

320809

11

251



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**LA PATRIA POTESTAD NO SIEMPRE SE PIERDE,
AUNQUE SE PRUEBEN LAS CAUSALES DE DIVORCIO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

OLGA CAROLINA ANAYA MONTES DE OCA

ASESOR DE TESIS: LIC. SAMUEL ALVAREZ GARCIA

MEXICO, D.F.

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

pág.

LA PATRIA POTESTAD NO SIEMPRE SE PIERDE AUNQUE SE PRUEBEN LAS CAUSALES DE DIVORCIO.

| | |
|--|---|
| INTRODUCCION..... | I |
| CAPITULO I | EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD |
| 1.- Origen Jurídico de la Institución Patria Po - testad. Su concepto en el Derecho Romano..... | 2 |
| 2.- Breve visión panorámica de la evolución de la Institución desde el Derecho Romano hasta el- siglo XVIII..... | 7 |
| 3.- Su reglamentación en el Derecho Francés y Es- pañol del siglo XIX..... | 8 |
| 4.- Antecedentes en México..... | 9 |
| 4.1 México Prehispánico..... | 9 |
| 4.2 México Colonial..... | 13 |
| 4.3 México Independiente y las Leyes de Refor- ma..... | 16 |
| 4.4 Los Códigos Civiles de 1870 y 1884..... | 22 |
| 4.5 Ley de Relaciones Familiares..... | 24 |
| 4.6 Código Civil de 1928..... | 27 |
| CAPITULO II | EL MATRIMONIO |
| 1.- Concepto..... | 32 |
| 2.- Efectos..... | 35 |
| 2.1 En cuanto a los Cónyuges..... | 36 |
| 2.2 En cuanto a los Bienes..... | 38 |
| 2.3 En cuanto a los Hijos..... | 41 |
| 3.- Requisitos..... | 44 |
| 3.1 Edad..... | 45 |
| 3.2 Consentimiento..... | 45 |
| 3.3 Formalidades..... | 47 |

| | pag. |
|--|------|
| 4.- Extinción..... | 49 |
| 4.1 Por Muerte..... | 49 |
| 4.2 Por Divorcio..... | 50 |
| 4.3 Por Nulidad..... | 50 |
| CAPITULO III | |
| DIVORCIO | |
| 1.- Concepto..... | 57 |
| 2.- Clases de Divorcio..... | 59 |
| 2.1 Divorcio Necesario..... | 60 |
| 2.2 Divorcio Voluntario..... | 65 |
| 2.3 Divorcio Voluntario Administrativo.. | 65 |
| 3.- Efectos..... | 67 |
| 3.1 Respecto a los Cónyuges..... | 68 |
| 3.2 Respecto a los Hijos..... | 70 |
| 3.3 Respecto a los Bienes..... | 70 |
| 4.- Situación del Ejercicio de la Patria Po- testad en los Casos de Divorcio..... | 71 |
| 4.1 Pérdida de la Patria Potestad. Sus - Consecuencias y Efectos..... | 82 |
| CAPITULO IV | |
| CASO PRACTICO | |
| 1.- Caso Práctico y Análisis del Mismo.... | 88 |
| 2.- Breve Referencia en cuanto a las Nor - mas Jurídicas dentro de la Sociedad... | 98 |
| CONCLUSIONES..... | |
| BIBLIOGRAFIA..... | |

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

La Institución Jurídica, objeto de análisis en esta tesis, es la Patria Potestad en México, misma que a mi juicio es importante dentro del Derecho Familiar.

El valor que concedo a esta Institución, radica en las consecuencias - que he podido constatar, reflejadas en la sociedad, positivas cuando se observa su cumplimiento, destructivas en el caso contrario. Es por ello que en el momento histórico que vivimos dentro de nuestro ámbito de derecho, constituye un verdadero clamor popular y una necesidad jurídica imperiosa, el procurar que la Patria Potestad no sea una institución caduca, es necesario darle importancia para que cuando los hijos queden desprotegidos e indefensos, la cónyuge que tiene la custodia de los mismos no necesite del progenitor, por tener los medios económicos y la responsabilidad sobre los menores.

La finalidad de todo esto, es que poco a poco el ser humano deje de ser, como muchas veces sucede, un padre inconciente o peor aún, un padre desobligado que se desentiende de por vida del más sagrado lazo que existe en la humanidad, que es la relación entre padres e hijos, dejando a uno o varios menores, en muchos de los casos, sin protección y en otros, con el solo apoyo de una madre que se enfrenta a un matrimonio disuelto, además de la imperiosa necesidad de ser a la vez padre y madre, para lograr crear hijos que sean útiles para la Patria.

Es necesario que los individuos esten conscientes de la trascendencia del hecho de decidir establecer una relación de pareja, independientemente de que ésta se constituya bajo la forma de contrato civil o eclesiásticos, puesto que en términos generales esta decisión será el primer paso para configurar un grupo humano cuya consecuencia será la generación de derechos y obligaciones entre sus miembros.

Aparentemente las normas jurídicas establecidas para obligar al cumplimiento de la Patria Potestad, se presentan como eficaces, sin embargo, en la realidad no se les da la atención necesaria por parte del juzgador para hacerlas efectivas, en algunos casos, por lo tanto debe darse cumplimiento riguroso a los artículos referentes a la Pérdida de la Patria Potestad, al probarse plenamente las causales de divorcio necesario.

Me permito presentar esta tesis, en la que utilicé el método deductivo- y como complemento de este el método histórico, esta aportación es para procurar que algún día se logre por medio del derecho, fortalecer los vínculos-matrimoniales por medio de la educación y el convencimiento para lograr una-paternidad responsable.

En el capítulo primero, trato lo relacionado a la evolución hitórica de la Patria Potestad, su origen jurídico, como su concepto en el Derecho Romano, breve visión panorámica de su evolución desde el Derecho Romano hasta el siglo XVIII, su reglamentación en los derechos Francés y Español del siglo -XIX, así como los antecedentes históricos en México.

En el capítulo segundo, trato lo relacionado con el matrimonio, su concepto, efectos, requisitos y extinción.

En el capítulo tercero, hago un estudio sobre el divorcio, su concepto, clases de divorcio, efectos y la situación del ejercicio de la Patria Potes-tad en los casos de divorcio.

En el capítulo cuarto, presento un caso práctico y su análisis, así co-mo una breve referencia en cuanto a las normas jurídicas dentro de la socie-dad.

Finalmente hago una serie de conclusiones derivadas del presente traba-jo, enfocadas para cuando se presente un divorcio necesario en el cual la -cónyuge demuestre plenamente que la paternidad es dañina para la educación y ejemplo de los menores, el juzgador realice un estudio profundo de dicha si-tuación para que sepa que en determinados casos, si es necesario dictar como sanción la Pérdida de la Patria Potestad. Y que en el caso que no dictara dicha pérdida y salieran con este resultado perjudicados los menores y el cón-yuge inocente, este hiciera efectiva una denuncia en contra del juzgador, en los casos que lo amerite.

C A P I T U L O P R I M E R O

EVOLUCION HISTORICA DE
LA PATRIA POTESTAD.

1. ORIGEN JURIDICO DE LA INSTITUCION
PATRIA POTESTAD. SU CONCEPTO EN
EL DERECHO ROMANO

A diferencia de lo que acontece en las ciencias exactas, el derecho, como manifestación social, está profundamente ligado al proceso histórico. Debo precisar que si bien, todo -la realidad- se encuentra en constante movimiento y por lo mismo, desarrollándose en el tiempo, la producción social se somete a una diferencia dinámica y propiamente se basa en un construir histórico. Por ello, los caracteres de una determinada institución de derecho no son inmutables. La Patria Potestad, como institución jurídica inherente al Derecho de Familia, debe su mutación al desarrollo que ha tenido este núcleo social a través de la historia. No significa que la institución jurídica se exprese de manera congruente con la ideología del grupo social al que rige, lo cual es posible, sino más bien que a cada proceso histórico, corresponde un orden legal. No obstante que todas las legislaciones puedan tener importancia, me circunscribo a aquellas que he considerado sobresalientes respecto a la institución jurídica tema de esta tesis, por la relación que guardan con nuestro Derecho.

Por la importancia del Derecho Romano, que además es fuente remota al Derecho Mexicano, es indispensable analizar el concepto que de la institución Patria Potestad se tenía en Roma, mismo que derivaba de la peculiar configuración familiar del pueblo romano.

La familia romana podía integrarse por dos clases de personas: las conocidas como alieni iuris y las señaladas como sui iuris. Se llamaba alieni iuris a las personas sometidas a la autoridad de otro. Se llamaba sui iuris a las personas libres de toda autoridad dependientes sólo de ellas mismas, siendo designado el hombre que se encontraba en esta situación pater familias o padre de familia, título que implicaba el derecho de tener patrimonio y ejercer cuatro clases de poderes: la autoridad del señor sobre el esclavo, la autoridad paternal o patria potestad, la autoridad de un marido sobre la mujer casada y la autoridad especial de un hombre libre sobre una persona de igual condición, cayendo estas dos últimas formas en desuso con Justiniano.

