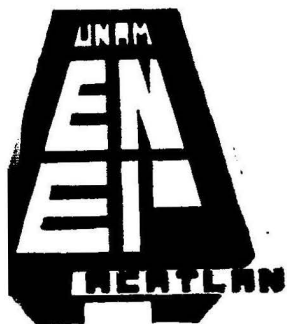


2774



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
ACATLAN

**EFFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO
A LA PATRIA POTESTAD**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JOAQUIN LADRON DE GUEVARA BAYOLO
MEXICO, D. F. 1980



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EFFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO A LA PATRIA POTESTAD

I N D I C E

PROLOGO

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO Y DE LA PATRIA POTESTAD.

1.- Concepto Romano del matrimonio	2
2.- El divorcio Romano y sus facetas	3
3.- Fuentes de la Patria Potestad	5
4.- El poder del paterfamilias	7
5.- Aspecto patrimonial de la patria potestad	12
6.- Extinción de la Patria Potestad	14

CAPITULO II

LA PATRIA POTESTAD EN MEXICO

1.- Epoca Precortesiana	19
2.- Epoca Colonial	23
3.- Epoca del México Independiente	28
4.- Código Civil de 1870	31
5.- Código Civil de 1884	41
6.- Ley de Relaciones Familiares	42
7.- Legislación Actual	47

CAPITULO III

EL DIVORCIO EN MEXICO Y SUS EFECTOS

A) ASPECTO HISTORICO DEL DIVORCIO EN MEXICO

1.- Epoca Precortesiana	63
2.- Epoca Colonial	67

3.- Época del México Independiente	68
4.- Código Civil de 1870	69
5.- Código Civil de 1884	70
6.- Ley de Relaciones Familiares	71
B) LEGISLACION ACTUAL -Formas de Divorcio-	
1.- Código Civil de 1928	72
2.- Divorcio Necesario o Forzoso	72
3.- Divorcio Administrativo Voluntario	72
4.- Divorcio Por mutuo Consentimiento	75
5.- Divorcio por separación de cuerpos	75
C) EFECTOS DEL DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION	
1.- Efectos en cuanto a los cónyuges	77
2.- Efectos en cuanto a los hijos	78
3.- Efectos en cuanto a los Bienes de los cónyuges	80
4.- Efectos respecto a intereses de terceras personas	81

CAPITULO IV

EFFECTOS DEL DIVORCIO EN LA PATRIA POTESTAD EN RELACION A LAS FRACCIONES XIII Y XIV DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE	83
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFIA	104

P R O L O G O

La familia, considerada como la base de la sociedad, tiene su origen desde la aparición de la humanidad, aunque su estructura ha ido variando a través del tiempo, de acuerdo a las diversas etapas por las que ha pasado la sociedad misma, y lo que antes se constituía por grandes grupos emparentados política y consaguineamente con sólo un jefe que dirigía y decidía sus vidas, hoy se forma únicamente por un hombre y una mujer que por voluntad propia han decidido unir sus vidas para compartir su amor, sus necesidades mutuas e integrarse en una pareja; y por los hijos que procrean como natural consecuencia de su decisión.

En nuestro País, actualmente la integración familiar constituye uno de los principales problemas que se trata de resolver, dando todas las facilidades para que las parejas que llevan una vida en común puedan legalizar su unión, y la familia que de al amparo de las leyes que para esta fin han sido creadas, en especial para que los hijos puedan formarse bajo el amparo y protección de sus padres, ya que se considera que mejorando la formación familiar, tendremos un sociedad mejor.

Desgraciadamente un gran porcentaje de parejas que contraen matrimonio con intención de permanecer unidos el resto de sus

vidas, no siempre cumplen este objetivo. Por diversas razones inútiles de enumerar, en ocasiones la vida en común se vuelve insoportable, afectando profundamente tanto a los cónyuges, - como a los hijos, por lo que sobreviene el llamado "mal necesario" de nuestra época: El divorcio.

Ante la irremediable desintegración familiar, se tuvo la necesidad de dictar normas al respecto, en donde se continúe protegiendo al cónyuge que no haya faltado a los principios básicos del matrimonio y por lo mismo no haya dado motivo para el divorcio, y a los hijos, que estando al margen de los problemas de sus padres, siempre son las principales víctimas.

Para mí, siempre ha sido motivo de inquietud el destino de los hijos del divorcio, por lo cual la razón fundamental de este trabajo se basa en los efectos que la destrucción del vínculo matrimonial tiene sobre ellos, por lo que me he permitido hacer un análisis sobre lo que al respecto dicta nuestra Legislación, ya que a mi juicio, es tan importante la protección económica que en lo sucesivo se proporcione a los hijos, como la protección moral que tengan de sus padres, y muy en especial, la necesidad de convivencia con ellos.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO Y DE LA PATRIA POTESTAD

Concepto Romano del Matrimonio - El divorcio Romano y sus face
tes -, Fuentes de la Patria Potestad - El poder del paterfamili
as - Aspecto patrimonial de la Patria Potestad - Extinción de
la Patria Potestad.

1.- CONCEPTO ROMANO DEL MATRIMONIO.

"El matrimonio Romano es la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear y educar hijos y de constituir además entre los cónyuges, una sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos. Tal intención es llamada por los romanos *effectio maritalis*." (1)

Según el jurista romano Modestino, el matrimonio era "la unión de un hombre y una mujer, una asociación para toda la vida, un compartir de derechos divinos y humanos." (2)

El matrimonio fue para los romanos, esencialmente espiritual, ya que la razón principal de la unión era la "*effectio maritalis*", y tener la idea de procrear y educar los hijos, así como de perpetuar la especie.

El matrimonio no revestía formas jurídicas, aunque éste era acompañado de fiesta y ceremonia. Se iniciaba con el consentimiento de ambos, pero su perpetuidad dependía de la "*effectio maritalis*", ya que el consentimiento se consideraba para toda la vida.

"Para nosotros es difícil entender lo que era el matrimonio para los romanos, pero por otra parte, ellos hubiesen considerado monstruoso el hecho de que los cónyuges modernos perpetuacen a veces un matrimonio contra la voluntad de uno de ellos, una vez

(1) Bonfante Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Madrid. Instituto Editorial Reus, S. A. 3a. Edición. 1965. Pag. 180.

(2) Hadas Moses. Las Grandes Epocas de la Humanidad - La Roma Imperial. México. Editorial Lito Offset Latina, S.A. 1978. Pag. 80.

que haya desaparecido la "affectio maritalis". (3)

2.- EL DIVORCIO ROMANO Y SUS FACETAS.

El divorcio romano, fue propiamente la voluntad de ambos o de uno de ellos, cuando consideraban que ya no existía el efecto necesario para la convivencia. No intervenía inicialmente ninguna forma jurídica que los obligara a divorciarse, ya que, así como para --- realizar el matrimonio se requería la "affectio maritalis", para la disolución de dicho vínculo era suficiente la pérdida de la misma. Era tan simple la forma de pedir del divorcio, que podía hacer se por carta, en forma oral, o por un emisario.

"Un texto de Paulo habla, en cambio de la exigencia de que la notificación se haga ante siete testigos, exigencia que otro texto de Ulpiano atribuye a la Ley Julia de Adulterio, de Augusto; sin que faltan por ello en el Digesto, fragmentos que admiten el divorcio (tal vez se refieren exclusivamente al caso del mutuo disenso), -- sin dicha formalidad de notificación." (4)

Es importante hacer notar que, no por lo sencillo de la disolución del matrimonio, se piense que éste se realizaba con frecuencia, - como se hace en esta época moderna en nuestro País y en gran parte del mundo. Los romanos se regía por la moral y sus costumbres, y - esto era lo que marcaba la pauta para sus decisiones, prueba de --

(3) Floris Margadante S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. México ca. Editorial Efige. 4a. Edición. 1970. Pag. 207.

(4) Arias Ramos J. Derecho Romano. Tomo II. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 13a. Edición. 1974. Pag. 735.

ello es que, cuando los Emperadores Cristianos, el primero de -- ellos Constantino, quisieron imponer medidas legislativas para im-- pedir el divorcio, la concepción que se tenía del matrimonio como un estado de hecho y por lo tanto su necesaria disolución ante la desaparición del afecto marital que era lo que le daba valor al -- mismo, estaba tan arraigada que "ni el Derecho Romano Cristiano -- salvo un periodo breve de duración entre la publicación de la No-- vela 117 de Justiniano y la derogación de la misma por su sucesor Justino II -- llegó a abolir el divorcio como causa de disolución del matrimonio." (5)

La disolución del matrimonio tenía varias facetas:

"La disolución del matrimonio por voluntad de uno o ambos cónyu-- ges. Precisa distinguir según sea el matrimonio cum manu o sino -- manu; en el primer caso sólo puede hacerse por voluntad del mari-- do, y conforme a las formas de la defarreatio o de la remancipa-- tio; en el segundo caso, en la época clásica, bastaba la voluntad de uno de los cónyuges, y si bien en un principio no fueron fre-- cuentes, lo fueron mucho a finales de la República. Augusto limi-- ta sus posibilidades a través de las Leyes Ceducarias, y a partir de los Emperadores Cristianos se les obstaculizó indirectamente, -- siendo abolido el basado en el mutuo consentimiento por Justinia-- no y restablecido por su sucesor Justino II.

Divortium Bona Cretia.- Divorcio o disolución del matrimonio, por voluntad de uno o de ambos cónyuges, sin que exista falta entre --

(5) Arias Ramos J. Obs. cit. Pag. 735

ellos en la época clásica, y durante el Imperio por existir causa lícita.

Divortium Culpa Factum.- Divorcio motivado por una causa de las - estimadas lícitas para el mismo, y que ha de ser cometida por uno de los cónyuges, por el repudiado, o también puede ser por decisión unilateral, sin causa legítima, en este caso, se denomina Si ne Iusta Causa, frente al primer supuesto.

Divortium Ex-Iusta Causa.

Vid. **Divortium Culpa Factum.**

Divortium Sine Iusta Causa.

Vid. **Divortium Culpa Factum.** " (6)

3.- FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

Patria Potestad: "Poder jurídico que el paterfamilias tiene sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, descendientes legítimos de -- los varones dependientes de ella, extraños ingresados a la familia por adopción o adrogación, y sobre los hijos naturales legitimados. Originalmente se le consideró como un poder absoluto en favor del padre evolucionando progresivamente en un sentido tiutivo sin perder el carácter de potestad sobre las personas y bienes de los sometidos. " (7)

Las fuentes de la patria potestad son:

- | | |
|------------------------|------------------|
| a) Filiación legítima | c) Adopción |
| b) Convention in Manus | d) Legitimación. |

(6) Gutierrez Alaviz y Armerio Faustino.-Diccionario de Derecho Romano. España. Editorial Reus, S. A. 2ª. Edición.1976.Pag.200 y 201.

(7) Gutierrez Alaviz y Armerio Faustino. Ob.Cit. Pag. 520.

á) Filiación Legítima.

La potestad nace en primer lugar con la *Iustae Nuptiae*, que trae como consecuencia la filiación legítima de los hijos nacidos de esta unión, así también los nietos y nietas quedan sujetos a la potestad por haber nacido de la unión legítima.

"En nuestra potestad estén nuestros hijos que procrearemos en *Iustae Nuptiae*." (8)

b) *Convention in Manus*.

Esta potestad suele ser, sólo para las mujeres ya que al contraer *Iustae Nuptiae*, quedaban sometidas a la manus de su marido, adquiriendo dentro de la familia del mismo, la situación de hija.

c) Adopción.

Es la relación jurídica que nace entre adoptante y adoptado. La adopción se hace en dos formas: Por autoridad del pueblo o por el Imperio de un magistrado. Por autoridad del pueblo se adopta a los *sui iuris* (personas libres que no están sujetas a la patria potestad), esta clase de adopción la llaman *adrogatio*, porque se le pregunta al adoptante si desea que el adoptado sea hijo legítimo, y al adoptado se le pide su aceptación para que esto proceda. Al pueblo se le pide su acuerdo. Por el imperio de un magistrado se adopta a los que están sujetos a la patria potestad de un *paterfamilias*. Por autorización del Pretor o Presidente de la Provincia, se adoptan a los varones y mujeres, *púberes* o *impúberes*; lo

(8) Arias Ramos J. Ob. Cit. Pág. 1005.

contrario que sucede por mediación del pueblo quien no puede autorizar la adrogación de las mujeres.

d) Legitimación.

Es el reconocimiento de los hijos que nacen fuera de matrimonio, - es decir aquellos que nacieran sin efecto marital, pero que posteriormente las relaciones de sus padres se formalizaban por Iustae Nuptiae, incluso sin que existiera el matrimonio, pero por súplicas al príncipe se podía legitimizar a los hijos; por fallecimiento de la mujer, por que hubiese delinquido, por que se ocultase o por el sacerdocio.

4.- EL PODER DEL PATERFAMILIA.

El paterfamilia tenía un poder absoluto sobre sus hijos, esposa, nuera y esclavos. Era el juez, el sacerdote, el guía. Tenía el poder de plena capacidad de goce y ejercicio que el Derecho Civil - le otorgaba, sobre los hijos y nietos, poseía la patria potestad, la mancipación, es decir la facultad de cederlo a un tercero. Los esclavos estaban bajo el poder del paterfamilia que los poseía, - quien podía castigarlos, venderlos, abandonarlos e inclusive martillarlos, aunque posteriormente esta situación fue controlada por - el legislador. La autoridad que poseía sobre su esposa, hijos y - nueras, dependía de la forma de matrimonio que hubiesen contraído Siremanu o Cum Manu. Los clientes, personas libres, estaban menos sujetas a la autoridad del señor, pero tenían ciertas restriccio-

nes que el mismo les imponía. Es oportuno aclarar que no era necesario ser "padre para ser paterfamilia, familia significa en el antiguo latín 'patrimonio doméstico', y pater significa 'poder'.-- Familia significa en la práctica moderna 'un grupo de personas -- unidas a la vez por intimidad y parentesco!'. Un hijo legítimo recién nacido, cuyo padre muere, si no tiene abuelo paterno es un paterfamilia, aunque todavía sin capacidad de ejercicio." (9)

"En el antiguo Derecho Romano, la patria potestad fue uno de los cuatro poderes reservados para una persona libre, ciudadano y sui iuris capax, llamado paterfamilia, que ejercía este poder potencial o realmente sobre sus descendientes con cierta clase de primacía en el orden ontológico." (10)

"Los cuatro poderes del paterfamilia eran:

- a) El dominio sobre el esclavo.
- b) La patria potestad sobre sus descendientes.
- c) La manus, autoridad del marido sobre la mujer que tenía sobre Iustae Nuptiae.
- d) Mancipium. Se tenía sobre una persona libre en forma condicionada y temporaria. " (11)

El poder que ejercía el paterfamilia, con el tiempo va sufriendo ciertas modificaciones en beneficio de los que estaban bajo su poder absoluto. En un principio, el padre o abuelo tenían derecho a

(9) Floris Margadant S. Guillermo. Ob. Cit. Pag. 197.

(10) Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L. Pag. 843.

(11) Floris Margadant S. Guillermo. Ob. Cit. Pag. 197.

quitarle la vida al hijo, y si esta acción fuese sin razón, sería sancionada por parte de las autoridades gentilizas o del Censor. Este derecho se fue suprimiendo al grado que, posteriormente se consideró delito de homicidio y al padre que lo hubiese cometido se le expatriaba o se le acusaba de parricida, únicamente se permitía al paterfamilias el castigo a faltas leves, como un derecho de corrección, y en el caso de faltas graves, debería hacerse la acusación ante un magistrado, quien era el único que podía juzgarlo y sentenciarlo.

Los padres también podían mancipar a sus hijos, quedando estos en condiciones similares a la de los esclavos, claro que temporalmente y sin perder su ingenuidad, es decir, conservaban sus derechos y prerrogativas de ciudadano romano en Derecho Público y Privado. Esta mancipación se llevaba a cabo, en los casos en que el padre estuviese en la miseria, el hijo se vendía o se podía quedar en garantía con el acreedor de su padre. El hijo pagaba la deuda del padre al someterse al acreedor.

