



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**LA PATRIA POTESTAD EN RELACION CON LA
CUSTODIA DE LOS HIJOS**



**FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
SILVIA COSSIO SANTOS

México, D. F.

1985



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.

C A P I T U L A D O

LA PATRIA POTESTAD EN RELACION CON LA CUSTODIA DE LOS HIJOS

INTRODUCCION.....3

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD

A.- ORIGEN.....5
B.- EVOLUCION.....13
C.- DEFINICION.....17

CAPITULO II

CARACTERES Y EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

A.- EFECTOS RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS.....23
B.- EFECTOS RESPECTO DE LOS BIENES DEL HIJO.....28
C.- DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA
POTESTAD.....34

CAPITULO III

LA CUSTODIA DE LOS HIJOS EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO

A.- DEFINICION DE PELIGRO GRAVE.....54
B.- QUÉ ES NORMAL DESARROLLO.....55
C.- QUÉ ES ANORMAL DESARROLLO.....56

CAPITULO IV

LA CUSTODIA DE LOS HIJOS EN EL DIVORCIO NECESARIO

A.- QUÉ AMPLITUD TIENEN LAS FACULTADES DE QUE GOZA --
EL JUEZ.....65
B.- LIMITES NECESARIOS EN SU DECISION DEL JUEZ.....68

C.- PARA OBTENER LOS ELEMENTOS DE JUICIO, QUÉ AMPLI- - TUD DE PRUEBAS TIENE EL JUEZ.....	70
D.- HIPOTESIS, EN LA DECISION DE UN JUEZ CABRIA LA - -- DESIGNACION DE UN TUTOR.....	71
CONCLUSIONES.....	73
BIBLIOGRAFIA.....	75

I N T R O D U C C I O N

Durante las clases tomadas de Derecho Civil, concretamente Civil I, materia seriada en el programa de la Carrera de Derecho, me he interesado en hacer un análisis profundo y comparativo de las figuras jurídicas: la patria potestad, la custodia de los hijos en el divorcio necesario y el voluntario.

Para el análisis de la patria potestad hago una investigación de su origen, evolución y algunas posibles definiciones de esta figura jurídica.

En seguida expongo el análisis, legalmente tomado del Código Civil, anotando los caracteres y efectos de la patria potestad. Primeramente, respecto de la persona de los hijos, interesando aquí los valores éticos de la persona de los hijos; luego, respecto de los bienes del hijo, aquí lo que interesa es el bienestar de la persona de los hijos; añadido por último las formas o modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Por último, hago el estudio de las figuras jurídicas: del divorcio voluntario y del divorcio necesario, siendo los artículos 282 y 283 del Código Civil, la médula de este modesto trabajo, por ser la explicación de los últimos capítulos que contienen: peligro grave, normal y anormal desarrollo, términos contenidos en la figura jurídica del divorcio voluntario, agrego además el estudio del divorcio necesario, contestando a unas interrogantes contenidas en el último capítulo en las que destaca ésta, la amplitud de las facultades de que goza el juez, interrogante que encuentra su respuesta en el contenido del artículo 283 ya mencionado.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD

A.- ORIGEN.

En este capítulo pretendo hacer un análisis de la figura jurídica, la patria potestad, desde su origen, su evolución y su definición, de la siguiente forma:

Históricamente el origen de la patria potestad se refleja en las ceremonias, la obediencia a los padres, la educación de los hijos, los alimentos, los modos y costumbres, que se daban en el pueblo azteca. El tratadista don Manuel Orozco y Berra opina que el Códice Mendocino, contiene la historia de este pueblo, la cual expongo en mi interpretación particular, haciendo cita textualmente al pie de página del Códice Mendocino, en los siguientes términos:

El pueblo azteca tenía ciertos modos y costumbres, tales como:

a).- A los cuatro días de nacida la criatura, la madre daba a su hija (o) a una señora para que ésta la bañara y después de ser bañada, tres muchachos ofrecían un manjar al niño, comiendo maíz tostado envuelto en frijoles cocidos, después cada uno de ellos proponía el nombre que debía ponerse a la criatura, la señora que había bañado a la criatura seleccionaba de los posibles nombres designados por los muchachos, el mejor.

b).- Ofrecían el ombligo de la criatura que fuera varón al lugar en donde había guerra, enterrándolo debajo de la tierra y en el caso que fuera una mujer, su ombligo lo enterraban debajo del metate de piedra de moler tortillas.

c).- A los tres meses de nacida la criatura, los padres la llevaban a sus templos en donde la ofrecían junto con mantas, manteles y comida, a sus Dioses.

Este pueblo mexicana tenía la costumbre de dar de comer a sus hijos, en forma muy restringida, es decir, a los de tres años les daban media tortilla, a los de cuatro y cinco años una tortilla, a los que tenían seis a doce años una tortilla y media, y a los de catorce en adelante dos tortillas, esta limitación en sus alimentos, fue establecida así para evitar que sus hijos se volvieran glotones. Además establecieron en forma de leyes que ellos llamaban partidas, entre otras, que los padres podían corregir a sus hijos siendo éstos negligentes o desobedientes, imponiéndoles como castigos, los siguientes:

1.- Al hijo o hija que no entendía la corrección hecha de palabra por sus padres, le hacían lo siguiente:

a.- Al muchacho, su padre lo mandaba a que quedara desnudo, después lo ataba de pies y manos, lo cargaba y lo tendía en el suelo en una parte muy húmeda y lo dejaba ahí todo un día, para que de esa manera se enseñara a obedecer.

b.- A la muchacha, su madre la hacía trabajar toda una noche en la calle.

2.- Al hijo o hija que se volvía un glotón (glotona), lo castigaban así:

a.- Al muchacho, el padre lo hacía inhalar humo, salido de una leña quemada.

b.- A la muchacha, la madre le imponía el mismo castigo del anterior.

Los padres debían enseñar a sus hijos a trabajar y darles buenos consejos.

Para finalizar la historia de este pueblo, sólo digo que el muchacho que llegaba a la edad de quince años, los padres se desprendían de él y lo entregaban a las autoridades de ese tiempo, con el fin de que éstas lo educasen.

"TRADUCCION PALEOGRAFICA"

"LA PARTIDA TERCERA DE ESTA HISTORIA"

"Llegaron del modo y costumbre que los antes mexicanos tenían para nombrar algún muchacho (muchacha) él (ella) y ceremonias como ponerles a las criaturas y después de dedicarles y ofrecerles a sus templos el arte militar, según quisieran, las figuras adelante en la otra hoja contiene adornos y demás figuras, correspondió a la mujer adornar la cuna de la criatura, según varias figuras y al cabo de cuatro días la mujer daba a la criatura a la llamada expartera, hermana de la criatura en brazos dormida y sacábala en el patio de la casa de la parida y en el patio tenían una escena que llamaban tole, donde aparecían una cuna, un librillo pequeño con agua en donde la expartera bañaba a la criatura y después de bañarla, tres muchachos sentados junto a la expartera ofrecían comiendo maíz tostado envuelto en frijoles cocidos que llamaban el manjar, el general manjar era que entre los tres muchachos imponían nombres al niño en un librillo.

Y después de haberle dado el baño a la niña, la expartera pedía el nombre que le habían puesto cada uno de los tres muchachos y la expartera escogía el mejor.

Al principio cuando a la criatura la sacaban a bañar, si era varón lo sacaban con su propia cuna puesta en la mano de la criatura y se le ponía insignias, éstas eran el armamento militar de su padre o de cualquier otro oficio que tuviera, como el de entallador. Después de hecho ésto, la expartera llevaba al niño con su madre.

Si la criatura era mujer, la insignia con que la sacaba a bañar, era un hueca con su costilla y un manojo de escobas que eran las cosas que se debían ejercitar y el ombligo de la criatura varón con una bandeja y flechas con que lo habían sacado a bañar, lo ofrecían en el lugar donde se ofrecían guerras a sus enemigos, en donde lo enterraban debajo de la tierra, y lo mismo con el de la muchacha, sólo que su ombligo lo enterraban debajo del metate de piedra de moler tortillas.

Después de al cabo de sesenta días, los padres de la criatura iban con ella al templo mezquita que llamaban "calmecca". Y en presencia del alfagni presentaban a la criatura con su ofrenda de mantas y manteles y alguna comida, y después de criada la criatura por sus padres, teniendo edad, la entregaban al alfagni mayor de la mezquita para que allí fuese encerrada y después fuese un alfagni. Si los padres de la criatura determinaban que teniendo edad, fuese SR: en el arte militar y desde luego ofrecían la criatura haciendo promesa al maeso de entregársela, ofreciendo presentes de comida y otras cosas y entregaban la criatura.

El tipo y modo en que daban consejo a sus hijos, era de la siguiente manera. Habían cuatro partidas, que son las que siguen:

1a. Partida: En que se muestra que los padres corregían a sus hijos dándoles consejos cuando la criatura era de tres años, el alimento que le daban era media tortilla.

2a. Partida: En que están figurados los padres que destinaban a sus hijos de edad de cuatro años, su alimento que le daban era una tortilla. Los enseñaban a sus hijos a hacer mandados.

3a. Partida: Están figurados los padres y sus hijos de edad de cinco años. Los padres ocupaban y exhortaban a sus hijos a cargar cosas de poco peso sobre sus espaldas para trasladarlas al tianguis (lugar de mercado), y a las muchachas de la misma edad, la madre les enseñaba a hilar y a adornar la hueca. Su alimento de los hijos era de una tortilla.