La mujer sui iuris era llamada materfamilias, estuviera o no casada, - siempre que fuera de costumbres honestas, pudiendo tener un patrimonio, y - ejercer autoridad de ama sobre los esclavos, teniendo así, su capacidad de goce limitada a estos casos y careciendo de la capacidad de ejercicio. La - autoridad paternal, la autoridad de un marido sobre la mujer casada (manus) y la autoridad especial de un hombre libre sobre una persona de igual condición (mancipium), pertenecían únicamente a los hombres.

Al desaparecer en el derecho de Justiniano, la manus y el mancipium, - quedó sólo la patria potestad, por lo que las personas alieni iuris eran de signadas hijos de familia. Por lo tanto, las relaciones paterno-filiales se iniciaron bajo una organización de unilateralidad, sobre la base del pa - - triarcado. De ahí que la madre ocupara un lugar completamente secundario.

El término familia en Roma tenía varios significados: familia o domus - significa la reunión de personas colocadas bajo un jefe único y comprende - el paterfamilias, a los descendientes sometidos a la autoridad paternal y a la mujer "in manu" que se encuentra en condición similar a la de una hija - "loco filiae"; el término familia también se emplea para designar el conjunto del patrimonio o la totalidad de los esclavos pertenecientes a un mismo - amo.

Aplicada a las personas la palabra familia se empleaba en dos senti - dos: la familia natural y la familia civil.

El paterfamilias y las personas bajo su imperio estaban unidos por el parentesco que se llama "agnatio" subsistiendo la familia civil, por lo tan to, en el Derecho Romano para ser miembro de este tipo de familia era necesario tener el título de agnado.

Al parentesco que unía a las personas descendientes unas de otras en - línea recta o de un actor común, sin distinción de sexo se le designaba cog natio. Era un parentesco que resultaba de la naturaleza, y que en nuestro - derecho es suficiente para formar la familia, mas no así en el Derecho Roma no.

La agnatio era el parentesco fundado en la autoridad paterna o materna.

La autoridad paterna confería al jefe de familia derechos absolutos - los que ejercía sobre los descendientes que formaban parte de la familia civil, siendo estos designados con las expresiones "filius familiae" y "filius familiae". Esta institución perteneciente al Derecho Civil se ejercía por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano. El poder del padre de familia se ejercía tanto sobre la persona como sobre el patrimonio de los hijos y pertenecía siempre al jefe del grupo, quien no siempre era el padre, puesto que cedía frente a la autoridad del abuelo paterno. La característica principal de esta potestad es la de que su finalidad no es la de proteger al hijo, sino servir al interés del padre de familia. Sobre la persona, el padre tenía poder de vida y muerte, podía manciparlos a un tercero e inclusive abandonarlos. Esta autoridad, absoluta en las costumbres primitivas, se fue suavizando al paso del tiempo, ya que si bien durante los primeros siglos el jefe de familia tenía sobre los hijos el derecho de vida y muerte, hacia el fin del siglo segundo de nuestra era, dicha facultad se redujo a un simple derecho de corrección, pudiendo el padre castigar las faltas leves, ya que las que conllevaban la pena de muerte debían ser denunciadas ante el magistrado, por ser éste el único que tenía derecho a pronunciar la sentencia respecto a su aplicación. Por último, Constantino determinó que todo aquel que matase a su hijo sería castigado como parricida.

En los casos de mancipación, por lo general, el padre emancipaba al hijo en casos de miseria, haciendo a favor del tercero el derecho de "mancipatio", es decir, la cesión del hijo por un precio en dinero; podía también emanciparlo a su acreedor en señal de garantía por la obligación contraída, colocándolo en situación análoga a la de un esclavo. De esta forma el hijo se utilizaba como un medio de adquisición de bienes. La Ley de las Doce Tablas estableció que el hijo varón en primer grado que hubiese sido mancipado por tres ocasiones recuperaba su libertad, quedando liberado de la autoridad paterna. Con respecto a los demás descendientes, una sola mancipación era suficiente para que se produjera este efecto.

En la época de Antonio Caracalla, la venta de los hijos se consideró ilícita, permitiéndose únicamente en casos de extrema necesidad y sólo cuando tuviera por objeto procurarse alimentos. Dioclesiano prohibió esta práctica, renovándola Constantino, permitiendo la venta del hijo recién nacido, únicamente si el padre era indigente y se encontraba en extrema necesidad, con el derecho exclusivo de recuperarlo abonando el precio al comprador.

Respecto al abandono, parece ser que sólo se prohibió en el Bajo Imperio, derecho que fue limitado por Justiniano, quien declaró al hijo abandonado *sui iuris* o *ingenuo*. Posteriormente Constantino determinó que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiese, bien como hijo o como esclavo.

En cuanto al patrimonio, en un principio la situación del hijo era comparable con la del esclavo. Al absorber la personalidad del hijo el padre de familia, aquel no podía tener bienes propios, todo lo que posee: propiedades, derechos de crédito, etc., pertenecen al padre a quien, según el Derecho Civil, no puede constituir en deudor. Sin embargo, los hijos tienen un derecho de copropiedad latente sobre ese matrimonio común, que a la muerte del jefe es recogido por los herederos *sui*.

Cuando el hijo estaba autorizado por el padre de familia para contratar, el pretor permitía a los terceros con quienes hubiese contratado ejercer su acción contra el jefe de familia. Esta disposición se modificó bajo el Imperio al otorgar a los hijos en propiedad absoluta, las adquisiciones hechas por ellos, adquiriendo derechos civiles: puede celebrar actos jurídicos y se obliga tanto en sus contratos como en sus delitos. En cambio la hija de familia ha quedado mucho tiempo privada de obligarse civilmente por contrato.

Respecto a la condición social del hijo, la autoridad paterna no surte efecto alguno, pues disfruta de los derechos políticos y puede ocupar cargos públicos.

La fuente principal de la potestad paterna era la "*iuatae nuptiae*", o matrimonio, pero podía establecerse además por adopción y bajo los emperado

res cristianos por legitimación.

El matrimonio era la unión legítima realizada de acuerdo con las normas del Derecho Civil en Roma. En la sociedad primitiva romana el interés religioso y político hacía necesaria la continuación de cada familia o gens, por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe. Por ello se consideraba tan importante el matrimonio legítimo cuyo fin primordial era la procreación. Los hijos nacidos fuera del matrimonio, incluso de concubina, eran reputados como ilegítimos, jurídicamente carecían de padre man teniendo relaciones de parentesco únicamente con la madre, aunque podían ser equiparados con los legítimos por el subsiguiente matrimonio de sus pro genitores. Por consecuencia, cuando el padre quería dejar fuera de su familia a los hijos que nacieran de la mujer a la cual se unió, mantenía esta unión en calidad de concubinato.

El contubernio que era la unión entre esclavos o entre una persona libre y un esclavo, no producía efectos civiles, siguiendo el hijo la condición de la madre.

La autoridad paterna podía disolverse por dos causas: acontecimientos fortuitos como la muerte del padre de familia su reducción a la esclavitud o la pérdida del derecho de ciudadanía, casos en los que los hijos sometidos al padre se hacían sui iuris sin perder sus derechos de agnación. En el supuesto de que el jefe de familia tuviera bajo su potestad al hijo y al nieto, sólo el primero se libera para ejercer la autoridad paterna sobre el segundo; y en segundo término podía disolverse por actos solemnes como la entrega en adopción y la emancipación.

Mediante esta breve reseña, se puede, claramente, apreciar que el significado y finalidad que perseguía la institución Patria Potestad en el Derecho Romano, era conservar para el paterfamilias la autoridad total sobre los hijos, la esposa y el patrimonio familiar, con tales facultades que le permitían ser un verdadero tirano amparado por el propio derecho. Afortunadamente esa concepción difiere en su totalidad del concepto que de esta institución jurídica se tiene en la actualidad, quedando así demostrada la aseveración hecha al principio de este capítulo: el derecho como manifestación

social está profundamente ligado al proceso histórico, evolucionando por lo tanto en la medida que se desarrolla la sociedad.

2. BREVE VISION PANORAMICA DE LA EVOLUCION DE LA INSTITUCION DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA EL SIGLO XVIII

En su proceso de evolución, la Patria Potestad como derecho absoluto - fue atemperándose. En el apartado anterior quedó asentado como los derechos paternos en Roma eran ilimitados a pesar de haberse visto restringidos durante la República. A partir de la época romano-helénica y el derecho de Justiniano, como consecuencia de las relaciones sociales cambiantes, la patria-potestad evoluciona de derecho absoluto hacia una relación poder-deber.

Mientras que en el Derecho Romano y en la Edad Media la organización familiar se asentaba sobre la omnipotencia del paterfamilias, en el derecho moderno se entiende por patria potestad las obligaciones y poderes del padre teniendo como finalidad la protección y educación del hijo.