El paterfamilias podía también abandonar a su hijo, quedando este bajo la autoridad de quienes los adoptaran como hijos o esclavos. En cuanto a los bienes del hijo, el jefe de familia era el titular de los mismos, y él no podía poseerlos, tampoco podía ejercer sus derechos sobre dichos bienes.

Con la evolución del Derecho Romano, también estos poderes casi ilimitados que ejercía el paterfamilias sobre sus hijos, fueron su

friendo modificaciones. Respecto a la mancipación, en la Ley de las XII Tablas, se asentó que el hijo mancipado tres veces, fuera liberado de la autoridad paternal, y para las hijas y nietos, una sola mancipación produciría el mismo efecto. En cuanto a los bienes, empezó a permitirse que el hijo tuviera algunos, ganados por su actividad militar o peculio obtenido por ejercer alguna función pública o eclesiástica, además tenía derecho a la sucesión de los bienes de su madre o de su abuelo. En un tiempo también se concedió al hijo, que fuera beneficiado con el usufructo del padre sin entrar en la afectación sucesoria hasta que se hiciera el testamento de los bienes; también se logró que el padre renunciara para darle al hijo el beneficio del usufructo que el donante o de cuius, había cedido para el hijo.

Durante la fase imperial y en tiempo de Marco Aurelio se da a conocer la existencia de la relación padres-hijos conceptuándose -- los derechos y deberes de alimentación en forma recíproca, y en general los derechos y deberes mutuos.

Para concluir con el tema respecto al poder del paterfamilias, hago una transcripción de un resumen que viene a comprobar aún más la autoridad absoluta que éste tenía sobre sus descendientes:

"El derecho sobre la vida, significaba más bien, la facultad de disponer acerca de las pertenencias del descendiente; el paterfamilias pues en virtud de su derecho sagrado, inspirado en los Penates (llamaron así los antiguos a los cinco dioses que aguar-

daron el nacimiento de un romano, el primero era el Dios Vaticano quien ayudaba al recién nacido a emitir el primer va-gido de su vida, dándo de esta manra la tan discutida señal proculayana de la vida; esperaron también al recién nacido las tres parcas: las Diosas Noire, Nonal y Décima, y también la Diosa Levana) podía de cidir acerca de la suerte de sus descendientes crecidos ya, o recién nacidos, por medio de exposición y venta.

El paterfamilia de la monárquica y republicana Roma, podía vender y recobrar de nuevo a su hijo, ad libuum, por lo menos hasta la promulgación de la Ley de las XII Tablas, que impuso una limitación cuantitativa, estableciendo la ipso jura, extinción de la patria potestad, en caso que la venta del mismo hijo, llegara a ser la tercera.

También el paterfamilia tenía derecho de dar muerte a sus descendientes. El excesivo rigor paternal durante mucho tiempo, fue con siderado como reconocimiento directo de la primacía de la patria potestad, al frente de los vínculos cognaticios de la familia. -- Sin embargo, el Estado muy pronto se dió cuenta de los peligros que significaba la patria potestad no reglamentada, y para prevenir y evitar los abusos frecuentes, tenía que intervenir.

El primer acto, fue la priveción del derecho de dar muerte a sus hijos, lamentablemente el Estado por otro lado degrada al paterfamilia, pues el quitar su derecho de ser juez con la pena capital, lo dejaba ser un simple verdugo de sus hijos, en servicio del omni

potente y cada vez más potente estado teocrático.

La patria potestad era absoluta y relativa. Absoluta, por cuanto a la adquisición realizada por el hijo, éste resultaba ser como simple medio, pues todo lo que adquiría pertenecía al padre. Al otro lado, al instituirse los peculios, el mismo poder comenzó a debilitarse, tomando un carácter cada vez más relativo. Las clases de peculio eran: Peculio Profecticio, porque era producto de la voluntad del padre. Este peculio el hijo podía venderlo, pero no donarlo. Peculio Castrense, que aseguraba al hijo cierta independencia patrimonial, pues estos bienes adquiridos por el filius familiae, por medio de su servicio militar (botín, reperto de tierras, etc.) el hijo podía ya enajenar a título honoroso o gratuito y disponer sobre ellos también mortis causa (testar). Peculio Quasi-Castrense, bienes adquiridos por el filius familiae, en virtud de su salario, honorarios como digna recompensa por las funciones y actuaciones públicas realizadas en cargos o en el servicio de la defensa de los particulares." (12)

5.- ASPECTOS PATRIMONIALES DE LA PATRIA POTESTAD.

El estar sujeto a la patria potestad, tenía como consecuencia someterse al aspecto patrimonial como lo enfocaba el Ius Civile, favoreciendo en todos los beneficios al paterfamilias. Esto es que él era el único que gozaba de la adquisición de las riquezas, bien fuera en dinero o bienes adquiridos por medio de su esposa, hijos, esposos de sus hijas (cuando se casaban cum manue) y esclavos. El

(12) Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. Cit. Pag.

hijo era un instrumento de adquisición de riquezas para el paterfamilias, ya que se le daba al hijo el llamado peculio profecticio, - que consistía en otorgarle bienes para que los administrara en el comercio o en industrias, siendo el único propietario de los mismos el paterfamilias y el disfrute o administración que hiciese de ellos podía revocarlo el padre cuando así lo dispusiere. Tampoco podía enajenar los bienes, y por último a la muerte del hijo, el cúmulo de bienes obtenidos pasaban a formar parte de la riqueza patrimonial del pater.

Posteriormente se crearon varios tipos de peculio para favorecer al filius-familias, desde el disfrute hasta la disposición de los mismos por testamento. Más tarde, se le concedió el derecho de enajenación por actos inter-vivos.

Estos fueron otros tipos de peculio que existieron:

"Peculio Castrense.- Surge en virtud de disposiciones dictadas por Augusto y sus sucesores, y estaba constituido por los bienes adquiridos por el filius-familias en el ejército.

Peculio Quasi-Castrense.- Aparece en el Bajo Imperio, como una consecuencia del desarrollo de la burocracia a sueldo del Estado, el filius-familias, funcionario de la corte. En época de Justiniano, y más tarde por sucesivas ampliaciones, todos los empleados remunerados y el clero Cristiano, fueron asimilados, en cuanto a los bienes adquiridos como resultado de su función al filius-familias militar.

Peculio Adventicio.- Se instituye en época de Constantino, el -- cual estableció que los bona materna, es decir los bienes que el hijo heredara de su madre, no siguiesen el régimen general de -- absorción por el patrimonio paterno - que como dijimos tenía lugar respecto de todas las adquisiciones del filius-familia - sino que fuesen reservadas al hijo, o sea que el padre no tuviese en ellos más que el usufructo y la administración, perteneciendo la propiedad al hijo." (13)

Posteriormente fueron acrecentándose los derechos de capacidad de adquisición del filius-familia, al grado de permitirsele la propiedad de sus adquisiciones, sin importar la procedencia de las mismas con excepción de las obtenidas con el dinero o a costa -- del padre, o de los bienes entregados por un tercero al mismo, - por gratitud o consideración.

6.- EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad se extinguía por varios motivos: La diffamatio era una forma de separación del marido y la mujer, perdiendo éste la patria potestad de la misma; la emancipación, o sea la venta - ficticia hecha por tres veces, liberándose así de la patria potes-
tad; por el casamiento de una hija Cum Manu; por adopción de otro paterfamilia; por haber sido elegida como sacerdotisa para el cul-
to de la Diosa Vesta y a los varones cuando eran elegidos sacerdo-

(13) Arias Ramos J. Ob. Cit. Pags. 708 y 709.

tes de Júpiter; "por la muerte del padre, por la muerte del hijo, por disposición judicial como castigo del padre (en caso de prostitución de una hija)." (14)

(14) Floris Margadant S. Guillermo. Ob. Cit. Pag. 206.

CAPITULO II

LA PATRIA POTESTAD EN MEXICO

**EPOCA PRECORTESIANA - EPOCA COLONIAL - EPOCA DEL MEXICO
INDEPENDIENTE - CODIGO CIVIL DE 1870 - CODIGO CIVIL DE
1884 - LEY DE RELACIONES FAMILIARES - LEGISLACION ACTUAL**

La patria potestad, que puede definirse como el conjunto de derechos y obligaciones que la Ley confiere a los ascendientes en relación con la persona y bienes de sus descendientes, es una de las instituciones más antiguas de que se tiene noticia en el campo jurídico. Como se ha visto en el capítulo anterior, tiene sus orígenes en Roma, y dió oportunidad al padre de ejercer en la -- primera época del Derecho Romano, derecho de vida y muerte de -- aquellos que estaban bajo su dominio. Aún en la segunda etapa -- del referido Derecho Romano, la reglamentación de la potestad -- fue sobre bases de severidad, que siguieron permitiendo mantener la unidad familiar, constituyendo, el grupo, una asociación fuertemente estructurada y unida, al grado de no ser únicamente un conjunto de personas unidas por razón de parentesco, sino una entidad de carácter político y religioso, por ser el padre el Jefe del Culto Familiar.

De aquella época al presente, la historia de la institución familiar de nuestro interés, ha ido evolucionando. Aún en las legislaciones más conservadoras como la Española, el excesivo rigor -- aparece atenuado; el antiguo derecho de corrección, llevado autorizadamente al extremo de imponer al hijo sanciones con riesgo -- de su vida, ha sido mantenido como un derecho de ejercicio moderado, y al quien ejerce la patria potestad rebasa los límites de la prudencia con que puede ejercer castigos, se hace reo del delito de lesiones.

En el antiguo Derecho Germano, las concepciones tanto de la familia como de la patria potestad tuvieron su base en el Derecho Romano, aunque el poder del padre, denominado Munt (que significa - la protección que el padre debía a los miembros de su familia) no era tan absoluto como el dado al paterfamilia romano, ya que aunque también podía ejercer el poder de vida y muerte sobre sus descendientes y esposa, no era la autoridad superior en la familia, pues sobre su poder estaba la del Consejo o tribunal formado por los parientes. La mujer, aunque no ejercía la patria potestad por ser inhábil para la guerra, podía adquirir ésta, a la muerte del padre. En relación a los bienes de la familia, el padre era el -- único propietario de ellos. La evolución del derecho Germánico -- permitió conceptuar la patria potestad, no como un poder sobre la familia, sino como un deber de cuidados y de proporcionar educación al hijo desde el punto de vista psíquico y espiritual.

"Educación es la influencia psíquica (aunque se ejercite con ayuda de medios físicos) con el fin de formar el carácter espiritual pero también en tanto cuanto se manifiesta en la dominación del - cuerpo y en las costumbres de los buenos cuidados corporales. La educación de la descendencia para la aptitud corporal, espiri--- tual y social es deber supremo y derecho natural de los padres, - sobre cuya actuación vela la comunidad estatal." (15)

(15) Kipp Theodor y Wolff Martín. Derecho de Familia. Tomo IV. Vol. II. Relaciones Paternoficiales y Parenteles. Tutela. España. Bosch Casa Editorial Barcelona. 1946. Pág. 43.

El padre tiene el derecho de administración, representación y usu fructo legal en beneficio del hijo, pero en los casos de disposición del patrimonio, deberá intervenir el juez tutelar.

Mucho ha perdido pues, la primitiva concepción de potestad romana, para ganar, por fortuna una reglamentación adecuada a las naturales relaciones entre descendientes y ascendientes.

El interés primordial en este capítulo, es observar la evolución de la patria potestad en México, por lo que analizaremos la relación que existía del padre hacia su familia, desde la época de algunas culturas indígenas, hasta su reglamentación en nuestra legislación vigente.

EPOCA PRECORTESIANA.

Cultura Náhuatl.

En esta cultura, el hogar común constituía para el jefe una especie de patriarcado. La familia, formada por los padres, hijos, --nueros y nietas, habitaban una sola casa, lo que revela el comunismo establecido en varias familias de la misma rama, en donde no existía más autoridad que la paterna (limitada a cada casa) y en donde el padre es el sacerdote y el culto se reduce al hogar. Cuando la familia ya no cabía en una sola casa, los hijos se separaban para formar un nuevo hogar, regido por las mismas costumbres. Esto constituía, de hecho, la única forma de emancipación de los hijos, ya que construyendo una nueva casa, se constituye -

una nueva familia, y por lo tanto, una nueva autoridad. (16)

"Los Nahuas practicaban la poligamia, pero por una ley sabia, el hombre estaba obligado a cultivar un nuevo campo por cada mujer nueva que tomase. De este modo se limitaba prudentemente el abuso y daba el resultado de que solamente los señores principales podían ser polígamos. La mujer que no llegaba pura al matrimonio era repudiada con ignominia y por regla general era admitido el repudio libre por parte del marido, sin que sepamos las circunstancias que acaso se necesitasen para separar a la mujer del hogar común. En este caso los hijos escogían a quien querían seguir, si al padre o a la madre." (17)

Cultura Mexica.

"Se formaba la familia por el matrimonio. En el pueblo Azteca o Mexica, como fué conocido posteriormente, sólo practicaban la poligamia los guerreros distinguidos, y especialmente los reyes tenían muchas mujeres. Supuesto que la Ley reconocía la poligamia, era natural que los hijos de todas las mujeres fuesen legítimos; pero los que ejercían ciertas dignidades tenían que escoger y designar una esposa para tener en ella los sucesores de su puesto, y estos hijos eran los que para el objeto se consideraban legítimos y sólo bajo este aspecto se llamaba ilegítimos a los otros." (18)

(16) Chavero Alfredo. Compendio General de México a Través de los Siglos. Mexico. Editorial del Valle de México, S.A. 2a. Edición. 1974. Tomo I. Pags. 31 y 32.

(17) Chavero Alfredo. Ob. Cit. Pags. 36 y 37.

(18) Vaillant George G. Versión española de Samuel Vasconcelos. La Civilización Azteca Fondo de Cultura Económica. Pags. 97 y 98

Como menciona George C. Vaillant en su libro "La Civilización Azteca", "la educación comenzaba después del destete, en el tercer año. Los padres vigilaban la educación de los hijos y las madres la de las hijas. El Código Mendocino refleja las ideas aztecas -- prevaletentes sobre psicología infantil; hasta los ocho años el principal método de disciplina era la amonestación. De esa edad - en adelante el niño obstinado se exponía a un castigo corporal riguroso." (19)

"Los hijos varones de las familias artesanas eran incitados a trabajar por su propia cuenta desde la edad de 13 o 14 años, y las mujeres ayudaban a sus madres en los quehaceres domésticos, hasta lograr la emancipación por medio del matrimonio, lo que ocurría - entre los 16 y los 18 años en estas últimas y alrededor de los 20 para los varones." (20)

"Como el matrimonio, puede decirse obligatorio, coincidía con la edad de 20 años, hay que creer que a ella salían los hijos de la potestad del padre y se consideraban mayores. Solamente sabemos - que si eran huérfanos, iban a vivir con algún pariente, lo que supone la tutela legítima de la madre, los abuelos y los tíos próximos." (21)

"El padre es raíz y base de la familia -dice el texto Azteca de - Sahagún - y en efecto todo el orden social Azteca desceza en con

(19) Vaillant G. George. Ob. Cit. Page. 97 y 98.

(20) Krickeberg Walter. Las Antiguas Culturas Mexicanas. México. Fondo de Cultura Económica. 1a. Edición en Español. 1961. Pag. 72.

(21) Chavero Alfredo. Ob. Cit. Pag. 394.

cepciones patrilineales. La mujer al casarse pasaba de su propio calpulli (organización de varias familias, cuyo jefe o autoridad era de carácter familiar) al de su marido, y al enviudar con hijos, se casaba generalmente con ella el hermano del muerto. Sólo los hijos varones podían heredar y en caso de no haberlos, heredaba el hermano del padre. El adulterio sólo era punible si lo cometía la mujer, lo que refleja la ideología patrilineal de este pueblo. " (22)

"La patria potestad sólo residía en el padre y era absoluta durante la menor edad del hijo, al grado de que el padre podía darse por esclavo con su descendencia, además si un padre tenía varios hijos y uno de ellos era incorregible, con licencia de los jueces podía venderlo." (23)

En conclusión, los estudios históricos nos permiten deducir, que entre nuestras civilizaciones indígenas, la patria potestad era ejercida exclusivamente por el padre, quien era el jefe de toda la organización familiar y su ejercicio terminaba con la emancipación del hijo por medio de matrimonio, y en algunos casos continuaba mientras el hijo y su familia vivieron en la casa del padre.