4a. Partida: En lo general, están figurados los padres y sus hijos de seis años de edad, los padres exhortaban y acompañaban a sus hijos a dejar sus cosas personales a los tianguis o lugares de mercado y también cogiesen del suelo los granos de maíz que por su estado estuviesen deformados, frijoles y otras miserias y cosas que los habitantes dejaban en mal estado. Y a sus hijas les imponían hilar y otras cosas. La comida que se les daba era una tortilla y media.

En estas figuras se explica el tiempo y modo en que los naturales de México doctrinaban y corregían a sus hijos, evitándoles toda ociosidad y que siempre fuesen aplicados, dichas figuras eran cuatro partidas, como siguen:

1a. Partida: En que se declara que el padre a su hijo de edad de siete años le enseñaba cómo cazar peces con la red. Y las madres enseñaban a sus hijas a hilar y a que siempre estuviesen ocupadas en algo, además les daban buenos consejos, su alimento era una tortilla y media.

2a. Partida: En la que se declara que los padres a sus hijos de ocho años, les castigaban poniéndoles por delante temores y amenazándolos con poner en el cuerpo espinas de maguey siendo negligentes y desobedientes. La alimentación que tenían los hijos era una tortilla y media.

3a. Partida: En la que se declara que los padres a sus hijos de nueve años, siendo incorregibles y rebeldes con sus padres, los podían castigar con espinas de maguey de la siguiente manera: Al varón, atándolo de pies y manos desnudo en carnes y le imponían espinas de maguey por la espalda de su cuerpo. Y a las muchachas, la madre les amarraba las manos con espinas de maguey, la porción de comida que recibían era una tortilla y media.

4a. Partida: En que se declara que los padres a sus hijos de edad diez años, los castigaban siendo rebeldes, dándoles de palos y haciéndoles otras amenazas. Su alimento era una tortilla y media.

Tiempo después se declara como anexo a la partida primera, lo siguiente, el muchacho o muchacha de once años, que no obedecía la corrección hecha de palabra por sus padres, lo castigaban dándole humo en las narices. A los muchachos de tal edad que se portaban bien dábanles el pan con tortilla y solamente una tortilla y media en cada comida, para que no se enseñanase a ser tragones o glotones.

Se declara de la segunda partida, lo que sigue: El muchacho o muchacha de edad de doce años que no obedecía la corrección o consejos que le daban sus padres, le hacían lo siguiente:

Al muchacho su padre lo tomaba y ataba de pies y manos, lo dejaba desnudo en carnes, y tendía en el suelo en una parte húmeda o mojada todo un día, para que de esa manera temiese.

La muchacha de esa misma edad, su madre la hacía trabajar de noche y de día, barriendo la casa y la calle y ocupándose de sus cosas personales. Sus padres les daban de comer una tortilla y media en cada comida.

Se declara de la tercera partida, lo siguiente: Al muchacho o muchacha de edad de trece años, sus padres le enseñaban a traer leña del monte y a las muchachas a que moliesen el maíz e hiciesen tortillas y otros mandados para sus padres. Dábanles de comer a los muchachos dos tortillas en cada comida.

Se declara en la cuarta partida, lo siguiente: Al muchacho o muchacha de edad de catorce años de edad, lo enseñaban a hacer lo siguiente: a que el muchacho fuese con su canoa a pezcar en las lagunas, a que la muchacha tejiera tela. Dábanles de comer dos tortillas.

Por último, en la primera partida, lo figurado significa, que el padre teniendo hijos de edad de quince años, los entregaban al alfagni mayor y otro al maeso, para que les enseñaran y doctrinaran". ¹

¹ CODICE MENDOCINO, EDICION 1a. EDIT. INOVACION, S.A.
P.P. 57 a 61

B.- EVOLUCION

Este punto lo dedico a poner mi reflexión particular, primeramente del pensamiento de la profesora Sara Bialostosky, en su libro editado por la UNAM, enseguida pongo la del Licenciado Esquivel Obregón, anexando algunos puntos textuales de sus estudios.

Históricamente quien ejercía el poder general (patria potestad) era el llamado PATER FAMILIAS, sobre la persona y bienes de ésta. Ese poder general tomó diferentes denominaciones de acuerdo a la clase de personas sobre las que se ejercía, como textualmente la profesora Sara Bialostosky expone como sigue:

- "a).- Sobre sus hijos y nietos - Patria Potestas.
- b).- Sobre su esposa y nuera - Manus.
- c).- Sobre algunas personas libres - Mancipium.
- d).- Sobre sus esclavos - Dominica Potestas.
- e).- Sobre sus libertos - Iura Patronatus". 2

El PATER FAMILIAS era el jefe, el padre y señor de la familia, sin embargo, se podía tener esta capacidad jurídica plena sin ser padre de familia. Un niño huérfano por ejemplo, también podía ser Pater Familias, ejercía sobre las personas que estaban bajo potestad era absoluto y comprendía los llamados:

- 1.- El derecho de vida y muerte (el ius vitae - - - necisque);
- 2.- El derecho de vender el filius familias como -- esclavo (el ius vendeti);

2 SARA BIALOSTOSKY, PANORAMA DEL DERECHO ROMANO. UNAM.

3.- El derecho de ceder a un tercero el *filiius familias* para librarse de las circunstancias por la comisión de un delito que aquél hubiera cometido (el *ius noxae dandi*);

Más tarde el derecho fue limitando la *patria potestas* hasta llegar en el Derecho Justiniano, a transformar el *ius vitae necisque* en un simple derecho a corregir a los hijos.

Otra circunstancia que se presentaba en el Derecho Justiniano, era que las mujeres no podían ejercer la *patria potestas*, ni atraer a su descendencia la potestad de sus propios padres.

CLASIFICACION DE LA PATRIA POTESTAD

Son cuatro las fuentes de la *patria potestas*, y expongo en los siguientes términos:

A. - La *iustae nuptiae*.- Esta institución la ejercían los padres o abuelos sobre los hijos nacidos después de ciento ochenta y dos días de celebrado el matrimonio legítimo. El hijo concebido fuera de dicho matrimonio sigue a la madre y por tanto nace *sui iuris*.

B. - La legitimación.- Como antecedente histórico de esta fuente, se sostiene que el Derecho Clásico no conoció ningún acto para legitimar, sino que fue la influencia cristiana la que tomó las siguientes formas de validez de legitimación:

a).- Por matrimonio subsecuente.

- b).- Los hijos nacidos fuera de matrimonio justo -- (sine connubio) pueden caer bajo la patria potestad, si se les legitima.
- c).- Por un escrito del príncipe, en caso de que no hubiera hijos legítimos.
- d).- Por oblación, ofrecimiento a la Curia, es decir, cuando el padre ofrece que su hijo desempeñe las funciones de Curia.

C. - La adopción. - Históricamente en el Derecho Antiguo la adopción se hacía mediante tres ventas ficticias, seguidas de las correspondientes reivindicaciones, logrando con la última, que el magistrado adjudicara la potestad al nuevo pater familias. En el Derecho Justiniano se logra la adopción mediante una declaración del padre natural hecha ante el magistrado en presencia del adoptante y del adoptado.

Aquí no haré más que andar el camino trazado por el maestro Esquivel Obregón, usando inclusive sus mismas palabras, ya que cualquier variación no haría más que nublar la claridad de su pensamiento y restarle vigor a la expresión de sus ideas, poniendo por último mi interpretación personal del estudio de la patria potestad.

"La autoridad del pater familias sobre sus hijos en Roma no era un jus, es decir, un derecho reglamentado por Ley o costumbre; era un potestas, un poder y su poseedor no tenía por moderador y juez más que a sí mismo; resto del tiempo en que la familia era una entidad soberana o en que el estado embrionario y transitorio no tenía acción; en que los padres reunidos formaban causa común para no

permitir que se les mermara su poder. El estado -- comenzó a penetrar en el campo de la familia con -- ayuda de la pblebe, es decir, de los elementos -- nuevos allegados a la urbe, con lo que los patricios tuvieron que contemporizar.-....." ³

Según lo anterior, quien ejerció primero la patria potestad era el pater familias, después el Estado; comenzó entonces la transformación de la patria potestad, hasta llegar a ser no un potestas ni siquiera un jus, sino una obligación, una función social, en la que ya el padre no está sólo sino que la comparte con la madre.

El fortalecimiento del Estado, la creación de los peculios y la influencia del cristianismo, prepararon la evolución para romanos y germanos, así en la llamada Ley Wisigothorum se disponía que el padre el nacer su hijo lo podía reconocer, vender o abandonar; el juez puede obligar al padre a redimir a su hijo, entregando al que lo reconoció, un siervo en compensación y si el padre no tiene siervo que dar, el mismo sería el siervo del que había recogido al hijo. Por otro lado, el padre no podía desheredar sin justa causa a su hijo.

En las partidas se concede al padre el derecho de rendir o dar en prenda al hijo, solo en caso de gran hambre, cuando sin esa venta hubiere temor de que ambos perecieran, pero se acaba la patria potestad cuando el padre trata al hijo cruelmente o lo induce a la prostitución, en cambio, está obligado a educarlo y mantenerlo dándole alimento y casa.

³ ESQUIVEL OBREGON, T. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO. EDIT. POLIS, TOMO I, MEXICO 1938. P. 191

C.- DEFINICION

Ya he hablado anteriormente de la patria potestad en forma general, ahora en forma concreta en este punto, pretendo definirla legalmente de la siguiente manera:

Se ha sostenido como definición de la patria potestad, la de aquella institución que permite a los padres y a falta de éstos a los abuelos, ejercer sobre la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, las facultades y cumplir las obligaciones que al respecto establece la Ley.

