



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

**"LA PATRIA POTESTAD Y LA SITUACION DE LOS
HIJOS SEGUN LAS REFORMAS DE 1984"**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JESUS ANTONIO RODRIGUEZ SERRANO

ASESOR: LIC. JORGE SERVIN BECERRA

SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1986



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

INDICE

PROLOGO

CAPITULO I

LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO

1.- Antecedentes históricos.....	1
1.1.- El matrimonio en el Derecho Romano.....	10
2.- El matrimonio moderno y su definición.....	21
3.- Naturaleza jurídica.....	32
4.- El matrimonio en México.....	34
4.1.- Elementos esenciales y de validez.....	48
4.2.- Efectos del matrimonio.....	50
4.2.1.- Con relación a los cónyuges.....	52
4.2.2.- Con relación a los bienes.....	59
4.2.3.- Con relación a los hijos.....	61

CAPITULO II

LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD

1.- Antecedentes.....	66
1.1.- Derecho del paterfamilias.....	72
1.2.- Fuentes de la patria potestad.....	75
1.3.- Aspecto patrimonial.....	76
1.4.- Extinción de la patria potestad.....	82
2.- Concerto.....	83
3.- La patria potestad en México.....	91
3.1.- La patria potestad en la época de la Colonias.....	94
3.2.- La patria potestad después de consu- mada la Independencia.....	97
3.3.- Códigos civiles de 1879 y 1884.....	98
3.4.- Ley de Relaciones Familiares.....	113
3.5.- Código de 1928.....	117
3.5.1.- Efectos de la patria potestad sobre la persona del hijo.....	118

CAPITULO IV

ESTUDIO CRITICO COMPARATIVO DEL ARTICULO 203 RESPECTO DE
LA PATRIA POTESTAD.....192

CONCLUSIONES.....215

BIBLIOGRAFIA.....221

PROLOGO

La presente obra fue elaborada con sumo cuidado bajo la dirección del Licenciado Jorge Servín Becerra, catedrático de la materia Civil en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales de Acatlán.

Conviene aclarar que la elección del tema, nació más que nada de una inquietud profunda hacia la niñez mexicana, ya que en principio y en fin, quien resiente más cuando se presenta una circunstancia de divorcio, en realidad es el menor.

Cuando se presenta el divorcio, los menores son los que resienten en forma directa los efectos de éste mal necesario, por lo que es conveniente que cuando se trate de decidir acerca de la patria potestad, se tomen en cuenta principios de equidad y seguridad en beneficio de los menores.

Este trabajo pretende ir más allá del fin primario - de obtener el título de Licenciado en Derecho; es un estudio y una invitación a todos los estudiosos del Derecho para que se legisle lo mejor posible en beneficio de los menores, que al fin y al cabo, son el futuro de nuestro país.

El presente estudio, se desprende de las reformas --- hechas al Código Civil en 1984, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día Martes 27 de Diciembre - de 1983 y que se refieren concretamente al artículo 283 del citado cuerpo legal.

Cabe mencionar, que la patria potestad es un Derecho personal de interés público, por lo que consideramos que no debe dejarse al arbitrio simple y llanamente la decisión de cuál de los cónyuges es el más indicado para --- ejercer la importante figura jurídica de la patria potestad.

Es menester aclarar, que para la elaboración de la -- presente tesis, se consideró conveniente abordar en pri-- mer lugar el tema del matrimonio; importante figura jurí-- dica, toda una institución que por sí sola habla de la -- conveniencia de la unión de un hombre y una mujer, más -- que nada para la formación, educación, normal crecimiento físico y mental de los hijos ya que como sabemos la edu-- cación en la especie humana debe ser cuidadosa, de ahí - la importancia que entre los educadores exista una ---- unión duradera.

Se consideró también importante en el estudio incluir al matrimonio, más que nada para darnos una idea de -

la ausencia y de los fines que persigue ésta institución y una vez logrado lo anterior, se analizó la institución de la patria potestad.

La patria potestad, es un derecho natural que tienen los padres sobre los hijos; en nuestro tiempo, más que derechos, la patria potestad implica un conjunto de obligaciones, de ahí que se le considere como un deber-derecho, al contrario de antaño donde era considerada como toda una autoridad más que nada del padre sobre la persona -- del hijo, y podemos agregar que, más que un beneficio para el menor, resultaba en su perjuicio ya que el paterfamilias era en realidad el que recibía los beneficios.

Antes de las reformas a nuestro Código Civil, el artículo 283, que nos ocupa, imponía como sanción al cónyuge culpable en un juicio de divorcio, la pérdida de la patria potestad, cuando había dado motivos para la ruptura del vínculo matrimonial; por lo que se deduce que la patria potestad quedaba a cargo del cónyuge inocente.

Sin embargo, a partir de las reformas a dicho artículo; el juez goza de las más amplias facultades para decidir acerca de la situación de los hijos, sin que su criterio se sujete a determinadas normas; esto se puede --- prestar a muchas injusticias, además de que inclusive el

El hijo culpable de la disolución matrimonial puede quedar a cargo de los padres, cuando en realidad esto puede ser nocivo para los hijos.

Este tipo de inquietudes y muchas más que serán estudiadas a través del desarrollo de nuestro trabajo, son las que nos motivaron a hacer un estudio crítico-constructivo de la patria potestad y la situación de los hijos cuando se presenta el divorcio, llamado por muchos mal necesario.

CAPITULO I

LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO.

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.1.- EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.

2.- EL MATRIMONIO MODERNO Y SU DEFINICION.

3.- NATURALEZA JURIDICA.

4.- EL MATRIMONIO EN MEXICO.

4.1.- ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ.

4.2.- EFECTOS DEL MATRIMONIO.

4.2.1.- CON RELACION A LOS CONYUGES.

4.2.2.- CON RELACION A LOS BIENES.

4.2.3.- CON RELACION A LOS HIJOS.

CAPITULO I

LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

El matrimonio es una institución que por sí misma -- nos da una idea de unión entre hombre y mujer. Consideramos que es fundamental para nuestro trabajo darnos una -- idea y captar la esencia y los fines de lo que es y ha -- sido ésta institución.

"El matrimonio, pese a que en cada caso concreto de-- pende de una manifestación de voluntad, viene a ser un -- fenómeno determinado y necesario si se le enfoca en una perspectiva de conjunto, puesto que responde a una necesi-- dad física y moral de la especie humana. La necesidad fí-- sica no consiste en la exigencia de la unión sexual (pues-- to que éste designio se lograría mediante relaciones epi-- sódicas entre el varón y la mujer o, con mayor razón, --- a través de un concubinato o una unión libre) sino que ra-- dica en el hecho de que la educación de los hijos (mucho-- mas prolongada en la especie humana que en cualquier --- otra) exige que entre ambos educadores, igualmente prove-- chosos, exista una unión duradera. Por lo que hace a la --- necesidad moral, no hay duda de que cada ser humano la --

experimenta através de su sensación de limitación y de su condición de ser mortal, de suerte que en ese vínculo vitalicio y que perdura hasta el momento de la muerte, -- encuentra el arma para la lucha contra su fragilidad. Esta circunstancia determina que el matrimonio, aún después de su secularización, se revista de una peculiar gravedad religiosa que le separa de la unión libre."(1)

Vemos que en realidad el matrimonio sí responde a --- ciertas necesidades, más que nada físicas, por ejemplo la más importante que es la de los hijos.

La doctrina de la iglesia Católica, adjudica al matrimonio un fin primario que consiste en la procreación y educación de la especie humana y otro secundario que es la mutua ayuda entre los esposos. Es importante mencionar que la Iglesia ha jugado un papel muy importante en el matrimonio desde sus inicios.

(1) CARBONNIER, Jean. "Derecho Civil". Madrid, Editorial ---

Bosch, Tomo I, Volumen II, 1961. página 90.

Pocas instituciones civiles hay que, como el matrimonio, se presten a ser examinadas con criterio distinto de los estrictamente técnicos, es decir hay que hacer una distinción entre las obras propiamente jurídicas, las sociológicas, las filosóficas y las religiosas.

El matrimonio considerado como realidad sociológica, de un modo especial en las sociedades primitivas, ha delegado éste tipo de investigación su influjo sobre los juristas, habituándoles a la idea de que el matrimonio en el Código Civil, al igual que otras muchas instituciones, no estaba articulado sobre unas bases inmutables sino que podía y debía experimentar un proceso evolutivo.

La psicología de los sentimientos es un punto delicado y es inútil referir a ella la evolución del matrimonio.

El matrimonio en sus inicios ha tenido varias etapas según los sociólogos; primeramente podemos señalar la promiscuidad primitiva. Esta consistía en que la organización social de la familia siempre se reguló en relación con la madre, ya que según los sociólogos hubo una promiscuidad que impidió determinar la paternidad, esto dio origen al matriarcado.

Después, podemos señalar que se conoció en épocas muy remotas la exogamia; esta consistía en que los hombres de un clan o de una tribu tomaban como esposas a las mujeres de otra tribu.

"Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose, el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina."(2)

Posteriormente ya no se hizo por grupos, ya que más tarde aparece el matrimonio por raptó y por compra, el primero consistía en que la mujer se consideraba como parte del botín de guerra, y por lo tanto el vencedor adquiría en propiedad a las mujeres que lograra quitar al enemigo. El matrimonio por compra vemos ya claramente que la familia se empieza a organizar jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, es decir se apunta hacia la base patriarcal.

(2) ROJINA VILLANAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". México. Editorial Porrúa, Tomo I, Decimosexta Edición.- 1992, página 277.

"Aunque el matrimonio en sus orígenes fué un mero hecho extraño al derecho; después se hallaba organizado sobre una base exclusivamente religiosa, finalmente llegó un momento en que adquirió carácter jurídico en el jus civile."(3)

Por último señalamos el matrimonio como manifestación libre de voluntades, esto es, el matrimonio entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y para perpetuar la especie.

Como podemos observar, en los orígenes del matrimonio hay una relación de carácter social; ya después vendría a aparecer el vínculo religioso en Roma, este consistía en una ceremonia y tenía ya un carácter puramente religioso.

Según Georges Ripert "La costumbre de celebrar un contrato de matrimonio es relativamente reciente. Los Romanos no la tenían: su régimen matrimonial no era legal sino convencional. Ellos verificaban solamente el aporte

(3) GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". México, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, 1980, página 473.

de la dote y reglamentaban las condiciones de su restitución. Casi lo mismo ocurría en la edad media. Aunque en los antiguos archivos se encuentra un número bastante elevado de actos denominados "contratos de matrimonio", en realidad se trata de promesas de matrimonio con estipulación de una dote. Es por ello que las antiguas costumbres francesas no suponen nunca que los particulares tuvieran el hábito de instituir por contrato su régimen matrimonial: todo esto estaba reglamentado por la costumbre."(4)

Según Mareaud "Las civilizaciones primitivas consideraron el matrimonio como un acto muy grave, del que dependía la perpetuidad de la familia y de los cultos. Por eso tiene un carácter religioso."

"En Roma, hasta cuando se había desaparecido el verdadero matrimonio religioso -matrimonio por confaeratio-, éste iba acompañado de ceremonias tendientes a asociar la esposa con los sacra, o sea, con los cultos domésticos de la familia de su marido."

(4) RIPERT, GEORGES. "Tratado de Derecho Civil". Argentina, Editorial La Ley, Tomo 1, Página 147.

"La Iglesia impuso ciertas reglas a los esposos cristianos; pero hasta el siglo X no tuvo ninguna influencia sobre el régimen civil del matrimonio. En el siglo X la debilitación del poder secular permitió a la iglesia recibir toda esta materia que se convirtió en competencia de los tribunales eclesiásticos."

"En esta época, por lo demás, la iglesia no había tomado -- partido todavía acerca del punto de saber si el matrimonio resulta del consentimiento de los esposos o de la cohabitación, al presentar el matrimonio como exigiendo un consentimiento previo, seguido de la consumación."(5)

Posteriormente cuando la Iglesia afirmó en el siglo XI su competencia en materia de matrimonio, el poder estaba en la imposibilidad de reaccionar. Pero luego que el rey hubo quebrantado el feudalismo y las injusticias señoriales, la emprendió con las jurisdicciones eclesiásticas; y a propósito de matrimonio es donde la lucha fue -- más viva.

(5) MAZENUD, Henri. "Lecciones de Derecho Civil". Argentina: Ediciones jurídicas Europa-América. 1963. Página 61.

"En Roma, la gens, asociación amplia no puede llamarse propiamente familia. La Familia Romana se organiza bajo la forma patriarcal y la constituyen todos los individuos unidos por la patria potestad que era un poder exclusivo y excluente (familia agnatic). La familia cognatic era la del "Jus Gentium", se fundaba en la comunidad de sangre. Como dice Shon, el antiguo "Jus Civile", no toma en cuenta sino la agnación, hasta que ésta llegó a resultar victoriosa sobre la primera legislación imperial."

"El Cristianismo considera desde un punto de vista ético la familia, y el matrimonio como sacramento. La revolución Francesa secularizó la Familia. En el Derecho moderno la familia es Cognaticia."(6)

La familia esta considerada como la base de la sociedad y tiene su origen desde la aparición de la humanidad y su estructura ha ido variando através del tiempo.

Antiguamente la familia se constituía por grandes grupos emparentados por grandes grupos políticos y

(6) MUÑOZ, Luis. "Comentarios al Código CIVIL". México, Editorial Porrúa, 1950. Página 264.

consanguineamente con solo un jefe que dirigía y decidía sus vidas; hoy en día se forma por una mujer y un hombre - que por voluntad propia deciden unir sus vidas (matrimonio formal) y por consecuencia los hijos.

Ahora bien "El matrimonio puede ser considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista meramente civil. Desde el punto de vista de la iglesia católica el matrimonio es un sacramento; de acuerdo con una concepción civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico, que es un acto bilateral y solemne." (7)

(7) DE PINA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil". México, editorial Porrúa, 1980. página 314.

1.1.- EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO

Para efectos de nuestro estudio tomaremos como punto de partida el Derecho Romano; cabe aclarar que no pretendemos hacer un estudio exhaustivo de cada época, pero consideramos que es importante conocer sus bases desde el imperio Romano.

En el Derecho Romano el matrimonio no fue un acto jurídico sino una mera situación de convivencia de dos personas, situación cuyo comienzo no requiere de formalidad alguna de orden jurídico, manteniéndose por la afectio maritalis o intención continua de vivir como marido y mujer.

"En la sociedad primitiva Romana, el interés político y el interés religioso hacían necesaria la continuación de cada familia o gens por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe, de aquí la importancia del matrimonio cuyo fin principal era la procreación de los hijos."

"Por el sólo efecto del matrimonio, participaba la esposa en el rango social del marido de los honores de que estaba investido y de su culto privado, llegando a ser la unión entre los esposos aún más estrecha, si a la justa nuptiae acompañaba la manus, o sea una potestad semejante

a la paterna pero sólo ejercida ésta sobre una mujer lo cual en los primeros siglos ocurría frecuentemente. La mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido que tenía sobre de ella derechos, como un padre sobre su hijo." (8)

En Roma la familia estuvo organizada sobre la base del patriarcado misma que conocieron algunos otros pueblos entre ellos los Galos y los Hebreos. De aquí se desprende que el papel del paterfamilias fuera el principal y por lo tanto la madre ocupaba un lugar secundario.

La familia se desarrollaba por vía exclusiva de los varones; ya que la mujer cuando se casaba salía de su familia civil para ser parte de la familia civil del marido.

"El matrimonio romano no exige ni solemnidades de forma ni la intervención de autoridad alguna, sea ésta civil o religiosa; la ley misma no nos ofrece un modo regular de constatarlo. Cuando dos personas hacen vida marital, es una cuestión muy delicada saber si su unión constituye un matrimonio o se trata de un concubinato."

(8) PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano".

"De hecho sin duda alguna, las pruebas no faltarán, pues los esposos habrán redactado un escrito-tabulae, instrumentum dotale- con el fin de constatar la dote de la mujer o bien otras convenciones matrimoniales. Aún más, -- ordinariamente el matrimonio no habrá estado rodeado de pompas exteriores y solemnidades que la ley no ordena pero que las costumbres imponen y entonces habrá sido objeto de ostentación."

"Los esposos o los terceros interesados encontrarán, bien en el acta escrita, bien por el testimonio de las personas que asistieron a las solemnidades, una prueba suficiente del matrimonio."(9)

Los romanos tenían matrimonio cum manu y matrimonio sine manu, con respecto al primero podemos decir que la manus, solo es aplicable a las mujeres y ésta es una potestad modelada bajo la patria potestad.

(9) BRAVO GONZÁLEZ, Agustín. "Primer Curso de Derecho Romano México, Editorial Pax-México, 3a. Edición. 1978, Página 124.

En los comienzos la manus acompañaba casi siempre al matrimonio y por lo tanto la mujer caía bajo la potestad del marido y ocupaba con respecto a él el lugar de una -- hija, ésto es el matrimonio cum manu.

Había tres formas de constituirse la manus que eran; -
1.- Por Confarreatio 2.- Por Coemptio y 3.- Por Usus.

La primera era una ceremonia en la cual intervenía el gran pontífice, y en la cual se pronunciaban palabras solemnes y era reservada sólo para los patricios.

La Coemptio era una venta de la mujer al marido hecha por el paterfamilias.

La Usus consistía en la posesión continuada de la mujer durante un año y ésta daba la manus al marido.

En el matrimonio sine manus la mujer no salía de su familia natural, éste no adquiría sobre ella ninguna potestad; según los historiadores éste matrimonio sine manu comenzó a tomar auge a fines de la república y señala la decadencia de la familia romana.

"Tal no significa, sin embargo, que existieran un matrimonio cum manu y un matrimonio sine manu. El matrimonio no tiene más que una figura, ni la manus afecta, en modo alguno a su propia esencia. Lo único que varía es-

la posición de la mujer, que puede ser la uxor in manu o la de sine in manu conventione uxor."(10)

Respecto a la concepción romana del matrimonio que en esencia era la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer, es una situación fundada en la convivencia conyugal y en la affectio maritalis, se dice que el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa, y siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos.

A diferencia del matrimonio moderno, el de los romanos no surge por el consentimiento inicial, sino que es preciso el continuo o duradero.

"Los pactos nupciales, que solían redactarse por escrito para nada afectan a la existencia del matrimonio, como tampoco lo constituyen un medio probatorio de éste. En el Derecho Justiniano el instrumento dotal es, sin -

(10) ILLERIAS, Juan. "Derecho Romano". Barcelona, Editorial Ariel 6a. Edición, 1978. Página 134.

embargo, el único medio para probar la existencia del matrimonio entre personas de alto rango. Afirmada en esta época la concepción cristiana del matrimonio-el matrimonio es sacramentum magnum-, tiende a considerarse como prueba de la existencia o inexistencia de la affectio maritalis el hecho de que las partes hayan recibido o no la bendición del sacerdote."(11)

Cabe destacar que el matrimonio entre los romanos siempre fue monogámico, y que éstos no entraron en la preocupación de asignarle valor y función de categoría jurídica.

Según Modestino el matrimonio es la unión del hombre y de la mujer, una asociación de toda la vida, implicando la comunidad de intereses pecuniarios y religiosos.

Otra definición la encontramos en las institutas de Justiniano que nos dice lo siguiente; "Nupcias o matrimo-

(11) IGLESIAS, Juan. "Derecho Romano". España, Editorial Ariel, 1972. Página 548.

El matrimonio es el vínculo legal que se establece entre un hombre y una mujer, con el fin de procrear y educar a la descendencia. (1)

El matrimonio se funda en el consentimiento libre y espontáneo de las partes, que se manifiesta ante el juez o ante el funcionario público competente. Este consentimiento debe ser sincero y libre, sin coacción ni fraude, y debe ser expreso y público. El matrimonio produce efectos jurídicos, entre ellos el deber de fidelidad y el deber de asistencia mutua. (2)

El matrimonio Romano es la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de procrear y educar a la descendencia, y de él se deriva el deber de fidelidad y el deber de asistencia mutua. (3)

(1) Véase el artículo 100 del Código Civil, México, Editorial Porrúa, 1980, Página 31.

(2) Véase el artículo 101 del Código Civil, México, Editorial Porrúa, 1980, Página 31.

De ahí se desprende que en los romanos el matrimonio fue esencialmente espiritual, el matrimonio no revestía formas jurídicas aunque éste era acompañado de fiestas y ceremonias. Su perpetuidad dependía de la affectio maritalis y se iniciaba con el consentimiento de ambos.

Ese consentimiento, esa voluntad de ocupar los cónyuges el mismo nivel social y de procrear y de educar a los hijos, configura las *Iustae Nuptiae*, de ahí se desprende que el consentimiento era lo que constituía las nupcias y Ulpiano agregó que el matrimonio no lo hace la mera unión carnal sino el consentimiento conyugal.

En el Derecho Romano al matrimonio legítimo se le llama *Iusta Nuptiae* o *Jus Matrimonium*.

El Matrimonio era una realidad social que producía -- consecuencias jurídicas, la convivencia era la base material de la unión, vivificada por la voluntad de los cónyuges de estar unidos en matrimonio.

Se señala que en Roma había matrimonio válido cuando se daban los siguientes requisitos:

I.- *Capacidad Natural*.- Es decir suentad, la edad -- era necesaria ya que se requiere que las facultades fisi-

das de ambos están desarrolladas para que puedan cumplir el objeto principal que era la procreación de los hijos. En la mujer eran doce años y con respecto al hombre hubo dos tipos de opiniones en cuanto a la edad, una decía que a los catorce años y la otra decía que por medio del examen de su cuerpo, es decir con las señales de pubertad. Parece que en Roma prevaleció un sistema mixto en cuanto al hombre hasta justiniano.