(22) Kñickeberg Walter. Ob. Cit. Pag. 70.

(23) Chavero Alfredo. Ob. Cit. Pag. 394

EPDCA COLONIAL.

El antiguo derecho indígena tuvo influencia en la legislación de la Colonia, pero tal influencia viene a desaparecer casi totalmente en la legislación posterior a la Independencia, sobre todo en lo que toca al Derecho Privado.

En "Los Señores de la Nueva España", libro editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, se ve en la "breve y Sumaria Relación", hecha al Rey Don Felipe por el Doctor Alfonso de Zorita, que fue un gran amigo y defensor de los indígenas y notable humanista de su tiempo, el cual cuenta a su Rey la forma de ser de -- los Reyes Aborígenes, no sólo dentro del régimen Colonial, sino -- desde épocas precortesianas. Estos son los primeros datos que conoció el Viejo Mundo al respecto, y forman en realidad un tratado social o un estudio sociológico de la Nueva España, de sus gentes sus usos y sus costumbres, y desde luego, sus relaciones familiares, particularmente en lo que se debe a la obediencia absoluta -- del hijo al padre, disciplina, castidad y otras formas de vida de los más antiguos y primeros mexicanos, aún no mezclada con la cul tura occidental española.

Transcribo algunos párrafos relacionados con la patria potestad, -- que no se llamaba así entonces, pues nadie la menciona como tal, pero que se puede nombrar del dominio de los hijos, según costumbre española, frase que aún se usa cuando se dice "hijo de domi-- nio", es decir, que alguien tiene sobre él la patria potestad, --

que aún no es libre.

"La más común sucesión era por sangre y línea recta de padres a hijos. No sucedían las hijas, sino el hijo mayor habido en la mujer más principal que entre todas las demás tenía el señor para este efecto conocida, y era la más respetada de las otras y de todos sus vasallos, y si alguna había que fuese de las señoras de México, ésta era la más principal, y su hijo el sucesor, siendo para ello, y lo mismo era en toda su tierra, y en Tezcoco y Tacuba y en las provincias e ellos sujetas.

Si el hijo no tenía habilidad para gobernar, el padre señalaba uno de los otros, el que le parecía más hábil y suficiente para que le sucediese, teniendo siempre en cuenta el respeto a los hijos de la mujer principal, para esto y para todo." (24)

"En criar a sus hijos, así los señores y principales como los plebeyos, y en doctrinarlos y castigarlos, había gran vigilancia y cuidado, y por la mayor parte aún los hijos de los señores los criaban sus madres." (25)

"En habiendo cinco años los hijos de los señores, los mandaban llevar al templo para servir en él, para que allí fuesen doctrinados y supiesen muy bien lo que tocaba al servicio de sus dioses, y los criaban con mucho castigo y disciplina, y ellos eran los primeros en todo, y el que no andaba muy diligente en el --

(24) De Zorita Alfonso. Los Señores de la Nueva España - Breve y Sumaria Relación. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2ª. Edición. 1963. Pag. 12.

(25) De Zorita Alfonso. Ob. Cit. Pag. 61.

servicio era muy castigado. Estaban en este servicio hasta que se casaban o eran ya en edad para ir a las guerras." (26)

Se ve claramente el poder absoluto del padre respecto al hijo, el que era considerado al nivel de una pertenencia.

Pero en otros lugares de América, las relaciones de padre e hijo eran salvajes. Al efecto transcribo otro párrafo del libro enunciado anteriormente:

"Y aconteció que indios que iban cargados mataban a las criaturas que llevaban a los pechos, y decían que no podía con ellas y con la carga, y que no querían viniesen sus hijos a pasar el trabajo que ellas pasaban." (27)

Durante la Colonia, rigieron varias clases de leyes: las propiamente españolas, las dictadas en forma especial para las colonias, las que regían sólo para la Nueva España y las indígenas.

Al estudiar las Leyes Españolas, en relación a la patria potestad, nos referiremos al más antiguo de los códigos de nuestra Madre Patria, que es el Fuero Juzgo, que contiene muy pocas disposiciones acerca de la patria potestad, la cual pertenecía al padre.

Los padres al ejercitar el derecho de dar muerte a sus hijos, el legislador dictaba: que se le impondría como la pena de las cosas e impone también a los padres infanticidas o que hicieran abortar la pena de ceguera o muerte. (28)

(26) De Zorita Alfonso. Ob. Cit. Pág. 61.

(27) De Zorita Alfonso. Ob. Cit. Pág. 141.

(28) Fuero Juzgo (Ley 7a. Título III. Lib. IV)

La exposición de los hijos se pena con la pérdida de la patria - potestad, obligando a rescatar al hijo de quien lo tuviere en su poder y si no estuviere con quien el padre lo expuso, queda el - padre como siervo en su lugar, y si no quisiera hacerlo, deberá ser extrañado del reino permanentemente. (29)

"La patria potestad en este código, era ejercida, muerto el pa-- dre por la madre, hasta que los hijos hubieran cumplido 15 años, siempre que élla quisiera y no pasara a segundas nupcias, en cu- yo caso habiendo otro hijo de 20 a 30 años de edad, a él corres- pondería la patria potestad. Cuando no existía tal hermano, o no reuniera los requisitos exigidos, ejercía la tutela el tío o su hijo, en caso de que estos parientes no pudieran ejercerla, el - juez debería otorgarla a cualquier otro que él designase.

Ni el padre, ni la madre o los otros parientes en su caso, po-- drían gastar los bienes del menor, de los cuales les pertenecía la décima parte de los frutos, a cuyo efecto debían formular in- ventario ante testigos, y estaban obligados a la restitución, en caso de pérdida por negligencia.

El Fuero Juzgo concedió como lo hemos expuesto la patria potes-- tad a la madre, en defecto del padre, en el mismo sentido se deg-- tacan el Fuero Real, el Fuero Viejo, y los fueros de Cuenca y -- Placencia." (30)

Pasaremos a examinar las Leyes de Partidas, posteriores al fuero

(29) Fuero Juzgo (Ley 1a. Tit. IV. Lib. V.)

(30) Romero V. y Girón A. Instituciones Jurídicas, Políticas y - Sociales Españolas. España. Instituto Editorial Reus. 1918
Pag. 333.

Juzgo. Estas Leyes de las Siete Partidas, operaron una verdadera reacción en esta materia, copiando las leyes romanas, ya con las reformas hechas por los emperadores cristianos, hasta Justiniano, por lo que aunque el poder doméstico ha dejado de ser la austera representación de los crueles derechos concedidos al paterfamilias vuelve otra vez a extenderse aún a los más remotos descendientes con tal de que sean legítimos. Sin consideración alguna a la independencia que da el matrimonio, y a pertenecer exclusivamente al padre, con absoluto alejamiento de los parientes de la madre. "El castigamiento, dice una ley de las Siete Partidas, que debe hacerse con mesura y piedad; otra expresa que el padre tiene el derecho a demandar en juicio y tomar a su poder al hijo que anduviere vagando por la tierra no queriendo obedecerle. Además se separan las disposiciones de las Siete Partidas de las procedentes, en lo que atañen al ejercicio de la patria potestad, por -- parte de la madre, ya que niégasele rotundamente, siendo exclusivamente derecho del padre, limitando a los hijos legítimos, que son de casamiento, pues ni los naturales, ni los incestuosos son dignos de ser llamados hijos, porque son engendrados en gran pecado." (31)

En relación a los bienes, el derecho antiguo español siguió fielmente al Derecho Romano, tanto en la clasificación y definición de los peculios, como en los derechos y obligaciones respectivas

(31) Romero V. y Girón A. Ob. Cit. Pag. 338.

del padre y el hijo, con excepción del usufructo del peculio adventicio que el padre conservaba solamente hasta que el hijo se casaba y cuya mitad continuaba perteneciéndole después de emancipado.

Dentro de los múltiples cuerpos legales, decretos y leyes de las Cortes de España que estuvieron en vigor durante la dominación española, encontramos las Leyes de Toro, en las cuales, en relación a la patria potestad consideran libres o emancipados a los hijos que contrajesen matrimonio de acuerdo con los ordenamientos de la Madre Iglesia. (32)

EPOCA DEL MEXICO INDEPENDIENTE.

En nuestro País, después de consumada la Independencia, siguieron rigiendo en materia civil Las Partidas, hasta el año de 1857, en que el presidente Juárez promulga las Leyes de Reforma en Veracruz, encargando al mismo tiempo a Don Justo Sierra, la redacción de un proyecto de Código Civil que se concluyó en 1861. Este proyecto de Código Civil o Código del Imperio como se le conoce, no entró en vigor, pero influyó grandemente en la redacción del Código Civil de 1870, sin embargo, antes de hablar de este Código, -- que fué el primero establecido para el México Independiente, es necesario mencionar que en el año de 1828, se promulgó el Código de Oaxaca, Estado al que se considera la cuna de la codificación Iberoamericana, y del cual transcribo los artículos referentes a la patria potestad:

(32) Mateos Alarcón Manuel. Lecciones de Derecho Civil. México. - Imp. de Diaz de León, Suca., S.A. 1893. Pag. 273.

"TITULO DECIMO" - de la patria potestad

231. El hijo en toda edad debe honor y respeto a su madre y padre.
232. El permanece bajo la patria potestad, hasta su mayoría de -- edad o emancipación.
233. Sólo el padre ejerce esta autoridad paternal durante el ma-- trimonio. Por muerte o ausencia del padre, la ejercerá la ma-- dre.
234. El hijo no puede dejar la casa paterna sin la licencia de su padre, y por muerte o ausencia de éste, sin la licencia de -- su madre; a menos que sea por su alistamiento voluntario en la milicia permanente o activa, después de la edad de dieci-- seis años.
235. El padre y madre podrán castigar los defectos de sus hijos -- con penas correccionales, pero sin cometer excesos de crueldad.
236. Si los hijos cometiesen desórdenes que merezcan un castigo -- más serio, su padre o madre podrán hacerlos arrestar desde -- un mes hasta tres. El alcalde del domicilio dará la orden de arresto en virtud del requerimiento del padre o madre; quienes quedarán obligados a ministrar al hijo arrestado los ali-- menos convenientes.
237. El padre o la madre quedarán en libertad de abreviar el tiem-- po del arresto de sus hijos.
238. Si el hijo, que el padre o la madre dispusiere que sea arres-- tado, no fuere del presente matrimonio, el alcalde con cono--

cimiento de causa dará o negará la orden de arresto.

239. Los padres y madres de hijos naturales reconocidos legalmente ejercerán sobre estos la autoridad de corregirlos como queda prevenido en los artículos anteriores.

240. El padre, durante el matrimonio o por muerte de uno de los cónyuges, al que sobreviva, tendrá el usufructo de los bienes de sus hijos, hasta que éstos lleguen a la edad de la mayoría o hasta su emancipación.

241. Las cargas de este usufructo serán:

Primero. Aquellas a que están obligados los usufructuarios.

Segundo. Los alimentos, manutención y educación de los hijos según su fortuna.

Tercero. El pago de los réditos o intereses de los capitales.

Cuarto. Los gastos de la última enfermedad y el funeral.

242. Este usufructo no tendrá lugar en favor del padre o de la madre, contra quien haya sido pronunciado el divorcio. Cesará también respecto de la madre que pase a segundas nupcias.

243. No gozarán el padre ni la madre del usufructo de los bienes que sus hijos adquirieran por una industria o trabajo que ejerciesen separadamente de sus padres.

244. Tampoco tendrá el usufructo de los bienes dados o legados a sus hijos, bajo la condición expresa de que sus padres no gozaren de ellos." (33)

(33) Código de Oaxaca. Título X. (de la patria potestad). 1828.

CODIGO CIVIL DE 1870.

Siendo Presidente de la República el Sr. Lic. Benito Juárez, nombró una comisión compuesta por los Licenciados Mariano Vázquez, José Ma. Lafragua, Isidro Montiel y Rafael Dondé, para que formularan el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Este Código quedó terminado y se publicó el 13 de diciembre de 1870, pero empezó a regir el 1.º de marzo de 1871, por lo que muchos lo denominan Código de 1871, quedando derogada desde esa fecha toda la legislación antigua en esa materia. La Institución Patria Potestad se encuentra reglamentada en este Código en el libro I, Título VIII, en tres capítulos que comprende los artículos 389 al 429.

Sirvieron de base para la legislación de 1870, los Códigos de Cerdeña, Austria, Portugal y principalmente el de Francia, y los proyectos de España de García Goyena. "La Ley del Matrimonio Civil de 1870 se considera el precedente inmediato del Código Civil, y en ella se concede a la madre la patria potestad." (34)

A continuación transcribo el Título VIII del citado Código Civil:

" TITULO OCTAVO
DE LA PATRIA POTESTAD

De los efectos de la patria potestad respecto de las peras
nas de los hijos.

ART. 389. Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condi
ción, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

(34) Villar y Romero José Ma. Derecho Civil. España. Instituto Edi-
torial Reus. 1943. Pag. 104.

ART. 390. Los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de los ascendientes a quienes corresponde aquella según la ley.

ART. 391. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los hijos naturales legítimos o reconocidos.

ART. 392. La patria potestad se ejerce:

- I Por el padre:
- II Por la Madre:
- III Por el abuelo paterno:
- IV Por el abuelo materno:
- V Por la abuela paterna:
- VI Por la abuela materna.

ART. 393. Sólo por la muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido en el artículo anterior. Esto mismo se observará en caso de renuncia hecha conforme a lo dispuesto en el artículo 424.

ART. 394. Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa del que la ejerce, sin permiso de éste o decreto de la autoridad pública competente.

ART. 395. Al que tiene al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarle convenientemente.

- ART. 396. El padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente.
- ART. 397. Las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de esta facultad de una manera prudente y moderada, cuando sean requeridas para ello.
- ART. 398. En defecto del padre, el ascendiente a quien corresponde la patria potestad, ejercerá la facultad a que se refiere el artículo 396.
- ART. 399. El que está sujeto a patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho.

CAPITULO II

De los efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos.

- ART. 400. El que ejerce la patria potestad, es legítimo representante de los que están bajo de ella, y administrador legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las -- prescripciones de este Código.
- ART. 401. Los bienes del hijo, mientras está bajo la patria potestad, se dividen en cinco clases:
- 1a. Bienes que proceden de donación del padre:
 - 2a. Bienes que proceden de donación de la madre o de los abuelos, aun cuando aquella o alguno de estos -- esté ejerciendo la patria potestad:

3a. Bienes que proceden de donación de los parientes - colaterales o de personas extrañas, aunque estos y los de la segunda clase se hayan donado en consideración al padre:

4a. Bienes debidos a don de la fortuna

5a. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto sea cual fuere.

ART. 402. En la primera clase la propiedad pertenece al hijo y - la administración al padre. Este podrá conceder a équel la administración, y señalarle en los frutos la porción que estime conveniente. Si el padre no hace esta designación, tendrá el hijo la mitad de los frutos.

ART. 403. En la segunda, tercera y cuarta clases la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo son siempre del hijo: la administración y la otra mitad del usufructo del padre. ¿Este podrá sin embargo ceder al hijo la administración o la mitad del usufructo que le corresponde, o una y otra.

ART. 404. Los bienes de la quinta clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

ART. 405. El importe de los bienes de la primera y segunda clase deberá traerse a colación en la división de bienes del respectivo donante.

ART. 406. Los réditos y rentas que se hayan vencido, antes de que

el padre entre en posesión de los bienes cuya propiedad conforme a los artículos anteriores, pertenece el hijo, forman parte del capital de este y no son frutos que debe gozar el padre.

ART. 407. Cuando el hijo tenga la administración de los bienes por ley o por la voluntad del padre, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con las restricciones que establece el artículo 692.

ART. 408. El usufructo de los bienes concedido al padre, lleva con sigo las obligaciones que expresa el capítulo 4o. del - Título 5o. de este libro, y además las impuestos a los usufructuarios, con excepción de la de fianzar.

