legítima.

¹³² Cfr. PACHECO, op. cit., p. 34.

¹³³ INSTITUTAS, Libro I, título X, n. 7.

1.3. PARENTESCO CIVIL

a) Concepto.

El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado, en los casos de adopción simple. Cuando se hubiere optado por la adopción plena, las relaciones de parentesco se establecen además entre el adoptado y la familia o familias del adoptante o adoptantes (art. 426 CCJ).

b) Efectos.

Los efectos del parentesco civil son los mismos que se generan por el parentesco de consanguinidad. Sin embargo, es necesario distinguir entre los efectos que nacen de la adopción simple y los que nacen de la adopción plena.

Si el parentesco civil se generó por la adopción simple, los efectos relativos al nombre, los alimentos, la sucesión legítima y los impedimentos para contraer matrimonio se producen única y recíprocamente entre el adoptado y el adoptante o los adoptantes.

Si el parentesco civil se produjo como consecuencia de una adopción plena, el hijo que así fue adoptado, entra a formar parte de la familia de los adoptantes como si se tratara de un hijo biológico (art. 437) y, por lo tanto, se producen los mismos efectos del parentesco de consanguinidad: a) derecho al nombre; b) derecho a alimentos; c) derecho a la sucesión legítima; y d) impedimentos para contraer matrimonio entre el adoptado y todos los parientes en línea recta sin limitación de grado, en línea colateral igual hasta el segundo grado y en línea colateral igual o desigual hasta el cuarto grado, siendo este último un impedimento dispensable (con dispensa judicial sí se podría casar con sus primos hermanos).

1.4. LÍNEAS Y GRADOS DE PARENTESCO.

Existen dos líneas para medir el parentesco: a) línea recta y b) línea colateral o transversal. Cada generación forma un grado y una serie de grados constituye la línea de parentesco (427).

La línea recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras (428). Ésta puede ser ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede, por ejemplo al hijo con su padre, su abuelo, etc.; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden, por ejemplo, a los padres con sus hijos, nietos, etc. (429).

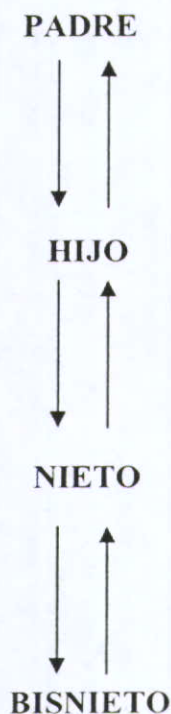
La línea transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor común (428). Los parientes no descienden unos de otros, pero reconocen un mismo progenitor. Así, los hermanos, tíos, sobrinos, primos, que reconocen a un mismo abuelo como progenitor común, sin descender unos de otros.

Existen dos formas para contar los grados de parentesco:¹³⁴

1. Se cuenta el número de personas que forman la línea y se suprime al progenitor común. Así en línea recta entre el abuelo y el nieto existen tres personas: abuelo padre y nieto, de modo que el grado de parentesco entre ellos es el segundo.
2. Se consideran las generaciones que separan a un pariente de otro. Así entre padre e hijo hay una generación: por lo tanto el grado de parentesco entre ellos es el primero. Entre el abuelo y el nieto hay dos generaciones, por lo tanto, son parientes en segundo grado.

1.4.1. Representación gráfica de las líneas de parentesco.¹³⁵

a) Línea recta

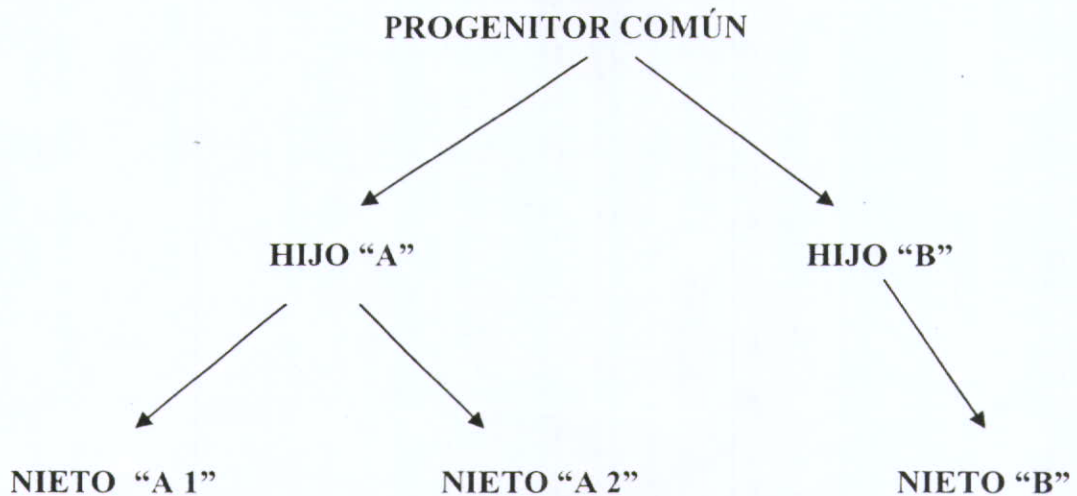


Como ya se dijo, en la línea recta, los grados se cuentan por el número de generaciones o por el de las personas, excluyendo al progenitor común (art. 430).

¹³⁴ BAQUEIRO ROJAS, op. cit., p. 20.

¹³⁵ Idem.

b) Línea colateral



Para contar el parentesco entre los nietos "A" y "B" se inicia por una línea y se desciende por la otra: Nieto A, Hijo A, Progenitor Común, Hijo B, Nieto B, cinco personas, cuatro generaciones: igual a cuarto grado.

El artículo 431 establece la regla para contar los grados de parentesco en la línea colateral o transversal: En la línea transversal, los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo al progenitor común.

1.5. INCOMPATIBILIDADES QUE NACEN DEL PARENTESCO.

Por considerar que entre los parientes puede haber intereses comunes, la ley establece una serie de incompatibilidades que se traducen en la prohibición de celebrar determinados actos jurídicos.

- a) Prohibición a los parientes del médico que atendió a una persona en su última enfermedad de heredar por testamento a dicha persona, por presunción contraria a la libertad de testar del enfermo.
- b) Prohibición a los parientes del notario, incluyendo a su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, de ser instituidos herederos en el testamento que fue otorgado ante dicho notario, por presunción contraria a la libertad de testar.
- c) Por la misma presunción contraria a la libertad de testar, existe prohibición de que el testador instituya herederos al ministro de culto que lo atendió espiritualmente en su última enfermedad y a los parientes de éste.

- d) Por presuponer intereses comunes, los parientes de los administradores de una sociedad anónima no pueden ser comisarios, esto es, no pueden ejercer funciones de vigilancia en dicha sociedad.
- e) Por presunción de parcialidad a favor de sus parientes, los magistrados, jueces o secretarios, están impedidos de conocer los asuntos en los que directa o indirectamente se encuentren involucrados intereses de dichos parientes.
- f) Asimismo, por presunción de parcialidad, los notarios están impedidos de participar en determinados actos de sus parientes (art. 35 frac. III de la Ley del Notariado del D. F., y art. 35, fracc, III y VI de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco).

2. DE LOS ALIMENTOS.

2.1. GENERALIDADES.

a) Concepto.

Se entiende por alimentos el “conjunto de prestaciones que una persona llamada alimentista recibe de otra que tiene la obligación de proporcionarlos y que tienen por objeto satisfacer necesidades de subsistencia, como casa, vestido, sustento, etc., basadas en la existencia de un vínculo familiar o matrimonial previo.”

b) Fundamento legal de los alimentos.

-En el Derecho natural, del que se derivan:

- El derecho a la vida y a su conservación.
- La solidaridad parental y filial.
- La solidaridad familiar.
- La solidaridad entre cónyuges.

El derecho a los alimentos tiene su principal fundamento en el derecho natural a la vida, ya que este derecho es condición de posibilidad de todos demás derechos y requiere los satisfactores necesarios para sobrevivir.

- En el derecho positivo:

* En la Constitución Política, las garantías contenidas en su parte dogmática constituyen el fundamento legal de derecho positivo a nivel federal.

* En el Código Civil del Estado, que regula el derecho de alimentos en los artículos 432 al 455. En ellos se establecen: los sujetos, las características, los elementos que comprende la obligación alimentaria y las demás circunstancias que la rodean.

La Constitución Política Federal establece la protección a los derechos fundamentales de la persona humana a través de las garantías constitucionales. El derecho a los alimentos, entendiendo como tales: casa, vestido, sustento y demás satisfactores básicos, se fundamenta en el derecho a la vida, el cual es condición de posibilidad del ejercicio de todos los demás derechos. Sin la vida, todos los demás derechos salen sobrando.

c) Sujetos.

Son sujetos de la obligación-derecho de dar o recibir alimentos: el sujeto pasivo, llamado deudor alimentario porque es la persona que tiene la obligación de proporcionar los alimentos, y el sujeto activo, llamado acreedor alimentario, que es la persona que tiene el derecho de exigir y recibir los alimentos.

La reciprocidad es una característica de la obligación alimentaria, por la cual el que tiene el derecho a recibir alimentos, tiene en su momento la obligación de proporcionarlos. De acuerdo con ella son sujetos de la obligación en forma recíproca:

- a) Los padres.(434)
- b) Los hijos.(435)
- c) Los cónyuges. (433)
- d) Los hermanos (436)
- e) Los demás ascendientes (434)
- f) Los que hubieren recibido el apoyo de una institución de beneficencia.

La obligación de dar alimentos a un interno en una institución de beneficencia que tiene el que a su vez hubiere recibido alimentos de una institución, es una novedad del Código Civil del Estado de Jalisco, actualmente en vigor. Es uno de los presupuestos de la obligación alimentaria, que quien debe proporcionar los alimentos esté en posibilidades de hacerlo. En el supuesto de que así sea, si quien estuvo internado en un orfanatorio o institución de beneficencia tiene posteriormente una buena situación económica, es de justicia que actúe con reciprocidad y proporcione alimentos a un necesitado que se encuentre en la situación en que el se encontraba anteriormente.

d) Requisitos de existencia del deber-derecho alimentarios.

I- Para que exista y subsista la obligación y el derecho a los alimentos se requieren dos presupuestos: a) La posibilidad del deudor y b) La necesidad del acreedor. Faltando cualquiera de ellos, la obligación alimentaria se extingue.

II. Ser el pariente más próximo de los obligados a proporcionar alimentos. En esta materia existe el aforismo de que “Los parientes más próximos excluyen a los más lejanos”.

III.- Ser cónyuges entre sí. En el Código Civil del Estado se suprimió el derecho a alimentos entre los concubinos. La razón legal para ello fue el intento de desestimular las uniones libres, pues entre más se difundan los beneficios del matrimonio, se adujo, las parejas se darán cuenta de las desventajas de vivir en concubinato.

e) Características del derecho-deber a los alimentos.

a) Personalísimo e intransmisible (432 in fine).

La finalidad de los alimentos es proporcionar al acreedor alimentario lo necesario para su subsistencia. De esta finalidad se deriva su carácter personalísimo. Sólo el necesitado puede demandar y cobrar su pensión alimenticia, aunque esto no quita que lo pueda hacer a través de mandatario o de representante legal, como sucede en el caso de que los acreedores sean menores de edad que no pueden actuar por sí mismos, sino a través de sus representantes.

Es intransmisible ya que sería contrario a su finalidad que el derecho a alimentos se pudiera enajenar o transmitir a otra persona por cualquier otro título, siendo irrelevante que fuera onerosa o gratuita la transmisión.

b) Recíproco.

La persona que proporciona los alimentos tiene a su vez el derecho a recibirlos. Esto está condicionado por el grado de la necesidad y de la posibilidad del acreedor y del deudor alimentarios. Los sujetos enumerados en los artículos del 433 al 437 (padres, esposos, hijos, ascendientes, hermanos, padres adoptivos y quien haya estado internado en un orfanatorio) están recíprocamente obligados; cualquiera de ellos es potencialmente deudor o acreedor de la obligación alimentaria, pues “quien en un momento determinado está en condiciones de prestar alimentos, puede en un futuro necesitar de ellos.”¹³⁶

c) Condicional.

Esta característica fue mencionada en el inciso anterior. Sin embargo, es importante insistir en que la obligación y el derecho alimentarios sólo se deben mientras existan y subsistan la necesidad del acreedor y la posibilidad del deudor. De tal manera que si termina la necesidad del acreedor o cesa la posibilidad del deudor el derecho y la obligación se extinguen.

¹³⁶ LLEDÓ YAGUE, op cit., p. 372.

En este derecho la condición, acontecimiento futuro e incierto, es que existan y subsistan la necesidad de uno y la posibilidad del otro de los sujetos de la relación jurídica, la cual nace del parentesco o del matrimonio y se traduce en la obligación y el derecho de recibir y prestar los satisfactores necesarios para la subsistencia humana.

d) Variable y proporcional.

El derecho a recibir alimentos es variable y proporcional porque el monto de la pensión alimenticia varía en cada caso y según las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor alimentista (442).

La Suprema Corte de Justicia ha establecido criterio a este respecto al sostener que en materia de alimentos no se constituye cosa juzgada. Se transcribe a continuación parte de la ejecutoria correspondiente:

*ALIMENTOS, EN MATERIA DE, NO SE CONSTITUYE COSA JUZGADA. No existe cosa juzgada en los juicios sobre alimentos, porque la fijación del monto de los mismos siempre es susceptible de aumento o disminución, conforme sea la posibilidad económica del deudor y la necesidad del acreedor, que es la regla reguladora de la proporcionalidad de los alimentos.*¹³⁷

e) Alternativo.

Esta característica de ser alternativos el derecho y la obligación alimentaria significa que el obligado cumple su obligación asignando una pensión adecuada al acreedor alimenticio o incorporándolo a su familia (440-441).

Sin embargo, pueden existir circunstancias que hagan válida la negativa del acreedor a ser incorporado a la familia del deudor, como podría ser que el deudor viviera con alguna persona que pudiera causar al acreedor un daño físico o moral.

La Suprema Corte ha establecido al respecto la siguiente jurisprudencia:

ALIMENTOS. INCORPORACIÓN DEL ACREEDOR AL SENO DE LA FAMILIA DEL DEUDOR.

*El derecho de incorporar al acreedor alimentario al domicilio del deudor se encuentra subordinado a la doble condición de que el deudor tenga casa o domicilio propio y que no exista estorbo legal o moral para que el acreedor sea trasladado a ella y pueda obtener así el conjunto de ventajas naturales y civiles que se comprenden en la acepción de la palabra alimentos, pues faltando cualquiera de estas condiciones, la opción del deudor se hace imposible y el pago de alimentos tiene que cumplirse necesariamente en forma distinta de la incorporación.*¹³⁸

¹³⁷ Amparo directo 5863/1968, Víguri Delgado, octubre 15 de 1973. Unanimidad de votos.

¹³⁸ Jurisprudencia 38 (sexta época), p. 107, volumen 3º Sala, 4ª Parte, apéndice 1917-1975.

f) Caducidad de las pensiones caídas.

Se ha dicho reiteradamente que la finalidad de los alimentos es la subsistencia del necesitado de ellos. Por lo tanto, es lógico que si el acreedor alimentista fue negligente en exigir la pensión que le correspondía, dicha pensión caduca, pues el no haberla exigido es la mejor muestra de que no la necesitaba. Ya los romanos decían: “De lo pasado no se vive”.

En este orden de ideas, es también lógico que la ley exija al deudor alimentario el pago de las deudas que su acreedor haya contraído para sobrevivir (art. 453).

g) Es un derecho de orden público.

El derecho a recibir alimentos es de orden público y no puede ser objeto de transacción; es irrenunciable e intransmisible. En el inciso a) se señaló la razón por la cual este derecho no puede transmitirse, por lo que en este apartado se analizará la cuestión del orden público y la imposibilidad de renunciar a este derecho.

El orden público es el conjunto de normas, conductas, procedimientos e instituciones necesarias para el bien común. El derecho a los alimentos es de orden público porque no existiría el bien común si no se regulara esta realidad social en la que muchas personas son, en algún momento, dependientes de otras, y éstas a su vez pueden llegar a ser dependientes de aquéllas a las que proporcionaron alimentos, en algún momento de su vida. Es conforme al bien común que exista la solidaridad humana, la ayuda mutua entre los miembros de la sociedad.

Si la finalidad de esta institución jurídica de los alimentos es la protección a la vida de las personas, iría en contra de la propia subsistencia la posibilidad de renunciar a lo necesario para vivir. Es por ello que resulta obvia esta característica de los alimentos (452).

2.2. Prestaciones que abarca la obligación alimentaria.

En el lenguaje técnico jurídico la palabra “alimentos” no se reduce a la comida, sino que se refiere a todas las cosas necesarias para existir y subsistir de acuerdo a la dignidad humana. Es por ello que la obligación alimentaria comprende no nada más la comida necesaria para subsistir. Los alimentos comprenden, según prescribe el artículo 439, el recibir los elementos de subsistencia material y educativa, como son:

- a) La comida.
- b) El vestido.
- c) La habitación.
- d) La asistencia médica.
- e) Educación preescolar, primaria y secundaria, en el caso de menores.
- f) El oficio, el arte o la profesión, siempre que sean honestos y adecuados.

- g) La asistencia médica en caso de enfermedades psíquicas.
- h) El afecto y sano esparcimiento.
- i) Los gastos de funeral, en su caso.

Este artículo incluye, en los incisos e), g), h) e i), elementos novedosos no incluidos en otros códigos de la República.

2.3. Extinción del derecho-obligación alimentarios.

En primer término, la obligación se extingue cuando han desaparecido los presupuestos o condiciones para su existencia. Si desaparecen la posibilidad del deudor y/o la necesidad del acreedor cesa necesariamente el derecho y la obligación de los alimentos.

El artículo 451 del CCJ establece, además, las siguientes causas de extinción de este derecho-obligación:

- i. En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentario con que el que debe prestar los alimentos (frac. III, art.451).
- ii. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentario, mientras subsistan estas causas (frac. IV).
- iii. Si el acreedor alimentario, sin el consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificadas (frac. V).

CAPÍTULO VII PATERNIDAD Y FILIACIÓN

SUMARIO: 1. GENERALIDADES. 2. FILIACIÓN DENTRO DEL MATRIMONIO 3. LEGITIMACIÓN. 4. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.

1.- GENERALIDADES.

I. Concepto de paternidad-filiación.

a) Concepto biológico.

Biológicamente, la filiación es el vínculo que se establece entre los padres y sus hijos, por el hecho de la procreación.

A este respecto, cabe señalar que la filiación y la paternidad podrían ser consideradas como las dos caras de una misma moneda. Si lo que se observa es el vínculo que se establece de los hijos hacia sus padres, se tratará de filiación, y será paternidad si lo que se analiza es la relación de los padres hacia sus hijos.

b) Concepto jurídico.

Jurídicamente hablando, la filiación-paternidad es el vínculo jurídico que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de padres e hijos.

Conforme a la naturaleza, no hay hijos sin padre y madre; conforme al derecho sí puede haberlos, ya sea porque los padres se desconozcan o porque sabiéndose la identidad de los padres, éstos no han llenado los requisitos formales para establecer la relación jurídica de la filiación, o sea, que no los han llevado a inscribir en el Registro Civil.

II. Filiación matrimonial y extramatrimonial.

En el respeto más escrupuloso a la igualdad y al soterramiento de cualquier criterio de discriminación en las relaciones de filiación, se justifica la equiparación de la filiación dentro o fuera del matrimonio. Acorde con el principio de igualdad, el mandato constitucional de obligado acatamiento, así como con el principio de la protección integral de la familia, y el respeto más exigente a la dignidad de la personas, equiparan la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial.¹³⁹

Por las mismas razones aducidas en el párrafo anterior, se equipara en efectos la filiación biológica y la jurídica (adoptiva). Así, el hijo, cualquiera que fuere el vínculo de filiación, disfrutará de los beneficios derivados de la patria potestad: nombre, alimentos lato sensu, derechos sucesorios y de la nacionalidad de sus

¹³⁹ Cfr. LLEDÓ YAGUE, op. cit., p. 282.

padres. El artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga la nacionalidad de sus padres a los nacidos de padre o madre mexicana.

III. Establecimiento de la paternidad- filiación.

- a) La maternidad se establece por el hecho del parto y por la identidad del hijo. Se es hijo de la madre, si se prueba el parto y que la persona que alega esa filiación es la persona producto de aquel parto.
- b) La paternidad es por naturaleza incierta. La certidumbre de la paternidad sólo se despeja por la fe en la madre. “De aquí procede, afirma Pacheco, como de su fuente natural, la importancia primordial de la madre en la familia, que en muchos sentidos es superior a la del padre.”¹⁴⁰ Y, continúa el autor citado¹⁴¹: “La familia se forma alrededor de la madre; el marido sólo puede estar seguro de su paternidad por la honradez de la esposa; los hermanos sólo pueden saber que lo son por la fe que tienen en la honestidad de su madre común; todo el parentesco se basa en la madre, no en el padre.”

La incertidumbre de la paternidad no es biológica sino social, pues sólo una célula masculina puede engendrar un hijo en la madre. La incertidumbre sobre la paternidad del hijo engendrado, la despeja el derecho por medio de presunciones, que si bien se fundan en elementos biológicos, se basan también en la integridad de la familia y buscan la paz social.

IV. Hijos legítimos e ilegítimos.

Las legislaciones civiles mexicanas, vigentes en la actualidad, han suprimido la injusta distinción tan discriminatoria que hacían los códigos del siglo XIX entre hijos legítimos e ilegítimos. A estos últimos los distinguían además, entre hijos naturales, o espúreos, los que a su vez se clasificaban en: adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Los naturales eran hijos de padres no casados entre sí, pero que no tenían impedimento para casarse. Los espúreos eran hijos de padres que tenían algún impedimento para casarse, como el estar casados con un tercero (adulterinos), hijos de parientes en grado no dispensable (incestuosos) y, finalmente, los hijos de personas con votos religiosos (sacrílegos).

Los códigos civiles actuales solamente distinguen los hijos de matrimonio de los hijos nacidos fuera de matrimonio o extramatrimoniales. Teóricamente no se hace distinción entre ellos y tienen los mismos derechos y se les imponen obligaciones similares.

Sin embargo, en la práctica las distinciones existen, pues de ninguna manera es igual la situación jurídica del hijo de una madre soltera, que la del hijo de una

¹⁴⁰ PACHECO, E. ALBERTO, op. cit., p. 186.

¹⁴¹ Idem.

mujer casada. Y no por los derechos del hijo, sino por el solo hecho de la paternidad. En el caso de la madre soltera, no hay padre legal, y, a menos que éste lo reconozca, la madre no puede revelar su nombre al ir a registrar a su hijo.

En cambio, en el caso de la esposa, la ley presume que el padre de sus hijos es su marido, y esta presunción sólo se destruye si el marido prueba que no es el padre.

En relación con el problema de la distinción entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, hay que partir de la base de que el hijo nacido fuera del matrimonio no es culpable de su situación, sino que la padece y que, por lo tanto, es correcta cualquier medida que se tome para no discriminarlo. Es de elemental justicia otorgarle los mismos derechos e imponerle las mismas obligaciones que a los hijos nacidos dentro del matrimonio. Pero por el hecho de su condición extramatrimonial no puede desconocerse que el ejercicio de algunos de estos derechos les resulta imposible, como el derecho a la convivencia diaria, al trato continuo y al buen ejemplo de sus padres.

Un hijo nacido fuera del matrimonio tiene tanto derecho como el nacido dentro del matrimonio a vivir y ser educado en el hogar de sus padres. Tiene el derecho, pero no puede ejercerlo y sufre así la injusticia de que sus padres lo hubieren engendrado fuera de matrimonio.

2. FILIACIÓN DENTRO DEL MATRIMONIO

2.1. Presunción “Pater is est”.

Esta presunción consiste en tener por hijos del esposo a todos los nacidos durante determinados lapsos de la vida del matrimonio, que la propia ley establece. Padre, dice la sentencia latina, es aquel que el matrimonio demuestra como tal. “Pater is est quod matrimonium demonstrat” (padre es el que el matrimonio demuestra); significa que se atribuye la paternidad de todos los hijos que tenga la esposa, al marido de ésta, durante todo el tiempo que dure el matrimonio.

En el artículo 456 del Código Civil del Estado de Jalisco se establece esta presunción. Por ella se entiende que son hijos de matrimonio, o sea, del esposo y de la esposa, los hijos nacidos después de 180 días de la celebración del matrimonio o antes de 300 días contados a partir de su disolución o del día en que de hecho se separaron los cónyuges.

Contra esta presunción no se admite más prueba en contrario que acreditar que el hijo no fue engendrado por el marido, debido a la imposibilidad física de éste de haber tenido relaciones conyugales con su esposa durante los primeros ciento veinte días, de los trescientos que han precedido al nacimiento, o que al marido se le ocultó el nacimiento (art. 457 CCJ).

Con las disposiciones anteriormente citadas, la ley civil está tratando de proteger no sólo al hijo, sino a la familia en general. Y es tan fuerte esta protección que aunque la madre dijese que el hijo es de otro hombre, no le concede validez a semejante confesión (458) y el marido no podrá desconocer al hijo, aun alegando adulterio de la madre, a menos en prueba dentro de los noventa días que la ley le concede, que le fue imposible tener relación sexual con su esposa durante los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento o que se le ocultó el nacimiento (art. 462).

Aunque los hijos hubieren nacido fuera del plazo en que opera la presunción de paternidad, se les considera también hijos de matrimonio a los que nacieron antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, cuando ocurra alguna de las hipótesis establecidas en el artículo 460 que prescribe:

“El marido no podrá desconocer que es el padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

- I. Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte. Para esto se requiere una prueba por escrito. Tomemos por ejemplo el del joven que se va a estudiar al extranjero y le escribe a su novia diciéndole que sabe que está embarazada, pero que no se preocupe, que en cuanto él regrese se casarán. Esa carta sería la prueba requerida.
- 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; y
- IV. Si el hijo no nació viable.”

Para los hijos nacidos después de los 300 días de terminado el matrimonio o la convivencia conyugal, aunque ya no los protege la presunción de paternidad, la ley otorga a la madre, al hijo o a su tutor, una acción para probar la paternidad del marido (459).

2.2. Reglas para evitar confusión de paternidad en los casos de segundo o ulterior matrimonio de la madre.

Con el fin de evitar confusiones al determinar la paternidad, la ley prohíbe a la mujer volverse a casar inmediatamente después de la disolución de su matrimonio, y establece que deberá esperar 300 días para contraer segundo o ulterior matrimonio. Esta prohibición se levanta si la mujer comprueba, mediante certificado médico, que no está embarazada. El artículo 270 del CCJ establece:

“La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz o

acredite ante el Consejo de Familia de su domicilio y mediante el informe de un médico de institución pública de salud sobre su estado de ingravidez, quedando mediante la resolución que se pronuncie, libre de contraer matrimonio antes de transcurrir el plazo citado. En los casos de invalidez matrimonial se aplicará el mismo criterio, contabilizándose el tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.” (art. 270).

Las reglas para determinar la paternidad y evitar confusiones sobre la misma se encuentran en el artículo 466, que dice:

“Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fuere declarado ilegítimo, contrajere nuevas nupcias dentro del periodo prohibido por el artículo 270, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes:

I. Se presume que el hijo es del primer matrimonio, si nace dentro de los trescientos días siguientes a la fecha en que judicialmente y de hecho haya tenido lugar la separación de los cónyuges del primer matrimonio, y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio;

II. Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio;

III. El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero.”

2.3. Acciones de paternidad.

a) Del esposo:

El esposo tiene derecho a desconocer la paternidad del hijo que dio a luz su esposa durante su matrimonio, únicamente en dos supuestos:

1. Cuando durante los cuatro primeros meses de los 10 que preceden al nacimiento del hijo, le haya sido imposible tener relación sexual con su esposa. Podría el esposo probar, por ejemplo, que durante ese tiempo estuvo fuera del país y que no vio a su esposa durante ese lapso (art. 457).
2. Si se le ocultó el nacimiento del presunto hijo (art. 458).

La acción de desconocimiento de la paternidad debe ser ejercitada por el esposo en un lapso no mayor de 90 días, contados a partir del nacimiento del presunto hijo, del día en que llegó al lugar, si estuviere ausente, o del día en que descubrió el fraude si se le ocultó el nacimiento (art. 462).

En el supuesto de que el marido estuviere sujeto a tutela por haber sido declarado judicialmente incapaz, su tutor podrá ejercitar la acción de desconocimiento del presunto hijo. Y si el marido recobrare la razón, podrá ejercitar por sí mismo la acción de contradicción o desconocimiento de la paternidad, pero siempre en el plazo de 90 días señalado anteriormente. Este plazo empezará a contar a partir del día en que legalmente se declare que el impedimento ha cesado y que el esposo ha salido del estado de interdicción.

b) Del hijo.

* En los supuestos en que se estuviere tramitando el divorcio o la nulidad del matrimonio y el juez hubiere decretado la separación provisional, el padre podrá desconocer al hijo que hubiere nacido después de los trescientos días en que los esposos se separaron. Pero en estos casos el hijo, por sí mismo o a través de su madre o de su tutor, podrá demandar y alegar que el marido es el padre.

* La acción que tiene el hijo para reclamar su estado, es imprescriptible para él y sus descendientes (art. 479).

* Los herederos del hijo podrán intentar la acción para reclamar el estado de hijo de matrimonio cuando:

I. El hijo murió antes de cumplir veinticinco años.

II. El hijo fue declarado incapaz antes de cumplir veinticinco años, y murió posteriormente sin recobrar la razón

c) De los herederos del esposo.

* No sólo los herederos, sino cualquier otra persona a quien perjudique la filiación, podrán promover acciones judiciales de contradicción de la paternidad del hijo que nació después de trescientos días de la disolución del matrimonio (art. 461).

* Los herederos podrán contradecir la paternidad del hijo cuya paternidad se pretende atribuir al padre que, habiendo sido declarado incapaz, murió sin recobrar la razón. Esta acción sólo puede ser ejercitada en los casos en que el esposo muerto podría haberlo hecho (art. 464).

* Si la acción de contradicción de la paternidad del hijo que nació antes de seis meses, contados a partir de la celebración del matrimonio, fue demandada por el presunto padre, **sus herederos podrán continuar el juicio** que quedó sin concluir en el momento de la muerte del autor de la herencia (art. 465).

* Los herederos podrán contradecir la paternidad de los hijos que nacieron en los lapsos en que opera la presunción de paternidad del esposo pero solamente en los mismos casos en que podría haberlo hecho el padre y tienen, para entablar la

demanda, noventa días contados desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del difunto, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia (art. 465).

2.3.1. Reglas varias respecto a la contradicción de paternidad.

- a) En el juicio de contradicción de la paternidad deben ser oídos: la madre y el hijo y si éste fuere menor, deberá nombrársele un tutor dativo especial, para que lo represente en el juicio (art. 468).
- b) En cualquier caso, los intereses del menor deben prevalecer sobre los de los adultos (arts. 468, segundo párrafo y 571).
- c) No podrá entablarse demanda sobre la paternidad cuando el hijo no nació vivo y viable. El artículo 469 establece que se considera viable el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.
- d) Las cuestiones surgidas sobre la filiación deberán ser resueltas por el juez únicamente; por ello, el artículo 470 prohíbe a las partes llegar a una transacción sobre los problemas que sobre la materia puedan surgir o someter su resolución a un arbitraje.
- e) Los derechos pecuniarios adquiridos legalmente como consecuencia de la filiación sí pueden ser sujetos a arbitraje, o se puede llegar a una transacción sobre dichos derechos pecuniarios. Pero las concesiones que se hagan al que se dice hijo no traen como consecuencia la adquisición de estado de hijo de matrimonio (art. 471).
- f) No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio (art. 477).

2.3.2. Pruebas de la filiación de hijos de matrimonio.

El Registro Civil es la institución pública por medio de la cual el Estado hace constar en forma auténtica y da publicidad a los hechos y actos constitutivos del estado civil de las personas. El estado civil es la situación jurídica que una persona guarda frente a su familia y frente a la sociedad. Así, frente al su familia, una persona es: padre, hijo, esposo, etc. Y frente a la sociedad se es soltero, casado, etc.

La forma legal de probar los hechos y actos del estado civil, es a través de las actas en las que el Registro Civil certifica y hace constar la inscripción, en dicha institución, de los principales hechos y actos de la vida de las personas. El artículo 472 del CCJ establece que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

Esta disposición tiene sentido, si se considera que un niño puede ser registrado por sus progenitores, aunque no estén casados entre sí, cuando acuden ya en forma conjunta, o en forma individual a reconocer al hijo, a quien reconocen como suyo.

En el caso de que no hubiere actas, o de que éstas estuvieren defectuosas o incompletas o fueren falsas, la filiación se probará:

a) Con la posesión constante de estado de hijo de matrimonio (art. 473). La posesión de estado se prueba con los tres elementos que ya desde los romanos se usaban para probarla, y que son: el nombre, el trato y la fama. Respecto a la posesión de estado de hijo de matrimonio, nuestra legislación civil establece lo siguiente (art. 475):

“Quien ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la (sic) posesión de estado de hijo de matrimonio, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I.- Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste. (nombre);

II.- Que el padre lo haya tratado como hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento (trato); y

III.- Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.”

b) Cuando no se estuviere en posesión de estado de hijo de matrimonio, esta situación podrá probarse a través de todos los medios de prueba admitidos por la ley. Sin embargo, si la prueba que se presenta es la testimonial, ésta tendrá que presentarse junto con otra prueba documental o unirse a presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. (art. 474).

c) En el supuesto de que faltare o estuviere inutilizado uno de los registros pero existiere duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitir ninguna de otra especie (art. 474).

d) Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido o les fuere imposible manifestar el lugar donde se casaron, no puede disputarse a los hijos su legitimidad por sólo la falta de presentación del acta de matrimonio, siempre que se pruebe esta legitimidad por la posesión de estado de hijos legítimos a la cual no contradiga el acta de nacimiento.

3. LEGITIMACIÓN.

3.1 Concepto

Legitimación es la situación jurídica de un hijo que nació antes del matrimonio de sus padres y que se obtiene por el matrimonio subsecuente de ellos. La consecuencia de la legitimación consiste en considerar al legitimado como si hubiera nacido dentro del matrimonio de sus padres.

3.2 Regulación jurídica.

El Código Civil vigente regula la legitimación en el mismo capítulo en que regula también la filiación extramatrimonial. En forma inexplicable, el Código actual derogó el capítulo que el anterior dedicaba a la legitimación y redujo su regulación a cinco artículos (486 a 490) del capítulo que regula la filiación extramatrimonial.

En estos cinco artículos se prescribe que el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos del matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración (486) y se regula la forma legal y el tiempo en que debe manifestarse el reconocimiento del hijo por su padre. Así, el artículo 487 prescribe: “Para que el hijo goce del derecho (a ser considerado como hijo de matrimonio), los padres deben reconocerlo expresamente **antes de la celebración del matrimonio, en el mismo acto de su celebración o durante él.**” Este reconocimiento debe hacerse por ambos padres, junta o separadamente.

La siguiente disposición (488) prescribe que el reconocimiento puede ser posterior y que los derechos de los hijos se retrotraen al momento de la procreación. O sea que, para todos los efectos legales, el hijo será considerado como hijo de matrimonio desde que fue concebido. Pongamos por ejemplo, que el abuelo haya designado en su testamento como sus herederos universales a los hijos del matrimonio formado por su hija Mariquita y Perico, el hijo de su compadre Joaquín. Si el hijo de Mariquita y Perico, habido antes del matrimonio, no pudiera ser legitimado por el matrimonio subsecuente de sus padres, quedaría fuera de la herencia del abuelo.

Este derecho a la legitimación, lo adquieren también los descendientes de los hijos que hayan fallecido al celebrarse el matrimonio de sus padres (489) y los hijos no nacidos, si al celebrarse el matrimonio el padre declara que reconoce al hijo de quien su mujer está embarazada (490).

4. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.

La atribución de la paternidad de los hijos habidos fuera de matrimonio puede hacerse en forma voluntaria o forzosa. El artículo 491 establece: “La filiación de los hijos procreados fuera de matrimonio, sólo se establece por el reconocimiento voluntario hecho por los progenitores o por una sentencia que así lo declare.”

4.1. Reconocimiento voluntario.

Concepto. El reconocimiento voluntario es un acto jurídico, solemne, unilateral, irrevocable y libre por el que una persona declara y reconoce como suyo al hijo procreado fuera de su matrimonio.

- **Es un acto jurídico** porque requiere la manifestación de la voluntad, o el consentimiento, cuando el hijo que se va a reconocer es mayor de edad, para que se produzcan las consecuencias de derecho. Esto es, para que nazcan los derechos y las obligaciones inherentes a la paternidad-filiación, debe haber una manifestación de la voluntad del progenitor si el reconocido es menor o un acuerdo de voluntades entre los sujetos de la relación jurídica, si el hijo ya es mayor de edad.
- **Es solemne**, ya que la manifestación de la voluntad del reconocimiento es un elemento esencial del acto jurídico, que debe hacerse en alguna de las cinco formas legalmente establecidas para ello (art. 500).
- **Unilateral**, pues basta la manifestación de la voluntad del progenitor para que se dé el reconocimiento. Sin embargo, cuando el reconocido es mayor de edad se requiere su consentimiento, aunque esto no significa que dicho consentimiento sea indispensable para la existencia de la filiación, ya que el progenitor podría probar ante el juez que es padre de ese hijo, independientemente del consentimiento del reconocido (art. 505).
- **Irrevocable.** El progenitor que ha reconocido como suyo a un hijo procreado sin estar casado con su pareja, no puede posteriormente revocar el acto jurídico del reconocimiento. Quien ha procreado un hijo fuera de matrimonio, es libre para reconocerlo o no, pero una vez que lo ha reconocido no puede dar marcha atrás a su decisión. Podrá, sin embargo, demandar la nulidad del reconocimiento, cuando demuestre que el acto no reunió alguno de los elementos esenciales o de validez, pero si el reconocimiento fue perfecto, de ninguna manera puede ser revocado.
- **Personalísimo.** El reconocimiento es un acto personalísimo ya que, aunque el progenitor pueda actuar a través de un mandatario, el mandato otorgado debe ser hecho en forma expresa para reconocer a un hijo en forma personal. No podría otorgarse un mandato para reconocer a todos los hijos de una mujer, sino que el que va a ser reconocido debe ser indubitablemente identificado.

Asimismo, el que el padre y la madre pueden reconocer al hijo conjunta o separadamente, no significa que el acto no sea personal. En el caso de que el hijo sea reconocido separadamente el primero que hace el reconocimiento no puede revelar el nombre de la persona con quien el hijo fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquélla pueda ser identificada. (496, 501, 502. 510, 511).

- **Libre.** El reconocimiento debe ser un acto jurídico espontáneo y libre. Nadie puede ser obligado a actuar en contra de su voluntad. Si la persona que celebra el acto jurídico del reconocimiento probara que su consentimiento fue dado por error o arrancado con violencia, ese reconocimiento sería nulo absolutamente.

Como todo acto jurídico, el reconocimiento de un hijo debe reunir los elementos esenciales para existir jurídicamente y los elementos de validez para ser un acto válido plenamente. Analizaremos ahora en forma breve estos elementos.

4.1.2. Elementos del acto jurídico del reconocimiento.

A. Elementos esenciales.

a) Manifestación de la voluntad.

El padre o la madre (en muy pocos casos) que van a reconocer a un hijo habido fuera de matrimonio, deberán manifestar su voluntad de hacerlo. Este consentimiento debe ser consciente y libre para que surta todos sus efectos.

En el caso de que el hijo que se pretende reconocer fuera mayor de edad, se requiere su consentimiento. Así lo establece el artículo 505: "... un hijo mayor de edad puede ser reconocido con su consentimiento, el del menor con el de su tutor si lo tiene, o el del tutor que el juez le nombrará especialmente para el caso". La hipótesis de reconocimiento de menores de edad, señalada en este artículo, obviamente se refiere al caso de un reconocimiento judicial, ya que cuando el reconocimiento se hace ante un notario o un oficial del registro civil no se requiere el nombramiento de un tutor para que represente al menor.

b) Objeto física y jurídicamente posible.

El objeto del reconocimiento debe ser físicamente posible; esto significa que el reconocimiento debe tener por objeto reconocer como hijo a un ser humano. Jurídicamente posible significa que se reconoce al hijo, que nació vivo y es viable, y para establecer una relación de paternidad y filiación con todas las consecuencias de derecho, con la intención de asumir todas las responsabilidades que la paternidad trae consigo, y no para aprovecharse del hijo y de la relación jurídica que nace con el reconocimiento.

No obstante lo anterior, puede reconocerse a un hijo no nacido, pero ya concebido y a un hijo que ha muerto; pero al hijo muerto sólo podrá reconocérsele si ha dejado descendencia (495).

c) Solemnidad.

El reconocimiento es uno de los pocos actos jurídicos solemnes. La manifestación de la voluntad en forma solemne es requisito esencial para que el acto tenga validez absoluta. Los clásicos franceses consideraban a la voluntad como uno de los elementos de existencia del acto jurídico, pero dado que el legislador de Jalisco suprimió la inexistencia dentro de las formas de ineficacia de los actos, la solemnidad pasó a ser no un elemento de existencia, sino un elemento esencial del mismo. Esto trae como consecuencia que su falta produce la nulidad absoluta, no la inexistencia del reconocimiento.