Quienes la ejercen, tienen la administración de los bienes y legítima representación legal del incapaz (art. 425).

El artículo 414 del Código Civil establece que, la patria potestad de los hijos nacidos de matrimonio, la ejercen el padre y la madre, y el artículo 418 establece que, en caso de faltar los padres, los abuelos, en el orden que el Juez de lo Familiar lo determine, esta última regla no se sigue cuando existe tutor testamentario.

Si el hijo nacido fuera de matrimonio, es reconocido y vive con los padres, ambos la ejercen (art. 415).

Si es reconocido, pero viven separados, entre ellos se pondrán de acuerdo quién de los dos ejercerá la custodia; en caso de que no lo hagan, el Juez de lo Familiar del lugar será quien previa audiencia a los padres y al Ministerio Público resuelva a quien corresponda ejercerla (art. 380).

Si la causa es el divorcio, dependerá del convenio en el voluntario y de la sentencia en el necesario. La patria potestad del hijo adoptivo, la ejercen únicamente los adoptantes (art. 419).

Como conclusión de lo anterior, digo que la patria potestad es una forma de representación legal de menores, la cual la acreditan los padres con la copia certificada del Acta de Nacimiento; los abuelos con la designación que de ellos haga el Juez; el adoptante con la copia certificada del Acta de Adopción.

A continuación, anoto el texto de la obra adoptada al programa de Nociones de Derecho Mexicano de la Escuela Nacional Preparatoria de la UNAM, de los Licenciados Fernando Floresgómez González y Gustavo Carbajal Moreno, de la siguiente forma:

"La patria potestad es el conjunto de derechos, con sus obligaciones correlativas, que tienen los ascendientes sobre la persona y bienes de sus descendientes, en tanto que éstos son menores. Son poderes de duración temporal, ya que se suspenden cuando el hijo es mayor de edad, o antes si enajena, o bien por muerte. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están debajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen. El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de matrimonio corresponde a los padres; a su falta, a los abuelos paternos y a falta de éstos a los maternos. Cuando se trate de hijos nacidos fuera de matrimonio, si los dos progenitores

han reconocido al hijo y viven juntos, ejercerán - ambos la patria potestad, si no el que haya reconocido al hijo. Cuando el padre y la madre que no viven juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, - convendrán cual de los dos ejercerá sobre él la -- patria potestad, y en caso de que no lo hicieren, - el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que - - creyere más conveniente a los intereses del menor.-....." 4

Por último el Licenciado Florencio García Goyena, en su libro titulado Concordancias del Código Civil, expone las siguientes definiciones de la patria potestad:

Primera: Es un derecho fundado sobre la naturaleza y conformado por la Ley, queda al padre y a la madre por un tiempo limitado las condiciones de la vigilancia de la persona, la administración y goce de sus hijos.

Segunda: Es el conjunto de derechos que la Ley concede al padre en las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados.

Textualmente el profesor García Goyena, en su estudio dice lo siguiente:

"Entre los antiguos Romanos fue el dominio quiritarío del padre sobre los hijos: Republicanos y Guerreros, los Romanos por el mismo espíritu de independencia que llevaba la libertad hasta la licen-

4 FLORESGOMEZ GONZALEZ, FERNANDO. CARBAJAL MORENO, GUSTAVO. NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO. ED. 15a. EDIT. PORRUA, S.A. P.P. 274-275

cia en el Gobierno, quisieron el despotismo hasta la tiranía, dentro de casa, miraban pues a sus -- hijos como simples cosas o bienes, podían vender-- los bajo este concepto y ejercían sobre ellos el derecho de vida y muerte, como jueces magistrados domésticos. Tanto poder no podía subsistir con la corrupción general de costumbres y el absolutismo de los Emperadores, fue pues reducido el derecho de venta a los hijos sanguinolentos o recién nacidos y en caso de extremada necesidad, ley 2, título 45, libro 4 del Código. El derecho de vida y muerte vino a quedar en el de castigar moderadamente, prescribir la sentencia al Juez en las injurias más atroces cometidas contra los mismos padres, si éstos acudían a él por la contumacia de los hijos, o porque el castigo moderado no alcanzaba a la gravedad de la injuria, leyes 5 y 4, título 47, libro 8 del Código. La madre carecía de potestad en todos casos, también el abuelo materno sobre los nietos, en cambio el abuelo paterno la tenía no sólo sobre el hijo sino sobre los hijos de éste, por que ni en el matrimonio ni la mayor edad eran causas de emancipación.--.....". 5

De acuerdo con el anterior estudio resumo que debido al despotismo y la tiranía que existía en el pueblo romano, los hijos de éstos eran considerados como simples cosas o bienes, que se podían manejar como quisiera el padre de los menores, ya que la madre no tenía potestad sobre sus hijos. Agrego además que la patria potestad en latín tanto quiere decir en romance como el poder que tienen los padres sobre los hijos.

5 GARCIA GOYENA, FLORENCIO. CONCORDANCIAS, MOTIVOS Y COMENTARIOS DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL, TOMOS I y II. P. 153

En Aragón se habla de la *patriam potestatem* como la autoridad directa sobre las acciones de los hijos y de castigarlos moderadamente para conservar la paz doméstica, además la patria potestad, según la decisión de la antigua Corte de Justicia de Aragón, sólo existe en él, en lo que es favorable a los hijos, pero ésto parece estar en concordancia con la casi absoluta libertad de los poderes para disponer de sus hijos como quisieran. Por último, resumo que el acortamiento de la mayor edad, la patria potestad de madre en defecto del padre y otra, no son si no la primitiva y pura legislación española, consignada en nuestros fueros antiguos y algunos de ellos vigentes, así por ejemplo, el hijo reconocido por el padre o la madre o por los dos de común acuerdo tienen derecho: a llevar el apellido del que le reconozca; a ser alimentado por éste; a percibir la porción hereditaria.

En nuestra legislación, la patria potestad está regulada en el Código Civil, Libro Primero, Título Octavo, en sus artículos del 411 a 424, siendo algunos de ellos ya analizados anteriormente y otros objeto de posterior análisis.

CAPITULO SEGUNDO

CARACTERES Y EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

A.- EFFECTOS RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS

Gramaticalmente la palabra efectos significa, lo que se sigue por virtud de una causa. Aquí me referiré a lo que se sigue, a lo que pasa o acontece en la persona de los hijos, es decir, desde el punto de vista ético aquí lo que interesa es la moralidad, la virtud o virtudes de los hijos, como se observa de la siguiente manera:

a.- La honradez y el respeto son principios éticos que deben observar los hijos para con los padres (art. 411).

b.- Están bajo la patria potestad, los hijos menores de edad no emancipados, mientras no exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley.

c.- La patria potestad, no solo se ejerce sobre la persona de los hijos, si no también sobre los bienes del hijo. como se verá más adelante. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y 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. (art. 413).

d.- La patria potestad sobre la persona de los hijos, es decir, sobre los hijos de matrimonio legítimos se ejerce por orden de jerarquía, así:

- 1.- Por el padre y la madre.
- 2.- Por el abuelo y la abuela paternos.
- 3.- Por el abuelo y la abuela maternos.

e.- En el caso de que los dos progenitores reconozcan al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad (art. 415). Si viven separados convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia: y en el caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor, ésto es en el caso de que los dos, el padre y la madre reconozcan al hijo en el mismo acto: ahora en el caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave con audiencia de los interesados y del Ministerio Público (arts. 415, 380 y 381). Por otro lado, cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro (art. 416).

f.- 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 ese punto, el progenitor que designe el Juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo (art. 417).

g.- En el caso de que falten los padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido los demás ascendientes a que se refiere el apartado "c" (art. 418).

h.- 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 apartados anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponden ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de este derecho (art. 420).

i.- El hijo que no esté bajo la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o por decreto de la autoridad competente.

j.- A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esta obligación lo avisarán al Ministerio Público, para que promueva lo que corresponda (art. 422).

k.- Quienes ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente. En caso necesario, las autoridades competentes auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna.

l.- La persona o menor que esté sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso resolverá el Juez (art. 424).

De lo anteriormente expuesto, resalto que los hijos cualquiera que sea su edad deben respetar a sus padres, es decir, los hijos tienen ciertas obligaciones para con sus padres que resultan de sus relaciones con ellos.

Además la patria potestad se ejerce no sólo sobre la persona de los hijos sino también sobre sus bienes. En general, el legislador es muy explícito en sus palabras, sólo agrego que los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos.

El Código Civil Español establece en el mismo capítulo de los efectos de la patria potestad respecto a la persona de los hijos, similares reglas a las anotadas anteriormente, de la siguiente forma:

1. - Esta regla es igual a la del Código Civil, es decir, los hijos deben honrar y respetar a los padres.
2. - Los hijos menores de edad están bajo la patria potestad del padre.
3. - El hijo no podrá dejar la casa paterna sin permiso de su padre, mientras estuviese bajo la patria potestad (art. 145).
4. - El padre dirige la educación de sus hijos y es su legítimo representante en juicio; tiene la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos y cuando ésto no alcance, podrá imponerles con intervención del juez hasta un mes de retención en el establecimiento correccional destinado al efecto.