ART. 409. El padre no puede enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles en que conforme a los artículos 402 y 403 le corresponden el usufructo y la administración o esta sola, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la autorización del juez competente.

ART. 410. El derecho de usufructo, concedido al padre, se extin--
gue:

- 1o.- Por la emancipación o mayor edad de los hijos.
- 2o. Cuando la madre pasa a segundas nupcias
- 3o. Por renuncia.

- ART. 411. La renuncia del usufructo, hecha a favor del hijo, será considerada como donación.
- ART. 412. Los padres no tiene obligación de dar cuenta de su gerencia mas que respecto de los bienes de que fueron meros administradores.
- ART. 413. Los padres deben entregar a sus hijos, luego que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan.
- ART. 414. En todos los casos en que el padre tenga un interes opuesto al de sus hijos menores, serán estos representados en juicio y fuera de el por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

CAPITULO III

De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

- ART. 415. La patria potestad se acaba:
- 1o. Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga:
 - 2o. Por la emancipación:
 - 3o. Por la mayor edad del hijo.
- ART. 416. La patria potestad se pierde:
- 1o. Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho:
 - 2o. En los casos señalados por los artículos 268 y 271.

ART. 417. Los tribunales pueden privar de la patria potestad al - que la ejerce, o modificar su ejercicio, si se trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa o les impone preceptos inmorales o les da ejemplos o consejos corruptores.

ART. 418. La patria potestad se suspende:

1o. Por incapacidad, declarada judicialmente en los casos 2o. y 3o. del artículo 431:

2o. En el caso 1o. del artículo 432 en cuanto a la administración de los bienes:

3o. Por la ausencia declarada en forma:

4o. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión:

ART. 419. Los padres conservan su derecho al usufructo de los bienes del hijo menor, si por demencia han quedado suspensos del ejercicio de la patria potestad.

ART. 420. El padre podrá nombrar en su testamento, a la madre y a las abuelas en su caso, uno o más consultores, cuyo -- dictamen hayan de oír para los actos que áquel determine expresamente.

ART. 421. No gozará de esta facultad el padre, que al tiempo de - morir, no se hallare en ejercicio de la patria potestad aunque el nombramiento, se hiciera en testamento ante-- rior a la pérdida o suspensión de aquel derecho

- ART. 422. Cuando la suspensión se funde en ausencia o locura, valdrá el nombramiento, si se hizo en testamento anterior a la declaración de ausencia o a la enajenación mental.
- ART. 423. La madre o abuela que dejare de oír el dictámen del consultor o consultores, podrá ser privada, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio Público, de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos, a - instancias de aquellos; pero el acto ejercido no se anulará por este solo motivo.
- ART. 424. La madre, abuelos y abuelas pueden siempre renunciar a su derecho a la patria potestad o el ejercicio de esta; la cual en ambos casos recaerá en el ascendiente a quien -- corresponde según la ley. Si no lo hay, se proveerá de - tutor al menor conforme a derecho.
- ART. 425. El ascendiente que renuncia a la patria potestad, no puede recobrarla.
- ART. 426. La madre o abuela viuda, que dá a luz a un hijo ilegítimo, pierde los derechos que el concede el artículo 392.
- ART. 427. La madre o abuela que pasa a segundas nupcias, pierde la patria potestad. Si no hubiera persona en quien recaiga se proveerá a la tutela conforme a la ley.
- ART. 428. La tutela en ningún caso podrá recaer en el segundo marido.

ART. 429. La madre o abuela que volviese a enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, salvo lo dispuesto respecto de bienes sujetos a reserva. " (35)

En la parte expositiva los autores nos dicen que, consideran el Derecho de Patria potestad en el Capítulo I, con relación a las personas, aplicando los principios de justicia que el Derecho Común reconoce para conservar, en bien de la sociedad las relaciones de padres e hijos. Estiman que introducen así una innovación en el derecho de legislar sobre la patria potestad. Expresan: "El Código de las partidas y los posteriores de España, siguiendo literalmente las leyes romanas, quitaron a la madre la patria potestad que el Fuero Juzgo le concedía. Hoy casi todos los Códigos reconocen ese derecho; porque la sociedad moderna ha depuesto ya la antigua prevención contra las mujeres, que diariamente suben en la escala social. Triste era en efecto la condición de la mujer: algunas veces considerada como cosa, y siempre esclava, servía solo en los tiempos anteriores al cristianismo para los brutales placeres del hombre, que nunca la consideró digna de su estimación. La moral cristiana, dulcificando y estableciendo el noble principio de la fraternidad, levantó a la mujer, que en la edad media fué ya una diosa, pero su culto se reducía al amor y a los torneos. En cuanto a derechos civiles su

(35) Código Civil de 1870. Título VIII. Libro I. Cap. I a III.

condición fué casi igual a la en que la dejaron los tiempos de la barbarie; pudiendo asegurarles que hasta los últimos siglos fué cuando realmente comenzó la rehabilitación de la mujer. Y como bien puede decirse que la distinta educación modifica, si no desnaturaliza, los elementos morales de la mujer, no es racional ni justo extender su inferioridad más allá de las materias que exigen conocimientos especiales: y como al tratarse de la vida doméstica, la mujer tiene tanta o más inteligencia que el hombre; y como en fin, el cuidado de los hijos es tanto más eficaz, cuanto más vivo es el sentimiento, no es posible ya hoy negar a una madre el ejercicio del más sagrado de los derechos. Más como la administración de los bienes puede exigir una instrucción superior, se autoriza al padre para que pueda nombrar uno o más consultores, cuyo dictámen haya de oír la madre. La comisión reconoce otras razones de gran peso también. Entre la denegación de la patria potestad y los peligros de su ejercicio, deben aceptarse estos, ya porque no hay acción humana en que no amaguen; ya porque no son absolutos como aquella, y ya enfin, porque los unos son parciales y la otra es universal. Además estos peligros son menores si se toma en cuenta el amor materno, que es el más encendido y tal vez el único verdadero que hay en el mundo. Este noble sentimiento hará que la mujer siga el buen consejo; y si alguna vez obra mal, casi nunca será internacionalmente, lo cual es garantía de acierto. Por otra parte, en nuestra ac-

tual legislación se corren hasta cierto punto los mismos peligros porque pudiendo ser tutora testamentaria la madre, entre la administración sin la trebe del consultor, y puede causar grande malestar a sus hijos. " (36)

La comisión no se contentó con dar^{le} la madre la patria potestad, - sino que la hizo extensiva a los abuelos y abuelas.

Por otra parte pensó que no obstante que en otros códigos, en relación a los bienes existe Consejo de Familia para proteger al menor en la legislación mexicana no lo incluyeron, por ser una institución que no se acomoda a las costumbres del País.

CODIGO CIVIL DE 1884.

Siendo Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, el General Don Manuel González, fué dado este ordenamiento jurídico, el que comenzó a regir el día primero de junio de 1884, desde cuya fecha quedó derogado el de 1870.

Nos dimos cuenta en el estudio del Código anterior, que la Patria Potestad como todas las instituciones jurídicas, se nos presenta evolucionada y distinta, de como estaba reglamentada en las épocas antiguas, se transforma del poder ilimitado, absoluto, vitalicio y cruel, en un poder en beneficio del hijo. Ya no se considera al poder paternal como un conjunto de facultades en favor del padre, -- sino que siguiendo en este aspecto el tratadista de la época Ricardo Couto nos dice: "Dichas relaciones son un conflicto de debe-

(36) Código Civil de 1870..Exposición de Motivos. Page. 22 y 23.

res que, por el hecho mismo de la generación, tiene los padres - respecto de los seres que han engendrado; verdad es que aquellos ejercen determinadas facultades sobre los hijos; pero tales facultades no son, propiamente, medios que la ley otorga a los padres para llenar el cumplimiento de los deberes que la naturaleza les ha impuesto." (37)

La patria potestad forma parte del derecho familiar, y es uno de sus capítulos más importantes, ya que sirve de base para la formación de la familia y de la sociedad.

El Código Civil de 1884, en el Título VIII, capítulos I, II, y - III, artículos del 363 al 402, contienen la regulación de la patria potestad, en forma casi idéntica a la del primer código Civil Mexicano, ya que sabido es que ambos ordenamientos difieren fundamentalmente tan solo en lo que se refiere al principio de - la libre testamentación que fué adoptado por el Código de 1884.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

México sufrió un cambio completo en su evolución económica y social después de la Revolución de 1910, que acabó con los sistemas injustos y anticuados económicos y gubernamentales.

El 5 de febrero de 1917, se promulgó una nueva Constitución que derogó la de 1857, y con fecha 12 de abril de 1917, se proclamó por decreto del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, la Ley de Relaciones Familiares, que empezó a regir el 14 de abril

(37) Couto Ricardo. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Mexico. Editorial Porrúa, S. A. Pág. 293.

de ese mismo año y que derogó entre otros el Título VIII y sus capítulos I, II y III del Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales de 1884.

La idea que se tuvo para la elaboración de las Leyes de Relaciones Familiares, fue la de organizar la familia "sobre las bases más racionales y justas, que elevan a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, de propagar la especie y fundar la familia." (38)

En los considerandos del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Don Venustiano Carranza para la expedición de esta Ley, se expresa: "En cuanto a la patria potestad, no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre, y en defecto de éstos por abuelo y la abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer que, por razones naturales, se ha sacrificado por el hijo, más que el mismo padre y ordinariamente le tiene más cariño; y que asimismo, por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación establecida por el Código Civil, la cual no es sino reminiscencia de los peculios que establecía el Derecho Romano y que solo beneficiaba al padre, por lo cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo con los ascendientes -- que ejerzan la patria potestad, quienes en cualquier caso disfru--

(38) Ley de Relaciones Familiares. Edición Oficial. Tomo V. 4a. - Epoca. Num. 89. Pág. 418.

tarán como remuneración por sus trabajos, la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre ambos ascendientes."(39)

Por tanto se dispuso en el artículo 241 que, "La patria potestad se ejerce:

- 1o. Por el Padre y la madre,
- 2o. Por el abuelo y la abuela paternos,
- 3o. Por el abuelo y la abuela maternos. "

Al artículo 247 nos dice: " los que ejercen la patria potestad - son los legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de la ley. "

"Cuando la patria potestad se ejerce a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo, pero consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá de su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración." Artículo 248.

De lo anterior resulta que el padre sólo tiene que consultar a la madre en los actos de administración, de importancia, pero no se especifica cuáles son esos actos, por lo que para resolverlo tendrán que acudir a un tribunal que será el que decida según -- las circunstancias.

La nueva ley suprime la clasificación que consigna el Código Civil respecto de los bienes del hijo. La razón que da el legislador para ello es que ella "no es sino una reminiscencia de los -

(39) Ley de Relaciones Familiares, Edición Oficial. Tomo V. 4a. época. Num. 89 Pag. 419.

peculios que establecía el Derecho Romano y no tenía más objeto - que beneficiar al padre."

El artículo 252 de la nueva Ley previene: "los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa autorización del Juez complementario. "

Esta reforma es digna de elogio porque tiene a la mejor protección de los intereses del menor, dado que los códigos anteriores, se referían tan solo a los bienes inmuebles olvidando la propiedad mobiliaria, que puede ser tanto o más valiosa que aquella.

Los artículos 257 y 258, también protegen los intereses del menor al ordenar: "siempre que el juez concede licencia a los que ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso pertenecientes al menor, tomaré las medidas necesarias - para asegurar que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destina, y para que el resto se invierta adquiriendo un inmueble, o se imponga con segura hipoteca en favor del menor. " Artículo 257. "Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para asegurar los bienes del hijo, siempre que el que ejerce la patria potestad los administre mal, derrochándolos o haciéndoles sufrir pérdidas de consideración. Estas medidas se tomarán a instancias de la madre o de la abuela, cuando fuere el padre o el abuelo el que administrara, o de los hermanos mayores del menor, o de este mismo cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público." Artículo 258.

El artículo 253 modificó al 383 del Código Civil anterior, dado - que en las causas que extinguan el usufructo no hacer aparecer -- la emancipación, pero esto tal vez se debe a que en la nueva ley la emancipación no produce efectos respecto de los bienes del hijo emancipado, puesto que estos continúan bajo la administración del que ejerza la patria potestad, o del tutor, hasta que el emancipado llegue a la mayor edad.

El código de 1884 en su artículo 393 preceptúa, que: "el padre podrá nombrar en su testamento, a la madre y a las abuelas en su caso, uno o más consultores, cuyo dictamen hayan de oír para los actos que aquel determine expresamente, y el artículo 396 del propio ordenamiento, señala que "la madre o abuela que dejara de oír el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privada, en juicio contradictorio, con denuncia del Ministerio Público, de toda la autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos a instancias de -- aquellos, pero el acto ejercido no se anulará por este solo motivo."

El legislador de 1917, partiendo de la idea de que ambos esposos son jurídicamente iguales en el matrimonio, y de que la mujer ha dejado de tener la inferioridad con que estaba considerada, le -- quitó al padre el derecho consagrado en los preceptos anteriormente transcritos.

También se reformó el artículo 397 que disponía: "la madre, abuelos y abuelas pueden siempre renunciar a su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta, la cual en ambos casos recaerá -

en el ascendiente a quien corresponde según la Ley. Si no la hay se proveerá de tutor al menor conforme a este derecho", y lo sustituye por el artículo 264, según el cual: "los abuelos y abue-- las pueden siempre renunciar a su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta, la cual en ambos casos recaerá en el ascen-- diente o descendiente a que corresponda, según la Ley. Si no lo hubiere se proveerá a la tutela del menor conforme a derecho." - La ley priva a la madre del derecho de renunciar al ejercicio de la patria potestad, y sólo se los concede a los abuelos y abue-- les.

En la Ley de Relaciones Familiares, tratan de la patria potestad los artículos 236 al 267 comprendidos en los capítulos XV, XVI y XVII. Hemos mencionado únicamente los que modifican las disposi-- ciones ya establecidas en el Código de 1884, que fue derogado -- con la aparición de esta Ley.

CODIGO CIVIL DE 1928.

Siendo Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Don Plutarco Elías Calles, se formuló el Código Civil para el -- Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Ma-- teria Federal, aprobado el 30 de agosto de 1928, y que entró en vigor el día 10. de octubre de 1932. Este Código derogó la Ley - de Relaciones Familiares, la cual quedó incorporada al mismo. La reglamentación de la patria potestad, se encuentra en el Título VIII, Capítulos I a III, Artículos 41. a 448.

Transcribo a continuación los artículos relativos a la patria potestad, haciendo unos breves comentarios sobre las modificaciones que se observan con la legislación anterior:

TITULO OCTAVO
De la patria potestad
CAPITULO I

De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos.

ART. 411. "Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes." Este principio de respeto se remota, no únicamente a la Ley de Relaciones Familiares, sino que ya lo observamos establecido en el Código Civil de 1870.

ART. 412. "Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras existe alguno de los ascendientes que deben ejercerla conforme a la Ley." No ha sufrido modificación. Artículo 237 LRF.

ART. 413. "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y la educación de los menores, a las modalidades que le imprimen las resoluciones que se dictan, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delicuencia Infantil en el Distrito Federal." Se agrega la segunda parte de este párrafo para reglamentar la guarda y educación de los menores de acuerdo a las disposiciones que dicta el Estado. Desaparece la clasificación de "hijo"

y reglamenta por separado al hijo adoptivo. (Art. 238 LRF)

ART. 414. "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio, se ejerce:

- I Por el padre y la madre
- II Por el abuelo y la abuela paternos.
- III Por el abuelo y la abuela maternos. "

Se agregue el término "hijos de matrimonio" para hacer exclusivo este artículo de los que posean esta condición, y reglamenta por separado en los artículos que a continuación se transcriben, a los hijos nacidos fuera de matrimonio. (Referencia ART.239 LRF)

ART. 415. "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. Si viven separados se observará a lo dispuesto en los artículos 380 y 381."

ART. 416. " En los casos previstos en los artículos 380 y 381, - cuando por cualquiera circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro. "

ART. 417. "Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta -- los intereses del hijo." Al tratar por separado a los hijos de matrimonio de los que no lo son, puede dar la impresión en el artículo 414 que se hace una excepción, sin embargo la idea del legislador fué la de equiparar jurídicamente a estos últimos con --

los primeros, motivo por el cual se establecen los artículos 415 a 417.