La solemnidad del reconocimiento requiere que la voluntad de reconocer al hijo se manifieste única y exclusivamente mediante las formas establecidas en el Código Civil. El artículo 500 establece:

“El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, deberá de hacerse de alguno de los modos siguientes:

I. En la partida de nacimiento, ante el Oficial del Registro Civil.

II. En acta especial, ante el mismo oficial.

III. En escritura pública.

IV. En testamento,

V. Por confesión judicial directa y expresa.”

Si el reconocimiento no se ha hecho en alguna de las formas señaladas en este artículo, el reconocimiento que se haga de otra manera, como en forma verbal ante testigos por ejemplo, no tiene ningún efecto jurídico.

B. Elementos de validez del reconocimiento.

a) Capacidad legal.

La persona que va a reconocer a un hijo como suyo, debe tener capacidad de ejercicio para celebrar actos jurídicos. Debe ser mayor de edad, estar en pleno uso de sus facultades mentales y si es sordomudo, poder darse a entender mediante la escritura o a través de los medios de comunicación de sordomudos universalmente aceptados.

No obstante lo anterior, los menores de edad pueden reconocer a un hijo, cuando tengan la edad legal para casarse más la edad del hijo que va a ser reconocido

(492). Para reconocer a su hijo, los menores de edad que pueden hacerlo, no necesitan el consentimiento de sus padres o tutores, pero tal reconocimiento no producirá efectos mientras no sea ratificado por el Consejo de Familia, quien deberá emitir su dictamen dentro de los sesenta días siguientes (493).

a.1. Procedimiento legal de reconocimiento de hijo hecho por un menor.

El oficial del registro civil ante quien se haga un reconocimiento por un menor de edad, deberá hacerlo saber al ministerio público dentro de los ocho días siguientes, apercibido de que de no hacerlo se le aplicará una multa de cinco a cincuenta días del salario mínimo general, incurriendo en igual pena el agente del ministerio público que, habiendo recibido el aviso o teniendo conocimiento del caso por cualquier otro medio, no exprese su conformidad o inconvencimiento, para lo cual podrá tomar los informes y datos necesarios por sí o por medio del juez.

Si transcurrido el término de sesenta días, no se hubiere resuelto el caso por el ministerio público, el oficial del registro civil o cualesquiera de los interesados podrá ocurrir al juez de la localidad a fin de que apremie al agente moroso, imponiéndole la pena que corresponda y señalando un nuevo término, el cual no podrá exceder de treinta días, con el apercibimiento de ser destituido si nuevamente faltare al cumplimiento de su obligación, a cuyo efecto, si llegare el caso, se podrá en conocimiento del superior jerárquico para que haga efectiva la sanción (art. 493).

b) Ausencia de vicios de la voluntad.

El reconocimiento es un acto jurídico irrevocable. Si el reconocimiento se hizo en testamento, que es un acto esencialmente revocable, quedarán sin efecto todas las demás cláusulas, con excepción de aquella en que se hizo el reconocimiento (art. 498).

Sin embargo, como todo acto jurídico, para que sea perfecto debe reunir los elementos esenciales y los de validez, y si se probare que la manifestación de la voluntad está viciada, podrá demandarse la nulidad de ese reconocimiento. A este respecto, Baqueiro Rojas¹⁴² afirma que los autores comentan que “en estos casos el vicio de la voluntad debe derivarse de hechos trascendentales que directamente afecten la voluntad de tal manera que la anulación no equivalga a un arrepentimiento.” Y, continúa.... “Nuestro Código Civil parece reservar la acción de nulidad por engaño o error sólo al menor de edad, quien puede intentar la acción hasta cuatro años después de su mayoría de edad, pues nada dice respecto a los mayores.”

Esta afirmación referida al Código Civil del D. F. es igualmente aplicable al Código de Jalisco, ya que la mención que en él se hace a los vicios de la voluntad en el acto del reconocimiento de un hijo, se refiere también a los menores de edad.

¹⁴² BAQUEIRO ROJAS, op. cit., p. 195.

Esta disposición prescribe: "...el reconocimiento hecho por un menor es revocable si prueba que sufrió engaño al hacerlo, pudiendo intentar la revocación hasta cuatro años después de la mayor edad" (494). A este respecto, cabe aclarar que no se trata de una revocación del acto, sino de una nulidad, la cual debe ser tramitada ante el juez de lo familiar en un juicio ordinario (cuarto párrafo del artículo 493).

c) Licitud en el motivo o fin determinante de la voluntad.

El reconocimiento debe tener como fin o motivo determinante de la voluntad del progenitor, establecer una relación de paternidad- filiación entre el padre que reconoce y el hijo reconocido. Cualquier otro motivo o fin sería ilícito. Sería ilícito, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo única y exclusivamente para ser su heredero.

d) Forma Legal.

Que el reconocimiento se haga mediante alguna de las formas establecidas en el artículo 500 (partida de nacimiento, acta especial ante el oficial del registro civil, escritura pública, testamento o confesión judicial) es un requisito esencial, pues se trata de un acto solemne. Todos los demás requisitos serán considerados como parte de la forma: testigos, documentos, etc., pues son elementos de validez, no esenciales del acto de reconocimiento.

4.1.3. Acciones de contradicción de reconocimiento voluntario.

- a) El reconocimiento hecho por un hombre puede ser contradicho por la mujer que haya cuidado al niño o lo siga cuidando como hijo propio y, aunque lo haya registrado legalmente, le ha dado su nombre, lo ha alimentado y educado; es decir, que el niño está en posesión de estado de hijo de esa mujer. El término para contradecir el reconocimiento será de un año, contado desde el día en que tuvo conocimiento de dicho acto.
- b) El hijo puede contradecir el reconocimiento que de él se hizo cuando era menor de edad. Esta acción le dura dos años a partir de adquirir la mayoría de edad, si se enteró del reconocimiento con anterioridad; en caso contrario, los dos años comienzan a contar a partir de que tuvo conocimiento del reconocimiento (506 y 507).
- c) El progenitor que ha reconocido a su hijo, puede contradecir el reconocimiento hecho por un tercero. Esta controversia debe tramitarse en juicio ordinario entre los dos supuestos progenitores. Este caso puede darse no sólo respecto del padre, sino también respecto de la madre, cuando una mujer distinta registra al hijo ajeno como propio. En esta hipótesis se comete el delito de suposición y supresión de estado civil, tipificado en el artículo 177 del Código Penal del Estado de Jalisco (similar al artículo 277, fracción I, del Código Penal del D. F. La disposición local prescribe, en lo conducente:

“Se impondrán de uno a tres años de prisión al que, con el fin de alterar el estado civil, incurra en alguno de los siguientes casos:

I.- Presentar ante el Registro Civil a un niño, señalándolo como hijo de quien no sea realmente su padre o madre”

4.2. Reconocimiento forzoso.

El reconocimiento de un hijo, cuando no se ha hecho en forma voluntaria por el progenitor, puede ser demandado judicialmente. En este caso se da un reconocimiento forzoso o judicial, mediante un juicio de investigación de la maternidad o de la paternidad.

En el caso del reconocimiento forzoso es necesario reconocer en primer lugar la filiación respecto de la madre, y a través de ella investigar quién fue el padre. Para establecer la relación filial con la madre, basta con probar que una mujer ha dado a luz y la identidad del producto de ese parto con el sujeto de cuya filiación se trate. En ambos supuestos existe la más amplia libertad de investigación y de prueba si la madre es soltera, ya que la ley prohíbe la investigación de la maternidad de una mujer casada, a menos que su marido repudie al hijo (515). También está permitida la investigación para atribuir la maternidad a una mujer casada, cuando dicha maternidad se deduce de una sentencia por adulterio o exposición de infante (516).

En cuanto a la investigación de la paternidad, sólo puede intentarse cuando ya ha quedado establecida la maternidad. Establecer la filiación paterna puede ser a veces difícil, por lo que la paternidad se establece generalmente por el dicho de la madre y a través de presunciones. Aunque en la actualidad, debido a los adelantos científicos sobre el genoma humano ya no resulta tan difícil la prueba de la paternidad mediante las pruebas del ADN, la ley sólo permite las acciones de investigación en determinados casos, expresamente señalados en el Código Civil.

A lo largo de la historia, los sistemas jurídicos han sostenido posturas diferentes en cuanto a la investigación de la paternidad. En algunos sistemas existía libertad absoluta para investigar la paternidad. Dado que el reconocimiento forzoso producía el efecto de dar alimentos (en su acepción jurídica de casa, vestido, alimentación, educación, medicinas, etc.) a los reconocidos, en estos lugares donde existía una libertad absoluta para demandar el reconocimiento judicial, las madres solteras procuraban el padre más pudiente que tuviera la más amplia posibilidad de satisfacer las necesidades de sus hijos. En Francia, hasta antes de la Revolución Francesa existía este sistema de libre investigación de la paternidad.¹⁴³

Pero como reacción al libertinaje provocado por la libertad absoluta para demandar la investigación de la paternidad, la Convención Revolucionaria

¹⁴³ Ibidem, p. 198.

prohibió totalmente la investigación de la paternidad, y los tribunales sólo la permitían en los casos de raptó, cuando coincidía con la época de la concepción.

Finalmente se estableció una postura intermedia: ni libertad absoluta en la investigación de la paternidad, ni el extremo opuesto de sólo permitirla en los casos en que la concepción hubiera sido la consecuencia de un delito de raptó. En este sistema intermedio, más racional, se permite la investigación en los casos expresamente permitidos por la ley.

4.2.1 Supuestos en los que el Código del Estado de Jalisco permite la investigación de la paternidad.

La legislación mexicana adopta la postura intermedia y permite la investigación de la paternidad únicamente en los casos expresamente señalados en el Código Civil.

El artículo 512 del Código del Estado de Jalisco establece:

“La investigación de la paternidad de los hijos procreados fuera de matrimonio, sólo está permitida:

- I. En los casos de raptó, 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 escrita contra el pretendido padre.
- V. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba escrita o científica contra el pretendido padre, siempre que ésta se encuentre adiniculada con otros medios de prueba.

I.. En esta primera hipótesis, en que se permite la investigación de la paternidad, es importante recordar algunos conceptos, con el objeto de poder determinar con certeza el momento del acto sexual a consecuencia del cual se produjo el embarazo y posterior nacimiento: a) La concepción puede darse durante los primeros ciento veinte días de los 300 anteriores al nacimiento; b) El raptó es el apoderamiento de la mujer, ya sea por la fuerza o por medio del engaño, para tener relaciones sexuales con ella. Independientemente de si hubo violencia física o no, lo que determina la existencia del raptó es la seducción y el engaño; c) El estupro consiste en tener relaciones sexuales con una menor de edad mediante la seducción y el engaño; y d) La violación consiste en imponer la relación sexual por la fuerza.

II.- La segunda hipótesis nos permite recordar que los elementos de la posesión de estado civil son: el nombre, el trato y la fama. El artículo 514 establece que para los efectos de esta fracción, la posesión de estado se justifica demostrando, por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia, como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento. La posesión de estado de hijo constituye una presunción de paternidad o maternidad, pero no una prueba plena de que la persona que está recibiendo alimentos es hijo del que se los proporciona (517). Si así fuera, se desestimularían las conductas generosas de personas que desinteresadamente ayudan a niños huérfanos o desamparados.

III.- Cuando en la época de la concepción la madre haya vivido con el pretendido padre como concubinos. Para los efectos legales, se entiende por concubinato el estado por el cual un hombre y una mujer solteros viven como si fueran cónyuges, durante cinco años o más. Se considera también concubinato cuando transcurridos tres años de iniciada esa unión, hubieren procreado entre sí algún hijo (art.778). En el caso de los hijos nacidos en el tiempo en que sus padres fueron concubinos se establece, como en el matrimonio, la presunción de paternidad del concubinario para los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

IV y V.- En las dos últimas fracciones los supuestos se repiten. Y resulta contradictorio que mientras que en la fracción IV se establece la posibilidad de investigar la paternidad cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba escrita, la fracción V repite el supuesto de la prueba escrita y añade "o científica", pero cuando la prueba sea científica, requiere que ésta se encuentre administrada con otros medios de prueba. Si en la actualidad se le da tanta importancia a la prueba pericial, parece contradictorio que, en la hipótesis que estamos analizando, se reduzca su valor al exigirse que se presente junto con otras pruebas.

4.2.2. Lapsos en los que puede investigarse la paternidad.

- I. Las acciones de investigación de paternidad o maternidad. sólo pueden intentarse en vida de los padres (518).
- II. Si los padres hubieren fallecido cuando el hijo era menor de edad, éste tiene derecho a intentar la acción hasta cuatro años después de haber alcanzado la mayoría de edad (518, segundo párrafo).

Como se puede apreciar, las disposiciones legales están encaminadas a proteger el derecho a la intimidad de las personas y a respetar su honor y buena fama cuando ya han muerto. Por eso, sólo se permite la investigación de la paternidad en vida de los padres y la única excepción a este principio se da cuando los padres fallecieron siendo el presunto hijo menor de edad.

4.2.3. Efectos del reconocimiento.

Como se sostuvo al analizar los elementos esenciales del reconocimiento, el objeto de este acto jurídico es establecer una relación jurídica de paternidad-filiación entre el progenitor biológico que reconoce y el hijo reconocido. Por lo tanto, los efectos del reconocimiento no pueden ser otros que los que nacen naturalmente del parentesco consanguíneo. Entonces, los efectos o consecuencias de derecho que se producen con el reconocimiento son:

- a) Derecho al nombre.
- b) Derecho a los alimentos; entendiéndose por tales: casa, vestido, alimentación, educación, asistencia médica y psicológica y todos los demás elementos enumerados en el artículo 439 del Código Civil.
- c) Derecho a la porción hereditaria legítima o a una pensión alimenticia en caso de que el progenitor haya otorgado testamento y lo haya excluido de la herencia.

CAPÍTULO VIII LA ADOPCIÓN

SUMARIO: 1. GENERALIDADES. 2. LA ADOPCIÓN EN EL ESTADO DE JALISCO 3. ESPECIES DE ADOPCIÓN. 3.1. ADOPCIÓN PLENA. 3.2. ADOPCIÓN SIMPLE. 3.3. ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

1. GENERALIDADES.

1.1. Concepto.

La adopción es un acto jurídico en el que la voluntad sustituye a la generación biológica, en la creación de las relaciones paterno-filiales. Los franceses clásicos sostienen que la adopción es “un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima”.

El artículo 520 del Código Civil de Jalisco establece: “La adopción es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo de los adoptantes y a éstos los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial.”

La adopción es una figura jurídica de derecho positivo con fundamento en el Derecho Natural. Todo ser humano tiene derecho, por el solo hecho de ser persona, a nacer en una familia y, cuando por circunstancias de todo tipo, como la miseria material o espiritual, las enfermedades o la muerte de los progenitores, no tiene la fortuna de haber nacido en el seno de una familia estable, la familia adoptiva cumple absolutamente con esa función. Los padres adoptivos lo son tanto como los padres biológicos.

La adopción es la institución jurídica, de trascendencia social innegable, por la que se establece una relación paterno-filial entre dos partes que naturalmente no son padres e hijo.

1.2. La justicia como fundamento de la adopción.

La justicia es una virtud, esto es, el hábito que perfecciona cualquier potencia del ser humano. Es un hábito operativo bueno conforme a la norma moral objetiva. Una acción es buena cuando perfecciona la naturaleza humana, es mala si impide su perfección. Según Ulpiano es: “La constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”. Lo suyo de cada quien es aquello que le corresponde conforme a su naturaleza. Según Ricardo Yepes “la naturaleza humana radica en un desarrollo de la persona tal, que permita alcanzar los fines de nuestras facultades inteligentes o superiores.”¹⁴⁴

¹⁴⁴ _Yepes Stork, Ricardo, “Fundamentos de Antropología. Un ideal de la excelencia humana”. Ed. Eunsa, Navarra, España, 1996, p. 99.

A cada humano le corresponde, por su misma naturaleza y conforme a la justicia, tener y vivir dentro de una familia. En la familia se aprende a vivir. La familia es el principal depósito de los valores que más permanente y profundamente quedan grabados en el espíritu de sus miembros mediante la educación de los valores y de las virtudes. En la familia se aprenden las normas de conducta que permitirán a la persona vivir en armonía dentro de la sociedad. No tener familia significa no ser hijo de nadie, ser huérfano, estar desvalido. La orfandad suele traer consigo diversas formas de miseria de las cuales la más grave es la miseria afectiva: carecer de seres a quienes amar y por quienes ser amado. Pero cuando por razones de diversa índole, que pueden ser fallas morales, fallas psicológicas o la muerte de los progenitores, ya no opera este vínculo natural del nacido con su familia, es entonces cuando se presenta la necesidad urgente de solidaridad humana de apoyar al menor que necesita contar con la ayuda de los demás que estén dispuestos a darle lo que le corresponde por derecho natural y no por caridad.

Es conforme a la justicia que la persona o personita que carece de una familia biológica, pueda adquirirla por medio de la adopción.

El Derecho positivo es el instrumento que tiene la sociedad para realizar la justicia. La Justicia es al mismo tiempo el fin del Derecho. El darle a cada quien lo que le corresponde, -que en el caso que nos ocupa lo que les corresponde a todos los niños es tener una familia- no es una prodigalidad, sino el cumplimiento de una obligación nacida del derecho natural.

Los niños sólo están bien cuidados dentro de una familia. La familia que, como se ha dicho, es la institución más básica en la sociedad y en la cultura. Sin familia el hombre no es viable. Los niños, que todavía no se valen por sí mismos necesitan un hogar; una familia donde poder existir, donde poder amar y ser amados, cuidados y alimentados. Los orfanatorios y los albergues, públicos o privados, sólo son sustitutos emergentes y transitorios, no permanentes, y los menores no pueden desarrollarse sanamente en una vida institucional ya que dentro de una institución no se dan las relaciones interpersonales individuales que se necesitan para ser alguien. Ahí no se encuentra ese otro alguien que nos reconoce, que nos escucha, a quien le interesamos en forma personal y que nos acepta tal como somos. Que escucha nuestras cuitas y nuestros sentimientos. Que se solidariza con nuestras penas y goza con nuestras dichas. Sin una familia la persona humana se frustraría de modo radical, porque sus capacidades de dialogar y de dar no tienen destinatario. Dentro de la familia se forma y afirma la personalidad porque ahí se recibe el amor que acepta sin condiciones a la persona. De la aceptación nace la alegría de estar juntos en familia. La alegría es el sentimiento que nace del sentir que es bueno que cada uno de sus miembros exista.

Al nacer, el desarrollo psicológico, corporal y emocional de la persona es muy complejo. Necesita que otros lo alimenten, le cuiden y le eduquen durante muchos años antes de poder valerse por sí misma. En su desarrollo, tanto en la infancia como en la adolescencia y en su misma realización como ser humano maduro, la persona necesita de sus padres para reconocerse a sí mismo, para desarrollar su

vida con normalidad y para alcanzar la plenitud y el perfeccionamiento de sus todas sus capacidades.

¿Se podría considerar como justo privar a un niño de su derecho a recibir todo lo que solamente una familia le puede dar? ¿No será que por el solo hecho de ser persona cada niño tiene derechos de los que no puede privársele sin un riesgo gravísimo para su supervivencia y desarrollo normales?

En la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se responde a esta pregunta cuando en el cuarto párrafo de su preámbulo se establece que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Y en el párrafo quinto del mismo preámbulo se afirma que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Asimismo, en el párrafo siguiente se reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Aquí se reafirma la necesidad de proporcionar a los niños cuidados especiales en razón de su vulnerabilidad, y se subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia por lo que respecta a la protección del niño.

El artículo 18 de la mencionada Convención establece que es responsabilidad primordial de padres y madres la crianza de los niños, pero cuando no sea posible que sean los padres biológicos quienes los críen, sigue siendo su derecho primordial tener un padre y una madre y para ello establece el artículo 21 que en los Estados que reconocen y permiten la adopción, se cuidará que el interés superior del niño sea la consideración primordial. Como se puede ver, los derechos de los niños deben ser protegidos por encima de los derechos de los adultos. El Código Civil del Estado de Jalisco, en su artículo 571 establece que cuando de una misma fuente de obligaciones resulten acreedores cualquier persona y un niño, prevalecerán los derechos de éste.

Ser padre y ser madre tiene, además de una gran dignidad, la posibilidad de ser modelo en el ser y en el obrar en los hijos; sustentan el ser de los hijos y la tarea de educarlos es la más creadora de todas las tareas humanas, pues en ella se dan todos los actos del verdadero amor de una manera más natural.

“La nefasta pretensión de negar la familia para afirmar el Estado, dice Carnelutti, es una de las más nefastas aberraciones que se puedan encontrar en la Historia del pensamiento humano. Sin la familia el Estado no podría vivir, como no podría sostenerse un edificio si se disgregaran los materiales con los que está construido. Un Estado sin familias es tan absurdo como un cuerpo humano sin células. Como

la salud del cuerpo humano depende de la permeabilidad de las células al misterioso flujo vital, así, la salud del Estado depende de la cohesión de la familia, o sea de la circulación del amor entre sus miembros".¹⁴⁵

1.3. Finalidad de la adopción.

A lo largo de la historia se ha considerado la adopción como un negocio jurídico mediante el cual alguien ajeno a la familia biológica pasa a formar parte de ésta, con los mismos derechos y obligaciones que le hubieren correspondido de haber nacido en ella. A través de la evolución del Derecho uno de sus caracteres se ha mantenido estable durante el correr de los siglos: el carácter legal de crear un vínculo de filiación entre dos personas que no se encuentran unidas biológicamente.

Debido al cambio radical que la adopción supone en la vida de los menores adoptados, las legislaciones nacionales e internacionales establecen una amplia serie de exigencias para poder calificar de idóneas a las personas que pretenden ser padres adoptivos: Tener solvencia económica (tener los medios materiales suficientes para darle al menor una vida digna y satisfacer todas sus necesidades) y moral, esto es, ser personas de buenas costumbres, tener una edad determinada, ser una pareja heterosexual, estable y unida en matrimonio (en el caso de la adopción plena), etc.

La exigencia de tantos requisitos se justifica porque, a diferencia de las leyes antiguas en donde se buscaba, más que el beneficio del adoptado, cubrir las necesidades del adoptante, en las legislaciones modernas el interés superior del niño debe ser lo que se pretenda primordialmente.

La adopción es una institución que hunde sus raíces en el Derecho Romano, en el que las razones de la adopción no tenían nada en común con los motivos que inspiran las legislaciones actuales, que la conciben como un medio de integración familiar de la infancia desprotegida. Ahora, generalmente, se pretende equiparar la adopción con la filiación que se genera por la procreación, de manera que se le regula como una de las fuentes del parentesco (parentesco civil) y se le atribuyen los mismos efectos que a la filiación natural.

Actualmente, la adopción tiene como **finalidad** la protección de menores privados de una vida familiar normal. Es un medio de integración familiar por el que se cumple con el deber de solidaridad humana y de proporcionar a los menores necesitados la familia que por justicia les corresponde. En este sentido, el CCJ prescribe que en todos los casos de adopción, los intereses de los adoptados estarán por encima de los de los adoptantes (522).

Consecuentemente, los derechos y el beneficio del menor adoptado deben prevalecer sobre cualquier otro interés subyacente de todos los que intervienen en

¹⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco, citado por Pacheco E. Alberto, op.cit., p. 21.

la adopción, ya sea en el proceso de su constitución o en el reconocimiento y efectos posteriores, sobre todo tratándose de adopciones internacionales.

Para lograr este objetivo, se requiere que los adoptantes reciban una debida asesoría y capacitación sobre las consecuencias legales de la adopción, en especial del rompimiento del vínculo jurídico con la familia de origen, en el caso de una adopción plena o internacional, y sobre los alcances psicológicos, afectivos y morales tanto para los adoptantes como para los adoptados (art. 521).

2. LA ADOPCIÓN EN EL ESTADO DE JALISCO.

En el Estado de Jalisco, la adopción fue regulada en el Código Civil de 1936, el cual fue abrogado por el actual Código, publicado en la Gaceta Oficial del Estado el 14 de febrero de 1995, que entró en vigor el 14 de septiembre del mismo año.

El Código anterior (de 1936) sólo regulaba la adopción simple, la que únicamente genera vínculos de parentesco entre los adoptantes y el adoptado. El hijo adoptivo no es nieto de los padres de sus padres adoptivos ni sobrino de sus hermanos. En su acta de nacimiento no se borran los rastros de su familia biológica y en todos los actos de su vida en que tenga que acreditar su nacimiento presentará un acta con anotaciones al margen, donde se hace constar que es hijo adoptivo.

2.1. Disposiciones generales.

a) Personas que pueden ser adoptadas.

Por disposición legal pueden ser adoptados (art. 520):

- I. Los menores:
 - a) Huérfanos de padre y madre.
 - b) Hijos de filiación desconocida.
 - c) Los declarados judicialmente abandonados.
 - d) Aquellos a cuyos padres se les haya sentenciado a la pérdida de la patria potestad.
 - e) Aquellos cuyos padres o tutor o quienes ejerzan la patria potestad otorguen su consentimiento.

II. Los mayores de edad cuando sean incapaces.

Dado que legalmente la patria potestad corresponde a los abuelos al ocurrir el fallecimiento de los progenitores (art. 582), se ha pretendido reformar esta disposición para incluir a los ascendientes en el inciso d) del artículo anteriormente citado, mediante la adición de la palabra *ascendientes*. Con esta reforma, el inciso quedaría así: Aquellos a cuyos padres o *ascendientes* se les haya sentenciado a la pérdida de la patria potestad.

Con la reforma anterior se pretende dar mayor agilidad a los procedimientos de adopción de niños abandonados, cuyos padres han sido condenados a la pérdida de la patria potestad y que aunque los abuelos han incurrido en la misma conducta de abandono, no se encuentran comprendidos en la disposición actual.

El adoptante o los adoptantes pueden adoptar más de una persona al mismo tiempo, cuando las circunstancias especiales lo justifiquen (art. 533). Este supuesto podría darse cuando hubieran fallecido al mismo tiempo los padres de los menores, en un accidente por ejemplo, y la misma persona quisiera adoptarlos a todos y en forma simultánea.

Ninguna persona puede ser adoptada por más de uno, a menos que los adoptantes sean un hombre y una mujer unidos entre sí por el vínculo matrimonial (538). En el caso de una adopción simple, una persona sola puede llevar a cabo una adopción, pero tratándose de adopciones plenas, la adopción necesariamente debe hacerse por un matrimonio. En el supuesto de que el adoptante o los adoptantes anteriores hayan muerto o que, en el caso de la adopción simple, la adopción hay sido revocada, podrá una persona ser adoptada por otra (538).

2.2. Requisitos previos a la adopción (art. 521).

I. las personas que deben dar el consentimiento para la adopción deberán recibir la asesoría psicológica y jurídica por parte del Consejo de Familia sobre los alcances de la adopción. Es justificable que las personas a quienes corresponde dar el consentimiento para que se lleve a cabo la adopción (padres, abuelos, tutores), reciban la asesoría sobre los alcances y los efectos que la manifestación de su voluntad conllevan. La importancia de la institución amerita que estas personas estén conscientes de la gravedad de su decisión y que tengan conciencia psicológica y moral de los motivos que los inducen a otorgar su consentimiento.

II. Asesoría psicológica y jurídica por parte del Consejo de Familia al adoptante o adoptantes. Esta asesoría es dada en el Consejo, tanto por psicólogos como por abogados, con el objeto de capacitar a los futuros padres adoptivos sobre los alcances de la adopción, psicológica y jurídicamente considerados. Deben saber que la adopción es una verdadera fuente de paternidad-filiación, con todas las consecuencias jurídicas y morales que acarrea el ser padres.

III. Que el adoptante o los adoptantes gocen de buena salud física y mental. Adoptar a un hijo es una empresa que requiere energía, disposición y decisión firme, pero sobre todo, tener las condiciones de salud física y psicológica necesarias para criar, educar y formar a una persona humana. Es por ello que las instituciones que dentro de sus objetivos se encuentra el de promover las adopciones, buscan parejas

que reúnan estos requisitos y cuya motivación sea precisamente darle familia a un pequeño que no la tiene.

IV. Las personas que pretenden adoptar deben tener los medios económicos suficientes para criar, mantener y educar al hijo que pretenden adoptar. No se requiere que los tengan en abundancia; lo único que la ley exige son los medios suficientes e indispensables para sufragar los gastos que el Código señala como elementos que constituyen los alimentos. Esto es, proporcionar al menor, casa, vestido, alimentación, educación, asistencia médica, etc. (art. 439).

2.3. Reglas generales (art. 521).

Además de prescribir que el trámite para la adopción deberá efectuarse ante el juez de primera instancia del lugar en que resida la persona que se pretende adoptar (524), la ley dispone algunas prescripciones de orden público que necesariamente deben acatarse como:

I. Consentimiento para la adopción.

¿Quiénes?

* El consentimiento para la adopción deberán darlo los padres, y si éstos han fallecido, los abuelos, y a falta de unos y otros, el tutor (art. 523, 535).

* En el caso de expósitos o abandonados: el Consejo de Familia (art. 639).

* En el caso de que el adoptado sea hijo de madres menores de edad no emancipadas, el consentimiento para la adopción deberá ser autorizado por sus ascendientes o tutores (art. 521, VI).

A este respecto, la realidad ha sido que en muchas ocasiones se desconoce el paradero del padre del menor, por lo que se propone la siguiente reforma:

Quien no haya cumplido 18 años, puede dar el consentimiento para la adopción de su hijo con el consentimiento de sus padres, si vivieren ambos, o a falta de alguno de ellos dará el consentimiento el sobreviviente.

Cuando se ignore el paradero de cualquiera de los progenitores, bastará el consentimiento de uno solo de ellos, a falta o imposibilidad de los padres, darán el consentimiento para la adopción, el o los abuelos de la menor.

* Si el menor que se va a adoptar tiene más de doce años, también se necesita su consentimiento para la adopción.

¿Cómo?

* **Informado:** El Consejo de Familia dará una asesoría a las personas a quienes les corresponde dar su consentimiento, sobre los alcances psicológicos y legales que la adopción implica (art. 521, I).

* **En forma gratuita.** La ley establece la prohibición terminante de recibir dinero o compensación alguna, a cambio de otorgar el consentimiento para la adopción (art. 521, III).

¿Ante quién?

1. Ante cualquier persona, antes del trámite judicial. Esto significa que puede darse el consentimiento ante un sacerdote, ante un notario o ante cualquier persona digna de fe y confianza.
2. Ante el juez. El consentimiento dado en la forma señalada en el punto anterior, debe ser ratificado ante el juez ante el que se esté tramitando la adopción (art. 521, II).
3. Ante el Ministerio Público, en caso de urgencia.

¿Cuándo?

El consentimiento de la madre debe ser otorgado veinte días después del parto (521, IV). Las mujeres que han dado a luz, tienen un período de post parto, en el que sus energías y sus facultades físicas y mentales sufren un deterioro. Es por ello que el legislador, congruente con la realidad, ha establecido la obligación de esperar veinte días, antes de que la madre biológica pueda otorgar el consentimiento para que su hijo sea adoptado.

2.4. Seguimiento a la adopción.

El Consejo de Familia deberá dar seguimiento a la adopción, por un período no menor de dos años, para asegurarse que ha sido benéfica para el menor (531). A pesar de que este seguimiento pudiera interpretarse como una intromisión en la vida privada de las personas que han llevado a cabo la adopción, es una realidad que el ser humano no siempre actúa, por lo menos inconscientemente, buscando el bien de los demás, y que, aunque aparentemente en esa adopción se buscaba el bien superior del adoptado, ya en la realidad cotidiana, con las dificultades de la vida diaria, no se trata al hijo adoptivo como la verdadera paternidad lo exige.

3. ESPECIES DE ADOPCIÓN.

Existen tres tipos de adopción:

1. Aquella en que el adoptado queda vinculado a sus parientes consanguíneos: adopción simple.
2. Aquella en la que el adoptado se desvincula de sus parientes consanguíneos y se vincula en parentesco con los adoptantes y todos los parientes consanguíneos de los adoptantes: adopción plena
3. Aquella que, además de romper el vínculo de filiación con los progenitores biológicos, es realizada por personas que viven en el extranjero y el adoptado es trasladado a vivir en el extranjero: adopción internacional.

En el Código Civil del Estado de Jalisco se regulan los tres tipos de adopción anteriormente señalados: a) adopción plena; b) adopción simple o semiplena; y c) adopción internacional.

Por conveniencia metodológica, abordaremos el análisis comenzando por la adopción plena.

3.1. Adopción plena.

Esta especie de adopción está regulada por los artículos 539 al 542 del Código Civil del Estado de Jalisco.

a) Concepto.

La adopción plena es la especie de adopción que genera entre el adoptado y los padres adoptivos los mismos derechos y obligaciones que nacen de la filiación consanguínea. La adopción plena establece, además, una relación de parentesco civil entre los hijos y los padres adoptivos y todos los parientes consanguíneos de los segundos y los adoptados.

El Código establece que la adopción plena confiere al adoptado todos los efectos jurídicos, derechos y obligaciones que corresponden a la relación paterno filial consanguínea (art. 539).

La adopción plena es un instrumento de plena integración familiar si se parte del interés superior del menor, como principio inspirador de la institución. Para ello se necesita que exista una ruptura total del vínculo jurídico que el adoptado tuviere con su familia original (art. 541) y que se establezca una relación de filiación similar a la que nace por la filiación biológica (art. 540).

El artículo 520 del mismo ordenamiento legal establece: "La adopción es el estado jurídico mediante al cual se confiere al adoptado la situación de hijo de los adoptantes y a éstos los deberes inherentes a la relación paterno-filial". Al regular

la adopción como una institución jurídica de la cual se derivan los mismos derechos y obligaciones que nacen de la procreación, puede con justicia interpretarse que el niño que carece de progenitores biológicos puede y tiene derecho a tener padres adoptivos.

Este tipo de adopción establece grandes exigencias de índole educativa, de educación de conciencia y de formación de la opinión pública. Formación de conciencia en quienes intervienen en la relación de la adopción, sobre todo los adoptantes, pero también en las demás personas que en ella actúan: jueces, agentes del ministerio público, Consejo de Familia, quienes deben basar su actitud en una valoración adecuada y congruente con el interés superior del adoptado.

b) Sujetos de la adopción plena.

- Adoptantes (art. 539):

- * Tienen que ser, necesariamente, un hombre y una mujer unidos en matrimonio.
- * Uno de ellos, por lo menos, debe tener más de quince años más que el adoptado.
- * Deben tener más de cinco años de casados.

El legislador ha considerado un lustro como un plazo suficiente para que los esposos estén plenamente integrados para tomar una decisión tan grave y delicada como lo es adoptar un hijo.

Creemos que si se pretende equiparar este tipo de adopción con la paternidad biológica, no existe razón suficiente para exigir este requisito.

- Adoptados (art. 520).

Actualmente pueden ser adoptados mediante adopción plena todos los menores que se encuentren en las hipótesis establecidas en el artículo 520 y los mayores cuando son incapaces.

El Código establecía, hasta antes de la reformas de 2002,¹⁴⁶ una serie de candados para la adopción plena. Se exigía, por ejemplo, que los adoptantes no tuvieran hijos biológicos y que los menores que se pretendía adoptar fueran menores de 5 años, que fueran huérfanos abandonados, de filiación desconocida y se encontraran albergados en una institución de beneficencia o en una casa de cuna. Estas exigencias hacían muy difícil la adopción plena, ya que los jueces exigían que se cubrieran todos los requisitos señalados, aunque en una sana interpretación pudiera

¹⁴⁶ Junio de 2002, Decreto Núm. 19486 por el que se deroga el capítulo IV del Título Sexto del Código Civil del Estado de Jalisco.

decirse que bastaría con que se llenara uno de los requisitos del entonces artículo 533 respecto a que el menor fuera huérfano o abandonado o de filiación desconocida o que se encontrara en un albergue.

c) Efectos de la adopción plena.

I. La adopción plena confiere al adoptado, al adoptante y a los parientes de éste, los mismos derechos y obligaciones que el parentesco por consanguinidad y afinidad (art. 540).

II. La adopción plena extingue los vínculos jurídicos del adoptado con su familia de origen, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio y los de sucesión legítima en su beneficio (541).

d) Irrevocabilidad de la adopción plena.

El artículo 1780 prescribe: “Se da la revocación de un acto jurídico perfecto, legítimo y válido cuando quien otorga su consentimiento para darle existencia al mismo, dispone privarlo de eficacia jurídica hacia el futuro.” Por otro lado, el artículo 1782 regula la revocación bilateral, cuando las dos partes que han celebrado un contrato convienen en revocarlo.

Respecto a la adopción plena, ésta es una institución irrevocable desde el momento en que la sentencia que la decreta cause ejecutoria. Como cualquier acto o procedimiento jurídico, puede ser declarado nulo en el caso en que faltaren los elementos esenciales o los de validez, pero no puede ser revocada por quien llevó a cabo la adopción.

La adopción plena genera un vínculo de parentesco consanguíneo, similar al que se establece por paternidad biológica. Por esta razón, las mismas causas por las que los padres biológicos pueden perder la patria potestad son aplicables a la paternidad adoptiva plena.

3.2. Adopción simple.

a) Concepto.

Es la especie de adopción por la cual se crea un vínculo jurídico de paternidad-filiación entre el o los adoptantes y el adoptado únicamente.

Mediante la adopción simple se transfieren la patria potestad y la custodia personal y sólo se originan vínculos jurídicos entre el adoptante y el adoptado (543). Por la adopción simple no se rompen los derechos y las obligaciones que resultan del parentesco natural, excepto la patria potestad que se transfiere al adoptante. Si el adoptante está casado con alguno de los progenitores del adoptado, la patria potestad se ejercerá por ambos cónyuges.

b) Sujetos de la adopción simple:

- Adoptantes:

*** Personas que pueden adoptar mediante adopción simple.**

A pesar de que no existe prohibición expresa para que la adopción simple pueda ser tramitada por un matrimonio, consideramos que este tipo de adopción se conservó para permitir a las personas solteras llevar a cabo una adopción. Esto no implica, sin embargo, que sólo los solteros pueden adoptar mediante la adopción simple.

*** Requisitos de los adoptantes (art. 543).**

- f) Que el adoptante sea una persona mayor de 25 años.
- g) Que tenga quince años más que la persona que pretenden adoptar, excepto cuando el adoptado sea un incapaz.
- h) Que el adoptante tenga los medios económicos suficientes para proveer debidamente a la subsistencia y educación del menor que pretende adoptar.
- i) Que sea persona de buenas costumbres. Este requisito es muy importante, sobre todo en la actualidad en que se han tratado de equiparar al matrimonio las uniones de parejas de personas homosexuales. Sin dejar de reconocer que los homosexuales merecen respeto, no puede menos que ser señalado que sus uniones no pueden tener el mismo trato jurídico que se da a las uniones de personas heterosexuales. Naturalmente, sólo la unión heterosexual puede generar vida, es por ello que, conforme a la naturaleza, sólo puede una pareja heterosexual criar a un hijo, ya biológico, ya adoptivo.

- Adoptados (art. 520).

Actualmente pueden ser adoptados mediante adopción todos los menores que se encuentren en las hipótesis establecidas en el artículo 520 y los mayores cuando son incapaces.

c) Efectos de la adopción simple.

- i. Transmisión de la patria potestad al o a los adoptantes.
- ii. Transmisión de la custodia personal del adoptado al adoptante o a los adoptantes.

- iii. Sólo establece los derechos y obligaciones que se derivan de la paternidad-filiación entre el adoptado y el adoptante o los adoptantes.

d) Conversión de la adopción simple a adopción plena.

Quien ha llevado a cabo una adopción simple porque en su momento no reunía los requisitos de la adopción plena y que con el pasar del tiempo los ha cubierto, o por cualquiera otra razón, puede solicitar al juez competente la conversión de la adopción simple a plena. Así lo dispone el Código en su artículo 546 que a la letra dice: “ El que adopte por adopción simple podrá solicitar ante el juez la conversión a adopción plena, siempre y cuando hayan transcurrido dos años como mínimo de que el juez dictó su resolución, y cumpla con los requisitos que para la adopción plena contempla este mismo Código.”

Para el caso en que se solicite la conversión, el juez deberá escuchar el consentimiento, cuando sea posible, de quien lo otorgó inicialmente para la adopción, y deberá oír al Consejo de Familia y al Agente del Ministerio Público, a fin de valorar la conveniencia de esta conversión, atendiendo siempre al interés superior del adoptado (546).

e) Revocación de la adopción simple.

Revocación es el acto por el cual la persona que ha sido la causa de un negocio jurídico, lo deja sin efectos -en los casos permitidos por la ley-. Quien ha otorgado un testamento, por ejemplo, puede revocarlo si así lo juzga conveniente. Quien ha hecho una donación, puede revocarla si el donatario es ingrato.

El artículo 1780 dice: “Se da la revocación de un acto jurídico perfecto, legítimo y válido cuando quien otorga su consentimiento para darle existencia al mismo, dispone privarlo de eficacia jurídica hacia el futuro.” Por otro lado, el artículo 1782 regula la revocación bilateral, cuando las dos partes que han celebrado un contrato convienen en revocarlo.

A diferencia de la adopción plena, en el caso de la adopción simple la ley permite revocarla de la siguiente manera:

I. En forma unilateral:

- * Por los adoptantes: cuando el adoptado es ingrato (547, fracc. II).