Otro requisito era el consentimiento de los esposos - manifestado de modo continuo y sin forma alguna.

También el consentimiento del paterfamilias, ya que éste jugó un papel siempre importante en el Imperio Romano, bastaba con que éste no se negara.

Los sui juri podían casarse libremente, mientras que los hijos bajo autoridad necesitaban el consentimiento -- del jefe de familia, después hubo una ley la cual permitió casarse al hijo con autorización del magistrado en -- caso de negativa injustificada del pater-familias.

También se requería que tuvieran capacidad legal, ésto es el connubium, además se requería que fueran libres. La unión entre esclavos no era considerada matrimonio ni -- no connubium. Se requería igualmente ser ciudadano.

Respecto a los impedimentos "Se suele distinguir en absolutos y relativos; los primeros que inciden la nupcias con toda solemnidad son los siguientes: La existencia de un matrimonio anterior no disuelto-el Derecho Romano no admite la poligamia ni la poliandria-, y en época cristiana el voto de castidad y las ordenes mayores."

Los Relativos eran: El parentesco, la tutela, el desempeño de cargos públicos, el rapto, el adulterio, ciertos motivos de índole político y, en la época cristiana, la diferencia de religión. Como se ve, éstos últimos sólo prohíben que se celebre el matrimonio con ciertas personas."(14)

También era impedimento, la esclavitud de uno de los cónyuges. Respecto al parentesco, en la línea recta, estaba prohibido entre ascendientes y descendientes hasta el cuarto grado; y en la colateral hasta el tercer grado inclusive-hermanos, tíos y sobrinos, tía y sobrino, tampoco era permitido el parentesco de adopción o cognatio.

(14) VENTURA SILVA, Sabino. "Derecho Romano". México, Editorial Porrúa. 5a. edición. 1980. Página 111.

En cuanto a los efectos del matrimonio romano los podemos clasificar en dos con respecto a los cónyuges y con respecto a los hijos.

Los efectos del matrimonio romano con respecto a los cónyuges podemos decir que surgen derechos y deberes que afectan a ambos cónyuges pero cabe aclarar que bajo ciertos aspectos, marido y mujer no están en pie de igualdad, sino que ésta se subordina a aquél. Por ejemplo, la mujer y no el marido era castigada por el adulterio, cosa que con el marido no era severamente castigado.

"El matrimonio produce la alianza o afinidad, o sea el lazo que se forma entre los cónyuges mismos, los parientes del otro y entre los parientes de ambos. Si el matrimonio es cum manu, los bienes de la mujer pasan a poder del marido y ella ocupa con respecto a él, el lugar de una hija, en cambio si era sine manu cada cónyuge conservaba su patrimonio."(15)

(15) BRAVO GONZALEZ, Agustín. "Primer Curso de Derecho Romano". México, Editorial Pax-México. 3ª. Edición. 1978. Página 112

Los cónyuges debían también darse alimentos, y no podían hacerse recíprocamente donaciones, además se les prohibía que entre ambos establecieran acciones penales o infamantes.

Con respecto a los hijos el matrimonio crea la obligación de darles alimentos y además educación. Toman además los hijos el nombre, domicilio y condición social del papá.

Los efectos de la filiación "ex iustis nuptis" da a los hijos la calidad de "Liberi Iusti"; sometidos a la patria potestad del padre o del ascendiente paterno que la tenga. Los hijos forman parte de la familia civil del padre a título de agnados serán también agnados de la madre si el matrimonio es cum manu de lo contrario sólo serán sus cognados.

Respecto a la disolución del matrimonio, podemos decir que se disolvía por las causas siguientes:

1.- Muerte de alguno de los cónyuges.

2.- Por voluntad de los cónyuges, de uno sólo, o por cesación de la "affectio maritalis". El matrimonio terminaba en los casos de divorcio y repudio.

3.- Por alguna incapacidad sobrevinida a alguno de los cónyuges, por ejemplo, si el suegro adoptaba como

"filius" al varón con lo que, desde el punto de vista de la agnación, los dos cónyuges se encontraban en la condición de hermanos.

También la pérdida de la libertad o de la ciudadanía disolvía el matrimonio.

"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 perpetúen a veces un matrimonio contra la voluntad de uno de ellos, una vez que haya desaparecido - la *affectio maritalis*."(16)

(16) FLORES MARGAD VT, S. Guillermo. "El Derecho Privado Romano". México, Editorial Esfinge, 4a. Edición. 1970. p. 227

2.- EL MATRIMONIO MODERNO Y SU DEFINICION

El matrimonio moderno es un acto solemne, que debe -- ser celebrado con la intervención del juez del registro -- civil, ante quién los contrayentes deben hacer las declaraciones conjuntas de voluntad para celebrarlo.

Este es un acto revestido de publicidad con el objeto de que cualquier persona pueda denunciar algún impedimento para la celebración.

Para el Doctor Rojina Villegas "El matrimonio moderno se presenta como una manifestación libre de voluntades -- entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie, éste puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en -- el Derecho Canónico, en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y del Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público.

"(17)

(17)ROJINA VILLEGAS,Rafael."Compendio de Derecho Civil". México,Editorial Porrúa,18a.Edición.1982.Página 278.

El matrimonio moderno está compuesto por un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los hijos y para la mutua ayuda de los cónyuges.

La comunidad de vida entre ambos es un hecho natural de tal manera que el derecho la eleva a la categoría jurídica, para sancionarlo y organizarlo. La diferencia del matrimonio romano el moderno es un acto jurídico y el primero fue una mera situación de convivencia.

"Cuando se hace referencia a la esencia del matrimonio conviene distinguir entre el acto jurídico que implica su celebración y la relación jurídica que se establece como consecuencia o fin inmediato de ese negocio."(1)

(1) Ferrer, Alberto. "Tratado de Derecho Civil". Montevideo, Editorial de Falces, Tomo 11, Volumen 1.1967. págs. 93.

En la evolución del concepto moderno de matrimonio - han intervenido distintos factores que se pueden resumir a tres:

- 1.- El concepto romano de matrimonio.
- 2.- Concepto Canónico.
- 3.- El carácter Laico del matrimonio en algunos derechos positivos.

Es importante aclarar que en el matrimonio moderno ya no tiene ingerencia el derecho canónico.

"Lo esencial en el matrimonio desde el punto de vista jurídico, radica en que através de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica; - la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares."(19)

(19) BALBUENA FARIAS, Ignacio. "Derecho Civil". México, Editorial Porrúa, 4a. Edición, 1950. Página 472.

A continuación citamos la opinión de varios autores modernos acerca de la institución en estudio.

El Doctor Spota nos dice lo siguiente:

"Debemos entender por matrimonio aquel acto jurídico complejo que surge por las declaraciones del hombre y de la mujer mediante las cuales expresan ante el oficial público sus voluntades de unirse a fin de constituir una familia legítima, pronunciando dicho oficial público la existencia de ese acto jurídico."(20)

(20) SPOTA, Alberto "Tratado de Derecho Civil". Argentina, Editorial de Palma. 1967. Página 257.

Ciertamente el matrimonio es un acto jurídico que tiene por fin establecer una relación jurídica. Su objeto es la de crear la unión indisoluble por causa no mortuoria, entre el hombre y la mujer, de base ética y de asistencia recíproca espiritual y material. Así es la causa de este acto jurídico complejo, en cuanto la declaración de voluntad del órgano estatal, que es el oficial público y por la cual se pronuncia el surgimiento del matrimonio, tiene una función constitutiva y no meramente declarativa.

"El matrimonio es el contrato civil y solemne por el cual el hombre y la mujer se unen para vivir en común y prestarse mutua asistencia y socorro bajo la dirección del marido, jefe de la familia y del hogar".(21)

(21) CASIV, op. cit. p. 11. Véase también el artículo de De la "Revista Civil" de los, Editorial Nueva, 2.ª edición, 1933, p. 11.

Para Kipp y Wolff "El matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer reconocida por el derecho e investida de derechos consecuentes jurídicos" (20)

Por lo tanto, nos dice acerca de la institución en estudio lo siguiente:

"El matrimonio es el acto por el cual un hombre y una mujer se comprometen a convivir de por vida, por efecto de una elección recíproca (el carácter del acto inicial no se modifica por el hecho de que no siempre haya un modo de unir coactivamente el consentimiento y el consentimiento expresado); el vínculo conyugal es, pues, un acto irrevocable que emana del acuerdo de las voluntades de los cónyuges." (21)

(20) NEGERUS, Ludwig. "Tratado de Derecho Civil". España, Editorial Bosch. 2ª. Edición. 1953. Página 10.

(21) CARBONNIER, Jean. "Derecho Civil". Francia, Editorial Bosch. Tomo 1, Volumen 13. Página 16.

La palabra matrimonio viene del latín "matrimonium" -- significa carga de la madre (matris munium).

Para Basily Lacantinerie, el matrimonio "es el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley "(concepto legalista)".

"Para Westermack "es el matrimonio una relación más o -- menos duradera, entre el hombre y la mujer que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura" (concepción histórica sociológica). Para aquellos que ven en el matrimonio una sociedad civil indisoluble, vale ésta definición-"Sociedad civil libremente contraída entre dos personas de distinto sexo para formar una unión plena perfecta e indisoluble entre ellas, complemento y continuación de la especie y regulada por las leyes civiles". Quienes como Kant se fijan únicamente en la finalidad sexual lo definen como "unión de dos personas de diferente sexo para la recíproca posesión de por vida de sus cualidades sexuales" (concepción realista). Los romanos tenían un criterio espiritualista."(24)

(24)L. MUNOZ y CASTRO, Salvador. "Comentarios al Código Civil". México, Editorial Porrúa. 1980. Página 264.

Planiol y Ripert dicen que el matrimonio "es un acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper a su arbitrio."(25)

El matrimonio como institución natural se basa en el instinto sexual, pero al pasar el hombre del estado de la animalidad al de sociabilidad y, por tanto de espiritualidad, se ha sublimado convirtiéndose en una unión de almas.

El código de Napoleón dice que el matrimonio es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino.

Es importante decir que la mayoría de los códigos se abstienen de dar una definición de lo que es el matrimonio únicamente se concretan a dar los elementos.

Con estos elementos podemos decir modestamente que el-

(25)PLANIOL y RIPERT, Georges. "Tratado de Derecho Civil". Argentina. Editorial la Ley. 1963. Página 150.

matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer (sexos opuestos), contraída con ciertas formalidades solemnes, es decir, celebrada ante los funcionarios que la ley establece y con las formalidades que ella exige, con el objeto de perpetuar la especie y la ayuda mutua.

3.- NATURALEZA JURIDICA

Problema muy debatido es éste, acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio entre los juristas.

"Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del matrimonio, Cambi lo considera como contrato "sui generis", personal y social."

"Sánchez Román como convención jurídica."

"Cicu ve en tal institución un acto del Estado."

"Ruggiero como un acto complejo."

"Para otros es una institución, y por último Ravá no habla de un negocio jurídico bilateral, solemne y de derecho de familia."(26)

Existen diferentes posiciones doctrinales en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución en estudio, entre las más sobresalientes se encuentran las que lo consideran como un contrato, como acto jurídico, como institución ju-

(26) FLORES, Luis. Comentarios al Código Civil. Editorial --
Porrúa, México, Página 265.

rítica, como estado jurídico y como acto de poder estatal.

He aquí las opiniones de algunos juristas en cuanto a la materia que nos ocupa:

Para Georges Ripert es un contrato, según éste autor - "El contrato de matrimonio es la convención por la cual, - con anterioridad al casamiento, las partes reglamentan el régimen de sus bienes por toda la duración de su matrimo--nio."

"La expresión contrato se emplea con el fin de destacar el acuerdo de voluntades. En realidad se trata de un estatuto establecido por convención."

"Al igual que los estatutos de una sociedad, el contrato de matrimonio se compone de una sucesión de artículos - numerados que enuncian las reglas destinadas a regir la organización, el funcionamiento y la disolución del régimen adoptado." (27)

(27) RIPERT GEORGES y FLANIOL. "Tratado de Derecho Civil", -

Nos dice además que un contrato está destinado a --- crear derechos y obligaciones entre los contrayentes, sin embargo, considera que el contrato de matrimonio tiene un carácter diferente y más complejo; establece el estatuto - constitucional del futuro hogar. Tiene carácter de un pacto familiar. Así podemos observar que para el citado autor es un contrato, pero más adelante nos dice que es un contrato de carácter diferente.

Debemos tener en cuenta que en la legislación comparada tenemos sistemas diferentes en cuanto al matrimonio. De acuerdo con el Doctor Gasión podemos hacer la siguiente clasificación:

"a).- Sistema de matrimonio como acto privado, puramente consensual, o al menos que no exige la intervención necesaria de persona alguna con carácter oficial de eclesiástica, o laica (Derecho canónico anterior al Concilio de Trento y en Inglaterra hasta el estatuto de 1753, Escocia y legislación soviética)."

"b).- Sistema de forma exclusivamente religiosa. (Esta la hasta la Ley de 1870)."

"c).- Sistema de forma religiosa preponderante y subsidiariamente la forma civil."

"d).- Sistema de forma civil obligatoria (México, Francia, Bélgica, Chile, Argentina)."

"e).- Sistema libre de elección de forma religiosa o civil. (Inglaterra, Suecia y Checoslovaquia)."

"En Venecia, por orden del Ministerio de Justicia de 12- de Marzo de 1943, para contraer matrimonio civil se exige la prueba documental de no ser católicos los contrayentes."
"(22)

Algunos autores siguiendo a León Dussut, dicen que el matrimonio tiene la naturaleza jurídica de un acto condicional, y entienden por tal a aquella situación creada y regida por la ley, cuya creación tiene lugar, subordinada a la celebración de ese acto; en éste caso dicen-el matrimonio.

En contra de esto se puede esgrimir que en el acto condicional, los efectos jurídicos del acto se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece. -

(22) JUAN MONSIE Y SALVADO GARRA. "Comentarios al Código Civil. Tomo I, la. ed. Mx. Cardenas Editor y Dist. Pág. 108.

Y en consecuencia, en el matrimonio putativo, que es el que se celebró en Buenos Aires por coacción, no se aplica el artículo 107, sino únicamente los efectos de la nulidad, tal como se establece en el artículo 108, inciso 1.º, de la Ley 11.341, que es el que ha sido modificado por la Ley 11.342 de la validez del acto.

En el caso Antonio Cicu es el acto de coacción al "del matrimonio es nulo en su efecto de poder estar el cónyuge afectado, tiene lugar no tanto en virtud del deber de los conyugales, sino en virtud del deber de fidelidad del artículo 107 del Registro Civil que declara nulo el matrimonio que se celebra con la nulidad de la ley".(1)

A esto, la doctrina se refiere en el sentido de que no basta el pronunciamiento del juez del Registro, sino que es necesario que el afectado se oponga voluntariamente a la nulidad. Es que no puede imponer el artículo, por lo tanto, el acto, por el poder de la ley, lo que es, si tam-

(1) CICU, Antonio. "El Derecho de Familia. Tratado de la Ley de Buenos Aires, 1917". Tomo 110.

que hace nacer entre los cónyuges las obligaciones matrimoniales.

Según la esencia es de que el matrimonio no es un contrato ni un negocio bilateral, sino un acto unilateral del Estado que sólo reconoce la declaración de voluntad de los esposos, sin los cuales el acto no podría surtir efecto según Cicu.

Otra opinión acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, es la de Ruggiero, según este autor se trata de un acto complejo, el que concurren tres voluntades diversas, las de los conyugues y la del Oficial del Estado Civil.

Según la opinión de Carbonell, se expresa lo siguiente: en todo caso hay que reconocer que el matrimonio no constituye una sociedad contractual, pues su constitución consiste en algo más que en dar nacimiento a simples relaciones familiares; por el contrario el matrimonio es la fuente de la familia y del estado de los esposos.

Para el Sr. de Diego el matrimonio no es un contrato, pero en su fondo no tiene sino la forma de contrato, dada por la expresión del consentimiento. La razón es muy sencilla: todo contrato necesita de tres elementos o requisitos esenciales para su existencia, a saber objeto, causa

consentimiento, y en el matrimonio faltan los dos primeros."

"En efecto, falta el objeto o materia que en el contrato es una prestación que recae sobre las cosas materiales o servicios, pero nunca sobre las personas; y en el matrimonio no tiene lugar la entrega de una persona a otra y de ésta a aquella con toda la integridad; falta la causa, porque ésta en los contratos es la liberalidad y el interés, y en el matrimonio no puede admitirse que en el terreno de los principios haya otro interés que el amor."(30)

En México se le da el carácter de contrato civil. En efecto, nuestra Constitución en el artículo 130 párrafo -- 3o. señala: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden común, en los términos prevenidos por las leyes y en

(30) DE DIEGO CLEMENTE. "Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II. Editorial Reus. Madrid, 1930. Pág. 247.

de atribuirle fuerza y validez que los mismos les atribuyeron".

"Aun cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y más tarde nuestro Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el Derecho Canónico al cual diera carácter de sacramento al matrimonio. Por tal motivo se afirma en la Constitución de 17 en el citado artículo, que el matrimonio como contrato civil es de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil."

"Es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que en intención específica se le negó la legitimada interferencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias de Divorcio y en los inmediatos que se le siguen."

"Así se explica que el Artículo 147 del Código vigente-

prohíba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, es decir a la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca que se impone a los consortes."

"Por la misma razón el artículo 182 del citado ordenamiento declara; "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio."(31)

En todo caso hay que reconocer que el matrimonio no constituye una especialidad contractual más, pues su cometido creador consiste en algo más que en dar nacimiento a simples relaciones obligacionales.

El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes sino también por la intervención que tiene el oficial del Registro Civil.

"El matrimonio constituye una verdadera institución --

(31) ROJINA VILLEGAS S. "Derecho Civil Mexicano. Editorial --

Porrúa. Tomo II, México 1980, Página 221.

por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad de crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas."(32)

Es una institución natural y de orden público, y por eso se explica que sea obra del representante del Estado: el Oficial del Estado Civil no se conforma con autenticar el acuerdo de voluntades de los consortes, sino que se celebra el matrimonio por medio de una fórmula solemne.

En nuestro Derecho Mexicano se debe aceptar que en el Derecho de Familia ha venido teniendo gran aceptación el principio de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participa en forma constitutiva del mismo el Oficial del Registro Civil. También cabe señalar que se trata de un acto solemne, de tal manera que para su existencia es necesario que se levante el acta matrimonial con

(32)ROJINA VILLEGAS. ob. cit. Página 210.

el conjunto de formalidades que la propia ley establece.

Además asume la condición de acto jurídico complejo, en cuanto la declaración de voluntad del órgano estatal, que es el Oficial Público y por el cual se pronuncia el surgimiento del matrimonio, tiene una función constitutiva y no meramente declarativa.

Cabe destacar que en nuestro derecho positivo mexicano ya no tiene injerencia alguna los preceptos del derecho canónico, ya que de acuerdo con el artículo 130 constitucional, el matrimonio se regula exclusivamente por las leyes del Estado.

Para el Maestro Rafael de Fina "La naturaleza jurídica del matrimonio, lo podemos definir como una comunidad de vida fundada en el amor y constituida en arreglo a normas legales, dirigidas al cumplimiento de los fines que se desprende naturalmente de la relación permanente entre dos personas de distinto sexo."(33)

(33) DE FINA, Rafael, "Derecho Civil Mexicano". Ed. Porrúa, Méx. Página 322.

Se habla de que es un acto jurídico mixto porque se realiza por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciéndose sus respectivas manifestaciones de voluntad. No sólo se constituye por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil.

4.- EL MATRIMONIO EN MEXICO.

En México y a partir de la dominación española, las relaciones jurídicas entre los cónyuges y la celebración del matrimonio, se regularon por el Derecho Canónico.

La Iglesia Católica intervino para dar validez al matrimonio, y también para resolver cuestiones que surgían respecto al matrimonio.

Esta situación siguió en nuestro país hasta mediados del siglo XIX, cuando el 23 de Julio de 1859, el entonces presidente don Benito Juárez promulgó una ley relativa a los actos del estado civil de las personas, en la que lo referente a su registro, en dicha ley, quedaron secularizados todos los actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos obviamente el matrimonio, al cual se le atribuyó naturaleza de contrato civil, y por lo tanto se reclamó por el Estado en lo relativo a los requisitos para su celebración, elementos de validez, de existencia etc.

En esta ley de 1859 se continuaba reconociendo el carácter indisoluble del vínculo matrimonial, es decir, que en ese aspecto no había cambiado en nada, y que también en el Derecho Canónico se le daba el carácter de indolu-

ble.

Así mismo, los Códigos Civiles de 1870 y 1884, al igual que los que regían en diferentes Estados de la Federación,-- confirmaban en sus textos la naturaleza civil del matrimo---nio y su indisolubilidad.

Fué hasta el años de 1914, siendo jefe del ejército Constitucionalista Don Venustiano Carranza, que se promulga una Ley de divorcio que declaraba disoluble el vínculo matrimo--nial y por lo tanto, dejaba a los divorciados en libertad de contraer nuevas nupcias, ésta fué promulgada en Veracruz.