5. - Si el padre ha contraído segundas nupcias o ulteriores bodas y el hijo es de los habidos en uno de los anteriores matrimonios, deberá manifestar al juez los motivos del disgusto que el hijo le haya dado y el juez a su instancia ordenará la detención si encuentra fundadas las quejas del padre.
6. - Serán por cuenta del padre los gastos y alimentos devengados por el hijo detenido de su orden o en vigor de sus reclamaciones. El padre siempre es árbitro de levantar el arresto o detención del hijo (art. 149).

Por tanto el Código Civil Español es similar al Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, en su parte relativa a la patria potestad, sobre todo al establecer ambos que los hijos sea cual fuere su estado, condición o edad tienen la obligación de respetar y honrar a sus padres. Además, el Código Civil Español es más ceremonioso que el nuestro, al establecer en su artículo 147, que el padre para corregir a su hijo necesita de la presencia del juez para su realización. En general, tanto el Código Civil del Distrito Federal como el Español, establecen lo mismo.

B. - EFFECTOS RESPECTO DE LOS BIENES DEL HIJO

Aquí analizaré a la figura jurídica de la patria potestad, desde el punto de vista patrimonial, es decir, en este punto lo que interesa no es el bienestar de la persona, sino meramente los bienes del hijo, se olvidan los principios éticos, así legalmente el Código Civil contiene entre otras reglas las siguientes:

1. - Quienes ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen.
 2. - El Administrador de los bienes será nombrado por mutuo, cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre o por el abuelo y la abuela o por los adoptantes; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración (art. 426).
 3. - Quien ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo sino es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial, cuando la ley lo requiera expresamente (art. 427).
- Como conclusión de los bienes del hijo, anoto que legalmente se establecen dos clases:
La primera para los bienes que adquiera por su trabajo y la segunda para los bienes que adquiera por cualquier otro título.

Los primeros pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo y los de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan 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 (art. - 430).

4. - Mediante un escrito de renuncia o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda, los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo. Esta renuncia del usufructo hecha en favor del descendiente es considerada en nuestra legislación como donación (arts. 431 y 432).
5. - Pertenecen al hijo los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad (art. 433).
6. - El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo dos del título sexto, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de las obligaciones de dar fianza, fuera de los casos siguientes:
 - a). - Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados.

- b).- Cuando contraigan ulteriores nupcias.
- c).- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos (art. 434).
- 7. - Se le considerará al hijo respecto a la administración como emancipado, cuando por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes con la sola restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces (art. 435).
- 8. - Los que ejercen 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 la autorización del juez competente. No podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta: hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos (art. 436).
- 9. - Cuando el juez conceda licencia a los que - - ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en fa-

- vor 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.
10. - Las formas de extinguir el derecho del usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, son:
 - a).- Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos.
 - b).- Por la pérdida de la patria potestad.
 - c).- Por la renuncia.
 11. - Quienes ejerzan la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos, además de entregar a sus hijos luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que le pertenecen (arts. 439 y 442).
 12. - 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 para cada caso (art. - - 440).
 13. - Es facultad de los jueces tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años o del Ministerio Público en todo caso.

El Licenciado Florencio García Goyena, en su libro *Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, establece en el capítulo de los efectos de la patria potestad, respecto a los bienes de los hijos, entre otros artículos, los siguientes:

- 1o.- El padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores. Conforme con el derecho Romano y Patrio, el 589 Francés, dice: Durante el matrimonio: le siguen el 562 Holandés, el 251 Sardo, suprime como el nuestro aquellas palabras, por que el padre ni por enviduar, ni por repetir matrimonio pierde la administración mientras los hijos sean menores de edad. Administrador legal: Tenga o no el usufructo y salva la excepción del art. 155 (art. 150).
- 2o.- Los bienes que el hijo adquiere con el caudal del padre, mientras está bajo la patria potestad pertenecen a éste en propiedad y usufructo, salva la facultad que tiene el padre en todo caso de hacer al hijo alguna donación de estos bienes o señalarle alguna parte en sus utilidades (art. 151).
- 3o.- Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria estando en poder y compañía del padre, pertenecen al hijo en propiedad y al padre en usufructo (art. 152).
- 4o.- Los bienes que adquiere el hijo por cualquier título lucrativo pertenecen a éste, pero el padre tiene su usufructo mientras el hijo está en su poder (art. 153).

- 50.- Pertencen al hijo en propiedad y usufructo:
- 1.- Los bienes donados o mandados al hijo para el seguimiento de una carrera, o el ejercicio de alguna profesión o arte liberal, o con la condición de que el padre o la madre en su caso, no ganen el usufructo; pero esta condición no puede imponerse sobre la legítima: 2.- Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, no estando en compañía del padre: 3.- Los bienes que los hijos adquieren por ocasión de la milicia o con el ejercicio de cargos o empleos civiles, de profesiones o artes liberales (art. 154).
- 60.- No cumpliendo el padre con lo prescrito en el artículo anterior, cualquiera de los parientes llamados por la ley, a falta del padre o de la madre, a componer el consejo de familia, podrá compelerle judicialmente a esta obligación - - (art. 157).
- 70.- El padre no puede enajenar los bienes inmuebles del hijo en que corresponde el usufructo y la administración o esta sola, ni gravar de ningún modo sino por causas de absoluta necesidad o de evidente utilidad, y previa la correspondiente autorización del juez del domicilio (art. 158).
- 80.- 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 procurador que se les nombrará judicialmente para cada uno de los casos (art. 159).

El Código Civil del Distrito Federal es similar al Español, según lo anotado anteriormente.

C. - DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE
LA PATRIA POTESTAD

Desde el punto de vista más moderno, aquí lo que interesa es el bienestar de los hijos, es decir, los padres quieren el bien para los hijos.

Desde la época romana, la patria potestad se acababa solo con la muerte del padre o con la emancipación mediante tres ventas sucesivas del hijo entre los germanos, concluía el llamado munt, cuando se entregaban las armas al hijo y formaba casa.

Ahora, legalmente la patria potestad se termina de la siguiente manera:

- 1.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- 2.- Con la emancipación del hijo (art. 443).

La patria potestad no solo se acaba, sino también se pierde por cuatro circunstancias:

- 1a.- 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;
- 2a.- En los de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- 3a.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; y,
- 4a.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses (art. 444).

Otras disposiciones del Código Civil establecen lo siguiente: a).- La madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este simple hecho la patria potestad (art. 445); b).- De acuerdo con lo anterior, el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior (art. 446); c).- La institución de la patria potestad no es renunciable, pero aquéllos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse: Cuando tengan sesenta años cumplidos; cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

Se suspende la patria potestad legalmente, por tres causas:

- 1a.- Por incapacidad declarada judicialmente:
- 2a.- Por la ausencia declarada en forma:
- 3a.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión (art. 447).

El Licenciado Florencio García Goyena, en su libro ya mencionado anteriormente, establece en el capítulo de los Modos de Acabarse la Patria Potestad, entre otros artículos los siguientes:

- 1o. - La patria potestad se acaba: por la muerte del padre o por la del hijo; por la emancipación: por la adopción: por la mayor edad del hijo (art. 160).
- 2o. - El padre perderá la patria potestad: cuando sea condenado a una pena que lleve consigo la pérdida de la patria potestad: cuando declarado el divorcio tenga lugar la pérdida de la patria potestad.
- 3o. - Los tribunales podrán también privar al padre de la patria potestad o modificar su ejercicio, si tratare a sus hijos con excesiva dureza, si siendo viudo les diere preceptos, consejos o ejemplos corruptores (art. 162).

- 4o. - La patria potestad se suspende: por la incapacidad del padre declarada judicialmente; por la ausencia declarada con arreglo a lo que se dispone en los artículos 313 y 317; por haber sido condenado a una pena que lleve consigo esta suspensión. Fuera del caso en que la suspensión de la patria potestad, proceda de demencia, perderá el padre el usufructo de los bienes del hijo (art. 163).
- 5o. - La madre sucede al padre en la patria potestad con todos sus derechos y obligaciones (art. 164).
- 6o. - El padre podrá nombrar a la madre en su testamento uno o más consultores, cuyo dictamen haya de oír ésta para todos los actos que el padre determine. No gozará de esta facultad el padre, que al tiempo de morir no se hallare en el ejercicio de la patria potestad; salvo si fuere por causa de locura o ausencia; ni valdrá el nombramiento hecho en testamento anterior a la pérdida o suspensión de la patria potestad (art. 165).
- 7o. - La madre que maliciosamente dejare de oír el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privada de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos, a instancia de aquellos o del consejo de familia (art. 166).
- 8o. - La madre viuda que diere a luz a un hijo ilegítimo, pierde los derechos que se le dan en el artículo 164 (art. 167).

- 9o. - La que contrajere segundas nupcias, conservará todos los derechos de la patria potestad, menos la administración de los bienes; a no ser que el consejo de familia se la difiera. Si se la difiere, el marido responderá mancomunadamente con la mujer de las resultas de la administración posterior al matrimonio. Si no se la difiere, el mismo consejo nombrará administrador con todas las obligaciones que tiene el tutor respecto de los bienes del menor (art. 168).
- 10o. - La madre que volviere a enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, salvo lo dispuesto en el artículo 802.