Durante el siglo XVII se empezaron a desarrollar teorías filosóficas que posteriormente, poco a poco, se fueron plasmando en el derecho positivo. En esta época se analizó el hecho de si el poder derivado de la patria potestad provenía de la generación, éste debía corresponder a la madre, pero dado que ella está sometida a su marido, es éste el que lo detenta en forma absoluta. Otra teoría expresaba que el poder paterno era el origen de la jefatura del Estado y consideraba que el hijo debía estar sometido al padre como consecuencia de su debilidad e ignorancia, por lo que éste debía protegerlo y educarlo hasta que se transformara en un ser capaz de conocer las leyes naturales y civiles. Se sostenía además que el poder paternal era más deber que autoridad, debiendo el padre hacer todo lo conducente al desenvolvimiento físico e intelectual del individuo sujeto a la patria potestad y en caso de abandono o atentado contra su integridad la sociedad estaba obligada a suprimir el poder que el padre detentaba. Una vez que el hijo llegara a la plena capacidad, la relación paterno-filial se invertía y sería el hijo quien tenía del deber de amparar y proteger a sus padres.

La Revolución Francesa abolió la institución en su aceptación romana, - suprimiendo la autoridad paterna en el sentido dominante de explotación, canbiándola por la autoridad paterna basada en deber de protección.

3. SU REGLAMENTACION EN LOS DERECHOS FRANCES Y ESPAÑOL DEL SIGLO XIX

Las sociedades occidentales del siglo XIX se abhirieron a las doctrinas liberales e individualistas, produciendo en Europa, a principios de este siglo, la gran obra de codificación del derecho privado, organizándose los codogos civiles sobre el modelo del Código de Napoleón de 1804. Esta legisla--ción, sin duda la obra más importante de codificación del Derecho Civil, fue llevada a cabo en Francia por iniciativa de Napoleón, cuando era primer cónsul. La comisión redactora estuvo formada por Tronchet, presidente del Tribunal de Casación, Portalis, Bigot-Premenau y Malléville.

Aún cuando su sistemática es criticable, esta obra establece una magnífica coordinación entre el antiguo derecho consuetudinario francés, los principios de Derecho Romano y los del derecho revolucionario, tratando de limitar la influencia de la jurisprudencia en el derecho positivo, sin desconocer la necesidad de su integración en que ésta sirviera para la actualiza--ción del derecho. Esta magna obra legislativa, se compone de cinco libros, -siendo el Primero en el que se regula el derecho de personas y familia, quedando los aspectos patrimoniales del matrimonio comprendidos en el Tercer --Libro.

Como ya se mencionó, la institución Patria Potestad, como consecuencia de su evolución, se separa del Derecho Romano y se regula como un conjunto de poderes y deberes de los padres hacia los hijos en el sentido de proteger los, separación que suscito discusiones parlamentarias a la fecha de redactar el Código de Napoleón respecto a su naturaleza, la patria potestad continuó su establecimiento sobre la autoridad del padre, confiriendo a la madre únicamente el cuidado de los hijos.

En España, desde los primeros decenios del siglo XIX, se manifestó la controversia entre los partidarios de la unificación del derecho y los que

pugnaban por la subsistencia de los derechos forales de diversas regiones.- En materia civil, los fueros de Aragón, Cataluña, Mallorca, Navarra y las - provincias vascongadas, eran un obstáculo para la expedición de un solo Código Civil uniforme a la totalidad del reino.

De esta controversia, los partidarios de los derechos forales lograron imponerse y, como consecuencia, el proyecto de Código Civil de 1851, - comentado por don Florencio García Goyena no llegó a tener vigencia puesto que habiendo seguido de cerca los lineamientos del Código Civil francés de 1804, pretendía dejar a un lado los derechos forales de las diversas provincias españolas.

En el año de 1805, mediante la Novísima Recopilación, se trata de reintegrar las leyes de España, ya que prevalecía una situación caótica en virtud de la cual se encontraban vigentes a fines del siglo XVIII: el Código - de Partidas del año 1265, el Ordenamiento de Alcalá de 1348, el Ordenamiento Real de 1485, las Ordenanzas de Medina de 1489, las Ordenanzas de Madrid de 1502, las Ordenanzas de Alcalá de 1503 y la Nueva Recopilación de 1567.

Respecto al Derecho Familiar, esta compilación no modifica las disposiciones correspondientes, siguiendo en vigencia el Código de Partidas de - - 1265, al que se hará mención, por la importancia que reviste para el Derecho Mexicano, en el inciso correspondiente a la etapa colonial en México, - limitándose a mencionar en este apartado que la regulación de la institución de la Patria Potestad se encuentra en la Partida IV de este Código, - - cuerpo legal eminentemente romanista.

4. ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO

4.1 México Prehispánico

Grandes civilizaciones neolíticas se sucedieron en el territorio actualmente ocupado por México. Primero, la Olmeca que floreció durante los - últimos siglos anteriores a la Era Cristiana. Poco es lo que se sabe de los aspectos jurídicos de esta cultura. La escasez de la figura femenina sugiere una sociedad en la que la mujer no gozaba de un status importante; una -

sociedad, por lo tanto, que no se basaba en el matriarcado. La cultura Olmeca floreció en la zona costera del Golfo.

Posteriormente, surgen simultáneamente, la Teotihuacana y la del antiguo Imperio Maya, heredada de los Olmecas, de los siglos III a IX de nuestra Era. Este se encontraba entre las actuales regiones de Tabasco y Honduras. No era un imperio centralizado, sino un conjunto de ciudades-estado, dirigidas por nobles y sacerdotes. Las causas de la desaparición de esta civilización son desconocidas, pero se sabe que durante el siglo IX D.C., poco a poco abandonaron los centros donde estaban establecidas.

En el siglo X surge la cultura Tolteca, que da origen en Yucatán al nuevo Imperio Maya, cuya ciudad dominante fue Chichén-Itzá, en una triple alianza con Mayapán y Uxmal. Casi todos los documentos mayas precortesianos fueron clasificados por el celo religioso de los conquistadores. Sin embargo, de las obras de los historiadores como Diego de Landa, Bernardo de Lizana, Antonio de Herrera entre otros, así como de la "Apologética Historia de las Indias", de Bartolomé de las Casas, se ha podido obtener datos sobre el derecho maya.

Respecto a su Derecho de Familia, se sabe que el matrimonio era monogámico, pero con tal facilidad de repudio que con frecuencia se presentaba una especie de poligamia sucesiva. Dos personas del mismo apellido no podían casarse. El novio entregaba a la familia de la novia ciertos regalos, por lo tanto este sistema de "precio de la novia" es una figura opuesta a la dote. Existían intermediarios especiales cuya función era concertar los matrimonios y los arreglos patrimoniales respectivos.

La herencia se repartía entre la descendencia masculina, fungiendo la madre o el tío paterno como tutor, en caso de minoría de un heredero. En la entrega de las cuotas hereditarias intervenían las autoridades locales.

Cada familia recibía, con intervención de los sacerdotes una parcela de veinte por veinte pies, para su uso personal, sin embargo se ignora si en caso de defunción del jefe de una familia, esta parcela era recuperada por la comunidad, repartida entre todos los hijos, o entregada a algún hijo

privilegiado.

El papel de la mujer en la familia y en la vida comunal no era prominente, no encontrando en esta civilización rasgos de matriarcado salvo la función de profetisa que correspondía a algunas mujeres. Por lo demás, la mujer tenía prohibida la entrada al templo así como a participar en los ritos religiosos.

Respecto al adulterio cometido por la mujer, ésta era repudiada y el marido ofendido podía optar entre el perdón o la pena capital para el ofensor.

Si un menor era culpable de homicidio intencional la pena era la esclavitud.

Finalmente surge la civilización azteca en el siglo XIV, ramificación de la chichimeca, con absorciones toltecas y en íntima convivencia con la texcocana. Con la destrucción de Atzacotzalco por los aztecas en el año de 1430, toman la hegemonía dentro de una triple alianza con Texcoco y Tlacopan. Con apoyo en esta alianza, los aztecas logran extender su poder hasta Veracruz, más allá de Oaxaca y a las costas de Guerrero. Por las ligas que existían con Texcoco y Tlacopan, la legislación tuvo a menudo su fuente en Texcoco, sobre todo en la época de Netzahualcōyotl.

Los aztecas contaban con reglas de derecho definidas en materia privada. La familia tenía carácter patriarcal. El esposo era la autoridad superior y gozaba de potestad sobre su mujer y sus hijos. Podía vender o reducir a la esclavitud a estos últimos y en algunos lugares tenían derecho a disponer de su mujer para dejarla como herencia. Se admitía la poligamia, aunque no como sistema ordinario, pero una esposa tenía preferencia sobre las demás, y tal preeminencia se manifestaba en la situación privilegiada que tenían sus hijos, en el caso de la repartición de la sucesión del padre.

El matrimonio se consideraba como una institución de utilidad social, lo que se demuestra con la imposición enérgica del casamiento a los varones

que llegaban a los veintidos años y a las mujeres que llegaban a los dieciocho. Los matrimonios podían celebrarse bajo condición resolutoria o por tiempo indefinido. Los condicionales, duraban hasta el nacimiento del primer hijo, en cuyo momento la mujer podía optar por la transformación del matrimonio en una relación por tiempo indefinido; si el marido se negaba, el matrimonio terminaba.