Después en la Ley de Relaciones Familiares del 12 de ---Abril de 1917, quedaron confirmadas las disposiciones de esta Ley de Don Venustiano Carranza, en lo concerniente a la -disolubilidad del matrimonio, en efecto esta ley recalcó que el matrimonio era susceptible de disolverse y por lo tanto -dejar a los divorciados en aptitud de contraer otro nuevo. -Además esta Ley introdujo algunos cambios respecto a la si--tuación jurídica de los bienes de los cónyuges.

Esta multicitada Ley tuvo vigencia hasta que entró en vigor el Código Civil de 1928, Código que nos rige actualmente y que entró en vigencia el primero de Octubre de 1937.

"El Código Civil vigente ha continuado la obra iniciada por la Ley de Relaciones Familiares, al aceptar casos en los que es posible la investigación de la paternidad que todavía mantuvo el ordenamiento de 1917. Además equiparó los derechos de los hijos naturales con los de los legítimos y facilitó las pruebas de los hijos nacidos en concubinato, para considerar posible la investigación de la paternidad, siempre y cuando se demostrara que tales hijos fueron concebidos durante el tiempo que el padre habitó bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo con él maritalmente."(24)

El matrimonio en México desde nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1874 ha quedado totalmente reglamentado por la Ley Civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Oficial del Registro Civil, como en lo que atañe a la materia de efectos, impedimentos y casos de nulidad.

(24) RAMÍREZ, MIGUEL S., Rafael. "Derecho Civil Mexicano". México, Editorial Porrúa, 2^o tomo II, 3^a Edición, 1980. Páginas 125.

En los Códigos de 1844 y 1870 se daba una definición de lo que era el matrimonio en México, transcribimos aquí dichos artículos:

Artículo 155 del Código Civil de 1844: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una mujer que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

Artículo 159 del Código Civil de 1870: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

Como vemos, en ambos códigos la misma definición en el artículo 13 de la Ley de Relaciones Familiares en el artículo 13 nos dice: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con un vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

En el actual Código Civil ya no se da una definición del matrimonio únicamente se concretan a darnos los elementos.

4.I.- ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ.

Partiremos de la base de que el matrimonio es un acto jurídico y para efectos de hacer un estudio acerca de esta institución seguiremos a la doctrina en cuanto que dice que todo acto jurídico tiene elementos esenciales y de validez.

Antes que nada caba aclarar que por elementos esenciales entendemos que son aquellos sin los cuales no puede existir el acto jurídico, en este caso el matrimonio, y los elementos de validez son los que no son necesarios -- para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad ya sea absoluta o relativa.

No pretendemos hacer un estudio exhausto de esta materia pero para fin de comprender esta institución, consideramos que es importante conocer estos elementos esenciales y de validez que nos da la doctrina.

"Siendo el matrimonio un acto jurídico, tiene elementos esenciales y de validez. Los primeros están constituidos respectivamente por la manifestación de la voluntad de los consortes y del Oficial del Registro Civil y -- por el objeto específico de la institución, que de acuerdo con la Ley consiste en crear derechos y obligaciones --

entre un hombre y una mujer, tales como hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente, guardarse fidelidad recíproca, etc."

"En cuanto a los elementos de validez en el matrimonio se requiere, como para todos los demás actos jurídicos, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la ilicitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto."(35)

(35) MAZEAUD, Henry. "Lecciones de Derecho Civil". Argentina, Ediciones jurídicas Europa - América. 1970. Página 98.

4.2.- EFECTOS DEL MATRIMONIO.

"El matrimonio forma un estado entre los consortes --- constituido por un conjunto de vínculos que imponen deberes y derecho, que no pueden ser renunciados por la sola voluntad de las partes, permanentes, recíprocas, y que establecen un conjunto de relaciones de contenido ético jurídico."(36)

La institución en estudio tiene en nuestro país una serie de efectos que podemos resumir en tres:

El primero con relación a los cónyuges.

El segundo con relación a los bienes.

El tercero con relación a los hijos.

"El matrimonio crea para cada uno de los cónyuges deberes morales. Estos deberes no han sido transformados en obligaciones legales, sino en la medida posible para asegurar su sanción. Por esta razón no se ha podido considerar

(36) SALINCO GARCÍA, Fernando. "Primer Curso de Derecho Civil"

México, Editorial Porrúa, S.A. Edición. 1980. Página 644.

el amor conyugal como una obligación legal."(37)

Los deberes que debe cumplir cada uno de los cónyuges son recíprocos y hoy en día colocan en situación de igualdad al hombre y a la mujer.

Estas relaciones derivadas del vínculo matrimonial son recíprocas y son permanentes en cuanto que las relaciones no se extinguen ni desaparecen por su cumplimiento.

La conducta de ambos cónyuges debe apearse a las normas jurídicas establecidas por el derecho, además no hay posibilidad que ninguno pueda sustraerse al cumplimiento de los deberes que son la esencia del matrimonio.

No se habla de obligaciones sino de deberes jurídicos, tampoco de derechos subjetivos sino de potestades. La institución del matrimonio origina entre los consortes obligaciones especiales que son consecuencia de su estado de esposos.

(37) DIAZ CRUZ, Mário. "Tratado Práctico de Derecho Civil". La

Haban, Tomo II, 1946. Página 254.

4.2.1.-EFECTOS DEL MATRIMONIO CON RELACION A LOS CÓNYUGES

El matrimonio acarrea una serie de derechos y obligaciones que a los cónyuges tienen que cumplir.

"Los cónyuges están recíprocamente obligados a la cohabitación (que implica la obligación de prestarse el llamdo deber-débito, o acto conyugal); a la fidelidad, que es el modo de practicar, aún indirectamente, la monogamia: La obligación de fidelidad está transgredida con el adulterio; y a la asistencia (que implica ayuda de un cónyuge a otro). Siendo tales deberes de orden personal no son coercibles; su violación implica sanciones solamente indirectas y a veces sanciones penales."(38)

Los cónyuges, primeramente tienen el deber de cohabitación, ya que así lo indica el artículo 163 del Código Civil, que a la letra dice "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, el lugar establecido de común -

(38) KESSINGO, Francisco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Traducción de Santiago Melendo. Argentina, Edición Jurídica Europa-América, Tomo II, 1954. Página 66.

acuerdo por los cónyuges en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales."

"Los Tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a algunos cónyuges, cuando el -- otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo hagan en servicio público o social; o se establezca en lugar insalubre o indecoroso". Este precepto establece una obligación para ambos que es la de que tienen que vivir -- juntos en el domicilio conyugal.

Cohabitar, aquí tiene el significado de vivir bajo el mismo techo, esto es natural y hace posible el cumplimiento de los deberes de fidelidad y de ayuda recíproca. "Este deber es natural e indispensable, para la fácil realización de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los cónyuges."(39)

(39) LAS CAUSAS CANÓNICAS DE SEPARACION CONYUGAL. Madrid. -

El incumplimiento de este deber acarrea una sanción, ésta se encuentra en el artículo 267 fracción VIII del Código Civil que nos dice "Son causas de divorcio; ...VIII.-

La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada".

En efecto, la sanción a este incumplimiento vemos que es la disolución del matrimonio. Cabe decir que el mismo artículo 163 nos señala el lugar donde se debe de cumplir el deber que se les impone; en el domicilio conyugal, éste es "el lugar, la casa en que los cónyuges viven juntos en donde se han convenido en establecer su común morada." (40)

De acuerdo con los artículos 147 y 182 del Código Civil que nos dicen que los pactos o convenios que celebren los cónyuges son nulos, si existiera el pacto de vivir separados, cualquiera de los cónyuges podrá exigir al otro el cumplimiento de deber de cohabitación.

(40) BALIBO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". México. Editorial Porrúa, S.A. Edición. 1980. Página 546.

Podemos hablar de otro efecto del matrimonio con relación a los cónyuges que es el deber de asistencia.

Al respecto podemos citar los siguientes artículos que nos dicen:

Artículo 147 del Código Civil. "Cualquier condición -- contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta".

Artículo 152.- "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, toda vez que el derecho a la vida de manera libre, responsable e independiente es el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que desde el matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Artículo 164.- "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su sustentación y a la de sus hijos, así como a la educación de estos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. El que anterior no está obligado si el que se encuentra incapacitado o no trabaja y carece

re de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos".

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar. El mutuo auxilio y la ayuda recíproca que se deben ambos cónyuges constituye uno de los elementos principales del matrimonio, también se incluye aquí la obligación de proporcionar alimentos.

"El deber de asistencia recíproca, constituye la síntesis y el resumen del concepto civil y canónico del matrimonio. Los canonistas hablan de él como el "mutuum adjutorim" Síntesis porque este deber jurídico, cuando es cumplido, en vuelve por decirlo así el deber de fidelidad. Resumen, porque en su cumplimiento está manifestado el íntimo consorte (consortium omnis vitae) en que consiste la verdadera comunidad de vida (y no solamente la vida en común) entre un solo hombre y una sola mujer que expresa el estado de matrimonio."(41)

(41) GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". México, Editorial Porrúa. 4a. Edición. 1980. Página 550.

Otro efecto del matrimonio con respecto a los cónyuges es el exigir fidelidad y la obligación correlativa.

"Aun cuando el deber de fidelidad puede tener una valoración ética y una valoración jurídica, en el primer aspecto puede ser regulado tanto por el derecho como por la moral. Ahora bien, el ordenamiento jurídico acepta através del concepto de "buenas costumbres" las reglas de moral social que tienen vigencia y valor de una sociedad determinada. En consecuencia por lo que se refiere al matrimonio es evidente que el principal control en el deber de la fidelidad debe buscarse no en preceptos jurídicos consagrados expresamente en un código, sino en las reglas que se derivan de las buenas costumbres imperantes en una sociedad. Aquí tenemos oportunidad de comprobar la intervención de la moral en el derecho".(42)

La fidelidad supone abstenciones, se puede decir que -- sin ella el vínculo matrimonial perdería su sentido.

Otro aspecto importante en cuanto a los efectos del matrimonio es el relativo a exigir el cumplimiento del débi--

(42) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". México Editorial Porrúa. Tomo II. 5a. Edición. 1980. Página 314.

to carnal o el derecho a la relación sexual: "Desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación implica una injuria grave que es causa de divorcio".(43)

En el matrimonio canónico, la perpetuación de la especie se encuentra como un elemento de su definición y en el matrimonio civil, encontramos que esto se incluye en el artículo 147 que nos dice que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie se tendrá por no puesta.

(43) FERRER, JULIÁN S, "Derecho Civil Mexicano", 2ª. Edición, Editorial Porrúa, Tomo II, 2ª. Edición 1966, págs. 111.

4.2.2.- EFFECTOS DEL MATRIMONIO CON RELACION A LOS BIENES

La situación jurídica derivada del matrimonio sobre -- los bienes de los cónyuges se llama régimen matrimonial, y los pactos e convenios que lo establecen se denominan capi-- tulaciones matrimoniales. Al respecto en el Distrito Fede-- ral existen dos tipos de regímenes matrimoniales, que son; Separación de bienes y sociedad conyugal.

En la separación de bienes cada uno de los cónyuges -- conserva el pleno dominio de sus bienes, y el goce y dis-- frute de los mismos e independientes del otro.

La Sociedad Conyugal establece una comunidad entre am-- bos consortes, sobre los bienes que forman parte de la so-- ciedad de ambos y sobre sus frutos, según lo dispongan las capitulaciones. Nos dice el artículo 183 del Código Civil para el D. F. "La sociedad conyugal se regirá por las capi-- tulaciones matrimoniales que la constituyen, y en lo que -- no estuviere expresamente estipulado por las disposiciones relativas al contrato de sociedad".

El artículo 178 expresa lo siguiente:

"El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el ré-- gimen de sociedad conyugal e bajo el de separación de bie-- nes".

4.2.3.- EFECTOS DEL MATRIMONIO CON RELACION A LOS HIJOS

"El estado de matrimonio tiene el punto de vista jurídico, por lo que respecta a los hijos los siguientes efectos:

a).- Exige la inscripción de los hijos de los conyugues.

b).- Crea una presunción de paternidad del marido respecto de los hijos de la esposa.

c).- El matrimonio del hijo produce su emancipación.

d).- Atribuye la patria potestad conjuntamente a ambos cónyuges sobre los hijos de ambos".(44)

El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los que se conciben durante el mismo.

El artículo 324 del Código Civil para el D. F. dispone "se presumen hijos de los conyuges:

1.- Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio.

(44) GALINDO FERRAS, Ignacio. "Primer Curso de Derecho Civil"
México, Editorial Porrúa, 4a. Edición, 1980, página 354.

II.- Los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio, con independencia de la nulidad del contrato de la muerte del marido o de la nulidad de este último, o durante los meses de la vida de la mujer desde que de hecho quedará separado los cónyuges por sentencia judicial.

En consecuencia, por virtud del matrimonio se tiene por cierta, desde el punto de vista jurídico, de que los hijos de la mujer casada que hayan sido concebidos a partir de su enlace, serán hijos de su marido, no admitiéndose esta excepción, en caso de nulidad de este último, cuando sea posible a este fin, caso en el que, en su defecto, se lo entenderá por 180 días de los 300 días que preceden al nacimiento".(45)

(45) "Derecho Civil", tomo I, p. 100, nota 100.

Podemos decir que el efecto principal del matrimonio es atribuir la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo.

Además tenemos el artículo 354, que nos dice "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos habidos antes de su celebración".

Este importante efecto del matrimonio con respecto a los hijos, se encuentra regulado en los artículos 354 al 359 del Código Civil para el D. F.

Por otra parte nuestra legislación nos dice que para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo 354, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento a ambos padres, junta o separadamente.

Cabe mencionar que el matrimonio sólo viene a establecer certeza en cuanto al ejercicio y la atribución de la patria potestad, pues estos existen independientemente del mismo, en favor y a cargo de los padres y abuelos.

CAPITULO II

LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD

.-ANTECEDENTES.

1.1.-DERECHOS DEL PATER-FAMILIAS.

1.2.-FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

1.3.-ASPECTO PATRIMONIAL.

1.4.-EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

2.- CONCEPTO.

3.- LA PATRIA POTESTAD EN MEXICO.

3.1.-LA PATRIA POTESTAD EN LA EPOCA DE LA COLONIA.

3.2.-LA PATRIA POTESTAD DESPUES DE CONSEGUIDA LA INDEPENDENCIA.

3.3.-CODIGOS CIVILES DE 1870 y 1884.

3.4.-LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

3.5.-CODIGO DE 1928.

3.5.1.-EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LA PERSONA
DEL HIJO.

3.5.2.-EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS BIENES
DEL HIJO.

3.5.3.-SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA PATRIA
POTESTAD.

3.5.3.1.-SUSPENSION.

3.5.3.2.-PERDIDA.

3.5.3.3.-EXTINCION.

CAPÍTULO II

LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD

I. - ANTECEDENTES

La evolución de la patria potestad ha sido trazada al mismo tiempo que la de la familia; resulta suficiente con remitirse a la autoridad omnipotente del pater-familias ha hecho lugar, por la influencia del cristianismo, la idea de función ejercida por el cabeza de familia en interés de los hijos y de la familia.

La institución en estudio, tiene como antecedente el Derecho Romano. La coexistencia actual de la autoridad del Estado y de la Familia ha debilitado el enérgico poder paterno típico de la familia primitiva.

En el Derecho Romano y en el Germánico, la patria potestad confiere al padre el derecho de vida y muerte sobre los hijos, y la autoridad paterna dura toda la vida del padre. La reacción contra este poder se refleja en el medioevo. La orientación moderna trata de impedir los posibles abusos del poder paterno, sin detrimento del respeto final. Pensamos que la patria potestad debe ser una insti

tución en beneficio de los hijos, deben cooperar en su ejercicio el padre y la madre.

La palabra patria potestad se deriva del latín patrius a, un, lo relativo al padre y potestas, potestad.

Antiguamente la institución en estudio era un poder absoluto e ilimitado, pero los modernos códigos que la regulan ya no la consideran así.

Esta institución que antiguamente se atribuyó exclusivamente al padre, se otorgó con posterioridad a la madre - en defecto de aquél y hoy en día la ejercen conjuntamente el padre y la madre y con igualdad de derechos y obligaciones.

"La patria potestad es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar. En las antiguas legislaciones, surgía legalmente sólo dentro de la familia legítima; no se establecía respecto de los hijos naturales. En nuestro Código Civil, la patria potestad es una institución que nace de la relación paterno filial. En esta manera la ley ha querido que éste deber de proteger y cuidar a

Los hijos, no depende de la existencia del vínculo matrimonial sino de la procreación, o de la adopción que impone a cargo de los padres, la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente."

"El cuidado y protección de los menores, que corresponde desempeñar en manera principal y por así decirlo natural al padre y a la madre, atribuye un complejo de facultades y derechos a los progenitores para que en el ejercicio de esa autoridad, quedan cumplir esa función ético social que actualmente es la razón que funda la potestad paterna".

(1)

En el Derecho Romano, la patria potest á la autoridad paterna que el paterfamilias ejerce sobre los hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños acogidos o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados.(2)

(1) GALINDO TERFIAZ, Ignacio. "Derecho Civil". México, Edito --
rial Porrúa, 4a. Edición, 1960. Pág. 668.

(2) FENICIA SILVA, Sabino. "Derecho Romano". México, Editorial-
Porrua. 1970. Pág. 91.

Cabe hacer notar que los romanos para indicar los descendientes sometidos a la autoridad paternal empleaban las expresiones *Filius Familiae* y *Filiae Familiae*.

No podía ejercer más que por un *civis romano* sobre sus hijos también ciudadanos. El principal carácter de esta autoridad no tenía como objeto principal la protección de los hijos, sino más que nada el interés del *paterfamilias*. La madre careció siempre de ésta autoridad.

Decía Justiniano en sus instituciones que "El Derecho de Potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Bajo nuestra potestad se hallan nuestros hijos, a quienes procreamos en *justae nuptiae*".

Vemos que primeramente el jefe de familia es el jefe del culto doméstico, además los esclavos y los hijos eran incapaces de tener un patrimonio, ya que todo lo que ellos adquirían era adquirido por el *paterfamilias*.

Las personas sujetas a ésta potestad estaban a la absoluta disposición del *paterfamilias*, quién a su vez los podía vender, castigar e incluso darles muerte.

"No hay edad que libere al hijo de ésta potestad, pero

estregos en venta el patri-familias-unicinium-.

Como elemento de las potestas aparecen también el ius-
militi y el ius exvendi, o sea los derechos de vender y de-
poner a los individuos de la familia.

Con sus efectos, esta potestas confería al jefe de familia
poderes riesgosos e absolutos, análogos a los del amo-
sobre el esclavo, y que ejercía, al mismo tiempo sobre la
persona, sobre los bienes de los hijos. Pero, a medida que
se iba dulcificando la rudeza de las costumbres primitivas,
se vio también extinguirse lentamente la energía de la po-
testas "terral".(4)

(4) ESTEBAN, op.cit. "El Estado Elemental de Derecho Romano". 411-
412. Colección de la Academia Nacional de Ciencias. 101.

I.I.- DERECHOS DEL PATERFAMILIAS.

La patria potestad daba al paterfamilias derechos resu-
rosos y absolutos, algo semejante a los del amo sobre el
esclavo, mismos que ejercía sobre la persona y bienes de
los hijos al mismo tiempo.

"La familia romana se organizó como asociación monar-
quica patriarcal. Los parientes agnados y cognados así or-
ganizados, constituyen una familia que, merced a ese pa-
triarcado, adquiere duración y estabilidad y facilita la
transmisión hereditaria. La organización patriarcal tiene
bases a la vez religiosas y económicas; el jefe de la fami-
lia es el sacerdote, el juez, el legislador, dentro del
grupo de parientes que se desenvuelve de manera autóno-
ma. Para lo que sea unidad y la duración y estabilidad del gru-
po, el paterfamilias se encuentra investido de un conjunto
de poderes y derechos en el ejercicio de esa autoridad que
es la patria potestad".(5)

(5) GALINDO GARCÍA, Ignacio. "Derecho Civil". México, Edito-
rial Porrúa. 4.ª Edición. 1980. Página 668.

No era necesario ser padre para ser paterfamilias. ---
Podemos dividir esos derechos del paterfamilias en dos:

- a).- Derechos sobre la persona.
- b).- Derechos sobre los bienes.

Respecto a los derechos de la persona el paterfamilias fue durante los primeros siglos un verdadero magistrado de mérito ejecutaban sobre sus hijos las penas más rigurosas ya que tenían poder de darles muerte-ius vitae necisque-, además podía venderlos a terceros o abandonarlos.

En efecto se tiene bien comprobado que en los primeros tiempos el paterfamilias podía matar a su hijo, después a fines del siglo II D.C. los poderes del paterfamilias se redujeron a un sencillo derecho de corrección. También podía emancipar al hijo o sea cederlo a un tercero a la manera de la mancipación, esto se permitía cuando el padre estaba en situación miserable.

Además podía abandonarlo; Constantino decidió que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiere, bien como hijo, bien como esclavo.

En los derechos sobre los bienes, el paterfamilias tenía el carácter absoluto sobre éstos. En efecto, el hijo en cuanto a sus bienes primitivamente estuvo en una situa-

ción semejante a la del esclavo. El menor no podía tener bienes propios, ya que todo lo que adquiría pertenecía al paterfamilias.

"Por otra parte la regla por la cual los hijos de familia no pueden tener nada en propiedad se modificó bajo el imperio. Ciertas adquisiciones les fueron otorgadas en toda propiedad, extendiéndose en lo sucesivo este favor, aun que en la época de Justiniano fué casi derogado".(6)

(6) PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". México. Editora Nacional. 1980. Página 103.