Por último, la opinión común entre los intérpretes del Derecho Romano, era que la madre nuevamente viuda no recobraba la tutela; faltaba en él como en nuestro Derecho Patrio y falta hoy en los Códigos modernos, una disposición especial sobre un caso harto frecuente: nuestro artículo llena este vacío y previene dudas, diciéndolas a favor de la madre. Con la muerte del segundo marido, desaparece la causa que interrumpió la administración de la madre: y es muy natural que lo relativo a las cosas y personas de los hijos vuelva a reunirse en la misma mano, puesto que no se descubre interés de ellos en lo contrario. El caso del artículo 802, es bien diferente, en él se atraviesa el interés de los hijos, pues adquirieron ya un derecho importante del que no deben ser privados por un evento posterior, independiente de su voluntad y de la de su madre (art. 169).

A continuación, pongo algunas notas de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

La Suprema Corte de Justicia considera que la patria potestad se pierde, de acuerdo a lo establecido en la legislación mexicana del Código Civil, ordenando cronológicamente lo siguiente:

1. - Considera que la sociedad tiene la elevada misión de proteger a los menores, por lo que no debe concederse la suspensión contra los fallos que atacando lo dispuesto por las leyes de relaciones familiares, ordenen que los niños menores de cinco años se mantengan al cuidado de la madre, en caso de divorcio, a menos que ésta incurra en alguno de los casos de excepción a que las mismas leyes se refieren.⁶
2. - En cuanto a la guarda de los hijos, expone tres aspectos como sigue:
 - a).- Las disposiciones relativas a la guarda de los menores, son cuestiones de carácter civil y de la competencia de los jueces de este fuero, y si un juez penal, conociendo de un proceso, dicta resoluciones que afecten al estado civil de las personas, con ello viola las garantías constitucionales de los interesados.
 - b).- La resolución dictada en el curso de un juicio de divorcio, relativa a que no es procedente la incorporación de los menores hijos, al domicilio de uno de los cónyuges, es simplemente declarativa y no requiere ejecución material de ningún género, por lo cual contra ella no es procedente el amparo.

⁶ QUINTA EPOCA. TOMO XVII, P. 811. ZARCO MATEO.

c).- Cuando se dicta una medida provisional -- durante la tramitación de un juicio de divorcio, sobre la guarda de los menores hijos del matrimonio, no se violan las partes esenciales del procedimiento, puesto que en la sentencia definitiva se resolverá lo que proceda respecto a la misma guarda de los menores. ⁷

3. - La inviolabilidad del domicilio, como prolongación de la libertad individual, no puede ser afectada, sino en los casos previstos por el artículo 16 Constitucional, o sea, por cateo o por visita domiciliaria de autoridad administrativa. ⁸

4. - Se suspende la patria potestad de dos maneras:
a).- Las disposiciones legales relativas a menores, son consideradas como de interés público y por tanto, es improcedente conceder la -- suspensión contra las ordenes que tiendan a hacer efectivas dichas disposiciones; ⁹ b).- Contra la resolución que pretende privar a quienes ejerzan la patria potestad de la custodia del menor, procede conceder la suspensión sin fianza para que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentren entre tanto se falla el fondo del amparo. ¹⁰

⁷ QUINTA EPOCA, TOMOS XXXVI, XXXII Y XXIX. P.P. 864, 1652 y 1786. RAMIREZ JOSE, INURRETA JOSE LUIS, LICEAGA DEL - - - CORRAL REBECA.

⁸ QUINTA EPOCA, TOMO LVII. P. 3296. MORAN MANUEL J.

⁹ TESIS JURISPRUDENCIAL NUM. 386 VISIBLE P. 1153. DEL APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION DE 1917 A 1975. CUARTA PARTE. TERCERA SALA.

¹⁰ TESIS JURISPRUDENCIAL NUM. 387 VISIBLE P. 1154. DEL APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION DE 1917 A 1975. CUARTA PARTE. TERCERA SALA.

5. - No pierde la patria potestad el cónyuge culpable cuando la causal de divorcio toma su origen en el artículo 268 del Código Civil. El artículo 283 del Código Civil y Territorios Federales no incluye en relación con la pérdida de la patria potestad, la causal de divorcio señalada en el artículo 268 y por ello mismo, la aplicación analógica del 283 no es procedente al respecto, ya que la disposición en él contenida sólo es aplicable en los casos a que el mismo precepto se contrae, por tener el carácter de norma excepcional respecto de la general, relativa a que la patria potestad se ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones y es bien sabido que conforme al artículo 11 del Código Civil, las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.¹¹
6. - Cuando el padre vive en amasiato con otra mujer, no puede demandar a la madre, la pérdida de la patria potestad, respecto al hijo de ambos. Si el legislador ha querido proteger a los menores al separarlos de sus padres, cuando por la conducta de éstos se afecte su salud, seguridad o moralidad, esta protección se vería frustrada si se demanda por el padre la pérdida de la patria potestad de la madre y el menor es incorporado al domicilio del padre, donde vive con otra mujer en amasiato y con

¹¹ TESIS JURISPRUDENCIAL NUM. 256 VISIBLE P. 796. DEL APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION DE 1917 A 1975. CUARTA PARTE. TERCERA SALA.

quien ha procreado otros hijos, circunstancia ésta que colocaría además al menor en situación de desventaja desde el punto de vista afectivo e inclusive moral, frente a sus medios hermanos. 12

7. - La pérdida de la patria potestad en la Legislación de Veracruz.- Si la acción sobre la pérdida de la patria potestad de la madre sobre el hijo de ambos, la fundó el actor aduciendo que la madre demandada tiene abandonado al hijo y lleva una conducta bastante ligera ya que asiste a cantinas y a un salón público de baile, con lo que compromete la salud, la moralidad, seguridad y educación del menor, aún cuando los testigos respectivos hayan -- afirmado que les constan estos hechos, el juzgador calificó con estricto apego a los principios de la lógica y del buen sentido las declaraciones testimoniales al estimar que si tales testigos admitieron que el salón aludido es un salón para familias y en autos no aparece que la demandada tenga hábito o costumbre de ingerir bebidas alcohólicas, no se da el supuesto del artículo 375 fracción III del Código Civil del Estado de Veracruz, conforme con al cual la patria potestad, se pierde por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comproterse la salud, la seguridad y la moralidad de los hijos. 13

12 y 13 SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE, VOL. XXVIII, P. 227.
A.D. 1489-59. RAMON ROJAS SANCHEZ. UNANIMIDAD DE CUATRO VOTOS

8. - Requisitos para la pérdida de la patria potestad. Expresiones injuriosas. Una reiteración por parte del padre de las expresiones injuriosas en contra de la madre que se dicen proferidas en presencia de sus hijos, si es capaz de afectar profundamente la psicología de los niños, cuando son de corta edad (cuatro y seis años, respectivamente), exponiéndolos a deformaciones ulteriores de su personalidad, conclusión ésta que teniendo en cuenta los estudios de psicología muy abundantemente divulgados constituyen una máxima de experiencia que resulte la patria potestad debe ejercitarse en tal forma que prepare a los menores para cumplir la obligación que les impone la Ley Civil de honrar y respetar a sus padres; mal podrían cumplir tal obligación en relación con su progenitora si el padre les imbuye desde sus primeros años, ideas que redunden en el mayor menoscabo y deshonor para la madre. Sin embargo, es de estimarse que no se demuestra la existencia de una conducta depravada propiamente tal del padre, si las declaraciones de los testigos sólo son eficaces para demostrar la existencia de un acto aislado, más no la reiteración necesaria para que constituya una conducta. A mayor abundamiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no encuentra elementos lógicos o de buen sentido que le permitan emitir una nueva estimación del valor de la prueba a la emitida por el juez, a que si aún cuando las contradicciones de los testigos no recayeron sobre hechos esenciales, dado el carácter verdaderamente inusitado de

los hechos sobre que declararon y la trascendencia de los mismos en relación con la pérdida de la patria potestad, requerirán aportación de elementos probatorios de indiscutible eficacia y si los testigos no dieron razón -- fundada de su dicho ni en especial explicaron satisfactoriamente cómo estuvieron en condiciones de presenciar los hechos excepcionales, materia de su testimonio. 14

9. - Irrenunciabilidad de los derechos derivados de la patria potestad. Los derechos que derivan de la patria potestad no son renunciables, pues las disposiciones legales que la rigen, son de indiscutible interés público, de acuerdo con lo que previene el artículo 89 del Código Civil. 15

10.- Patria potestad del hijo natural reconocido por los padres que no viven juntos. Si bien es cierto, que conforme al artículo 281 del Código Civil, en caso de que el reconocimiento de un hijo natural se efectúe por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, también lo es que este primer lugar no se establece como injustificadamente lo alega el quejoso, por el

14 SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE: VOL. L. P. 122 A.D. 8180/59.- AMPARO GONZALEZ NAVARRO. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS.