ART. 418. "A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso."

Reglamenta este artículo el ejercicio que los abuelos paternos - o maternos deberán ejercer sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio, de igual modo que se hace con los hijos de matrimonio.

ART. 419. " La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten." Con este artículo se libera a los ascendientes del adoptante de los deberes de la patria potestad hacia el adoptado.

ART. 420. "Solamente por falta de impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes -- corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho." (Ref. Art. 240 LRF)

ART. 421. "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente." (Ref. Art. 241 LRF)

ART. 422. "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando -- llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las -- personas de que se trate no cumplen esta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponde."

Para una protección mayor al menor, se adicionó la segunda parte del párrafo que comprende este artículo. De esta manera el estado previene su intervención si los que ejercen la patria potestad no cumplen debidamente con esta función. (Ref. Art. 242 LRF)

ART. 423. "Para los efectos del artículo anterior los que ejercen la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta -- que sirva a éstos de ejemplo. Las autoridades en caso necesario auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente." Se modifica el segundo párrafo del artículo 242 de la Ley de Relaciones Familiares dejando el castigo mesurado a las faltas de los hijos que en dicha ley se confería al que ejercía la patria potestad, a las autoridades competentes, y además adiciona en la nueva ley, la obligación de observar buena conducta que sirva de ejemplo al hijo.

ART. 424. "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez." Se agrega a lo que establecía el artículo 244 de la LRF, la facultad del juez de intervenir, en caso de ser necesario.

CAPITULO II

De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo.

ART. 425. "Los que ejerzan la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código." (Ref. Art. 245 LRF)

ART. 426. "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración." Se modifica el artículo 246 de la -- LRF, dejando en libertad a la pareja que ejerza la patria potestad para decidir cuál de ellos será el administrador en vez de estipular como se hacía en la legislación anterior que debía ser precisamente el padre o el abuelo, es decir, se concede a la mujer la facultad de administrar. Esta decisión del legislador coloca a la mujer en un plano de igualdad con respecto al hombre en el ejercicio de la patria potestad. También se agrega en este artículo a los -- adoptantes, colocando así al hijo adoptivo en igualdad de derechos que los hijos de matrimonio.

ART. 427. "La persona que ejerza la patria potestad representará - también a los hijos en juicio, pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su -

consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente." Se refiere al segundo párrafo del artículo 246 de la LRF, modificando, igual que en el artículo anterior, el derecho que se otorgaba exclusivamente al varón.

ART. 428. "Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

I Bienes que adquiere por su trabajo;

II Bienes que adquiere por cualquier otro título.

La clasificación de bienes que se estipulaba en legislaciones anteriores a la Ley de Relaciones Familiares y que en esta última desaparece, generalizando los bienes del menor, se retorna en este código, ante la necesidad de fijar los derechos de administración y usufructo que poseen los padres o los que ejercen la patria potestad sobre los bienes del hijo.

ART. 429. "Los bienes de la primera clase, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo." Este artículo priva al que ejerce la patria potestad de la administración y la mitad del usufructo que la legislación anterior le concedía, cuando los bienes del menor sean adquiridos precisamente por su trabajo. (Ref.- Art. 247 LRF).

ART. 430. "En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejercen

la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto - que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto." En este artículo se concede la mitad del usufructo de los bienes mientras dure la administración, tal como lo estipulaba el Artículo 247 de la LRF, a las personas que ejerzan la patria potestad, condicionando a que si los bienes fueron recibidos por herencia o donación, se respete la voluntad del testador o donante; siempre y cuando los bienes no fueran adquiridos por el trabajo del hijo.

ART. 431. "Los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda."

ART. 432. "La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo, se considere como donación." (Ref. Art. 252 LRF)

ART. 433. "Los réditos y las rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste y en ningún caso serán frutos de que debe gozar la persona que ejerza la patria potestad." Hace extensivo este derecho a los hijos adoptivos. Ref. Artículo 248 de la LRF)

ART. 434. " El usufructo de los bienes concedidos a las personas -

que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que exprese el Capítulo II del Título VI, y además las impuestas a -- los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza -- fuera de los casos siguientes:

- I Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados;
- II Cuando contraigan ulteriores nupcias;
- III Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para -- los hijos. "

Este artículo modifica el 249 de la LRF estipulando los casos en los cuales el usufructuario no podrá eximirse de la obligación de dar fianza. Esto es con el propósito de proteger los intereses del menor y en cuyo caso el juez tiene la facultad de tomar las medi--das necesarias para que se cumplimente la obligación de proporcionar alimentos y que los bienes del menor no se derrochen o disminu--yan.

ART. 435. "Cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo -- tenga la administración de los bienes se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces."

Se concede al hijo el derecho de administración de sus bienes, por efectos de la ley o deseo del padre.

ART. 436. "Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar, ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles pre--

ciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente. Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; 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; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos." Se agrega el segundo párrafo de éste artículo a lo que ya estipulaba en el 250 la LRF. Esta -- invención permite proteger al menor sobre el usufructo adelantado de los bienes que pudiera percibir el que ejerce la patria potestad, y que pudiera ir más allá del tiempo que ejercitara esta facultad comprometiendo así los intereses del menor, y de igual forma hace más amplia la protección hacia los bienes de otro tipo.

ART. 437. "Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor. Al efecto el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial". Se hace más precisa la protección que ya se establecía en el Artículo 255 de la LRF, obligándo ha -

depositar el precio de la venta en una Institución bancaria, en el caso de que la misma haya sido autorizada por el juez, para que la autoridad competente verifique el bueno uso del producto de dicha venta.

ART. 438. "El derecho de usufructo concedido a las personas que -- ejercen la patria potestad, se extingue:

- I Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;
- II Por la pérdida de la patria potestad;
- III Por renuncia. "

Se establece la emancipación derivada del matrimonio, para que el hijo, al contraerlo, pueda entrar en posesión de sus bienes, aunque no tenga la mayoría de edad. En la LRF, el artículo 251 no incluía este derecho, por lo que un hijo menor de edad al casarse lo graba emanciparse con respecto a su persona, más no así con sus -- bienes, que seguían estando bajo la potestad de quien la ejerciese hasta que el hijo llegara a la mayoría de edad, que según el Capítulo XIV, Artículo 235 de la referida Ley, era a los 21 años.

ART. 439. "Las personas que ejercen la patria potestad tienen la - obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de - - los hijos." Hace más precisa la estipulación que se hacía en el artículo 253 de la LRF, donde sólo se podía obligar al que ejerciese la patria potestad a rendir cuentas de los bienes que no fuesen su yos. Ahora se expresa la obligación de dar cuenta de su administra

ción de los bienes de los hijos.

ART. 440. "En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos serán estos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso" . (Ref. Art. 253 LRF)

ART. 441. "Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochan o se disminuyan. Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso." (Ref. Art. 256 LRF)

ART. 442. "Las personas que ejercen la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen."

CAPITULO III

De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad

ART. 443. "La patria potestad se acaba:

- I Con la muerte de quien la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga;
- II Con la emancipación derivada del matrimonio
- III Por la mayor edad del hijo. "

(Ref. Art. 257 LRF)

ART. 444. "La patria potestad se pierde:

- I Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 263;
- III Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;
- IV Por la exposición que el padre o la madre hicieran de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses. "

Se adiciona a los establecido en los artículos 259 y 260 de la LRF, la pérdida por abandono por más de seis meses al hijo, y por delitos graves que origin más de dos veces la condena del que ejerce la patria potestad.

ART. 445. "La madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad."

El art. 265 de la LRF establecía que la madre o abuela que contrajera segundas nupcias perdería la patria potestad, aunque la recuperaría después si volvía a quedar viuda (art. 267 LRF), este precepto desaparece, como también se omite la pérdida de esta facultad en los casos que la madre o abuela vivan en mancebía o den a

luz a un hijo ilegítimo, aunque de igual modo que se le negaba al nuevo marido la tutela (art. 266 LRF), en esta legislación se le niega el derecho de ejercer la patria potestad de los hijos del matrimonio anterior de su esposa como lo veremos en el artículo siguiente.

ART. 446 "El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior."

ART. 447. "La patria potestad se suspende:

- I Por incapacidad declarada judicialmente;
- II Por la ausencia declarada en forma;
- III Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. "

Retifico lo establecido en el artículo 260 de la LRF, sin embargo, desaparece el derecho de usufructo que el padre conservaba sobre los bienes del menor, en caso de que le hubiesen suspendido ese derecho por demencia.

ART. 448. "La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño. "

En la Ley de Relaciones Familiares se permitía a los abuelos el derecho de renunciar al ejercicio de ésta y no podrían recobrarla posteriormente, (Art. 262 y 263 LRF). En nuestra legislación actual como se ha visto en este artículo, la patria potestad no es renun-

ciable por tratarse básicamente de un principio de deberes y obligaciones, únicamente pueden excusarse de ejercerla, de acuerdo a los dos casos que cita el artículo 448.

Como se desprende de la revisión que hemos practicado en este capítulo; en la actualidad la Ley no impone a los titulares de la patria potestad, sino una serie de cargas y deberes consistentes en síntesis, en la guarda y cuidado de la persona del menor, su sostenimiento, su educación, su representación y la administración de sus bienes, lo que permite robustecer nuestro punto de vista de que la patria potestad es sólo una obligación y aunque se tenga por quienes la ejercen el derecho de corregir a los menores en forma moderada, esta atribución no se explica sino en razón de la necesidad de que los titulares tengan autoridad para que puedan cumplir con las obligaciones que tienen; el artículo 423 del Código Civil preceptúa, que los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente y en ello deben auxiliarios las autoridades.

CAPITULO TERCERO

EL DIVORCIO EN MEXICO Y SUS EFECTOS

Aspecto Histórico del Divorcio en México - Epoca Precortesiense - Epoca Colonial - Epoca del México Independiente - Código Civil de 1870 - Código Civil de 1884 - Ley de Relaciones Familiares - Código Civil de 1928 - Efectos del Divorcio en nuestra Legislación.

ASPECTO HISTORICO DEL DIVORCIO EN MEXICO

EPOCA PRECORTESIANA.

Desgraciadamente el estudio de la época Precortesiana de nuestra historia en materia del tema tratado en este capítulo, es poco - precisa, ya que encontramos pocos datos que nos proporcionen un criterio definido al respecto.

Los pueblos que habitaron el Anáhuac, tenían en general costum-- bres similares, existiendo diversos ritos en relación con el ma- trimonio y como regla general existía la poligamia entre sus ha- bitantes, lo que nos impide determinar con precisión la existen- cia del divorcio.

Entre los Mayas pobladores de la región del sur de nuestro terri- torio, existía con verdadera formalidad el matrimonio y la única forma de disolverlo era por el repudio de los cónyuges.

"El señor Ancona precisa perfectamente en relación con las Leyes de carácter civil de los Mayas, afirmando que tenían disposicio- nes concernientes al estado civil de las personas, a las heren-- cias y a los contratos. Dice que el matrimonio sólo podía cele- brarse con una mujer y que si los misioneros creyeron encontrar huellas de poligamia, fue porqué el divorcio era permitido y no era remoto en dar con dos o tres mujeres que pretendiesen serlo del mismo marido." (40)

(40) Chavero Alfredo. Ob. Cit. Pag. 200

Entre los Aztecas el matrimonio no tenía los caracteres de indis-
olubilidad y perpetuidad, este podía disolverse en vida de los con-
sortes por una resolución de autoridad moral que estaba deposi-
ta en manos de la clase sacerdotal, basada en causas determinadas.
"El divorcio era consentido, pero no autorizado, más nosotros en-
contramos juicios de divorcio en las pinturas, y Zorita dice que
eran raros y que los jueces procuraban conformar a los esposos y
reprendían ásperamente al culpado; de donde deducimos que tanto -
el marido como la mujer podía pedir el divorcio y que se autORIZA-
ba por sentencia judicial. No sabemos si era absoluto ni que pasa-
ba con los hijos, pero por lo que hemos visto en otros pueblos, -
podemos suponer que los divorciados quedaban libres para casarse
otra vez, que los hijos varones vivían con el padre y las hembras
con la madre." (41)

Las causas de divorcio eran las siguientes:

"Para el hombre:

- I La esterilidad de la mujer.
- II La pereza de la esposa.
- III Ser la esposa desaseada y sucia.
- IV Ser pendenciera
- V La incompatibilidad de caracteres.

Para la Mujer:

- I Los malos tratos físicos.
- II El no ser sostenida por el marido
en sus necesidades.
- III La incompatibilidad de caracteres." (42)

(41) Chavero Alfredo. Ob. Cit. Pag. 394.

(42) Alba Carlos H. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y
el Derecho Positivo Mexicano. Edición del Instituto Indige-
nista Interamericano. 1949. Pag. 37.

Cabe afirmar que los aztecas tuvieron un régimen consuetudinario imperante en cuanto a las relaciones familiares se refiere, que resistía un análisis jurídico cuyo saldo necesariamente sería positivo.

Por otra parte, Macedo en su prólogo a la traducción del libro de Kholer "El Derecho de los Aztecas", dice: "Que el derecho de esta época es tan impreciso que no ha dejado huella alguna en el Derecho Nacional Mexicano." (43)

En la Cultura Mixteca, "Para celebrar el matrimonio era esencial que los esposos no fuesen parientes. No se daban dotes a las hijas, pero el pretendiente tenía que regalar a la novia según su estado. Practicaban la poligamia y castigaban el adulterio con la muerte de ambos criminales, y el marido ejecutaba la sentencia." (44)

Por lo anterior, es de suponerse la existencia del divorcio en los pueblos aborígenes, sin poder afirmar en forma concreta si estaba reglamentado por medio de leyes o si la repudiación de uno de los cónyuges suponía ésta.

Es innegable el primitivismo jurídico que formaba el derecho de los diferentes pueblos mexicanos, y de ahí que no se pueda hablar con propiedad de legislaciones ni de progresiones legislativas. Como todo derecho primitivo, las normas que regían las manifestaciones de la vida privada de esos pueblos eran eminentemente con-

(43) De Pina Rafael y Castillo Larrañaga José. Instituciones de Derecho Procesal Civil. México. Editorial Porrúa, S.A. 10a. edición. 1946. Pag. 31.

(44) Chavero Alfredo. Ob. Cit. Pag. 240.

costumbrarias. La costumbre no escrita, transmitida tradicionalmente de generación en generación, integraba el derecho de los reinos, tribus y familias del territorio que hoy constituye la República Mexicana. Por algunos arqueólogos se ha pretendido ver en determinadas manifestaciones jeroglíficas precortesianas, como -- una relación de leyes; pero la realidad indica que esos jeroglíficos se refieren exclusivamente a actos y hechos de carácter político y no a disposiciones legales, por lo que no podemos precisar la existencia de la Institución jurídica del divorcio. Agrupando las diferentes maneras de ser del derecho entre los aborígenes de México cuando se produjo la invasión española, podemos individualizar los siguientes derechos privados: Náhuatl, Mixteca, Mexica o Azteca, Mayas y Purépechas. De algunos de esos pueblos, he mencionado que se admitía la repudiación (antecedente inmediato al divorcio), mientras que el Mexica, por las referencias históricas antes mencionadas, el divorcio era admitido con las costumbres -- que para tal efecto se seguían.

En el derecho consuetudinario de cada una de las culturas mencionadas, se presentan caracteres similares como era la poligamia, y -- la convivencia recíproca con varias mujeres, pero en sus costumbres internas hay numerosas diferencias esenciales, debidas, ora al mayor o menor grado de civilización alcanzada por cada una de ellas, o bien por las circunstancias geográficas o políticas que imperaban.

EPOCA COLONIAL.