I.2.- FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano reconocen como fuente natural de la patria potestad la iustitia nuptialis o justitia matrimonii, esto era la fuente original de esta importante institución.

Tercero además reconocían tres fuentes que los romanos llamaban artificiales, y estas eran:

a).- La adopción.

b).- La adrogatio.

c).- La legitimación.

A).- LA ADOPCION.

"La adopción es una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las justas nuptias entre el hijo y el jefe de familia. De ésta manera hace caer bajo la autoridad paterna e introduce en la familia civil a personas que no tienen, por lo regular, ningún lazo de parentesco natural con el jefe".(7)

(7) JENNERA SILVA, Sabino. "Derecho Romano", México. Editorial Porrúa, 1980. Página. 93.

Cabe hacer notar que ésta institución solo tenía importancia en una sociedad aristocrática donde la voluntad del jefe influye sobre la composición de la familia, tal como la sociedad romana, ésta se hacía de dos formas: la primera, por autoridad del pueblo. Se llama también *adrogatio* porque se le preguntaba al adoptante si deseaba que el adoptado fuere hijo legítimo y el adoptado se le pedía su aceptación. La segunda es por imperio de un magistrado, se adopta a los que están sujetos a la patria potestad de un *paterfamilias*. Por medio de esta autorización del Pretor o presidente de la provincia, se adoptan a los varones y mujeres, *núberes* o *innúberes*.

Mediante esta figura jurídica el adoptado se sometía a la potestad del *paterfamilias*, es así como se introducen en la familia civil a personas que no tenían ningún lazo de parentesco natural con el jefe. Mediante esta institución el adoptado sale de su familia civil, perdiendo antiguos derechos de agnación, para conservar únicamente la cualidad de *comado*, aunque entrando a la familia civil del padre adoptivo adquiere éste sobre él la autoridad *paterfamilias*.

B).- LA ADROGATIO.

Por medio de esta figura jurídica un paterfamilias adquiría la patria potestad sobre otro paterfamilias. Esta tenía un interés político y religioso ya que se podía resultar la desaparición de una familia y la extinción de un culto privado. Los efectos de la adrogatio son que el adrogado pasaba bajo la autoridad paterna del adrogante y entraba como agnado en su familia civil.

C).- LA LEGITIMACION.

La legitimación apareció en el bajo imperio con Constantino hasta Justiniano, ésta consistía en un procedimiento por medio del cual se adquiría la patria potestad sobre los hijos naturales nacidos por supuestos de concubinato y por dicho acto, estos adquirían la condición legal de legítimos. Esta figura jurídica era el reconocimiento de los hijos que nacen fuera del 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 súplica al emperador se podía legitimizar a los hijos.

1.3.- ASPECTO PATRIMONIAL.

En este aspecto el paterfamilias era el único de por sí de la familia de las rubezas, bien sea en tanto o bienes adquiridos por medio de su esposa, hijos, esposos de sus hijas y esclavos. Es decir, el paterfamilias es el titular del patrimonio y de todas las adquisiciones hechas por todos los que se encuentran sometidos a la patria potestad, ya que aquellos que estaban sujetos a la patria potestad no podían tener nada propio.

"En el aspecto patrimonial desde el punto de vista del ius civile, la patria potestad implicaba:

1.- Que el único titular de derechos patrimoniales, en la familia romana, era el paterfamilias; el filius, "in illius habere potest"-el hijo nada puede tener como suyo".

2.- Que el hijo tenía capacidad de realizar negocios jurídicos que no fueran de enajenación o gravamen, porque carecía de propiedad y derechos reales; pero podía, v. g.: adquirir en favor del pater derechos reales o de crédito.

3.- Que por carácter de capacidad legal para ser titular de derechos patrimoniales, su capacidad de realizar negocios jurídicos solo venía a ser igual que el esclavo, un -

instrumento de adquisición de su pater, pues era éste ---- quien recibía todo lo adquirido por actos del hijo que en cambio, si por esos actos el hijo resultaba obligado, el pater no quedaba deudor, sino solo a él."(8)

Sin embargo, pronto surgieron los peculios, que consistían en bienes o dinero que el paterfamilias daba a su hijo o a su esclavo para que éste con su industria los incrementara, éste fué el llamado peculio profecticio. Cabe -- aclarar que en cualquier momento podía revocarlo el padre cuando así lo dispusiere.

Después más adelante se crearon varios tipos de peculios para favorecer al filius-familia. Aquí tenemos algunos otros tipos de peculios:

PECULIO ADVENTICIO.

Fueron creados por Constantino, por medio de éste los casos que el hijo heredase de su madre, no seguían el régimen general de absorción por el matrimonio materno, sino

(8) JENYERA SILVA, Sabino. "Derecho Romano". México, Editorial Porrúa. 5a. Edición. 1980. Página 93.

que fuesen reconocidos al hijo; el padre no tenía sobre ellos más que el usufructo y la administración, perteneciendo la propiedad al hijo.

PECULIO CASTRENSE.

Era un privilegio para los militares. Este comprendía todo lo que el hijo adquiría con motivo del servicio militar, en especial su sueldo, su parte en el botín de guerra, las distribuciones de tierra y las libertades que le eran hechas por terceros; estos bienes pertenecían en plena propiedad al hijo. Si el hijo moría sin testar los bienes quedaban al padre.

PECULIO QUASICASTRENSE.

Tiene semejanza con el anterior, pero éste fué creado bajo Constantino y comprendía los bienes que adquiría el hijo en el servicio de la Corte, en la Iglesia o en el Palacio del Emperador.

"Se llaman peculios a ciertas masas de bienes sobre las que se reconocen al Filius Familias facultades variables, según las épocas y las clases de peculios".(9)

(9) VENTURA SILVA, Sabino, ob. cit. Pág 94.

Después fueron verificándose los derechos de capaci--
dad de adquisición del Filius-Familia al grado de permitir
sele la propiedad de sus adquisiciones, sin importar la --
procedencia de los mismos con excepción de las obtenidas --
con el dinero o a costa del padre, o de los bienes entrega
dos por un tercero al mismo, por gratitud o consideración.

I.4.- EXTINGUICION DE LA PATRIA POTESTAD

La muerte del hijo daba fin a la autoridad del pater-familias, además otras causas que daban fin a esta autoridad son acontecimientos fortuitos y los actos solemnes.

Como acontecimientos fortuitos tenemos:

a).- Por la entrada del hijo al sacerdocio, -flamines- diales, vestales- en la época romana, y el acceso a la dignidad de obispo en el Derecho Cristiano.

b).- Por exposición del hijo y prostitución de la hija.

c).- Por celebración de un matrimonio incestuoso.

d).- Por la muerte del pater, o por sufrir una *capitis deminutio-máxima* o *familia*.

Se extinguía además por los siguientes actos solemnes:

a).- La emancipación.- Acto por el cual el jefe de familia hace salir de su potestad al hijo, haciéndose éste *sui-juris*.

b).- La adopción.

2.-CONCEPTO.

Nuestro Código Civil, no nos dá una definición de lo que es la patria potestad. Solamente se limita a darnos los elementos de esta importante figura jurídica.

Veamos la opinión de diversos autores sobre esta materia; "La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el Derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)".

"Para lograr esta finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez, por el padre y por la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de estos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida

en que su estado de minoridad, lo requiera".(10)

De lo anterior se desprende que el concepto actual de patria potestad es muy diferente al que se tenía en el Derecho Romano.

Asimismo, la doctrina francesa del siglo pasado, veía en la misma un simple conjunto de derechos atribuidos al padre, la doctrina posterior destaca en sus definiciones más amplias el aspecto del deber.

Por su parte, Josserand nos dice que "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos".(11)

En la anterior definición podemos observar que la patria potestad no es un poder absoluto sino que se trata -

(10) GALINDO GARRÍAS, Ignacio "Derecho Civil". Ediciones Jurídicas, 4a. Edición. México. 1980. Página 667.

(11) JOSSERAND, Louis. "Cursos de Derecho Civil Positivo". Francia, Editorial Sirey, París, 1932, Tomo I. Página 555.

de una relación jurídica bilateral.

"La patria potestad comprende: de una parte, derechos - sobre la persona: el derecho de custodia y de dirección, - y el llamado derecho de corrección paterna; por otra parte - un derecho sobre los bienes: el derecho de goce legal.

a).- El derecho de guarda y de dirección.

Concede a su titular el derecho de dirección general de la persona del hijo. Es una función conferida en interés - del hijo. Este derecho tiene como corolario la obligación - de guardar, mantener, educar e instruir al hijo.

b).- El llamado Derecho de Corrección Paterna.

Consiste en el derecho de encarcelar al hijo. En la - actualidad, no es ya una prerrogativa del padre, además el - encarcelamiento en una prisión se reemplaza por una medida - de colocación que tiene por finalidad la enmienda del menor.

c).- El Derecho de Gocce Legal.

Tiene su origen en el derecho romano, se trata de un de - recho de usufructo, que pertenece al padre y además portene - ce para que obviamente ejerza la patria potestad, sobre los - bienes de los hijos menores de 18 años y no emancipados. -- Tiene por objeto subvenir al mantenimiento del hijo, por --

ese es indispensable en mano de su titular.

En caso de divorcio, se pierde por el esposo que resulta culpable y es adquirido por el cónyuge inocente; desaparece cuando el divorcio se pronuncia por culpa recíproca, la extensión de esta sanción a la separación de cuerpos es discutida.

En principio, todos los bienes del hijo están sometidos al usufructo legal, con la excepción de los ingresos del trabajo separado del hijo, y de los bienes que le hayan sido donados con la condición de que los padres no gocen de ellos".(12)

Interesante la exposición hecha por Fozzeaud sobre el concepto francés de la patria potestad.

Para Colin y Casitant "es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que sean menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenerlos".

(12) F. ZEAUD, Henri. "Lecciones de Derecho Civil". Ediciones Jurídicas. Europa-América. Buenos Aires, Argentina, Página 27.

teamiento y educación que pesan sobre ellos".(13)

La patria potestad "esta constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre (con prelación de la madre como cabeza de familia) al objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto, -- por razón de su juventud e inexperiencia." (14)

Las teorías modernas acerca de la institución en estudio se cuidan de insistir en que la autoridad externa se concibe más bien en interés del hijo que de los padres y -- que comporta a la vez deberes y poderes, de tal manera que los progenitores sólo disponen de éstos últimos en la medida preciso para cumplir los deberes protectivos de su incumbencia.

No hay que olvidar que la autoridad externa se encadena a garantizar la necesaria unidad de dirección dentro del -- grupo familiar.

(13) COLIN, Ambrosio y CAPIRANT H. "Derecho Civil". Tomo II, Editorial Reus, 2a. Edición, México. 1932, página 20.

(14) PLANCHOL. "Tratado de Derecho Civil". Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo II, página 251.

En el Derecho Francés como en el Mexicano, quedan sometidos a la patria potestad únicamente los hijos menores y no emancipados. Al efecto podemos decir que hay dos tipos de emancipación:

a).- La legal.

b).- La expresa.

a).- LA LEGAL.

Deriva del matrimonio del menor, toda vez que la autoridad paterna es incompatible con la independencia que el nuevo hogar exige.

b).- LA EMANCIPACION EXPRESA.

Consiste en una renuncia (escasamente práctica) a la autoridad paterna por obra de la voluntad de su titular; el padre, en su defecto la madre y, a falta de ambos, el Consejo de Familia.

Planiol dice que "Es el conjunto de derechos y facultades que la Ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".(15)

(15) PLANIOL, ob. cit. pág. 256.

"El concepto de patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. En esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad".(16)

Otra definición nos dice que la institución en estudio "es el conjunto de facultades que suponen también deberes - conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria".(17)

El desempeño de la patria potestad, acarrea siempre al que la ejerce facultades o derechos, deberes u obligaciones.

Para Clemente de Diego "es el deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos, en la medida reclama

(16) GALINDO GARFIAS, Ignacio, ob. cit. pág. 668.

(17) DE PINA, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Editorial Porrúa
1956. Página 257.

da por las necesidades de éstos". (18)

En la actualidad podemos decir que la patria potestad es una doble función deber-derecho subjetivo de los padres es decir, el padre que cumple el deber puede ejercitar el derecho.

Es menester señalar que todos los intentos de definición, tienen o entrañan dificultades, ya que en el campo jurídico no podemos limitar una figura jurídica.

(18) CLEMENTE DE DIEGO, Felice. "Instituciones de Derecho Civil Español". Ed. Fierro, Tomo II, Madrid 1930, Página 538.

3.- LA PATRIA COMUNITARIA EN MEXICO.

La organización familiar actual acenta la patria comunitaria como conjunto de deberes y derechos de carácter irrenunciable reconocidos a los que lo ejercen (padre consanguíneo y adoptivo y subsidiariamente a los abuelos paterno y materno), respecto de la persona y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados.

La institución en estudio en la actualidad se origina a través de la filiación que puede ser matrimonial o extramatrimonial por la legitimación, por el parentesco en línea directa y ascendente y por la adopción.

Entre los rasgos que caracterizan a nuestro tipo de evolución que ha tenido en México, la patria comunitaria desde sus orígenes: así mismo encontramos que desde la época de los romanos hasta nuestros días, la ciudad figura jurídicamente en la evolución. Aún en las legislaciones más conservadoras como la de España, el excesivo rigor aparece disminuido.

En México se presume que en la cultura "Áztec", el individuo constituía parte del jefe una especie de autoritario. La familia habitaba la misma casa, no había jefe autoritario.

después de la muerte, de ahí cuando ya no había, los hijos se casaban y formaban un nuevo hogar, pero su vez se regían por las mismas costumbres.

En la época precolonial, entre los Aztecas, sólo existía en la nobleza los guerreros distinguidos, y especialmente los reyes.

La ley reconocía la oligarquía y por lo tanto los hijos de todas las mujeres eran legítimos; pero los que ejercían ciertas dignidades tenían que escoger y designar una esposa para tener en ella los sucesores de sí mismo, y a los hijos eran los que se consideraban legítimos y en éstos únicamente se llamaba ilegítimos a los otros.

Según algunos historiadores en el pueblo Mexicano, la potestad era ejercida exclusivamente por el padre; -- quién era el jefe de toda la organización familiar y su ejercicio terminaba con la emancipación del hijo por medio del matrimonio, y en algunos casos continuaba mientras el hijo y su familia vivieran en la casa del padre.

La potestad estaba sólo reservada al padre y era absoluta durante la menor edad del hijo, al grado de que el padre podía venderlo por esclavo con su descendencia, también si un padre tenía varios hijos y uno de ellos era incorre-

gible, con licencia de los jueces podían venderlo".(19)

Si se conoce entre los mexicanos una manera de transmitir la patria potestad viviendo con el padre, que era el matrimonio del hijo, la muerte del padre hacía pasar al menor bajo potestad del tío paterno que se casaba con la madre, o del hermano mayor TICHCAUH, o el miembro de la familia más respetado. Los historiadores nos dicen también que el padre al morir encargaba la tutela de sus hijos a determinada persona.

(19) CHAVEZ, Alfredo. "Compendio General de México a través de los siglos". Editorial del Valle de México, 2.ª Edición. Tomo I, Página 394.

2.1.- LA PATRIA POTESTAD EN LA ÉPOCA DE LA COLONIA.

Según los historiadores, en la Nueva España, regían varias clases de leyes:

- a).- Las procedente Española.
- b).- Las que regían sólo para la Nueva España.
- c).- Las Indígenas.
- d).- Las dictadas en forma general para las colonias.

Dentro de las leyes Españolas que regían en México durante la Colonia. En relación a la patria potestad encontramos el más antiguo de los Códigos de esta América, que es el Fuero Juzgo, en el cual vienen muy pocas disposiciones sobre la patria potestad, señalándose que ésta última pertenecía al padre.

Es necesario agregar que en aquel entonces, no se le conocía con el nombre de patria potestad, sino se le llamaba el dominio de los hijos.

La patria potestad en el Fuero Juzgo, era ejercida principalmente por el padre, cuarto éste no la cedra, hasta que los hijos cumplieran 14 años, siempre que ella quisiera y no por el contrato de nupcias, en cuyo caso si el había un hijo entre los 10 y 20 años, a él correspondía

la patria potestad. A falta de ésta, tenía la patria potestad el tío o su hijo, y en su defecto el pater familias facultades para designar a quien él considerara pertinente.

Al día podía haber los bienes del menor, de los cuales le pertenecía la décima parte de los frutos.

Más tarde, las leyes de las Siete Partidas, muestran un notable retroceso, ya que hasta cierto punto, se puede decir que copian las leyes romanas, pero ya con las modificaciones hechas por emperadores cristianos. No consideraba la independencia que daba el matrimonio, más que la ciudad-institución, pertenecía exclusivamente al padre, con exclusión de la madre y los parientes.

Por lo que respecta a los bienes del menor, en esta época se siguió la misma clasificación que en el Derecho Romano, como en los derechos y obligaciones respectivas del hijo y del padre.

Durante la Colonia hubo múltiples cuerpos legales, decretos y leyes de las Cortes. Es importante mencionar las leyes de Toro que abordan el tema de la patria potestad; en efecto, las ciudades levas consideraban independientes o independientes a los hijos que contrajeran matrimonio de acuerdo con los mandamientos de la Iglesia.

Colombia concluyó durante la Colonia, la metría no-
del Estado que se le dio al país.

Debe observarse que, al tiempo de la creación del Dere-
cho, como la metría, el Derecho de la Colonia, el Dere-
cho, sólo se consideró en la metría la metría, y se
considerado, como el Derecho de la metría, y se
considerado como derecho del autor y se transformó, a través
del Derecho consuetudinario, en un deber de protección ha-
cia el hijo. Desde entonces, como se consideró que la
metría, la metría del autor, su transformación, el Derecho
tivo, se dio en el Derecho de la metría. (20)

(20) Véase el artículo 1.º del Decreto 1.º de 1900, "Derecho Civil", de la Nación, de
vicio. 1900. Editorial Torra. Págs. 670.

3.2.-LA PATRIA LIBRE DESPUES DE CONSUMADA LA INDEPENDENCIA

En la época del México Independiente, una vez consumada la Independencia, las Leyes de Partidas conservan su vigencia durante algún tiempo; concretamente hasta 1857, año en el que el entonces Presidente de la República Don Benito Juárez, promulga las Leyes de Reforma, en ese mismo año, se formula un Proyecto de Código Civil, que nunca estuvo vigente; pero que influyó en gran medida en la elaboración del Código Civil de 1870.

La elaboración de este Código Civil fue encomendada al Licenciado Justo Sierra, quien en el término de 3 años formó con arreglo al Proyecto de Código Civil para España de García Goyena.

Este Código constituye en su totalidad casi una calca del Código de Napoleón.

3.3.- CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

Es importante el estudio de estos Códigos Civiles por la trascendencia que ambos presentan.

Así encontramos que el Código Civil de 1884 contiene en forma casi idéntica la regulación de la patria potestad como la venía contemplando el Código de 1870, en efecto, - ambos Códigos difieren tan solo en lo que se refiere al principio de la libre testamentación que fue adoptada por el Código de 1884.

Ahora bien, nuestro primer Código Civil reconoce al padre y a la madre legalmente el ejercicio de la patria potestad, y concede solidariamente derechos y deberes en relación a la persona y bienes de los hijos. Así mismo establece la sucesión de la patria potestad a la muerte de los padres y otorga tal derecho a los abuelos y abuelas respectivamente. Además destruye la diferencia que existía entre los hijos naturales y legítimos, equiparándolos en un plano de igualdad jurídica.

Lógicamente, estos conceptos fueron innovadores para esa época.

Por lo que respecta al Código de 1884, como se anotó -

con anterioridad, es una copia del primero con pequeñas modificaciones, ya que según los redactores del Código de 1884, el de 1870 se había adelantado en tiempo y experiencia al pensamiento jurídico de la época.

Posterior al Código de 1884, se elabora un tercer Código Civil; el actual e Código Civil de 1928.

A manera de breve reseña histórica consideramos conveniente hacer las siguientes anotaciones:

El primer Código, es decir, el Código de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, fue redactado por una Comisión la cual se componía de 4 integrantes:

José María La Fragua.

Isidro Montiel.

Mariano Yáñez.

Rafael Dondé.

Donde todos ellos licenciados--dicha comisión fue nombrada por el entonces Presidente de la República Benito Juárez. Este Código se terminó y publicó el 13 de Diciembre de 1870, pero empezó a regir el 1.º de Marzo de 1871. Reglamentaba la patria potestad en el Libro I, título VIII, que constaba de 3 capítulos, mismos que comprendían los ar

tículos 389 al 429. Cabe mencionar que sirvieron de base al citado ordenamiento, los Códigos de Portugal, Austria y principalmente el de Francia, además de los proyectos de García Goyena.

El segundo Código Civil, fue promulgado durante el gobierno del General Manuel González y comenzó a regir el 1.º de Junio de 1884. Este Código, se ocupaba de regular la patria potestad, en el Título VIII, Capítulos I, II y III, de los artículos 363 al 402. Como observaremos enseguida, se reglamentaba la patria potestad, en forma casi idéntica que el Código de 1870.

A continuación transcribimos el Título VIII del Código Civil de 1884.

TITULO OCTAVO.

CAPITULO I.

DE LA PATRIA POTESTAD

De los efectos de la patria potestad respecto a las --
personas de los hijos.

ART. 363.- Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad
y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás re-
sidentes.

ART. 364.- Los hijos menores de edad, no emancipados, están
bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los as-
cendientes a quienes corresponde aquella según la ley.