15 SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE: VOL. LXVII. P. 110. A.D. 8824/61. RODOLFO MARTINEZ RAMIREZ. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS.

hecho de que su nombre figura en primer término en el acta de reconocimiento levantada por él y por la madre del menor, en los términos del artículo 380 del mismo Código, si no que tal primer lugar, necesariamente tiene que establecerse cuando el reconocimiento se haga en actos sucesivos y no en uno solo como en la especie. 16

16 QUINTA EPOCA. SUPLEMENTO DE 1956. P. 346 A.D. 4670/52.
ENRIQUE GONZALEZ ESTEVEZ. 5 VOTOS.

CAPITULO TERCERO

LA CUSTODIA DE LOS HIJOS EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO

Gramaticalmente la palabra custodia, significa la acción y efecto de custodiar, es decir, guardar con cuidado y vigilancia. De acuerdo con el pensamiento del Licenciado J. Lousie Despert, la custodia no se resuelve nunca definitivamente, agrega además "ya sea en reconocimiento de la incapacidad del tribunal para resolver las enmarañadas cuestiones humanas o de la impredecibilidad de los seres humanos, la custodia acordada por el tribunal no es casi permanente. Excepto cuando se han llevado a cabo los últimos requisitos de la adopción, un caso de custodia puede reabrirse siempre. Y de hecho, tanto en los casos decididos por los tribunales, como en aquéllos en que se llegó a un acuerdo en las oficinas de los abogados, con frecuencia se reabre la cuestión de la custodia. El ochenta y cinco por ciento de los casos que se resuelven por acuerdos, no tenemos ningún medio que nos permita saber, cuántos resultan permanentes al final, sólo sabemos que muchos de los arreglos que los abogados se han esforzado por obtener sin llegar a la batalla tribunalicia, arriban de cualquier manera, pocos años después, a esa eventualidad".

Según lo anterior, el bienestar del niño llega a considerarse después de todo, cuando las emociones del divorcio han llegado a enfriarse y los padres vuelven a pensar en los hijos para protegerlos. Infortunadamente no parece que sea éste el caso, es imposible escapar a la impresión de que los padres que vuelven a plantear los acuerdos sobre la custodia en los tribunales, generalmente, no hacen más que entablar nuevamente y en su totalidad la misma batalla con el niño indefenso.

Los diccionarios de Jurisprudencia, de Sopena, de la Lengua Española, establece respectivamente, lo siguiente:

Divorciar, significa separar el juez competente por su sentencia a dos casados, en cuanto a cohabitación y lecho; disolver el matrimonio la autoridad pública; separar, apartar personas que vivían en estrecha relación o cosas que estaban o debían estar juntas. Gramaticalmente, divorcio quiere decir separación y de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro. El diccionario de Jurisprudencia, expone dos casos de disolución del vínculo matrimonial en el Derecho Canónico: 1.- Cuando de dos infieles unidos con el lazo matrimonial, uno se convierte a la fe católica y no el otro; quiere continuar éste unido, para retenerlo de su fe; 2.- Cuando de dos fieles unidos bajo el mismo lazo, uno abraza la vida religiosa, quedando el otro libre para contraer otro enlace.

Los Licenciados Fernando Floresgómez y Gustavo Carbajal Moreno en su libro titulado "Nociones de Derecho Positivo Mexicano", clasifican el divorcio de la siguiente manera:

"a.- Necesario; b.- Voluntario, el cual se divide en administrativo y judicial, su distinción es motivada por la autoridad ante la cual se practica; y c.- Separación de cuerpos.

El divorcio voluntario y el divorcio necesario pertenece al llamado divorcio vincular, puesto que consiste en la disolución del vínculo matrimonial, otorgando además capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias".

Según lo anterior el divorcio puede ser necesario y voluntario, siendo el primero y el segundo materias a estudio de este capítulo y del precedente.

La situación de los hijos en la sentencia del divorcio voluntario, no está regulada en las disposiciones legales del Código Civil. El artículo 283 del mismo Código, establece la sentencia de divorcio en general, de la siguiente forma:

"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, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia 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".

El artículo antes mencionado, ha constituido parte de algunas de las reformas en materia familiar en el Tomo ciento noventa y uno de los meses de abril, mayo y junio, de mil novecientos ochenta y cuatro, referido a los Anales de Jurisprudencia de Derecho Civil. Dicho Tomo es producto de la conferencia sustentada por la Magistrado Licenciada Clementina Gil de Lester, Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el miércoles siete de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, en el acto de inauguración de los trabajos sobre la novísima reforma legislativa en materia del fuero común para el Distrito Federal.

Como dije, una de las reformas establecidas en materia familiar, lo es la del artículo 283 y constituye indiscutiblemente un gran avance en el Derecho Familiar Mexicano. La Magistrado Clementina Gil de Lester junto con otros catedráticos de esta rama jurídica, era de gran preocupación la rigidez de las disposiciones legales sobre la forma en que la sentencia de divorcio debía fijar la situación de los hijos del matrimonio divorciado, respecto a la patria potestad y a la custodia.

La señora Licenciada Magistrado Clementina Gil de Lester, textualmente expone lo siguiente:

"Hace ya muchos años ha existido por mi parte una gran preocupación, respecto al discutible concepto de culpabilidad contemplado en la legislación mexicana, en tratándose de divorcio, pasando por alto que una declaración en tal sentido dependerá, en la mayoría de los casos, más de la habilidad o torpeza de los abogados que patrocinan a las partes en un litigio, que de una real culpabilidad o inocencia de los divorciantes. El propósito del divorcio, contéplesele como remedio o como mal necesario, pero no siempre como sanción, deberá ser no el de descubrir la culpa, de administrar el castigo, sino el de resolver una situación incompatible con la armonía que debe prevalecer en el grupo familiar y que por desgracia ha desaparecido. Evitar un mayor, profundo y radical distanciamiento de los divorciantes, dejando así abierta la puerta de una posible reconciliación, que se cierra, muchas veces definitivamente, cuando uno de ellos es declarado culpable y pierde a los hijos; porque además, el que gana el juicio y obtiene la custodia, no siempre resulta ser el más adecuado para encargarse de la educación y cuidado de sus

hijos. Ahora bien, para que el objetivo perseguido por la reforma en cuanto a las amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que le otorga al Órgano jurisdiccional, sea una realidad, éste deberá saber obtener los elementos de juicio necesarios para dictar un fallo congruente con la situación que priva entre los cónyuges y en relación con sus hijos menores, pudiendo en el caso designar tutor". 17

De acuerdo con lo anterior, agrega la Magistrada, se evidencia la absoluta necesidad de contar con buenos elementos, no solo capaces y honestos, sino poseedores de una gran sensibilidad que les permita dar el fallo adecuado en relación con los hijos menores que tanto requieren en casos de conflicto familiar.

El diccionario de jurisprudencia de Escriche establece que entre los romanos, el divorcio era la separación absoluta del marido y la mujer, hecha con arreglo a las leyes, de modo que cada uno de ellos podía inmediatamente casarse con otra persona. El matrimonio legítimamente contraído no podía disolverse por razón de haber sido elevado a sacramento, no se entendía por divorcio la entera disolución del vínculo matrimonial, sino solamente la separación de bienes y habitación entre marido y mujer, quienes no por eso adquieren la libertad de pasar a otras nupcias, mientras viviera uno de los dos. Llámase divorcio por la diversidad u oposición de voluntades del marido y de la mujer o porque cada uno se va por su lado. Había sin embargo, dos

17 TOMO 191. ABRIL, MAYO Y JUNIO. ANALES DE JURISPRUDENCIA DE DERECHO CIVIL. P.P. 230 y 231.

casos en que el matrimonio puede disolverse en cuanto al vínculo, según el derecho canónico. El primero es cuando de dos infieles unidos con el lazo de matrimonio, según las leyes de su país se convierte el uno a la fe católica, y el otro no quería continuar en su compañía, sino por molestarle, el que se convertía podía casarse con otra persona; siendo con ésto el único caso en que se disolvía el matrimonio consumado. No sucedía lo mismo, cuando de dos casados fieles, el uno caía en la herejía o en la infidelidad, porque el matrimonio de los fieles es siempre estable por ser sacramento, al paso que el de los infieles se consideraba solo como un simple contrato.

El segundo caso en que el matrimonio podía disolverse, en cuanto al vínculo, es cuando de dos fieles que lo han contraído legítimamente, pero sin proceder a su consumación, abraza el uno la vida religiosa profesando en un convento, aunque sea contra la voluntad del otro, quien queda absolutamente libre para contraer otro enlace. Fundaron los canonistas esa doctrina en que la indisolubilidad del matrimonio no tanto depende de la circunstancia de ser este un sacramento, como de la unión que resulta por la tradición de los cuerpos. Parecía a primera vista, que limitaba la misma razón para hacer disolver el matrimonio no consumado por la promoción a los ordenes sagrados, pues tanto en ésta, como en la profesión religiosa se encierra el voto de castidad y se supone mayor perfección que en el estado del matrimonio; pero se dice que el que abraza la vida monástica moría absolutamente para el mundo, por los tres votos con que se liga, al paso que la promoción a las ordenes sagradas no llevaba consigo la muerte civil, ni la renuncia de las cosas temporales.

En mucho tiempo se había disputado, si el matrimonio podía disolverse también en cuanto al vínculo por el adulterio. Principalmente los griegos habían sostenido la afirmativa y la sostienen todavía los calvinistas y luteranos. Todo aquél que repudiare a su mujer, sino por la fornicación y tomare a otra, comete adulterio; y el que se casare con la que otro repudió, comete adulterio. Deducen de aquí que por causa de fornicación o adulterio, puede el marido dejar a su mujer y casarse con otra, pero la iglesia latina ha decidido lo contrario, diciendo que el sentido de las palabras de Cristo en San Mateo, es que el matrimonio puede dejar a la mujer si cometiese adulterio, más no contraer matrimonio con otra.

Según lo anterior, había solamente dos casos de disolución del vínculo matrimonial, y que fuera de ellos, el divorcio se reducía a la separación de bienes y habitación entre el marido y la mujer, sin que ninguno de los dos quedare libre para casarse con otra persona.

La mujer podía pedir la separación, si el marido la tratara con crueldad, si va vertiendo contra ella continuas amenazas acompañándolas con grandes injurias.