Se considera que el adoptado es ingrato: 1. Por cometer algún delito doloso contra la persona o el patrimonio del adoptante, o contra su cónyuge, sus ascendientes o sus descendientes. 2. Por denunciar penalmente al adoptante, a no ser que el delito por el que lo denuncie lo haya cometido el adoptante contra el mismo adoptado, o contra su cónyuge, sus ascendientes, sus descendientes o de un incapaz del que

sea tutor del adoptado. 3. Si se niega a dar alimentos al adoptante, cuando éste los necesite.

* Por el adoptado:

- Si era menor de edad al momento de la adopción, dentro del año siguiente a su mayoría de edad.
- Si era incapaz cuando fue adoptado, puede solicitar la revocación de su adopción dentro del año siguiente a la fecha en que la incapacidad desapareció.

II. Por mutuo consentimiento:

Cuando las dos partes convengan en ello, la adopción simple puede revocarse, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, se oirá a las personas que otorgaron su consentimiento, cuando su domicilio sea conocido. A falta de éstas, se oirá al Consejo de Familia.

III. Por alguna de las causas que para la pérdida de la patria potestad establece este Código.

Creemos que este supuesto (fracción III del artículo 547) más que una revocación de la adopción, es una sanción que la ley impone al padre que ha incurrido en alguna de las causales de la pérdida de la patria potestad señaladas en el artículo 598; esto es, que el padre o la madre hayan cometido un delito en contra del hijo o de su patrimonio; que los padres hayan afectado la salud física o mental de su hijo al darle malos tratos o hayan abandonado sus deberes de padres o los hayan abandonado o expuesto su vida.

La resolución judicial que dicte el juez que apruebe la revocación, deja sin efecto la adopción simple, y restituye las cosas al estado que tenían antes de que éste se efectuara, y se le comunicará al Oficial del Registro Civil para que cancele el acta de adopción (550).

f) Diferencias entre la adopción simple y la adopción plena.

1.- Por los adoptantes.

La adopción plena debe ser hecha por un matrimonio; la simple, por un soltero o por un matrimonio.

2.- Por los efectos.

La adopción plena produce efectos plenos de patria potestad como si se tratase de una filiación biológica; la simple sólo entre el adoptado y el o los adoptantes.

3.- Por las consecuencias en el acta del Registro Civil.

La adopción plena trae como consecuencia una nueva acta de nacimiento en la que los adoptantes figuran como sus padres y los padres de los adoptantes, como abuelos del adoptado. En la adopción simple, sólo se pone al margen del acta de nacimiento original una nota circunstanciada en que constan los puntos resolutive de la sentencia que decretó la adopción, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marque la copia, la cual deberá ser depositada en el archivo.

Las diferencias tan grandes entre la adopción simple y la plena, hacen de los hijos adoptivos mediante la forma simple seres de segunda categoría. Lo más denigrante de su situación está en que en el acta de nacimiento del menor adoptado aparecerá una anotación marginal relativa a la adopción. Sin negar la necesidad de informar al menor sobre su adopción, no puede dejar de apuntarse que el hecho de que en su acta de nacimiento aparezca la referencia a la adopción traerá como consecuencia la publicidad innecesaria de su condición de hijo adoptivo.

La adopción simple no rompe los vínculos de parentesco consanguíneo que tiene el adoptado con su propia familia natural. Esta modalidad de la adopción es por ello más sencilla y los requisitos son menores que los que se exigen para la adopción plena. Sin embargo, por las injusticias que encierra, este tipo de adopción fue recientemente suprimido en el Código Civil para el Distrito Federal, reforma que entró en vigor en mayo de 2000.

3.3. Adopción internacional.

Dada la estructura federal del Sistema Jurídico Mexicano, la materia de adopción de menores tiene en México una doble reglamentación. Por un lado, la reglamentación de origen interno plasmada en los 32 Códigos Civiles correspondientes a las 31 entidades federativas y al Distrito Federal, así como la del Código Civil Federal, y la reglamentación internacional plasmada en diversos tratados internacionales de los que México es parte, en virtud de haberlos suscrito y ratificado, y que por imperativo del artículo 133 de la Constitución forman parte del derecho interno.

a).- Concepto de adopción internacional

De conformidad con el artículo 551 “adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país con residencia habitual fuera del territorio nacional, y tiene por objeto incorporar en una familia a un menor que no pueda encontrar una, en su propio país de origen.”

Es importante señalar que no obstante la bondad *per se* de la institución de la adopción, en ocasiones puede recurrirse a ella dolosamente por sujetos que pueden poner en riesgo grave a los menores, sobre todo a nivel internacional. Piénsese, por ejemplo, en problemas de falta de respeto a los niños, el establecimiento de verdaderas redes comerciales de pornografía, asesinatos cometidos en esos ambientes, etc. Por ello, con independencia del tratamiento que en cada país se da a la adopción, es innegable que ésta tiene que ser originada mediante una serie de

actos jurídicos en los que deba intervenir la autoridad pública con el objeto de darle mayor seguridad y protección a los menores.

Por todo lo anterior, estos convenios internacionales representan un gran esfuerzo de los países que los han suscrito, para proteger a los menores y cooperar en forma recíproca y conjunta, en los procedimientos de adopción de menores que van a ser trasladados a un lugar distinto al de su país de origen.

b).- Convenios o tratados internacionales suscritos por México relacionados con la Adopción.

A.- Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en lugares de guarda, en los planos nacional e internacional¹⁴⁷

En lo relativo a la adopción y colocación de los niños en lugares de guarda, esta Convención declara:

“Teniendo presente que, en los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental...”

A.- Bienestar general de la familia y del niño.

Art. 3.- Como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres.

Art. 4.- Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva –adoptiva o de guarda- o, en caso necesario, una institución apropiada.

Art. 5.- En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.

Art.6.- Los encargados de los procedimientos de adopción y de colocación en hogares de guarda deberán haber recibido capacitación profesional u otro tipo de capacitación apropiada.

Art. 8.- En todo momento, el niño deberá tener nombre, nacionalidad y representación legal.

¹⁴⁷ Esta Declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1985. Resolución 41/85.

Art. 9.- Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda, de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño.

Art. 13. El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres, tenga una familia permanente.

Art. 14.- Al considerar distintas posibilidades de adopción, los encargados de la colocación deberán elegir el medio más adecuado para el niño.

Art. 16.- Antes de la adopción, los organismos de bienestar del niño deberán observar la relación entre el niño que vaya a ser adoptado y los futuros padres adoptivos. La legislación deberá asegurar que el niño sea reconocido legalmente como miembro de la familia adoptiva y que goce de todos los derechos pertinentes a su condición de tal.

Art. 17.- Cuando: a) no sea posible colocar a un niño en un hogar de guarda, o b) darlo en adopción a una familia adoptiva, o c) cuando no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia.

Art. 22.- No se considerará adopción alguna en otro país sin establecer antes que el niño pueda legalmente ser adoptado y que se cuenta con los documentos pertinentes necesarios para completar el trámite de adopción, tales como el consentimiento de las autoridades competentes. También deberá establecerse que el niño podrá inmigrar al país de los futuros padres adoptivos, unirse a ellos y adquirir su nacionalidad.

B.- Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, realizada en la ciudad de La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984.¹⁴⁸

Las disposiciones de la Convención Interamericana, que por su mayor importancia transcribimos a continuación, son:

Art. 3.- La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, el consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo.

Art. 4.- La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá:

- a) La capacidad para ser adoptante.*
- b) Los requisitos de edad y estado civil del adoptante.*
- c) El consentimiento del cónyuge del adoptante, en su caso. Y*
- d) Los demás requisitos para ser adoptante.*

¹⁴⁸ La Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores fue publicada, mediante el decreto de promulgación, en el Diario Oficial de la Federación del 21 de agosto de 1987.

Art. 7.- Se garantizará el **secreto** de la adopción cuando correspondiere. No obstante, cuando ello fuere posible, se comunicarán a quienes legalmente proceda, los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se les conociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación.

Art.8.- En las adopciones regidas por esta Convención, las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el **adoptante** (o los adoptantes) acrediten su **aptitud física, moral, psicológica y económica** a través de instituciones pública o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional.

Art. 9.- En caso de **adopción plena**, legitimación adoptiva y figuras afines:

- a) Las **relaciones** entre adoptantes y adoptado, inclusive las **alimentarias**, y las del adoptado con la familia de los adoptantes se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima.
- b) Los **vínculos** del adoptado con su **familia de origen** se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.

Art. 10.- En caso de **adopciones distintas a la adopción plena**, legitimación adoptiva y figuras afines, las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado se rigen por la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes). Las relaciones del adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de su residencia habitual al momento de la adopción..

Art. 12.- Las adopciones referidas en el artículo 9 serán **irrevocables**. Las **revocaciones** de las adopciones a que se refiere el artículo 10 se regirán por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción.

Art. 13.- **Conversión** de la adopción simple a adopción plena.

Art. 14.- La **anulación** de la adopción se regirá por la ley de su otorgamiento. La anulación sólo será decretada judicialmente, velándose por los intereses del menor, de conformidad con el artículo 19 de esta Convención.

Art. 15.- Serán **competentes** para en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere esta Convención las autoridades del Estado de la **residencia habitual del adoptado**.

C.- Convención (de la Haya) sobre la protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional.¹⁴⁹

En enero de 1995 entró en vigor en México el tratado celebrado en la Haya, Países Bajos, el 23 de mayo de 1993, mismo que fue aprobado por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el 22 de junio de 1994 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Octubre de ese mismo año. El tratado tiene fuerza obligatoria para regular las adopciones cuando el menor y los padres adoptivos tengan su residencia habitual en países diferentes. A continuación analizaremos las cuestiones más importantes de este tratado.

Al respecto, el Gobierno de México hizo las siguientes:

Declaraciones

*** Autoridad Central.**

Fungirá como tal el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de cada una de las Entidades Federativas, con jurisdicción exclusiva en el territorio al que pertenecen. El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF Nacional) tiene su jurisdicción exclusiva en el Distrito Federal y jurisdicción subsidiaria en las 31 entidades federativas (Declaración I).

La autoridad Central deberá realizar todas las funciones que tengan por objeto el cumplimiento de las disposiciones de la Convención de la Haya. El artículo 6 de la Convención establece que: "todo Estado designará una Autoridad Central para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención. Si se trata de Estados Federales, puede designar más de una, señalando la extensión territorial de sus funciones. Así mismo, deberá asignar la Autoridad Central a la que se dirigirán las comunicaciones relativas". En cumplimiento a la disposición contenida en este último párrafo, México designo como Autoridad Central para ello a:

*** Autoridad Central para la recepción de documentos provenientes del extranjero: La Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores** (Último párrafo de la Declaración I). Toda documentación que se remita a México deberá estar acompañada de una traducción oficial al idioma español (Declaración IV).

*** Autoridad competente para expedir certificaciones de las adopciones: La Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores** (Declaración III).

¹⁴⁹ La Convención sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional fue suscrita en la Haya, Países Bajos, el 29 de mayo de 1993, aprobada por el Senado Mexicano el 22 de junio de 1994, según publicación del Diario Oficial de la Federación del 6 de julio de 1994 y promulgada mediante publicación en el Diario Oficial el 24 de octubre de 1994.

*** Traslado de menores:**

Sólo podrán ser trasladados fuera del país los menores que hayan sido previamente adoptados a través de los tribunales familiares nacionales (Declaración II).

Disposiciones del Convenio de la Haya:

a).- Objeto de la Convención (art. 1 de la Convención de la Haya).

El artículo primero establece el objeto de la Convención. El cual puede resumirse en:

- i. “Establecer garantías para las adopciones internacionales.*
- ii. Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes.*
- iii. Asegurar el reconocimiento entre dichos Estados de las adopciones hechas conforme a la Convención.”*

b).- ¿Cuándo se aplica la Convención? (art. 2 de la Convención de la Haya).

La Convención se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“Estado de Origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“Estado de Recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

c).- Requisitos para las adopciones (art. 4 de la Convención de la Haya).

*** En el Estado de Origen:**

- a) La autoridad central ha establecido que el niño es adoptable (art. 16 de la Convención de la Haya).
- b) Después de constatar las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, determina (la autoridad central) que la adopción internacional responde al interés superior del niño.
- c) Se ha comprobado que las personas o instituciones que deben dar su consentimiento han sido suficientemente asesoradas (consentimiento informado), en especial en lo relativo al mantenimiento o ruptura de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.
- d) Se han asegurado que el consentimiento ha sido dado en forma libre y con las formalidades exigidas, sin que medie pago o compensación alguna. (gratuito).

- e) Que el consentimiento de la madre sea posterior al nacimiento del niño.
- f) Que el consentimiento del menor, cuando se requiera, ha sido dado debidamente informado, libre y gratuito y en vista de su interés.

*** En el Estado de Recepción:**

- g) Las autoridades han constatado que los futuros padres adoptivos son aptos y adecuados para la adopción (art. 15 de la Convención de la Haya).
- h) Que los futuros padres han sido debidamente asesorados.
- i) Que el niño ha sido autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de sus padres adoptivos.

Si la Autoridad Central del Estado de Recepción considera que los solicitantes son adecuados preparará un informe sobre su (art. 15 de la Convención de la Haya):

- a) Identidad.
- b) Capacidad jurídica.
- c) Status personal, familiar y social de los adoptantes.
- d) Expediente clínico.
- e) Motivaciones.

Si la Autoridad Central del Estado de Origen considera que el niño es adoptable preparará un informe sobre su (art. 16 de la Convención de la Haya):

- a) Identidad.
- b) Medio social.
- c) Evolución personal y familiar.
- d) Historia Médica y la de su familia.
- e) Necesidades particulares.

Este mismo artículo 16 de la Convención establece que:

* La Autoridad Central deberá asegurarse de que, para la adopción, se han tomado en cuenta las condiciones de educación del menor, su origen étnico, religioso y cultural.

* Se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el artículo 4.

* Se asegurará de que la adopción obedece al interés superior del niño.

En el numeral 2 de este mismo artículo 16, la Convención prescribe: “La Autoridad Central del Estado de Origen sólo podrá entregar en adopción al menor a sus padres adoptivos si:

- a) Se cerciora que los padres adoptivos han otorgado su consentimiento debidamente.
- b) Se cerciora que el Estado de recepción ha aprobado tal decisión.
- c) Si ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.
- d) Se ha constatado que los padres adoptivos son adecuados y aptos para la adopción.
- e) Se ha constatado que el niño ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.”

d).- Efectos del reconocimiento de la adopción (art. 26 de la Convención de la Haya).

- a) Vínculo de filiación entre el niño y los padres adoptivos.
- b) Responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo.
- c) Ruptura del vínculo de filiación anterior.

3.3.1. Regulación de la adopción internacional en el Código Civil de Jalisco.

En el ámbito interno, el Código Civil del Estado de Jalisco, en la sección tercera, capítulo cuarto, título sexto, regula en los artículos 551 a 554 las adopciones internacionales.

En esta misma sección, el Código diferencia la adopción internacional de la adopción realizada por extranjeros que viven dentro del territorio nacional. Así, el artículo 552 prescribe:

“Adopción por extranjeros es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional y se regirá por lo dispuesto en esta sección.”

Asimismo, en esta escasa regulación, el Código del Estado establece que las adopciones internacionales tendrán los efectos de la adopción plena (art. 553).

Y establece también el Código el procedimiento interno para llevar a cabo una adopción internacional. Al respecto prescribe:

“I. Corresponde al Sistema de Desarrollo Integral de la Familia Jalisco, a través del su órgano desconcentrado Consejo Estatal de Familia, desempeñar la función de Entidad Central del Estado, tanto para consentir la adopción por personas residentes en el extranjero, como para vigilar la adecuada relación familiar cuando los adoptantes sean residentes en el Estado y el adoptado sea extranjero” y “II. Al consentirse la adopción, deberá señalarse la forma y términos como se le dará seguimiento en el extranjero” (art. 554).

Actualmente se están promoviendo unas reformas a la legislación interna relacionada con esta materia, con el objeto de facilitar las adopciones, nacionales e internacionales, ya que al suscribir el Convenio de la Haya, México se comprometió a tomar las medidas apropiadas para facilitar y activar los procedimientos de adopción y de esta manera allanar los caminos para que niños mexicanos que no han encontrado una familia adoptiva en su patria, puedan encontrar los padres que la vida les ha negado entre personas que, aunque no sean de su misma nacionalidad, son al fin y al cabo seres humanos con la misma naturaleza y miembros de la misma familia humana universal. Un papá y una mamá que les permitirán y promoverán una vida digna con la entera satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales. Una familia que les proporcionará el cariño y la seguridad que todo ser humano necesita para desarrollarse dignamente.

CAPÍTULO IX LA CUSTODIA Y LA NIÑEZ

SUMARIO: 1. LA CUSTODIA. 2. LA NIÑEZ. 2.1. REGULACIÓN INTERNA. 2.2. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE PROTECCION A LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.

1. LA CUSTODIA.

1.1. Concepto.

Custodiar es la acción de guardar con cuidado una cosa o una persona. La palabra custodia proviene del verbo latino curare, que quiere decir cuidar.¹⁵⁰

Jurídicamente hablando, la custodia es el primer deber de los padres respecto a sus hijos menores no emancipados. Este deber de custodia y cuidado se traduce en el deber de tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado.¹⁵¹

El Código Civil del Estado de Jalisco establece, en su artículo 555:

“En virtud de la custodia, una persona o una institución asumen el cuidado y atención personal de seres humanos.”

La custodia es uno de los deberes y derechos que nacen de la patria potestad. Para ejercer la patria potestad, los padres necesitan una serie de facultades, como la de tener a sus hijos bajo su guarda y custodia en su domicilio. Es por esto que dentro de los domicilios que la ley establece como legales, se encuentra el domicilio legal de los menores que es el de la persona a cuya patria potestad estén sujetos (art. 75, fracc. I).

La guarda y custodia de un hijo requiere que éste habite en la casa de sus padres. Por lo tanto, éstos tienen derecho a exigir al hijo a que viva con ellos y es causa de pérdida del derecho de alimentos, que el menor abandone sin causa justificada el domicilio de sus padres (art. 451, fracc. V).

1.2. Regulación Jurídica.

La custodia no había sido regulada anteriormente en forma independiente. Se le incluía dentro de las disposiciones aplicables a la patria potestad y a la tutela. Brevemente se le regulaba al establecerse los derechos y los deberes derivados de la patria potestad y, en casos determinados, de la tutela. El Código Civil del Estado, expedido en 1995, aunque en forma breve, pero en un capítulo exclusivo, establece disposiciones legales sobre la custodia. De los artículos 555 a 666 se le

¹⁵⁰ Diccionario Jurídico Mexicano, op. Cit. Tomo II, p. 383.

¹⁵¹ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. “La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno filiales”, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 289.

regula como una figura jurídica que no sólo nace de la patria potestad o de la tutela, sino que puede inclusive ser contratada entre los particulares.

1.3. Disposiciones varias.

1.- a custodia debe establecerse siempre en beneficio del custodiado. El respeto a sus derechos y su interés deben estar por encima de los derechos y los intereses de los custodios. El artículo 556 dispone, a este respecto, que:

“La custodia siempre es en beneficio de su destinatario, con reconocimiento pleno de sus derechos de personalidad.”

2.- No obstante lo anterior y precisamente por ello, la custodia confiere, a quien la ejerce, la facultad de aplicar correcciones disciplinarias y proporcionar al custodiado, en su caso, el auxilio para el mantenimiento y recuperación de su salud física y psíquica (art. 557).

3.- El Consejo de Familia podrá autorizar, intervenir y consentir en todo tiempo y circunstancia en los casos de custodia (art. 558).

El Consejo de Familia es un organismo público, que tiene por objeto servir de enlace permanente entre todas las instituciones que tengan como objetivo la atención, tutela, custodia y asistencia a la niñez.

En los últimos tiempos, afortunadamente el tema de los derechos y protección de la niñez ha sido objeto de constantes debates debido, entre otros factores, a los múltiples casos de menores que han sido gravemente dañados precisamente por carecer de la protección a que tienen derecho. Piénsese, a modo de lamentable ejemplo, en el reciente caso del niño a cuya madre se condenó a la pérdida de la patria potestad y se les entregó en custodia a unos familiares, a una tía en concreto, quien devolvió al niño a su mamá y ésta permitió que su pareja golpeará a tal grado al niño que lo privó de la vida. Por este fatal desenlace, se intentó atribuir la responsabilidad de la muerte del menor al Consejo de Familia, por no dar seguimiento a la situación del menor entregado en custodia, imputación que al parecer no prosperó porque la ley no prevé expresamente esa responsabilidad del ese organismo. Ante esta laguna de la ley, es de proponerse que, dentro de una reforma integral a varios ordenamientos que son aplicables en materia de menores, se agregue al Código de Asistencia Social del Estado el siguiente precepto:

Art. 34. El Consejo de Familia, Estatal, Municipal o intermunicipal, en el ámbito de su competencia territorial, deberá autorizar, intervenir, consentir y dar seguimiento en todo tiempo y circunstancia en los casos de custodia, de conformidad al siguiente procedimiento administrativo:

1.- Estarán facultados para solicitar la intervención del Consejo de Familia, ante un caso de custodia: los familiares o los organismos públicos o privados que den albergue o asistencia a los sujetos de custodia, según sea el caso.

II.- Las personas u organismos cuyo consentimiento se requiera para la custodia, deberán ser convenientemente asesoradas y debidamente informadas por el Consejo de Familia, sobre las consecuencias legales que la custodia implica y del consentimiento otorgado, en particular de la subsistencia de los vínculos jurídicos entre el custodiado y su familia de origen, así como sobre el respeto a los derechos de la personalidad del sujeto a custodia.

III.- Llevada a cabo la asesoría, el consentimiento informado deberá ser otorgado libremente y por escrito ante el propio Consejo, por lo familiares localizables más próximos en grado.

IV.- Las personas que vayan a ejercer la custodia personal, deberán recibir por parte del Consejo de Familia respectivo, la debida asesoría y capacitación sobre los alcances psíquicos, afectivos y jurídicos que el desempeño de la custodia implica.

V.- Para otorgar la custodia personal o institucional, el Consejo de Familia deberá, a través de sus áreas de Trabajo Social, Psicología y Departamento Jurídico, cerciorarse de la idoneidad de quienes podrán asumirla, teniéndose como preferentes los intereses del custodiado, y formalizar dicha custodia a través del dictamen correspondiente.

VI.- Para la permanencia o prórroga de las custodias otorgadas por el Consejo de Familia, éste deberá darle seguimiento constante al sujeto de custodia, para procurar que se cumplan los fines para los que se otorgó dicha custodia.

Como se puede apreciar, con esta propuesta se pretende darle mayor formalidad a la custodia para que ésta sea más segura y se eviten los riesgos de daños y peligros para a los menores custodiados.

1.4. Especies de custodia.

De la raquítica definición del artículo 555 (CCJ) que dispone que: “En virtud de la custodia, una persona o una institución asumen el cuidado y atención personal de seres humanos”, se desprenden dos especies de la custodia, que son:

- a) Custodia personal.
- b) Custodia institucional.

En disposiciones contenidas en este mismo capítulo V del título VI del libro segundo del Código del Estado, que regula la custodia, se encuentran las otras clasificaciones que el legislador hizo de esta figura jurídica, que son:

- c) Custodia Temporal.
- d) Custodia Definitiva.
- e) Custodia Onerosa.
- f) Custodia Gratuita.
- g) Custodia Voluntaria.
- h) Custodia Forzosa.

Se enunciarán enseguida las definiciones que la propia ley da de cada una de estas especies de custodia.

- a) **Custodia personal:** Es la que se realiza por una persona o una familia determinadas.

Este tipo de custodia origina para el custodiado, las obligaciones de respeto y consideración que se le deben de tener a quien la ejerce, como si fuera hijo de familia y además, en su caso, produce la obligación alimentaria (art. 561).

- b) **Custodia institucional:** Es la especie de custodia que se ejerce por un establecimiento, sea éste de gobierno, descentralizado o privado, y que tenga como fin el cuidado y atención de personas.

En este tipo de instituciones y para efectos del sostenimiento económico, podrá establecerse que los sujetos de custodia reciban la ayuda económica y afecto personal de ciertas y determinadas personas que, con fines altruistas, se hagan cargo de cada uno de los custodiados en lo individual, pudiéndose permitir convivir con ellos en épocas y circunstancias precisas (562).

En el Instituto Cabañas, que es un organismo público descentralizado que tiene por objeto la tutela, guarda y custodia de niños huérfanos o abandonados, o de niños cuyos progenitores, abuelos o demás familiares necesitan la ayuda institucional de albergue para sus hijos, se ha desarrollado un programa de apadrinamiento que tiene como finalidad precisamente hacer posible que los niños que carecen de familiares, puedan recibir el afecto y la atención personalizada, que por razones obvias, es imposible que reciban de una manera directa y personal en una institución tan grande que alberga casi 500 niños.

- c) **Custodia temporal:** Como su nombre lo indica, es la especie de custodia que se ejerce sobre el custodiado por un tiempo predeterminado que puede consistir en períodos cortos o largos, sucesivos o continuos (art. 559).

Normalmente es temporal la custodia que voluntariamente se contrata con una institución (guardería) para que los menores o incapaces reciban el cuidado y la atención personal en defecto de sus padres o tutores, por causas justificadas, como el trabajo que les impide cuidar a sus hijos o pupilos.

- d) **Custodia definitiva:** Es la especie de custodia que se ejerce por un período continuo e indeterminado (art. 560).

Este tipo de custodia es ejercida o por los progenitores o tutores, o por las instituciones públicas (Instituto Cabañas, por ejemplo), donde por orden de

alguna autoridad competente les es encomendada la custodia de algún menor o incapaz.

- e) **Custodia Onerosa:** Es aquella que se lleva a cabo mediante una retribución económica, previamente fijada por las partes (art. 563). Normalmente es onerosa la custodia que en forma voluntaria se contrata para el cuidado y la atención de menores o incapaces.
- f) **Custodia Gratuita:** Especie de custodia en virtud de la cual se ejerce el cuidado del menor o del incapaz sin recibir a cambio ninguna retribución económica (art. 564).

Esta especie de custodia se establece informalmente entre parientes o amigos y se hace por razones de afecto o solidaridad entre amigos, vecinos o parientes, quienes cuidan a los niños para que sus padres puedan trabajar o realizar alguna actividad que les impida cuidar a sus hijos.

- g) **Custodia Voluntaria:** Especie de custodia convenida libremente entre las partes involucradas en ella (art. 565). La custodia voluntaria puede ser gratuita u onerosa, pero en cualquier caso se establece en forma libre y voluntaria.
- h) **Custodia Forzosa:** Aquella que se realiza en cumplimiento de una determinación de autoridad, aun en contra del consentimiento del menor y de los que ejercen sobre él la patria potestad (art. 566).

La custodia forzosa tiene como origen, normalmente, la separación del custodiado de sus progenitores o tutores, debido a que éstos realizaron alguna conducta inmoral o ilícita en contra del menor o del incapaz.

2. LA NIÑEZ.

2.1. Generalidades.

Aunque resulta claro que todos los niños son menores, no todos los menores son niños, pues éstos solamente lo son aquellos que se encuentren en las etapas comprendidas entre la gestación, y la primera y segunda infancia. Los menores que se encuentran en la pubertad o adolescencia ya no pueden ser considerados ni tratados como niños.

No obstante lo anterior, la ley indistintamente usa el término de niño o menor en el capítulo dedicado a proteger los derechos de la Infancia. Es por ello que consideramos que esta protección se extiende a todos los menores de dieciocho años.

Se consideran **infantes** los menores de siete años. Éstos son totalmente incapaces para manejarse por sí mismos y constituyen el grupo de la **primera infancia**. Los niños de siete a doce años son los impúberes, quienes carecen de aptitud fisiológica para la reproducción; éstos forman la **segunda infancia**. Los púberes, son los adolescentes que no han alcanzado la mayoría de edad y que, aunque fisiológicamente son aptos para la reproducción, no tienen todavía la madurez suficiente para gobernar sus actos, su vida y su patrimonio, y se encuentran sujetos a la patria potestad o a la tutela.¹⁵²

La palabra menor procede del vocablo latino *minor natus*, referido al menor de edad, al pupilo no necesariamente huérfano, sino el que necesita protección. Desde el punto de vista biológico se llama menor a la persona que, por defecto del desarrollo gradual de su organismo, no ha alcanzado una madurez plena. Jurídicamente hablando, es la persona que por la carencia de plenitud biológica, la ley le restringe su capacidad legal de ejercicio, dando lugar al establecimiento de figuras jurídicas especiales que lo salvaguardan, como la tutela y la patria potestad, por ejemplo.

2.2.REGULACIÓN JURÍDICA.

a) Regulación interna.

La Constitución Política de México establece tajantemente en el párrafo sexto de su artículo 4º:

“Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades...para su desarrollo integral”.

Y en el párrafo séptimo prescribe:

“Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.”

La protección civil a los derechos de los menores, fue establecida formalmente en el título séptimo, del libro segundo del Código Civil del Estado de Jalisco, cuyo Capítulo Único regula, en once artículos (del 567 al 577), los principios generales que constituyen las directrices de protección a la niñez dentro del Estado.

¹⁵² Diccionario Jurídico Mexicano, tomo VI, op cit., p. 170.

2.2.1. ANÁLISIS DEL TÍTULO SÉPTIMO DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO.

A. Generalidades.

* En este capítulo se establece, en primer lugar, la prescripción de orden público de que la niñez debe ser objeto de especial atención, cuidado y reconocimiento (567).

* Asimismo, se define la niñez como la etapa de la vida de los seres humanos que comprende la gestación, el nacimiento, la primera y segunda infancia y la pubertad (568).

* Los intereses de los niños se encuentran por encima de los de los demás, por lo que se prohíbe la interpretación restrictiva de normas jurídicas que regulan sus derechos (570).

* Se establece también el interés superior de los niños cuando, en una misma fuente de derechos y obligaciones, existe conflicto entre los intereses de un adulto y los de un menor. El artículo 571 prescribe que los derechos del niño deben prevalecer sobre los de la otra persona.

* Finalmente, se establece la norma de que los menores pueden ser separados de las personas que los tengan en custodia, cuando la convivencia del menor con esas personas sea perjudicial para el niño o viole sus derechos. La cesación de esa convivencia puede ser solicitada por los ascendientes, el Consejo de Familia o el Ministerio Público.

B. Derechos de los niños.

Los niños tienen derecho a:

- a) La promoción y respeto de su personalidad individual (art. 569).
- b) Que se les inculquen valores positivos de convivencia y solidaridad humanas (art. 569).
- c) Desarrollarse en un ambiente sano familiar, de conformidad con el siguiente orden de preferencia:
 - 1.- Con sus progenitores.
 - 2.- Cuando los progenitores están separados, tendrá la custodia la madre, siempre y cuando sea apta física y mentalmente para desempeñarla.

3.- En el caso de falta de aptitud de la madre, la custodia le corresponderá al padre, si es que se encuentra en aptitud física y mental para desempeñarla.

4.- A falta de progenitores, la custodia del menor podrá ser confiada a los ascendientes. A falta de abuelos, se dará la custodia a los parientes dentro del cuarto grado o a alguna persona con la que el menor se encuentre ligado por lazos afectivos nacidos de actos religiosos, respetados por las costumbres.

5.- Finalmente, si no existiera ninguna de las personas enumeradas en las fracciones anteriores, se enviará al menor a una institución pública o privada, especialmente establecida para albergar niños que lo necesitan.

- d) Convivir con sus progenitores. En caso de que ello no fuere posible, los niños tienen derecho a que sus padres los visiten, para no perder los vínculos afectivos que tienen con ellos (art. 572, fracc. VI).
- e) Ser oídos en los casos en que deba tomarse una determinación que los pudiera afectar en sus intereses. Al tomar estas determinaciones deberá valorarse la opinión del niño en función de su edad y madurez (art. 573).
- f) La promoción de su salud, tanto durante el tiempo en que padezca alguna enfermedad, como en la prevención de las enfermedades (art. 574).
- g) Recibir educación sobre su persona y desarrollo y conocer sus derechos y responsabilidades (art. 574 in fine).
- h) Tener descanso y sano esparcimiento: al juego y las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y artística de su comunidad. (art. 575).
- i) Recibir un trato igual al de sus hermanos, excepto en los casos en que uno de ellos necesite algún trato especial, por su situación física o mental también especiales. (art. 576).

2.2. REGULACIÓN EXTERNA: CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE PROTECCION A LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.

Esta Convención Internacional fue firmada en Nueva York, EUA, el 20 de noviembre de 1989. Fue ratificada por México el 10 de agosto de 1990 y entró en vigor el 21 de octubre de ese mismo año de 1990.

Por formar parte del orden jurídico nacional, de acuerdo con el artículo 133 de nuestra Constitución Política, y por su obvia trascendencia en el tema a estudio, se

transcribe a continuación en lo conducente dicha Convención. En el preámbulo de la misma se afirma:

“Los Estados Partes en la presente Convención,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, " el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento",

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;

b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;

c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;

d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;

e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

f) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Como se puede apreciar, los Estados de la comunidad internacional al firmar y ratificar esta Convención se han comprometido a velar por los derechos allí reconocidos de los niños. México la suscribió y ratificó y, por lo tanto, con ello se ha comprometido a promover y salvaguardar dichos derechos, así como a tomar las medidas necesarias para el pleno goce y ejercicio de los mismos.

CAPÍTULO X PATRIA POTESTAD

SUMARIO: 1. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 2. CONCEPTO Y FINALIDAD 3. CARACTERÍSTICAS. 4. NATURALEZA. 5. SUJETOS. 6. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD. 7. CAUSAS DE EXTINCIÓN, SUSPENSIÓN, PÉRDIDA Y EXCUSAS DE LA PATRIA POTESTAD

1. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Esta figura jurídica se origina en el Derecho Romano. Entre los romanos consistía en una verdadera potestad del *pater familiae* (que no necesariamente era el padre) sobre los hijos y sus descendientes y todos los que se encontraban bajo su autoridad. La patria potestad era ejercida por el varón más viejo. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica. Era un verdadero poder sobre las vidas y haciendas de todos los que se encontraban bajo la potestad del *pater*. Éste podía disponer no sólo de los bienes sino de la misma vida de ellos. El *pater* podía venderlos y hasta hacerlos matar.¹⁵³ Todos los parientes *agnados* y *cognados* constituían una sola familia que tenía bases a la vez religiosas y económicas. El jefe de familia era al mismo tiempo el sacerdote, el juez, el legislador y reunía un conjunto de poderes absolutos.¹⁵⁴

Por influencia del Cristianismo, las instituciones jurídicas romanas se fueron humanizando, y la patria potestad sufrió un cambio en su finalidad. En la Edad Media, en la legislación germánica, la potestad del padre significa ya no sólo un derecho sino un deber sobre el hijo; ya no es vitalicia, sino que termina cuando el hijo es capaz de comenzar una vida económica independiente. Se reconoce además la potestad materna para cuando faltara el padre.¹⁵⁵

En España influye la legislación germánica respecto a la organización de la patria potestad, y en Las Siete Partidas, no obstante que derivan del Derecho Romano, la patria potestad se ejerce con suavidad y con piedad paterna.¹⁵⁶

Los Códigos Mexicanos del siglo XIX (1870 y 1884) regulan la patria potestad prescribiendo que, en primer lugar, sería ejercida por el padre y si el padre muriera, se ausentara o fuera sujeto a interdicción, entonces la patria potestad pasaba a la madre. Al faltar los progenitores, ejercían la patria potestad el abuelo paterno y faltando éste, el abuelo materno.

¹⁵³ Cfr. BAQUEIRO ROJAS, op. cit., P. 225

¹⁵⁴ CHÁVEZ ASCENCIO, "La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales", Ed. Porrúa, México, 1987, p. 267.

¹⁵⁵ Cfr. Ibidem, p. 268.

¹⁵⁶ Idem.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917 estableció que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en primer término; por la muerte de éstos, pasa a los abuelos paternos y por último a los abuelos maternos.

Con el paso del tiempo la patria potestad ha ido cambiando, pasando de una autoridad rígida del padre de familia a una debilitación de la autoridad de éste al compartirla con la madre. En un principio se entendía que los padres tenían un poder absoluto sobre los hijos, hoy se considera que la potestad es una función de los padres en beneficio de los hijos.

2. CONCEPTO Y FINALIDAD.

Para Baqueiro “la patria potestad se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes.”¹⁵⁷

El Tribunal Supremo Español, en sentencia de 22 de mayo de 1993¹⁵⁸ definió a la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes que la ley concede a los padres sobre sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas de la patria potestad, cuyo contenido no puede, en principio, sin la aprobación judicial, ser objeto de pactos privados dirigidos a modificaciones de su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores.

El Código Civil del Estado de Jalisco ha definido la patria potestad como “la relación de derechos y obligaciones que recíprocamente tienen, por una parte el padre y la madre y, por otra, los hijos menores no emancipados, cuyo objeto es la custodia de la persona y los bienes de esos menores, entendida ésta en función del amparo de los hijos.” (578)

La definición anterior comprende tanto el concepto como la finalidad de la patria potestad. Concepto: conjunto de derechos y obligaciones que en forma recíproca tienen los padres y los hijos en la relación paterno-filial. La finalidad: custodiar la persona y administrar los bienes de los hijos menores no emancipados.

La patria potestad tiene, entonces, como finalidad principal proteger los intereses de los hijos. Por eso el legislador ha dispuesto que, como regla general sea ejercida por los dos padres y sólo por excepción sea ejercida por uno solo de ellos. En la crianza y educación de los hijos se necesitan por igual el padre y la madre. La presencia constante de los dos es necesaria en la formación sana de la personalidad de los hijos.

¹⁵⁷ BAQUEIRO, op. cit., p. 227

¹⁵⁸ LLEDÓ YAGÜE, op. cit., p. 267

3. NATURALEZA JURÍDICA.

Los autores españoles sostienen que la patria potestad no constituye propiamente un derecho subjetivo de los padres sino **una potestad** que el derecho positivo, al dictado del derecho natural, atribuye con carácter indispensable a los ascendientes, en cuanto medio para el desempeño de una función: el cuidado, la crianza y la educación del hijo.¹⁵⁹

En la misma línea Alberto Pacheco¹⁶⁰ afirma que la patria potestad es “la potestad que ejercen los padres sobre sus hijos menores no emancipados, en orden a la educación, representación y administración del patrimonio de los mismos. Así entendida la patria potestad es: “el conjunto de facultades jurídicas necesarias para el servicio que deben realizar los padres a favor de sus hijos con el objeto de cumplir con su obligación natural de criarlos y educarlos.”

La patria potestad es necesaria para que los padres puedan cumplir con la obligación natural de educar a los hijos y a la necesidad también natural que tienen los hijos de ser protegidos por sus padres mientras no puedan bastarse por sí mismos.”

4. SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

* En esta relación de paternidad-filiación **los sujetos activos**, o sea los que ejercen la patria potestad son:

- a) El padre y la madre, ya sean biológicos ya adoptivos (art. 581), y a falta de ellos,
- b) Los abuelos, paternos o maternos.

En caso de conflicto por el ejercicio de la patria potestad, en la hipótesis de que los dos progenitores hubieren muerto, el juez decidirá la cuestión, tomando en consideración los criterios establecidos en el artículo 582 del CCJ que a la letra dice:

“Cuando ocurra el fallecimiento de ambos progenitores, el ejercicio de la patria potestad corresponde a los abuelos por ambas ramas.

Cuando existan abuelos por ambas líneas, ejercerán la patria potestad los ascendientes que tengan para ello la disposición y posibilidad; en caso de conflicto, la autoridad judicial resolverá a quiénes corresponde su ejercicio, debiéndose oír para ello al Consejo de Familia y al menor, cuando tenga más de catorce años de edad, teniendo para en cuenta el interés superior de los menores y, además, las siguientes consideraciones en orden de preferencia:

¹⁵⁹ Cfr. LLEDÓ YAGÜE, op. cit., p. 268.

¹⁶⁰ PACHECHO E. Alberto, op., cit. p. 145.

- I. *Buscar la mayor afinidad e identificación.*
- II. *La menor edad y plenitud psíquica.*
- III. *La mayor instrucción; y,*
- IV. *La estabilidad económica necesaria para satisfacer los requerimientos de los menores. Cuando existan varios menores miembros de una misma familia que convivan juntos, se procurará que continúe la convivencia, si ello fuere posible.”*

* **Sujetos pasivos.** Se llaman así porque son los que están sujetos a la autoridad de los padres o los abuelos. Ellos son:

- a) Los hijos.
- b) Los nietos.

5. CARACTERÍSTICAS (art. 580).

La patria potestad tiene las siguientes características:

- I. **Personal**, ya que está constituida por un conjunto de deberes y derechos que deben ejercerse personalmente. Con excepción de la custodia que sí puede transmitirse, los demás derechos y deberes deben cumplirlos quien se encuentre ejerciendo la potestad.
- II. **Intransmisible.** Salvo en los casos de adopción, la patria potestad no puede transmitirse. La patria potestad está fuera del comercio y, en consecuencia, no puede cederse bajo ningún título, ya oneroso ya gratuito. No puede ser objeto de actos jurídicos por medio de los cuales se transmita la patria potestad.
- III. **Irrenunciable.** Por tratarse de una institución de orden público e interés social, no puede renunciarse el ejercicio de la patria potestad, ya que si fuera posible renunciar al ejercicio de la patria potestad, los perjudicados serían los hijos.
- IV. **Implica un trato continuo** entre los padres y los hijos. Éstos tienen derecho a vivir y convivir constantemente con sus progenitores, pues de otra manera no sería posible recibir de ellos los buenos ejemplos que van moldeando su personalidad.
- V. **Corrección disciplinaria.** Los padres están facultados para corregir, de manera prudente y moderada, a sus hijos, con el fin de educarlos en forma armónica y positiva. Tan grave es excederse en las formas de corrección a los hijos, como la falta absoluta de normas de disciplina dentro de la familia.