ART. 365.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y--
los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legiti-
mos o reconocidos.

ART. 366.- La patria potestad se ejerce:

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

ART. 367.- Sólo por fuerza, inhabilitación o ausencia de llamado preferentemente entrará el ejercicio de la patria potestad a la madre en el orden establecido en el artículo anterior. Esto mismo se observará cuando se produzca la herencia conforme a lo dispuesto en el artículo 367.

ART. 368.- Mientras existiere el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa del que le ejerce, sin permiso de éste o decreto de autoridad pública competente.

ART. 369.- Al que tiene al hijo bajo su potestad, le cabe la obligación de educarlo convenientemente.

ART. 370.- El padre tiene la facultad de comprar y vender a sus hijos fincadas y muebles.

ART. 371.- Las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de ésta y demás facultades que les concede la Ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sea necesario para ello.

ART. 372.- En defecto del padre, el ascendiente que en la patria potestad ejercerá la facultad que se refiere el art. 370.

Art. 373.- El que está sujeto a la patria potestad, no puede comparecer a 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. 374.- El que ejerce la patria potestad es legítimo representante de los que están bajo ella, y administrador legal de los bienes que le pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

ART. 375.- Los bienes del hijo, mientras esté bajo la patria potestad se dividen en seis clases:

- I.- Es idéntico y su correlativo.
- II.- Bienes que proceden de herencia o legado del padre.
- III.- Bienes que procedan de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aún cuando aquella o alguno de éstos ejerciendo la patria potestad.
- IV.- Bienes que procedan de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan vendido en consideración al padre.
- V.- Bienes debidos a donde la fortuna.
- VI.- Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto.

sea cual fuere.

ART. 376.- En la primera clase la propiedad pertenece al hijo y la administración al padre, este podrá conceder o no a su hijo la administración señalando en los frutos la porción que estime conveniente. Si el padre no hace ésta designación, tendrá el hijo la mitad de los frutos.

ART. 377.- En la segunda, tercera, cuarta y quinta clase, la propiedad de los bienes y la administración del usufructo son siempre del hijo; la administración y la otra mitad del usufructo se ejerce la patria potestad. Este podrá sin embargo conceder al hijo la administración o la mitad del usufructo que le correspondan o una y otra.

ART. 378.- DEROGADO.

ART. 379.- Los réditos y rentas que se han vendido antes de que el padre entre en posesión de su propiedad, conforme a los artículos anteriores, pertenecen al hijo, forman parte del capital de éste y no son frutos que debe pagar el padre.

ART. 380.- Cuando el hijo tenga la administración o los

siempre por la ley o por la voluntad del padre se le considerará respecto de la administración como emancipado con las restricciones que establece el artículo 392.

ART. 381.- El usufructo de los bienes concedidos al padre, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo IV del título I de este libro, y de los impuestos que los usufructuarios, con la excepción de la de estianzar.

ART. 382.- El padre no puede enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles en que conforme a los artículos 376 y 377. Le corresponden el usufructo y la administración o tutela, sino por causa de absoluta necesidad o urgente utilidad, y previa autorización del juez competente.

ART. 383.- El derecho de usufructo, concedido al padre, se extingue:

- I.- Por emancipación o mayoría de edad de los hijos.
- II.- Por pérdida de la patria potestad.
- III.- Por renuncia.

ART. 384.- La renuncia del usufructo hecha por el hijo, será considerada como donación.

ART. 385.- Los padres no tienen obligación de dar cuenta de su renuncia más que respecto de los bienes que ellos administran.

ART. 386.- Los padres deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecían.

ART. 387.- En todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

CAPITULO III

De los efectos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

ART. 388.- La patria potestad se acaba:

I.- Por la muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

II.- Por la emancipación.

III.- Por la mayoría de edad.

ART. 389.- La patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho.

II.- En los casos señalados por los artículos 268 y 271.

ART. 390.- Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce o modificar su ejercicio, si trata a los que están en ella, con excesiva severidad, no lo educa o les impone preceptos inmorales o les da ejemplos o consejos corruptos.

ART. 391.- La patria potestad se suspende:

I.- Por incapacidad declarada judicialmente en casos -

26. y 30. del artículo 407. Los casos declarados judicialmente que caen en el artículo 391 del Código Civil de 1984, se encuentran establecidos en el artículo 404 del mismo ordenamiento jurídico y son:

I.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.

II.- Gorbados que no saben leer ni escribir.

ART. 392.- Los padres conservan su derecho al usufructo de los bienes del hijo menor, si con descendencia han quedado sus bienes al heredero de la madre o del padre.

ART. 393.- El padre podrá nombrar en su testamento, a la madre y a los abuelos, en su caso uno o mas consultores cuyo dictamen haya de oírse en los efectos que aquel determine expresamente.

ART. 394.- 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 haya hecho en testamento posterior a la pérdida o suspensión de aquel derecho.

ART. 395.- Cuando la sucesión se funde en sucesión o lo-

cura valdrá el nombramiento, si se hizo en testamento anterior a la declaración de ausencia, o a la enajenación mental.

ART. 396.- La madre o abuela que dejare de oír el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privado, en juicio contradictorio, con audiencia del ministerio público de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos, o a instancia de aquellos; pero el acto ejercido no se anulará por este hecho.

ART. 397.- La madre, la abuela y los abuelos pueden renunciar su derecho en la patria potestad o el ejercicio de ésta; la cual en ambos casos recobrará en el ascendiente a quien corresponda según la Ley, si no lo hay se proveerá de tutor al menor conforme a su derecho.

ART. 398.- El ascendiente que renuncia la patria potestad, no puede recobrarla.

ART. 399.- La madre o abuela viuda, que da a luz un hijo ilegítimo pierde los derechos que le concede el artículo 386.

ART. 400.- La madre o abuela que padece segundas nupcias,

pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá a la tutela conforme a la Ley.

ART. 401.- La tutela en ningún caso podrá recaer en el segundo marido.

ART. 402.- La madre o abuela que volviese a enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias".(21)

Cabe hacer las siguientes reflexiones:

Los primeros ocho artículos, es decir, del artículo -- 363 al 370, tanto del Código Civil de 1870 y 1884, son literalmente idénticos, siendo la única modificación el número progresivo de su articulado, ya que en el Código de 1870, da inicio en el artículo 383 y en el Código de 1884, empieza con el artículo 363.

Vemos en estos artículos que estos ordenamientos jurídicos no se limitaron con las inovaciones expuestas, sino que

(21) "CÓDIGO CIVIL DE 1884". Título VIII. Libro I. Capítulo I a III.

yendo más lejos otorga a los ascendientes paterno y materno la facultad de ejercer la patria potestad, desde luego en caso de faltar los padres de los menores.

Encontramos una modificación al artículo 401 del Código Civil de 1870, como vemos en el precepto 375, en cuanto a los bienes de los hijos hay seis clases de bienes, lo que originalmente solo eran cinco clases de bienes, es decir en el Código de 1870.

El Código de 1870, fué importantísimo y en gran medida afinó conceptos jurídicos revolucionarios; después el Código Civil de 1884, fue una copia del primero con variaciones muy ligeras, este Código rigió hasta 1917, fecha en que entró en vigor la Ley de Relaciones Familiares; a continuación en forma breve veremos esta Ley en cuanto a la materia que nos ocupa.

3.4.-LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

Esta Ley fué publicada el 9 de abril de 1917, y entró en vigor el 11 de mayo del mismo año; éste cuerpo normativo tuvo muy poco tiempo de vigencia y que fué derogado el 10 de Octubre de 1932, en virtud del Código Civil vigente. Este cuerpo normativo en estudio regula la patria potestad en los artículos 236 y 267 comprendidos en los Capítulos XV, XVI y XVII.

El primer jefe del ejército constitucionalista, Don Venustiano Carranza expidió este ordenamiento llamado Ley de Relaciones Familiares; al elaborar este ordenamiento se tuvo la idea de organizar la familia sobre 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.

Este cuerpo jurídico en estudio siguió el mismo orden sistemático que los Códigos de 1870 y 1884, ya que trataba sobre la patria potestad en sus capítulos:

XV.- De la patria potestad.

XVI.- De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos.

XVII.- De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Es menester aclarar que también se transcribió la mayoría de los artículos del Código Civil de 1884, y por lo tanto mencionaremos sólo las modificaciones.

El artículo 240 de la Ley de Relaciones Familiares modificó sustancialmente el artículo 365 del Código Civil de 1884, ya que establecía lo siguiente:

"La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los hijos legitimados, de los naturales y de los adoptivos."

Vemos como aquí no hace distinción al enunciar a los hijos naturales, entre aquellos que han sido reconocidos y aquellos que no lo han sido. Consideramos que ésto fué un gran acierto, ya que los hijos no tienen por que sufrir la falta de sus padres, y es un gran error dejar en abandono a los hijos naturales; basta recordar que las antiguas legislaciones negaron el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales.

Reflexionando sobre este particular, se puede ejercer la patria potestad sobre los hijos naturales siempre y cuando hayan sido reconocidos por el padre, por la madre o por-

los dos conjuntamente. Es digno de mencionar que este ordenamiento jurídico quiso asimilar la filiación legítima con la adoptiva. La adopción fué introducida a nuestro derecho por la Ley de Relaciones Familiares.

Otra gran modificación fue la del artículo 241 de la Ley de Relaciones Familiares al establecer 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.

Es decir, que aquí ya se otorga conjuntamente la patria potestad a ambos, es el reconocimiento de los derechos de la madre sobre sus hijos aún en vida del padre. Vemos la trascendencia de este precepto ya que anteriormente otras legislaciones solo otorgaban tal derecho de ejercer la patria potestad al padre únicamente muerto éste o que hubiere perdido este derecho, tal deber le incumbía a la madre.

El artículo 252 de la Ley de Relaciones Familiares nos dice lo siguiente:

"Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y muebles proprios

cos que corresponden al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa autorización del juez complementario". Observamos como aquí se tiende a una mayor protección de los intereses de los menores refiriéndose también a los bienes inmuebles. Como hubo modificaciones en esta Ley de gran trascendencia, hemos hecho mención únicamente de lo que consideramos más relevante; pero aún más relevante consideramos la igualdad entre el padre y la madre en cuanto al derecho y ejercicio de la patria potestad.

3.5.-CODIGO CIVIL DE 1928.

Este ordenamiento jurídico regula la patria potestad en el título relativo, dividido en tres capítulos denominados:

I.- De los efectos de la patria potestad respecto de la persona del hijo.

II.- De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos.

III.- De los modos de cobrarse y suspenderse la patria potestad.

Comprende todo esto en los artículos 443.

El Código Civil de 1928, que es el que actualmente nos rige derogó la Ley de Relaciones Familiares, la cual quedó incorporada al mismo.

Este Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, promulgado el 30 de Agosto de 1928, y que entró en vigor el 10 de Octubre de 1932, fué promulgado siendo presidente de la República Don Plutarco Elías Calles.

Este actualizado Código Civil admitió las reformas que había acogido la Ley de Relaciones Familiares, de los Códigos de 1870 y 1884.

3.5.1.-EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LA PERSONA DE LOS HIJOS.

En nuestro actual Código Civil el primer capítulo en cuanto a la institución se denomina de los efectos de la patria potestad respecto de la persona del hijo y quedó de la siguiente manera:

Los artículos 411 y 412 continúan igual que en el Código de 1834, que acabamos de transcribir.

El artículo 413 del Código actual nos dice; "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 impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ley sobre previsión social de la delincuencia infantil en el D. F." Se agrega para reglamentar la guarda y educación de los menores de acuerdo a las disposiciones que dicte el Estado.

El artículo 414 nos dice "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.

Vemos como aqui se agrega el término "Hijos de Matrimonio" y reglamenta por separado a los hijos nacidos fuera de matrimonio.

El artículo 415 nos dice "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán la patria potestad ambos. Si viven separados se observará a los dispuesto en los artículos 380 y 381, que nos dicen que ejercerá la custodia el primero que lo hubiere reconocido.

ART. 416.- "En los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquier 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 éste punto el progenitor que designe el juez, - teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo".

ART. 418.- "A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieran 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.

ART. 419.- "La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adoptan". De éste artículo se deduce que se libera a los esposos del cumplimiento de los deberes de la patria potestad sobre 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 solo faltare alguno de los dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho."

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".

ART. 422.- "A las personas que ejercen o que tienen el hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los consejos locales de tutela que las personas que se trata -

no cumplen esta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".

ART. 423.- "Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan 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 buen ejemplo.

Las autoridades, en caso necesario auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente".

ART. 424.- "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin el expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso irracional disenso resolverá el juez.

Con respecto a este primer capítulo de la actual Ley, que se titula de los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos, diremos que la institución en estudio es una función que se ejercita en beneficio de los menores, además establece deberes para los padres y correlativeamente el hijo le debe respeto y obediencia.

La patria potestad se ejerce a la vez sobre la persona y sobre los bienes del hijo. Como vimos sobre la persona, comprende derechos de guarda, de dirección y de vigilancia que permite a los padres elegir la habitación del hijo, ser dueño de su educación e intervenir en sus relaciones y su correspondencia; les confiere también el derecho de corrección y el deber de representación.

"Para el cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la patria potestad produce los siguientes efectos:

- a).- Impone a los ascendientes que la ejercen el deber de suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna -- (art. 303 Código Civil).
- b).- De educarlos convenientemente (art. 422 Código Civil).
- c).- Otorga a quienes ejercen la patria potestad, la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente (art. 423 Código Civil).
- d).- Quienes ejercen la autoridad paterna son los legítimos representantes de los menores que están bajo ella (art. 425 Código Civil).

e).- El domicilio de los menores no emancipados sujetos a la patria potestad es el de las personas cuya patria potestad esta sujeta (art. 32 fracc. I)

(22)

(22) FELIPE TERRELLAS, Ignacio. "Derecho Civil". Mexico, Editorial Porrúa. 1980. página 63.

3.5.2.- EFFECTO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS BIENES DEL HIJO.

Seguimos nuestro estudio sistemático, tal y como lo --
continúa nuestro Código Civil, actual de 1926.

En el Título Octavo, Capítulo II, se titula de los efec--
tos de la patria potestad respecto de los bienes de los hi--
jos.

Comienza con el Artículo 425, que a la letra nos dice--

"Los que ejerzan la patria potestad son legítimos re--
presentantes de los que están bajo ella y ejercen la admini--
stración legal de los bienes que les pertenecen, confor--
me a las prescripciones de este código".

Podemos decir que la patria potestad produce efectos --
no solo sobre la persona del hijo; de ella derivan otras --
consecuencias, de carácter patrimonial.

Esto tiene su fundamento, además en el Artículo 646 y--
647 del Código Civil que nos dice que los ascendientes que
ejercen la patria potestad administran los bienes del me--
nor y lo representan en toda clase de actos y contratos, --
en juicio y fuera de él. Esta facultad de administración--
no comprende la gestión de todo el caudal del hijo, ya que

la administración y el usufructo de los bienes que el menor ha adquirido por causa distinta de su trabajo (herencia, legado, donación o por don de la fortuna), la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen.

Después el artículo 426 dice "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y 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."

Como podemos observar se dejó ya en libertad a la pareja que ejerza la patria potestad para decidir cual de ellos será el administrador en vez de estipular que sería el padre o el abuelo, como se hacía en la anterior legislación.

Esto se traduce en que se coloca a la mujer en un plano de igualdad con respecto al hombre, en el ejercicio de la patria potestad. La administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del hijo. Ahora bien, por usufructo se entiende "El derecho que tienen los padres que ejercen la -

patria potestad a disfrutar los bienes de los hijos sometidos a ella".(23)

Podemos decir que el usufructo legal es el derecho del padre y la madre a beneficiarse personalmente con los frutos de los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad a cambio de satisfacer el sostenimiento y la educación de éstos.

Sobre la administración legal nos dice Planiol y Ripert lo siguiente:

"Es el derecho dado al padre de administrar los bienes del hijo con poderes mas amplios que los de un tutor. Supone la existencia del padre y de la madre, puesto que, a la muerte de uno de ellos, se abre la tutela".(24)

El artículo 429 nos aclara "Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo"

Después el artículo 430 dice "En los bienes de la se---

(23)CASTAN VAZQUEZ, José María. "La Patria Potestad". Madrid,

Editorial Revista de Derecho Privado. 1960. pag. 269.

(24)Planiol, Marcel y RIPERT, Georges. "Tratado de Derecho Civil". Argentina, Ed. La Ley. 1961. Página 376.

esta clase, la propiedad y la utilidad del usufructo pertenecen al hijo, la administración y la otra utilidad 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".

ART. 431.- "Los padres pueden renunciar a su derecho o limitarlo 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 considera como donación".

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 corresponde al hijo, pertenecen a éste. En ningún caso serán tratadas como deudas de la persona que ejerce la patria potestad".

ART. 434.- "El usufructo de los bienes concedidos a las personas que ejercen la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresan el Capítulo II del Título VI, y -

además las impuestos por 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 no oriamente ruinosas para los hijos".

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".

ART. 436.- "Los que ejerzan la patria potestad no pueden enajenar, ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa autorización del juez competente. Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de 5 años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganado por menor valor del que se cotiza-

en la venta 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".

ART. 437.- "Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o 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".

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

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

Vemos que se establece en este precepto la emancipación

del matrimonio, y que el hijo al contraerlo tiene necesidad de entrar en posesión de sus bienes.

ART. 439.- "Las personas que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de la administración 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 éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez en cada caso".

ART. 441.- "Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias o remedios que por la mala administración de quien ejerce la patria potestad los bienes del hijo se deterioran o se disipuyen. Estas medidas se tomarán a instancia de las personas interesadas del menor, cuando hubiere cumplido 14 años o del Ministerio Público en todo caso".

ART. 442.- "Las personas que ejercen la patria potestad deben entregar a sus hijos, cuando éstos se emancipan o llegan a la mayoría de edad, todos los bienes y valores que les pertenecen".

Aquí vemos la importancia y la función de los que ejercen la patria potestad, como podemos ver, no hay una obligación que tienen las personas que ejerzan la patria potestad, y se confirma que la institución en estudio es un derecho-obligación.

3.5.3.- SUSPENSION, TERMINACION Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

Primeramente citemos los artículos al respecto que están consagrados en nuestro actual Código Civil de 1928, -- que abarca del artículo 443 al 448, y después seguiremos -- nuestro estudio haciendo comentarios acerca de la suspensión, terminación y extinción de la patria potestad.

ART. 443.- "La patria potestad se acaba:

I.- Con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga.

II.- Con la Emancipación derivada del matrimonio.

III.- Por la mayoría de edad del hijo".

ART. 444.- "La patria potestad se pierde:

I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando sea condenado dos o más veces por delitos graves.

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo -- que dispone el Artículo 283.

III.- Cuando por las costumbres deparadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiere comprometerse la salud, la seguridad -----

o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la Ley penal.

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de 6 meses".

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

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 la sentencia ordenatoria que imponga como pena esta suspensión".

ART. 448.- "La patria potestad no es renunciable; pero --- aquellos a quienes corresponde 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".

La Ley en la actualidad impone un serie de cargos y -

deberes consistentes en la guarda y cuidado de la persona del menor, su educación, su sostenimiento, su representación y la administración de sus bienes.

Con estos elementos podemos deducir que la patria potestad en la actualidad más que un derecho es un deber, -- una obligación que tiene aquel que la ejerce.

Ahora bien, en cuanto a los sujetos de la patria potestad, encontramos una situación de autoridad de los padres y de relativa subordinación de los hijos. Este estado de sujeción comprende el deber de respeto y obediencia, el deber de atención y acobambo hacia los padres y el deber de convivencia. La patria potestad como de autoridad a los padres para el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los hijos.

3.5.3.I. SUSPENSION.

Los motivos para la suspensión de la patria potestad - según el Artículo 447 del Código Civil vigente son los siguientes:

I.- Por incapacidad declarada judicialmente.

Es menester decir que en relación a ésta fracción se encuentra el Artículo 450, que nos menciona que tienen incapacidad natural y legal.

I.- Los menores de edad.

II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.

III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir.

IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso immoderado de drogas enervantes.

II.- Por ausencia declarada en forma.

En cuanto a esta fracción, el Artículo 651 del Código Civil vigente para el D. F. Establece los efectos - que se producen en relación al procedimiento de la declaración de ausencia, que a la letra dice "Si el ausente tiene hijos menores que estén bajo su patria potestad, y no hay ascen

dientes que deban ejercerla conforme a la Ley, ni tutor -- testamentario, ni legítimo, el Ministerio Público pedirá -- que se nombre un tutor, en los términos prevenidos en los Artículos 496 y 497".

III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena ésta suspensión.

Importantísima esta fracción ya que podemos decir que éste tema es el corazón de nuestro trabajo.

Es decir que se suspende el ejercicio de la patria potestad por una sentencia condenatoria que se imponga como pena por parte del juez. Antes de las reformas hechas en el año de 1984, que establecía una serie de reglas en el Artículo 283, las cuales es conveniente mencionar en especial la regla segunda: Esta regla menciona la situación de los hijos una vez dictada la sentencia de divorcio, en la que se menciona la suspensión de la patria potestad que recupera el ejercicio el cónyuge culpable a la muerte del inocente.

SEGUNDA REGLA.- "Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las Fracciones IX, X, XI, XII, y XVI, del Artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no

culable. Si los dos fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta que la muerte de alguno de ellos, recobrándola el otro el sucesor. En tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor.

En el actual artículo 283, del Código Civil vigente y no se menciona nada de ésto.

3.5.3.2.- PERDIDA.