El Licenciado J. Lousie Despert, en su estudio sobre el divorcio, expone textualmente los siguientes párrafos:

"LOS TRIBUNALES DE DIVORCIO DEL PRESENTE Y DEL FUTURO.

Existen en la actualidad tribunales que amparan bajo sus alas a maridos y esposas, a progenitores y a los niños que vienen a ellos trayendo problemas a familias, denominados indistintamente Tribunales de Familia o Tribunales de Relaciones Domésticas e instalados generalmente junto a

los Tribunales Juveniles o Infantiles, no funcionan según el principio del lecho del Procusto, de acuerdo con el cual, sería preciso ajustar el comportamiento humano a una pauta legal arbitraria. Se proponen en cambio entenderse de un modo realista con el comportamiento humano, tal como éste de hecho se les aparece.

El propósito de estos tribunales, no es el de descubrir la culpa, ni de administrar el castigo, sino el de instruir a las personas sobre conducir mejor sus vidas. En efecto, no hay en estos tribunales querellantes ni defensores, sino solo personas aquejadas por problemas.

Estos tribunales señalan el camino que conduce hacia los mejores tribunales de divorcio del mañana, por cuya existencia mucho pueden hacer los padres".

El divorcio voluntario legalmente solo se da por mutuo consentimiento, penúltima fracción del artículo 267 del Código Civil, el cual expresa lo siguiente:

"Son causas de divorcio:

XVII. - El mutuo consentimiento".

A. - DEFINICION DE PELIGRO GRAVE

Gramaticalmente, la palabra peligro quiere decir contingencia inminente de que suceda algún mal, riesgo, inminente.

La palabra grave, significa que es grande o de mucha importancia, en sentido figurado significa algo serio, algo formal.

Jurídicamente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 282 del Código Civil se establece, lo siguiente:

"Al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y solo mientras dure el juicio las disposiciones siguientes:

I a V.

VI. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo, hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

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

Las reformas introducidas a los artículos 273 y 282 del Ordenamiento Sustantivo Civil, pusieron término a la vieja institución del depósito, que resultaba totalmente incongruente con la pretendida igualdad de los sexos, dejando en cambio únicamente establecida la separación domiciliaria antes de promoverse un procedimiento o durante su tramitación.

B. - QUE ES NORMAL DESARROLLO

Se entiende gramaticalmente por normal, algo ordinario, corriente, así se habla de estado normal.

Gramaticalmente la palabra desarrollo, significa la acción y el efecto de desarrollar o desarrollarse.

Legalmente y de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 282, se establece lo siguiente:

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

De acuerdo con este precepto, si no hay riesgo de perturbar el buen crecimiento y educación de los hijos, éstos podrán quedar al cuidado del padre, porque no hay peligro de que se impida el normal desarrollo de los menores de siete años, legalmente establecidos.

C. - QUE ES ANORMAL DESARROLLO

Gramaticalmente las palabras anormal y desarrollo, significan lo siguiente:

Anormal, irregular, contra la regla, algo deforme.

Desarrollo, acción y el efecto de desarrollar o desarrollarse.

A contrario sensu con el último párrafo del artículo 282 del Código Civil, anteriormente anotado, sí hay peligro grave o existe la posibilidad de un anormal desarrollo de los hijos menores de siete años, que quedan al cuidado del padre, es decir, la posibilidad de que el padre no asista al hijo o no tenga recursos para la buena alimentación y educación de los mismos, éstos deberán quedar al cuidado forzosamente de la madre.

El divorcio ha tenido como muchas de las instituciones del Derecho Familiar una gradual evolución.

La Magistrado Licenciada Clementina Gil de Lester, dice al respecto, que el dejar permanente el vínculo, la simple separación de los consortes lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de los matrimonios desavenidos, sólo creaba una situación irregular, peor de la que trataba de remediarse, al fomentarse la discordia entre las familias, lastimando hondamente los afectos entre padres e hijos y extendiendo la desmoralización de la sociedad.

La simple separación de los consortes creaba una situación anómala de duración indefinida contraria a la naturaleza y a la satisfacción de sus necesidades, según apuntaba la exposición de motivos de la ley de 1914.

Al entrar en vigor la Ley de 29 de Diciembre de 1914, se acepta por primera vez el divorcio vincular, ya que los Códigos Civiles de 1870 y 1884 solo admitían el divorcio por separación de cuerpos, que dejaba subsistentes las demás obligaciones inherentes al matrimonio.

Por último y de acuerdo con los pensadores de la obra titulada "Nociones de Derecho Positivo", el divorcio voluntario se define, así:

"Es aquél que tiene lugar solamente a solicitud de ambos cónyuges y que se ha dicho tiene como base el mutuo consentimiento, sin expresión de causa alguna. Se cree que un divorcio voluntario oculta hechos que se dejan al margen con el propósito de no dañar la reputación familiar, dando lugar a un escándalo".

Dicho autores de manera general, dividen al divorcio voluntario en administrativo y judicial, siendo el primero, aquel medio que facilita la disolución del matrimonio, ya que cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal (en el caso de que se hayan casado bajo ese régimen), se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

Previa identificación del Juez del Registro Civil, levantará un acta en la que hará constar la solicitud del divorcio y deberá solicitar a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los cónyuges hacen la ratificación, el juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantándose el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Según lo anterior el divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca el Código que corresponda.

El divorcio voluntario de tipo judicial existe cuando los cónyuges están obligados a presentar en el Juzgado Familiar respectivo, acompañando a la demanda una copia certificada del matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores.

CAPITULO CUARTO

LA CUSTODIA DE LOS HIJOS EN EL DIVORCIO NECESARIO

En el caso de divorcio necesario, nuevamente se impuso el ideal de igualdad, respecto a la obligación alimentaria que existe a cargo del cónyuge declarado culpable, frente al inocente, sea el marido o la mujer.

Los Licenciados Fernando Floresgómez González y Gustavo Carbajal Moreno, en su ya mencionada obra, dicen que el divorcio necesario solo procede cuando alguno de los esposos comete algún hecho que sea suficiente para que el otro demande la disolución matrimonial. Esto sólo se dará cuando exista o existan algunas de las causas señaladas en el artículo 267 del Código Civil, con excepción del mutuo consentimiento.

Son causas de divorcio necesario, las siguientes:

- 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 este contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la 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 a 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, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge de mente;
- 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 de 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 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 pendientes 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 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 tratase 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 (art. 267).

La Licenciada Magistrado Clementina Gil de Lester, comenta lo siguiente: Con la reforma por adición del artículo 267 (fracción XVIII) se evita que el matrimonio subsista contra la voluntad de alguno de los esposos: ninguna justificación legal, social ni humana se encuentra en tales situaciones irregulares. La modificación de la fracción VII del artículo que se viene analizando, consistente en la exigencia que previa declaración de interdicción del cónyuge enfermo, pondrá remedio a muchas situaciones quizá injustas en las que se decretaba la disolución del vínculo por padecer enajenación mental incurable, y si bien el artículo 271 que se deroga, establece que era necesario que hubiesen transcurrido dos años desde que comenzó a producirse la enfermedad, la experiencia judicial demuestra la injusticia a que podía prestarse la causal, como se encuentra prevista antes de su reforma y porque en realidad, al estar privada la capacidad jurídica una persona para conducirse en los actos de su vida, el estado de indefensión al ser demandada sin previo juicio de interdicción era indudable.

La fracción XII del mismo artículo 267, establece la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el incumplimiento, sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168.

Esta causal, prevee dos hipótesis: a).- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 reformado en diciembre de 1974; y b).- El incumplimiento sin justa causa, de la sentencia en el caso del artículo 168 también reformado en la misma época.

Aún cuando de la lectura de los preceptos 164 y 267 fracción XII deriva apoyo para interpretar que había desaparecido la obligación que anteriormente exigía la ley, de comprobar que no pudieron hacerse efectivos los derechos que la misma concede a los cónyuges en materia de alimentos, en realidad en la práctica quizá eventualmente seguía exigiéndose el juicio previo de alimentos, que seguramente fue lo que motivó la reforma a la citada fracción XII, para ser más explícito su contenido.

Como habíamos anotado en el anterior capítulo, los Licenciados Fernando Floresgómez González y Gustavo Carbaljal Moreno, en su mencionada obra establecen un tercer tipo de divorcio por separación de cuerpos, consistente en el vínculo matrimonial que perdurará; pero los hijos se separan no estando obligados a vivir juntos, el esposo que no quiere pedir el divorcio por cualquiera de las causas ano-

tadas anteriormente, podrá solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge y el juez con conocimiento de causa podrá decretar esa suspensión, dejando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Nuestro Derecho Matrimonial todavía considera el divorcio necesario, como divorcio sanción, y solamente al voluntario como divorcio remedio, en tales condiciones se justifica la condena.

A. - QUE AMPLITUD TIENEN LAS FACULTADES DE QUE GOZA EL JUEZ

El Juez está investido de las más amplias facultades legalmente establecidas en el artículo 283 del Código Civil, en la siguiente forma:

1a.- Podrá resolver todo lo relativo a los derechos inherentes a la patria potestad.

2a.- Lo relativo a las obligaciones inherentes a la patria potestad.

3a.- Podrá resolver todo lo relativo a la pérdida de la patria potestad.

4a.- Podrá resolver todo lo relativo a la suspensión o limitación de la patria potestad.

5a.- Lo relativo a la custodia de los hijos.