Las causas de prohibición para el matrimonio eran el parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, o en línea colateral hasta el segundo grado, así como sacerdocio. Se requería el consentimiento del padre y de los contrayentes para su celebración, pero por la presión social que existía contra el celibato a las edades mencionadas, se supone que en tales casos el consentimiento no se podía negar arbitrariamente.

El vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, ya porque se tratara de matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad de los cónyuges, ya porque hubiera causas que ameritaran la disolución.

Para la validez del divorcio, y para que éste produjera efectos, era necesaria la intervención de autoridades para autorizarlo además de que el que pidiera la autorización, se separara efectivamente de su cónyuge. Eran causas de divorcio: la incompatibilidad, la sevicia, el incumplimiento económico, la esterilidad, la pereza de la mujer. Realizada la separación, los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre. El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes y ambos divorciados podían contraer nuevo matrimonio, salvo entre ellos mismos, pero la mujer tenía que esperar un tiempo para contraer nuevas nupcias.

Predominaba el sistema de separación de bienes, combinado en ocasiones con la necesidad de pagar un precio por la novia, y otras veces, en cambio, recibir dote que la esposa aportaba al nuevo hogar.

El hijo pasaba por dos consagraciones, en las que el agua jugaba tal papel que los conquistadores las comparaban con el bautismo; en la segunda recibía su nombre.

La Patria Potestad, que implicaba el derecho de vender el hijo como esclavo, terminaba con el matrimonio del hijo o de la hija.

En materia de sucesiones, la línea masculina excluía a la femenina. La vía legítima podía ser modificada por decisión del testador basada en la conducta de los perjudicados por tal decisión.

El respeto a los padres fue considerado esencial para la subsistencia de la sociedad, las faltas respectivas podían ser castigadas con la muerte. Es necesario hacer notar que en la materia penal, los efectos de ciertos castigos se extendían a los parientes del culpable hasta el cuarto grado.

Aunque la corona española expresamente autorizó la continuación de aquellas costumbres que fueran compatibles con los intereses de la corona y del cristianismo, el dominio de la civilización hispánica impulsó a los indios a abandonar, en muchas ocasiones, sus costumbres en beneficio del nuevo sistema. Sin embargo en la actualidad, entre los lacandones, indios que habitan la sierra alta del Estado de Chiapas, indios habitantes en Quintana Roo y en algunas regiones remotas de Yucatán y Campeche, también entre los tarahumaras, yaquis, seris, coras, etc., se encuentran prácticas jurídicas-consuetudinarias, que se supone se trata de supervivencias del derecho precortesiano.¹

4.2 México Colonial

A la llegada de los españoles al actual territorio de la República Mexicana, dos grandes corrientes se encontraron en México. La primera, una civilización neolítica, predominando en su aspecto jurídico la legislación azteca. La segunda, la civilización hispánica, cuyo derecho estaba influenciado por las instituciones romanas, algunas germánicas, normas canónicas y abundante reglamentación de la propia monarquía española.

¹Cfr. FLORIS MARGADANT, Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Ed. Esfinge S.A. 4ª. Ed. México 1980, p.p 9-25.

El gobierno de los pueblos sometidos, se sustituyó por el de la Metrópoli, que impuso su legislación a la Colonia.

Las autoridades españolas peninsulares o sus delegados u otros funcionarios y organismos en los territorios ultramarinos expidieron un derecho, - el derecho indiano, para regir en sus posesiones de América. Este derecho - se complementaba con normas indígenas cuando éstas no contrariaban los intereses de la Colonia o las creencias cristianas, sin embargo, el derecho privado se complementaba con el derecho español. El derecho español, aplicable a las colonias españolas, se encuentra reglamentado en cuanto a su orden de aplicación en la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680.

En primer lugar fueron aplicadas las Leyes de Toro (1505) que se basan en el Ordenamiento de Alcalá de 1348 que a su vez establece como orden: I)- el Ordenamiento de Alcalá, II) los Fueros Municipales y el Fuero Real, y - III) el Código de las Siete Partidas. Sin embargo, después de 1567, a pesar de esta disposición, es probable que se haya recurrido en primer término a la nueva recopilación y entre 1805 y 1821, a la Novísima Recopilación.

Por regir el derecho indiano principalmente cuestiones de orden público y ante la escasez de normas de derecho privado, las fuentes de derecho - español fueron predominantes al respecto.

Para México, la Ley de las Siete Partidas reviste gran importancia por que en materia civil y penal fueron parte fundamental hasta que entraron en vigor los códigos nacionales.

La Patria Potestad dentro del Código de Partidas, se encuentra regulada en la Partida IV, siendo las disposiciones que se mencionan a continuación las más significativas para la secuencia de este trabajo:

La Ley I, Título XVII, reserva para el padre los derechos inherentes a esta institución o en su caso para el abuelo, quienes lo ejercían, dice el Código "sobre los hijos e los nietos, e sobre todos los otros de su linaje".

En los mismos términos está redactada la Ley I del Título XVI. Las Leyes IV y V del mismo Título, disponen que la madre pierde la guarda de los hijos cuando contrae matrimonio, es decir, que a la viuda se le confiaba la guarda de los hijos, la tutela, porque sobre ellos no ejercía la patria potestad.

La Ley IV del Título XVII, habla de cómo se pueden establecer el poder que el padre tiene sobre sus hijos. Esta Ley regula también los efectos de la sentencia por la que se proclama la existencia de la patria potestad, refiriéndose posteriormente a la adopción. Por lo tanto, la patria potestad - podía adquirirse por medios naturales o por medios jurídicos.

Las Leyes VII y VIII del Título XVII, autorizan al padre para que en caso de necesidad, pueda vender o empeñar a sus hijos, regulando minuciosamente los requisitos de precio y la demasía que el padre debe abonar en el supuesto de que el progenitor recupere posteriormente al hijo de manos del adquirente.

La Patria Potestad terminaba:

- a) Por muerte de la persona que la desempeñaba y que no siempre era el padre porque podía estar atribuida al abuelo. (Ley I, Título XVIII)
- b) Por el destierro o muerte civil del padre, semejante en sus efectos a la *capitas diminutio máxima* del Derecho Romano, y por incesto. - - (Leyes II, IV y VI, Título XII)
- c) Por la emancipación alcanzada por el hijo mediante su nombramiento para determinados cargos públicos (Leyes VII y siguientes, Título - XII), y la otorgada voluntariamente por el padre mediante su comparecencia con el hijo ante el juez, o con autorización del Rey si es que el hijo estuviese ausente o fuese menor de siete años. (Leyes - XV, XVI, y XVII, Título XVIII)

Como sanción penal se imponía la pérdida de la patria potestad en los casos siguientes:

- a) Por crueldad en los castigos aplicados a los hijos.

- b) Por prostitución de las hijas.
- c) Por culpa del padrastro en la mala administración del peculio de su hijo político.

Aunque estas causas daban por terminada la patria potestad, no por ello quedaban los menores desamparados, ya que estos preceptos se vinculan con los que se refieren a la guarda de los huérfanos en el Título XVI de la misma Partida IV.

La Patria Potestad comprendía bajo la denominación de "Crianza", la obligación de dar alimentos y tener a los hijos bajo el cuidado de quien la ejercía (Título XIX), la representación de los hijos por sus padres (Título XVII), los derechos sucesorios de los hijos (Ley III, Título XV, Ley IX, Título XVI, Partida IV, en relación con la Partida VI).

El proemio del Título XVII de la Partida IV, establecía que el poder o "señorío" de los padres duraba toda la vida, salvo los casos ya mencionados de emancipación voluntaria o forzosa.

Aun cuando el derecho indiano aportó algunas modificaciones al derecho español en el orden familiar, éstas se refieren en general al matrimonio - respecto a ciertos núcleos indígenas en los que el virreinato respetó aquellas costumbres que no violaban las normas religiosas, con el objeto de conservar la unidad en la familia, no encontrándose en estas modificaciones - alusión alguna a la institución Patria Potestad.

4.3 México Independiente y las Leyes de Reforma

La realidad histórico-económica que imperó en nuestro país durante el segundo tercio del siglo XIX como consecuencia de la consumación de la Independencia en 1821, fue decisiva para la elaboración de las Leyes de Reforma. Todo movimiento que revoluciona la estructura social de un estado se debe a circunstancias que se dan muchos años atrás, mismas que cimbran a la sociedad. En situaciones que llegan a la desesperación, el hombre, en muchas ocasiones, recurre a medidas desesperadas. El deseo colectivo de la necesidad de cambio, consciente en algunos grupos, inconsciente en otros, co-

bra fuerza cifrando las esperanzas en el grupo consciente, o en una persona como líder de este grupo, que promete instaurar una seguridad social de acuerdo con la realidad que impera en un determinado momento histórico, realidad que necesita de las reformas indispensables para establecer la congruencia sociopolítica, así como económica; ya lo dijo Carlyle: "en todas las épocas de la historia del mundo encontraremos que el gran hombre ha sido el salvador indispensable de su época, el rayo sin el cual jamás hubiese ardo el combustible".² Por lo tanto, para una mayor comprensión del verdadero sentido del movimiento reformista que se inicia con Gómez Farías en el año de 1833, alcanzando su clímax el 10. de marzo de 1854 con el Plan de Ayutla, es necesario hacer un somero análisis de la situación histórica inmediata anterior con el objeto de ubicar las circunstancias que lo propiciaron.