En relación a la característica de la irrenunciabilidad de la patria potestad, se transcribe parte de una tesis de jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia:

PATRIA POTESTAD. IRREUNCIABILIDAD DE LA. Si la actora reclamó el pago de una pensión alimenticia para su menor hijolo hacía en el ejercicio del derecho de la patria potestad que ejercía sobre el menor, mismo derecho que es irrenunciable, porque encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primer es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino que, por el contrario, constituye una función una función jurídica o potestad.....las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona no para que ésta realice a través de ellas sus propios intereses, sino el interés de otra persona. Confluye por ello, en la idea de potestad junto al elemento de poder jurídico, un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio.El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que al renunciarse la potestad, ello se haría indudablemente contra el orden público y en perjuicio de tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista, no cabe duda de que constituya un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. Por otra parte, la renuncia se produciría en perjuicio del tercero, cuyo tercero es el hijo a quien perjudica a quien perjudica indudablemente el que la madre se libere de aquellos deberes que la patria potestad le impone.¹⁶¹.

6. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

A. Con relación a la persona de los hijos.

a) Deber de darles nombre.

Al estudiar los derechos de la personalidad y los atributos de las personas dijimos que el nombre, que es uno de ellos, se compone de nombre propio y apellidos. Dijimos también que a diferencia de otros códigos de la República, el artículo 60 del Código Civil de Jalisco regula expresamente la manera como se forma el nombre: con el nombre propio y los apellidos. Los progenitores tienen libertad de elegir el nombre propio de sus hijos, pero el apellido necesariamente se debe formar con los apellidos paterno y materno. Los padres no tienen libertad para cambiar los apellidos ni para invertir el orden en que deben darse: primero el paterno y luego el materno.

¹⁶¹ Amparo directo 443a/1973 Luis Correa Rosales, 3ª Sala, Informe 1974, SEGUNDA PARTE, p.50.

b) Deber de custodiar.

Los padres deben ser los principales y primeros obligados a **custodiar** a sus hijos. Como ya se estudió, la custodia consiste en el cuidado y la atención personal de un ser humano. El cuidado y la atención personal de los hijos implica la presencia constante y el trato continuo entre padres e hijos, en el que el buen ejemplo de los padres educa más que las palabras.

La custodia implica también la vigilancia prudente para que el hijo no se perjudiquen a sí mismo, y evitar que alguna otra persona lo dañe física o mentalmente, y asimismo que él cause un daño a otra persona..

c) Deber de criar a los hijos:

El Diccionario de la Lengua Española establece que la crianza es “la acción y efecto de criar” y criar es “el acto de instruir, educar, alimentar, cuidar y dirigir” De acuerdo con esto, los padres son los primeros obligados a dar alimentos a sus hijos; entendiendo los alimentos en su término jurídico, el cual comprende no sólo la comida, sino la casa, el vestido, el sustento y todos los demás satisfactores necesarios para el desarrollo del hijo. Para poder criar a sus hijos, éstos tienen la obligación de vivir en el domicilio que la ley les atribuye, que es el domicilio de sus padres.

d) Deber de Educar.

Para Santo Tomás, “la naturaleza no tiende solamente a la generación de la prole sino también a su educación y promoción al estado perfecto del hombre en cuanto hombre, que es el estado de virtud.”¹⁶²

Basados en lo anterior, la educación de los hijos constituye un derecho y un deber de los padres. Derecho y deber que nace del derecho natural y que es avalado y protegido por el derecho positivo. Los padres son los primeros educadores de sus hijos; y educan no sólo con la enseñanza y las reglas que establecen dentro de su hogar, sino con el ejemplo. Como dice el dicho, “las palabras conmueven, pero los ejemplos arrastran”.

Se debe dar a este deber de educación un sentido muy amplio; comprende el deber de dar a los hijos no sólo la instrucción, que por lo demás, no la dan los padres directamente sino que la confían a instituciones educativas, sino sobre todo, tienen los padres la obligación de educarlos en los valores, con ejemplos y consejos para que los hijos puedan tener las herramientas necesarias para ser personas de bien y desarrollar todas sus potencialidades.

¹⁶² St, Th, Sum. Th. Supl. Q. 41 a. 1. citado por Alberto Pacheco Escobedo, op. cit., p. 145.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en su artículo 3º el derecho y el deber de los padres de educar a sus hijos y las directrices que guían la actualización de este derecho a la educación. Y así prescribe:

“Todo individuo tiene derecho a recibir educación...preescolar, primaria y secundaria. I. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencia, la educación será laica...”

Al respecto, cabe señalar que al imponer la educación laica, en las escuelas oficiales, el Estado priva a los educandos de la libertad para recibir educación religiosa, cuando así lo desearan los padres. En los países desarrollados, las escuelas primarias públicas ofrecen a los alumnos instrucción religiosa, con la libertad de recibirla o no.

B. Con relación a los bienes de los hijos.

El menor no emancipado carece de capacidad de ejercicio, por lo que es necesario que actúe en su nombre su representante legal, que es quien ejerce sobre él la patria potestad. El Código Civil del Estado dispone que quienes ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están sujetos a ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenezcan (art.588).

La disposición del artículo 588, que otorga a los padres la representación legal de sus hijos, tiene dos excepciones: I. Cuando exista conflicto de intereses entre los padres y los hijos; en estos casos deberá nombrarse al menor un tutor especial. Y, II. Respecto a los bienes que el menor adquiera con el producto de su trabajo, ya que en esta hipótesis, como se verá más adelante, el menor puede administrarlos.

Por lo tanto, para dilucidar si la obligación de los padres de representar y administrar los bienes de los hijos es general, es necesario determinar el origen de dichos bienes, ya que la ley prescribe:

- a) Que si la propiedad de los bienes tiene como origen la adquisición de dichos bienes con el producto del trabajo del menor, entonces él mismo podrá administrarlos.
- b) Si los bienes tienen como origen cualquier otro título, ya sea herencia, legado, o donación, corresponde su administración a quienes ejercen la patria potestad.

En la primera hipótesis (inciso a), como se dijo anteriormente, los hijos pueden realizar todos los actos jurídicos necesarios para llevar a cabo la administración de sus bienes, muebles o inmuebles, que hayan adquirido con el dinero que ellos han ganado como remuneración o sueldo por su trabajo. La capacidad legal que estos menores tienen se equipara a la emancipación. El Código establece que cuando por disposición de la ley o por voluntad de los titulares de la patria potestad, el menor

tenga la administración de los bienes, se le considerará como emancipado, con las restricciones legales para enajenar y gravar bienes raíces (art. 590).

Recordemos que en los menores emancipados su capacidad de ejercicio, adquirida anticipadamente por la emancipación, se encuentra limitada por la ley para realizar algunos actos jurídicos o para acudir a los tribunales. Los emancipados necesitan un tutor que los represente ante el juez, en el procedimiento en el que piden la autorización para vender o hipotecar sus bienes inmuebles. No pueden tampoco, por su propio derecho, acudir ante el juez y necesitan su autorización judicial para realizar actos de disposición de sus bienes inmuebles o muebles preciosos.

En relación a la hipótesis contenida en el inciso b) el Código establece que si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o el donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al menor o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto por ellos (art. 591).

*** Usufructo legal.**

Los padres administradores de los bienes de sus hijos tienen derecho por su trabajo de administración a percibir lo que en la doctrina se conoce como “usufructo legal. En relación a este derecho la ley establece que respecto de los bienes que administren quienes ejercen la patria potestad, se considera que la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al menor; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejercen la patria potestad (primera parte del artículo 591).

Si los hijos han adquirido bienes que les han regalado o heredado, o que se han sacado en la lotería, sus padres son sus legítimos representantes y a ellos les corresponde la administración de ese patrimonio. Para llevar a cabo la administración de los bienes de los hijos, los padres deberán sujetarse a las normas establecidas en la ley. Éstas son:

a).- Los que ejerzan la patria potestad, no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles ni los muebles preciosos que correspondan al menor, ni contraer deudas que lo obliguen, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa autorización del juez competente (art. 592).

b).- No pueden los padres administradores celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir rentas anticipadas por más de dos años (segundo párrafo del artículo 592).

c).- No pueden vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta (segundo párrafo del artículo 592).

Esta fracción contiene la prohibición a los padres de vender los bienes muebles contenidos en los títulos aquí mencionados. Por ejemplo, si el hijo recibió en

herencia de su abuelo acciones de una sociedad anónima, el que de sus padres sea su administrador, podrá vender las acciones si considera que es benéfico para el patrimonio de su hijo hacer esa operación, pero de ninguna manera podrá venderlas a un precio menor del valor dichas acciones, cotizado en el mercado bursátil el día de la venta.

d).- No pueden hacer donación de los bienes de los menores o remisión voluntaria de derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los menores (art. 592 in fine). La *ratio legis* de estas prohibiciones es la siguiente:

1.- La donación es un contrato gratuito. Si se permitiera a los padres donar los bienes de sus hijos, se les permitiría, lo que comúnmente se dice: “hacer caravana con sombrero ajeno”, pues estarían regalando lo que no les pertenece. Y como se dijo al estudiar los derechos de la niñez, la protección de los menores está por encima de la protección a los derechos de los adultos (art. 571).

2.- La remisión consiste en perdonar el pago al deudor. El artículo 1716 del CCJ establece la libertad para renunciar a un derecho y remitir (perdonar) en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas. Los padres no pueden perdonar a los deudores de sus hijos las deudas contraídas sobre bienes de los menores. No podrían por ejemplo, perdonar al comprador el pago del precio de un bien del hijo que los padres, en ejercicio de sus derechos como administradores de dicho bien, le hayan vendido.

3.- Al dar fianza, como garantía del pago de una deuda, los bienes del menor corren peligro de perderse en el supuesto de que el deudor principal no pague. Los padres, como administradores de los bienes de sus hijos, no están facultados para realizar ninguna acción que ponga en peligro dichos bienes.

e).- Los que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta al término de la misma a sus hijos o nietos sobre la administración de los bienes que les correspondan (art. 594).

*** Intervención del juez en asuntos de patria potestad.**

- El juez que conceda a los padres administradores la autorización para enajenar un inmueble o mueble precioso perteneciente al hijo menor, deberá tomar las medidas necesarias para que el producto de la venta se destine al objeto que se señaló y para que el resto, si lo hay, se invierta en la adquisición de otro inmueble en favor del menor. El precio de la venta se depositará en una institución de crédito y quien ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial (art. 593).

- En los casos en que los que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de los menores, el juez tiene la obligación de nombrar un tutor especial para que

vele por los intereses de los menores. El juez elige dicho tutor de entre los de la lista de abogados que el Consejo de Familia le presenta anualmente al Supremo Tribunal. Estos abogados fungen como tutores dativos de los menores, en todos los procesos judiciales en los que se vean involucrados sus intereses (art. 595).

- El juez tiene la misma obligación de nombrar tutor dativo especial a cada menor, en el caso de que la oposición de intereses no sea con sus progenitores, sino con otro o más menores sujetos a la misma patria potestad (art. 596). Esta medida se tomará a instancia de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, del Consejo de Familia o del Ministerio Público.

7. CAUSAS DE EXTINCIÓN, PÉRDIDA, SUSPENSIÓN Y EXCUSAS DE LA PATRIA POTESTAD.

A. CAUSAS DE EXTINCIÓN (art. 597).

Como se dijo al estudiar los antecedentes de la patria potestad, en sus orígenes en el Derecho Romano era vitalicia y se establecía a favor del *pater*. En las legislaciones vigentes en la actualidad, la patria potestad se ejerce en beneficio del hijo y dura mientras éste necesita ser protegido. Es por ello que La patria potestad se acaba:

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

Es importante recordar que los sujetos activos (los que ejercen la patria potestad) son los padres y los abuelos. Si siendo el sujeto pasivo todavía menor, se mueren todos aquellos a quienes les correspondería, no hay ya quien ejerza, y entonces se le nombra al menor un tutor.

II. Por la emancipación del menor.

La emancipación es una forma anticipada de adquisición de la capacidad de ejercicio. Al emanciparse, el menor es declarado capaz de gobernarse por sí mismo y, por lo tanto, sale de la patria potestad.

III. Por la mayoría de edad del menor.

Al llegar a la mayoría de edad, una persona adquiere la capacidad de ejercicio y es apto tanto para gobernarse a sí mismo como para administrar su patrimonio. Por estas razones ya no necesita estar sujeta a la patria potestad.

IV. Por la revocación de la adopción simple.

Al decretarse la adopción, se extinguen los vínculos de parentesco del adoptado con sus padres biológicos y se transmiten a los padres adoptivos. Sin embargo, al revocarse la adopción simple (la adopción plena no es revocable) no se renuevan

esos lazos de parentesco con los progenitores, pero consideramos que si vivieran los abuelos, el adoptado podría quedar bajo la patria potestad de ellos.

B. PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD (art. 598).

Aunque dos de las características de la patria potestad son que es irrenunciable y que es intransmisible (salvo para la adopción), la ley establece algunos supuestos en que, como castigo al padre que incurre en esas conductas ahí descritas, se pierde la patria potestad. Estos supuestos se dan cuando:

I. Quien ejerce la patria potestad comete algún delito intencional que afecte al menor o a su patrimonio.

II. El que la ejerce es condenado expresamente a su pérdida.

III. Por malas costumbres de quienes la ejerzan, malos tratamientos o abandono de sus deberes frente a sus descendientes, se comprometa la salud física o psíquica, la seguridad o la moralidad de los menores, aunque estos hechos no sean penalmente punibles.

Este es un ejemplo de una sanción civil de una conducta ilícita que no está tipificada como delito en el código penal.

IV. Cuando quien ejerce la patria potestad:

- a) Exponga a su descendiente.
- b) Lo abandone por más de tres meses, si éste quedó a cargo de alguna institución especializada (albergue) o de una persona.
- c) Abandone por más de un día a su descendiente, si el menor no hubiere quedado al cuidado de alguna persona, si este abandono fuere intencional.

V. En los casos de divorcio, cuando así se haya establecido.

B.1. Formas para decretar la pérdida de la patria potestad.

a).- En la hipótesis establecida en la fracción I del artículo 598, esto es, que el que ejerce la patria potestad haya cometido un delito intencional que afecte al menor o a su patrimonio, la pérdida de la misma se decretará en la sentencia condenatoria.

b).- En las hipótesis consignadas en las fracciones II, III y IV, la pérdida de la patria potestad será decretada en la sentencia del juicio civil en que se haya demandado la pérdida.

c).- En el supuesto de que al demandarse el divorcio necesario, se haya demandado también la pérdida de la patria potestad, en la sentencia que ponga fin a este juicio deberá decretarse asimismo la pérdida de la patria potestad.

B.2. Efectos de la pérdida de la patria potestad.

Los efectos de la pérdida de la patria potestad afectan únicamente los derechos del progenitor más no sus obligaciones. El artículo 600 del Código Civil así lo establece al prescribir: “La pérdida de la patria potestad no extingue los deberes y obligaciones que la misma impone”.

C. SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD (art. 601).

La ley civil ha establecido algunos supuestos en los que, por imposibilidad material de ejercer la patria potestad, se decreta su suspensión (art 601 CCJ). Éstos son:

I. La incapacidad de quien la ejerce, declarada judicialmente.

El supuesto aquí establecido requiere, para la suspensión del ejercicio de la patria potestad, que la incapacidad del ascendiente haya sido judicialmente declarada. No basta con que la incapacidad sea notoria, sino que ha de ser probada en el juicio de interdicción correspondiente.

II. La ausencia declarada en forma.

Esta hipótesis de suspensión de la patria potestad se justifica por la desaparición del ausente y la incertidumbre sobre su vida o su muerte. Pero se requiere que en el proceso judicial respectivo, se haya llegado a la etapa en la que el juez declara formalmente la ausencia. Y entonces, la patria se suspende para el ascendiente ausente y será ejercida por aquél al que conforme a derecho le corresponda, en defecto del ausente. Éste puede ser el otro cónyuge o los abuelos del menor.

III. La sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Puede suceder que el ascendiente que ejerce la patria potestad se encuentre encarcelado por algún delito que no afecte al menor ni a su patrimonio; por lo tanto, esta situación no sería razón suficiente para decretar la pérdida de la patria potestad, pero sí para declarar su suspensión, ante la imposibilidad física de su ejercicio, al estar el ascendiente privado de su libertad.

D. EXCUSAS PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Hemos dicho que los derechos y las obligaciones que nacen de la patria potestad son irrenunciables. Esto es así cuando quienes ejercen la patria potestad son los padres de los menores, pero esta prohibición no es aplicable en el caso de que a quienes correspondiera ejercerla, por la muerte de los padres, fuera a los abuelos. Éstos pueden; en los casos que el Código establece, excusarse del ejercicio de la patria potestad sobre sus nietos.

Las hipótesis de excusa de la patria potestad establecidas en el artículo 602 del Código son:

I.- Cuando los abuelos tengan sesenta años cumplidos.

Se justifica esta causa de excusa, sobre todo en los casos de abuelos de condición muy humilde. Abuelos que desde niños han trabajado y que a los sesenta años ya no tienen energía, ni física ni mental, para hacerse cargo de sus nietos.

II.- Cuando por el mal estado habitual de su salud, no pueden atender debidamente su desempeño.

Esta hipótesis justifica también la excusa del ejercicio de la patria potestad. Los abuelos viejos y enfermos no tienen la capacidad para hacerse cargo de pequeños que necesitan que los cuide y atienda alguien más joven y con más energía que sus abuelos.

CAPÍTULO XI TUTELA Y CURATELA

SUMARIO: 1. DE LA TUTELA EN GENERAL. 2. ANÁLISIS DE LAS ESPECIES DE TUTELA. 3. DESEMPEÑO DE LA TUTELA. 4. INHABILIDADES Y EXCUSAS, REMOCIÓN, SUSPENSIÓN. 5 EXTINCIÓN DE LA TUTELA Y ENTREGA DE LOS BIENES. 6 DE LA CURATELA.

1. DE LA TUTELA EN GENERAL

1.1. Concepto.

a) Doctrinal.

Es la institución jurídica que tiene por objeto el cuidado y representación de los menores o de los mayores incapacitados, así como de sus bienes.

Según lo expresa Iván Lagunes, “La tutela es una función social que la ley impone a personas aptas para proteger a menores de edad y a mayores incapaces, generalmente no sujetos a patria potestad, en la realización de los actos de su vida jurídica.”¹⁶³

b) Legal.

Nuestra legislación establece que la tutela es un cargo de interés público, subsidiaria de la patria potestad y que se diferencia de ésta en que no tiene como base el vínculo de la filiación. Sólo cuando la tutela es ejercida sobre los hijos mayores de edad que son incapaces, se encuentra el fundamento natural de la filiación para dicha tutela. En los demás casos, es el derecho positivo el fundamento de la tutela.

El Código Civil del Estado define la tutela como “La institución de orden público e interés social, que respecto de los incapacitados, tiene por objeto la guarda de la persona y de sus bienes, o solamente los bienes.” (art. 603).

1.2 Características.

- a) De orden público e interés social.
- b) Se impone a las personas capaces.
- c) Los tutores sólo pueden eximirse por causa legítima. .
- d) Institución subsidiaria de la patria potestad.

¹⁶³ LAGUNES PÉREZ, Iván, Diccionario Jurídico Mexicano, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VIII, México, 1987, p. 362.

a).- De orden público e interés social. La tutela no puede ser contratada entre particulares y las normas jurídicas que la regulan tampoco pueden ser modificadas por voluntad de los particulares. La sociedad entera está interesada en su funcionamiento y protección legal.

b).- Se impone a personas capaces. Una de las causas de inhabilidad para el desempeño de la tutela es precisamente el ser incapaz o ser menor de edad. Nombrar como tutor a un menor sería tanto como pedirle a un ciego que guiara a otro ciego.

c).- Al ser un cargo de orden público, sólo por las causas justificadas, señaladas en el artículo 661, se puede renunciar a su ejercicio y quien no lo desempeñe, por simple incuria o negligencia, será responsable de los daños y perjuicios que le cause al menor o al incapaz.

d).- Que la tutela sea una institución subsidiaria de la patria potestad significa que, generalmente, sólo se nombra tutor cuando faltan los padres o los abuelos.

1.3. Finalidad de la tutela.

La tutela tiene por objeto o finalidad proteger y representar a los incapaces que, por su edad o por su incapacidad, no lo pueden hacer por sí mismos. Cuando la tutela se ejerce sobre menores de edad, sin ninguna otra incapacidad, también tiene por objeto educarlos. No así cuando la tutela se ejerce sobre mayores de edad incapacitados, pues en estos casos, con frecuencia...la educación sólo entra dentro de las finalidades de la tutela cuando las condiciones del incapaz lo hacen posible.¹⁶⁴

Antes que el interés del tutor está el del pupilo; a diferencia de legislaciones antiguas que no protegían a los menores, la finalidad actual de la tutela, es defender los intereses del menor.

1.4. Sujetos de la tutela.

Por falta de madurez física y mental, el menor no está capacitado para atender sus propias necesidades o no puede realizar actos jurídicos válidos. En esta misma situación se encuentran algunos mayores de edad que por alguna deficiencia física o mental no pueden autogobernarse. En estos casos es necesaria la intervención de otras personas capaces que velen por los menores o los mayores incapacitados, para que los protejan y representen jurídicamente.

La tutela se ejerce sobre menores o incapaces no sujetos a la patria potestad; por ello, se puede decir que la tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad.

¹⁶⁴ Cfr. PACHECHO E. ALBERTO, "La persona en el Derecho Civil Mexicano", Ed. Panorama, México, 1998, p.157.

Como en esta institución (la patria potestad), en la tutela también hay sujetos activos y sujetos pasivos.

Para poder identificar a estos sujetos es necesario analizar las especies de la tutela, ya que según sea tutela testamentaria, legítima o dativa, serán los sujetos que la ejercen.

A. Sujetos activos: las personas que ejercen la tutela sobre sus pupilos.

- a) **Tutela testamentaria:** Son sujetos activos las personas a quienes el autor del testamento haya designado como tutores de sus hijos.
- b) **Tutela Legítima:** En esta especie de tutela la ley distingue entre: tutela legítima de los menores y tutela legítima de los mayores incapaces. En el primer caso establece también una regulación de los menores que tienen parientes y de los menores albergados en instituciones de beneficencia, públicas o privadas. En el caso de los mayores incapaces, en varias disposiciones regula el Código a quién le corresponde la tutela de dichas personas.
- c) **Tutela Dativa:** Son tutores dativos las personas seleccionadas por el Consejo de Familia. Este Consejo hace anualmente una convocatoria pública (a través de los medios masivos de comunicación) para que los abogados interesados presenten un examen de conocimientos y, posteriormente, se seleccionan aquellos que por su perfil y por sus conocimientos, se consideren más aptos para el cargo.

B. Sujetos pasivos:

Los menores de edad o los mayores de edad que sean incapaces y que, por lo tanto, necesitan protección, socorro, representación y defensa.

El Código Civil establece, en su artículo 604:

“La tutela se ejercerá:

I.- Sobre quienes no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural o legal o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos.

II.- Sobre quienes estando sujetos a patria potestad:

a).- Reciban bienes hereditarios, y el testador en su testamento haya nombrado un tutor para que administre dichos bienes.

b).- Tengan intereses opuestos a quienes ejercen sobre ellos la patria potestad.

c).- Cuando hubiere intereses opuestos de dos o más menores sujetos a la misma patria potestad”.

El mismo Código establece quiénes tienen incapacidad natural y legal. Y así, en el artículo 605 dispone:

“Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad.

II.- Los mayores de edad que no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio.”

En la fracción II del artículo 605 la ley se refiere primeramente a los incapaces, y al final a los sordomudos que no puedan darse a entender por el medio de comunicación de los sordomudos, generalmente aceptado.

2. ANÁLISIS DE LAS TRES ESPECIES DE TUTELA.

A. Tutela Testamentaria.

a) Concepto.

Es aquella que se establece mediante una declaración de última voluntad, hecha por el ascendiente supérstite o adoptante del sujeto sobre quien ejerce la patria potestad, o por el testador que deja bienes a un incapacitado, limitándose, en este último caso a la administración de dichos bienes.

b) Supuestos en los que se puede nombrar tutor testamentario.

El Código Civil del Estado regula cuatro casos en los que puede existir la tutela testamentaria; éstos son:

1- El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad (padres y abuelos), tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar un tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo (art. 623).

En la hipótesis aquí establecida, el tutor testamentario excluye a los demás ascendientes del ejercicio de la patria potestad (art. 624). Supongamos que una madre viuda nombra en su testamento como tutriz de sus hijos a su hermana; aunque los cuatro abuelos aún vivieran, quien se quedaría al cargo de los hijos de la madre viuda, al ocurrir su fallecimiento, sería la hermana designada como tutriz en el testamento.

Si el motivo por el que se excluyó a los ascendientes, al nombrarse el tutor testamentario, hubiere sido la incapacidad o la ausencia de ellos, la tutela testamentaria cesará cuando se extinga el impedimento de los ascendientes excluidos o se presente el abuelo ausente, a menos que el testador hubiere expresamente dispuesto que continúe la tutela (art. 625).

2. Cuando el testador, aunque sea menor de edad no emancipado, en su testamento deja bienes a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deja (art. 626).

Esta disposición prescribe que, aunque el testador hubiere estipulado lo contrario, si el pupilo lo necesita, se tomará de los productos del capital lo estrictamente indispensable para satisfacer las necesidades alimentarias del menor (art. 626).

Si los menores a los que se les dejó bienes en un testamento fueren varios, el autor del testamento podrá nombrarles un tutor común, o un tutor individual para cada uno de ellos, sobre todo si cuando los intereses entre ellos fueren opuestos (art. 627).

3. El tercer caso de tutela testamentaria es el del padre o la madre que ejerzan la tutela sobre un hijo incapaz. Ellos pueden nombrarle tutor testamentario si el otro cónyuge ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela (art. 628).

El supuesto anterior, es el único en que se puede nombrar tutor testamentario al incapaz. Así lo establece el artículo 629, que a la letra dice:

“En ningún otro caso ha lugar a la tutela testamentaria del incapacitado.”

El último supuesto de tutela testamentaria se da en la hipótesis establecida en el artículo 634, el cual prescribe:

“El adoptante que ejerza la patria potestad tiene derecho a nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo.”

Creemos que la razón por la cual se concede este derecho al padre adoptivo, se justifica en la adopción simple, ya que en ésta el parentesco únicamente se establece entre el adoptado y su padre o sus padres adoptivos y habría motivo para temer que al ocurrir la muerte de los padres adoptivos, el hijo pudiera quedarse desamparado. En cambio, en la adopción plena, los lazos de parentesco se extienden a todos los parientes consanguíneos de los padres adoptivos, por lo que en este supuesto (de adopción plena) se aplicaría la disposición del artículo 623.

c) Disposiciones varias de la tutela testamentaria.

1. Siempre que en el testamento se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el nombrado en primer término, quien será sustituido, (en caso de muerte, incapacidad, excusa o remoción), por los demás nombrados, en el orden de su nombramiento (art. 630).

2. Si el testador estableció el orden en que los tutores deben sustituirse en el desempeño de la tutela, no se aplicará la disposición del artículo 630 (art. 631).

3. Deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, con excepción de aquellas que sean contrarias a la ley, o que el juez, oyendo al tutor y al curador las estime dañosas a los menores. En este caso podrá dispensarlas o modificarlas (art. 632).

4.- Cuando por cualquier motivo faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor interino al menor, siguiendo para hacer este nombramiento, las reglas generales sobre nombramiento de tutores.

B. Tutela Legítima.

a) Concepto.

Es la especie de tutela que se confiere por orden de inmediato parentesco, a los colaterales hasta el cuarto grado, únicamente cuando no haya tutor testamentario, ni quien ejerza la patria potestad.

b) Especies.

b.1 Tutela legítima de los menores.

El artículo 635 del CCJ establece:

“Hay tutela legítima:

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

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

¿A quién corresponde el desempeño de la tutela legítima de los menores?

La tutela legítima del menor corresponde (art. 636):

“I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas (paterna y materna).

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

El Código establece que si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo (art. 637).

Asimismo establece que si el menor ya hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección de su tutor.

Tratándose de menores huérfanos, expósitos o abandonados, su tutor será el Consejo de Familia (art. 639). Este artículo fue reformado¹⁶⁵ a iniciativa de algunos legisladores del Congreso del Estado, quienes se dieron cuenta de la necesidad de devolverle al director del Instituto Cabañas la tutela legítima de los menores ahí albergados; se incluyeron en el artículo 639 algunas palabras que ampliaron la tutela institucional del Consejo de Familia. Anteriormente el artículo decía que el Consejo de Familia de manera institucional desempeñará el cargo de tutor, como atribución propia, sin necesidad de discernimiento del cargo: I. De los expósitos; etc.

Con la reforma en comento, el artículo quedó de esta manera:

“El Consejo de Familia, de manera directa o a través de sus delegados institucionales, desempeñará el cargo de tutor, como atribución propia, sin necesidad de discernimiento del cargo:

I.- De los expósitos.

II.- De los menores abandonados, sean éstos huérfanos, expuestos por el titular de su patria potestad, o maltratados reiteradamente por sus parientes. Y,

III.- De los menores no sujetos a patria potestad o a tutela que se encuentren internados en casas de asistencia, instituciones educativas ya sean éstas públicas o privadas, los internados en inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia.”

Por razones en su momento justificadas, ya que se habían dado casos de tráfico de niños abandonados en los albergues, y con el objeto de tener un mayor control sobre las instituciones de beneficencia, que tienen por objeto la guarda y custodia de menores huérfanos o abandonados, al constituirse el Consejo de Familia, se trasladó a este organismo público la tutela de dichos menores. Antes de 1995, correspondía a los directores de los albergues promover las adopciones de los niños que eran adoptables y como eran ellos (los directores) a quienes correspondía la tutela de los menores, les correspondía igualmente otorgar el consentimiento para la adopción.

El Consejo de Familia actúa a través de sus delegados personales e institucionales. Al reformarse recientemente, como ya se dijo, la disposición contenida en el artículo 639, estableciendo que el Consejo “de manera directa, o a través de sus delegados institucionales, desempeñará el cargo de tutor, sin necesidad de discernimiento del cargo, de los niños albergados en hospicios”, y al ser el Instituto Cabañas delegado institucional del Consejo, recupera la tutela de los niños huérfanos o abandonados que tiene albergados. Esta reforma era necesaria por estas razones: a) Nadie mejor que el personal del Instituto conoce a los niños,

¹⁶⁵ Mediante decreto núm. 20445, publicado en el 10 de febrero de 2004, en el periódico oficial “El Estado de Jalisco”, se reformó el artículo 639 del Código Civil del Estado de Jalisco.

y consecuentemente sus necesidades; b) El Instituto Cabañas tiene muchos años trabajando por las adopciones y tiene un departamento especializado, que escoge y capacita tanto a los niños que pueden ser adoptados como a las parejas que quieren ser padres adoptivos; y, c) Esta competencia le permite sentar las bases para lograr una adopción adecuada y exitosa, que no tiene el Consejo, no por incapacidad, sino por razones lógicas de imposibilidad material.

Es importante recordar que el Código Civil del Distrito Federal, que sirvió de ley modelo para el resto de los códigos civiles de la República, entre ellos el anterior del Estado de Jalisco, el cual fue abrogado por el Código vigente, establece la tutela legítima institucional en favor de los directores de los albergues de niños huérfanos o abandonados.

El Código Civil Federal, anteriormente Código Civil para el Distrito Federal, regula, asimismo, la tutela legítima institucional. En el artículo 493 prescribe lo siguiente:

“Los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas, donde se reciban expósitos o abandonados, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos de la institución. En este caso no es necesario el discernimiento del cargo.”

En el segundo párrafo del artículo 492 del Código antes citado, se define quién es expósito y quien abandonado, en los siguientes términos: “Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quines conforme a la ley están obligados a su custodia, protección y cuidado y no puede determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado.

Breves referencias históricas de la tutela legítima institucional de menores.

En el período de la Colonia, se aplicaron en la Nueva España distintos textos legales vigentes en España, en especial las Partidas y algunas disposiciones más particulares, como el Decreto Real de Carlos IV, del 23 de enero de 1794, por medio del cual se declaró que los expósitos quedaban bajo la protección real. Los administradores de las casas de expósitos fueron funcionarios públicos encargados del cuidado de los menores ahí reclusos.¹⁶⁶

Las Juntas Provinciales de Beneficencia también intervenían en la protección de los menores abandonados. Un reglamento de mayo de 1852 estableció que a estas Juntas correspondía la tutela de los menores que se criaran en los establecimientos de expósitos.¹⁶⁷

¹⁶⁶ BRENA SESMA, Ingrid, “Intervención del Estado en la Tutela de Menores”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ed. Talleres de Impresos Chávez, S.A. de R.L., 1994, p. 37.

¹⁶⁷ Idem.

Estas Juntas debían proporcionar a los niños expósitos o abandonados nodrizas sanas y honradas que se encargaran de criarlos en sus propias casas y sólo en caso de no poder lograr esto, los hacían conducir a casas de maternidad.¹⁶⁸

El Código Civil de 1870 colocó a los menores abandonados bajo la tutela de las personas que los hubieren recogido. Éstas tenían las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores. Esta disposición se conserva en el Código Civil Federal vigente, el cual establece, en su artículo 492 lo siguiente: “La ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores.”

Tanto la tutela institucional, ejercida por los encargados de los establecimientos de beneficencia, como la tutela legítima de quienes hubieren recogido a un menor, expósito o abandonado, fue regulada en el Código Civil del D.F. de 1928 (actual Código Civil Federal) y de éste pasó a los demás códigos de los Estados de la República.

b.2. Tutela legítima de los mayores incapaces:

a).- Del **cónyuge incapaz**, el otro cónyuge (art. 640: El cónyuge es tutor legítimo y forzoso del otro, en caso de incapacidad de éste).

b).- Del **padre o la madre solteros o viudos**: sus hijos mayores de edad. (art. 641: Son tutores de su padre y de su madre libres de matrimonio, que estén incapacitados, sus hijos mayores de edad. Si hubiere dos o más hijos, se preferirá al que viva con el padre o la madre. Si varios hijos vivieren con el padre o la madre, el juez elegirá al que le parezca más apto).

c).- De los **hijos solteros o viudos**, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela: sus padres serán sus tutores. El artículo 643 dispone: “Los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quién de los dos ejercerá el cargo.”

d).- De los **hijos menores cuyo padre o madre estén incapacitados**: el tutor del padre o la madre incapacitados. Así lo prescribe el artículo 645: “El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de la patria potestad”. En este supuesto, el tutor del incapacitado y de sus menores hijos tiene la obligación de presentar cada año al Consejo de Familia, un certificado de dos profesionales de la medicina que declaren acerca de la salud de la

¹⁶⁸ Idem.

persona sujeta a interdicción (art. 646). El Consejo de Familia tomará todas las medidas que estime convenientes para mejorar la condición del incapacitado.

e).- Cuando no hubiere tutor testamentario ni parientes a quienes legalmente les correspondería la tutela legítima de los mayores incapacitados, serán llamados a desempeñarla sucesivamente, los abuelos que tuvieren mayor afinidad con el incapacitado (art. 582), los hermanos y los demás colaterales hasta el cuarto grado. En este caso se elegirá al más apto para el cargo (art. 644).

Respecto a la tutela legítima de los mayores incapacitados, el Código establece que los recursos de los sujetos a tutela, se destinarán en forma preferente a su seguridad, alivio y mejoría en la calidad de vida y que el tutor deberá tomar las medidas que considere oportunas para ello. En caso de que las medidas no fueren urgentes, deberá el tutor pedir la aprobación del Consejo de Familia, pero si las medidas fueren muy urgentes, podrá ejecutarlas de inmediato, con la obligación de rendir cuentas posteriormente al Consejo de Familia (647).

C) Tutela dativa.

a) Concepto.

Es la especie de tutela que se ejerce cuando no hay tutor testamentario ni persona que conforme a la ley le corresponda la tutela legítima.

* Se nombra también tutor dativo, cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer el cargo y no haya ningún pariente que pueda ejercerlo.

* Es, asimismo, tutor dativo, el que represente al menor emancipado en sus asuntos judiciales.

La ley faculta al menor que ha cumplido catorce años a designar su tutor dativo, pero esta designación debe ser confirmada por el juez de lo familiar. Si el juez reprueba las diferentes designaciones hechas por el menor, deberá oír el parecer del Consejo de Familia y si tanto el juez como el Consejo desaprueban el nombramiento hecho por el menor, el juez le designará un tutor de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo de Familia, con intervención del ministerio público.

b) Sujetos.

b.1. Son tutores dativos:

- b) Los abogados escogidos por el juez de una lista que el Consejo presenta anualmente al Supremo Tribunal de Justicia.

- c) La persona escogida por el menor cuando ya tiene catorce años.

b.2 Sujetos pasivos.

- d) Los menores o incapaces a quienes no se les ha dejado un tutor testamentario.
- e) Los menores o incapaces que carecen de parientes próximos que pudieran ser sus tutores legítimos.
- f) Los menores emancipados, para ser representados en sus asuntos judiciales.
- g) Los menores que no estén sujetos a patria potestad ni a tutela testamentaria ni legítima, aunque carezcan de bienes. En estos casos el tutor no sólo representará al menor, sino que cuidará de su persona y gestionará su educación, de acuerdo a las posibilidades económicas y a las aptitudes del menor. Este tutor será nombrado por el juez a petición del Consejo de Familia o del ministerio público (653).

Salvo casos excepcionales, como el señalado en el artículo anterior (653), las funciones del tutor dativo se limitan a la vigilancia de los procesos judiciales en donde los intereses de su pupilo pudieran resultar perjudicados. Vigila que el proceso sea conforme al Derecho y que los intereses del menor o del incapaz cuya tutela le corresponde, estén por encima de los intereses de otros sujetos. En abono a esta disposición, el artículo 571 del CCJ establece: “Cuando de una misma fuente de obligaciones resulten acreedores cualquier persona y un niño, prevalecerán los derechos de éste.” Consideramos que, aunque esta norma se refiere a los niños, puede con justicia extenderse a los casos de tutela de incapaces.

Para concluir el estudio de la tutela dativa, en la que la designación del tutor generalmente corresponde al juez de lo familiar, mencionaremos la disposición del artículo 652 del CCJ que establece que: “Si el juez no hace oportunamente el nombramiento de tutor, será responsable de los daños y perjuicios que se sigan al menor por esta falta.”

3. DESEMPEÑO DE LA TUTELA.

En este apartado se hará un análisis de las principales funciones del tutor, de sus obligaciones, de lo que no pueden hacer, o sea las conductas que le están prohibidas, así como de sus derechos.

Comenzaremos por el estudio de las garantías que los tutores deben prestar al entrar a ejercer su cargo, para después hacer un análisis de las funciones del tutor cuyo cumplimiento trae como consecuencia el logro de los fines de la tutela.

3.1. De las garantías que deben prestar los tutores para asegurar el manejo de la tutela.

Como lo afirma Ingrid Brena¹⁶⁹ “Los jueces de lo familiar son los competentes para intervenir en los asuntos relativos a la tutela y ejercen una sobrevigilancia en el conjunto de actos del tutor para impedir la trasgresión de los deberes inherentes al cargo”. Con el fin de impedir esas trasgresiones, con excepción de quienes enseguida mencionaremos, todo tutor, al aceptar su nombramiento debe otorgar ante el juez las garantías determinadas por la ley.

El Código Civil del Estado establece: “El tutor, antes de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo; esta caución consistirá en: I. Depósito de dinero en efectivo; II. Hipoteca o prenda; o III. Fianza (art. 669). El cumplimiento de la obligación del tutor de otorgar garantía, no impide que el juez dicte las providencias que estime de utilidad para la conservación de los bienes del pupilo (art. 673).

Por la situación especial de confianza en la que ellos se encuentran, están exceptuados de prestar garantía:

I.- Los tutores testamentarios que hayan sido expresamente relevados de esta obligación por el testador. Pero si con posterioridad a su nombramiento sobreviniere alguna causa, ignorada por el testador, estarán obligados a dar garantía si a juicio del juez y previa audiencia del curador, ello sea necesario. (art. 671).

II.- Los tutores que sólo tengan la custodia del pupilo y no administren bienes. El artículo 672 prescribe que el tutor estará obligado a dar la garantía si después de haber recibido el cargo se realizaran algunos créditos o derechos o se recobraren bienes del pupilo. En estos casos, el curador debe vigilar el cumplimiento de esta obligación del tutor.

III.- Los tutores que sean parientes consanguíneos hasta el cuarto grado. El cónyuge del incapaz tampoco tiene esta obligación. Cuando las personas aquí señaladas sean coherederos del pupilo y no tuvieren más bienes que la porción hereditaria, no se podrá exigirles más garantía que dicha porción hereditaria. (art. 674).

IV.- Los que hayan custodiado a un expósito por más de diez años. No están exceptuados de esta obligación los que para cuidar al expósito recibieron algo a cambio.

¹⁶⁹ BRENA SESMA, op., cit., p. 79.

De los artículos 669 al 683, el Código regula minuciosamente las garantías que deben prestar los tutores para asegurar su manejo. Haremos un breve resumen de estas disposiciones:

1.- Si el objeto de la garantía consiste en dar en prenda bienes muebles, éstos deberán ser depositados en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos. A falta de dicha institución, se depositarán los bienes en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad (art. 669 in fine).