Como vimos en el capítulo anterior, en la época colonial, los españoles trajeron consigo su Derecho e hicieron lo imposible por imponerlo entre los indios; y una vez realizada la conquista, la Nueva España quedó sometida a la Corona Española, constituyéndose en una colonia dependiente de la Metrópoli. Sin embargo, comprendieron desde los primeros momentos la necesidad de adecuar el Derecho de Castilla a las costumbres indígenas, por lo cual rigieron en la Nueva España infinidad de Leyes, unas dictadas especialmente para el territorio conquistado, otras elaboradas en general para todas las colonias de América que tenían sometidas, y las propiamente vigentes en España. Entre estas últimas destacó el Fuero Juzgo, uno de los códigos más antiguos del Derecho Español y que ya comentamos en el capítulo anterior en lo relativo a la patria potestad. Concerniente al divorcio el Fuero -- Juzgo lo define así:

"Divortium en latín, tanto quiere decir en romance como departamento y esto es cosa que de parte de la mujer del marido é el marido de la mujer por embargo que hay entre ellos, cuando es probado en juicio derechamente. Tomó este nombre de la separación de las voluntades del hombre y la mujer a diferencia de las que tenían cuando se unieron. Fuero Juzgo, Ley I. " (45)

(45) Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. México Editorial Porrúa. 1973. Pag. 543.

"La Ley II del Fuero Juzgo permite el divorcio por adulterio de la mujer, mediante autorización del obispo, y en la Ley III autoriza al cristiano o cristiana, para separarse de la mujer o del marido, con quien estaba casado antes por otra ley no cristiana." (46)

En virtud de la corriente establecida en España, donde la ideología es eminentemente católica y no considera el divorcio benéfico para los fines morales que la familia persigue, podemos concretizar que el espíritu del Derecho Colonial, en lo que se refiere a las relaciones de familia, está altamente influido por el Derecho Canónico; el matrimonio es un sacramento solemne e indisoluble y en materia de divorcio sólo es admisible la separación de cuerpos.

EPOCA DEL MEXICO INDEPENDIENTE.

Consumada la Independencia en 1821, siguió la misma estructura legal que le heredara la Colonia. Sin embargo, ya Morelos en 1814 - había establecido la Pre-Constitución de Apatzingán en la cual se declaraba que la religión oficial era la Católica Romana, sin que el gobierno permitiera ninguna otra, pero como es sabido, ésta -- no llegó a ser vigente.

Al nacimiento de la República Mexicana siguieron décadas de cruentas luchas intestinas que impidieron la producción legislativa -- que iba siendo necesaria con el transcurso del tiempo. fue hasta

(46) Galindo Garfias Ignacio. Ob. Cit. Pag. 545.

el movimiento de Reforma cuando surgieron ideas de reorganización política, jurídica y económica. A este respecto, Trinidad García dice lo siguiente: "Las Leyes de Reforma, expedidas por Juárez en Veracruz tuvieron trascendencia particular en el régimen del Derecho Privado; lo reformaron ampliamente, sobre todo en lo relativo a la personalidad jurídica de ciertas asociaciones, el Registro Civil, cuyo servicio quedó a cargo del Estado, y el matrimonio, - que definido por las nuevas leyes como contrato civil, se transformó en una institución jurídica laica y fuera de la ingerencia de las autoridades." (47)

CODIGO CIVIL DE 1870.

En el Código Civil de 1870, del que ya hemos hablado en el capítulo anterior no se admitía el divorcio vincular, sino únicamente la separación de cuerpos por causas graves, con la circunstancia de que el lazo jurídico matrimonial quedaba subsistente, siendo evidente la influencia que sobre este Código ejercieron las leyes españolas.

El artículo 239 de este Código nos define el divorcio de la siguiente manera: " El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos a este Código."

Eran siete las causas que se consideraban necesarias y suficientes para obtener la separación y todas ellas basadas en actos que afectaban la moral de los miembros de la familia o que originaban

(47) García Trinidad. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. México. Editorial Porrúa, S. A. XX Edición. 1971. Pag.70

se perdieran los principios básicos de amor, protección y deberes para con los hijos que deben existir en un matrimonio.

También se admitía el divorcio por mutuo consentimiento, con limitaciones, no teniendo lugar después de veinte años de casados - ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años.

Una vez ejecutoriado el divorcio, los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, y en caso de que ambos lo fuesen y no habiendo otro ascendiente en quien recayera la patria potestad, se nombraba tutor de acuerdo a las disposiciones establecidas por la Ley.

Transcribimos la opinión de Rafael Rojina Villegas respecto al divorcio en el Código Civil de 1870: "Este ordenamiento, se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio - como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio una serie de trabas y formalidades. Al efecto, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales al finalizar el plazo de cada una de ellas, el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intentaba en la última audiencia su reconciliación, antes de pronunciar la sentencia definitiva." (48)

CODIGO CIVIL DE 1884.

Este Código sigue los mismos lineamientos del criterio sustentado por el legislador de 1870, en cuanto a la indisolubilidad del

(48) Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. México. Editorial Porrúa, S. A. 9a. Edición. 1974. Pag. 349.

vínculo matrimonial. Sin embargo se aumentan las causales de divorcio y se reducen notablemente los trámites necesarios para la consecución del mismo, ya que sin abolir por completo la serie de trabas que señalaba el Código anterior, se hizo más fácil la separación de cuerpos.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

La Ley de Relaciones Familiares, de la cual también ya hablamos en el capítulo anterior, expedida por Don Venustiano Carranza en el año de 1917, escató la Ley del Divorcio del 29 de diciembre de 1914 en la que se autorizó para toda la República la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges.

"La Ley de 1914 ya no hace una enumeración de causas, y de acuerdo con su exposición de motivos, se ve el propósito evidente de terminar con los matrimonios desavenidos. Al efecto su artículo primero dispuso: El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desaveniencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima." (49)

Como consecuencia de la aceptación del divorcio vincular, se procede a efectuar la división de los bienes del matrimonio, tomando siempre en consideración que debe protegerse el patrimonio de los hijos.

(49) Rojas Villegas Rafael. Ob. Cit. Pag. 366.

En la Ley de Relaciones Familiares se establecieron tres formas de divorcio: "a) divorcio necesario; b) divorcio voluntario y -- c) separación de cuerpos" (50)

CODIGO CIVIL DE 1928.

La Ley de Relaciones Familiares fue derogada e incorporada al Código Civil de 1928. Este Código se encuentra actualmente en vigor aunque se le han efectuado algunos cambios, necesarios por las condiciones sociales de la vida moderna.

En nuestra Legislación vigente, se encuentran reglamentadas cuatro formas de divorcio, tres de ellas ya se incluían en la Ley de Relaciones Familiares, y se introduce un nuevo sistema de divorcio, denominado voluntario de tipo administrativo.

Analizaremos cada una de estas formas de divorcio conforme al Código Civil vigente:

DIVORCIO NECESARIO: También denominado forzoso, supone la demanda de un cónyuge presentada contra el otro ante la autoridad judicial competente, solicitando la disolución del matrimonio, y apoyándose en cualquiera de las fracciones que indica el artículo 267, con excepción de la última que se refiere al mutuo consentimiento.

DIVORCIO ADMINISTRATIVO VOLUNTARIO: Es el establecido por el artículo 272 del Código Civil y que señala que cuando ambos conyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, no tengan hi

jos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se cesaron, deberán presentarse ante el Oficial del Registro Civil de su domicilio, como medida de prueba - presentarán copia certificada del acto de matrimonio y manifestarán al mismo funcionario que es su voluntad terminante, libre y explícita disolver el vínculo matrimonial. Que se considera de su competencia la disolución solicitada en virtud de encontrarse en el caso previsto y regulado por dicho artículo.

Previa identificación de los consortes, el representante del Estado levantará un acto en que se hará constar la solicitud de divorcio y se fijará un plazo de quince días para que la ratifi---quen. Si se presentanaquéellos a ratificar su solicitud, el funcionario hará la declaración de divorcio, ordenando nuestra Ley levante el acto respectiva y se anote en lo del matrimonio anterior. En el supuesto caso de que los cónyuges se hayan conducido falsamente al satisfacer los requisitos de referencia, ordena la Ley que el divorcio así obtenido no surta efectos legales, de---biendo sufrir aquéllos las penas que establezcan el Código de la materia. (51)

Por otra parte quienes se han conducido faltando a la verdad para obtener un divorcio sencillo y rápido, se harán acreedores a las penas señaladas por el artículo 247 del Código Penal para el Distrito Federal, correspondientes a la tipificación del delito

(51) Código Civil para el Distrito Federal. Art. 272.

de "Falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a la autoridad". Textualmente la fracción primera del mencionado artículo señala que comete dicho delito:

I "Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad." (52) El divorcio administrativo ha

~~a sido combatido~~ aduciendo la facilidad con que disuelve el vínculo matrimonial y el tipo de autoridad que lo concede.

"La exposición de motivos del proyecto del Código en cuestión, en su parte relativa indica que si bien es cierto que es de interés general y social al que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución, lo es también, el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desaveniencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario será de interés general el disolver una situación establecida sobre desaveniencias, incongruente con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial." (53) Sin embargo puede presentarse el caso de que una mujer al solicitar su divorcio se encuentre embarazada, y al presentarse a los quince días a ratificar su solicitud no se haya percatado de su estado y quede legalmente divorciada, por lo

(52) Código Penal. Art. 274. Frac. I.

(53) Rojas Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 351.

cual el hijo vendrá al mundo sin ninguna protección de la Ley.

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO. Denominado también divorcio voluntario de tipo judicial, es aquel en que por acuerdo de voluntades de ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, sin invocar ninguna causal necesaria señalada expresamente por la Ley, sino solamente con apoyo en la facultad que les concede la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil, puede ser invocado por los consortes, que encontrándose en la situación del último párrafo del artículo 272 del mencionado ordenamiento, no puedan seguir el procedimiento administrativo ante el Oficial -- del Registro Civil, fundamentalmente por haber procreado hijos o por no llenar los demás requisitos exigidos por la Ley.

El procedimiento de divorcio en las condiciones antes señaladas, es regulado por los artículos 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

DIVORCIO POR SEPARACION DE CUERPOS. Es "El estado de dos esposos, que han sido dispensados por la justicia competente de la obligación de vivir juntos." (54) La separación de cuerpos no rompe el vínculo conyugal, sólo dispensa a los consortes del deber de cohabitación.

La separación de cuerpos en nuestro Código Civil, se ofrece como

(54) Ripert Georges y Boulanger Jean. Opus. Cit. Tomo II, Vol. I. Pag. 431. (Citado por Galindo Garfias Ignacio, Ob.Cit. Pags. 550 y 551.)

una medida optativa, en los casos de las fracciones VI y VII del artículo 267 del citado ordenamiento; es decir, cuando uno de -- los consortes padece una enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, cuando sufre impotencia incurable, si sobreviene después de celebrado el matrimonio, o cae en enajenación mental incurable. Sólo en estos casos, el cónyuge sa no podrá optar por la simple separación de cuerpos o por el di-- vorcio vincular.

"La sentencia judicial que decrete la separación de cuerpos, pro-- duce el efecto de autorizar la vida separada de los cónyuges, y como consecuencia de ello, quedan relevados de prestarse el dé-- bito conyugal." (55)

Los consortes no podrán pedir la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, sino que tiene que fundamentarse en algunas de -- las causas antes mencionadas. No se disuelve la sociedad conyu-- gal, por lo que el cónyuge enfermo podrá continuar con la admia-- tración de los bienes, si ejercía este derecho antes de contraer la enfermedad, salvo el caso en que la sentencia se autorice por enajenación mental incurable, en cuyo caso, el cónyuge sano debe rá administrar los bienes de la sociedad conyugal.

Como la causa que da lugar a este divorcio no vincular, no impli-- ca en ningún momento aplicación de sanciones contra el cónyuge - enfermo, éste no pierde el ejercicio de la patria potestad de -- sus hijos.

(55) Galindo "Garfias Ignacio. Ob. Cit. Pag. 551.

EFECTOS DEL DIVORCIO.

Una vez presentada y admitida la demanda de divorcio, se producen determinados efectos que obligan al Juez a tomar una serie de medidas de carácter provisional al periodo de procedimiento, estas son relativas al artículo 282 del Código Civil.

- I Separación provisional de los cónyuges, y en ciertos casos depósito de la mujer;
- II Guarda y cuidado de los hijos del matrimonio;
- III Señalamiento de alimentos a la mujer y a los hijos que queden en su poder;
- IV Ciertas medidas de protección a la mujer, como el aseguramiento de los alimentos que debe dar el deudor alimentario, disposiciones para que el marido no cause perjuicios a los bienes de la esposa, y medidas precautorias que la Ley establece respecto a la mujer encinta. Los efectos definitivos del divorcio se refieren a los propios cónyuges, los hijos, los bienes y los intereses de terceros.

EFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO A LOS CONYUGES.

El efecto principal del divorcio es el disolver el vínculo matrimonial; en consecuencia se extingue la obligación de los cónyuges de hacer vida común, desaparece el deber de asistencia en caso de enfermedad, y en cuanto al de ayuda mutua generalmente se transforma en derecho alimentario a favor de un cónyuge y de los hijos si los hay, se disuelve la sociedad conyugal, si bajo ese régimen

se casaron y recobra cada uno de ellos la facultad de contraer un nuevo matrimonio.

Según nuestro Código, el cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volverse a casar hasta dos años después de que se decretó, cause ejecutoria y fue inscrito en el Registro Civil, en caso de divorcio por mutuo consentimiento, será indispensable que transcurra un año para contraer nuevo matrimonio. (56)

EFFECTOS EN CUANTO A LOS HIJOS.

Nuestro Código Civil regula estos efectos tomando como base el criterio de culpabilidad o estado de salud del cónyuge a quien se deba confiar la guarda y el cuidado de los hijos, pero con algunas modalidades que señalaremos a continuación:

Si se trata de divorcio voluntario se tratará el convenio formado por los intereses, que haya sido aprobado por el Juez y el Ministerio Público, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 260 del Código Civil, los hijos menores de cinco años no podrán quedar bajo la custodia del padre, salvo el caso que la madre no tenga una vida honesta que ofrezca peligros a la salud o a la moral de sus hijos.

Si el divorcio fue del tipo necesario, de acuerdo al artículo 283 del Código Civil la sentencia del divorcio fijará la situación de los hijos, de acuerdo a las siguientes reglas:

1a. Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las - -

(56) Código Civil Para el Distrito Federal. Artículo 289.

fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, - los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos lo fueren, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor.

2a. Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las - - fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del propio artículo 267, - los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los cónyuges fuesen ambos culpables, se les -- suspenderá el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, en que el otro recobrará ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza se nombrará tutor.

3a. En el caso de las fracciones VI y VII del mismo artículo, -- los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte - enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Igualmente se admite la posibilidad legal durante el procedimiento de que antes de proveerse definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, los tribunales acuerden a petición de los abuelos, tíos, hermanos mayores, cualquier providencia - que se considere benéfica a los menores. (57)

- - - - -
(57) Código Civil para el Distrito Federal. Art.264.

Por otra parte, precisa nuestra Ley que, aunque el padre y la madre sean condenados a perder la patria potestad, quedan sujetos a las demás obligaciones que tienen para con sus hijos. (58)

EFFECTOS EN CUANTO A LOS BIENES DE LOS CONYUGES.

El divorcio produce ciertos efectos sobre la esfera patrimonial de los cónyuges que podemos clasificar en la siguiente forma:

- I Disolución y liquidación de la sociedad conyugal y de toda comunidad de bienes;
- II Derecho y obligación de alimentos;
- III Indemnización en el divorcio culpable;
- IV Restitución de donaciones.

Al efecto nuestro Código Civil para el Distrito dispone que: ejecutoriado 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 queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes a la subsistencia y educación de los varones hasta que -- lleguen a la mayoría de edad, y de las hijas, aunque sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente. (59)

La mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contrega nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo -

(58) Código Civil para el Distrito Federal. Art. 285.

(59) Idem, Artículo 287.

tendrá derecho a alimentos cuando se encuentre imposibilitado -- para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Cuando -- por el divorcio se originen daños y perjudiquen los intereses -- del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito. En el divorcio por mutuo consentimiento, -- salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a esta indemnización, ni a la pensión alimenticia a que antes nos referimos. (60)

Otra importante consecuencia del divorcio que puede asimilarse -- en este apartado, es la que a partir de quedar firme la senten-- cia de disolución matrimonial, pierden los que fueron cónyuges -- todo derecho a sucederse recíprocamente, salvo el caso de que -- se trate de llamamiento por testamento. (61)

EFFECTOS RESPECTO A INTERESES DE TERCERAS PERSONAS.