La independencia de México fue el resultado de la desintegración del imperio español y de ninguna manera se dio como consecuencia de haber alcanzado la madurez por su desarrollo natural. Los ideales de los caudillos de la Independencia fueron confusos, y al paso del tiempo involucraron sus intereses personales, llegando a ser el ansia de poder el verdadero motor de sus acciones. Ante la falta de una legislación permanente por la realidad política que existía, los puestos políticos los ocupaban personas que llegaban a ellos como consecuencia de la imposición por conjuras. El clero, por su parte apoyaba a los dirigentes que le otorgaban poder, sufriendo apartir de Iturbide altas y bajas en su posición. La confusa variedad de tendencias políticas que siguió a la caída de Iturbide, fue el origen de los partidos que con el tiempo se llamarían, liberal el uno y conservador el otro. El liberal propugnaba una forma de gobierno republicana, democrática y federativa, el conservador, adoptaba el centralismo, la oligarquía de las clases preparadas y con el tiempo se inclinó hacia la forma monárquica defendiendo los fueros y privilegios tradicionales: la milicia y el clero.

Don Lucas Alamán, principal representante del partido conservador, formulaba como principios: conservar la religión católica sosteniendo los bie-

²Cit. por CASSIRER, Ernst. El Mito del Estado. Ed. Fondo de Cultura Económica. 2ª. Ed. Trad. Eduardo Nicol, p. 332.

nes eclesiásticos, y el no aceptar la federación ni la elección popular.

La primera lucha importante entre ambos partidos, se desarrolló entre 1832 y 1834. Gómez Farías, de ideas liberales, como vicepresidente en ausencia del presidente Santa Anna, se propuso emprender las reformas eclesiásticas. Las misiones de California fueron arrebatadas a los franciscanos, las religiosas fueron obligadas a abandonar sus conventos, se privó a los seminarios de sus rentas, se prohibieron las peregrinaciones de los indios a sus santuarios predilectos. Los obispos, al protestar con la intromisión del gobierno en los asuntos internos de la iglesia, fueron expulsados. Las masas populares profesaban la religión católica y protestaban contra estas medidas, propiciando manifestaciones violentas y espontáneas. Es importante tener en mente este fenómeno por las consecuencias que refleja en las Leyes de Reforma.

Al mismo tiempo, dentro del partido liberal se produjo una desmemoria - ción al separarse un grupo, que aun cuando aceptaba la necesidad de las reformas, consideraba que su implantación debía ser paulatina y por vía de - persuasión, naciendo así el partido de los moderados. El choque entre con - servadores y moderados paralizó la reforma, y en 1834 Santa Anna, que hacía cuanto podía para ganar popularidad, despidió a Gomez Farías revocando las leyes anticatólicas que éste había proclamado apoyado por el mismo Santa - Anna.

En el Congreso Federal que se reunió en 1835, obtuvieron la mayoría - los conservadores, como consecuencia triunfa el sistema centralista avien - dose a los intereses de los grandes propietarios y del clero.

El Congreso terminó la Constitución el 6 de diciembre de 1835, entre - gando el texto el día 30 del mismo mes compuesto de siete leyes constitucio - nales cuyo objetivo era consolidar, a través del derecho, el poder de las - clases privilegiadas dejando a un lado la protección hacia los económica y - culturalmente débiles como se puede observar en los siguientes artículos: - el artículo séptimo de la primera ley únicamente otorga la calidad de ciuda - danos a los mexicanos que tuvieran una renta anual mínima de cien pesos; el artículo décimo suspende los derechos particulares del ciudadano, Fracción-

II, por el estado de sirviente doméstico, Fracción IV, por no saber leer ni escribir desde el año 1846 en adelante.

Ignacio Altamirano, eminente político de la segunda mitad del siglo - XIX, lanza el siguiente juicio: "Lo que se establecía en México donde la mayoría de la población se componía de indígenas incultos o de propietarios mestizos era en realidad una oligarquía opresora y exclusivista; mejor dicho, una monarquía disimulada, bajo la influencia del ejército, del clero y de los ricos".³

Ante esta Constitución, los federalistas reflejaron su hostilidad a través de pronunciamientos militares propiciando una continua guerra civil, situación que se agravaba por las agresiones que sufría el país por parte de los Estados Unidos. La lucha entre México y los Estados Unidos terminó con la firma del Tratado de Guadalupe el 2 de febrero de 1848, perdiendo México la mitad de su territorio. En un país minado por las continuas luchas, la anarquía política, económica y social continuó. Santa Anna huyó a Colombia en 1847 después de su derrota frente a Estados Unidos y regresa a la presidencia en 1853 gobernando con su acostumbrado modo dictatorial. Al respecto don Jose Vasconcelos nos dice: "La vuelta a la dictadura bajo Santa Anna determinó un estado de desesperación nacional. Todo era legítimo para derrocar ese régimen y así la revolución liberal que derrocó a Santa Anna contó con el apoyo de todo el país".⁴

Así, la cúspide del movimiento reformista se alcanza el 10 de marzo de 1854 con la proclamación del Plan de Ayutla. Su origen, de acuerdo con el panorama histórico descrito, lo encontramos años atrás cuando en 1825, Joel Poinsett legó a México como ministro plenipotenciario de Estados Unidos. El plan encargado a Poinsett por su país apoyaba el federalismo que fomentaba la dispersión de las provincias, por lo que tendría como resultado-

³Cit. por MORENO, Daniel. Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Pax. 4ª. Ed. México 1978, p. 138.

⁴Cfr. VASCONCELOS, Jose. Breve Historia de México. Ed. Continental, S.A.- 23ª. Ed. México 1979, pp. 355, 359.

la destrucción de la unidad nacional, ya de por sí deteriorada, facilitando así el apoderamiento de tierras mexicanas por el extranjero, objetivo para el cual la iglesia católica presentaba un gran obstáculo, tanto moral como material, moral porque la mayoría de la población era católica, material - por ser dueña de más de la mitad de las tierras. Poinsett logró introducirse en la política nacional por medio de logias masónicas, específicamente con el rito yorkino; así, la lucha en pro de un liberalismo político se convirtió en una lucha en pro de un liberalismo anticatólico. Las luchas sostenidas por los liberales estuvieron a partir de este momento auspiciadas por los americanos, quienes esperaban de ellas grandes beneficios expansionistas para los Estados Unidos.

Una vez someramente expuestas las condiciones históricas, sociales y económicas, causales del movimiento reformista, así como el panorama legislativo constitucional, exposición indispensable para una mejor comprensión de las leyes secundarias vigentes en esta época, ya se está en posibilidad de llevar a cabo el análisis de las normas comprendidas dentro de la legislación civil concernientes a la relación de pareja y a las situaciones derivadas de esta relación con el objeto de establecer la posición que guardaban respecto a la sociedad de acuerdo con este marco jurídico.

Dentro de la rama del derecho civil, la legislación española se encuentra vigente durante el período comprendido a partir de la consumación de la Independencia y la promulgación del primer Código Civil para el Distrito y Territorios Federales del 13 de diciembre de 1870, lo que explica el ejercicio de la tutela eclesiástica respecto al estado civil de la población. Esta actividad llevada a cabo por la iglesia tenía como consecuencia la percepción de considerables sumas de dinero en su beneficio al controlar los nacimientos, matrimonios, reconocimientos, adopciones y defunciones, ganancias que se aunaban al poderío económico que ya detentaba al haberse visto favorecida esta institución por la Constitución Centralista de 1836. El mencionado poderío reportaba grandes perjuicios tanto hacia la economía como a la vida jurídica del Estado Mexicano, al proporcionarle una ingerencia directa en las decisiones políticas fundamentales; era necesario, por lo tanto, des

truir esta ingerencia así como fortalecer la economía del país. Entre las medidas adoptadas para estos efectos se encuentran el conferir la tutela de la institución familiar al Estado a través de la Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, desconociendo el carácter religioso del matrimonio convirtiéndolo en contrato civil, y mediante la Ley del Registro Civil del 28 de julio del mismo año, que encomendó al Estado el registro de los nacimientos, matrimonios y fallecimientos de las personas.