2.- Determinación del monto de la garantía (art. 677). La hipoteca, la prenda o la fianza se darán:

i.- Por el importe de las rentas de los bienes en los dos últimos años y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo.

ii.- Por el valor de los bienes muebles.

iii.- Por el valor de los enseres y semovientes, así como por el de los productos de las fincas rústicas en dos años.

iv.- En las negociaciones mercantiles o industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles.

3.- Responsabilidad civil subsidiaria del juez. El juez responde subsidiariamente con el tutor de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado, por no haber exigido la garantía o caución para el manejo de la tutela. (art. 680).

4.- Tutor interino. En el supuesto de que el tutor designado no hubiere otorgado la garantía correspondiente en el lapso de tres meses de aceptado su nombramiento, desempeñará la administración de los bienes un tutor interino (art. 681). El tutor interino debe recibir los bienes rigurosamente inventariados y no podrá más que ejecutar los actos indispensables para su conservación.

5.- Intervención del curador y del Consejo de Familia. Tanto el curador como la autoridad administrativa (Consejo de Familia), deben vigilar las fincas hipotecadas por el tutor y los bienes dados en prenda. Si estos bienes hubieren sufrido deterioro o menoscabo, deberán informárselo al juez para que le exija al tutor que aumente la garantía con otros bienes (art. 683).

3.2. Funciones del tutor.

a) Custodia y protección del incapacitado (art. 686).

El tutor es el centro de la tutela. A él le corresponde ejercer una asistencia directa sobre el pupilo, y no sólo de control sino de orientación en sus actividades

ordinarias. Es por ello que, en los casos de tutela definitiva, la custodia personal es la principal atribución a su cargo.

Para cumplir con esta función, el tutor debe proporcionar al menor alimentación y educación. Los gastos deben regularse de manera que no le falte lo necesario al pupilo, según sus condiciones y posibilidades económicas (art. 687).

Asimismo, el tutor debe permitirle a su pupilo elegir la profesión u oficio que él quiera. Si el tutor no respeta este derecho, el menor por conducto del curador, del Consejo de Familia o por sí mismo, debe ponerlo en conocimiento del juez, para que dicte las medidas convenientes (art. 689).

Si el pupilo fuere indigente, o careciere de los medios suficientes para su alimentación y educación, el tutor podrá demandar de los parientes, legalmente obligados, la pensión alimenticia suficiente para sufragar estos gastos (art. 692).

Si el pupilo indigente no tiene ningún pariente con obligación y posibilidad de mantenerlo, el tutor pondrá al menor en un establecimiento de beneficencia pública en donde pueda educarse. Si esto no fuere posible, entonces el tutor deberá procurarle a su pupilo un trabajo compatible con su edad y circunstancias personales (art. 693).

b) Administrar sus bienes (art. 684).

El tutor no podrá comenzar la administración sin que antes se nombre curador, excepto el caso en que la tutela la desempeñe el Consejo de Familia. Tiene para ello la obligación de:

1.- Hacer inventario (con intervención del curador) dentro de los tres meses siguientes a la aceptación del cargo (art. 686, III).

2.- En relación al inventario existen algunas disposiciones que consideramos oportuno incluir aquí mismo: i) La obligación de formular el inventario no puede ser dispensada ni por los que tienen derecho de nombrar tutor testamentario (art. 694); y ii) Si el tutor tuviere algún crédito contra el pupilo, está obligado a señalarlo al hacer el inventario, so pena de perderlo si no lo hiciera (arts. 696 y 698).

3.- Fijar, con aprobación del Consejo de Familia, dentro del primer mes el ejercicio de su cargo, el número y el sueldo de los empleados que se necesiten. El número y el sueldo de los empleados podrán aumentarse o disminuirse, con aprobación del Consejo de Familia (art. 700).

4.- Invertir en la institución bancaria que mayor rendimiento produzca, el dinero que sobre después de cubiertas las cargas de la tutela y el que se adquiriera por cualquier otro modo.

5.- Una disposición importante en este apartado es la que establece que el pupilo que sea capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años, debe ser consultado para los actos importantes de la administración. Y que, como en los casos de menores sujetos a patria potestad, los menores sujetos a tutela tienen igualmente el derecho de administrar los bienes que hayan adquirido con el producto de su trabajo (art. 686, IV).

6.- Cuando entre los bienes del pupilo se encontraren establecimientos agrícolas, industriales, etc, que normalmente requieren una atención directa y constante, y no puedan ser atendidos por el tutor, éste lo pondrá en conocimiento del Consejo de Familia para tomar la determinación que sea más favorable a los intereses del pupilo.

c) Representar al pupilo, en juicio y fuera de él, en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del otorgamiento de testamento y de otros estrictamente personales (art. 686, V).

3.3. Obligaciones del tutor.

Las obligaciones del tutor pueden ser resumidas en la disposición prescrita en el artículo 721 que a la letra dice:

“El tutor tiene, respecto del menor, los mismos deberes en todo lo relativo a la custodia, educación y formación que corresponde a quien ejerza la patria potestad.”

Estos deberes de custodiar, educar y formar al pupilo se desdoblán en una serie de obligaciones para cuyo cumplimiento el tutor debe someter a la aprobación del juez de lo familiar o del Consejo de Familia ciertos actos necesarios para llevar a cabo el ejercicio de la tutela. Éstos son:

a).- Solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no puede hacer sin ella (arts. 686, VI), como por ejemplo, la venta de inmuebles propiedad del pupilo (arts. 705, 707, 708, 709, 710).

b).- Obtener la aprobación del Consejo de Familia: i) Para nombrar árbitros en la solución de controversias en las que se involucren intereses del pupilo (art. 711); y ii) Para llevar a cabo transacciones sobre inmuebles, muebles valiosos o valores mercantiles o industriales (art. 712).

c).- Rendir al Consejo de Familia cuentas detalladas de su administración en el mes de enero de cada año, independientemente de la fecha en que haya comenzado a desempeñar el cargo (art. 734).

d).- Responder de los créditos activos cuyo pago no exija en tiempo.

e).- Rendir cuentas cuando por causas graves se las exija: el curador, el Ministerio Público o en Consejo de Familia.

f).- Responder por los daños o perjuicios causados a su pupilo por su culpa o negligencia en el desempeño de la tutela.

3.4. Prohibiciones al tutor.

Así como el ascendiente que ejerce la patria potestad carece de libertad absoluta al administrar los bienes de sus descendientes, en la institución que estamos analizando el tutor tiene una serie de limitaciones que la ley establece, con el objeto de llevar a cabo un control de sus actos a fin de salvaguardar los intereses de los incapacitados. Los tutores no pueden:

- a) Enajenar o gravar inmueble o muebles preciosos del pupilo sin autorización judicial.
- b) Invertir dinero en un objeto distinto al que se le autorizó.
- c) Vender valores o bienes muebles a un precio menor del que se cotece en la plaza el día de la venta.
- d) Otorgar garantía o fianza a nombre del incapaz.
- e) Realizar gastos extraordinarios sin autorización del Consejo de Familia.
- f) Transigir o comprometer en árbitros sin licencia judicial y con aprobación del Consejo de Familia, si se trata de inmuebles o muebles preciosos.
- g) Comprar o arrendar para sí los bienes del pupilo (esta prohibición comprende a los ascendientes, descendientes y hermanos del tutor).
- h) Aceptar la cesión de algún derecho o crédito contra el incapaz.
- i) Pagarse los créditos que tenga contra el incapaz, sin conformidad del curador y del Consejo de Familia.
- j) Dar en arrendamiento los bienes del incapaz por más de cinco años, salvo casos de utilidad y previo consentimiento del curador y del Consejo de Familia.
- k) Contraer deudas a nombre del pupilo.
- l) Hacer donaciones a nombre de su pupilo.

3.5. Derechos del tutor.

Todo trabajo merece una remuneración. Ejercer la tutela implica un trabajo que debe ser remunerado justamente. Y cuando por la diligencia y eficiencia del tutor, los bienes del pupilo producen mayores rendimientos, con mayor razón deben aumentarse los honorarios del tutor. El Código regula en cuatro artículos lo concerniente a los derechos de los tutores.

a).- El tutor testamentario tiene derecho a una retribución sobre los rendimientos que produzcan los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o el que haya sido nombrado en el testamento para tal efecto; tratándose de tutores legítimos o dativos, la retribución será determinada por el Consejo de Familia (art.729).

b).- Esta retribución fijada por el Consejo de Familia, no podrá ser menor del cinco ni mayor del diez por ciento de los rendimientos líquidos de dichos bienes (art. 730).

c).- Si los bienes del incapacitado tuvieren un aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor, tendrá derecho a que se le aumente la remuneración hasta un veinte por ciento de los productos líquidos. La calificación del aumento se hará por el Consejo de Familia, con audiencia del curador (art.731).

d).- Para que pueda hacerse el aumento extraordinario que permite el artículo anterior, será requisito indispensable que el tutor que haya cumplido, durante el desempeño de su cargo, con la obligación de rendir cuentas y que éstas hayan sido aprobadas (art. 732).

4. INHABILIDAD, REMOCIÓN, SUSPENSIÓN, Y EXCUSAS EN EL EJERCICIO DE LA TUTELA.

4.1. Personas inhábiles para ser tutores:

Tomando en consideración la finalidad de la tutela, el Código establece doce causas por las que una persona, aunque quiera hacerlo, no puede desempeñar la tutela. Analizaremos cada una de ellas:

I.- Los menores de edad.

Esta causa resulta obvia. Si los menores de edad necesitan, a su vez, de un tutor o representante legal, es inconcuso que ellos no pueden ser tutores de otros menores o incapaces.

II.- Los mayores de edad sujetos a tutela.

La misma consideración que se hizo en la fracción anterior, es válida para esta causa de inhabilidad, ya que si se permitiera a un incapaz ser tutor de un menor o de otro incapaz sería tanto como permitir que un ciego guiara a otro ciego.

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

La finalidad de la tutela es cuidar la persona y, en algunos casos, los bienes del pupilo. Es por eso que, si un tutor ha actuado en forma dolosa o aún sin intención de dañar, pero en forma negligente o imprudente, en contra de su pupilo o de su patrimonio, deba ser inhabilitada para desempeñar ninguna otra tutela.

IV.- Los que por sentencia ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo.

En esta hipótesis se aplican, con mayoría de razón, las consideraciones hechas en el caso de la fracción III.

V.- El que haya sido condenado por delitos contra la propiedad o por delitos infamantes referentes a la violencia intrafamiliar o por delitos sexuales.

Este tipo de delitos se cometen directamente sobre el patrimonio o sobre la persona, y estos últimos lesionan su dignidad. Es por ello que, quien los ha cometido, deba ser con toda justicia inhabilitado para ser tutor.

VI.- Los vagos y malvivientes.

Nadie da lo que no tiene. ¿Cómo podría un vago o un malviviente cuidar a un menor o a un incapaz cuando carece de todo lo necesario para hacerlo? Es esta sin duda una causa más que justificada de inhabilitación para ser tutor.

VII.- Los que, al diferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado.

Si al momento en que se requiera nombrar un tutor a un menor o a un incapacitado, la persona que pudiera serlo ha promovido algún juicio en contra de la persona del presunto pupilo, queda, por esta razón, inhabilitada para ser nombrada como su tutor.

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

La importancia de la libertad y de la independencia del tutor en el desempeño de la tutela es tan grande, que el legislador ha considerado como causa suficiente para

inhabilitar a una persona para ejercerla -por considerarlo contrario a dichas cualidades de independencia y libertad-, el hecho de que dicha persona sea deudor del pupilo.

IX.- Los funcionarios o empleados de la administración pública, sea federal, estatal o municipal, tratándose de la tutela dativa. Tampoco el cónyuge, los ascendientes o descendientes de los empleados o funcionarios del poder judicial.

La causa por la que los funcionarios mencionados en esta fracción no pueden ser tutores, es que la mayor parte de las cuestiones en que interviene un tutor dativo, como es la representación de los menores e incapaces en sus asuntos judiciales, requiere que el tutor sea un experto en Derecho y dichas personas no lo son necesariamente. Respecto a los parientes de los empleados y funcionarios del poder judicial, la razón de esta inhabilitación se encuentra en la posible imparcialidad y falta de independencia, en los asuntos en los que la función del tutor es velar por los intereses de su pupilo. Otra razón, aplicable en ambos casos, es la incompatibilidad entre sus cargos públicos y el desempeño de la tutela.

X.- El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercerse la tutela.

Tanto en algunos casos de tutela testamentaria como de tutela legítima, la función del tutor es similar a la de quien ejerce la patria potestad. Por esta razón se requiere que viva en el lugar en el que deba ejercer la tutela. En caso contrario, está inhabilitado para ser tutor.

XI.- Del demente, los que hayan sido su causa o los que la hayan fomentado directa o indirectamente.

Resulta claro que quien haya causado la demencia de una persona esté inhabilitado para ser su tutor. Iría no sólo contra esta disposición legal sino contra el derecho natural no sancionar a quien ocasionó la enfermedad, que resulta la causa de inhabilitación, permitiéndole ser su tutor.

XII.- El que padezca enfermedad crónica contagiosa.

Por razones de protección al pupilo y por la incapacidad por falta de salud del posible tutor, resulta obvia esta causa de inhabilitación para el ejercicio de la tutela

4.2. Causas de remoción de los tutores.

Las causas de remoción o separación del ejercicio de la tutela se encuentran prescritas en el artículo 655 del Código del Estado. Éstas son:

I.- Los comprendidos en el artículo 654, desde que sobrevenga o se advierta su inhabilitación.

Si estando habilitado para serlo, el tutor que fue designado para ejercer la tutela, cae en alguno de los supuestos de inhabilitación para el cargo, lógicamente debe ser removido del mismo.

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

Una vez que el que es nombrado tutor acepta el cargo y el juez confirma la ausencia de inhabilidades para el ejercicio del mismo, el tutor debe otorgar caución suficiente para garantizar su desempeño. Así los establece el Código en el artículo 669, el cual prescribe:

“El tutor, antes de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo; esta caución consistirá en : I. Depósito de dinero en efectivo. II. Hipoteca o prenda. III. Fianza.”

Sin embargo, los tutores que no administren bienes, el cónyuge, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y los que han custodiado a un expósito por más de diez años, no están obligados a dar caución (art. 670).

La falta de esta garantía es suficiente para remover de su cargo a un tutor.

III.- Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado.

Esta causa de remoción de la tutela es tan obvia y justificada, que no requiere mayor explicación.

IV.- Los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término fijado al respecto por el Código.

En el mes de enero de cada año, los tutores están obligados a rendir cuenta detallada de su administración al Consejo de Familia (art.734). Tienen esta misma obligación cuando, por causas graves, a criterio del juez, el curador, el ministerio público, el Consejo de Familia o el mismo menor si ya cumplió catorce años, se lo soliciten. Las cuentas deberán rendirse dentro de los quince días a partir de la fecha en que se ordene hacerlo (art. 736).

V.- El tutor que se encuentre previsto en el artículo 271.

Este artículo 271 establece la prohibición a los tutores, de contraer matrimonio con la persona que ha estado bajo su guarda, a no ser que obtengan dispensa, la cual no se concederá mientras no hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

VI.- El tutor que permanezca ausente por más de tres meses del lugar en que debe desempeñar la tutela.

Tomando en consideración la obligación de los tutores de vivir en el mismo lugar que sus pupilos, resulta clara esta causa de remoción. Si el tutor se ha ausentado por más de tres meses, es muy probable que por ese mismo lapso haya abandonado sus deberes con su pupilo y eso lo convierte, por lo mismo, acreedor a la sanción aquí establecida.

¿Quién puede pedir la remoción de los tutores?

Pueden pedir la remoción del tutor que se encuentre en algunos de los supuestos previstos como causas de inhabilidad para el ejercicio de la tutela o de los establecidos como causas por las que pueden ser separados de ella: a) el ministerio público; y b) los parientes del pupilo. No obstante que el artículo 657 se refiere a la remoción de los tutores que, teniendo impedimento para serlo, han aceptado el cargo (art. 654), consideramos que esta disposición es igualmente aplicable a las hipótesis contenidas en el artículo 655, que establece las causas por las que un tutor puede ser removido de su encargo.

En el caso de maltrato, de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado o de mala administración de sus bienes, podrá el tutor ser removido de la tutela a petición:

- a) Del curador.
- b) De los parientes del incapacitado.
- c) Del Ministerio Público.
- e) Del Consejo de Familia.

4.3. Causa de suspensión de la tutela.

Es causa de suspensión en el ejercicio de la tutela el estar sujeto a un proceso penal por haber cometido un delito. El artículo 658 dice: "El tutor que fuere procesado por cualquier delito quedará suspenso en el ejercicio de su encargo, desde que se provea el auto motivado de prisión o de sujeción a proceso, hasta que se pronuncie sentencia irrevocable.

Si el tutor es absuelto, volverá al ejercicio de la tutela. Si fuere condenado a una pena que no lleve consigo la inhabilitación para desempeñar la tutela, volverá a su ejercicio al extinguir su condena, siempre que la pena impuesta no excediere de un año de prisión (660).

La diferencia entre la remoción y la suspensión está en que en esta última no hay una separación definitiva de la tutela, sino que se suspende su ejercicio mientras dura el proceso penal y si al dictar el juez la sentencia absuelve al tutor procesado, éste recupera el ejercicio de la tutela; mientras que el que está inhabilitado para ser tutor por haber cometido un delito de los señalados en la fracción V del 654, estará siempre impedido para ejercer el cargo.

Por otro lado, existe también diferencia entre el supuesto contenido en esta disposición y el de la fracción V del artículo 654 (que establece la prohibición de ser tutores a las personas que hayan sido condenadas por delitos contra la propiedad, o por delitos infamantes por conductas referentes a la violencia intrafamiliar, o delitos sexuales), ya que en ese caso, expresamente se señalan los delitos que inhabilitan al sentenciado, y en el artículo que se comenta, el tutor, estando ya ejerciendo la tutela, es sometido a proceso penal por haber cometido un delito diferente a los que traen como consecuencia la inhabilitación para la tutela y, como ya se dijo, si es absuelto recupera la tutela.

4.4. Excusas para el ejercicio de la tutela.

La tutela es una institución de orden público cuyo ejercicio no puede rehusarse sin causa legal. Por ello, solamente teniendo una causa justificada, de las expresamente señaladas en la ley, puede una persona excusarse de ser tutor. Es tan importante esta disposición que el tutor testamentario que se excusa de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que el testador le hubiere dejado por este concepto (666), y el tutor que sin excusa dejare de desempeñar la tutela, pierde derecho a heredar al pupilo incapacitado que muriere intestado y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia le hayan sobrevenido al incapacitado (art. 667).

Asimismo, es responsable de los daños y perjuicios, la persona a quien correspondía la tutela legítima que, habiendo sido legalmente citado, no se presentare ante el juez. (art. 667).

En caso de muerte del tutor que estuviere desempeñando la tutela, sus herederos o ejecutores testamentarios, están obligados a dar aviso al juez, quien proveerá inmediatamente un tutor al incapacitado (art. 668).

Las excusas legales se encuentran en el artículo 661 del Código, el cual señala como causas de excusa las siguientes:

I.- Ser empleado o servidor público, salvo que exista parentesco de consanguinidad con el pupilo.

II.- Ser militar y estar en servicio activo.

III.- Tener bajo su patria potestad tres o más descendientes.

IV.- Ser tan pobre que no se pueda atender a la tutela sin menoscabo de la propia subsistencia.

V.- Tener un mal estado habitual de salud, o ser rudos o ignorantes.

VI.- Tener sesenta y cinco años cumplidos.

VII.- Tener a su cargo otra tutela o curatela.

VIII.- Ser inexpertos en los negocios o ser tan tímido que no podría desempeñar adecuada y convenientemente la tutela.”

Tener una excusa para desempeñar la tutela no significa que quien la tiene no pueda ser tutor, sino que puede eximirse del cargo. Así es que si una persona tuviera una excusa y no la manifiesta y acepta el cargo, se entiende que renuncia a la excusa que le concede la ley (art. 662).

Si la causa de la excusa sobreviene durante el ejercicio de la tutela, el tutor tiene cinco días para excusarse. Si teniendo la excusa no la hace valer dentro de los cinco días posteriores a aquel en que se da cuenta de su nombramiento, o de que sobreviene la excusa, se tiene por hecho que renuncia a ella (art. 663).

El juez debe nombrar un tutor interino, mientras califica la excusa, pues de no hacerlo incurre en responsabilidades (art. 665)

5. EXTINCIÓN DE LA TUTELA Y ENTREGA DE LOS BIENES DEL PUPILO.

Si la finalidad de la tutela es la protección de los menores no sujetos a la patria potestad o de los mayores incapacitados, ésta se extingue cuando las condiciones de los pupilos cambian. La ley, en con base en la realidad establece que la tutela se extingue (art. 750):

- a).- Por la muerte del pupilo o porque desaparezca la incapacidad.
- b).- Porque el incapacitado sea adoptado, reconocido o que por cualquier otra causa sea sujeto a la patria potestad.

Una vez que se extingue la tutela, el tutor tiene la obligación de entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan, de conformidad con el inventario y las cuentas aprobadas (art. 751). Esta entrega debe hacerse durante el mes siguiente a la terminación de la tutela.

Si los bienes fueren muy cuantiosos o estuvieren ubicados en lugares diversos, el juez puede ampliar el término señalado anteriormente y establecer otro que considere prudente para hacer la entrega de los bienes del incapacitado (art. 752).

En la hipótesis de que un tutor estuviere sucediendo a otro, el que sale debe entregar al que lo sucede los bienes y las cuentas claras. Si el tutor que entra a ejercer la tutela no exige la entrega de los bienes y las cuentas, será responsable de los daños y perjuicios que por su omisión se causen.

6. CURATELA.

6.1. Generalidades.

Siguiendo a la jurista Brena Sesma¹⁷⁰ recordemos que el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 sirvió de ley modelo para la mayor parte de los códigos locales de la República Mexicana y, entre ellos, aunque con grandes diferencias, al actual Código del Estado de Jalisco, en vigor a partir de 1995. El Código de 1928, actualmente Código Civil Federal, establece: “La tutela se desempeña por el tutor, con intervención del curador, del juez de lo familiar y del Consejo Local de Tutelas”. Este código se inspiró en el Código Alemán que regula la tutela dentro de un sistema “de autoridad”. La intervención del Estado se manifiesta a través de las amplias facultades decisorias que se conceden al juez de lo familiar en materia de tutela.

El sistema de autoridad, en la tutela, se caracteriza por el control de los órganos judiciales y administrativos, además de la intervención del ministerio público y de un órgano de control de carácter privado, como lo es el curador.

El sistema de tutela regulado por el CCJ es asimismo un sistema en el que intervienen: el curador, el Ministerio Público, el Consejo de Familia y el Juez de lo Familiar, quienes ejercen una vigilancia sobre las actividades del tutor, sobre la situación personal del menor y sobre el estado de su patrimonio, con el fin de prevenir las situaciones que pudieran representar un peligro, un daño o un perjuicio.¹⁷¹

En el punto anterior se hizo un amplio estudio del tutor. Corresponde ahora el análisis del curador, persona que ejerce dentro de la tutela una función similar a la del comisario vigilante en una sociedad mercantil, guardadas obviamente las diferencias inherentes a la materia propia de ambas instituciones.

Todos los menores o incapaces sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además de un tutor deben tener un curador, excepto cuando se trate de expósitos o menores carentes de bienes.

a) Concepto de curador.

La palabra curador viene del latín *curare* que significa cuidar. El curador es la persona que tiene como misión principal vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapaz dentro y fuera de juicio, en caso de que sus intereses se opongan a los del tutor.

¹⁷⁰ Cfr. Ibidem, p. 52.

¹⁷¹ Cfr. Ibidem, p. 53.

Iván Lagunes¹⁷² sostiene que mediante la curatela “se instituye un vigilante al tutor para la protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a sustituir a aquél en sus funciones defensivas, cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y su pupilo”.

En muy breves palabras podemos decir que el curador es el órgano de la tutela que vigila los actos del tutor.

b) Funciones y obligaciones del curador.

Las funciones del curador pueden resumirse en lo siguiente: La función preponderante del curador consiste en vigilar los actos del tutor relacionados con el manejo de los bienes del pupilo y con el cuidado de su persona.

¿Cómo se realiza dicha función?

Mediante el cumplimiento de sus obligaciones, las cuales están establecidas en el artículo 769 del Código, que a la letra dice:

“El curador está obligado a:

- a) Defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, cuando se encuentren en peligro por ser opuestos a los del tutor.
- b) Vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del Consejo de Familia todo aquello que considere que pueda ser perjudicial para el incapacitado.
- c) Dar aviso al juez para que se haga el nombramiento del tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela.
- d) Cumplir las demás obligaciones que le señale la ley. Un ejemplo de éstas es la obligación que tiene el curador de responder por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de sus funciones (art. 770).

c) Derechos del Curador.

Tomando en consideración que la bilateralidad de las normas (consistente en que frente a un obligado existe otro facultado para exigir el cumplimiento de la obligación), significa también que en una misma persona existe esa correlatividad y que la obligación concede al obligado el derecho de cumplir con su deber, se puede decir que todos los deberes u obligaciones del curador, que fueron enumerados en el punto anterior, son al mismo tiempo sus derechos.

¹⁷² Lagunes Pérez, op. cit., p. 381.

Independientemente de la consideración anterior, el Código establece los siguientes derechos.

- a).- Pasados diez años desde que entró en el desempeño de la curatela, el curador tiene derecho a ser relevado del cargo (art. 772).
- b).- A recibir honorarios equivalentes a la mitad de lo que el tutor reciba por el desempeño de la tutela (art. 773).
- c).- A que se le cubran los gastos realizados en el desempeño de sus funciones (773).

6.2. Supuestos en los que no se requiere que haya curador (761).

- a).- Cuando la tutela sea desempeñada por una institución de beneficencia pública o privada.
- b).- Cuando el incapaz no tenga bienes.
- c).- Cuando se desempeñe junto con la patria potestad.

6.3. Clases de curadores.

a) Interinos.

- Los que se nombran cuando el tutor tiene este mismo carácter de interino (762).
- Cuando existe oposición de intereses entre los incapaces que se encuentran sujetos a la misma tutela (763).
- En los casos de impedimento, separación o excusa del nombrado, mientras se nombra nuevo curador (764).

b) Definitivos.

- Curadores cuya función consiste en vigilar los actos del tutor que tiene este mismo carácter de definitivo.

6.4. Requisitos para ser curador.

Para ser curador se requieren las mismas cualidades requeridas para los tutores. Esto es:

- a) Ser personas mayores de edad y en pleno uso de sus facultades mentales.

b) Tener solvencia moral y económica.

c) No encontrarse en ninguna de las causas de inhabilidad que se señalan como inhabilidades para los tutores.

6.5. Nombramiento del curador.

¿Quién nombra los curadores?

a) Todos aquellos que tienen derecho a nombrar tutor (766).

b) Los menores que hayan cumplido catorce años (649).

c) Los menores de edad emancipados.

d) El juez de lo familiar.

6.6. Causas de remoción, separación y excusas.

Las mismas causas de remoción y de separación de los tutores se aplican tratándose de los curadores. Los curadores pueden asimismo excusarse de la curatela, por las mismas causas prescritas como excusas para los tutores. El artículo 635 establece: "Lo dispuesto sobre impedimentos o excusas de los tutores, regirá igualmente respecto de los curadores."

6.7. Extinción de la curatela.

Las funciones del curador cesarán cuando el incapacitado salga de la tutela. Sin embargo, si sólo variaren las personas de los tutores, el curador continuará en la curaduría (771).

CAPÍTULO XII DEL CONSEJO DE FAMILIA

SUMARIO: 1. GENERALIDADES. 2. TUTELA INSTITUCIONAL DE LOS MENORES E INCAPACITADOS. 3. SEDE LEGAL. 4. ESTRUCTURA DEL CONSEJO ESTATAL DE FAMILIA. 5. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES.

1. GENERALIDADES.

El Consejo de Familia es una institución de orden público e interés social que tiene como objeto servir de enlace permanente entre todas las instituciones públicas, descentralizadas y privadas, que tengan por objeto prestar servicios de asistencia social.

Algunos de los objetivos de asistencia social del Consejo son: la atención, custodia y asistencia a la niñez, a los discapacitados, a las personas en edad senil, a las madres en situación crítica, ya sea afectiva o económica, y a la familia en general.¹⁷³

El 774 del Código Civil del Estado establece:

“El Consejo de Familia es un órgano de participación ciudadana, desconcentrado del Sistema Estatal de Desarrollo Integral de la Familia, que tiene por objeto dar la atención y seguimiento a los asuntos que le devienen por este Código.”

El hecho de que el Consejo de Familia sea **órgano desconcentrado** del DIF (estatal) ha sido causa de algunos problemas jurídicos que trataremos de analizar:

El artículo 3 de la Ley de Asistencia Social del Estado de Jalisco prescribe:

“El Gobierno del Estado y los ayuntamientos, dentro del ámbito de sus jurisdicciones, reglamentarán, promoverán y prestarán servicios de asistencia social a través de las siguientes instituciones:

I.- La Secretaría: es la Secretaría de Salud del Estado.

II.- Organismo Estatal: Es el organismo público descentralizado denominado Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Jalisco.

III.- Organismo Municipal: Es el organismo público descentralizado de cada municipio denominado Sistema Municipal para el Desarrollo Integral de la Familia

IV.- Instituto: Es el Instituto Jalisciense de Asistencia Social.

¹⁷³ Artículo 33 del Código de Asistencia Social del Estado de Jalisco.

V.- El Instituto Cabañas.”

En este artículo no se menciona al Consejo de Familia como institución a través de la cual el gobierno presta los servicios de asistencia social, porque el Consejo forma parte del DIF.

El artículo 17 del mismo ordenamiento establece:

“El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Jalisco es un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, encargado de realizar las funciones que le asigna este Código y las demás disposiciones legales aplicables.”

En el capítulo tercero (art. 24) del Código de Asistencia Social en comento se dice que:

“Para el estudio, planeación y despacho de los asuntos que le competen, el Organismo Estatal contará con los siguientes órganos:

I.- La Junta de Gobierno.

II.- La presidencia de la Junta de Gobierno.

III.- La Dirección General.

IV.- El Consejo de Familia.”

El Consejo de Familia se ubica, entonces, como un órgano del DIF (estatal), y está integrado por (art. 34 del Código de Asistencia Social):

I.- Un Presidente, que será el mismo que desempeñe la presidencia del DIF;

II.- Un secretario ejecutivo, nombrado por el propio Consejo Estatal a propuesta de la presidencia;

III.- Un representante del Instituto Cabañas;

IV.- Un representante de alguna institución de asistencia privada, designado por el Consejo a propuesta del Instituto Jalisciense de Asistencia Social.

Por otro lado, el artículo 72 del Código en comento establece:

“El Instituto Cabañas es un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios que tendrá a su cargo la protección de los niños que carecen de padres o familiares que los sostengan o que teniéndolos se encuentran en situación económica precaria o de abandono”.

Y entre las atribuciones del Instituto Cabañas está la de:

“Fungir como delegado institucional del Consejo Estatal de Familia de los menores albergados en el Instituto Cabañas que no tengan quién ejerza sobre ellos la patria potestad”.

¿Cómo se explica que el Consejo de Familia sea organismo desconcentrado del DIF ESTATAL y que el Instituto Cabañas sea un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios y, al mismo tiempo forme parte, del Consejo de Familia, siendo su delegado institucional?

Para ver con mayor claridad esta contradicción es preciso analizar los términos descentralización y desconcentración.

El Diccionario Jurídico Mexicano¹⁷⁴ dice que para el Derecho Administrativo **“descentralización** es una forma jurídica en que se organiza la administración pública, mediante la creación de entes públicos por el legislador, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios y responsables de una actividad pública. Por otro lado, en el mismo diccionario¹⁷⁵ se encuentra que la **“desconcentración** es la “forma jurídico-administrativa en que la administración centralizada con organismos o dependencias propias, presta servicios o desarrolla acciones en distintas regiones del territorio del país. Su objeto es doble, acercar la prestación de servicios en el lugar o domicilio del usuario, y descongestionar el poder central. Un autor español¹⁷⁶ sostiene que la “desconcentración es aquel principio jurídico de organización administrativa, en virtud del cual se confiere con carácter exclusivo una determinada competencia a uno de los órganos encuadrados dentro de la jerarquía administrativa, pero sin ocupar la cúspide de la misma.”

De las definiciones anteriores podemos concluir que un organismo descentralizado no depende jerárquicamente de otro, o no forma parte de otro organismo, en tanto que el organismo desconcentrado forma parte de otro y no tiene personalidad jurídica propia.

Por lo anterior, proponemos reformar el Código de Asistencia Social, para adecuar sus disposiciones a la realidad del Consejo de Familia, el cual posee atribuciones tan importantes (como la de realizar, por parte del DIF Estatal, funciones de Autoridad Central en las adopciones internacionales), que le permitirían acceder a la calidad de organismo descentralizado.

¹⁷⁴ Op. cit., p. 240

¹⁷⁵ Ibidem, p. 244

¹⁷⁶ Idem.

2. TUTELA INSTITUCIONAL DE LOS MENORES E INCAPACITADOS.

La protección de los menores e incapacitados ha despertado siempre el interés del grupo social al cual pertenecen. Desde el grupo primario, que es la familia, hasta el Estado como la entidad social superior, han desarrollado mecanismos destinados a proveer la protección y representación de ellos.¹⁷⁷

A principios del siglo XIX se crea en Francia el Consejo de Familia, como un cuerpo con entidad propia integrado por algunos miembros de una familia determinada. Su función consistía en vigilar los actos del tutor, quien es también uno de los miembros de la familia del pupilo.

A diferencia de los sistemas de familia, donde el grupo familiar participa en primer término en la protección de los menores e incapacitados que carecen de ascendientes (padres o abuelos), en los sistemas de autoridad, en la tutela de ellos intervienen los órganos públicos judiciales y administrativos.

La existencia de consejos de familia y de consejos de tutela gubernamentales no significa que no se dé una combinación entre ellos, ya que en el sistema de familia el Estado interviene vigilando los derechos de los pupilos, sobre todo en los procesos judiciales donde sus intereses se encuentren involucrados, y en los sistemas de autoridad se busca a los parientes más cercanos para concederles la tutela de las personas que se encuentran en los supuestos legales en los que es necesario nombrarles un tutor, como cuando carecen de ascendientes, por ejemplo.

En el estudio realizado por la doctora Brena¹⁷⁸ se ha comprobado que las tendencias actuales son la mayor intervención por parte de la autoridad pública en la tutela de los menores e incapacitados no sujetos a patria potestad.

La mayor parte de los Códigos Civiles de México regulan los Consejos de Tutelas, los cuales conceden al Estado la tutela de los menores e incapaces que carecen de ascendientes que pudieran ejercerla.

Es en el Estado de Jalisco donde por primera vez se establece una institución como el Consejo de Familia que pretende armonizar la experiencia y capacidad de las instituciones públicas y privadas de asistencia social, así como de los organismos del Gobierno. El Consejo de Familia creado en 1995, que entró en funciones el 30 de abril de 1998, no es representativo de los sistemas de control familiar, ni responde a las características del Consejo de Familia del Sistema Francés. Sin embargo, así se le denomina porque está integrado al Sistema de Desarrollo Integral de la Familia (DIF) y porque sus atribuciones, que se encuentran reguladas por el Código Civil, tienen por objeto fundamental el cuidado y la protección de la familia.

¹⁷⁷ CFR. BRENA SESMA, op. cit., p. 17.

¹⁷⁸ Ibidem, . p. 141.

3. SEDE LEGAL DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE FAMILIA.

La estructura del Consejo de familia está regulada por el Código de Asistencia Social del Estado de Jalisco y las disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles regulan sus funciones en más de 150 artículos, relacionados fundamentalmente con la adopción, la tutela, la custodia y demás instituciones familiares en las que se encuentran involucrados intereses de menores, de personas discapacitadas, de madres en situaciones críticas y de la familia en general.

El Código de Asistencia Social¹⁷⁹ en su libro segundo regula las Instituciones de Asistencia Social Pública, y en la sección cuarta del Título Primero (que regula al DIF) establece las disposiciones que reglamentan la estructura y funcionamiento del Consejo de Familia.

4. ESTRUCTURA DEL CONSEJO DE FAMILIA.

El Consejo de Familia es un órgano de participación ciudadana y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia. El artículo 34 del Código de Asistencia Social del Estado establece:

“El Consejo Estatal de Familia se integrará por:

I.- Un presidente; que será la persona que desempeñe el cargo de presidente del Organismo Estatal (DIF);

II.- Un secretario Ejecutivo nombrado por el propio Consejo Estatal a propuesta de la presidencia;

III.- Un representante del Instituto Cabañas;

IV.- Un representante de alguna institución de asistencia social privada, encargada de la custodia de menores en estado de maltrato o abandono, designado por el Consejo Estatal, a propuesta del Instituto Jalisciense de Asistencia Social;

V.- Cinco consejeros ciudadanos que serán designados por el titular del poder ejecutivo, previa convocatoria a la ciudadanía”.

De las personas propuestas, se deberá escoger a cinco de ellas que tendrán el carácter de Consejeros titulares, así como a dos suplentes que deberán integrar el Consejo Estatal en ausencia de los titulares, previo llamado que se les haga por el presidente del Consejo Estatal.

¹⁷⁹ El Código De Asistencia Social del Estado de Jalisco entró en vigor el 15 de enero de 1998.

Los Consejeros ciudadanos durarán en su cargo cuatro años y podrán ser reelectos para un período inmediato.

El artículo 35 del Código en comento establece los requisitos para ser consejero. Éstos son:

I.- Ser mexicano en ejercicio de sus derechos.

II.- Haber residido en el Estado, por lo menos, los tres años anteriores al día del nombramiento.

III.- Tener vocación de servicio y los conocimientos necesarios para el desempeño del cargo.

IV.- Ser de reconocida honorabilidad.

V.- Tener por lo menos treinta años de edad el día de su nombramiento. Y

VI.- Para los consejeros ciudadanos, no desempeñar cargo dentro de la administración pública federal, estatal o municipal en la fecha de su nombramiento.”

El Código de Asistencia Social del Estado, que regula la estructura, organización y funcionamiento del Consejo Estatal de Familia, asimismo establece la regulación de los Consejos Municipales de Familia, pero a pesar del gran acierto de concentrar en un solo Código las disposiciones reguladoras del Sistema de Asistencia Social del Estado, adolece de precisión en algunas de sus disposiciones, por lo que sería pertinente dar el apoyo a una propuesta de reformas que han hecho las licenciadas Maritza Pintor y Dora Gabriela Navarro, especialistas en Derecho de Familia. Apoyadas por algunas instituciones, han elaborado una propuesta de reforma integral a siete ordenamientos jurídicos del Estado, relacionados con la protección de los menores. Entre ellos se encuentra el Código de Asistencia Social, respecto del cual proponen, en lo conducente:

I.- Reformar el Art. 33 en los siguientes términos:

“El Consejo de Familia, sea estatal, municipal o intermunicipal, será competente para conocer, intervenir y dar seguimiento a todos aquellos asuntos que le devienen por disposición expresa del Código Civil y de Procedimientos Civiles”.

Con la propuesta anterior -que se limita a añadir las palabras en negrilla-, se pretende delimitar la competencia de los consejos de familia municipales e intermunicipales con el estatal, para cumplir sus funciones en el ámbito territorial que les corresponde.

II.- Añadir un nuevo precepto:

“Art. 33 bis. En razón del territorio, los consejos de familia sólo podrán intervenir en aquellos municipios para los que se hayan integrado, sean municipales o intermunicipales.

El Consejo Estatal de Familia será competente en aquellos municipios en los que aún no se haya integrado consejo municipal o intermunicipal y a partir de la instalación del consejo en el municipio, deberá dejar de conocer y remitir los asuntos al consejo que corresponda, considerando que la competencia será determinada por el domicilio del menor, del discapacitado, del anciano o de la mujer en situación crítica.”

III.- Reformar el artículo 34 en vigor pasando la materia que actualmente regula, con algunas adiciones, a un nuevo artículo 34 bis, en los siguientes términos:

“Art. 34: El Consejo de Familia, sea estatal, municipal o intermunicipal, en el ámbito de su competencia territorial, deberá autorizar, intervenir, consentir y dar seguimiento en todo tiempo y circunstancia en los casos de custodia, de conformidad al siguiente procedimiento administrativo:

I.- Estarán facultados para solicitar la intervención del Consejo de Familia ante un caso de custodia: los familiares o los organismos públicos o privados que den albergue o asistencia a los sujetos de custodia, según sea el caso.

II.- Las personas u organismos cuyo consentimiento se requiera para la custodia, deberán ser convenientemente asesoradas y debidamente informadas por el Consejo de Familia, sobre las consecuencias legales que la custodia implica y del consentimiento otorgado, en particular de la subsistencia de los vínculos jurídicos entre el custodiado y su familia de origen, así como del respeto a los derechos de personalidad del sujeto a custodia.

III.- Llevada a cabo la asesoría, el consentimiento informado deberá ser otorgado libremente y por escrito ante el propio Consejo por parte de los familiares localizables más próximos en grado.

IV.- Aquellas personas que vayan a ejercer la custodia personal, deberán recibir por parte del Consejo de Familia la debida asesoría y capacitación sobre los alcances psíquicos, afectivos y jurídicos que el desempeño de la custodia les implica.