Al respecto nos dice el Artículo 444 del Código Civil para el D. F. vigente que los motivos para la pérdida del ejercicio de la patria potestad son los siguientes:

FRACCION I.- "Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado por dos o más veces por delitos graves".

Con relación a esta fracción, es obvio que la sociedad está interesada en cuidar de los menores y al el sujeto que se encuentra a cargo de la patria potestad realiza una conducta antisocial con carácter de delictivo y que en consecuencia se hace acreedor de una sanción penal, o sea por la comisión de un delito que la lógica se ve obligada a aplicar la punibilidad correspondiente y además la pérdida del ejercicio de la patria potestad, resulta lógico que este sujeto no es apto para ejercerla.

FRACCION II.- "En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Artículo 283".

Se refiere a la sentencia de divorcio que fija la situa

ción de los hijos dependiendo del criterio del juez.

Es menester señalar que en el precepto señalado con anterioridad, se daban una serie de reglas a seguir para decidir a cual de los cónyuges correspondía la patria potestad, ésto antes de las Reformas al Código de 1984.

Actualmente, el Artículo 283, únicamente se concreta a decir que el juez decidirá quien se queda a cargo de la patria potestad de los menores, cosa que consideramos injusta, pero ésto será materia central de nuestro Cuarto Capítulo.

Por el momento sólo nos concretamos a mencionar los motivos por los que se pierde la patria potestad.

FRACCION 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, -- aún cuando estos hechos no cayeren bajo la sanción penal. (Ley Penal).

FRACCION IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen aban

don-los no más de 6 meses.

La institución en estudio consiste en que se tenga he-
cho el menor debido cumplimiento de aquellas relaciones
de asistencia y protección, de guía, dirección, esfuerzo,
y por lo tanto la norma jurídica tutela el incumplimiento
con la pérdida de la patria potestad a la quien la ejerce.

3.5.3.3.- EXTINCION.

El artículo 443, establece las causas por las cuales la patria potestad se acaba o se extingue. En efecto, el citado artículo señala 3 causas:

I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

A esta causa se le puede llamar natural, puesto que aquí no interviene la voluntad del ser humano.

II.- Con la emancipación derivada del patrimonio.

Esta causa, la podemos llamar legal.

III.- Por la mayoría de edad del hijo.

La doctrina considera también entre las causas de extinción de la patria potestad, la muerte del menor sobre quien se ejerce esta causa no se menciona en nuestro Código Civil.

La patria potestad descansa en la paternidad y en la maternidad, por lo tanto, tiene lugar no sólo sobre los hijos nacidos dentro del matrimonio; también nace en los descendientes habidos fuera de matrimonio. Es la constituida por un conjunto de deberes, que recaen sobre los progenitores, cuyo cumplimiento la Ley otorga correlativos derechos. Es un cargo de derecho privado, que debe desempeñarse en el

tección de los hijos y en interés público.

Su ejercicio no puede ser renunciado por la voluntad privada y la obligación de desempeñar tal cargo, no desaparece por prescripción. Excionalmente la patria potestad puede ser transmitida, es el caso de la adopción.

La patria potestad se pierde:

- a).- Por sentencia que condena a la pérdida de ese derecho.
- b).- Por efectos del divorcio como sanción impuesta --
contra el cónyuge culpable.
- c).- Cuando la mala conducta de uno de los cónyuges no
se en peligro la seguridad y la moralidad de los
hijos.
- d).- Por la exposición que el padre o la madre hicie--
ren del hijo.
- e).- Por la ausencia por más de seis meses, de uno de
los cónyuges.

La patria potestad se suspende:

- a).- Por incapacidad en quien la ejerce declarada judi--
cialmente.
- b).- Por ausencia declarada en forma.
- c).- Por sentencia por la que se suspendió como ve--
niente.

La patria potestad se extingue:

- a).- Por la muerte de quien la ejerce sin haber designado otra persona en quien recaiga.
- b).- Por la mayoría de edad del hijo.

"La patria potestad se ejerce a la vez sobre la persona y los bienes del hijo. Por lo que se refiere a la persona la patria potestad impone a quienes la ejercen, la obligación de suministrar alimentos a los hijos y educarlos convenientemente; por ello el derecho confiere a los que la ejercen el derecho de corregir y castigar mesuradamente a sus hijos".

"La propiedad, la administración y el usufructo de los bienes que el menor ha adquirido con su trabajo, corresponden integralmente al hijo".

"Respecto de los bienes que el hijo ha adquirido por cualesquiera otro título, quienes ejercen la patria potestad, tienen la administración de los bienes del menor, y el derecho a percibir el 50% del usufructo de los bienes del hijo".

"Quienes ejercen la patria potestad, al cesar en el desempeño de su cargo, están obligados a dar cuenta de la ad

ministración de los bienes de los hijos".(25)

(25) GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". 4a. Edición
México 1980, Editorial Porrúa, S. A., Página 677.

CAPITULO III

LA INSTITUCION DEL DIVORCIO Y SUS EFECTOS

I.- ANTECEDENTES.

1.-EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO.

2.-CONCEPTO DE DIVORCIO.

3.-EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.

4.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO EN MEXICO.

4.2.- TIPOS DE DIVORCIO EN LA LEGISLACION ACTUAL.

a).- DIVORCIO POR SEPARACION DE CUERPOS.

b).- DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

c).- DIVORCIO NECESARIO O FORZOSO.

d).- DIVORCIO ADMINISTRATIVO VOLUNTARIO.

4.3.- EFECTOS DEL DIVORCIO.

4.3.1.- EFECTOS PROVISIONALES.

4.3.2.- EFECTOS DEFINITIVOS.

4.3.2.1.- CON RELACION A LOS CONYUGES.

4.3.2.2.- CON RELACION A LOS HIJOS.

4.3.2.3.- CON RELACION A LOS BIENES.

CAPITULO III.

LA INSERUCCION DEL DIVORCIO Y SUS EFECTOS

I. - ANTECEDENTES.

La palabra divorcio, en el lenguaje corriente contiene la idea de separación; en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal.

La voz latina *divortium*, evoca la idea de separación de algo que ha estado unido; *divortium* deriva de *divertere* irse cada uno por su lado.

Las legislaciones de la antigüedad consagraban, en su mayor parte una fortísima potestad marital. Esta tenía por resultado el poder conferido al marido para repudiar a su mujer, facultad soberana, al menos en el origen y por su vez to unilateral. Véase el divorcio-repudio. Se encuentra, por ejemplo, en el derecho hebreo en las antiguas costumbres germánicas, en el derecho islámico.

Se le encuentra también en el primitivo derecho romano pero desde el momento en que las grandes conquistas introdujeron en Roma las riquezas y las disolutas costumbres del Oriente, los esposos se divorciaban por mutuo consentimiento.

El divorcio se convirtió entonces en el desolace por

mal del matrimonio; eso fue la ruina de la familia.

Abolido por Justiniano, el divorcio por mutuo consentimiento fue establecido por Justo II, su sucesor.

"El Divortium es una institución jurídica que propiamente surgió al mismo tiempo en que el Derecho intervino para organizar jurídicamente al matrimonio, constituyéndolo sobre la base de un nexu obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común."

"Apareció en una forma primitiva, como un derecho concedido al varón, de repudiar a la mujer en ciertos casos, -- por causa de adulterio de la esposa y también con no menos frecuencia, se acepta el ejercicio del derecho de repudiar fundado en la esterilidad de la mujer."

"Durante los primeros siglos del cristianismo y con apoyo en textos del Nuevo Testamento (San Mateo, San Lucas y San Marcos) el divorcio fue condenado, en términos generales".(1)

(1) GALINDO GARFÍAS, Ignacio. "Derecho Civil". Parte General, Editorial Porrúa, S.A., 4a. Ed. Méx. 1980, Página 576.

En el Antiguo Derecho Germánico, la institución en estudio podía tener lugar por medio de un convenio entre el marido y los parientes de la mujer. Más tarde el vínculo podía disolverse, celebrando entre ambos cónyuges ese convenio y en un posterior período, este antiguo derecho germánico conoció el divorcio por simple declaración unilateral del marido, quien podía en dos casos abandonar a su mujer: en caso de esterilidad o adulterio.

La iglesia en el Siglo X, pronunció la indisolubilidad del matrimonio.

En el Nuevo Juicio, es decir en la Antigua Legislación Española, encontramos, que se 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.

En el Derecho Azteca se conocía ya esta institución y se aceptaba en los casos de adulterio o esterilidad de la mujer.

En el Derecho Canónico, en ciertos casos se acepta la separación de cuerpos. Esta puede ser temporal o perpetua. La perpetua sólo tiene lugar en caso de adulterio. La se-

separación de cuerpos siempre debía de ser decretada por la autoridad eclesiástica competente.

Por lo que respecta a los protestantes, sólo admitieron el divorcio en caso de adulterio, más tarde se agregaron otras causas tales como el abandono y la simple declaración unilateral de voluntad.

En el mismo, en el Código Napoleónico de 1804, había sólo 3 causas de divorcio:

Les injurias graves.

La sevicia y el adulterio.

Este Código ha tenido gran influencia actualmente en algunos países.

En los países Bajos, Inglaterra y Escocia admiten el divorcio por culpa grave de alguno de los esposos. En cambio en la Unión Soviética se acepta la disolución del vínculo por el deseo de uno de los cónyuges.

En nuestro país, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptan el divorcio vincular y sólo permitían la separación de cuerpos, que es una dispensa de la obligación de cohabitación en ciertos casos de enfermedad.

En la Ley de Relaciones Familiares respecto a las disposiciones de la Ley de Divorcio de 1914. No representa minu-

disposiciones instituye el divorcio por mutuo consentimiento.

En nuestro Código actual se acepta en términos generales las causas que conforme a la Ley de Relaciones Familiares, permiten la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio; reconoce la posibilidad de disolverlo -- por mutuo consentimiento e introduce un procedimiento especial administrativo de divorcio por mutuo consentimiento, -- sin intervención de la autoridad judicial, autorizado por el juez de Registro Civil, cuando los cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal, o se hallen en el estado de concubinato, y que por el momento sólo nos concretamos al estudio de los antecedentes de la citada institución.

2.- EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO.

Consideramos conveniente tomar como punto de referencia el Derecho Romano, puesto que desde entonces se adoptó la citada institución.

El matrimonio en Roma se disolvía por las siguientes causas:

- 1.- Por incapacidad sobrevinida a alguno de los cónyuges.
- 2.- Por muerte de alguno de los cónyuges.
- 3.- Por voluntad de los cónyuges, de uno sólo o por cesación de la "affectio maritalis".

"El matrimonio terminaba en los casos de divorcio y repudio. El empleo de estas dos palabras se hace en las fuentes con una ausencia de precisión que da pie a diversas conjeturas entre los intérpretes. Es muy posible como decía Bonfante que repudium significase, en el Derecho Clásico, el acto de manifestación de voluntad contra la continuación del matrimonio, y divortium aludiese al efecto producido por dicho acto: cesación del vínculo de la vida marital; y que, ya en el Derecho Cristiano, se aplicase también la voz divorcio a la disolución por mutuo disenso, y-

La de recudio, la disolución por voluntad del cónyul.

El divorcio no es el efecto inmediato de la ruptura del matrimonio, sino el resultado de la ruptura, que puede ser por escrito o por el consentimiento de uno de los cónyul."(2)

En Roma se rú noticias de que se trataba de un principio generalmente aceptado, que el matrimonio podía disolverse - por causas de hecho - del consentimiento de uno de los cónyul.

Bajo el Imperio, el divorcio fue el acto o dinario de disolución del matrimonio.

En Roma la institución en estudio fue la ruptura voluntaria del lazo conyugal. Ésta podía resultar o del consentimiento mutuo de los cónyul o de la voluntad de uno de ellos, el primero se dice que tiene lugar *bona gratia*, en el segundo caso se dice que es por recudio.

El Divorcio en el Derecho Justiniano distingue:

- a).- *Divortium sine coena*.
- b).- El *Divortium bona gratia*.

(2) FENTURA SILLAS, 2.º tomo, "Derecho Romano", Edición, Ed. Porrúa S.A., México 1980, Página 104.

c).- divorcio unilateral, etc.

El segundo es el simonio, es decir sin justificación legal que traiga consigo pérdidas patrimoniales.

EL MALA FE.- Este se produce sin culpa del cónyuge, pero motivado en causas que impiden realizar los fines del matrimonio dichas causas podían ser: locura, ebriedad, infirmitad incurable, pero con el consentimiento de ambos.

El tercero es aquel que se produce por los motivos señalados por la ley, como por ejemplo: el adulterio de la mujer etc.

"La recepción del nuevo espíritu cristiano no llega a romper el concepto romano del matrimonio y del divorcio. En ciertos casos el divorcio es considerado ilícito, pero nunca declara su invalidez".(3)

(3) FLESIAS, Juan. "Derecho Romano". 6.ª Edición, Editorial Ariel, Barcelona España, 1972, página 561.

3.- CONCEPTO DE DIVORCIO.

El divorcio es considerado por la mayoría de autores - como un mal necesario, aunque opinan en su mayoría que el divorcio no es solución a las desavenencias que surgen en el matrimonio.

El divorcio es una institución prácticamente necesaria, un mal necesario cuando desaparece en su forma más -- confesada, reaparece oblicuamente en una forma más o menos disfrazada o dulcificada, bajo otro nombre. El dogma de -- la indisolubilidad tiene necesidad de una válvula de escape, si no haría saltar la institución misma que trata de -- proteger".(4)

Es importante que tengamos en claro la esencia del divorcio y al efecto citaremos la opinión de algunos autores.

Colin y Capitant dicen que el divorcio "es la disolución del matrimonio, viviendo los esposos, a consecuencia-

(4) JOSEBERNARD, Louis. "Derecho Civil". Editorial Buenos Aires, Argentina. Tomo I, 1950, página 141.

de una resolución judicial a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley".(5)

Para el Doctor Galindo Garfias la institución en estudio "es la ruptura de un matrimonio válido, en virtud de los escosos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley".

(6)

"Divorcio, en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso".(7)

(5) COLIN y CAPITANT, "Tratado Elemental de Derecho Civil". - Tomo I, Madrid, Editorial Reus, 1952, Página 436.

(6) GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". parte general, - Editorial Porrúa, México, 1980, Página 575.

(7) DE VILNA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". - Editorial Porrúa, 1970, Página 340.

Se ha de temer, además, que el divorcio, disolviendo el matrimonio destruye al mismo tiempo el núcleo familiar y con ello, priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo intelectual, moral y físico.

No se le puede aceptar, por lo tanto en principio como una institución deseable.

"Se destruye pues, el matrimonio para satisfacer el interés individual de los esposos."

"El valor social de la institución se mide por los peligros de esa destrucción."

"Si el divorcio es un remedio excepcional para situaciones trágicas, es una mal leve. Lo lamentable es que la trágica del divorcio se ha difundido mucho y en todas las clases de la población... Se termina por considerar al divorcio como la solución normal de un matrimonio a prueba. El matrimonio pierde así su fuerza y se quebranta la institución de la familia".(2)

(2) RIVERO GEORGE y BOULANGER, Jean. "Tratado de Derecho Civil". Página 342.

... "pero no dice que el divorcio "es la ruptura del vínculo conyugal, pronunciada por los tribunales en vida de los esposos, a petición de uno de ellos o de ambos".

(9)

"El divorcio es hoy como lo fue siempre, denuncia del matrimonio. Pero denuncia no es ya como en el derecho romano, en el Antiquo Derecho Alemán y en el Derecho Protestante de los principios de una declaración unilateral extrajudicial (el llamado autodivorcio) sino un suceso de hecho espiciado que se compone de una declaración de voluntad formalizada (la demanda de divorcio) y un acto estatal (la sentencia firme)".(10)

(9) MAZEAUD, Jean y MAZEAUD, Henri. ob. cit. página 272.

(10) ENNECCERUS, Kier y WOLFF. "Tratado de Derecho Civil". 2^a edición. Editorial Bosch. Volumen I, 2^a Ed. 1952, pá. 215

4.- EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.

Hemos llegado al estudio del divorcio en el Derecho Mexicano. De acuerdo con el Código Civil vigente el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en libertad de contraer otro (art. 266).

En nuestra legislación vigente se encuentran reglamentadas cuatro formas de divorcio que veremos más adelante. En nuestro país podemos decir que las características de la acción de divorcio son las siguientes:

- 1.- Es personalísima.
- 2.- Es una acción sujeta a caducidad.
- 3.- Se extingue por reconciliación de cualquiera de los cónyuges.
- 4.- Se extingue por muerte de cualquiera de los cónyuges.
- 5.- Es susceptible de renuncia y de desistimiento.

Pasaremos en seguida al estudio de ésta discutida institución en nuestro país.

4. I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO EN MEXICO.

De la época precortesiana desgraciadamente se tienen muy pocos datos acerca de la institución en estudio; se sabe que entre los Mayas, la única forma de disolver el matrimonio era el repudio de los cónyuges. Entre los Aztecas el matrimonio podía disolverse en vida de los consortes -- por resolución de autoridad sacerdotal, basada esta resolución en causas ya determinadas por ellos. Se aceptaba el divorcio en los casos de adulterio o esterilidad de la mujer.

Por lo poco que se sabe entre ésta cultura Azteca, tanto el marido como la mujer podían pedir el divorcio y éste se autorizaba por medio de sentencia.

No se sabe que pasaba con los hijos y también si era absoluta la sentencia de divorcio. Pero los historiadores suponen que como en otros pueblos los divorciados quedaban en libertad de contraer otro matrimonio y que los hijos se iban con su padre y las hijas con su madre.

En los primeros pueblos precortesianos se aprecia un primitivismo jurídico en cuanto a la institución en estudio y por lo tanto, no se puede hablar de legislaciones sino -

que las normas que regían en esa época eran eminentemente consuetudinarias.

No se puede precisar la existencia de la institución jurídica del divorcio entre los pueblos precolombianos.

En la época colonial, como es sabido a la llegada de los Españoles, éstos trataron de imponer su derecho a los indígenas; y en efecto lo impusieron aún en contra de éstos. Hubo leyes que rigieron para ciertos pueblos conquistados y también leyes que rigieron para todas las colonias de América.

Cabe destacar que en la época de la colonia una Ley de las más importantes como lo es la del Fuero Juzgo, ya hablaba de divorcio en el cual lo definía de la siguiente manera "Divortium en Latín, tanto quiere decir en Romance como en departamento y ésto es cosa que departe de la mujer del marido a el marido de la mujer por e bargo que hay entre ellos, quando es probado en juicio derechamente. Tomó éste nombre de la separación de las voluntades del hombre y la mujer a diferencia de las que tenían quando se unieron. Fuero Juzgo. Ley I."(II)

Se permitía el divorcio en esta época por adulterio de mujer, mediante autorización del obispo, y se autorizaba

ba además al cristiano o cristiana, para separarse de la mujer o del hombre con quien estaba casado antes por otra ley no cristiana.

Una vez consumada la independencia, se siguió la misma estructura legal que la época de la colonia en cuanto a la institución en estudio.

Después se hablaba ya de divorcio vincular y de divorcio por separación de cuerpos; el primero consiste en que produce el efecto de que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, deja de existir y cada uno de ellos recobra su capacidad para contraer nuevo matrimonio.

La principal característica de este divorcio consiste en la disolución del vínculo otorgando capacidad a los cónyuges para contraer un nuevo matrimonio. Dentro de éste se hace la clasificación de divorcio necesario y divorcio voluntario.

(11) SALINDO GARRIAS, Ignacio. "Derecho Civil". México, Editorial Porrúa, 1978, Página 543.

En cuanto al divorcio por separación de cuerpos, en este sistema perdura el vínculo matrimonial, quedando subsistentes las obligaciones de ministración de alimentos, fidelidad y la imposibilidad de nuevo matrimonio. Los efectos de este tipo de divorcio son: la separación de los cónyuges en forma material. Este tipo de divorcio fue el único que reguló nuestros códigos de 1870 y 1874. Después en la ley del 2 de Diciembre de 1914 se introdujo en nuestro país el divorcio vincular.

En el código de 1870, como ya se mencionó no admitía el divorcio vincular, solamente aceptaba la separación de cuerpos por causa grave. Estas causas graves estaban basadas en actos que afectaban la moral de los miembros de la familia o que originaban se perdieran los principios básicos de protección, amor y deberes para con los hijos.

Se admitía también el divorcio por mutuo consentimiento, éste no tenía lugar después de 20 años de casados ni cuando la mujer tenía más de 45 años.

En este código cuando se decretaba el divorcio, los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, y si ambos eran culpables y no había ascendientes se nombraba un tutor.

En el Código Civil de 1884, se parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble, y como consecuencia se admitió el divorcio vincular.

Las causas de divorcio señaladas en este código son -- las siguientes:

- 1.- El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2.- El hecho de dar a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato y que judicialmente se declare ilegítimo.
- 3.- La propuesta del marido para prostituir a la mujer o permitir de alguna manera dicha prostitución.
- 4.- La violencia hecha por uno de los cónyuges para que el otro cometiera un delito.
- 5.- El conato de alguno de los cónyuges para tolerar o corromper a los hijos.
- 6.- El abandono del domicilio cónyugal sin causa justificada.
- 7.- La sevicia.
- 8.- La acusación falsa hecha por los cónyuges contra otro.
- 9.- El hecho de negarse a ministrar alimentos conforme a la Ley.

- 10.- Los vicios incorregibles de juego y embriaguez.
- 11.- La enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa o hereditaria anterior al matrimonio.
- 12.- La infracción a las capitulaciones matrimoniales.
- 13.- El mutuo consentimiento.