Ante la vigencia de las leyes españolas en materia sustantiva y adjetiva, la patria potestad, en cuanto a su reglamentación se mantiene de acuerdo con las normas establecidas por la legislación civil. No obstante lo anterior, en los artículos 6o. y 15o. de la Ley del Matrimonio Civil se reflejan algunas de sus características:

Artículo 6o. Se necesita para contraer matrimonio, la licencia de los padres, tutores o curadores, siempre que el hombre sea menor de veintiún años y la mujer menor de veinte. Por padres para este efecto, se entenderán también los abuelos paternos. A falta de padres, tutores o curadores, se ocurrirá a los hermanos mayores. Cuando los hijos sean mayores de veintiún años, pueden casarse sin la licencia de las personas mencionadas.

Dentro del artículo 15o. Se dice que el matrimonio es el único medio moral de fundar la familia y de conservar la especie; que la pareja debe prepararse con el estudio y amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de padres de familia, para que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo; que la doctrina que inspiren a sus hijos, hará su suerte próspera o adversa y que la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o el castigo, la ventura o la desdicha de los padres, que las sociedades bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que le hacen dándoles buenos y cumplidos ciudadanos; y que la misma censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño o por su mal ejemplo corrompen a los hijos. Por último, cuando la sociedad ve que tales personas no merecían ser elevados a la dignidad de padres, se duele de haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y de una mu-

jer que no han sabido ser libres y dirigirse por sí mismos hacia el bien.

El contenido de la anterior manifestación que era la que se ordenaba a al juez hacer a la pareja una vez que había otorgado su consentimiento para quedar unidos en matrimonio, demuestra claramente la evolución que sufrió el concepto que de la Patria Potestad se tenía en la antigüedad, de un interés propio hacia un conjunto de derechos y obligaciones. Pero más aún, se percibe en interés del Estado por la familia como núcleo de formación de buenos ciudadanos como consecuencia natural de una independencia recién adquirida que requería del fortalecimiento de la patria nueva, situación claramente comprensible ante las condiciones históricas dadas en el período inmediato anterior, que ya han quedado expuestas. No obstante lo anterior, todavía no se alcanzaba la madurez necesaria para conformar un derecho de familia que lograra separarse en su totalidad del derecho español, aunque el primer paso ya se había dado con la secularización del matrimonio y del registro civil, poniendo el ejemplo a España, puesto que en España la secularización de las instituciones mencionadas se llevó a cabo hasta el año de 1870.

4.4 Los Códigos Civiles de 1870 y 1884

El Código Civil de 1870, primer código civil para el Distrito y Territorios Federales, tiene como antecedente un proyecto que por encargo del presidente Benito Juárez elaboró Justo Sierra entre 1858 y 1860. El método que siguió el autor en la elaboración del proyecto es el de código francés adaptándolo a las necesidades impuestas por el derecho patrio.⁵ Pero la situación política y el estado de guerra por el que atravesaba entonces el país, impidieron que sus disposiciones se pusieran en vigor. Restaurada la república, Antonio Martínez de Castro, ministro de justicia, formó una comisión con el objeto de revisar los proyectos de Sierra. La labor codificadora llegó a su fin cuando una nueva comisión nombrada por el presidente Juárez revisó los trabajos de la anterior y elaboró el proyecto que fue sometido

⁵Cfr. Libro del Cincuentenario del Código Civil. Ed. U.N.A.M., 1ª Ed. México 1978, pp. 127-136.

do al Congreso. Finalmente, en su sesión del 8 de diciembre de 1870 se aprobó el proyecto de ley relativa a la expedición del código civil. En este código quedó separada claramente la jurisdicción civil, se otorgó al interés individual capital importancia y se reconoció a la libre manifestación de la voluntad como fuente de obligaciones y contratos. La organización del matrimonio y de la familia se desarrolló sobre las siguientes bases:

- Definió el matrimonio como "la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. (Artículo 159)
- Obligó a ambos cónyuges a guardarse fidelidad, a socorrerse mutuamente y a contribuir a los objetos del matrimonio. (Artículo 198)
- Confirió al esposo la potestad marital sobre la mujer, obligando a ésta a vivir con aquel y a obedecerle en lo doméstico, en la educación de los hijos y en la administración de los bienes, y a recabar la licencia del esposo para comparecer en juicio, para enajenar bienes y para adquirirlos a título oneroso. (Artículos 199, 201 y 204 a 207)
- Como consecuencia de los artículos anteriores obligó al esposo a dar protección y alimentos a la esposa. (Artículos 200 y 201)
- Otorgó al padre en exclusiva la patria potestad sobre los hijos, ya que sólo a falta de aquel podía la madre entrar al ejercicio de esa potestad. (Artículos 392, Fracción I y 393)
- Clasificó a los hijos legítimos y en hijos fuera de matrimonio, subdividiendo a estos últimos en hijos naturales y en hijos espurios, o sea los adulterios y los incestuosos, principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón de la diversa categoría a que pertenecían. (Artículos 383 y 3460 a 3496)
- Permitió las capitulaciones matrimoniales expresas, pero en defecto de ellas estableció el régimen legal de gananciales minuciosamente reglamentado. (Artículos 2102 y 2131 a 2204)
- Instituyó los herederos necesarios o forzosos mediante el sistema de las "legítimas", o porciones hereditarias que, salvo causas excepcionales de desheredación, se asignaban por ley en diferentes cuantías y combinacio -

nes a favor de los descendientes y de los ascendientes del autor de la herencia. (Artículos 3460 a 3496)

Trece años después de la promulgación de este Código, se expidió el de 1884, que introdujo como innovaciones importantes la libertad testamentaria que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las "legítimas", e instituyó el divorcio por mutuo consentimiento o de separación personal sin que esto implicara la disolución del vínculo matrimonial.

El Código expresa fundamentalmente las ideas de liberalismo en materia económica, la autoridad casi absoluta del marido sobre la mujer y los hijos, consagró la desigualdad de los hijos naturales, como ya se mencionó estableció la indisolubilidad del matrimonio e instituyó la propiedad como un derecho exclusivista e irrestricto.

El Código se promulgó el 31 de marzo de 1884, y estuvo en vigor hasta 1932, sufriendo durante este período importantes modificaciones, materia del siguiente apartado.

4.5 Ley de Relaciones Familiares

El artículo 23, Frac. IX, de la Ley Orgánica del 14 de diciembre de 1874, que reglamentó las adiciones constitucionales del 25 de septiembre de 1873 durante el gobierno del presidente Sebastián Lerdo de Tejada para elevar a rango constitucional las Leyes de Reforma, establecía que "el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges".

El 30 de octubre de 1891, el diputado Juan A. Mateos presentó una iniciativa ante la Cámara de Diputados para que se derogara la citada fracción IX y se permitiera el divorcio en cuanto al vínculo. Las diversas comisiones de la Cámara de Diputados que efectuaron el estudio de esta iniciativa, calificaron de inconstitucional dicha fracción y propusieron que no sólo se derogara esta fracción sino otras más del propio artículo 23 de la Ley Orgánica del 14 de diciembre de 1874.

Tal iniciativa no llegó a prosperar, ya que, a decir de los diputados-

que se pronunciaron en contra, a la Federación le incumbía estructurar al matrimonio en cuanto contrato civil y señalar características esenciales de monogámico e indisoluble, como existía en las costumbres del pueblo para el que se legislaba y se hallaba definido, lo mismo en las leyes antiguas que en la legislación moderna, y concretamente en las Leyes de Reforma que estaban entonces en vigor.

Durante la vigencia del Código Civil de 1884, don Venustiano Carranza, cuando todavía era sólo primer jefe del Ejército Constitucionalista, en pleno período revolucionario, expidió desde Veracruz dos decretos, uno del 29 de diciembre de 1914 y otro del 29 de enero de 1915, para introducir el divorcio vincular, ya que el primero modificó la Ley Orgánica de 1874 de las Adiciones y Reformas a la Constitución que reconocía la indisolubilidad del matrimonio, y por el segundo reformó el Código Civil del Distrito Federal para "establecer que la palabra divorcio, que antes sólo significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima".

Algunas de las razones que se esgrimen en la exposición de motivos son las siguientes:

"El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas, de mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales; asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza, fueron al matrimonio, a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida".

De las múltiples fuerzas sociales que confluyeron en la Revolución Mexicana, que fue una revolución social, salió victoriosa la facción constitucionalista. A la igualdad jurídica preconizada por las doctrinas liberales se sobrepusieron los derechos sociales basándose en la igualdad social.

Durante esta época el derecho de familia sufrió importantes modificaciones como las mencionadas que efectuó Carranza. La evolución social ameritaba el análisis de la realidad existente. Las disposiciones del Código de 84 ya no se adaptaban a los nuevos requerimientos sociales.

Respecto a la indisolubilidad del vínculo matrimonial debemos considerar que era un dogma civil de origen religioso que alentaba graves prejuicios sociales como los expuestos por Carranza. Posteriormente, todo el libro sobre el Derecho de Familia fue sustituido por la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917. a la familia, por ser la base de la sociedad, se le prestó especial atención por parte del legislador. El autoritarismo y el excesivo individualismo fueron expurgados por esta ley, cuyo texto recogía las disposiciones de la Ley del Divorcio publicado unos años antes.