V.- Para otorgar la custodia personal o institucional, el Consejo de Familia deberá, a través de sus áreas de trabajo social, psicología y departamento jurídico, cerciorarse de la idoneidad de quienes podrían asumirla, teniéndose como preferentes los intereses del custodiado y formalizar dicha custodia a través de un dictamen.

VI.- Para la permanencia o prórroga de la custodia otorgada por el Consejo de Familia, éste deberá darle seguimiento constante al sujeto de custodia, para procurar que se cumplan los fines para los cuales se otorgó la custodia.”

“Art. 34 bis. El Consejo de Familia se integrará por:

I Un presidente, que será la persona que desempeñe el cargo de Presidente del Organismo Estatal.

*II. Un Secretario Ejecutivo nombrado por **la mayoría de los consejeros ciudadanos y a propuesta de éstos.***

III. Un representante del Instituto Cabañas.

IV. Un representante de alguna institución de asistencia social privada encargada de la custodia de los menores en estado de maltrato o abandono, designado por el propio consejo Estatal a propuesta del Instituto..

V. Cinco consejeros ciudadanos que serán designados por el titular del poder ejecutivo previa convocatoria a la ciudadanía”.

De las personas propuestas, se deberán escoger a cinco de ellas que tendrán el carácter de consejeros titulares, así como a dos suplentes que deberán integrar el consejo estatal en ausencia de los titulares, previo llamado que se les haga por el presidente del consejo estatal.

Los consejeros ciudadanos durarán en su cargo cuatro años, podrán ser reelectos para un período inmediato.

Los consejeros ciudadanos desempeñarán su encargo de manera honorífica cuando el municipio no tenga los medios para retribuirlos.”

IV.- Adicionar las fracciones VII y VIII al Art. 35 del mismo Código de Asistencia Social, en los siguientes términos resaltados con negrilla

“Art. 35. Para ser integrante del Consejo Estatal de Familia se deberán satisfacer los siguientes requisitos:

I.- Ser mexicano, en ejercicio de sus derechos.

II.- Haber residido en el Estado, por lo menos, los tres años anteriores al día del nombramiento.

III.- Tener vocación de servicio y los conocimientos necesarios para el desempeño del cargo.

IV.- Ser de reconocida honorabilidad.

V.- Tener cuando menos treinta años de edad el día de su nombramiento.

VI.- Para los consejeros ciudadanos, no desempeñar el cargo dentro de la administración pública federal, estatal o municipal en la fecha de su nombramiento.

VII.- Acreditar preparación académica en asuntos de familia, o experiencia laboral en apoyo a los miembros de la misma.

VIII.- Cuando menos uno de los consejeros ciudadanos debe ser padre adoptivo”.

Con la inclusión del artículo 34 bis y las fracciones VII y VIII al artículo 35 del Código de Asistencia Social del Estado, se pretende ciudadanizar el consejo de familia y, al detallar los perfiles de sus miembros y consejeros, se pretende profesionalizarlo, con el fin de lograr mejores resultados en su actuación.

5. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES.

5.1. ORGANIZACIÓN.

Para llevar a cabo sus objetivos, el Consejo Estatal de Familia se encuentra dividido en dos áreas:

A. TUTELA Y CUSTODIA.

a).- El área de tutela y custodia lleva a cabo procedimientos civiles y penales, que tienen por objeto resolver situaciones jurídicas de menores abandonados, explotados, maltratados, expósitos o de mayores en estado de interdicción

b).- Esta es el área del consejo que interviene en los casos de custodia, donde, de conformidad con el artículo 558 del Código Civil del Estado, el Consejo de Familia podrá autorizar, intervenir y consentir en todo tiempo y circunstancia en los casos de custodia.

c).- Al área de custodia y tutela también le corresponde emitir la lista de tutores y curadores, mencionada en el artículo 650 del Código Civil del Estado.

e).- Asimismo, imparte talleres a padres con problemática familiar.

f).- Finalmente, mantiene estrecha colaboración y coordinación con los Sistemas DIF Municipales y demás organizaciones públicas y privadas, para lograr el cumplimiento de sus fines.

B. ADOPCIONES.

a).- En las adopciones internacionales, el Consejo Estatal de Familia funge como Autoridad Central para dar cumplimiento a las normas sobre la adopción, establecidas en el “Convenio sobre la Cooperación en materia de adopciones internacionales y sobre la protección de los menores”. Al estudiar la adopción, se hizo un análisis de esta función del Consejo de Familia.

- b) A nivel estatal, el área de adopciones del Consejo de Familia, atiende lo relativo a las solicitudes de adopción y vigila que los trámites sean conforme a derecho.
- c) Proporciona asesoría y capacitación sobre los alcances psíquicos, afectivos y jurídicos que la adopción implica, tanto a quienes deben dar el consentimiento para la adopción, como a los futuros padres adoptivos.
- d) Da seguimiento a las adopciones, por lo menos por el lapso de dos años, con el propósito de procurar y vigilar que se cumplan los fines de la adopción.
- e) De conformidad con el artículo 532 del CCJ, solicita al juez que conozca de la adopción, la custodia del menor que se pretende adoptar a favor de los futuros padres adoptivos.

5.2. FUNCIONES.

Entre las funciones del Consejo de Familia destacan:

- a).- Ser tutor de oficio de los menores abandonados, maltratados, y de los que no se encuentran sujetos a patria potestad y que se encuentran internados en casas de asistencia, internados, hospicios y demás instituciones de beneficencia (art. 639 CCJ).
- b).- Autorizar, intervenir y consentir en los casos de custodia (art. 558).
- c).- Consentir en los casos de adopción de niños que se encuentren en los supuestos enunciados en el inciso a).
- d).- Intervenir en todos los casos de adopción, ya que debe dar asesoría sobre los alcances psíquicos y legales de la adopción, tanto a quienes deben dar el consentimiento para la adopción como a los futuros padres adoptivos.
- e).- Suplir el consentimiento de los ascendientes para el matrimonio de menores.
- f).- Intervenir en los supuestos de interdicción de mayores incapaces.

CAPÍTULO XIII PATRIMONIO DE FAMILIA

SUMARIO: 1. GENERALIDADES. 2. BREVE HISTORIA DEL PATRIMONIO DE FAMILIA. 3. ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN EN JALISCO. 3.1. CONCEPTO Y FINALIDAD. 3.2. BIENES QUE LO INTEGRAN. 3.3. NATURALEZA JURÍDICA. 3.4. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO. 3.5. CARACTERÍSTICAS 3.6. EFECTOS JURÍDICOS. 3.7. EXTINCIÓN.

1. GENERALIDADES.

La Familia es el grupo social natural necesario para la vida humana. Conscientes de ello, los legisladores han creado instituciones jurídicas que buscan proteger más el interés de este grupo social, que de las personas individuales que lo componen. Una de estas instituciones es el patrimonio familiar.

Aquellos que tienen la capacidad económica para proveer lo necesario para mantener a la familia van adquiriendo poco a poco, con el producto de su trabajo, bienes que se encuentran dentro del comercio, expuestos a los riesgos de la actividad económica, ya que uno de los principios jurídicos que regulan la vida social es el de que “las personas responden de sus obligaciones con el total de sus bienes.”

El artículo 1796 del Código Civil del Estado establece: “El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todo su patrimonio económico, con excepción de los bienes que, conforme a la ley son inalienables o no embargables.”

Como pudiera llegar a ocurrir que los bienes con los cuales se satisfacen las necesidades familiares, fueran amenazados por una mala situación económica y que la familia quedara sin los medios de subsistencia necesarios, la ley declara que algunos bienes no pueden ser embargados o transmitida su propiedad por cualquier medio o título.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco establece, en su artículo 529, que se exceptúan del embargo:

“a).- Los bienes que constituyen el patrimonio de familia, desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en los términos que establece el Código Civil del Estado.

b).- Los vestidos y el menaje de uso ordinario básico, siempre que no constituyan un lujo y atendiendo a las necesidades específicas del deudor.

c).- *Los instrumentos y aparatos útiles necesarios para el arte y oficio a que el deudor esté dedicado.*

d).- *La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que están destinados.*

e).- *Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales.*

f).- *Las armas y los caballos que los militares en servicio activo usen, indispensables para este servicio, conforme a las leyes relativas.*

g).- *Los efectos, maquinaria e instrumentos propios para el fomento y giro de las negociaciones mercantiles e industriales, en cuanto fueren necesarios para su servicio, a juicio del juez.*

h).- *Las mieses, antes de ser cosechadas, pero no los derechos sobre las mieses.*

i).- *El derecho de usufructo con las limitaciones que establece la ley.*

j).- *Los derechos de uso y de habitación.*

k).- *Las servidumbres, a no ser que se embargue el fundo a cuyo favor estén constituidas, excepto la de aguas que es embargable.*

l).- *Los demás bienes en que así lo prevenga la ley”.*

Con el objeto, pues, de proteger la seguridad que requieren las familias para tener lo necesario para subsistir, se han tomado algunas medidas legales, entre las cuales se encuentra la creación de instituciones jurídicas como “El Patrimonio de Familia”.

2. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PATRIMONIO FAMILIAR.

* Las parcelas adscritas a los barrios o *calpullis*, pueden ser consideradas el antecedente precortesiano del patrimonio de familia. Estos *calpullis*, regulados por los Aztecas, tenían una extensión proporcional a las necesidades de las familias que los formaban.

* Durante la Colonia, de las leyes españolas que regulaban la vida social de la Nueva España se cita el Fuero Viejo de Castilla que instituyó el patrimonio de familia a favor de los campesinos, el cual era constituido por la casa, la huerta y la era.

* El antecedente inmediato para nuestro derecho debe verse en la Ley del Estado de Texas de 1839, que crea el *Homestead*, (terreno cedido a los colonos por el Estado para que lo trabajasen) derivado a su vez del derecho escocés. El

homestead puede ser de dos tipos: el urbano y el rural. Tanto en la forma de constituirse como en su funcionamiento, el *homestead* presenta variantes en los diferentes Estados de la Unión Americana; pero en el fondo en todos es el mismo fin: la protección al núcleo familiar dotándolo de un hogar, o de un terreno cultivable, o de otros instrumentos de trabajo; mismos que no pueden ser embargados ni enajenados.¹⁸⁰

* La Constitución Política de México, expedida en 1917, fiel a las ideas revolucionarias que dieron origen a las garantías sociales consignadas en los artículos 27 y 123, establece en la fracción XXVIII de su artículo 123: “Las Leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios.”

* El Código de 1928, para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la Republica en materia Federal, (actualmente Código Civil Federal), regulaba el patrimonio familiar; pero era tan pequeño el monto del precio de los bienes que lo constituían, que prácticamente resultaba letra muerta y no era, por tal motivo, una institución que cumpliera con sus fines de protección a la familia.

* El Código Civil Federal establece actualmente un valor de los bienes afectados que resulta de multiplicar por 3,650 veces el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en la época en que se constituya el patrimonio (art 730). Si se considera que para el año de 2005 el salario mínimo en el D. F. es de casi \$47.00 (cuarenta y siete pesos) diarios -redondeando la cifra sólo para el propósito de estimar el valor del patrimonio de familia-, al multiplicar 47 por 3650 nos da una cantidad de \$171, 550.00, que sigue siendo insuficiente para proteger a una familia.

*El Código Civil del Estado de Jalisco de 1936 establecía, en igual forma que el del Distrito Federal, que: “El valor máximo de los bienes afectados al patrimonio de familia, será de \$50,000.00 (cincuenta mil pesos) en los municipios de Guadalajara, Zapopan y Tlaquepaque, y de \$25,000.00 (veinticinco mil pesos) en los demás municipios, si se trata de una familia compuesta por sólo dos personas; si el número es mayor, el valor del patrimonio podrá aumentarse en una octava parte de las cantidades indicadas por cada persona, sin que el máximo pueda exceder de \$100,000.00 (cien mil pesos) ni de 50,000.00 (cincuenta mil pesos), respectivamente”

*En 1995, al expedirse el nuevo Código Civil del Estado de Jalisco, la situación mejoró notablemente. Éste establece, en su artículo 784, fracción V, que “el valor de los bienes que van a constituir el patrimonio no excedan del equivalente a 40,000 (cuarenta mil) veces el salario mínimo general vigente en la zona

¹⁸⁰ MONTERO DUHALT, Sara, “Patrimonio Familiar”, en Diccionario Jurídico Mexicano, op. Cit. P 65.

económica de que se trate en la época en que dicho patrimonio se constituya.” El salario mínimo general vigente en la zona metropolitana de Guadalajara es de \$45.35 (cuarenta y cinco pesos con treinta y cinco centavos) diarios, a partir del primero de enero de 2005. Por lo que, al multiplicar 45.35 por 40,000 resulta la cantidad de \$1, 814,000.00 (un millón ochocientos catorce mil pesos). Este monto es más acorde con la situación actual, ya que con ese dinero se puede comprar una casa, un vehículo y los instrumentos de trabajo para que viva con decoro una familia jalisciense.

3. ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN EN JALISCO.

3.1. CONCEPTO Y FINALIDAD.

No obstante que nuestra legislación civil no lo define, podemos decir, siguiendo al maestro Gilberto Ernesto Garabito García,¹⁸¹ quien, citando a Ennecerus, sostiene : “El patrimonio de Familia es el conjunto de derechos que sirven para la satisfacción de las necesidades económicas de una familia legalmente establecida.”

Para Sara Montero Duhalt “El patrimonio de familia es un bien o un conjunto de bienes que la ley señala como temporalmente inalienables o inembargables para que respondan a la seguridad de los acreedores alimentarios familiares”¹⁸²

El patrimonio de familia tiene por objeto o finalidad constituir una medida de seguridad jurídica o de protección de la familia, al integrarse por un bien o conjunto de bienes intocables para los acreedores de quien lo constituyó; estos bienes no pueden ser embargados y quedan fuera de la propia disposición del dueño de esos bienes, quien no puede enajenarlos mientras estén afectados al fin del patrimonio de familia.

3. 2. BIENES QUE LO INTEGRAN.

El Código Civil del Estado regula el patrimonio de familia del artículo 777 al 795. El artículo 777 establece:

“Serán objeto del patrimonio de familia:

I.- La Casa que ésta habita, incluyendo el mobiliario y el equipo de la vivienda.

II.- Un vehículo automotor.

III.- El equipo y la herramienta de la micro o pequeña industria que sirva de sustento económico a la familia.

¹⁸¹ GARABITO GARCÍA, Gilberto Ernesto, “Diplomado en Derecho de Familia”, Módulo IX. “del Patrimonio de Familia”, Material de trabajo, Guadalajara, Jal., 17 de abril de 1998. p. 8.

¹⁸² MONTERO DUHALT, op. cit., p. 66

IV.- La parcela cultivable de dominio pleno.

V.- La pequeña propiedad en los términos de la Ley Agraria”.

3.3. NATURALEZA JURÍDICA.

El patrimonio de familia es un “patrimonio económico afecto a un fin”. El Código del Estado distingue tres clases de patrimonio: el económico, que es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, apreciables en dinero, que constituyen una universalidad (art. 42), el patrimonio moral, constituido por los derechos de la personalidad no valorables en dinero (43) y el patrimonio social, formado por el medio ambiente sano y el equilibrio de sus ecosistemas (45 y 46).

El Derecho Civil regula situaciones en las que un patrimonio económico se destina y afecta a un fin determinado, como el caso de las fundaciones y del patrimonio familiar constituido por los bienes que la familia necesita para satisfacer sus necesidades y asegurar su subsistencia. El Patrimonio familiar es, por tanto, un conjunto de bienes afectados a un fin específico: el de proteger a la familia.

Respecto de la naturaleza de los derechos que se tienen sobre el patrimonio de familia se dice que se trata de derechos reales con características propias, como por ejemplo la de que el mismo titular del derecho de propiedad del inmueble (la casa por ejemplo) afectado al patrimonio de familia puede ser, y de hecho casi siempre lo es, usuario y usufructuario del bien en cuestión. Esta peculiaridad, dice el maestro Garabito,¹⁸³ es de tal manera definitiva en su distinción con los demás derechos reales, que no admite considerar el patrimonio de familia como un auténtico derecho real.

La razón para esto es que en los derechos de uso y usufructo (derechos reales que se desprenden del derecho de propiedad) se ven funcionar en plenitud los desmembramientos de la propiedad, en donde sobre un mismo bien existen dos titulares: el nudo propietario que conserva el derecho de disposición sobre el bien y el usuario, o el usufructuario, que tienen el derecho de uso o de disfrute sobre el bien, pero no de su disposición; en cambio, en el patrimonio de familia, el propio dueño sigue teniendo la facultad de uso o de usufructo, y lo que se le restringe es la facultad de disposición de los bienes objeto del patrimonio, aunque el que quisiera disponer de ellos fuera el mismo propietario que los afectó al fin de protección de la familia.

En apoyo a lo anterior, el Código establece: “La constitución del patrimonio de familia no transmite la propiedad de los bienes que lo constituyen a sus beneficiarios. Éstos sólo tienen derecho de disfrutar de esos bienes para el fin a que fueron afectos.” (779).

¹⁸³ GARABITO GARCÍA, op cit., p. 12

3.4. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR.

a) ¿Quiénes pueden constituirlo?

1.- El artículo 778 prescribe que el patrimonio de familia puede ser constituido por cualesquiera de los miembros de la familia, siempre que sea **propietario de los bienes** que van a quedar afectados al fin de proteger y dar seguridad en la satisfacción de las necesidades de los miembros de la familia.

Para estos efectos, la ley considera familia a las personas que habitan una misma casa, y que tengan unidad en la administración del hogar.

2.- La concubina o el concubinario tienen también derecho a constituir el patrimonio de familia (art. 778). Se entiende por concubinato el estado por el cual un hombre y una mujer solteros viven como si fueran cónyuges, durante cinco años o más. Se considera también concubinato a la relación estable entre un hombre y una mujer solteros, cuando transcurridos tres años de iniciada la unión entre ellos hubieren procreado entre sí algún hijo (segundo párrafo del 778).

3.- Si los bienes pertenecen a la sociedad legal, se tendrá a **ambos cónyuges** como constituyentes del patrimonio (781).

b) Procedimiento de constitución.

En este apartado se analizarán las tres diferentes formas de constitución del patrimonio de familia. Este puede ser constituido: i) en forma voluntaria ante el juez de lo familiar; ii) en forma administrativa, cuando en el contrato de compraventa de un bien inmueble, adquirido por medio de una institución pública, se establece que dicho bien se convierte en patrimonio familiar; o iii) en forma forzosa y contra la voluntad del propietario de los bienes que van a formar el patrimonio familiar.

1. En forma voluntaria ante el juez de lo familiar.

El patrimonio de familia puede ser constituido por cualquier miembro de la familia con capacidad para ello y que tenga acreedores alimentarios en ese grupo familiar. Los requisitos legales que debe cubrir la persona que va a constituir el patrimonio familiar se encuentran en el artículo 784 del CCJ. Estos son:

- a) Debe ser mayor de edad o estar emancipado.
- b) Estar domiciliado en el lugar donde se va a constituir el patrimonio.
- c) Tener una familia en cuyo favor se constituye el patrimonio. A este respecto, la ley entiende por familia a todo grupo de personas que habitan

una misma casa, se encuentren unidos por vínculo de matrimonio o concubinato, o por lazos de parentesco consanguíneo, y que por ley, o voluntariamente, tengan unidad en la administración del hogar. Si los bienes que constituyen el patrimonio de familia pertenecen a la sociedad legal o conyugal, se tendrán por constituyentes del patrimonio a ambos cónyuges (art. 781).

- d) Que los bienes no reporten gravámenes fuera de las servidumbres legales.
- e) Que el valor de los bienes que van a formar el patrimonio no exceda del equivalente que resulte de multiplicar 40,000 veces el salario mínimo diario general vigente en la zona económica de que se trate en la época en que dicho patrimonio se constituya. Esta cantidad incluye el valor de los bienes muebles e inmuebles señalados en el artículo 777 del CCJ.
- f) Que si se trata de instrumentos de trabajo, éstos sean esenciales para la manutención de la familia.

En esta hipótesis de constitución voluntaria del patrimonio de familia, una vez que se han acreditado los requisitos antes señalados, el juez dará trámite a la solicitud de constitución del patrimonio familiar y deberá emitir la resolución que lo declare constituido dentro de los treinta días siguientes a dicha acreditación.

En la resolución que aprueba la constitución del patrimonio, el juez ordena su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y en las oficinas de recaudación fiscal y, tratándose de automotores, en las dependencias correspondientes.

II. Voluntariamente en forma administrativa.

Una de las funciones de las autoridades administrativas (poder ejecutivo) es la de administrar los recursos de la población, con el fin de proporcionar los servicios públicos y otorgar apoyos especiales a las clases económicamente menos favorecidas, para que puedan adquirir los bienes indispensables para la satisfacción de sus necesidades. Dentro de estas medidas de apoyo se encuentran los programas de vivienda masiva o de financiamiento preferencial.

Cuando una familia ha adquirido un bien inmueble (terreno o casa) por medio de programas del gobierno, por los que se ponen a la venta casas y terrenos a precios accesibles a las clases económicamente desprotegidas, no necesita la constitución judicial del patrimonio familiar, ya que en estos casos la ley establece que en el mismo contrato se puede establecer que ese terreno o esa vivienda son patrimonio de la familia.

Al respecto, el artículo 786 prescribe:

“No será necesaria la declaración judicial, cuando en el momento de la adquisición de los bienes y sean enajenados por instituciones públicas o descentralizadas, o encargadas de regularización territorial, encargadas de programas de vivienda masiva o que para su adquisición se cuente con financiamiento preferencial; esta incorporación al patrimonio de familia le deviene por el solo hecho de su adquisición cuando así se pacte en el contrato.”

Como más adelante se verá, una de las características del patrimonio familiar es que no puede ser embargado por los acreedores del propietario de los bienes; sin embargo, en los casos aquí analizados, podrán constituirse garantías reales, como una hipoteca, cuando exista un saldo pendiente de su pago, debiendo constar la garantía en el mismo instrumento de adquisición y constituirse siempre a favor del vendedor o de la institución que otorgó el financiamiento preferencial(art. 786, segundo párrafo).

III. Constitución forzosa del patrimonio familiar.

En este supuesto, el patrimonio se constituye contra la voluntad del dueño de los bienes, que puede ser el jefe de familia. El patrimonio se constituye a petición del otro cónyuge, de los hijos o del ministerio público.

El fin de este patrimonio forzoso es amparar a la familia de la mala administración o los despilfarros del jefe de ella, quien con su mala conducta, amenaza dejar a la familia en la miseria.

El Código prescribe en este caso, en su artículo 790:

“Cuando haya peligro de que, quien tiene la obligación de dar alimentos, pierda sus bienes por mala administración o porque los esté dilapidando, los acreedores alimentistas y si éstos son incapaces, sus tutores o el ministerio público, tienen derecho de exigir judicialmente que se constituya el patrimonio de familia.”

c) Representación legal.

Pueden ser representantes de los beneficiarios del patrimonio en sus relaciones con terceros:

1. El constituyente del patrimonio.
2. La persona que nombre la mayoría de los beneficiarios del patrimonio.
3. La persona que nombre el juez. (art. 782).

3.5. CARACTERÍSTICAS DEL PATRIMONIO DE FAMILIA.

a) No se transmite el dominio de los bienes a sus beneficiarios.

De su misma naturaleza jurídica, de ser un patrimonio afecto al fin de protección de la familia, se deriva esta primera característica consistente en que no se transmite el dominio de la casa o de los bienes que lo forman, al grupo familiar protegido, ni a ninguno de sus miembros. La persona que lo constituyó sigue siendo el propietario de dichos bienes, pero ni él mismo puede disponer de ellos mientras formen parte del patrimonio de familia.

La ley establece que la constitución del patrimonio de familia no transmite la propiedad de los bienes que lo constituyen a sus beneficiarios. Éstos sólo tienen derecho de disfrutar de esos bienes para el fin a que fueron afectos.

“La constitución del patrimonio de familia no transmite la propiedad de los bienes que lo constituyen a sus beneficiarios. Éstos sólo tienen derecho de disfrutar de esos bienes para el fin a que fueron afectos” (art. 779).

b) El patrimonio está limitado a una cuantía legal.

Esta característica se deriva del fin al que el patrimonio está afecto. Sería absurdo que se pudieran destinar a formar parte del patrimonio familiar todos los bienes que las personas quisieran. Ello podría traer como consecuencia el incumplimiento de las obligaciones y se prestaría a defraudar a los acreedores.

El artículo 784, fracción cuarta, con gran acierto establece como tope del valor de los bienes que pueden entrar a constituir el patrimonio de familia, la cantidad que resulte de multiplicar 40,000 veces por el salario mínimo general vigente en la época de que se trate.

Al señalar los antecedentes de esta institución, se hizo el comentario pertinente y la observación de que, en relación con el Código Civil Federal, el Código del Estado de Jalisco es más realista al establecer este límite al patrimonio familiar.

c) Los bienes del patrimonio de familia son: inembargables, intransferibles e ingravables.

Estas características de los bienes que constituyen el patrimonio de familia son muy importantes, pues gracias a la seguridad de que, ni aun el propietario de ellos puede transmitir su propiedad a nadie ni gavarlos mientras ni dure el patrimonio familiar, y a que sus terceros acreedores tampoco pueden garantizarse con ellos, los miembros de la familia pueden tener la tranquilidad de que, por lo menos la casa, un automóvil y los demás bienes que son necesarios para mantener a la familia, están fuera del comercio y no se les podrán quitar.

d) Es temporal.

Una de las características que de igual manera responden a la finalidad del patrimonio es ésta, que consiste en que sólo mientras existan miembros de la familia que lo necesiten, existe y subsiste esta institución de protección a la familia.

e) Sólo puede constituirse un patrimonio por familia.

El artículo 783 prescribe que sólo se tendrá derecho a constituir un patrimonio por cada familia. Si se constituyere un patrimonio subsistiendo otro anteriormente constituido, esta constitución carecerá de eficacia jurídica.

f) La constitución debe hacerse mediante procedimiento legal.

El patrimonio de familia se constituye mediante una serie de actos jurídicos formales regulados por el Código Civil. Al ver las formas de su constitución ya las analizamos, por lo que ahora sólo se mencionarán: a) de manera voluntaria ante el juez de lo familiar; b) mediante contrato de compraventa con una institución administrativa; y, c) de manera forzosa ante el juez de lo familiar (arts. 784, 786 y 790).

El que el patrimonio familiar sólo pueda constituirse mediante un procedimiento legal constituye una medida de seguridad jurídica para la sociedad entera, ya que de otra manera se podría constituir muy fácilmente y sin observar los requisitos legales que garantizan el cumplimiento del fin para el cual se crea el patrimonio de familia y se evita su constitución en fraude de acreedores.

g) Los bienes que lo forman pueden aumentarse, disminuirse o substituirse por otros.

En el caso de que los bienes que forman el patrimonio de familia se hubieren desgastado y ya no sean suficientes para mantener a la familia, pueden aumentarse. De igual manera pueden disminuirse si el precio de los mismos ha aumentado y a la familia le beneficia su disminución o sustitución por otros de similares características; pero tanto el aumento como la disminución o la sustitución de los bienes deberán hacerse con la autorización judicial (art. 789). Asimismo, el ministerio público deberá ser oído en los casos de modificación del patrimonio (art. 794).

h) En el acto constitutivo del patrimonio pueden establecerse sucesores del mismo.

Esta característica que consiste en que en el acto de la constitución del patrimonio puede indicarse el nombre de los sucesores en la propiedad de los bienes, facilita y garantiza la subsistencia del patrimonio, en el caso de que ocurriera el

fallecimiento del constituyente del mismo. Para que opere la transmisión de los bienes a los sucesores designados, basta con que se exhiba una copia certificada del acta de defunción o de la sentencia que declare la presunción de muerte de quien constituyó el patrimonio (art. 787).

3.6. EFECTOS JURÍDICOS DEL PATRIMONIO FAMILIAR.

I.- Los beneficiarios tienen el derecho y la obligación de habitar la casa o hacer producir el inmueble que forman parte de patrimonio familiar. La ley establece como una de las causas de extinción del patrimonio el que, sin causa justificada, la familia dejare de habitar la casa por un año o dejare de depender para su manutención de los bienes afectos al patrimonio (arts. 779 y 791, II).

II.- Los bienes que integran el patrimonio salen temporalmente del comercio. Como ya se puede observar al analizar las características del patrimonio familiar, una de ellas es la imposibilidad de embargar, gravar o transmitir la propiedad de los bienes, mientras se encuentren afectos al fin de proteger a la familia.

III.- El derecho y la obligación de constituir el patrimonio de familia existen para el fin legal para el que la institución jurídica fue creada y no para utilizarlo como un medio para defraudar a los acreedores.

IV.- Si el patrimonio fue constituido por personas unidas en matrimonio y se disolviera el vínculo matrimonial por divorcio, el patrimonio de familia subsiste, pero el cónyuge culpable perderá el derecho de habitar el inmueble sujeto a dicho patrimonio (art. 788).

3.7. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR.

1. La extinción del derecho a percibir alimentos de todos los beneficiarios.

En virtud de que el patrimonio de familia tiene la función específica de constituir una seguridad para la familia, ya que garantiza que su casa habitación y los bienes necesarios para su manutención, no les serán sustraídos mientras existan miembros de la familia que lo necesiten, una vez que éstos adquieren capacidad para bastarse por sí mismos, el objeto de la afectación de los bienes al patrimonio de familia queda sin justificación. Como en la obligación alimentaria que se extingue cuando cesan “la necesidad del acreedor y la posibilidad del deudor”, aquí también se aplica este principio y la falta de necesidad de los acreedores alimentarios es la causa principal de extinción del patrimonio de familia.

2. La desintegración de la familia.

En el supuesto de desintegración familiar, en el que también cesa el derecho a percibir alimentos, se da la misma causa analizada en el punto uno anterior, por lo que no se requieren más explicaciones en este apartado.

3. La falta de habitación en la casa o el inmueble afectos al patrimonio.

Esta causa de extinción del patrimonio familiar requiere dos condiciones: a) que no haya causa justificada para dejar de habitar el bien inmueble, y b) que el inmueble deje de habitarse por más de un año.

4. La gran necesidad o la notoria utilidad para extinguirlo.

Las circunstancias del mercado pueden hacer que en algún momento dado sea benéfico para la familia vender los bienes que forman su patrimonio familiar. Basta con que el representante legal de los beneficiarios acredite la necesidad o la utilidad para que el juez, con intervención del ministerio público, lo apruebe.

5. La expropiación, la evicción o el perecimiento de los bienes.

Es preciso aclarar estos términos. La expropiación es el acto del gobierno por el cual se desposee legalmente de una cosa a su propietario, por causa de utilidad pública y mediante el pago de una indemnización.¹⁸⁴ La evicción es la privación que sufre el adquirente de una cosa como consecuencia de una sentencia judicial que declare un defecto en el derecho del vendedor a favor de un tercero.¹⁸⁵

Si los bienes que integran el patrimonio son expropiados o han sufrido la evicción o han perecido por cualquier causa, como un incendio por ejemplo, es lógica la extinción del patrimonio.

Para terminar este tema, es importante destacar que la extinción del patrimonio, como se señaló en el punto cuatro, requiere declaración judicial, la que debe comunicarse al Registro Público de la Propiedad para que se suprima la anotación correspondiente y a la oficina de recaudación fiscal, con el mismo objeto, así como a las autoridades de vialidad cuando se trata de automotores.

¹⁸⁴ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano op. cit. Tomo IV, p. 161.

¹⁸⁵ Ibidem, pp. 146 y 147.

CAPÍTULO XIV DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

SUMARIO: 1. MARCO LEGAL. 2. TERMINOLOGÍA. 3. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS. 4. POSIBLES CAUSAS DE LA VIOLENCIA. 5. ANÁLISIS DE LA LEY DE PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DEL ESTADO DE JALISCO.

1. MARCO LEGAL.

La violencia familiar ya se encontraba contemplada de una manera limitada en el derecho de familia. Dentro de las causales de divorcio (art. 404 , IV, XI y XII)¹⁸⁶ y dentro de las causas de pérdida de la patria potestad (art 598, III)¹⁸⁷ se considera como supuestos para ello, la violencia que los padres ejerzan sobre sus hijos o los cónyuges entre sí.

No obstante lo anterior, hacía falta la regulación penal que tipificara las conductas de violencia dentro de la familia y que les impusiera las sanciones correspondientes, pues aunque en el Código Penal ya estaba comprendida, no se tipificaba como un delito específico, sino por sus consecuencias o efectos al producirse, por ejemplo, la lesión resultante de la violencia ejercida sobre la persona.

En 1991 se reformó el Código Penal del Distrito Federal y se tipificó el delito de Violencia Intrafamiliar como un delito autónomo. Se adicionaron al Código tres artículos (343 BIS, 343 TER y 343 QUÁTER), lo cuales describen el nuevo tipo penal de violencia familiar. Asimismo, en el Distrito Federal se expidió, el 26 de abril de 1996, la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar

En el Estado de Jalisco, el 19 de diciembre de 2003 entró en vigor la Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Jalisco, la cual fue publicada un día antes en el Periódico Oficial del Estado. Y el 30 de diciembre del mismo año, se publicaron las reformas al Código Penal del Estado por las que se adicionan los artículos 41 y 175. Al artículo 41 se le agregó la fracción IV, relativa a este delito, y se agregó el título que regula los delitos contra el orden de la familia, disposiciones que en lo conducente se transcriben en seguida:

¹⁸⁶ El artículo 404 del Código Civil del Estado de Jalisco prescribe como causales de divorcio: IV. La incitación o **la violencia** hecha por un cónyuge al otro, para cometer algún delito. XI. **La sevicia**, la difamación, **las amenazas o las injurias graves** de un cónyuge para el otro o para sus descendientes. XII. **La tortura psíquica**.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la sevicia como "crueldad excesiva o trato violento y cruel".

¹⁸⁷ El artículo 598 del mismo ordenamiento (C.C.J.) establece. La patria potestad se pierde: I. Cuando quien la ejerce comete algún delito intencional que afecte al menor...; III. Cuando por las malas costumbres de quienes la ejercen, **malos tratamientos**, ...se comprometa la salud física o psíquica, la seguridad o la moralidad sobre de quienes se ejerce, aunque esos hechos no sean penalmente punibles.

“Art. 41: Para la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

IV.- Los vínculos de parentesco, matrimonio, concubinato, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales; y”

“Art. 175: Se impondrán de ocho a quince años de prisión al que, por medio de la violencia física o moral tenga cópula con persona cualquiera que sea su sexo. Cuando el autor del delito tuviere derechos de tutela, patria potestad o a heredera bienes por sucesión legítima respecto de la víctima, además de la sanción señalada en el primer párrafo, perderá estos derechos.

La violación del padrastro al hijastro y la ejecutada por éste a su padrastro, la del amasio al hijo de la amasia, la del tutor a su pupilo, la efectuada entre ascendientes o descendientes naturales o adoptivos, o entre hermanos, será sancionada de nueva a dieciocho años. En estos supuestos se perderán los derechos de la patria potestad o tutela cuando la ejerciere sobre la víctima”.

“TÍTULO DÉCIMO SEGUNDO DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LA FAMILIA

CAPÍTULO I De la Violencia Intrafamiliar

Artículo 176 Ter. Comete el delito de violencia intrafamiliar quien reiteradamente infiera maltrato en contra de uno a varios miembros de su familia, tales como cónyuge, pariente consanguíneo hasta cuarto grado, pariente afín hasta cuarto grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado.

El maltrato a que se refiere el párrafo anterior es la sucesión de actos u omisiones que causen un deterioro a la integridad física, o psicológica, o que afecte la libertad sexual de alguna de las víctimas, independientemente de que se cometa o no otro delito.

Al responsable de este delito se le impondrán de tres meses a tres años de prisión, y a juicio del juez, además, las penas conjuntas o separadas de la pérdida de la custodia que tenga respecto de la víctima y la prohibición de ir a lugar determinado o de residir en el.

Cuando no se trate de reincidentes de violencia intrafamiliar ni sujetos que pudieren poner en peligro la integridad de los miembros de la familia, la pena de prisión podrá ser conmutada a juicio del juzgador por tratamiento psicológico, el que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión.

Se equipara a violencia intrafamiliar el maltrato reiterado que se infiera en contra del tutor, curador, pupilo, o en contra de quien habite en el domicilio del agresor o en contra de la persona a quien el agresor le deba dar cuidado o

protección. Al responsable de este delito se le impondrá la pena señalada en el párrafo tercero de este artículo.”

2. TERMINOLOGÍA.

Con el objeto de precisar los conceptos involucrados en este tema, se aclaran a continuación los mismos, en primer lugar en términos generales, después se dará el concepto de violencia intrafamiliar prescrito en la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar del Distrito Federal, y en tercer lugar los conceptos consignados en la ley de la materia del Estado de Jalisco.

a) En términos generales:

Conducta: Es el hacer o dejar de hacer algo con un propósito determinado.

Familia: la comunidad primaria de vida humana integrada con los progenitores (biológicos o adoptivos) y los hijos, y a la que se pueden incorporar otros parientes, todos los cuales viven en un domicilio común y tienen unidad en la administración del hogar.

Violencia: Acción ejercida contra el natural modo de proceder. Fuerza ejercida sobre una persona para obligarla a hacer lo que no quiere.¹⁸⁸

Violencia intrafamiliar: aquella en la que agresor y agredido son familiares, son parientes en mayor o menor grado.

b) Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal.

Violencia intrafamiliar. Aquel acto de poder u omisión recurrente, intencional y cíclico dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tenga alguna relación de parentesco por consanguinidad, o la hayan tenido por afinidad, civil, matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases:

* **Maltrato físico.** Todo acto de agresión intencional repetitivo, en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, encaminado hacia el sometimiento o control.

* **Maltrato psicoemocional:** Patrón de conducta consistente en actos u omisiones repetitivos, cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones,

¹⁸⁸ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. y HERNÁNDEZ BARROS, Julio A. “La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana.” Editorial Porrúa, México, 2000, p. 27.

condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias, de abandono y que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a su estructura de personalidad.

No se consideran maltrato emocional, los actos que tengan por objeto reprimir o reconvenir a los menores de edad, siempre que éstos sean realizados por quienes participen en la formación y educación de los mismos... y se demuestre que están encaminados a su sano desarrollo.

Todo daño que se compruebe que ha sido realizado con la intención de causar daño moral a un menor de edad, será considerado maltrato emocional en los términos de este artículo, aunque se argumente como justificación la educación y formación del menor.

* **Maltrato sexual:** Patrón de conducta consistente en actos u omisiones reiteradas y cuyas formas de expresión pueden ser: negar las necesidades sexoafectivas, inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia,¹⁸⁹ para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen daño.

C) La Ley para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Jalisco, en su artículo 5 establece los siguientes conceptos:

Familia: Conjunto de personas unidas por parentesco, matrimonio o concubinato, que como célula fundamental de la sociedad es una institución de interés público y ámbito natural de convivencia propicio para el entendimiento, comunicación y desarrollo de los valores necesarios en la formación y perfeccionamiento de la persona y de la sociedad.

Las relaciones familiares deben aspirar a servir al pleno entendimiento de los valores de la existencia humana. Por ello, tenderán a excluir toda subordinación o sometimiento vejatorios de la dignidad humana;

Violencia Intrafamiliar: Es la acción u omisión intencional que ponga en peligro o afecte la integridad física, psicológica o sexual, que se ejerce en contra de algún miembro de la familia, por otro integrante de la misma, independientemente de que pudiere constituir delito.

Se equipara a violencia intrafamiliar el maltrato reiterado que se infiera en contra del tutor, pupilo, curador, amasio o amasia hijos de éste o aquella, o en contra de quien habite en el domicilio del agresor o en contra de la persona a quien el agresor le deba dar cuidado o protección.

Persona generadora de Violencia Intrafamiliar: Quien realiza actos u omisiones que provoquen situaciones de violencia intrafamiliar;

¹⁸⁹ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la celotipia: como "La pasión de los celos". Vigésima Segunda Edición, Madrid, 2001, p. 334.

Personas receptoras de violencia intrafamiliar: Quien recibe, o se le provoque de cualquier forma, alguna o varias de las acciones u omisiones de violencia intrafamiliar, por parte de persona con la que tengan algún vínculo familiar, o su equiparación.

2.1. Concepto jurídico, civil y penal, de violencia.

Es preciso distinguir en este apartado la violencia civil, que consiste en la coacción física o moral que una persona ejerce sobre otra para obtener de ella el consentimiento para la celebración de un acto jurídico, de la violencia penal que consiste en la agresión entre parientes.

Recordemos que al estudiar los vicios del consentimiento, como causas de invalidez de los actos jurídicos, se hizo la observación de que no es propiamente la violencia lo que vicia la voluntad, sino el temor que se produce en la persona, como consecuencia de la violencia, y que precisamente por ese miedo o temor otorga un consentimiento que libremente no hubiera dado.

Penalmente se entiende por violencia la conducta de una persona (agresor) que ataca a otra u otras en su integridad física, psíquica o ambas. Esta violencia no se ejerce para obtener el consentimiento de alguien mediante la fuerza, sino que busca causar un daño a otro, ya sea física o psicológicamente.

En el Derecho Penal, el elemento material de la violencia está constituido por la conducta que se manifiesta en el agresor para atentar contra la integridad de algún familiar, con la finalidad de tener o incrementar su influencia en la pareja o en la familia. Al tipificar la violencia familiar, se regulan situaciones que afectan la armonía del matrimonio y la familia.