La sentencia firme de divorcio tiene efectos de cosa juzgada. En consecuencia, produce efectos "erga omnes", es decir, en favor y en contra de todos. Ahora bien, como es necesario proteger la buena fe de personas que contraen con los cónyuges en relación -- con los bienes inscritos en el Registro Público, se hace necesaa-- rio que la sentencia de divorcio sea inscrita en Registro en que lo hayan sido los bienes de los consortes con el motivo del ma-- trimonio disuelto. (62)

(60) Código Civil para el Distrito Federal. Art. 288

(61) De Pina Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. México. Editorial Porrúa, S.A. Edición 1956. 1978. Pag. 346.

(62) De Pina Rafael. Ob.Cit. Pag. 346.

CAPITULO CUARTO

**EFFECTOS DEL DIVORCIO EN LA PATRIA POTESTAD EN RELACION
A LAS FRACCIONES XIII Y XIV DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO
CIVIL VIGENTE.**

En los capítulos anteriores, hemos hecho un breve estudio en --
cuento a la evolución del divorcio y de la patria potestad desde
su aparición en el Derecho Romano, hasta su reglamentación en --
nuestro Código Civil vigente, de igual modo observamos los dife-
rentes efectos que causa el divorcio en relación a los mismos --
cónyuges, a los hijos, a los bienes adquiridos durante el matri-
monio, y los efectos a terceros.

El artículo 267 de nuestro Código Civil vigente, señala las cau-
sales que existen para fundamentar el divorcio. Entre esas 17 --
causales, dos de ellas, las señaladas en las fracciones XIII y -
XIV, han despertado un interés especial en mí, por considerar --
que existe cierta incongruencia en cuanto a los efectos que so--
bre la patria potestad les concede nuestra Legislación.

Analizaremos la fracción XIII que señala: "La acusación calumnio
se hecha de un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pe
na mayor de dos años de prisión."

Esta causal hizo su aparición desde el Código Civil de 1870, aun-
que solo señalaba "la acusación falsa hecha de un cónyuge contra
el otro"; fue insertada de igual forma en el Código de 1884. En
la Ley de Relaciones Familiares fue cuando se estableció que era
necesario que dicha acusación fuese por un delito que mereciera
una pena mínima de dos años de prisión.

Por calumnia, entendemos la acusación de un hecho determinado, -

aún a sabiendas que la persona a quien se le imputa es inocente, o el hecho fuere falso.

Es necesario, para que el divorcio sea fundamentado, que se siga primero el juicio penal sobre el delito del cual un cónyuge ha sido acusado, si una vez ejecutoriada la sentencia de dicho juicio, el acusado es absuelto por habersele encontrado inocente, - tendrá suficientes elementos para solicitar el divorcio. (63)

"En nuestro sistema, las sentencias causan ejecutoria, bien cuando se resuelve la apelación por la Sala respectiva del Tribunal Superior, o cuando pronunciadas en primera instancia, no admiten apelación. Bastará que la sentencia que declare inocente a un cónyuge acusado por el otro, respecto de un delito que merezca más de dos años de prisión, cause ejecutoria, bien porque sea sentencia de segunda instancia, o que conforme al Código de Procedimientos Penales, sea inapelable, para que pueda ya intentarse la demanda de divorcio. Más aún, el término de caducidad de seis meses, comenzará a correr para el cónyuge calumniado en el momento mismo en que cause ejecutoria la sentencia. Si se interpusiese amparo, éste como es un juicio autónomo no le priva a la sentencia dictada del carácter de sentencia ejecutoriada. Por lo tanto, no debe esperarse a que se resuelva el amparo para que el cónyuge calumniado presente su demanda de divorcio. Evidentemente que en el caso no podría el juez civil apreciar libremente, -

(63) Flores Gómez G. Fernando. Introducción al Estudio del Derecho, y Derecho Civil. México. Editorial Porrúa, S. s. 1973. Pag. 113.

si no hubiere una sentencia penal, que hubo una acusación calumniosa y que además fue por un delito con pena mayor de dos años de prisión. En primer lugar, se necesita para que haya una calumnia, que se declare en sentencia penal firme, que el acusado es inocente y, en segundo lugar, se requiere que el delito respecto del cual se le considere inocente, sea de aquellos que se sancionan por el Código Penal, con una pena cuyo término medio aritmético sea mayor de dos años de prisión. Este medio aritmético se calcula sumando el término mínimo y el máximo, para fijar la mitad. Sólo será de la competencia exclusiva del juez penal determinar que hubo una acusación calumniosa, la cual resultará de la declaración de inocencia del cónyuge acusado, y sólo en la causa penal se tendrán los elementos para determinar que el delito por el cual se acusó, estaría sancionado en el Código Penal, por una pena cuyo término medio aritmético, es mayor de dos años de prisión." (64)

Al concederse la disolución del matrimonio solicitada por el cónyuge que ha sido víctima de una calumnia por su propio consorte, los efectos en cuanto a la relación de ambos, serán los que marcan las leyes para el divorcio necesario, es decir, desaparece la obligación de cohabitar, de fidelidad, de prestarse ayuda mutua, permaneciendo la obligación de suministrar alimentos al cónyuge inocente; en cuanto a los bienes del matrimonio, será nece-

(64) Rojina Villegas-Rafael. Derecho Civil Mexicano Tomo II. Derecho de Familia. Vol. II. México. Antigua Librería Robredo 1a. Edición. 1962. Pag. 97.

rio hacer la repartición de los mismos, si es que existía sociedad conyugal, y reglamentar el suministro de alimentos para los hijos, sin embargo los efectos sobre éstos, en cuanto a la patria potestad, se encuentran reglamentados en la fracción segunda del artículo 283 que indica: "Los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fuesen culpables se les suspenderá el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entretanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quien ejerza se nombrará tutor."

Se advierte en los efectos de esta causal para el cónyuge culpable, la pérdida de la patria potestad en forma temporal, es decir únicamente en vida del cónyuge inocente, no obstante que los motivos que fundamentaron el divorcio manifiestan claramente la existencia de sentimientos de odio y rencor, a tal grado que, -- sin importarles a un cónyuge faltar a los principios básicos que deben existir en un matrimonio, y entre los cuales se encuentra el amor y protección que deben procurar para sus hijos (¿ que mejor forma de protección es la de conservarles su familia integrada y amparada por sus padres ?), recurre, para solucionar su falta de amor e integración a su consorte, a levantar una calumnia contra éste, posiblemente con el fin de que si la misma causa --

efectos y no se comprueba que la acusación ha sido declarada falsa, pueda una vez ejecutoriada la sentencia, obtener el cónyuge acusador, la disolución del vínculo matrimonial.

Rafael Rojina Villegas, transcribe la opinión de Ricardo Couto sobre este causal, refiriéndose a lo que establecía el Código Civil de 1884, en la fracción VIII del artículo 227:

"Pocos hechos habrá más injuriosos que el formulado en el precepto transcrito; mucho tiene que ser seguramente el desprecio que el cónyuge acusador tenga por su consorte, cuando lo cubre de -- oprobio, arrastrándolo por medio de una acusación falsa, ante -- los tribunales, y mayor todavía será, el que la víctima de la calumnia, sienta por aquél, al considerar que ni el cariño prometido, ni el respeto a la propia honra, han sido obstáculo a contenerlo en sus infames designios. En estas condiciones, ¿podrá -- restablecerse la vida en común?, evidentemente que no. La armonía del matrimonio estará rota y el divorcio no vendrá más que a darle forma legal a la ruptura." (65)

Considero que la decisión del legislador, al condenar al cónyuge culpable a la pérdida de la patria potestad sólo en vida del inocente, está basada en los principios de protección que los padres deben a los hijos, y si sólo uno de ellos ejercía esta facultad, como consecuencia de un divorcio fundamentado en la causal que hemos mencionado, al morir éste, el otro debe recuperar

(65) Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pag. 99

dicho ejercicio. Sin embargo no se observa que se considere la aptitud que el cónyuge culpable tenga para ejercer debidamente esta facultad, ya que no debemos olvidar que no pensó en sus hijos al calumniar a su propio cónyuge y provocar la desintegración de la familia.

En cuanto a la fracción XIV del multicitado artículo 267 que establece: "Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante por el cual tenga que sufrir una pena mayor de dos años de prisión", tiene su origen en la Ley de Relaciones Familiares, sólo que este ordenamiento no señalaba que el delito fuese exclusivamente de carácter infamante y no político, e indicaba que la pena fuera de dos años de prisión o destierro, lo cual indicaba que cualquier delito que mereciera esa pena (inclusive el político, ya que generalmente eran éstos los que se castigaban con el destierro) era causal suficiente para solicitar el divorcio.

Analizando la clase de delito que deba cometer una persona para que pueda basarse en ello el cónyuge inocente y solicitar la disolución del matrimonio, encontremos que en opinión de Antonio de Ibarrola, en su libro Derecho de Familia, se califica de infamante en nuestra Constitución "los delitos de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público y el de traición a la patria." (66)

(66) Ibarrola Antonio de. Derecho de Familia. México. Editorial Porrúa, S. A. 1978. Pags. 284 y 285.

Es evidente que en esta causal se requiere sea dictada sentencia ejecutoriada en la cual se imponga al cónyuge acusado de un delito, una pena mayor de dos años de prisión, para que pueda fundamentarse la causa de divorcio que se otorga al otro cónyuge de acuerdo a lo establecido por la Ley, siempre y cuando el delito no sea político y resulte infamante.

"La apreciación de delito infamante que no la determina el Código Penal, por cuanto que no reconoce esa distinción a que se refiere la fracción XIV del artículo 267 del Código Civil, distinguiendo entre delitos infamantes y no infamantes, sí la tendrá que determinar el juez civil, pero, como la causa de divorcio -- consiste en sufrir una pena por un delito infamante que sea mayor de dos años de prisión, se requerirá que la sentencia firme cause ejecutoria, estableciendo esa pena. En función de esa sentencia, el juez de divorcio determinará si el delito es infamante, si implica deshonor para el cónyuge actor en juicio, para su familia, para los hijos, como son indiscutiblemente, por ejemplo: el homicidio, los delitos de lesiones, delitos contra la moral pública, delitos contra la patria, delitos contra la propiedad. Los delitos de imprudencia, aún cuando tuviesen una sanción ya en la sentencia respectiva de más de dos años de prisión, nunca pueden ser infamantes, y por lo tanto, no podrán ser invocados como causas de divorcio.

Es discutible si para los efectos del divorcio, bastará con que el acusado haya estado recluso más de dos años, sin que aún se hubiese pronunciado la sentencia firme en segunda instancia. -- Existen al respecto dos formas de interpretar el precepto: una, que estima que cuando la vida conyugal se interrumpe por más de dos años, debido a la reclusión del acusado, es en función de - que se ha roto la vida matrimonial y se han impedido los fines del matrimonio, que fundamentalmente consisten en realizar una vida en común, por lo que el legislador considera que habrá causa de divorcio, como la reconoce cuando el cónyuge que con motivo justificado se separa de la casa conyugal, por ser el esposo inocente, no entabla su demanda dentro de un año y por el solo hecho de haber roto la vida conyugal impidiendo los fines del - matrimonio, el que fue culpable se convierte en inocente por el transcurso del tiempo, y podrá pedir el divorcio, fundado en -- esa causa.

La otra interpretación consiste en sostener que el divorcio se admite como una sanción contra el cónyuge que comete un delito y que es declarado culpable, siempre y cuando la pena que se le imponga sea mayor de dos años de prisión. De manera que si está recluso más de dos años, pero logra conseguir sentencia absolutoria, no habrá razón para que el otro cónyuge pidiese el divorcio. Además se considera que dentro de nuestro sistema constitucional y procesal, el cónyuge acusado puede obtener su libertad

bajo fianza, bajo caución, y reanudar la vida conyugal, y no obstante ello, si en el juicio penal resultare condenado y se le imputare una pena de dos años de prisión, habrá causa de divorcio a pesar de que no se interrumpió la vida en común, pero se interrumpirá para lo futuro, porque tendrá aquel cónyuge condenado - que ser recluso para que cumpla la sanción de más de dos años - de prisión." (67)

Es innegable por lo tanto que, más que el hecho de interrumpir la cohabitación por más de dos años, se concede el divorcio por la deshonra que el cónyuge culpable ocasiona a su familia.

Los efectos que ocasiona esta causal de divorcio, son los mismos que los citados para la fracción XIII, con excepción de los que causa en la patria potestad de los hijos. En la fracción primera del artículo 283 se establece: "Los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no lo hubiere se nombrará tutor."

En este caso podemos observar que el cónyuge culpable jamás recupera la patria potestad de sus hijos.

"Tomando en cuenta este criterio que se desprende del artículo - 283 deberían ser causas de divorcio muy graves, ciertos delitos o ciertos hechos inmorales, los que se sancionasen con la pérdida definitiva de la patria potestad, y ante las otras causas de divorcio que no presentasen tal gravedad, el cónyuge culpable -

(67) Rojas Villegas Rafael. Ob. Cit. Pags. 99 a 101.

sólo debería perder la patria potestad mientras viviese el inocente. Sin embargo, sin un criterio explicable, sin que haya una verdadera razón, sino por el contrario, una arbitrariedad manifiesta, el artículo 283 señala casos en los cuales un cónyuge -- pierde la patria potestad, haciendo intervenir tanto causas muy graves y otras de menor gravedad, y a su vez, toma en cuenta diversidad de causas unas graves y otras de menor gravedad, para -- que durante la vida del cónyuge inocente se prive al culpable de esa patria potestad." (68)

Es comprensible que el legislador en su afán de proteger la educación e influencia que la moral de los padres ejerce sobre los hijos, prive de la patria potestad al cónyuge que haya sido condenado por uno de los delitos considerados infamantes, y que a su vez haya sido demandado por el cónyuge inocente para que en base al mismo, le sea concedida la disolución del vínculo matrimonial, sin embargo, aunque no es nuestro objetivo hacer una defensa del inculpado, si creemos que existen muy diversas razones por las cuales una persona delinque, y no siempre quien lo hace debe ser considerada una persona de malos sentimientos, -- que entrañe rencores y que necesariamente su influencia sea nociva en la formación de sus hijos. Cuantos padres, orillados -- por una mala situación económica y precisamente en su afán de --

(68) Rojas Villegas Rafael. Ob. Cit. Pag. 215.

proporcionar a los hijos todo lo necesario para una mejor subsistencia y educación, se ven obligados a delinquir cometiendo robo, fraude o un abuso de confianza, sin detenerse a pensar que su delito será descubierto, y por lo tanto recibirá su sanción correspondiente, que afectará gravemente la integración de su familia; inclusive el asesinato, puede ser cometido en determinadas circunstancias que afecten temporalmente la actitud mental del inculpado, como pudiesen ser la provocación extrema, ofensas graves, chantajes que pongan en peligro la estabilidad familiar, o muchas otras que en el juicio penal que se celebre no puedan ser plenamente esclarecidas por falta de pruebas, y aunque de cualquier forma fueran comprobables, no significarán la anulación de la pena. La Ley tiene que impartir justicia, y justo es que quien comete un delito sea castigado. No es posible que en su ejercicio se analicen causas sentimentales, ni que por las mismas que pudiese tener quien delinque, sea objeto de excepciones que nulifiquen la sanción correspondiente, y aunque pueden existir atenuantes en un juicio, finalmente deberá ser impuesta una pena, de lo contrario la acción de la justicia no tendría objeto.

También es conveniente, considerar cuántos casos existen de personas que son condenadas injustamente, por que las circunstancias los acusan o porque por ignorancia se vean envueltos en delitos graves que afecten su integridad ante la sociedad y ocasion

nan la pérdida temporal de su libertad, ya que también en estos casos el Juez determinará lo que proceda. Desgraciadamente la justicia no siempre se imparte con el espíritu y los fines para que fue creada. En las prisiones abundan personas reclusas injustamente. La imperfección humana no excluye a quienes tienen la facultad de ejercer la Ley, y la libertad de una persona que se sujeta a la integridad del juez que dicta la sentencia, a la habilidad del abogado que lleva la defensa, a la veracidad que tengan las pruebas presentadas y en general a muchas circunstancias que no siempre producen la equidad deseable.