Los cambios adoptados en esta ley que produjeron una transformación substancial en la familia fueron:

- Matrimonio disoluble. Formuló la misma definición del matrimonio del Código de 1870, pero el adjetivo "indisoluble" (Artículo 13), así confirmó el divorcio vincular y enumeró las distintas causas para conseguirlo, incluyendo el mutuo consentimiento, cuyo procedimiento reguló en el mismo texto de esta ley.
- Igualdad del hombre y de la mujer en el matrimonio. Suprimió la potestad marital y confirió a ambos consortes la patria potestad, y como regla general impuso al marido el deber de dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar (Artículo 42) y atribuyó a la mujer la obligación de atender a todos los asuntos domésticos, quedando ella especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos (Artículos 44). En los deberes recíprocos se repitió el texto del Código Civil de 1884 respecto al deber de fidelidad, socorro mutuo y contribución de ambos a los objetos del matrimonio (Artículo 40), así como el deber de la mujer de vivir con su marido (Artículo 41).
- Igualdad de nombre a todas las especies de hijos naturales, borrando la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o sea los adúlteros-

- y los incestuosos, sin embargo, dispuso que los hijos naturales sólo tendrían derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido, y deliberadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, derechos que ya les otorgaban los Códigos Civiles de 1870 y de 1884.
- Concedió la acción de la investigación de la paternidad no sólo en los casos de raptó o violación que ya establecía la ley anterior, sino también cuando existiera la posesión de estado de hijo natural y se tuviera al lado de otras pruebas un principio de prueba por escrito (Artículos 197 y - 198).
 - Introducción de la adopción (Artículos 220 a 236). Institución que omitían los Códigos de 1870 y 1884.
 - Substitución del régimen legal de gananciales por el de separación de bienes (Artículos 270 a 274). Para fundamentar este nuevo régimen legal respecto a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, en la exposición de motivos se dijo que el régimen de gananciales y la administración de la sociedad por el marido era una supervivencia del sistema romano que colocaba por completo a la mujer bajo la potestad del marido; y por la introducción del divorcio vincular, se aseguraba que mediante la separación de bienes se impedía que "satisfecha la codicia de los aventureros o arruina da la mujer, sea ésta abandonada después de haber perdido su belleza y su fortuna, sin que el marido conserve para con ella más que obligaciones in significantes y con frecuencia poco garantizadas".

De esta manera, en la materia familiar, se adaptaba el derecho al nuevo rumbo que tomaba el país, introduciendo los cambios necesarios para una verdadera socialización del derecho que tiene como principio fundamental la dignidad humana.

4.6 Código Civil de 1928

El Código Civil de 1928, promulgado el 30 de agosto del mismo año, iniciando su vigencia el 1.º de octubre de 1932, fue el producto final de la metamorfosis social que sufrió nuestro país a raíz de la Revolución Mexicana de 1910.

El principio de solidaridad que introdujo este movimiento, hizo obsoleto el Código Civil de 1884 en el que el orden jurídico estaba basado sobre el individualismo.

El nuevo código trataba de derogar las instituciones que favorecían intereses particulares introduciendo principios que beneficiaran a la colectividad, por lo tanto se encuentra influido por la idea de la socialización del derecho.

Siguiendo la Ley de Relaciones Familiares el rumbo indicado por la Constitución de 1917, cuya promulgación significó la derrota de las posiciones radicales políticas y sociales, el Código de 1928 continuó substancialmente los lineamientos de esta ley, aunque contiene ideas tomadas del Código Civil de 1884.

Entre las variaciones importantes en materia familiar se encuentran las siguientes:

- Establece la igualdad de capacidad jurídica del hombre y de la mujer en su artículo segundo, "La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, en consecuencia, la mujer no queda sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".
- Liberalizó el trámite de los divorcios voluntarios dejando el Código de Procedimientos Cíviles la regulación de la materia, el cual solamente exigió dos en lugar de tres juntas de avenencia fijando un intervalo de ocho a quince días entre una y otra. (Artículos 675 Código de Procedimientos Cíviles)
- Introdujo el divorcio administrativo. (Artículo 272)
- Suprimió todo régimen legal de bienes en el matrimonio dando libertad a los contrayentes para elegir el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes. (Artículo 178)
- Otorgó de manera expresa a toda clase de hijos naturales tanto el derecho a alimentos y a heredar en relación con el progenitor que los había reconocido. (Artículo 360 y siguientes)
- Añadió a los casos de acción de investigación de la paternidad, el del -

hijo natural nacido de un concubinato, siempre que el nacimiento ocurra - después de los 180 días de iniciado éste y dentro de los 300 días de haber cesado la vida en común. (Artículos 382 y 383)

- En los casos de concubinato único y no adulterino, con procreación o con duración no menor de cinco años, estableció en favor de la concubina, derechos hereditarios en la sucesión intestada del concubinario pero en una proporción menor a lo que le correspondería a la esposa. (Artículo 1635)
- Amplió la obligación de dar alimentos a los parientes colaterales dentro del cuarto grado, tanto durante la vida del deudor alimentista (Artículo 305), como después de su muerte, en virtud de la obligación de dejar alimentos en el testamento a favor de tales parientes. (Artículo 1638, Frac. VI)

El propósito del legislador de 1928 fue, como se afirmó en la exposición de motivos de este código, transformar el anterior de 1884 adaptando - las nuevas disposiciones a las necesidades de la época. Del breve análisis efectuado, se desprende la intención de armonizar los intereses individuales con los sociales. Uno de los trazos esenciales que caracterizan al Código Civil de 1928 es el laicísimo, noción adquirida en nuestro derecho desde las Leyes de Reforma, con la secularización del matrimonio y del registro - civil.

En el ámbito del Derecho Familiar, las innovaciones se basaron en los contrastes que tuvo nuestra sociedad debiendo apartar las costumbres que en ella existían, producto de una concepción sociológica diferente como era la que se tenía en el siglo XIX, mostrando el avance legislativo tendiente a - la cohesión familiar al erradicar el individualismo que se expresaba a través del paterfamilias al ejercer únicamente él la patria potestad; y reafirmando el principio de la igualdad de derechos entre individuos, declarando en forma expresa en el artículo segundo, ya mencionado, la igualdad del hombre y la mujer.

No corresponde al objeto de esta tesis, que está circunscrita al Código Civil del Distrito Federal, hacer referencia a códigos de los estados anteriores al de 1928, que han introducido en las legislaciones estatales ino

vaciones profundas, aunque quizá ajenas a la idiosincrasia mexicana, como lo es el matrimonio de facto que se contiene en el Código de Veracruz; lo anterior, en virtud de que sostengo que las leyes deben ser hechas para los pueblos y no tratar de hacer un pueblo para una ley. Toda ley, como se apunta en el principio de este capítulo, es un quehacer social; lo que significa que me oriento en una perspectiva teórica ajena al idealismo. La cuestión, en todo caso, recaerá en el productor de la ley: ¿La ley es elaborada por el grupo o por una parcialidad de éste para someterlo?

C A P I T U L O S E G U N D O

E L M A T R I M O N I O

1. CONCEPTO

Atendiendo a su significación etimológica, la palabra matrimonio deriva de los vocablos latinos *matris* y *monium* que quieren decir carga o gravámen para la madre, expresándose de ese modo que es la mujer quien lleva el peso mayor, tanto antes como después del parto. En Francia, Italia e Inglaterra se habla de *mariage*, *maritagio* y *marriage*, respectivamente, palabras todas derivadas de *marido*, por lo que es diferente la raíz etimológica que adoptan dichos países.⁶

"La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y la mujer"⁷

En Alemán, en cambio, se distingue casi siempre entre *Hochzeit* (casamiento) y *Ehe* (estado matrimonial). Estos dos sentidos que la palabra matrimonio tiene en muchos idiomas corresponden a la clásica distinción de los teólogos y canonistas católicos, entre el acto constitutivo del matrimonio y estado de matrimonio.⁸

Decían los Decretales de Gregorio IX que "para la madre el niño es, antes del parto, oneroso, doloroso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio, más bien que patrimonio".⁹

Mucho se ha controvertido para poder conceptuar el matrimonio, en virtud de ser diferentes los puntos de vista desde los cuales se ha analizado esta figura. De esta manera, enunciaremos algunos de los conceptos de matri-

⁶BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia. Ed. Perrot, 2ª. Edición. Bs. Aires 1959, p. 49.

⁷PINA, Rafael de, Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa 8ª. Ed. México 1979, - p. 333.

⁸DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1981, - p. 147.

⁹Idem.

monio que se han hecho hasta la fecha, conceptos que se han formado atendiendo a la naturaleza jurídica que le otorga cada autor.

Para Bonnecase "el matrimonio es una institución formada de un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y, por lo mismo, a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de derecho".¹⁰

Luis Zanon Maasdeu¹¹ considera al matrimonio como la célula básica de la familia. La unión de un varón y de una mujer, para la procreación y educación de la prole, el mutuo auxilio y el mejor y más adecuado cumplimiento de los fines de la vida humana.

Ennecerus, Kipp y Wolf¹² no dicen que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas.