Hernández Barros,¹⁹⁰ al precisar el sentido jurídico de la violencia intrafamiliar, señala que “se puede entender como el abuso de la fuerza”. “La fuerza es neutral, dice, su empleo varía. Puede haber fuerza de voluntad, fortaleza de ánimo, etc. Pero como en toda conducta humana, puede haber mal uso o abuso, lo que constituye un ilícito moral o jurídico cuando se causa daño a otra persona.” Este autor sostiene que el abuso de la fuerza contiene dos elementos: abuso de la fuerza y daño. Y como la fuerza puede ser física o moral, se pueden cometer atentados contra la integridad física, psíquica o ambas, del familiar agredido.

El delito suele definirse como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. ¿Cómo puede una omisión constituir un delito de violencia? Sólo si se considera que “Omisión es no hacer lo que debería hacerse. No realizar la conducta que una norma ordena y que al no ejecutarse produce un daño a otra persona. La omisión consiste en la inactividad voluntaria cuando la ley, penal o civil, impone el deber de ejecutar un hecho determinado”.¹⁹¹

¹⁹⁰ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO Y HERNÁNDEZ BARROS, op. cit. P. 30

¹⁹¹ Ibidem. P. 31.

En la omisión hay voluntad de no realizar algo previamente exigido por la ley. Y al no realizarse la conducta, no se producen las consecuencias previstas en la norma y se causa un daño a otro al no realizarse dichos efectos. Como en esta materia se trata de violencia familiar, las normas que con la inactividad se están violando establecen derechos y obligaciones de orden público, que deben cumplirse no sólo por estar contenidos en normas de orden público, sino que se basan en la misma naturaleza humana. La inactividad al no realizar lo que la ley prescribe (como el dar alimentos a los hijos, por ejemplo) es la omisión jurídica. Se dice que la omisión debe ser grave y dolosa, tanto por la intención de causar el daño, como por el daño que se causa al familiar en su integridad física o psíquica o ambas.

3. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.

La Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar protege a la persona humana en su integridad. Si la persona humana no es pura materia sino “unión substancial de cuerpo material orgánico y alma espiritual”,¹⁹² el legislador pretende la protección a la persona tanto en lo físico como en lo espiritual, pero en su situación dentro de la familia, en sentido amplio, ya que estrictamente hablando los cónyuges no son parientes entre sí. Protege no sólo a los cónyuges sino a los ascendientes, descendientes, parientes colaterales y de afinidad.

La Ley sobre la Violencia Intrafamiliar protege, pues, a la familia misma y a sus miembros en sus relaciones interpersonales. Protege la convivencia familiar y la integridad física, psíquica o ambas de las personas en lo individual. Para ellos se tipifican conductas como el maltrato físico, psicoemocional, sexual, etc. Dentro del concepto de violaciones a la integridad física y psíquica quedan, asimismo, comprendidos los actos que vulneren los derechos de la personalidad (arts. del 24 al 40 del CCJ) que se relacionen con la integridad de la persona como: derecho a la individualidad, a la libertad personal, a la intimidad, derecho sobre el cuerpo propio, etc.

Para terminar este punto señalamos que la Ley en comento protege la comunidad conyugal y familiar, para que pueda darse una sana convivencia, de tal manera que promueva y facilite el cumplimiento de los fines del matrimonio y de la familia y que como comunidad, la familia participe en el desarrollo de la sociedad.

4. POSIBLES CAUSAS DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

Una de las causas de la violencia intrafamiliar es, muy posiblemente, la crisis por la que la familia está atravesando. Crisis que se hace evidente a través de manifestaciones tan claras como los divorcios, el desprecio por la institución del

¹⁹² GONZÁLEZ LUNA MORFÍN, op. cit., p. 17

matrimonio, el aumento de las uniones libres, de los abortos, de la pérdida del respeto por las funciones de la familia, etc.

Al decir de Hernández Barros¹⁹³ algunas causas de la violencia intrafamiliar son el alcoholismo, la pobreza, los desequilibrios psíquicos, las frustraciones personales que calan con los más débiles y más próximos, como el padre que en ocasiones pretende, con métodos violentos, que el hijo alcance los éxitos en el estudio que él jamás pudo obtener, por ejemplo.¹⁹⁴

Se señalan como factores que fuertemente influyen en la violencia dentro de las familias los siguientes: a) desigualdad económica entre el hombre y la mujer; b) acudir constantemente a la violencia física para resolver conflictos; c) autoridad masculina irrestricta; y d) control excesivo para la toma de decisiones en las mujeres.¹⁹⁵

Se podrían señalar muchas otras causas de la violencia dentro de las familias, pero se puede decir que dentro de todas ellas subyace la desigualdad social y la falta de solidaridad entre los hombres, que no toman como propios los problemas de los demás y que no asumen la responsabilidad personal en la construcción del bien común dentro de la comunidad social.

5.- ANÁLISIS DE LA LEY PARA LA PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DEL ESTADO DE JALISCO.

Dada la enorme trascendencia que actualmente está cobrando lo relacionado con la violencia intrafamiliar y sus graves consecuencias sociales, es conveniente conocer el texto de la ley de la materia en el Estado de Jalisco, con comentarios a algunas de sus más importantes disposiciones, con el propósito de orientar su estudio.

La Ley contiene cinco títulos.

TÍTULO PRIMERO

El título primero de la Ley contiene disposiciones generales, dentro de las cuales se prescriben, en primer término, los objetivos de la misma. Éstos son:

- I. Establecer las bases para la coexistencia pacífica de los miembros de la familia como célula básica de la sociedad;
- II. Promover y estimular una cultura que favorezca y coadyuve a crear un marco objetivo de libertad y equidad, entre los integrantes de la familia, con el propósito de erradicar la violencia intrafamiliar.

¹⁹³ CHÁVEZ ASENCIO Y HERNÁNDEZ BERROS, op. cit., p. 7

¹⁹⁴ Ibidem, p.8.

¹⁹⁵ Idem..

III. Establecer las bases de coordinación y colaboración, y competencia de los servicios con que cuenta el Estado, instituciones y procedimientos para la atención de personas receptoras y generadoras de violencia intrafamiliar.

En segundo lugar, se enumeran las autoridades competentes para la aplicación y vigilancia del cumplimiento de la ley. Al respecto, el artículo 3 dice:

Al respecto, el Artículo 3 dice:

“Son autoridades para la aplicación y vigilancia del cumplimiento de esta ley en el ámbito de sus respectivas competencias:

I. Al Ejecutivo a través de:

a) La Secretaría de Desarrollo Humano;

b) La Secretaría General de Gobierno;

c) La Secretaría de Educación;

d) La Secretaría de Salud;

e) La Secretaría de Seguridad Pública, Prevención y Readaptación Social;

f) La Procuraduría General de Justicia del Estado; y

g) El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia;

II. Consejo Estatal para la Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar y sus Unidades de Atención; y

III. Los Ayuntamientos del Estado de Jalisco.”

TÍTULO SEGUNDO

El título segundo (del artículo 7 al 13), establece y regula las funciones y atribuciones de las autoridades a las que les corresponde la aplicación y vigilancia de la Ley en comento. En el artículo 7 se establece:

“Le corresponde a la Secretaría de Desarrollo Humano, además del despacho de los asuntos descritos que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece, las siguientes:

I. Promover acciones y programas de protección social a las víctimas de la violencia intrafamiliar;

II. Fomentar en coordinación con instituciones especiales públicas, privadas y sociales, la realización de investigaciones sobre el fenómeno de la violencia intrafamiliar cuyos resultados servirán para diseñar nuevos modelos para la prevención y atención;

III. Promover programas de intervención temprana en comunidades de escasos recursos para prevenir la violencia intrafamiliar;

IV. Impulsar la formación de promotores comunitarios cuya función básica será estimular los programas de prevención de la violencia intrafamiliar;

V. Elaborar programas de capacitación para los funcionarios públicos y demás personas que por la naturaleza de sus funciones, les corresponda, en cualquier momento del proceso de atención, tener contacto con los sujetos involucrados en actos de violencia intrafamiliar;

VI. Introducir en sus programas de bienestar social, la asistencia y prevención de la violencia intrafamiliar; y

VII. Promover, a través de los medios de comunicación, campañas permanentes encaminadas a sensibilizar y concientizar a la población sobre las formas en que se expresa, se previene y combate la violencia intrafamiliar en coordinación con las instancias competentes.

El artículo prescribe que corresponde a la **Secretaría General de Gobierno**, además del despacho de los asuntos señalados en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo:

“I. coadyuvar en los programas de prevención, atención y difusión contra la violencia intrafamiliar y vigilar el cumplimiento de la presente Ley; y

II. Difundir el contenido y alcance de la presente Ley.”

Por su parte, el artículo 9 prevé que compete a la **Secretaría de Educación**, además del despacho de los asuntos descritos en e (sic) la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, las siguientes:

“I. Desarrollar programas educativos, de nivel preescolar, primaria y secundaria, que fomenten la corresponsabilidad familiar en sana convivencia, con base a los derechos y obligaciones de sus integrantes, de acuerdo a su edad y experiencia;

II. Fomentar la capacitación sobre la detección y prevención de la violencia intrafamiliar al personal docente en todos los niveles de educación que le competan; y

III. Diseñar y operar en los planteles educativos programas de detección y canalización de víctimas de violencia intrafamiliar a las unidades de atención respectivos; así como la creación de grupos de atención de violencia intrafamiliar, integrados por padres de familia, personal docente y alumnado”.

El artículo 10 dice que le corresponde a la **Secretaría de Salud**, además del despacho de los asuntos precisados en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, las siguientes:

“I. Diseñar y poner en práctica programas de capacitación, detección, prevención y atención a personas receptoras y generadoras de violencia intrafamiliar;

II. Establecer bases y directrices en la elaboración de los Partes Médicos que se instrumenten en el Estado;

III. Por conducto de trabajadoras sociales y médicos, canalizar los asuntos de violencia intrafamiliar a las autoridades correspondientes;

IV. Fomentar campañas públicas tendientes a sensibilizar y concientizar a la población sobre las formas en que se expresa, se previene o combate la violencia intrafamiliar;

V. Promover que se preste la atención a las víctimas de la violencia intrafamiliar, en las diversas instituciones médicas, públicas y privadas; y

VI. Difusión y aplicación en todos los sectores de salud (sic) la norma oficial aplicable, referente a la prestación de servicios de salud, y los criterios para la atención médica de la violencia intrafamiliar.”

El artículo 11 prescribe que **La Secretaría de Seguridad Pública, Prevención y Readaptación Social**, además de las atribuciones señaladas en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, para los efectos de esta ley, tendrá las siguientes:

“I. Coordinarse con la Procuraduría General de Justicia para la atención de los casos de violencia intrafamiliar que sean reportados y que constituyan delito;

II. instaurar cursos de formación y capacitación a los cuerpos policiacos sobre la dinámica y efectos de la violencia intrafamiliar, su prevención y atención; y

III. Integrar comités de participación ciudadana y seguridad vecinal en colaboración con las autoridades responsables, con fines preventivos de la violencia intrafamiliar.”

El artículo 12 establece que **La Procuraduría General de Justicia del Estado**, además de las atribuciones señaladas en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado, para los efectos de esta ley, tendrá las siguientes:

“I. Turnar a las instancias competentes, los casos en que de la averiguación previa se determine que no hay delito que perseguir, pero se advierta que existen indicios o datos para considerar la existencia de violencia intrafamiliar;

II. La Procuraduría, una vez aplicado el tratamiento especializado por el personal capacitado, realizará las acciones pertinentes que permitan brindarle seguridad al receptor, en términos de su competencia y de las leyes aplicables; y

III. Promover la impartición de cursos y talleres de prevención y asistencia de violencia intrafamiliar a la policía investigadora y adoptar las medidas pertinentes cuando se presente algún caso.”

Y el artículo 13, por su parte, establece que corresponde al **Organismo Estatal: (DIF ESTATAL)**

“I. Llevar a cabo el proceso de seguimiento control y evaluación del Programa Estatal para la Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar;

II. Incorporar a sus programas acciones de asistencia y prevención de la violencia intrafamiliar; y

III. Sensibilizar y capacitar a su personal operativo para detectar, atender y canalizar a víctimas y victimarios de la violencia intrafamiliar.”

En el capítulo II de este título segundo, la Ley establece las normas que regulan la estructura, organización y funcionamiento del Consejo Estatal para la Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar (CEPAVI), creado expresamente con esos fines de prevención de la violencia y atención de sus víctimas.

El Consejo Estatal Para la Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar, se constituye como parte del Organismo Estatal (DIF) para la planeación y apoyo normativo, de consulta, de evaluación y de atención, respecto de las políticas y criterios generales, relativos a la prevención y atención de la violencia intrafamiliar, con autonomía técnica.

En este capítulo se precisan los fines del referido Consejo (CEPAVI), en los siguientes términos:

I. Establecer las políticas públicas y los criterios rectores, relacionados con la prevención y atención de los asuntos sobre violencia intrafamiliar;

II. Establecer las bases de modelos de atención y coordinación entre las instituciones del Estado y Municipios, en torno a la violencia intrafamiliar; y

III. Impulsar y apoyar los trabajos de investigación y análisis relacionados con la violencia intrafamiliar.

El órgano rector del Consejo será una junta de gobierno, la cual se conformará por el titular o el representante que designen de las siguientes entidades y dependencias:

“a) Ejecutivo Estatal a través del Secretario de Desarrollo Humano quien lo preside;

b) EL Director designado por quien preside el Organismo Estatal, quien también fungirá como Secretario Técnico;

c) Presidente del Organismo Estatal;

d) Secretaría General de Gobierno;

- e) *Secretaría de Educación;*
- f) *Secretaría de Salud;*
- g) *Secretaría de Seguridad Pública, Prevención y Readaptación Social;*
- h) *Procuraduría General de Justicia;*
- i) *Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial del Estado;*
- j) *Comisión Estatal de Derechos Humanos;*
- k) *Consejo de Familia;*
- l) *Instituto Cabañas;*
- m) *Instituto Jalisciense de Asistencia Social;*
- n) *Instituto Jalisciense de las Mujeres;*
- o) *Tres especialistas en la materia de las instituciones de educación superior más representativas en el Estado a propuesta del Presidente del Consejo; y*
- p) *Tres vocalías, a cargo de representantes de los organismos sociales que se hayan destacado por su trabajo y estudio en la materia de violencia intrafamiliar, invitados anualmente mediante convocatoria del Ejecutivo del Estado.”*

El artículo 20 de la ley en comento, establece como atribuciones del Consejo las siguientes:

“I. Establecer los lineamientos administrativos y técnicos que permitan afrontar eficazmente la violencia intrafamiliar, así como aprobar los modelos de atención psicoterapéuticos y de salud más adecuados, elaborados previamente por el equipo técnico.

II. Aprobar el Programa Estatal para la Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar, así como las adecuaciones propuestas por el equipo técnico.

III. Contar con la asesoría de un equipo técnico integrado por profesionistas con reconocida trayectoria y nombradas por el propio consejo.

IV. Convenir con los Ayuntamientos para que coadyuven a la realización de las finalidades de la presente Ley.

V. Crear y Operar las Unidades de Atención.

VI. Coordinar la capacitación para los servidores públicos de las diferentes dependencias y entidades, a quienes corresponda la atención y prevención de la violencia intrafamiliar.

VII. Incorporar programas de acción social desde el núcleo donde se genera la violencia intrafamiliar, incorporando a la sociedad organizada en la operación de los mismos, estableciendo y manteniendo vínculos de trabajo específico, intercambio de información y propuestas de modelos de atención.

VIII. Promover en coordinación con las instituciones especializadas, públicas y privadas, el estudio e investigación sobre violencia intrafamiliar en el Estado tendientes a incluir principios y procedimientos para abordar su (sic) prevenciones y solución, difundir los resultados que deriven de dichos estudios, así como avances logrados en el ámbito nacional e internacional.

IX. Promover la creación de un Patronato que auxilie al Consejo para la obtención de fondos financieros que permitan el fortalecimiento del presupuesto designado para el desarrollo de los programas y determinar las directrices y prioridades para el manejo de los recursos presupuestarios que le sean asignados al Consejo.

X. Realizar campañas publicitarias para la concientización de la población en general, acerca de los efectos de la violencia intrafamiliar y su prevención, mediante la elaboración, publicación y distribución de material informativo; así como contribuir a la difusión de la legislación que establece medidas para la no Violencia Intrafamiliar.

XI. Promover la creación de instituciones privadas, fundaciones y asociaciones civiles para la atención y prevención de la violencia intrafamiliar, así como las instalaciones de albergues para víctimas de violencia intrafamiliar.

XII. Impulsar la formación de promotores comunitarios cuya función básica será estimular el programa Estatal de la Prevención y atención de la Violencia Intrafamiliar.

XIII. Realizar convenios de coordinación y colaboración vía Ejecutivo del Estado con los medios de comunicación a fin de que participen en la difusión de las acciones preventivas y asistenciales de esta Ley.

XIV. Vigilar la aplicación y cumplimiento del Programa Permanente para la Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar, derivado de esta Ley, así como recabar las opiniones de las unidades para tales efectos.”

Como se puede observar, al Consejo (CEPAVI) le corresponde establecer las medidas encaminadas a prevenir la violencia intrafamiliar y atender a las personas que hayan sido víctimas de dicha violencia. Las otras dependencias del Ejecutivo coadyuvarán con el Consejo, pero es éste el primer responsable del cumplimiento de la Ley. Así lo prescribe el artículo 25 de la Ley, el que a la letra dice:

“ El Consejo, y los organismos públicos y privados involucrados en la prevención y atención de la violencia intrafamiliar, se coordinarán para la elaboración, aprobación y ejecución del Programa, que deberá comprender objetivos, metas, lineamientos, políticas públicas y cuando menos, las siguientes líneas de acción:

I. La formación y capacitación de personal para la prevención y atención de la violencia intrafamiliar;

II. Las estrategias generales y particulares para la prevención de la violencia intrafamiliar, incluyendo las orientaciones que deberá seguir la Campaña Permanente que se desarrolle para el efecto;

III. La prestación de servicio de albergues para la atención de emergencias y tratamientos ordinarios;

IV. La creación de las Unidades de Atención y Seguimiento para la asistencia multidisciplinaria;

V. La instalación de líneas telefónicas para la atención ininterrumpida de emergencias relacionadas con casos de violencia intrafamiliar;

VI. La impartición de cursos de Escuela de Padres;

VII. La integración de grupos de apoyo para sujetos generadores y receptores de violencia intrafamiliar;"

TÍTULO TERCERO.

En el título tercero, la Ley establece las normas relativas a la atención y el tratamiento especializado de la violencia intrafamiliar. Prevé que la finalidad de esta atención es salvaguardar la integridad y derechos de las personas receptoras y el tratamiento integral de las generadoras de la violencia intrafamiliar.

Para prestar la atención y tratamiento a las personas que lo necesitan, se crean las Unidades de Atención.

Las **Unidades de Atención** se constituyen como órganos administrativos del Consejo (CEPAVI), y tendrán las siguientes atribuciones:

"I. Ejecutar acciones y programas de prevención, protección y atención a las personas receptoras de violencia intrafamiliar;

II. Conocer de los procedimientos de mediación y conciliación;

III. Aplicar medidas de apremio y sanciones administrativas cuando procedan;

IV. Denunciar los hechos de violencia intrafamiliar de los que tenga conocimiento, que ameriten la intervención del Ministerio Público;

V. Canalizar a las personas víctimas de violencia intrafamiliar a las defensorías de oficio para que reciban la asistencia necesaria;

VI. Atender con modelos psicoterapéuticos a las personas receptoras y generadoras de violencia, para prevenir y erradicar esta conducta;

VII. Procurar atención, o en su caso canalizar a las clínicas de salud o centros hospitalarios, a las víctimas de violencia intrafamiliar que requieran atención médica;

VIII. Llevar un registro con la información obligatoria de quienes afrontan violencia intrafamiliar; características sociodemográficas de los actores del hecho, estructura de la familia, forma de la violencia denunciada, medidas adoptadas, curso y evaluación del tratamiento; y

IX. Difundir mediante campañas que establezca el Consejo, la importancia en la prevención y atención de la violencia intrafamiliar.”

TITULO CUARTO

En este título se establecen las normas que regulan los procedimientos ante las Unidades de Atención. El artículo 33 prescribe:

“El procedimiento que se siga ante las unidades deberá ser breve, sencillo y gratuito, sólo estará sujeto a las mínimas formalidades que se requieran para el trámite de la queja y la investigación de los hechos privilegiando la conciliación.

El procedimiento se iniciará con una queja, que no requiere de ningún requisito de formalidad.”

Las Unidades de Atención deberán conocer, tramitar y resolver a través del procedimiento previsto en el presente título, los asuntos que sean de su conocimiento y constituyan conflictos de violencia intrafamiliar (art.34 de la Ley en comento).

Todo el personal de las instituciones involucradas en la prevención y atención de la violencia intrafamiliar, deberán dar trato confidencial a la información o documentación de las personas atendidas. Lo anterior implica que el expediente en el que se integren las constancias relativas al planteamiento y a la resolución del problema, sólo podrán ser consultados por quienes intervengan en ellos, directamente o por medio de sus apoderados.

Están legitimados para presentar las quejas e iniciar el procedimiento ante las instancias competentes, la víctima, un familiar, un vecino o cualquiera otra persona, quien bajo protesta de decir verdad presentará su queja o denuncia por escrito o comparecencia.

Los procedimientos de mediación y conciliación previstos en la Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Itrafamiliar que estamos comentando, se iniciarán mediante queja verbal o por escrito. Las unidades de Atención, en un término no mayor de 48 horas deberán conocer de la existencia de la situación de violencia intrafamiliar, pudiendo citar a las siguientes personas:

I. El receptor de la violencia intrafamiliar;

II. El generador de la violencia intrafamiliar;

III. Cualquier miembro de la familia; y

IV. Los maestros y directivos de las instituciones educativas, así como los Médicos, y directores de instituciones hospitalarios, cuando con motivos (sic) de su actividad, detecten cualquier circunstancia que haga presumible la existencia de violencia intrafamiliar.

Los menores de edad también podrán ser citados a fin de recabar su opinión.

De conformidad con el artículo 38 de la Ley, las unidades de atención serán competentes:

“I. Para el conocimiento, trámite y resolución de los conflictos en materia de violencia intrafamiliar en las vías de mediación, y conciliación;

II. En estos casos el procedimiento lo instruirá el Titular de la Unidad de Atención, quien podrá delegar su atención, tratándose de la mediación y conciliación, a los integrantes de la Unidad, preferentemente a quienes cuenten con especializaciones en psicología o psiquiatría; ”

La información suministrada será mantenida en estricta confidencialidad, así como el nombre de la persona informante, mientras no sea legalmente necesario revelar su identidad.

Asimismo, la Ley prevé que las partes en un conflicto de violencia intrafamiliar podrán resolver sus diferencias extrajudicialmente, mediante los procedimientos:

- 1.- De Mediación; y
- 2.- De conciliación.

Dichos procedimientos estarán a cargo de las Unidades de Atención.

Se exceptúan de lo anterior, aquellas controversias que versen sobre acciones o derechos del estado civil de las personas que son irrenunciables, alimentos o respecto de los delitos que se persigan de oficio.

Los procedimientos de mediación o conciliación que tengan por objeto la solución de los conflictos intrafamiliares se llevarán a cabo a lo sumo en dos audiencias. (Art.s. 41, 42, 43 y 44 de la Ley en comento). Las audiencias de mediación se desarrollarán mediante entrevistas iniciales con cada una de las partes, seguidas por entrevistas conjuntas, en las que la persona mediadora les ayudará a desarrollar opciones y propuestas alternativas para solucionar su conflicto, a fin de que lo puedan concluir mediante un acuerdo mutuo aceptable.

La persona mediadora omitirá externar opiniones y emitir juicios, limitándose a conducir el proceso de mediación.

Para el caso de que en el procedimiento de mediación no se obtengan resultados favorables, las partes, si así lo desean, podrán sujetarse voluntariamente al procedimiento de conciliación.

En las audiencias de conciliación, la persona conciliadora procederá a buscar la avenencia entre las partes, proporcionándoles toda clase de alternativas, exhortándolos a que lo hagan, dándoles a conocer las consecuencias en caso de continuar con su conflicto.

Una vez que las partes lleguen a una conciliación, se celebrará el convenio correspondiente que será firmado por quienes intervengan en el mismo.

En los casos en que se considere que una persona es generadora de violencia intrafamiliar, sea por la vía administrativa o jurisdiccional, se podrá establecer en los convenios el sometimiento al programa de terapia familiar aprobado por el Consejo. También podrá ordenársele, en su caso, su participación concurrente en programas de rehabilitación por el consumo de alcohol u otras drogas.

MEDIDAS EMERGENTES.

El artículo 45 de la Ley establece que los titulares de las Unidades de Atención, en caso de urgencia, informados de una situación de violencia intrafamiliar o requeridos al efecto, adoptarán las medidas que estimen convenientes, según la gravedad del caso, incluyendo la hospitalización y el tratamiento médico, psicoterapéutico y rehabilitación de la persona receptora de la violencia intrafamiliar, así como aquellas otras medidas idóneas para prevenir la repetición de los hechos de la violencia intrafamiliar, para tal fin contarán con el apoyo de los organismos competentes.

TITULO QUINTO.

Finalmente, en este título se consignan, en dos artículos, las sanciones a las conductas que violan el cumplimiento de las medidas tomadas o convenidas para reprimir la violencia dentro de la familia y para prevenir la repetición de conductas violentas. Así, el artículo 46 establece que se considerarán infracciones a la ley:

“I. No asistir sin causa justificada a los citatorios que formulen las autoridades competentes;

II. El incumplimiento al convenio derivado de los procedimientos de conciliación; y

III. Las faltas graves cometidas en el desarrollo de las audiencias en las cuales procederá arresto administrativo de hasta treinta y seis horas.”

Y el artículo 47 de la Ley remite al reglamento de la misma para la imposición de las sanciones por las infracciones señaladas, en los siguientes términos:

“I. Apercibimiento;

II. Multa de cinco a cincuenta días de salario mínimo vigente en la Zona Metropolitana de Guadalajara; y

III. Arresto hasta por treinta y seis horas, en el caso de faltas graves cometidas durante el desarrollo de la audiencia.”

Como se puede observar, esta ley no tiene por objeto tipificar delitos ni establecer sanciones penales, sino administrativas. Cuando se cometa el delito establecido en

el artículo 176 TER del Código Penal del Estado, las mismas víctimas del delito o las autoridades que tengan conocimiento del mismo, deber denunciarlo para que se proceda penalmente.

CONCLUSIONES

DEL CAPÍTULO I

PRIMERA. El derecho es un término filosófico y, por lo mismo, la idea que de él se tenga dependerá de la postura filosófica que cada quien adopte. A lo largo de la historia del derecho han existido diversas corrientes jurídico-filosóficas que han sostenido ideas diferentes y a veces contrarias del derecho. Entre las que han ejercido mayor influencia, se encuentran la corriente jusnaturalista, la empirista y la racionalista, que desembocó en el positivismo jurídico

SEGUNDA. La postura de H:L:A Hart se ubica dentro de la corriente positivista analítica debido que reduce la labor filosófica al análisis del lenguaje, que tiene un significado y que es verificable. Critica la definición del derecho de los positivistas Bentham y Austin, para los que el derecho es principalmente un conjunto de órdenes (commands), que se caracterizan por ser externas y coercitivas.

TERCERA. Por su parte Ronald Dworkin, rechaza explícitamente las doctrinas positivistas y utilitaristas que han dominado el pensamiento jurídico en los últimos tiempos. Critica al positivismo y al utilitarismo en cuanto se oponen a la idea de que existen derechos individuales anteriores a los que otorga el Estado. Este autor construye una teoría de los derechos basada en el derecho a la igualdad que difiere de las teorías puramente positivistas. Su teoría ha sido considerada como la tercera vía entre el jusnaturalismo y el positivismo.

CUARTA. Tomando las notas más importantes de estas corrientes jurídico-filosóficas, Villoro Toranzo propone la definición de Derecho como “un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”

QUINTA. El Maestro Efraín González Luna Morfín propone en la siguiente clasificación del derecho:

- a) Lo justo objetivo: la cosa o conducta que se le debe a otro. Lo suyo de cada quien.
Lo que a cada uno le corresponde.
- c) Derecho normativo: la regla de conducta de carácter obligatoria, impuesta por la autoridad competente en un momento dado y en un lugar determinado con el objeto de hacer posible la realización de la justicia.
- d) Derecho Subjetivo: La facultad de la persona, derivada o protegida por la norma, para exigir lo que se le debe o sea, su jus.

El autor citado sostiene que el analogado principal -el significado primero de la palabra derecho- es “lo justo objetivo”, ya que el objeto de la justicia es el derecho, y los otros dos sentidos son analogados secundarios

SEXTA. La razón por la que en este capítulo se hace el estudio de los hechos jurídicos es que éstos constituyen la realización de las normas del derecho en el aquí y en el ahora. Y porque el Derecho Civil tiene por objeto la regulación de los principales hechos y actos jurídicos de la vida de las personas.

SÉPTIMA. Las fuentes formales del derecho en general, son los procesos de creación de las normas que constituyen el sistema jurídico. En los sistemas jurídicos de derecho escrito, como el mexicano, las fuentes más importantes de creación de normas generales son: la legislación, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho. La costumbre es una fuente secundaria y delegada. Existen también fuentes de creación de normas individualizadas, como las sentencias y las resoluciones administrativas y las declaraciones unilaterales de voluntad, los convenios y los contratos.

OCTAVA. En materia civil, la legislación es la fuente formal más importante. La legislación es el proceso por el cual uno o más órganos del Estado formulan y promulgan las normas jurídicas denominadas leyes. Dado que el sistema mexicano está constituido en una federación, en la que coexiste un gobierno federal con treinta y dos gobiernos locales, tenemos treinta y dos códigos de Derecho Civil locales y un Código Civil Federal.

NOVENA. La vigencia de la ley consiste en el lapso o período de tiempo en que ésta tiene fuerza obligatoria. Es muy sencillo saber cuándo inicia la vigencia de una ley, ya que las autoridades competentes la dan a conocer con anterioridad a quienes deben cumplirla. En cambio, la supresión de la ley debe hacerse, necesariamente, mediante la expedición de una nueva ley que le quite la fuerza obligatoria a la anterior.

DÉCIMA. El Derecho Civil es la rama del derecho privado que regula los principales hechos y actos jurídicos de la vida privada de las personas, desde antes de su nacimiento hasta después de su muerte. El Derecho Civil es una rama del derecho privado, es derecho sustantivo y es, en nuestro país, derecho escrito. Válidamente se podría decir que en los sistemas jurídicos de tradición romano-canónica, como el nuestro, el Derecho Civil es el padre del derecho, ya que las demás ramas fueron paulatinamente separándose y cobrando autonomía e independencia de su cuerpo de leyes.

UNDÉCIMA. El Derecho Civil regula los principales actos y hechos de la vida de las personas cuando éstas se encuentran en un mismo plano de igualdad, como al celebrar un contrato. En Jalisco, la materia civil se encuentra principalmente regulada por el Código Civil del Estado, expedido en febrero de 1995 (publicado en el Periódico Oficial del Estado el día 25 de febrero) el cual entró en vigor siete meses después, el 14 de septiembre de ese mismo año.

CAPÍTULO II

PRIMERA. El ser humano es objeto de estudio tanto de la filosofía como de las ciencias particulares, como el derecho, la sociología, la economía, la psicología, la medicina, etc. La filosofía estudia a la luz de la razón a la persona en su totalidad y responde a su cuestionario fundamental (quién es, de dónde viene y a dónde va), mientras que cada ciencia considera al hombre, en tanto objeto de estudio propio, desde el ángulo determinado que le interesa. Pero en todas ellas, es el mismo ser humano al que nos referimos en este capítulo.

SEGUNDA. La persona humana es un compuesto substancial de cuerpo material orgánico y alma espiritual. Propiamente, no posee un cuerpo y un alma como se poseen las cosas, sino que la persona es un todo corpóreo y espiritual: es cuerpo y es espíritu, con independencia de todos los otros seres de la creación. La persona es un todo compuesto de elementos esenciales y accidentales, y es a este todo y no a las partes, al que se atribuye la existencia y la acción.

TERCERA. Cuando esa persona humana es objeto de protección por parte del orden jurídico y es sujeto de derechos y obligaciones, nos encontramos ante la persona jurídica. La persona jurídica puede ser individualmente considerada y entonces se le denomina persona física, o en agrupación con sus semejantes, y entonces constituye la persona colectiva o persona moral.

CUARTA. Aunque el Código Civil de Jalisco denomina persona física al ser humano individual y persona jurídica a la agrupación de personas, ambos son personas jurídicas. Por ello, se considera que sería más adecuado denominarlos “persona jurídica individual y persona jurídica colectiva” o persona moral, como doctrinalmente se le ha llamado

QUINTA. La protección de las personas jurídicas, individuales y colectivas, se encuentra tanto en el orden jurídico interno como en el orden jurídico internacional.

CAPÍTULO III

PRIMERA. La persona individual inicia su existencia en el momento mismo de la concepción. La ciencia ha demostrado que desde ese instante, la vida que comienza es la misma que se desarrolla por las distintas etapas de su existencia y se extingue únicamente con su muerte física.

SEGUNDA. El Código Civil de Jalisco al reconocer esta realidad ha establecido, en su artículo 18, que es persona física todo ser humano. Y en el artículo 19 establece que la personalidad jurídica es uno de los atributos de la persona física. Aunque el código tuvo un gran avance al distinguir entre persona y personalidad - que no lo hacía el código anterior- consideramos que sigue conservando un gran error al sostener una ficción de derecho, cuando dice que desde que un ser humano es concebido entra bajo la protección de la ley y *se le tiene por nacido*.

TERCERA. Si se reconoce que el inicio de la vida de la persona se da en el momento de la concepción, bastaría con que hubiera determinado que la personalidad se encuentra condicionada al nacimiento vivo y viable, sin necesidad de decir: *se le tiene por nacido*.

CUARTA. La persona jurídica individual posee una serie de derechos que le corresponden por el hecho de ser persona humana; derechos que le corresponden naturalmente, que son anteriores a cualquier intervención del Estado y que deben ser reconocidos y protegidos por el derecho positivo. Se les llama derechos de la personalidad y son derechos subjetivos. Son facultades derivadas de una norma de Derecho Natural, que halla su fundamento en lo que es adecuado a la propia naturaleza humana. Gracias a ellos, en parte, se tiene la posibilidad de exigir lo que a cada persona le corresponde.

QUINTA. A diferencia de los derechos de la personalidad, que corresponden a la persona humana por el solo hecho de serlo y que el derecho positivo debe reconocer y proteger, los atributos de las personas son construcciones del derecho positivo, que tienen por objeto identificar a las personas, ubicarlas para poder atribuirles y exigirles responsabilidad jurídica y regular y proteger sus bienes.

SEXTA. Uno de los atributos de las personas es su estado Civil; éste sólo puede probarse mediante las actas expedidas por el Registro Civil, que es una institución de orden público y de interés social por la que el Estado hace constar en forma auténtica y da publicidad a los hechos y actos constitutivos, modificativos y extintivos del estado civil de las personas. Es el medio de dar autenticidad y publicidad a las actas y documentos que obren en los diversos archivos del Registro Civil.

CAPÍTULO IV

PRIMERA. Las personas jurídicas colectivas (personas morales) son agrupaciones de personas que buscan un fin común. Aunque el derecho positivo atribuya a las personas colectivas de Derecho Civil un origen contractual –ya que las personas individuales realizan un acuerdo de voluntades para constituirse en una sociedad–, el fundamento de derecho natural de las mismas se encuentra en la naturaleza social del ser humano.

SEGUNDA. El Código Civil de Jalisco establece la clasificación de las personas colectivas, por su origen y formación, en públicas y privadas. No obstante, consideramos de utilidad clasificarlas de la misma manera en que los doctrinistas mexicanos clasifican las ramas del Derecho Mexicano, esto es, personas jurídicas públicas, privadas y sociales.

TERCERA. Dado que su origen depende de la voluntad de las personas humanas que las constituyen, las personas colectivas son una realidad natural. Sin embargo, con el fin de proteger a las personas extrañas a esa persona moral, el código establece una serie de requisitos que deben llenar para poder ser legales en su

constitución y poder tener personalidad jurídica. En los casos en que no se cumplan los requisitos legales para constituir una sociedad, mientras no se cumplan, esas agrupaciones se tienen como sociedades irregulares.

CUARTA Las personas colectivas se constituyen en forma libre y voluntaria por las personas físicas y morales. Por ello la extinción de las mismas está sujeta, muchas veces, a la voluntad de sus constituyentes, aunque existen supuestos en que la ley establece la extinción de una sociedad, como cuando no ha sido inscrita en el Registro Público de la Propiedad, por ejemplo.

QUINTA. Las personas jurídicas colectivas de carácter civil, reguladas por el Código Civil del Estado, son: las asociaciones, las fundaciones y las sociedades civiles.

DEL CAPÍTULO V SECCIÓN PRIMERA

PRIMERA. La familia es la célula biológica, psicológica y moral de la sociedad. Célula biológica porque es en la familia donde el padre y la madre dan vida a los hijos que forman las nuevas generaciones. Psicológica porque es en la familia donde los hijos forman, integran y desarrollan su personalidad. Y moral, porque en la familia se aprenden las normas de convivencia que hacen posible y propician la vida armoniosa dentro de la sociedad. Antes que el Estado existió la familia. “Dios los creó hombre y mujer”. Hombre y mujer para que se reprodujeran y dominaran la naturaleza. Hombre y mujer, distintos y complementarios. Iguales en dignidad pero diferentes en sus características físicas y psicológicas.

SEGUNDA. La promesa de matrimonio, conocida como “los esponsales” se encuentra regulada en la mayor parte de los Códigos Civiles de la República Mexicana. El Código Civil Federal, en su artículo 139 establece: “La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales”. Y en el artículo 142: “ Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa.”

TERCERA. El Código Civil de Jalisco, vigente desde 1995, suprimió la regulación de los esponsales. Para ello se esgrimieron razones como que esta figura jurídica ha caído en desuso y que en cuarenta años nunca nadie ha demandado daños y perjuicios por la ruptura de los esponsales. Debe quedar claro que, aunque se trata de una promesa de matrimonio, el matrimonio es un acto esencialmente libre y que la promesa no puede exigir, en su momento, la celebración de un matrimonio en contra de la voluntad del novio que ha cambiado de opinión. Que a lo que obliga la ruptura de los esponsales, es a responder de los daños y perjuicios causados a la otra parte por la ruptura de esa promesa, pero no al matrimonio. Tal vez la ignorancia sobre los alcances de los esponsales sea la razón por la que esta figura jurídica no sea valorada.

CUARTA. El Código Civil de Jalisco define el matrimonio como “ una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer deciden compartir un estado de vida, para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia”. (art. 258) Conforme a esta definición, el matrimonio sigue teniendo una importancia definitiva. Continúa siendo la base y plataforma de despegue de una célula sana necesaria para la integración de un cuerpo social sano, que es la condición de posibilidad del bien común. No es posible la existencia del bien común si en la sociedad no existen familias que, junto con los demás miembros de la comunidad, lo promuevan.

QUINTA. Como en toda comunidad humana, la asociación con el otro tiene por objeto la realización de fines determinados. La diferencia entre las otras agrupaciones y la comunidad que nace del matrimonio, es que en las primeras las personas que se asocian determinan con libertad (siempre y cuando no se altere el orden público ni se violen derechos de terceros) los fines que persiguen, mientras que los fines del matrimonio nacen de la propia naturaleza del matrimonio. Estos son: a) La procreación y educación de los hijos, b) la ayuda mutua y, c) La satisfacción del apetito sexual.

SEXTA. Aunque en el Código Civil se encuentran las normas jurídicas que regulan los regímenes patrimoniales, los esposos tienen la posibilidad de convenir y pactar libremente lo relacionado con su patrimonio. Esta libertad para pactar y convenir sobre su patrimonio constituye precisamente la parte contractual de la institución matrimonial. Los esposos tienen, pues, toda la libertad para decidir y convenir sobre la propiedad y administración de sus bienes. Al documento donde se establecen estos pactos se le llama “capitulaciones matrimoniales”.

SÉPTIMA. A diferencia de otros Estados, la legislación de Jalisco regula tres especies de regímenes patrimoniales: sociedad legal, sociedad conyugal y separación de bienes. La sociedad legal es el régimen patrimonial consagrado en la ley para regular en forma supletoria las relaciones económicas dentro del matrimonio. En este régimen, la ley establece todas las normas que van a regular la integración y administración de los bienes de los cónyuges. A diferencia de la sociedad conyugal y la separación de bienes, en que es la voluntad de los esposos la fuente de la regulación, en la sociedad legal el Código determina en sustitución de los cónyuges: a) su formación, b) los bienes que la integran, c) su administración y d) su liquidación.

OCTAVA. Las donaciones que se hacen con motivo del matrimonio, ya sea las antenuptiales, que se hacen con anterioridad a su celebración, entre los futuros contrayentes o por un tercero a uno de los futuros contrayentes o a ambos, así como las que se hacen entre los consortes, tienen características propias que las diferencian de las donaciones comunes, como por ejemplo: las donaciones antenuptiales están sujetas a la condición de que se celebre el matrimonio, mientras que las comunes pueden ser simples o estar sujetas a término, modo o condición.