Este código reprodujo en su mayoría los mismos preceptos del Código de 1870, en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y sus formalidades. Este código hizo más fácil la separación de cuerpos.

Después la ley de Relaciones Familiares promulgada por Don Venustiano Carranza en el año de 1917 abolió la ley de divorcio del 29 de Diciembre de 1914 en la cual se autorizó para toda la República la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges. El matrimonio desde entonces ya un vínculo disoluble y por lo tanto, el divorcio sí daba término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados celebrar nuevo matrimonio.

4.2.- TIPOS DE DIVORCIO EN LA LEGISLACION ACTUAL.

El divorcio en nuestra actual legislación está reglamentado en los artículos 206 al 291.

El artículo 206 del Código Civil vigente nos da una idea clara de lo que es el divorcio, y a la letra nos dice "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En nuestra legislación se distinguen cuatro tipos de divorcio, tres de ellos ya conocidos y reglamentados desde la Ley de Relaciones Familiares de 1917, y una novedad que es el divorcio voluntario de tipo administrativo, y son los siguientes:

- a).- Divorcio por separación de cuerpos.
- b).- Divorcio voluntario.
- c).- Divorcio Necesario.
- d).- Divorcio voluntario de tipo Administrativo.

a).- Divorcio por Separación de Cuerpos.

Este tipo de divorcio fué el único que regularon nuestros códigos de 1870 y 1884; en la actualidad se ofrece este tipo de medida como una vía optativa. Este tipo -----

de divorcio no procede en todos los casos en que puede tener lugar el divorcio vincular, sino que se ofrece como -- una medida optativa, sólo en los casos mencionados en el -- Artículo 257, Fracciones VI y VII; es decir cuando uno de los cónyuges padece una enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, cuando sufre impotencia incurable, si sobrevive después de celebrarlo (celebrado) el matrimonio, o cae en enajenación mental incurable.-- Es decir, sólo en éstos casos, el cónyuge sano podrá optar por la simple separación de cuerpos o por el divorcio vincular.

Es menester señalar que la causa que da lugar al divorcio por separación de cuerpos no entraña en ningún caso la aplicación de sanciones en contra del cónyuge enfermo y como consecuencia ambos conservan el ejercicio de la patria-potestad sobre sus hijos. Tampoco disuelve la sociedad -- cónyugal; en este tipo de divorcio la reconciliación entre los consortes, pone fin al procedimiento judicial, ya que el cónyuge sano no imputa al demandado haber incurrido en falta.

El efecto de la sentencia de divorcio que decreta la -- separación de cuerpos es que desaparece el domicilio cónyu

gal.

"La separación de cuerpos es el estado de dos personas que han sido dispensados de vivir juntos por una decisión judicial".(12)

En este tipo de medida, la esencia es que se podrá --- solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con - el otro cónyuge, pudiendo el juez acceder a ésta petición, con conocimiento de causa, quedando subsistentes todas las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Algunos autores opinan que la llamada separación de -- cuerpos no es un verdadero divorcio, pues mediante ella se crea una situación que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial, no lo destruye, por lo que todas las obligaciones derivadas del matrimonio subsisten con exclusión de la relativa a la vida en común.

(12)COLIN y H. CAPITANI. "Curso Elemental de Derecho Civil"
Madrid, Editorial Reus, 1952, Página 436.

b).- Divorcio por Mutuo Consentimiento.

Este tipo de divorcio es llamado también divorcio voluntario de tipo judicial. Existe cuando se tiene la voluntad de disolver el matrimonio, el cual se decreta por sentencia, dictada por el juez de lo civil o de primera instancia, lo cual disolverá el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, en caso de que exista.

En este tipo de divorcio no se invoca ninguna causal necesaria señalada expresamente por la Ley, sino solamente con apoyo en la facultad que les concede la Fracción XVII, del Artículo 272, del mencionado ordenamiento, no pueden 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.

Si los cónyuges que pretenden divorciarse por mutuo consentimiento, no llenan los requisitos señalados para el divorcio de tipo administrativo, por ser menores, tener hijos o bienes comunes, deberán acudir ante el juez competente.

En cuanto al procedimiento de este divorcio se encuentra regulado entre los artículos 674 y 682 del código de procedimientos civiles.

La solicitud de divorcio por mutuo consentimiento no se plantea disputa alguna sobre las causas que dan origen a la ruptura del vínculo matrimonial, y ambos cónyuges manifiestan que han convenido en divorciarse.

"La Ley de Relaciones Familiares estableció por primera vez en México, la disolución del matrimonio, mediante resolución judicial, a instancia de ambos cónyuges que declaren su voluntad concorde de querer divorciarse.

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, adopta el mismo sistema y además habilita dos vías de divorcio -- por voluntad de los consortes.

Una de ellas por medio de un procedimiento simplificado al extremo, que se lleva a cabo ante el juez de Registro Civil y que se conoce como Divorcio Administrativo y otro procedimiento que los cónyuges deben tramitar ante la autoridad judicial en la vía de jurisdicción voluntaria".

(13)

(13) GALINDO GARCIAS, Ignacio. "Derecho Civil". México, Editorial Porrúa, 1978, Página 589.

El divorcio por mutuo consentimiento en la vía judicial, se pronuncia a solicitud de ambos consortes que declaren su voluntad de divorciarse, previa la reiteración de edad, voluntad durante el proceso, en dos audiencias sucesivas que se celebran ante el juez de lo familiar a quien corresponde la obligación de hacer ver a ambos cónyuges la trascendencia que para la familia y aún para la sociedad tiene tal determinación.

c).- Divorcio Necesario o Forzoso.

Este tipo de divorcio tiene su origen en las causales señaladas en las Fracciones I a XVI y XVIII, exceptuando la Fracción XVII, que se refiere al mutuo consentimiento del artículo 267 del Código Civil vigente las que a continuación mencionamos:

ARTICULO 267.- Son causales de divorcio:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

II.- El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse éste contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directa

mente sino cuando se pruebe que se ha recibido dinero o --
cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir-
que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge
al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incon-
tinencia carnal.

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por
la mujer con el fin de corromper a los hijos.

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra en-
fermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o -
hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga des-
pués de celebrado el matrimonio.

VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa de-
claración de interdicción que se haga respecto del cónyuge
demente.

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de --
seis meses sin causa justificada.

IX. La separación del hogar conyugal originada por una cau-
sa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga
por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable
la demanda de divorcio.

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha o la -

de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesite para que se haga que proceda la declaración de ausencia.

XI.- La sevicia, las amenazas, o las injurias graves de un cónyuge para el otro.

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento sin justa causa, por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168.

XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes

del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña: siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión.

XVII.- El mutuo consentimiento.

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

Se hace notar que en las Reformas de 1984, se agrega - ésta Fracción XVIII.

"Dentro de este sistema de divorcio, podemos considerar dos tipos que son:

El Divorcio Sanción.

El Divorcio Remedio.

El divorcio sanción se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio.

El divorcio remedio se instituye como una protección - en favor del cónyuge sano o de los hijos contra enfermedades crónicas e incurables, que sean incurables, que sean - además contagiosas o hereditarias".(14)

(14) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". - México, Editorial Porrúa, 1982, Página 351.

Este tipo de divorcio supone la demanda de un cónyuge presentada contra el otro ante la autoridad judicial competente solicitando la disolución y apoyándose en cualquiera de las fracciones anteriormente mencionadas.

d).- Divorcio Administrativo Voluntario.

Este tipo de divorcio es nuevo en nuestro Derecho Mexicano, es decir, no estaba reglamentado en la Ley de Relaciones Familiares, pero nuestro Código Civil vigente en 1982, lo introduce.

La introducción de éste tipo de divorcio facilita en forma indebida la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento ya que llenándose ciertas formalidades que menciona el Artículo 272, los consortes pueden acudir ante el Oficial del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio.

La razón en la cual se apoyó nuestro Código Civil para introducir éste tipo de divorcio fue de que, si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución;

lo es también el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con ésto la sociedad no sufrirá -- perjuicio alguno.

Este tipo de divorcio está establecido en el artículo 272, del Código Civil y nos señala éste que cuando ambos -- cónyuges convengan en disolver el vínculo matrimonial sean mayores, no tengan hijos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal deberán presentarse ante el Oficial del Registro Civil de su domicilio, como medida de --- prueba presentarán conl certificada del acta de matrimonio y manifestarán al funcionario que es su voluntad terminante libre y explícita disolver el vínculo matrimonial.

El divorcio administrativo ha sido atenuado reduciendo la facilidad con que disuelve el vínculo matrimonial y el tipo de autoridad que lo concede.

4.3.- EFFECTOS DEL DIVORCIO.

"Los efectos del divorcio se clasifican en provisionales, derivados de la admisión de la demanda y definitivos-- producidos por la sentencia (Art. 283 a 289)".(15)

Debemos distinguir para los efectos del divorcio entre los provisionales y los definitivos; los primeros se producen durante la tramitación del juicio y los segundos que -- se causan una vez pronunciada la sentencia ejecutoriada -- que disuelve el matrimonio.

(15)FU. DE, Luis y CASTRO, Salvador. "Comentarios al Código Civil". Tomo I, Primera Edición, México 1974, Cárdenas - Editor, Página 309.

4.3.I.- EFFECTOS PROVISIONALES.

Estos efectos se producen durante la tramitación del juicio y para el efecto de su mejor comprensión invocamos el Artículo 282 del Código Civil vigente, que a la letra dice:

ARTICULO 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera emergencia, se dictarán provisionalmente y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.- (DEROGADO)

II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el código de procedimientos civiles.

III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.

IV.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso.

V.- Dictar en su caso las medidas precautorias que la Ley establece respecto a la mujer que queda en cin

ta.

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges, -- pudiendo ser uno de estos.

En efecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez previo al procedimiento -- que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, -- los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Mientras se decrete la sentencia de divorcio, el juez autorizará la separación de los consortes de manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos. Admitida la demanda o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones ya mencionadas.

3.2.- EFFECTOS DEFINITIVOS.

Al efectuarse la sentencia de divorcio, ésta causa --- efectos definitivos para ambos cónyuges; los estudiosos -- del Derecho los clasifican de la siguiente manera:

- a).- Con relación a los cónyuges.
- b).- Con relación a los hijos.
- c).- Con relación a los bienes de los cónyuges.

En los casos de divorcio, su declaración deja a los -- consortes en aptitudes de contraer nuevo matrimonio y tam- bién fija la situación de los hijos conforme al criterio - del Juez, basándose éste en el Derecho.

Anteriormente se fijaba la situación de los hijos con- forme a ciertas reglas establecidas en nuestro Código Ci- vil (Art. 283), pero con las reformas de 1984, se dejó al criterio del Juez, decidir acerca de la situación de los - hijos, gozando aquel de las más amplias facultades para re- solver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inhe- rentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limi- tación según el caso y en especial la custodia y el cuida- do de los hijos.

Este punto será materia central del siguiente capítulo

nuesto que no estamos de acuerdo con que se deje al arbitrio del juez decidir acerca de la situación de los hijos, ésta tesis la sustentaremos en el próximo capítulo, como - indicamos anteriormente. Además se hará un análisis de cada uno de los efectos que produce la sentencia de divorcio considerando que los efectos definitivos son los de mayor importancia, ya que se van a referir a la situación permanente y definitiva en la que quedarán los divorciados, sus bienes y sus hijos.

4.3.2.I.- CON RELACION A LOS CONYUGES.

Como ya hemos señalado, la sentencia de Divorcio, trae consigo diversidad de efectos que para su mejor estudio y comprensión los hemos dividido en tres:

Con respecto a la persona de los cónyuges.

Con respecto a los hijos.

Con respecto a los bienes de ambos.

En cuanto a la persona de los cónyuges: éstos quedan en aptitud de contraer nuevo matrimonio, una vez disuelto el anterior.

Cabe aclarar que por lo que respecta a éste punto existen ciertas limitaciones. En efecto, el Artículo 289 del Código Civil vigente establece que si bien los cónyuges recobran su capacidad para contraer nuevo matrimonio, el consorte que ha dado causa al divorcio no puede volverse a casar, sino pasados dos años a partir de la fecha de la sentencia de divorcio.

En el divorcio necesario, si el hombre es el cónyuge inocente, éste puede contraer inmediatamente un nuevo matrimonio, pero si la mujer es el cónyuge inocente se le impide celebrar nuevas nupcias, tomando en cuenta la posibi-

lidad de que pudiera estar embarazada, por lo que la Ley establece que deberá transcurrir el término de trescientos días que se contarán a partir de la separación judicial -- que se decreta al presentarse la demanda de divorcio.

Un efecto importantísimo que se produce también es el relativo al de los alimentos.

En nuestro país, la razón de ser de los alimentos contra el cónyuge culpable es una sanción. En la sentencia de divorcio se fija o se determina los alimentos del cónyuge inocente.

4.3.2.2.- CON RELACION A LOS HIJOS.

El divorcio necesario, trae consigo una serie de efectos con relación a los hijos; mismos que consideramos importantísimos, el principio general en nuestro Código Civil es el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos y concedérsela al inocente. También cuando el divorcio se decreta por alguna enfermedad incurable o crónica, que sea además contagiosa o hereditaria, concede la custodia de los hijos menores al consorte sano, y simplemente restringe el conjunto de derechos que otorga la patria potestad al cónyuge enfermo, para evitar que se pudiera contagiar a los menores a través de la convivencia.

Cabe aclarar que como la patria potestad no sólo es una suma de derechos, sino también de responsabilidades y obligaciones se mantienen éstas para el cónyuge enfermo.

En nuestro actual Código Civil, el Artículo 293, nos dice que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad, su pérdida, limitación o suspensión y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos.

Originalmente, antes de las reformas al Código Civil de 1984, se dio una serie de reglas a seguir para que el cónyuge que resultara culpable perdiera la patria potestad de los menores o el cónyuge inocente la tuviera.

O sea que en la actualidad se dejó el criterio del Juez para que sea él quien decida, basándose únicamente en saber quién es el cónyuge culpable, sobre quién es el indicado para ejercer la patria potestad. Como que como anotamos anteriormente no estamos de acuerdo.

Otro de los puntos más relevantes dentro de los efectos del divorcio con relación a los hijos; es el relacionado con la legitimidad o ilegitimidad de los hijos.

Si el hijo naciere dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, el Artículo 324 Fracción II, nos es muy claro al respecto, al establecer que se presumen hijos de los cónyuges.

El citado artículo señala literalmente "se presumen hijos de los cónyuges":

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días --
contados desde la celebración del matrimonio.

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días --

siguientes, a la disolución del matrimonio, ya provenga -- ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Existe siempre en éste caso la presunción de legitimidad del hijo, de modo tal que el esposo no podrá impugnarla, sino demostrando que fue físicamente imposible que tuviere relación carnal con su esposa dentro de los primeros ciento veinte días, de los trescientos anteriores al nacimiento.

Con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días decretada la separación judicial.

Si el hijo naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que se pronuncie sentencia, evidentemente fué un hijo nacido durante el matrimonio de sus padres. Si el hijo naciere después de pronunciada la sentencia, y ya había transcurrido con exceso el término de trescientos días después de la separación, pero no el de trescientos días siguientes a la disolución -- que sólo se opera por sentencia, vuelve a ser considerado como nacido durante el matrimonio.

Si el hijo naciere después de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio;

Al efecto, es muy claro el Artículo 329 del Código Civil que a la letra dice:

"Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación."

En cuanto a la obligación de dar alimentos a los menores, el Artículo 287, no impone esta obligación exclusivamente al cónyuge culpable, sino que ambos padres deben contribuir en proporción a sus bienes e ingresos, al cumplimiento de éste deber y a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

4.3.2.3.- CON RELACION A LOS BIENES DE LOS CONYUGES.

Con relación a los bienes, el cónyuge culpable pierde en favor del cónyuge inocente todo lo que hubiere dado o prometido por su consorte o alguna otra persona, en consideración al matrimonio (Donaciones entre consortes o donaciones antenuciales).

El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho. Esto se encuentra perfectamente definido en el Artículo 286 del Código Civil vigente.

Dentro de las consecuencias de carácter patrimonial encontramos la relativa a la sociedad conyugal: una vez decretado el divorcio, se procederá a la división de los bienes comunes, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que quedan pendientes entre los cónyuges, o con relación a los hijos.

La disolución de la sociedad conyugal por causa de divorcio no está sancionada en nuestro país.

En cuanto a las donaciones, en el divorcio, el cónyuge inocente no sólo tiene derecho a recuperar lo que había dado en donación prenupcial, sino también a conservar lo que diere un tercero, aún en el caso de que éste hubiere hecho

la donación en consideración al cónyuge culpable.

En cuanto a las donaciones, durante el matrimonio, hay el efecto principal por virtud del divorcio, de volver irrevocable una donación que podría revocarse en cualquier tiempo por el donante. Sólo la muerte o el divorcio vienen a hacer irrevocable la donación entre consortes; pero el divorcio la hará irrevocable en perjuicio del cónyuge donante, si es el culpable; pero nunca en perjuicio del inocente.

La mujer inocente tendrá derecho a percibir alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente.

El marido inocente sólo tiene derecho a alimentos cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir.

Es importante señalar que a partir de quedar firme la sentencia de disolución matrimonial, pierden los que fueron cónyuges todo derecho a sucederse recíprocamente, salvo el caso de que se trate de llamamiento por testamento.

CAPITULO IV.

ESTUDIO CRITICO COMPARATIVO DEL ARTICULO 283 RESPECTO
DE LA PATRIA POTESTAD.

CAPITULO IV.

ESTUDIO CRITICO COMPARATIVO DEL ARTICULO 2º DE LA PATRIA POTESTAD.

Hemos visto en el Capítulo II, todo lo relativo a la patria potestad en nuestro país. A su vez vimos que por lo que respecta a dicha institución, nuestra Ley es muy clara en su Artículo 441 que a la letra señala lo siguiente:

ARTICULO 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 2º.

III.- Cuando por los costumbres deservidas de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la Ley penal.

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los hayan abandonados por más de seis

Como se puede notar, nuestro Código establece en 4 fracciones los motivos por los que se pierde el ejercicio de ese importantísimo deber-derecho.

El trabajo que nos ocupa se enfoca a la Fracción II del artículo que anteriormente transcribimos, y que como se puede observar nos remite al Artículo 263 del mismo ordenamiento jurídico, que hasta antes de las reformas de 1984, se refería a la sentencia de divorcio que fija la situación de los hijos dependiendo de las causas de divorcio que establece el Artículo 267 del mismo cuerpo legal.

En efecto, hasta antes de las citadas reformas, el Artículo 281, fijaba una serie de reglas a seguir, en las que se señalaban los casos en los que el cónyuge culpable perdía el ejercicio de la patria potestad, quedando el cónyuge inocente a cargo de la misma.

A partir de las reformas, el citado artículo se refiere a la sentencia de divorcio que fija la situación de los hijos, pero en la actualidad dicha situación no se define de acuerdo a ciertas reglas, sino que, de una manera arbitraria se señala que el juez goza de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspen-

sión o limitación y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos.

No dudamos ni ponemos en tela de juicio la capacidad del juez para decidir cual de los cónyuges es el más indicado para ejercer la patria potestad. Pero consideramos que resulta más equitativo si dicho derecho se fija conforme a ciertas reglas.

En efecto, en la legislación actual se permite que la autoridad competente decida acerca de cual de los cónyuges es el más indicado para ejercer la patria potestad de sus hijos independientemente de quien resulte culpable o inocente en la sentencia de divorcio, cosa que consideramos injusta, puesto que podría darse el caso en el que el cónyuge culpable fuera el señalado para ejercer la patria potestad y esto podría traer consecuencias negativas para el menor.

Además consideramos que el actual criterio del Artículo 23, podría prestarse a cierta parcialidad por parte del juez, ya que podría darse el caso en el que éste guardará estrechas relaciones de amistad con alguno de los cónyuges y lógicamente su decisión se vería influenciada por los lazos de amistad. Y lo anterior obviamente sería in-

justo, por lo que consideramos que los jueces deben decidir conforme a ciertas reglas establecidas de antemano como se hacía hasta antes de la Reforma al citado artículo.

A continuación desglosaremos dicha Reforma:

En el Diario Oficial de la Federación del Martes 27 de Diciembre de 1983, se publicó una serie de modificaciones:

Se reformaron los siguientes Artículos: 163, 172, 188, 194, 216, 232, 233, 267, 268, 273, 279, 281, 282, 283, 288, 302, 311, 317, 734, 1602, y 1635 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y se derogó además el Artículo 271, del referido ordenamiento.

En seguida transcribimos dicho decreto en sus partes -- más esenciales para nuestro trabajo:

"Decreto que reforma y deroga diversas disposiciones -- contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal en -- materia común y para toda la República en materia Federal, y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito -- Federal.

Al margen un sello con el escudo nacional que dice:
Estados Unidos Mexicanos.- Presidente de la República.
MIGUEL DE LA MADRID HUERTADO. Presidente Constitucional de --

los Estados Unidos Mexicanos a sus habitantes, sebed; que el H. Congreso de la Unión se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO:

"El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Decreta:

REFORMA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL Y EN EL CODIGO DE -- PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

ARTICULO PRIMERO.- Se reforman los artículos 163, 172, - 188, 194, 216, 232, 233, 267, 268, 273, 279, 281, 282, 283,- 302, 311, 317, 734, 1602, y 1635 del Código Civil para el -- Distrito Federal en Materia Común y para toda la República - en Materia Federal y se deroga el Artículo 271 del referido ordenamiento, para quedar como sigue:

ARTICULO 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y - obligaciones inherentes a la patria potestad su pérdida, sus pensión o limitación según el caso y en especial a la custo-

dia y al cuidado de los hijos debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".(I)

En las reformas hechas al Código Civil de 1984, se encuentra la parte central de nuestro estudio, concretamente el Artículo 283, que se cita con anterioridad.