De cualquier forma, al existir la sentencia de culpabilidad, el cónyuge considerado inocente podrá ejercer el derecho que la Ley le otorga y solicitar el divorcio, y no es de la competencia de la autoridad ante quien se presente la demanda, juzgar la veracidad de los hechos, ya sentenciados por un juez penal, basta con que se le compruebe la existencia de la causa señalada en la fracción XIV del artículo 267 del Código Civil, para que dicha demanda proceda.

Es lógico pensar que una familia con bases bien estructuradas no debería disolverse ante la condena de uno de los cónyuges, no obstante, es comprensible que el cónyuge inocente, al encontrarse solo, sin apoyo moral, económico (es poco probable que una persona en prisión pueda hacer frente al sustento de su fa-

milia), a los problemas de la vida diaria (como sería el caso de que el hombre fuera el inocente y los cuidados que los hijos requirieran en el hogar quedaran sin la protección materna), y en general al problema que siempre representa la ausencia de uno de los padres en el núcleo familiar, sobre todo si la sentencia al cónyuge culpable lo recluya muchos años en prisión, dé origen a encontrar en otra persona el sustituto de éste, para tratar de integrar nuevamente la familia. Por lo tanto, en mi juicio esta situación es la que prevalece para solicitar el divorcio, más que la deshonra familiar que se desprende de las consideraciones de nuestra legislación.

Este divorcio no esté decretado por actos inmorales cometidos -- dentro de la familia, no estamos en el caso de intento de prostitución, de farmacodependencia de alguno de los cónyuges, en los cuales el cónyuge culpable estará muy lejos de poder ejercer debidamente la patria potestad de sus hijos por la incapacidad que se deriva de la drogadicción o el peligro que entraña, ya no por la corrupción que se haga en la persona de los hijos, sino por el solo intento de lo que este acto significa.

Sin embargo nuestra legislación le da la misma trascendencia a un acto cometido contra terceros que al que afecta altamente la moralidad dentro de la familia, al privar definitivamente de la patria potestad al cónyuge que comete un delito infamante que sea castigado con más de dos años de prisión.

Aquí es donde considero que existe incongruencia en nuestra Legislación. Hemos visto ya los efectos que causa sobre la patria potestad el divorcio basado en la fracción XIII del artículo 267 -- del Código Civil, en donde la calumnia ocasiona la desintegración de la familia, donde el cónyuge culpable no piensa que al acusar a su consorte dañará, no sólo la reputación y el buen nombre de la familia, sino que también afectará la estabilidad emocional de sus hijos, al ver a uno de sus padres llevado a juicio por el -- otro.

Se puede dar el caso que el cónyuge que haya hecho la acusación -- lo hiciere con la convicción de que el hecho es verdadero y no -- falso, por que así se lo hayan hecho creer. No obstante, en que -- matrimonio en que exista realmente amor y confianza puede darse -- el caso que uno de los cónyuges sea convencido de un supuesto delito del otro. Muy poca confianza debe existir en realidad para -- que en lugar de rechazar el infundio, proceda a efectuar la acusación.

Sin embargo, sin un criterio explicable, mientras se faculta al -- cónyuge culpable de una calumnia contra el otro a recuperar la patria potestad de sus hijos a la muerte del inocente, cuando el divorcio se fundamenta en un delito cometido contra terceros que merezca más de dos años de prisión, se castiga al cónyuge culpable con la pérdida definitiva de esta facultad.

Si tratáramos de entender las razones que motivaron el criterio -- del legislador, habría que analizar las siguientes causas:

La persona que quebranta la Ley, haciéndose acreedor a la pena tantas veces señalada, pone en peligro la moralidad de sus hijos. Este hecho no siempre está cerca de la realidad, ya que como comentamos anteriormente, el cometer un delito no siempre indica -- que quien lo comete sea una persona inmoral. Además la Ley juzgó al delincuente en cuanto a su actitud ante la sociedad. Pero, -- ¿acaso lo juzgó como padre, investigó cuál había sido la forma de educar a sus hijos, si sus faltas habían causado algún daño en la formación moral de ellos ? Claro que no, y esto es lógico considerando que se llevaba un proceso penal, exclusivamente por la falta señalada. ¿Como es entonces que además de la sentencia del delito cometido, se le castigue en su condición de padre?

En cambio, el cónyuge que quebranta la integración familiar, y -- siendo la familia la base de la sociedad, debe considerarse tan importante esta falta como la cometida contra la sociedad misma -- es castigado como padre, pero no en forma tan rígida como el caso se señaló en el párrafo anterior, ya que la pérdida de la patria potestad es temporal y se recobra a la muerte del cónyuge inocente.

Tal vez la decisión se funde en el daño al buen nombre de la familia, pero ¿acaso no incurrió en la misma falta el calumniador? -- ¿No es peor el escándalo y daño a la reputación familiar cuando -- el que acusa de un delito es el propio cónyuge, que cuando el que lo hace está fuera del núcleo familiar ?.

Rafael Rojina Villegas opina en su libro Derecho de Familia: "Des de el punto de vista humano, puede ser mejor padre o madre para educar a sus hijos, para protegerlos, el que cometió un delito -- contra tercero, y no el que cometió un delito contra el otro cónyuge, ¿como es que cuando se trate de delitos de un cónyuge contra el otro, que están demostrando desde el punto de vista familiar que no le interesa a ese cónyuge culpable la concordia familiar, la solidaridad, sólo se le prive de la patria potestad mientras viva el cónyuge inocente, y en cambio se le prive definitivamente de la patria potestad por haber cometido un delito contra un tercero que merezca una pena mayor de dos años de prisión? "(69) La razón fundamental de la patria potestad, más que otorgar derechos, es imponer obligaciones y responsabilidades, y del cumplimiento de éstas, se conceden los derechos. De la obligación de educar, corregir y representar al hijo, se otorga el derecho de educarlo, castigarlo y representarlo en un acto jurídico decidiendo lo que mejor convenga a los intereses del menor. Esta función no es renunciable, de acuerdo a lo que establece el Código Civil en su artículo 448, por lo tanto su ejercicio no debería privarse definitivamente al cónyuge que resultare culpable en un juicio de divorcio, salvo en los casos en que incurra en vicios extremos, por lo cual estará incapacitado física y mentalmente para ejercerla, o si su moral estuviese tan degenerada que representara el peligro de corrupción de los hijos.

(69) Rojina Villegas Rafael. Obs. Cit. Pag. 217.

Por todo lo analizado, si bien es comprensible que ante la disolución del matrimonio basado en la fracción XIV del artículo 267 del Código Civil vigente, quede en función de la patria potestad el cónyuge inocente, a la muerte de éste el culpable debe recuperar esta facultad, y sólo en el caso de no estar en condiciones de ejercerla por hallarse privado de su libertad, recaiga en el ascendiente que corresponda o se nombre un tutor, para que en forma provisional le sea conferido dicho ejercicio, el cual estará sujeto a que concluya la sanción impuesta al cónyuge culpable.

"Pagó su deuda a la sociedad", suele decirse cuando concluye la condena de un reo; pero aún tiene una deuda que cumplir. La contralida con sus hijos desde el momento mismo de la procreación y que se vio interrumpida por la condena que le fue impuesta. Se debe, no solo concederle, sino obligarle al cumplimiento de esta función, si por la muerte del cónyuge inocente los hijos no cuentan con la protección de al menos uno de sus padres.

C O N C L U S I O N E S

- I Como hemos observado a través del capítulo anterior, la -- pérdida del ejercicio de la patria potestad, se impone como una sanción al cónyuge culpable en un juicio de divorcio por la razón principal de haber dado motivos para la ruptu ra del vínculo matrimonial, pero quien en principio resien te este castigo es el hijo, al verse separado de uno de -- sus padres, con quienes en el futuro solo podrá convivir, el tiempo que haya sido autorizado en el juicio de divorcio.
- II Nuestra Legislación, como gran parte de los códigos en ma- teria Civil en el Mundo, no permiten que la autoridad com- petente juzge cuál de los cónyuges es el más indicado para ejercer la patria potestad de sus hijos, independientemente de quien resulte culpable o inocente de divorcio, basta con la declaración de la primera condición, para que auto- máticamente pierda el ejercicio de la patria potestad. De lo cual se desprende que de la declaración de inocencia se deriva el reconocimiento de la capacidad para dicho ejerci- cio.
- III El conjunto de obligaciones y derechos que implica la pa- tris potestad, se ejercen por lo tanto, únicamente por el cónyuge declarado inocente, pero a la muerte de éste, en - algunos casos la Ley ordena le sean devueltos al cónyuge - culpable, sin necesidad de que se analice su capacidad pa- radicho ejercicio. Por lo que se observa que la Ley consi-

dera más importante la necesidad del cumplimiento de sus deberes como padre y la protección y amor que los hijos necesitan, que las faltas que haya cometido en el seno familiar y que fundamentaron el divorcio.

IV Al mismo tiempo encontramos que, por otras causas de divorcio consideradas más graves, no se recupera la patria potestad del hijo, aun en el caso que ésta se ve nuevamente privado de la protección paterna, al fallecer el padre a quien había sido confiado después del divorcio. Por lo que se ve, en este caso, es más importante el motivo que fundamentó el divorcio, que la necesidad de protección y amor que representa para un hijo la convivencia con el padre que sobrevive. Se considera, de acuerdo a la Ley que su incapacidad para ejercer la patria potestad quedó declarada desde el momento mismo del divorcio.

V Lo anterior está plenamente justificado, cuando las causas del divorcio demuestran el peligro que la convivencia con el cónyuge culpable representa para los hijos, cuando el padre ha llegado al extremo de atentar directamente contra la moral de la familia, o cuando su incapacidad se deriva de vicios como el juego o la drogadicción.

VI Considero que el Legislador ha sido injusto al incluir en--

tre estas causas al cónyuge que comete un delito contra terceros, ya que aunque ha sido juzgado por esta falta, no ha sido puesta en juicio su capacidad para el ejercicio de la patria potestad, y la injusticia es mayor si -- consideramos que aunque ha delinuido dentro de la sociedad, pudo haber cumplido con todos los principios básicos del matrimonio.

VII Por las consideraciones antes expuestas, propongo:
Que se modifique el artículo 283 del Código Civil vigente para que se excluya de la fracción I, donde se considera las causales de divorcio que dan motivo a la pérdida definitiva de la patria potestad, a la causal establecida en la fracción XIV del artículo 267 del mismo ordenamiento, y la misma sea incluida en la fracción II, donde se establece la pérdida de la patria potestad sólo en vida del cónyuge inocente, para que al acontecer ésta, dicha facultad sea recuperada por el cónyuge culpable.

B I B L I O G R A F I A

ALBA CARLOS H.
ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL DERECHO
AZTECA Y EL DERECHO POSITIVO MEXICANO
MEXICO. EDICION DEL INSTITUTO INDIGE-
NISTA INTERNACIONAL. 1949.

ARIAS RAMOS J.
DERECHO ROMANO. TOMO II. ESPAÑA
EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO
13a. EDICION. 1974.

COUTO RICARDO
DERECHO CIVIL MEXICANO. MEXICO.
EDITORIAL PORRUA, S.A. 1949.

CHAUERO ALFREDO
MEXICO A TRAVES DE LOS SIGLOS, TOMO I,
LIBRO II MEXICO. EDITORIAL DEL VALLE
DE MEXICO. 2a. EDICION. 1974.

DE PINA RAFAEL
DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO I.
MEXICO. EDITORIAL PORRUA, S.A.
EDICION 1956. 1978.

DE PINA RAFAEL Y CASTILLO LARRAÑAGA JOSE
INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL
MEXICO. EDITORIAL PORRUA, S.A. 10a. EDI-
CION. 1946.

DE ZORITA ALFONSO
LOS SEÑORES DE LA NUEVA ESPAÑA. MEXICO
EDITADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO. 2a. EDICION. 1963.

DIPP THEODORO Y WOLFF MARTIN
DERECHO DE FAMILIA. TOMO IV VOL. II
RELACIONES PATERNOFILIALES Y PARENTALES-
TUTELA - ESPAÑA. EDITORIAL CASA BOSCH.
20ª. EDICION. 1946.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA
TOMO XXI. OPCI. PENI. ARGENTINA
EDITORIAL BIBLIOGRAFICA ARGENTINA,
S. DE R.L.

FLORES GOMEZ FERNANDO
INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO
Y DERECHO CIVIL. MEXICO. EDITORIAL
PORRUA, S.A., 1973.

FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO
EL DERECHO PRIVADO ROMANO. MEXICO
EDITORIAL EFINGE, 4ª. EDICION
1970.

GALINDO GARFIAS IGNACIO
DERECHO CIVIL - PRIMER CURSO
MEXICO. EDITORIAL PORRUA, S.A.
1973.

GARCIA TRINIDAD
APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO
DEL DERECHO. MEXICO. EDITORIAL PORRUA,
S.A. 20ª. EDICION. 1971.

GUTIERREZ ALAVIZ Y ARMARIO FAUSTINO
DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. ESPAÑA
EDITORIAL REUS, S. A. 2ª. EDICION, 1976.

IBARROLA ANTONIO
DERECHO DE FAMILIA, MEXICO
EDITORIAL PORRUA S, A. 1^a.
EDICION. 1978.

KRICKEBERG WALTER
LAS ANTIGUAS CULTURAS MEXICANAS
MEXICO. FONDO DE CULTURA ECONOMICA,
1975.

MATEOS ALARCON MANUEL
LECCIONES DE DERECHO CIVIL
MEXICO. EDITORIAL IMP. DE DIAZ DE LEON
SUGS, S.A. 1893.

ORTIZ URQUIDI RAUL
OAXACA, CUNA DE LA CODIFICACION IBEROAMERICANA
MEXICO. EDITORIAL PORRUA, S.A. 1974.

PEREZ Y LOPEZ ANTONIO XAVIER
TEATRO DE LA LEGISLACION UNIVERSAL DE ESPAÑA
E INDIAS. ESPAÑA. IMPRENTA DE MANUEL GONZALEZ
1791.

PETIT EUGENE
TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO TOMANO
TOMO I. MEXICO. EDITORIAL NACIONAL
1971.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL
COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. MEXICO
EDITORIAL PORRUA, S.A. 9^a. EDICION
1974.

RUJINA VILLEGAS RAFAEL
DERECHO CIVIL MEXICANO - DERECHO DE
FAMILIA - TOMO II. MEXICO. ANTIGUA
LIBRERIA RUBREDO. 1ª. EDICION 1962.

ROMERO V. Y GIRON A.
INSTITUCIONES JURIDICAS, POLITICAS Y
SOCIALES ESPAÑOLAS. ESPAÑA. 1918.

VAILLANT GEORGE C.
LA CIVILIZACION AZTECA. FONDO DE CUL-
TURA ECONOMICA. VERSION ESPAÑOLA DE
SAMUEL VASCONCELOS.

VILLAR Y ROMERO JOSE MA.
DERECHO CIVIL - OBRA ADAPTADA AL PROGRAMA
DE ABOGADOS DEL ESTADO. MADRID. INSTITUTO
EDITORIAL REUS. 1943.

C O D I G O S

CODIGO DE OAJACA 1828-1829
LIBRO SEGUNDO
IMPRENTA DEL SUPERIOR GOBIERNO.

CODIGO CIVIL DE 1870
PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE
LA BAJA CALIFORNIA. IMPRENTA DIRIGIDA
POR JOSE BATIZA.

CODIGO CIVIL DE 1884
PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE
LA BAJA CALIFORNIA. TOMO IV.
TALLERES DE LA CIENCIA JURIDICA.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES
EDICION OFICIAL TOMO V. 4ª. EPOCA
NUM. 89.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
45ª. EDICION. EDITORIAL PORRUA, S.A.
MEXICO 1978.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL
DISTRITO FEDERAL. 1ª. EDICION.
EDITORES MEXICANOS UNIDOS, S.A.
MEXICO 1978.

CODIGO PENAL ANOTADO
EDITORIAL PORRUA, S.A.
MEXICO, 1974.