CAPÍTULO V SECCIÓN SEGUNDA

PRIMERA. La teoría general o clásica de las nulidades, según la cual en las relaciones entre particulares prevalece la autonomía de la voluntad, no opera en forma igual en materia familiar. En esta materia, las relaciones conyugales, paternas, filiales y fraternales, generan derechos y obligaciones derivados tanto de la ley natural como de la ley positiva, respecto de los cuales no se deja a los miembros de la familia la libertad de suprimirlos o desconocerlos.

SEGUNDA. El matrimonio civil puede terminarse por muerte, nulidad o por divorcio, que puede ser voluntario o contencioso. La nulidad y el divorcio tienen causas y efectos diferentes. La nulidad surge como consecuencia de no haberse llenado determinados requisitos, con los cuales habría debido cumplirse en la celebración del matrimonio. El divorcio necesario o contencioso es la consecuencia, en algunos casos, de una falta grave cometida por uno de los cónyuges en el curso del matrimonio válidamente contraído. En otros casos, como en el de enfermedades contagiosas, la causa del divorcio se considera un remedio a una situación que pudiera ocasionar daños a la familia.

TERCERA. El divorcio voluntario es demandado por el mutuo consentimiento de los cónyuges ante el juez de su domicilio conyugal. En algunas legislaciones, como en la del Distrito Federal, cuando los esposos son mayores de edad, no tienen hijos y se casaron por separación de bienes o ya disolvieron la sociedad conyugal, pueden solicitar el divorcio en forma administrativa ante el oficial del Registro Civil, ante el cual contrajeron su matrimonio.

CUARTA. En materia de nulidades matrimoniales, el Código Civil del Estado de Jalisco se aparta del resto de la legislación civil mexicana. Establece tres grados de ineficacia del matrimonio, a las que denomina: "Ilegitimidad por ineficacia", "Ilegitimidad por invalidez" e "Ilicitud del matrimonio". La "Ilegitimidad por ineficacia" abarca tanto la inexistencia como la nulidad absoluta de la Teoría Clásica de las Nulidades, ya que las causas que las producen son las que en dicha teoría traerían como consecuencia esos tipos de ineficacia del acto jurídico. La "Ilegitimidad por invalidez" se equipara a la nulidad relativa y se produce por las mismas causas por las que ésta se produce. Finalmente, regula la "Ilicitud", la cual se produce por la falta de forma o de algunos requisitos de validez del matrimonio.

QUINTA. La evolución social está demostrando que el divorcio debilita a la familia y fomenta por sí mismo la proliferación de los divorcios. Se ha demostrado que aunque se reduzca el divorcio a situaciones extremas, para el que quiere divorciarse, la suya es la situación más dramática y extrema. Tal vez la separación de los cónyuges, conservando el vínculo matrimonial, podría ser la solución a estas situaciones extremas. La separación personal, sin la ruptura del vínculo matrimonial, conserva la esperanza de una posible regeneración y remedio de las conductas que impidieron la vida en común, con la consecuencia de una posible reconciliación entre los esposos.

SEXTA. No puede desconocerse que hay situaciones en las que, por causas ajenas a la voluntad de los esposos, la convivencia familiar resulta insostenible. Por ello se propone regular de una manera más amplia la separación de los esposos, la cual sólo se permite en los dos casos expresamente establecidos en el artículo 409 del Código Civil del Estado de Jalisco (enfermedades crónicas e incurables, que pongan en peligro la vida y que sean además contagiosas o hereditarias y la enfermedad mental).

SÉPTIMA. Independientemente de que las dos causales de divorcio, que permiten la separación de los esposos sin que se disuelva el vínculo matrimonial, irían en contra de la obligación que tienen los cónyuges de ayudarse mutuamente, hay otras muchas situaciones, incluyendo todas las demás que se encuentran establecidas como causales de divorcio, que justificarían el que los esposos, que no quieren divorciarse, pudieran acudir al otro camino que ofrecería la separación personal o separación de cuerpos, como se le conoce en el Derecho Canónico.

OCTAVA. La regulación del concubinato fue excluida del Código Civil de Jalisco en vigor. Consideramos que se dejó con ello un vacío legal al desconocer la realidad existencial de las parejas que viven en esta relación de hecho, y la realidad social que quizás las lleve a esa unión. Existen situaciones económicas que influyen determinadamente en la constitución de estas uniones de *facto*, debido a la pobreza extrema en que viven muchas personas menos favorecidas de nuestra sociedad. Asimismo, situaciones culturales, de las que se deriva la ignorancia en cuanto a la reglamentación que el Estado hace del matrimonio y los derechos que se adquieren con ello.

CAPÍTULO VI

PRIMERA. En términos generales, el parentesco se define como “La relación que existe entre los miembros de una misma familia”.

SEGUNDA. Como el resto de los Códigos Civiles de la República, el Código Civil del Estado reconoce tres tipos de parentesco: de consanguinidad, de afinidad y parentesco civil. Sin embargo, en un afán loable de adecuar la ley a la realidad social, ha establecido la posibilidad de que los menores que carecen o se desconocen sus progenitores u otros parientes, puedan quedar bajo la custodia de personas a las que se encuentren ligadas por lazos espirituales, como serían los padrinos de bautismo, por ejemplo.

TERCERA. Existen dos formas para medir el parentesco: a) línea recta y b) línea colateral o transversal. Cada generación forma un grado y una serie de grados constituye la línea de parentesco. La línea recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras. Ésta puede ser ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede, por ejemplo al hijo con su padre, su abuelo, etc.; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden, por ejemplo, a los padres con sus hijos, nietos, etc. La línea transversal se compone de la serie de grados entre

personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor común. Los parientes no descienden unos de otros, pero reconocen un mismo progenitor. Así, los hermanos, tíos, sobrinos, primos, que reconocen a un mismo abuelo como progenitor común, sin descender unos de otros.

CUARTA. Por considerar que entre los parientes puede haber intereses comunes, la ley establece una serie de incompatibilidades que se traducen en la prohibición de celebrar determinados actos jurídicos, como la prohibición al testador de designar como sus herederos al hacer el testamento, a los parientes del médico que le atendió en su última enfermedad, por presunción contraria a la libertad de testar del enfermo.

QUINTA. Se entiende por alimentos al conjunto de prestaciones que una persona llamada alimentista recibe de otra que tiene la obligación de proporcionarlos y que tienen por objeto satisfacer necesidades de subsistencia, como casa, vestido, sustento, etc., basadas en la existencia de un vínculo familiar o matrimonial previo.

SEXTA. El fundamento legal de los alimentos se encuentra en el derecho natural a la vida y a su conservación, y en el derecho positivo, tanto público (Constitución) como privado (Derecho Civil).

SÉPTIMA. Son acreedores y deudores de la obligación alimentaria, en forma recíproca: los padres, los hijos, los cónyuges, los hermanos, los demás ascendientes y los demás colaterales, hasta el cuarto grado.

OCTAVA. Una novedad del Código Civil de Jalisco, en vigor desde 1995, es que los que hubieren recibido el apoyo de una institución de beneficencia, tienen obligación de proporcionar alimentos a otra persona que se encuentre a su vez albergada en una institución de beneficencia.

NOVENA. Los alimentos comprenden, según prescribe el artículo 439 del Código del Estado, recibir los elementos de subsistencia material y educativa, como son: a) La comida. b) El vestido. c) La habitación. d) La asistencia médica. e) Educación preescolar, primaria y secundaria, en el caso de menores. f) El oficio, el arte o la profesión, siempre que sean honestos y adecuados. g) La asistencia médica en caso de enfermedades psíquicas. h) El afecto y sano esparcimiento. i) Los gastos de funeral, en su caso.

Este artículo incluye, en los incisos e), g), h) e i), elementos novedosos no incluidos en otros códigos de la República.

CAPÍTULO VII

PRIMERA. Biológicamente, la filiación es el vínculo natural que se establece entre los padres y sus hijos, por el hecho de la procreación. Jurídicamente hablando, la filiación-paternidad es el vínculo jurídico que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de padres e hijos.

SEGUNDA. Conforme a la naturaleza, no hay hijos sin padre y madre; conforme al derecho sí puede haberlos, ya sea porque los padres se desconozcan o porque sabiéndose la identidad de los padres, éstos no han llenado los requisitos formales para establecer la relación jurídica de la filiación, o sea, que no los han llevado a inscribir en el Registro Civil.

TERCERA. La filiación puede establecerse dentro o fuera del matrimonio. El hijo, cualquiera que fuere el vínculo de filiación (matrimonial o extramatrimonial), disfrutará de los beneficios derivados de la patria potestad: nombre, alimentos lato sensu, derechos sucesorios y de la nacionalidad de sus padres.

CUARTA. En relación con el problema de la distinción entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, hay que partir de la base de que el hijo nacido fuera del matrimonio no es culpable de su situación, sino que la padece y que, por lo tanto, es correcta cualquier medida que se tome para no discriminarlo. Es de elemental justicia otorgarle los mismos derechos e imponerle las mismas obligaciones que a los hijos nacidos dentro del matrimonio. Pero por el hecho de su condición extramatrimonial no puede desconocerse que el ejercicio de algunos de estos derechos les resulta imposible, como el derecho a la convivencia diaria, al trato continuo y al buen ejemplo de sus padres.

QUINTA. Los hijos nacidos dentro del matrimonio gozan del beneficio de la presunción de paternidad. Esta presunción consiste en tener por hijos del esposo a todos los hijos de la esposa, nacidos durante determinados lapsos que la propia ley establece.

SEXTA. Contra esta presunción de paternidad la ley no admite al esposo más prueba en contrario que el acreditar que: a) durante los cuatro primeros meses de los 10 que preceden al nacimiento del hijo, le haya sido imposible tener relación sexual con su esposa; y b) que se le ocultó el embarazo y el nacimiento del presunto hijo.

SÉPTIMA. La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres. En el caso de que no hubiere actas, o de que éstas estuvieren defectuosas o incompletas o fueren falsas, la filiación se puede probar con la posesión constante de estado de hijo de matrimonio. La posesión de estado se prueba con los tres elementos que ya desde los romanos se usaban para probarla: el nombre, el trato y la fama.

OCTAVA. El Código Civil vigente regula la legitimación en el mismo capítulo en que regula también la filiación extramatrimonial. En forma inexplicable, el Código actual derogó el capítulo que el anterior dedicaba a la legitimación y establece en cinco artículos (486 a 490) del capítulo que regula la filiación extramatrimonial, lo relativo a la legitimación. En ellos prescribe que el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos del matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración y se establece, también, la

forma legal y el tiempo en que debe manifestarse el reconocimiento del hijo por su padre.

NOVENA. La atribución de la paternidad de los hijos habidos fuera de matrimonio puede hacerse mediante reconocimiento voluntario o en forma forzosa. El reconocimiento voluntario es un acto jurídico solemne y, como tal, debe hacerse mediante alguna de las formas legales establecidas para ello y cubriendo los requisitos esenciales y de validez de cualquier acto jurídico.

DÉCIMA. El reconocimiento forzoso de la paternidad, puede ser demandado ante el juez de lo familiar, únicamente cuando se dé alguno de los supuestos establecidos en el propio código, como el rapto, estupro o violación, cuando el tiempo del delito coincida con el de la concepción.

CAPÍTULO VIII

PRIMERA. La adopción es un acto jurídico en el que la voluntad sustituye a la generación en la creación de las relaciones paterno-filiales. Es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo de los adoptantes y a éstos los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial.

SEGUNDA. La adopción es una figura jurídica de derecho positivo con fundamento en el Derecho Natural. Todo ser humano tiene derecho, por el solo hecho de ser persona, a nacer en una familia y, cuando por razones de diversa índole, como la miseria material o espiritual, las enfermedades o la muerte de los progenitores, no tiene la fortuna de haber nacido en el seno de una familia estable, la familia adoptiva suple a la biológica.

TERCERA. El Derecho positivo es el instrumento que tiene la sociedad para realizar la justicia. La Justicia es al mismo tiempo el fin del Derecho. El darle a cada quien lo que le corresponde -que en el caso que nos ocupa lo que les corresponde a todos los niños es tener una familia-, no es una prodigalidad, sino el cumplimiento de una obligación nacida del derecho natural.

CUARTA. A lo largo de la historia, se ha considerado la adopción como un negocio jurídico mediante el cual alguien ajeno a la familia biológica pasa a formar parte de ésta, con los mismos derechos y obligaciones que le hubieren correspondido de haber nacido en ella. A través de la evolución del Derecho, uno de sus caracteres se ha mantenido estable durante el correr de los siglos; este es el carácter legal de crear un vínculo de filiación entre dos personas que no se encuentran unidas biológicamente. No obstante, a diferencia de las leyes antiguas en donde se buscaba, más que el beneficio del adoptado, cubrir las necesidades del adoptante, en las legislaciones modernas el interés superior del niño debe ser lo que se pretenda primordialmente.

QUINTA. Debido al cambio radical que la adopción supone en la vida de los menores adoptados y a la protección que se busca brindarles, las legislaciones

nacionales e internacionales establecen una amplia serie de exigencias para poder calificar de idóneas a las personas que pretenden ser padres adoptivos: Tener solvencia económica (medios materiales suficientes para darle al menor una vida digna y satisfacer todas sus necesidades) y moral, esto es, ser personas de buenas costumbres, tener una edad determinada, ser una pareja heterosexual, estable y unida en matrimonio (en el caso de la adopción plena), etc.

SEXTA. El Código Civil del Estado de Jalisco regula tres especies de adopción: la plena, la simple y la internacional. El código anterior (de 1936) sólo regulaba la adopción simple, la que únicamente genera vínculos de parentesco entre los adoptantes y el adoptado. Consideramos que la adopción simple no cumple con las exigencias de la justicia, ya que el hijo adoptivo no es nieto de los padres de sus padres adoptivos ni sobrino de sus hermanos. En su acta de nacimiento no se borran los rastros de su familia biológica y en todos los actos de su vida en que tenga que acreditar su nacimiento presentará un acta con anotaciones al margen, donde se hace constar que es hijo adoptivo. Los vínculos jurídicos que nacen de la adopción plena se equiparan a los generados por la filiación consanguínea.

SÉPTIMA. Otra diferencia entre la adopción plena y la simple es que ésta puede revocarse por voluntad de los adoptantes o del adoptado, si es mayor de edad. Por otro lado la adopción simple puede convertirse en plena, cuando los adoptantes llenen los requisitos establecidos en la ley.

OCTAVA. La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país con residencia habitual fuera del territorio nacional, y tiene por objeto incorporar en una familia a un menor que no pueda encontrar una, en su propio país de origen. En México, ésta se regula por los convenios internacionales que sobre la materia ha celebrado como: Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en lugares de guarda, en los planos nacional e internacional, y sobre todo por La Convención (de la Haya) sobre la protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional.

NOVENA. Al celebrar el Tratado de la Haya mencionado en el punto anterior, México declaró que la adopción internacional de niños mexicanos sólo podría hacerse bajo dos condiciones: a) Que las autoridades mexicanas correspondientes se hubieren asegurado de que el niño no pudiera ser adoptado por parejas mexicanas. Y b) Que ningún niño podría salir del país para ser adoptado en el extranjero, sino que el trámite de la adopción debería hacerse en los tribunales mexicanos.

CAPÍTULO IX

PRIMERA. La custodia es uno de los deberes y derechos que nacen de la patria potestad. Para ejercer la patria potestad, los padres necesitan una serie de

facultades, como la de tener a sus hijos bajo su guarda en su domicilio. Es por esto que dentro de los domicilios que la ley establece como legales, se encuentra el domicilio legal de los menores que es el de la persona a cuya patria potestad estén sujetos.

SEGUNDA. La guarda y custodia de un hijo requiere que éste habite en la casa de sus padres. Por lo tanto, éstos tienen derecho a exigir al hijo a que viva con ellos y es causa de pérdida del derecho de alimentos, que el menor abandone sin causa justificada el domicilio de sus padres.

TERCERA. La custodia no había sido regulada anteriormente en forma independiente. Se le incluía dentro de las disposiciones aplicables a la patria potestad y a la tutela. Brevemente se le regulaba al establecerse los derechos y los deberes derivados de la patria potestad y, en casos determinados, de la tutela. El Código del Estado, expedido en 1995, aunque en forma breve, pero en un capítulo exclusivo, establece disposiciones legales sobre la custodia. De los artículos 555 a 666 se le regula como una figura jurídica que no sólo nace de la patria potestad o de la tutela, sino que puede inclusive ser contratada entre los particulares.

CUARTA. La custodia debe establecerse siempre en beneficio del custodiado. El respeto a sus derechos y su interés debe estar por encima de los derechos y los intereses de los custodios. No obstante lo anterior y precisamente por ello, la custodia confiere, a quien la ejerce, la facultad de aplicar correcciones disciplinarias y proporcionar al custodiado, en su caso, el auxilio para el mantenimiento y recuperación de su salud física y psíquica.

QUINTA. El Código Civil del Estado clasifica la custodia en: personal e institucional, temporal y definitiva, onerosa y gratuita y voluntaria y forzosa.

SEXTA. Aunque resulta claro que todos los niños son menores, no todos los menores son niños, pues éstos solamente lo son aquellos que se encuentren en las etapas comprendidas entre la gestación, y la primera y segunda infancia. Los menores que se encuentran en la pubertad o adolescencia ya no pueden ser considerados ni tratados como niños. Sin embargo, la ley indistintamente usa el término de niño o menor en el capítulo dedicado a proteger los derechos de la infancia. Es por ello que consideramos que esta protección se extiende a todos los menores de dieciocho años.

SÉPTIMA. La palabra menor procede del vocablo latino *minor natus*, referido al menor de edad no necesariamente huérfano, sino el que necesita protección. Desde el punto de vista biológico se llama menor a la persona que, por defecto del desarrollo gradual de su organismo, no ha alcanzado una madurez plena. Jurídicamente hablando, es la persona que por la carencia de plenitud biológica, la ley le restringe su capacidad legal de ejercicio, dando lugar al establecimiento de figuras jurídicas especiales que lo salvaguardan, como la tutela y la patria potestad, por ejemplo.

OCTAVA. La protección jurídica de la niñez se encuentra tanto a nivel nacional como internacional. A nivel nacional, La Constitución Política de México establece tajantemente en el párrafo sexto de su artículo 4º: “Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades...para su desarrollo integral”. Y en el párrafo séptimo prescribe: “Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.”

La protección civil a los derechos de los menores, fue establecida formalmente en el título séptimo, del libro segundo del Código Civil del Estado de Jalisco, cuyo Capítulo Único regula, en once artículos (del 567 al 577), los principios generales que constituyen las directrices de protección a la niñez dentro del Estado.

NOVENA. A nivel internacional, México suscribió La Convención Internacional sobre protección a los derechos de los niños. Esta Convención fue firmada en Nueva York, EUA, el 20 de noviembre de 1989. Fue ratificada por el gobierno mexicano el 10 de agosto de 1990 y entró en vigor el 21 de octubre de ese mismo año de 1990.

DÉCIMA. Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos enunciados en la Convención y a asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

DÉCIMA PRIMERA. Los principales derechos de los niños, enunciados en la Convención, son: a) el derecho intrínseco a la vida, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; b) la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar; c) oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado; d) Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, mediante su colocación en hogares de guarda, o a ser dados en adopción o de ser necesario..

CAPÍTULO X

PRIMERA. La patria potestad es una figura jurídica que se origina en el Derecho Romano. Entre los romanos consistía en una verdadera potestad del *pater familiae* (que no necesariamente era el padre) sobre los hijos y sus descendientes y todos los que se encontraban bajo su autoridad. La patria potestad era ejercida por el varón más viejo. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía

doméstica. Era un verdadero poder sobre las vidas y haciendas de todos los que se encontraban bajo la potestad del *pater*.

SEGUNDA. Con el paso del tiempo la patria potestad ha ido cambiando, pasando de una autoridad rígida del padre de familia a una debilitación de la autoridad de éste al compartirla con la madre. En un principio se entendía que los padres tenían un poder absoluto sobre los hijos, hoy se considera que la potestad es una función de los padres en beneficio de los hijos.

TERCERA. Actualmente, la patria potestad se considera como una serie de atribuciones concedidas a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Se conforma por un conjunto de derechos y deberes que la ley concede a los padres, o a falta de éstos a los abuelos, sobre sus descendientes no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios descendientes.

CUARTA. La patria potestad tiene, entonces, como finalidad principal proteger los intereses de los hijos. Por eso el legislador ha dispuesto que, como regla general, sea ejercida por los dos padres y sólo por excepción sea ejercida por uno solo de ellos o en su defecto, por los abuelos. En la crianza y educación de los hijos se necesitan por igual el padre y la madre. La presencia constante de los dos es necesaria en la formación sana de la personalidad de los hijos.

QUINTA. La patria potestad posee una serie de características necesarias para su ejercicio; éstas son: es personal, intransmisible, irrenunciable, implica un trato continuo y faculta a los sujetos activos (padres o abuelos) a corregir de manera prudente a los sujetos pasivos (hijos o nietos) en forma armónica y positiva. Tan grave es excederse en las formas de corrección a los hijos, como la falta absoluta de normas de disciplina dentro de la familia.

SEXTA. La patria potestad constituye una función jurídica o potestad obligatoria en su ejercicio. La irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que al renunciarse la potestad, ello se haría indudablemente contra el orden público y en perjuicio de terceros, que en este caso son los hijos; entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas.

SÉPTIMA. La patria potestad produce efectos tanto sobre la persona como sobre los bienes de los hijos. Con relación a la persona de los hijos, los padres tienen las siguientes obligaciones: a) darles nombre y alimentos; b) custodiarlos, criarlos y educarlos; y c) representarlos legalmente. Con relación a los bienes, hay que determinar si los bienes han sido adquiridos por los hijos con el producto de su trabajo, o si los han adquirido por otro título como herencia, legado o donación, ya que solamente en el segundo supuesto los padres tienen el derecho de administrar el patrimonio de sus hijos.

OCTAVA. La ley establece algunos supuestos en que, como castigo al padre que incurre en las conductas ahí descritas, se pierde la patria potestad. Estos supuestos se dan cuando: 1. Quien ejerce la patria potestad comete algún delito intencional que afecte al menor o a su patrimonio. Y, II. El que la ejerce es condenado expresamente a su pérdida por malos tratos, malos ejemplos, abandono o exposición de los hijos

NOVENA. El ejercicio de la patria potestad puede suspenderse en los casos de incapacidad o ausencia de quien la ejerce; y los abuelos pueden excusarse de su desempeño cuando estén enfermos o tengan sesenta años cumplidos. Se justifica esta causa de excusa, sobre todo en los casos de abuelos de condición muy humilde. Abuelos que desde niños han trabajado y que a los sesenta años ya no tienen energía, ni física ni mental, para hacerse cargo de sus nietos.

CAPÍTULO XI

PRIMERA. La tutela es una institución jurídica que cumple una función social que la ley impone a personas aptas para proteger a menores de edad y a mayores incapaces, generalmente no sujetos a patria potestad. Nuestra legislación establece que la tutela es un cargo de interés público, subsidiaria de la patria potestad y que se diferencia de ésta en que no tiene como base el vínculo de la filiación. Sólo cuando la tutela es ejercida sobre los hijos mayores de edad, o sobre los padres incapaces, se encuentra su fundamento en la filiación.

SEGUNDA. La finalidad de la tutela es proteger y representar a los incapaces que, por su edad o por su incapacidad, no lo pueden hacer por sí mismos. Cuando la tutela se ejerce sobre menores de edad, sin ninguna otra incapacidad, también tiene por objeto el educarlos. En el caso de los mayores incapaces, la educación sólo entra dentro de las finalidades de la tutela cuando las condiciones del incapaz lo hacen posible.

TERCERA. Existen tres clases de tutela: testamentaria, legítima y dativa. La tutela testamentaria es aquella que se establece mediante una declaración de última voluntad, hecha por el ascendiente supérstite o adoptante del sujeto sobre quien ejerce la patria potestad, o por el testador que deja bienes a un incapacitado, limitándose, en este último caso a la administración de dichos bienes. La legítima es la especie de tutela que se confiere por orden de inmediato parentesco, a los colaterales hasta el cuarto grado, únicamente cuando no haya tutor testamentario, ni quien ejerza la patria potestad. La dativa es la especie de tutela que se ejerce cuando no hay tutor testamentario ni persona a la que conforme a la ley le corresponda la tutela legítima.

CUARTA. Por razones en su momento justificadas, ya que se habían dado casos de tráfico de niños abandonados en los albergues, y con el objeto de tener un mayor control sobre las instituciones de beneficencia, que tienen por objeto la guarda y custodia de menores huérfanos o abandonados, al constituirse el Consejo de Familia, se trasladó a este organismo público la tutela de dichos menores.

QUINTA. El Consejo de Familia es, por lo tanto, el tutor legítimo institucional: de los expósitos, huérfanos o abandonados y de los menores no sujetos a patria potestad o a tutela que se encuentren internados en casas de asistencia, instituciones educativas, ya sean éstas públicas o privadas, internados, hospicios y demás casas de beneficencia.

SEXTA. El Código Civil Federal (anterior Código para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal), el cual sirvió de ley modelo para el resto de los códigos civiles de la República, entre ellos el anterior del Estado de Jalisco, establece la tutela legítima institucional en favor de los directores de los albergues sobre los niños huérfanos o abandonados.

SÉPTIMA. El Consejo de familia designa a los tutores dativos, quienes, salvo casos excepcionales, limitan sus funciones a la vigilancia de los procesos judiciales en donde los intereses de su pupilo pudieran resultar perjudicados. Vigilan que el proceso sea conforme al Derecho y que los intereses del menor o del incapaz cuya tutela les corresponde, estén por encima de otros intereses.

OCTAVA. El sistema de tutela regulado por el Código Civil del Estado de Jalisco es un sistema en el que intervienen: el curador, el Ministerio Público, el Consejo de Familia y el Juez de lo Familiar, quienes ejercen una vigilancia sobre las actividades del tutor, sobre la situación personal del menor y sobre el estado de su patrimonio, con el fin de prevenir las situaciones que pudieran representar un peligro, un daño o un perjuicio.

NOVENA. Todos los menores o incapaces sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además de un tutor deben tener un curador, excepto cuando se trate de expósitos, abandonados, o menores carentes de bienes. El curador es la persona que tiene como misión principal vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapaz dentro y fuera de juicio, en caso de que sus intereses se opongan a los del tutor.

DÉCIMA. Mediante la curatela se instituye un vigilante al tutor para la protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a sustituir a aquél en sus funciones defensivas, cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y su pupilo.

UNDÉCIMA. El Código establece las mismas causas de inhabilidad, remoción y de separación y excusa del cargo para tutores y curadores. Las funciones del curador cesarán cuando el incapacitado salga de la tutela. Sin embargo, si sólo variaren las personas de los tutores, el curador continuará en la curatela.

CAPÍTULO XII

PRIMERA. El Consejo de Familia es una institución de orden público e interés social que tiene como objeto servir de enlace permanente entre todas las

instituciones públicas, descentralizadas y privadas, que tengan objetivos de asistencia social. Es un organismo surgido de la necesidad de dar respuesta y satisfacción a las necesidades de las personas que, por su situación precaria, se encuentran en desventaja frente al resto de la sociedad.

SEGUNDA. La intervención del Estado a través del Consejo de Familia es oportuna y benéfica en los casos de familias necesitadas de su apoyo por sus circunstancias especiales, pero su intervención indiscriminada en todos los casos tal vez resultaría entorpecedora y se correría el riesgo de convertir dicha intervención en un mero trámite sin mayor contenido.

TERCERA. La estructura y el funcionamiento del Consejo de familia está regulada por el Código de Asistencia Social del Estado de Jalisco, y las disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles regulan sus funciones en más de 150 artículos, relacionados fundamentalmente con la adopción, la tutela, la custodia y demás instituciones familiares en las que se encuentran involucrados intereses de menores, de personas discapacitadas, de madres en situaciones críticas y de la familia en general.

CUARTA. El Consejo de Familia coordina las instituciones públicas y privadas cuyo objetivo sea la asistencia social de los necesitados y sirve de enlace permanente entre dichas instituciones

QUINTA. Al coordinar y servir de enlace entre las instituciones anteriormente señaladas, el Consejo de Familia garantiza la seguridad jurídica en la realización de las acciones de asistencia social, mediante una comunicación estrecha con todas ellas, lo cual facilitará el apoyo recíproco para evitar el desperdicio de esfuerzos que se propicia cuando aisladamente se atienden los problemas sociales, tales como el abandono de menores, la orfandad, la violencia intrafamiliar, etc.

SEXTA. El Consejo de Familia es un órgano de participación ciudadana, **desconcentrado** del Sistema Estatal de Desarrollo Integral de la Familia, que tiene por objeto dar la atención y seguimiento a los asuntos que le devienen por el Código Civil del Estado. El hecho de que el Consejo de Familia sea **órgano desconcentrado** del DIF Estatal, ha sido causa de algunos problemas jurídicos, entre otros el siguiente: Existe una contradicción en el hecho de que el Instituto Cabañas, siendo organismo público descentralizado, forme parte del Consejo de Familia, ya que los organismos descentralizados tienen personalidad jurídica y patrimonio propio y no son parte de otro organismo. ¿Cómo se explica que el Consejo de Familia sea organismo desconcentrado del DIF estatal y que el Instituto Cabañas siendo un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, sea al mismo tiempo delegado institucional del Consejo de Familia?

SÉPTIMA. Por lo anterior, proponemos reformar el Código de Asistencia Social para adecuar sus disposiciones a la realidad del Consejo de Familia, el cual posee

atribuciones tan importantes, que le permitirían acceder a la calidad de organismo descentralizado.

OCTAVA. El Código de Asistencia Social del Estado de Jalisco establece la regulación del Consejo Estatal de Familia y de los Consejos Municipales de Familia, pero a pesar del gran acierto de concentrar en un solo Código las disposiciones reguladoras del Sistema de Asistencia Social del Estado, adolece de precisión en algunas de sus disposiciones, por lo que sería pertinente dar el apoyo a una propuesta de reformas hecha por las licenciadas Maritza Pintor y Dora Gabriela Navarro, especialistas en Derecho de Familia., quienes apoyadas por algunas instituciones, han hecho la propuesta de una reforma integral a siete ordenamientos jurídicos del Estado, relacionados con la protección de los menores. Entre ellos se encuentra el Código de Asistencia Social, respecto del cual proponen, en lo conducente:

I.- Reformar el **Art. 33** en los siguientes términos: “El Consejo de Familia, *sea estatal, municipal o intermunicipal*, será competente para conocer, intervenir y dar seguimiento a todos aquellos asuntos que le devienen por disposición expresa del Código Civil y de Procedimientos Civiles”.

II.- Añadir un nuevo precepto: “**Art. 33 bis.** *En razón del territorio, los consejos de familia sólo podrán intervenir en aquellos municipios para los que se hayan integrado, sean municipales o intermunicipales.*”

El Consejo Estatal de Familia será competente en aquellos municipios en los que aún no se haya integrado consejo municipal o intermunicipal y a partir de la instalación del consejo en el municipio, deberá dejar de conocer y remitir los asuntos al consejo que corresponda, considerando que la competencia será determinada por el domicilio del menor, del discapacitado, del anciano o de la mujer en situación crítica.”

Con la propuesta anterior, se atribuye competencia a los consejos de familia municipales e intermunicipales, para cumplir sus funciones en el ámbito territorial que les corresponde.

CAPÍTULO XIII

PRIMERA. La Familia es el grupo social natural necesario para la vida humana. Conscientes de ello, los legisladores han creado instituciones jurídicas que buscan proteger más el interés de este grupo social, que de las personas individuales que lo componen. Una de estas instituciones es el patrimonio familiar.

SEGUNDA. Las familias van adquiriendo poco a poco, con el producto del trabajo de sus integrantes, bienes que se encuentran dentro del comercio, expuestos a negocios ruinosos u otros riesgos que traerían como consecuencia la desprotección de sus miembros, ya que uno de los principios comerciales que regulan la vida social es el de que “las personas responden de sus obligaciones con el total de sus bienes.”

TERCERA. Como pudiera llegar a ocurrir que los bienes con los cuales se satisfacen las necesidades familiares, fueran amenazados por una mala situación económica y que la familia quedara sin los medios de subsistencia necesarios, la ley declara que algunos bienes no pueden ser embargados o enajenados o de cualquiera otra manera transmitida su propiedad.

CUARTA. El patrimonio de familia tiene por objeto o finalidad constituir una medida de seguridad jurídica o de protección de la familia, al integrarse por un bien o conjunto de bienes intocables para los acreedores de quien lo constituyó; estos bienes no pueden ser embargados y quedan fuera de la propia disposición del dueño de esos bienes, quien no puede enajenarlos mientras estén afectados al fin del patrimonio de familia.

QUINTA. Con el objeto de evitar defraudar a los acreedores del dueño de los bienes, la ley establece un tope al monto de los bienes que integran el patrimonio de familia, el cual no puede exceder de una cantidad que resulte de multiplicar 40,000 veces el salario mínimo general vigente en el momento de su constitución.

SEXTA. Los efectos jurídicos que nacen de la constitución del patrimonio de familia son: a) Los beneficiarios tienen el derecho y la obligación de habitar la casa o hacer producir el inmueble que forman parte de patrimonio familiar; b) Los bienes que integran el patrimonio salen temporalmente del comercio; y c) Los bienes que forman el patrimonio de familia son ingravables e inembargables.

CPÍTULO XIV

PRIMERA. La violencia familiar ya se encontraba contemplada en alguna medida en el derecho de familia. Dentro de las causales de divorcio (art. 404 , IV, XI y XII del Código Civil del Estado de Jalisco) y dentro de las causas de pérdida de la patria potestad (art 598, III del propio Código), se considera como supuestos para ello la violencia que los padres ejerzan sobre sus hijos o los cónyuges entre sí.

SEGUNDA. En el Estado de Jalisco, el 19 de diciembre de 2003 entró en vigor la Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Jalisco, la cual fue publicada un día antes en el Periódico Oficial del Estado. Y el 30 de diciembre del mismo año, se publicaron las reformas al Código Penal del Estado por las que se adicionan los artículos 41 y 173. Al artículo 41 se le agregó la fracción V, relativa a este delito, y se agregó el título que regula los delitos contra el orden de la familia.

TERCERA. En el lenguaje común, se entiende por violencia intrafamiliar aquel acto de poder u omisión recurrente, intencional y cíclico dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tenga alguna relación de parentesco por consanguinidad, tengan o lo hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño.

CUARTA. la Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Jalisco, define la **Violencia Intrafamiliar** como la acción u omisión intencional que ponga en peligro o afecte la integridad física, psicológica o sexual, que se ejerce en contra de algún miembro de la familia, por otro integrante de la misma, independientemente de que pudiere constituir delito.

QUINTA. Una de las causas de la violencia intrafamiliar es, muy posiblemente, la crisis por la que la familia está atravesando. Crisis que se hace evidente a través de manifestaciones tan claras como los divorcios, el desprecio por la institución del matrimonio, el aumento de las uniones libres, de los abortos y de la pérdida del respeto por las funciones de la familia.

SEXTA. Se podrían señalar muchas otras causas de la violencia dentro de las familias, pero se puede decir que dentro de todas ellas subyace la desigualdad social y la falta de solidaridad entre las personas humanas, que no toman como propios los problemas de los demás y que no asumen la responsabilidad personal en la construcción del bien común dentro de la comunidad social.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, "Derecho Civil, Introducción y Personas" Ed. Harla, México, 1995.
- 2.- Belluccio, Augusto César, "Manual de Derecho de Familia" , Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974.
- 3.- Bettini, Antonio B. "Indisolubilidad del Matrimonio", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.
- 4.- Brena Sesma, Ingrid, "Intervención del Estado en la Tutela de Menores", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.
- 5.- Bossert, Gustavo, A. y Eduardo A. Zannoni, "Manual de Derecho de Familia", Editorial Astrea, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- 6.- Chávez Asencio, Manuel F., "La Adopción", Adenda de la Obra La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 7.- Chávez Asencio, Manuel F., "La Familia en el Derecho", Editorial Porrúa, México, 1984.
- 8.- De Ibarrola Nicolín, Antonio, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, México, 1970.
- 9.- Diccionario Jurídico Mexicano, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Profesional Tipográfica, S.de R.L. México, 1984. .
- 10.- Dworkin, Ronald, "Los Derechos en serio", Traducido por Marta Guastavino, Editorial Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993.
- 11.- Escriche, Joaquín, "Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense", Editorial UNAM, México, 1993.
- 12.- García Máynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, S. A., México, 1990.
13. González Gutiérrez, Jaime y Sandra Domínguez Ruiz, "Manual de Práctica Procesal Civil", Ediciones Impre-Jal, Guadalajara, Méx., 2003.
- 14.- González Morfín, Efraín, "Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos", Revista Jurídica anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana, número 19, México, 1988-1989.
- 15- González Morfín, Efraín, "Temas de Filosofía del Derecho", Segunda edición, Noriega Editores y Universidad Iberoamericana, México, 2002.

- 16.- González Schmal Raúl, "Programa de Derecho Constitucional, Coedición Universidad Iberoamericana y Noriega Editores, México, 2003.
- 17.- Hart; H. L. A. "El Concepto de Derecho", Traducción de Genaro R. Carrió, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- 18.-Herrero Llorente, Víctor José, "Diccionario de Expresiones y Frases Latinas" comentario a la frase 3847 hecho por Francisco de la Torre, Ed. Gredos, 3ª. Edición, segunda reimpresión, Madrid, 1992.
- 19.- Hervada, Javier, "Introducción Crítica al Derecho Natural", Ed. MiNos, México, 1994.
- 20.- Kelsen, Hans, "Teoría Pura del Derecho", Introducción a la Ciencia del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, segunda edición , Argentina, 1960 .
- 21.- Lledó Yagüe, Francisco-Ramón Herrera Campos, "Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia", Editorial Dykinson, S. L, Madrid, 2002
- 22.- Lloveras, Nora, "La Adopción", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
- 23.- Manual de Doctrina Social Cristiana, "Los grandes principios de la doctrina social cristiana", varios autores, Editorial Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 1989.
- 24.- Martínez de Aguirre, Carlos, "Diagnóstico sobre el Derecho de Familia", Documentos del Instituto de las Ciencias de la Familia, Ediciones Rialp, España, 1996.
- 25.- Méndez Costa, María Josefa y Daniel Hugo D'Antonio, "Derecho de Familia" Rubinzal-Calzoni Editores, Buenos Aires, 1996.
- 26.- Messner, Johannes, "La Cuestión Social", Ediciones Rialp, S.A.de C.V., Madrid, 1976.
- 27.- Mizrahi, Mauricio Luis, "Familia, Matrimonio y Divorcio", Ed. Astrea, Depalma, Buenos Aires, 2001
- 28.- Monzel, Nikolaus, "Doctrina Social", tomo segundo, Biblioteca Herder, sección de Ciencias Sociales, Barcelona, 1971.
- 29.- Montero Duhalt, Sara, "Derecho de Familia" Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

- 30.- Ochoa Olvera, Salvador, "La Demanda por Daño Moral", Editorial Mundo Nuevo, México, 1991.
- 31.- Pacheco Escobedo, Alberto, "La persona en el Derecho Civil Mexicano", Editorial Panorama, México, 1992.
- 32.- Pacheco Escobedo, Alberto, "La familia en el Derecho Civil Mexicano", Editorial Panorama, México, 1993.
- 33.- Pérez Duarte y N, Alicia Elena, "Derecho de Familia", Universidad Autónoma de México, Editorial FCE. México, 1995.
- 34.- Pérez Duarte y Noreña, "La Obligación Alimentaria", Editorial Porrúa, UNAM, México, 1998.
- 35.- Preciado Hernández Rafael, "Filosofía del Derecho", Editorial Porrúa, México 1970.
- 36.- Rojina Villegas, Rafael, "Compendio de Derecho Civil", T I, Editorial Porrúa, México, 1990.
- 37.- Rommen, Enrique, "Derecho Natural", Historia-Doctrina, Editorial Jus, México, 1950.
- 38.- Sánchez Medal, Ramón, "Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México", Editorial Porrúa, México, 1991.
- 39.- Vargas Gómez-Urrutia, Marina, "La Adopción Internacional", ponencia para la Academia de Derecho Internacional Privado y Comparado, Guadalajara, Jal., 24-26 de octubre de 1996.
- 40.- Vargas Gómez-Urrutia, Marina, "La Protección Internacional de los Derechos del Niño", Secretaría de Cultura Gobierno de Jalisco, Universidad Panamericana, Sistema Estatal DIF Jalisco, Guadalajara, 1999.
- 41.- Verdugo, Agustina, "Principios de Derecho Civil" TSJDF, T.I, Editorial MMB, S.A. de C.V., México, 1993.
- 42.- Villoro Toranzo, Miguel, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México, 1993.
- 43.- Yepes Stork, Ricardo, "Fundamentos de Antropología", Un ideal de excelencia humana, Editorial Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra, Instituto de Ciencias para la familia, Pamplona, 1996.
- 44.- Wilde, Zulema D., "La Adopción, Nacional e Internacional", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

1. “Convención sobre los Derechos del Niño”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.
2. Constitución Política del Estado de Jalisco, Ediciones Congreso del Estado, Guadalajara, Jalisco, 1994.
3. “Convención sobre la protección de los menores y cooperación en materia de adopción internacional” , La Haya, Países Bajos, 1993.
4. “Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores”, celebrada en la Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984.
5. “Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986.
6. Código Civil Federal, México, 2001.
7. Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, México, 2000.
8. Código Civil para el Distrito Federal, México, 2000.
9. Código Civil para el Estado de Jalisco, Guadalajara, 1995.
10. Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco. Guadalajara, Jal., 1997.
11. Ley General de Salud
12. Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Jalisco.