Como puede observarse en el precepto actual, se faculta al juez de una manera muy amplia para que éste decida acerca de la situación de los hijos en caso de divorcio. Sin embargo, insistimos en señalar que nos parece carente de equidad el hecho de que el juez decida cual de los cónyuges es el más indicado para quedar a cargo del ejercicio de la patria potestad, independientemente de que en la sentencia de divorcio se declare culpable o inocente al cónyuge que ejercitará este importantísimo derecho.

De ninguna manera se duda de la capacidad y autoridad-

(I) DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, Martes 27 de Dic. 1983

del juez para decidir acerca de ésta importante figura jurídica, pero creemos que en algunos casos, ésto se puede -- prestar a ciertas anomalías y además consideramos que no -- es justo que el cónyuge culpable quede a cargo de la patria potestad. Ya que en algunas ocasiones, el cónyuge culpable continuará ejercitando la patria potestad y al mismo -- tiempo el cónyuge inocente se encontrará privado de éste -- derecho.

No se pretende con lo anterior minimizar la autoridad del órgano jurisdiccional, sino que el criterio que sostenemos es que el juez decida conforme a las reglas que se -- seguían hasta antes de las reformas, (efectuadas en el año de 1984) pero con pequeñas modificaciones que serán señala-- das posteriormente.

Si bien la sentencia de divorcio debe fijar la situa-- ción de los hijos, consideramos que aquella debe apegar-se a las reglas que establecía el citado precepto hasta antes de las reformas. Es decir, las reglas en las cuales para-- determinadas causas de divorcio, el cónyuge culpable pier-- de la patria potestad, aunque sobrevenga la muerte del cón-- yuge inocente. En tal caso el ejercicio de la patria po-- testad corresponde a los abuelos maternos y en su defecto-

a los maternos. A falta de los anteriores el menor quedará bajo tutela.

En una segunda regla se priva al cónyuge culpable del ejercicio de la patria potestad, mientras vive el cónyuge inocente, para recobrarla a la muerte de éste.

Así mismo, la tercera regla restringe el ejercicio de la patria potestad, cuando la causa de divorcio obedezca al padecimiento de alguna de las enfermedades previstas en las Fracciones VI y VII del Artículo 267, en cuyo caso los hijos quedarán en poder del cónyuge sano.

Creemos que sería más justo si el juez se obliga a determinadas reglas cuando se trate de decidir sobre la situación de los hijos en caso de divorcio, sin que por ello se pretenda disminuir la autoridad del juez.

Para efectos de nuestro estudio, es conveniente citar el artículo 283 anterior a las reformas; en ese precepto se señalaba lo siguiente:

ARTICULO 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

PRIMERA.- Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las 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 fueren culpables quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará tutor".

"SEGUNDA.- Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las Fracciones IX, X, XI, XII, XIII, y XVI del 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 dos cónyuges fueren culpables se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta".

"Entre tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza se les nombrará tutor".

"TERCERA.- En el caso de las Fracciones VI y VII del Artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos".(2)

(2) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Art. 283, México Editorial Porrúa, 1982, Quincuagésimo Primera Edición.

Es menester citar el Artículo 267 de nuestro ordenamiento civil que contempla las causales de divorcio con autoridad:

"ARTICULO 267.- Son causas de divorcio:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II.- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse éste contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro -- tenga relaciones carnales con su mujer;

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal;

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII.- Padecer enajenación mental incurable;

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge al otro;

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el Artículo 164 y el incumplimiento, sin justa de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del Artículo 168;

XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge --

contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego y embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes de otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII.- El mutuo consentimiento".(3)

Es importante mencionar que en las reformas de 1984, -- se adicionó una fracción más a estas causales de divorcio -- que señala lo siguiente:

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

(3) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Artículo 267, México, Editorial Ferrúa, 1982, Quincuagésimo Primera Ed.

Hubo además otra reforma en cuanto que la fracción VII se le agregó; previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.

No hay que olvidar que en la actualidad, la orientación moderna trata de impedir los posibles abusos del poder paterno, sin detrimento del respeto filial.

La patria potestad debe ser una institución en favor de los hijos, su regulación jurídica ha tomado principalmente en cuenta que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan no es para beneficio propio ni mucho menos para convertir a los sujetos a ella en sí mismos medios o un servicio para la satisfacción de sus fines personales; que, por el contrario, ésta institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen.

Por lo tanto, es importante que quien debe ejercer ésta importante figura jurídica sea seleccionado con suma cuidado y conforme a derecho.

La sentencia de Divorcio debe fijar la situación de los hijos, pero no estamos de acuerdo con que se deje al arbitrio del juez decidir cuál de los cónyuges es el más indi-

cado para ejercer ésta institución; creemos que ésta innovación a nuestro derecho civil tiene también su lado positivo, ya que el juez tendrá elementos y podrá decidir, pero en la mayoría de los casos ésta autoridad del juez se va a prestar a muchos abusos y por tanto lo más conveniente sería que el juez se apegara a ciertas normas en las cuales el cónyuge culpable pierda todo derecho sobre el menor, sin embargo, no con esto perderá la obligación sobre el menor, ya que según observamos anteriormente cuando se habla de pérdida de la patria potestad, se debe entender que existe una pérdida de derechos sobre el menor, no así pérdida de obligaciones, puesto que éstas continúan, independientemente de la pérdida de la patria potestad. Al respecto cabe mencionar el Artículo 285 del Código Civil vigente que señala lo siguiente:

ARTICULO 285.- "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos".

Dice nuestro multicitado artículo que el juez en la sentencia de divorcio goza de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligacio

nes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial la custodia y el cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello.

Como podemos observar, se faculta al juez, se deja todo el derecho a decidir la situación de los menores, pero no lo sujeta a reglas determinadas como anteriormente lo hacía el antiguo artículo 283, esto puede dar lugar a que por ejemplo si el juez simpatiza más con un cónyuge que con el otro, lógicamente el fallo que emita será favorable para el cónyuge con el que guarde lazos de amistad. Sin embargo, como todos sabemos toda regla general tiene sus excepciones, no obstante, consideramos que debe modificarse este artículo y retomar el anterior aunque con pequeñas modificaciones.

La imperfección humana no excluye a quienes tienen la facultad de administrar justicia, y la libertad de decidir acerca del ejercicio de la patria potestad corre a cargo del juez, y en general a muchas circunstancias que no siempre producen la equidad deseada.

Además no hay que olvidar que la patria potestad es un deber-derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la

Ley, por ende de indiscutible interés público y constituye una función jurídica o potestad para realizar a través de ella el interés de la persona de los hijos y cuyo ejercicio es obligatorio.

La situación de los hijos como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, creemos que no debe quedar libremente a cargo del juez, sino que como señalábamos con anterioridad, deben seguirse ciertas reglas con el objeto de que el cónyuge culpable del divorcio pierda todo derecho sobre el menor, ya que generalmente el cónyuge que dá lugar a la disolución del vínculo matrimonial se considera negativo para la educación de los hijos, y la educación es básica para el desarrollo de los hijos.

Por tanto, consideramos que el artículo anterior a las Reformas, sí respondía a la finalidad de seleccionar al cónyuge indicado para ejercer la patria potestad.

Así mismo, consideramos que es más equitativo, si el cónyuge culpable pierde la patria potestad, reservándose el ejercicio de éste derecho al cónyuge inocente.

Resulta conveniente mencionar que en el anterior Artículo 283, se señala que para determinadas causas de divorcio, el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria-

potestad, aún en el caso en el que muera el cónyuge inocente. En éste caso, como el ejercicio de la patria potestad es irrecuperable, este derecho queda a cargo de los abuelos paternos en primer lugar y maternos en segundo lugar, a falta de éstos el menor queda bajo tutela. Se deduce -- que esta extrema sanción debe tener su origen en causas -- gravísimas de divorcio, puesto que ha de ser que el cónyuge -- culpable pierda para siempre la patria potestad, aún en -- el supuesto muy justificado de que muera el inocente.

En un segundo caso, podemos observar que el cónyuge -- culpable pierde el ejercicio de la patria potestad, mientras viva el inocente, para recobrar ese derecho a la muerte de éste.

En la regla que ocupa el tercer lugar, encontramos que tratándose de divorcio por enfermedades contagiosas e incurables, la patria potestad queda a cargo del cónyuge sano, así como la custodia y la vida en común.

En el presente estudio, se pretende que la patria potestad se fije conforme al Artículo 283, hasta antes de sufrir las conocidas reformas, pero con pequeñas modificaciones que conviene aclarar.

Consideramos que en el multicitado artículo no existe-

congruencia en el sistema seguido para privar definitivamente del ejercicio de la patria potestad al cónyuge culpable. Es decir, el problema que encierra la restricción en la pérdida definitiva de la patria potestad al cónyuge culpable, aún en el caso que muera el cónyuge inocente. A nuestro parecer, el cónyuge culpable no debe perder la patria potestad, cuando sólo haya cometido un delito en contra de terceros, ya que aunque ha sido juzgado por esta falta, no ha sido puesta en juicio su capacidad para ejercer la patria potestad.

Sin embargo, el anterior Artículo 163, aun por su inmediata trascendencia al acto cometido en contra de terceros, no al acto que afecta altamente la moralidad dentro de la familia, puesto que priva definitivamente del ejercicio de la patria potestad al cónyuge que comete un delito infamante que sea castigado con más de dos años de prisión.

Creemos que la persona que comete un delito, no necesariamente tiene que ser nociva totalmente para los menores. Además se juzgó al delincuente en cuanto a su actitud ante la sociedad. ¿Pero acaso la Ley lo juzgó como padre, o se investigó cual había sido la forma en la que había educado a sus hijos, o si sus faltas habían causado algún daño en

la formación de los mismos? Como es entonces posible que además del castigo por el delito que cometió, se le castigue en su condición de padre.

No así en otro de los casos en el que se prevé que el cónyuge que quebranta la integración de la familia; siendo ésta la base de la sociedad; se castiga definitivamente con la pérdida temporal de la patria potestad, ya que como se puede recordar ese derecho es recuperable a la muerte del cónyuge inocente.

Consideramos que deberían seguirse las reglas que fijaba el Artículo 283, pero con ligeras modificaciones que a continuación señalamos:

Excluir de la primera regla que contemplo las causales de divorcio que dan motivo a la pérdida definitiva de la patria potestad; la causal de divorcio prevista en la Fracción XIV del Artículo 257 del Código Civil; y que ésta misma, sea incluida en la segunda regla del Artículo 283, que establece la pérdida de la patria potestad sólo en vida del cónyuge inocente.

O sea que el problema se reduce en que al acaecer la muerte del cónyuge inocente, el cónyuge culpable podrá recuperar el ejercicio de la patria potestad en el caso en---

el que haya cometido un delito en contra de terceros.

Para hacer más claro lo expuesto con anterioridad, nos permitimos transcribir la opinión del Doctor Rojas Villalobos:

"Se advierte desde luego que en el caso de acusación - calumniosa, de amenazas, de injurias graves o de que un -- cónyuge cometa contra el otro un delito que tenga una pena mayor de un año de prisión, existen las mismas razones que las que tomó en cuenta el legislador en la Fracción XV, para privar definitivamente el cónyuge de la patria potestad o sea cuando se comete un delito contra terceros. Más aún para el ejercicio de la patria potestad tiene mayor trascendencia que el delito que se cometa de un cónyuge contra el otro y no contra terceros."

"Desde el punto de vista humano puede ser mejor madre o padre para educar a sus hijos, para protegerlos, el que cometió un delito contra terceros y no el que cometió un delito contra el otro cónyuge."

"¿Cómo es que cuando se trata de delitos contra un cónyuge, contra el otro, que están demostrando desde el punto de vista familiar, que no le interesa a ese cónyuge culpable la concordia en la familia, la solidaridad, sólo se le

...rive de la patria potestad por haber cometido un delito -
...contra un tercero que merezca una pena mayor de dos años -
...de prisión?" (4)

(4) ROJINA VILLING S, RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano". México
Editorial Porrúa. Tomo II. 5a. Edición. 1960. Página --
153.

CONCLUSIONES.

I.- Los intentos de definición acerca de la patria potestad, entra en dificultades, y como en el caso jurídico no se puede limitar una figura jurídica. Nuestro Código Civil no da una definición de lo que es la patria potestad únicamente se concreta a darnos sus elementos, con los cuales modestamente podemos decir que es una relación jurídica bilateral, por un lado el menor y por el otro el que tiene a cargo éste deber-derecho; éste último tiene el deber de educar y proteger al menor y por otra parte derechos sobre la persona y sobre los bienes; sobre la persona el llamado derecho de custodia y dirección y además el de corrección; sobre los bienes el llamado goce legal; el menor tiene el deber de obediencia y respeto y a su vez tiene el derecho de ser educado y protegido.

2.- En nuestro derecho positivo se establece que a falta de los padres, ejercerán este deber-derecho los abuelos preferentemente paternos y a falta de éstos los abuelos maternos, y si no hubiere ninguno de los anteriores, el juez nombrará tutor.

3.- En el Derecho Mexicano quedan sometidos a la patria potestad, únicamente los hijos menores y no emancipados; el vínculo jurídico de la patria potestad se da entre cada uno de los padres y cada uno de los hijos menores no emancipados, de tal manera que la patria potestad cesa cuando estos alcanzan la mayoría de edad, o cuando se han emancipado.

4.- La patria potestad se origina a través de la filiación que puede ser matrimonial o extramatrimonial, por la legitimación, por el parentesco en línea recta y ascendente o por la adopción.

5.- En nuestro país encontramos el criterio en el cual el derecho de la patria potestad es irrenunciable.

6.- El divorcio es la extinción de la vida conyugal, disuelve el vínculo matrimonial y al mismo tiempo destruye el grupo familiar y con ello priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo intelectual, moral y físico; por lo tanto, no se le puede ceatar totalmente como una institución deseable, aunque en algunos casos se admite como un mal necesario.

7.- En cuanto al divorcio, creemos que debe haber siempre una diferenciación entre matrimonios con hijos y matrimonios sin hijos. Ya que ante la existencia de los hijos, sólo ante gravísimas causas que principalmente pongan en peligro su integridad, su conducta, y que revelan definitivamente el rompimiento de toda relación entre los cónyuges, debe entonces admitirse el divorcio.

8.- La verdad es que quien resiente el castigo en principio es el hijo, mismo que en el futuro se encontrará separado de alguno de los padres o podrá convivir con uno de ellos, el tiempo por el que se haya autorizado en el juicio de divorcio.

El divorcio sacrifica a los hijos en interés de los padres, pero la desgracia de los hijos no es en sí la ruptura del matrimonio, sino más que nada la ruptura de hecho, el odio y el crimen que son testigos y víctimas fatales.

9.- El divorcio tiene efectos provisionales y efectos definitivos; los primeros son aquellos que se producen durante la tramitación del juicio y los definitivos se producen una vez que se pronuncia la sentencia ejecutoriada que disuelve el matrimonio; en los efectos definitivos encontra-

nos con relación a los cónyuges, con relación a los bienes y con relación a los hijos; en éste último, el principio general hasta antes de las Reformas, era el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad, para concederla al cónyuge inocente.

10.- Cuando se habla de pérdida de la patria potestad en un juicio de divorcio, esto no implica que el cónyuge no debe cumplir con sus deberes para con el hijo, sino que únicamente pierde derechos sobre el mismo; es decir que -- aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

11.- En el actual Artículo 283 del Código Civil, el juez goza de todas las facultades para decidir todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, sin sujetar este criterio a ciertas normas como anteriormente lo hacía el antiguo Artículo 283, de nuestra legislación Civil.

12.- Se debe de imponer como castigo al cónyuge culpable de la ruptura del vínculo matrimonial, la pérdida de --

la patria potestad, esto queda justificado cuando las causas del divorcio demuestran el peligro que la convivencia con el cónyuge culpable representa para los hijos, cuando el conyuge ha llegado al extremo de atentar directamente contra la familia o bien cuando su incapacidad se deriva de vicios tales como la drogadicción, el juego o el alcoholismo.

13.-Consideramos que se debe sujetar el criterio del juez a ciertas reglas como lo hacía el antiguo artículo 283 en el que se señalaban 3 reglas para que el juez fijara la situación de los hijos en la sentencia de divorcio.

14.-Tomando en cuenta que originalmente el principio general de nuestro derecho es el de privar al cónyuge culpable, de la patria potestad sobre los hijos, precisamente por dar motivos para la ruptura del vínculo matrimonial y además por que se considera que éste cónyuge no debe permanecer junto a los menores ya que esto puede resultar en su perjuicio y además nocivo; y que este principio está de acuerdo en concederle la patria potestad al cónyuge inocente, creemos que debe de modificarse el Artículo 283 del

Código Civil vigente, ya que se puede prestar a injusticias mayores, como lo puede ser que el juez decida que el cónyuge culpable quede a cargo de los menores, cuando en realidad esto sería perjudicial para los hijos o incluso que el cónyuge inocente perdiera la patria potestad de los menores.

15.-La patria potestad es un derecho personal, de interés público, por lo que consideramos que no se debe de dejar al arbitrio del juez decidir quien de los dos cónyuges queda a cargo de la patria potestad sin sujetar este arbitrio a ciertas reglas establecidas de antemano.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- BOCCACCIO ANDRO. Instituciones de Derecho Romano. Instituto Editorial Reus, 3a. Edición, Madrid, 1967.
- 2.- BRAVO GONZALEZ GUSTIN. Primer Cursos de Derecho Romano Editorial Pax-México, 3a. Edición, México, 1978.
- 3.- BONNECASE JULIAN. Tratado Teórico-Práctico del Derecho Civil. Editorial Librería Delmas, Tomo I, 1937.
- 4.- CARBONNIER JEAN. Derecho Civil. Tomo I, Volumen II, -- Editorial Bosch, España, 1961.
- 5.- CASO ANTONIO. Sociología. Publicaciones Cruz S.A. 3a. Edición, México, 1980.
- 6.- CASPAN VAZQUEZ JOSE MARIA. La Patria Potestad. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.
- 7.- CIGU ENTONIO. El Derecho de la Familia. Editorial La Ley Buenos Aires, Argentina, 1961.
- 8.- SOLIN MARCOSIO y H. CAPITANI. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1952.

- 9.- CHAVERO ALFREDO. Compendio General de México a través de los Siglos. 2a. Edición. Editorial del Valle de México S. A., México, 1974.
- 10.- DE DIEGO CLEMENTE. Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1930.
- 11.- DE PINA RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1956.
- 12.- ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. Tratado de Derecho Civil. - Vol. I. 2a. Edición, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1963.
- 13.- FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge, 4a. Edición, México, 1970.
- 14.- GALINDO GARFIAS IGNACIO. Derecho Civil. 4a. Edición - Editorial Porrúa, México, 1980.
- 15.- GUTIERREZ ALVIZ y ARMARIO FAUSTINO. Diccionario de Derecho Privado. 2a. Edición, Editorial Reus, España, -- 1976.
- 16.- HERNANDEZ JUAN. Derecho Romano. 6a. Edición, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1972.

- 17.- JOZBERAND LOUIS. Derecho Civil. Tomo I, Editorial Bue-
nos Aires, Argentina, 1950.
- 18.- RIPP JUAN PEDRO y WOLFF MARTIN. Derecho de Familia. To-
mo IV, Volumen II, Editorial Bosch, Bs. As., 1946.
- 19.- LAURENT, FRANCISCO. Principios de Derecho Civil Fran-
cés. Tomo III, Francia, 1963.
- 20.- MAZEAUD JEAN y MAZEAUD HENRI. Lecciones de Derech. Ci-
vil. Volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, -
Buenos Aires, Argentina, 1955.
- 21.- FERRER FRANCISCO. Manual de Derecho Civil y Comercial
Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Ai-
res, Argentina, 1954.
- 22.- MUROS LUIS y CASTRO SALVADOR. Comentarios al Código-
Civil. Editorial Porrúa, México, 1980.
- 23.- PETIT EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. -
Editora Nacional, México, 1980.
- 24.- PLANIOL y RIPERT GEORGES. Tratado de Derecho Civil.--
Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1953.

- 25.- PUIG PEÑA FEDERICO. Tratado de Derecho Civil Español.
Editorial Revuelta de Derecho Privado, España, 1965.
- 26.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. -
Tomo I, Introducción, Personas y Familia, Decimoctava,
Edición, Editorial Porrúa, México, 1982.
- 27.- SPOTA ALBERTO. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, Vo-
lumen I, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina,-
1967.
- 28.- VENTURA SILVA SABINO. Derecho Romano. 5a. Edición, --
Editorial Porrúa, México, 1980.

CODICES.

- 1.- CODIGO CIVIL DE 1870 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA.
- 2.- CODIGO CIVIL DE 1884 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA.
- 3.- LEY DE RELACIONES FAMILIARES. EDICION OFICIAL. TOMO V.
- 4.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. QUINGUAGESIMO PRIMA EDICION. EDITORIAL FORRUA. S. A. MEXICO 1982.
- 5.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. QUINGUAGESIMO TERCERA EDICION. EDITORIAL FORRUA. S. A. MEXICO 1984.