El Juez en su sentencia de divorcio observará las normas del Código Civil para los fines de llamar el ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, o en su caso, el designar tutor.

El Juez del Registro Civil también tiene facultades, tales como: levantar las actas, previa identificación, en las que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. De acuerdo con el artículo 272 del Código Civil, si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio que se obtenga de la anterior forma anotada, no surtirá efectos legales, si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no ha liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código Civil.

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los párrafos del anterior artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo el Juez competente, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.

Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo anterior, están obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV.- En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos, un cónyuge debe pagar al otro, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe pagarse para asegurarlo.

La reforma al artículo 288 establece este derecho en tratándose de divorcio por mutuo acuerdo y podemos considerar que cuando menos es un paso adelante en algo tan justo, que casi ni cabe comentario en contra. Lo anterior es sin que obste la responsabilidad en que incurra el cónyuge culpable por daños o perjuicios que cause a los intereses del inocente y que responderá como autor de un hecho ilícito, -- disposición que se conserva en el artículo 288 reformado.

V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad, después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto, se acompañará un inventario y avalúo de los bienes muebles e inmuebles de la sociedad (art. 273).

B. - LIMITES NECESARIOS EN SU DECISION DEL JUEZ

Este punto se refiere a que el Juez no debe sobrepasarse, ni exagerar en sus decisiones:

1.- El Juez se limita a actuar y acordar a petición de los abuelos, tíos, hermanos mayores, cualquier medida a que se considere benéfica para los menores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos (art. 284).

2.- El Juez podrá modificar esta decisión limitándose a lo dispuesto en los artículos 422, 423, 444 fracción III, los cuales ya no anoto su contenido, por haberlo hecho con anterioridad, y en obvio de repeticiones.

3.- En los casos de divorcio necesario, el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente (art. 288).

Como comentario, la Magistrado Licenciada Clementina Gil de Lester añade que, con la reforma al artículo 273 fracción IV del Ordenamiento que se viene analizando, se establece la congruencia con el nuevo artículo 288, ya que en el divorcio por mutuo acuerdo, existe la obligación de fijar en el convenio la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.

Esta reforma y la del artículo 288, se hacía absolutamente necesaria, porque sobre todo tratándose de mujeres de edad madura o avanzada, que quizá sacrificaron el ejercicio de una profesión o el desempeño de un trabajo para dedicarse al hogar, perdiendo habilidades o capacidades y contrajeron el vínculo bajo el régimen de separación de bienes o no se adquirió ninguno por la sociedad conyugal, de pronto se encuentran sin medios para subsistir por carecer de recursos propios.

La bondad de la reforma es innegable y sin perjuicio de que el varón, de encontrarse imposibilitado para trabajar y careciere de ingresos suficientes, también puede ser beneficiario de esta disposición legal.

C. - PARA OBTENER LOS ELEMENTOS DEL JUICIO,
QUE AMPLITUD DE PRUEBAS TIENE EL JUEZ

El Juez está investido de facultades para juzgar, por lo que deberá reunir los elementos del juicio y para poder reunirlos u obtenerlos, debe primeramente satisfacer alguna causal de divorcio, ya sea del voluntario o del necesario.

La primera parte del artículo 288 conserva la idea original contenida en nuestra legislación familiar, desde que se estableció el divorcio vincular, condenar al cónyuge culpable a pagar al inocente una pensión alimenticia, de acuerdo con su capacidad para trabajar y sus condiciones económicas, esta condena es normal, toda vez que nuestro Derecho Familiar todavía considera al divorcio necesario como divorcio sanción y solamente el divorcio voluntario como divorcio remedio, en tales condiciones se justifica la condena.

Pero agrega la Magistrado Licenciada Clementina Gil de Lester, estimo que debe desaparecer el concepto de culpabilidad en el divorcio, naturalmente debemos inclinarnos por otro tipo de prestación económica al disolverse el vínculo, consistente en que el Juez tomando en consideración la situación de ambos cónyuges y su capacidad para trabajar, debe establecer en la sentencia que disuelva el vínculo, la cantidad que uno deba dar al otro, por concepto de alimentos, tomando como base el lapso de duración del matrimonio.

D. - HIPOTESIS. EN LA DECISION DE UN JUEZ
CABRIA LA DESIGNACION DE UN TUTOR

La respuesta es afirmativa de acuerdo a lo establecido en la última parte del artículo 283 del Código Civil.

"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, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos del 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".

Considero que de acuerdo al texto enunciado, el Juez tendrá la facultad de designar tutor en el caso muy extremo, de que en el divorcio voluntario o necesario, ninguno de los padres aceptare encargarse de la custodia de los hijos, tal podría ser el caso, pienso yo, el de aquella pareja joven que sin quererse es casada por sus padres, por haber hecho el acto carnal y ellos enseguida se divorcian, pasado el tiempo ella concibe un hijo y ninguno de ellos quiere hacerse cargo de la criatura, en este caso el Juez designará a un tutor que se haga cargo de la custodia de los hijos.

Estoy cierta que los Jueces de lo Familiar sabrán aplicar esta disposición, afirma la Magistrado Licenciada Clementina Gil de Lester, así como las restantes que les compete, con la bondad y sabiduría que debe privar en todas sus determinaciones, cuando el grupo familiar afectado por una determinada conflictiva, requiere de su intervención.

No menos importante y también causa de la mayor inquietud entre Juzgadores y estudiosos del Derecho, es la injusta situación en que queda generalmente la mujer, al disolverse el vínculo matrimonial al que seguramente se dedicó con la mejor voluntad, sacrificando inclusive la posibilidad de tener una vida profesional exitosa o económicamente más desahogada.

CONCLUSIONES

Primera.- La patria potestad es el conjunto de derechos, con sus obligaciones correlativas, que tienen los ascendientes sobre la persona y bienes de sus descendientes, en tanto éstos son menores. Son poderes de duración temporal, ya que se suspenden cuando el hijo es mayor de edad, o antes si se emancipa, o bien, por muerte.

Segunda.- La patria potestad tiene entre nosotros, como antecedente histórico los modos y costumbres que se establecieron en el pueblo azteca.

Tercera.- En la vieja legislación española, que es también otro antecedente histórico nuestro, se regula la patria potestad de manera similar a la azteca o mexicana.

Cuarta.- Los efectos de la patria potestad, atenta nuestra actual legislación, son de dos órdenes: con relación a la persona del menor sobre quien se ejerce, y con relación a sus bienes.

Quinta.- Los primeros de dichos efectos indudablemente que en última instancia tienden a lograr la educación y formación integral del menor, principalmente en lo que ve al orden moral, y los segundos a la conservación y protección del patrimonio del propio menor.

Sexta.- La patria potestad se acaba por la muerte del que la ejerce, sin que exista ya ningún otro ascendiente (padre, madre y abuelos) que pueda ejercerla, o por la emancipación del hijo.

Séptima.- La reforma al artículo 283, médula de este trabajo, constituye un indiscutible avance en el Derecho Familiar, ya que la rigidez de las disposiciones legales sobre la forma en que la sentencia de divorcio debía fijar la situación de los hijos del matrimonio divorciado, respecto a la patria potestad y custodia, fue motivo de gran preocupación tanto para los estudiosos de esta rama jurídica, como para quienes aplican la ley.

Octava.- La reforma en cuestión es, desde cualquier punto de vista en que se le quiera contemplar, mucho muy plausible y encomiable, pues permite a los jueces adecuar sus fallos a la realidad y a lo que mejor convenga y sea provechoso al menor en cuanto a los antes referidos efectos de la patria potestad.

Novena.- Los términos "normal y anormal desarrollo", son referidos a la posibilidad o riesgo de perturbar el buen crecimiento y educación de los hijos. Deben en consecuencia, ser tomados en cuenta al resolver conforme a la reforma de referencia.

Décima.- Por lo demás, el Juez de lo Familiar está investido de amplias facultades para resolver al respecto con todos los elementos de juicio de que puede disponer, según sea la causa de divorcio que en cada caso se le lleve a presentar.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- CODICE MENDOCINO.
- 2.- T. ESQUIVEL OBREGON, APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO. EDIT. FOLIS, NUEVA ESPAÑA, TOMOS I Y II, MEXICO 1937, 1938.
- 3.- D. FLORENCIO GARCIA GOYENDA, CONCORDANCIAS, MOTIVOS Y COMENTARIOS DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL, TOMO I Y II.
- 4.- DESPERT JULIETTE LOUSIER. LOS HIJOS DEL DIVORCIO. MADRID, ESPAÑA.
- 5.- FERNANDO FLORESGOMEZ GONZALEZ, GUSTAVO CARBAJAL MORENO. NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO, DECIMA QUINTA EDICION, EDITORIAL PORRUA, S.A.
- 6.- SARA BIALOSTOSKY. PANORAMA DEL DERECHO CIVIL. EDIT. PORRUA.
- 7.- CODIGO CIVIL. EDIT. PORRUA.
- 8.- DECRETO QUE DEROGA Y REFORMA DIVERSAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, Y EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- 9.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. EDIT. PORRUA.

10.- DICCIONARIO DE JURISPRUDENCIA DE ESCRICHE.

11.- DICCIONARIO DEL PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. 1982.

12.- DICCIONARIO DE SINONIMOS Y ANTONIMOS E IDEAS AFINES.

13.- TOMO CIENTO NOVENTA Y UNO, ANALES DE JURISPRUDENCIA.
DERECHO CIVIL, ABRIL, MAYO Y JUNIO, 1984.