Agregan, además, que el matrimonio es una relación jurídico-familiar en virtud de la cual cada uno de los cónyuges obtiene sobre el otro un derecho personal absoluto, este es eficaz erga omnes, de él derivan pretensiones para cada uno de los cónyuges dirigidas al establecimiento de la plena convivencia y pretensiones de indemnización frente al que, contra todo derecho y por su culpa, impide a un cónyuge el cumplimiento de sus deberes de tal cuando está dispuesto a cumplirlos.

¹⁰ BONNECASE, Julian. La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia, traduc. del Lic. José María Cajiga Jr. Ed. Cajiga. Puebla 1945, p. 155.

¹¹ ZANON MASDEU, Luis. La Separación Matrimonial de Hecho. Ed. Hispano Europea. Barcelona 1974, pp. 13 y 14.

¹² ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLF, M. Tratado de Derecho Civil, t IV, Derecho de Familia, traduc. de Pérez Gonzalez y Castán Tobeñas. Bs. Aires-1948, pp. 10, 187 y 188.

Cicu¹³ señala que el matrimonio es una comunidad plena de vida material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola.

Escriche, define el matrimonio como "la sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida, y participar de una misma suerte".¹⁴

Para Ahrens "es la unión formada entre dos personas de sexo diferente, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia".¹⁵

Para De Casso "la unión solemne e indisoluble de hombre y mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos".¹⁶

Según Osorio y Gallardo "el matrimonio es la unión legal y permanente de marido y mujer por motivos de amor y, si es posible, para perpetuar la especie".¹⁷

Para Busso "el matrimonio es la unión solemne de un hombre y una mujer tendiente a constituir una plena comunidad de vida y regida por el derecho".¹⁸

Arias¹⁹ dice que el matrimonio es la unión permanente, exclusiva y lícita del hombre y la mujer.

¹³CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Madrid 1952, p. 110.

¹⁴ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. - Tomo II, Madrid 1873, Cardenas Editor y distribuidor, 1ª. Edición. México 1979.

¹⁵Aut. cit. por DE IBARROLA, Antonio., ob. cit., p. 143.

¹⁶Idem.

¹⁷OSORIO y GALLARDO, Angel. Anteproyecto del Código Civil Boliviano. Bs. Aires 1943, art. 143., p. 84.

¹⁸BUSO, Eduardo B. Código Civil Anotado. Ed. Ediar. Bs. Aires 1958, t II, - 1ª. parte, p. 8.

¹⁹ARIAS, José. Derecho de Familia. Ed. Kraft. Bs. Aires 1952, p. 83.

Para Rafael de Pina, matrimonio es "la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida".²⁰

Para Juan Palomar de Miguel²¹ el matrimonio es la unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos y formalidades legales.

En nuestro derecho, el artículo 159 del Código Civil del Distrito Federal de 1870 decía expresamente: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Posteriormente, la citada definición había de ser tomada textualmente por el artículo 155 del Código Civil de 1884.

En la Ley de Relaciones Familiares el artículo 13 decía: "El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". En el Código Civil vigente ya no se contiene una definición de matrimonio, de tal suerte que no se le caracteriza expresamente como un contrato, pero diferentes preceptos aluden al mismo dándole la categoría de contrato.

Mi opinión, respecto a los diversos conceptos de matrimonio analizados, es en el sentido de considerar, al igual que Bonnacase, que el matrimonio es una institución constituida por un conjunto de normas que van a dar a la familia, de una manera imperactiva, una organización social y moral que necesariamente debe tomar en consideración el hombre por los lineamientos otorgados por la noción de derecho.

2. EFECTOS

²⁰DE PINA, Rafael., ob. cit. Diccionario..., p. 333.

²¹DE MIGUEL, Juan Palomar. Diccionario para Juristas. Mayo Ediciones. México 1981, p. 845.

Los efectos que produce el matrimonio los podemos clasificar principalmente en tres categorías:

2.1 En cuanto a los Cónyuges

"Los efectos del matrimonio se traducen, por una parte, bajo la forma de derechos y obligaciones recíprocas de los esposos, y por la otra, en la forma de la potestad marital que recae sobre la mujer".²²

Antonio Aguilar Gutiérrez, nos dice que "Del matrimonio surgen primariamente efectos entre los cónyuges, o sea deberes y derechos recíprocos de índole personal. Esos deberes y derechos son:

- a) La obligación de guardarse fidelidad.
- b) La de contribuir cada uno al fin principal del matrimonio que es la procreación de la especie, mediante la prestación del débito conyugal.
- c) La asistencia y socorros mutuos".²³

"El Código Civil del Distrito Federal de 1928 y la mayoría de los códigos civiles vigentes del país, suprimieron la mención expresa de la guarda de la fidelidad como uno de los deberes de los esposos. Sin embargo, esta situación debe considerarse como una mera omisión, ya que al conservarse el adulterio de uno de los cónyuges como causa de divorcio, se está protegiendo la transgresión de la obligación de fidelidad que ambos esposos se deben recíprocamente, aunque no lo señale expresamente nuestra ley".

"A partir de 1953 ha prevalecido la tendencia de igualar hasta donde sea posible y hasta dentro de lo que la misma naturaleza de los sexos lo -

²² BONNECASE, Julian. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Traduc. Lic. José Ma. Cajiga Jr. Ed. José M. Cajiga Jr. Puebla 1945, p. 543.

²³ AGUILAR GUTIERREZ, Antonio. Panorama del Derecho Mexicano. Tomo II. Instituto de Derecho Comparado. UNAM 1965. Síntesis de Derecho Civil., pp. 47, 48 y 49.

permite, la posición del hombre y la mujer dentro del matrimonio".²⁴

El Código Civil para el Distrito Federal en vigor nos enuncia los derechos y obligaciones de los cónyuges de los artículos 162 a 177, y son:

Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Los cónyuges viviran juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales. (Anteriormente no se definía lo que es el domicilio conyugal)

Los tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso. De acuerdo a las costumbres se decía que la mujer debía vivir al lado de su marido.

Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los cónyuges tendrán derechos y obligaciones iguales, independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

²⁴Idem.

Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el Juez de lo familiar resolverá sobre la oposición.

"La materia de derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, ha sido objeto de algunas reformas, primeramente por virtud del decreto del 31 de diciembre de 1953 a fin de darle igualdad a la mujer. modificó diversos preceptos que colocaban a la mujer bajo la más estricta autoridad marital, para colocarla en un plano de igualdad con el marido".²⁵ Es de mencionarse que nuestra legislación ha sido objeto de más reformas desde ese entonces - hasta la fecha, significándose principalmente en esta materia las hechas durante el régimen de Echeverría.

2.2 En cuanto a los Bienes

La ley señala expresamente que el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes.²⁶

Los esposos al momento de contraer matrimonio van a establecer el régimen económico del mismo, comprendiéndose en el pacto que celebren, tanto los bienes de que sean dueños, como los que adquieran después. Es lo que conocemos como capitulaciones matrimoniales. Así mismo, serán nulos los pactos que los esposos hagan y que sean contrarios a las leyes o a los fines del matrimonio.

"La sociedad conyugal debe constar en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse coparticipaciones o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida. En igual forma se llevará a efecto la alteración que se haga de las capitulaciones".²⁷

²⁵PINA, Rafael de, ob. cit., p. 48.

²⁶ROJINA VILLEGAS, ob. cit. Derecho..., p. 332.

²⁷Idem.

Entre las reglas a que se sujeta el régimen de sociedad conyugal, mencionadas de los artículos 183 a 206 del Código Civil vigente, encontramos - que:

La capitulación en cuya virtud uno de los consortes haya de percibir - todas las utilidades es nula.

Disuelto el matrimonio o establecida la separación de bienes los cónyuges pueden renunciar a las ganancias que les corresponden, antes, no.

Mientras subsista la sociedad conyugal el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges.

Cesarán los efectos de la sociedad conyugal para el cónyuge que abandone injustificadamente el domicilio conyugal. Sólo podrán comenzar nuevamente mediante convenio expreso.

La sociedad conyugal terminará, entre otras causas, por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes, por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente.

Disuelta la sociedad conyugal se procederá a su liquidación, previo inventario de los bienes de la misma y pago de créditos. El sobrante, si lo - hubiere, se repartirá entre los cónyuges en la forma convenida. Las pérdidas las pagará cada uno de ellos en proporción de las utilidades que debían corresponderles.

La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. Este régimen se puede pactar antes o durante el matrimonio y comprenderá los bienes de que sean dueños al celebrarse como los que adquieran después.

Las modalidades a que se sujetan los cónyuges en este régimen las encontramos contenidas de los artículos 207 a 218 del Código Civil en vigor, - y son:

La separación de bienes puede ser sustituida por la sociedad conyugal.

Si los consortes son menores de edad requieren del conocimiento de quienes lo otorgaron para la celebración del matrimonio. La misma regla se observará cuando se pretenda modificar el régimen durante la menor edad de los cónyuges.

No es necesario que consten en escritura pública.

Cada uno de los cónyuges conservará la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenezcan.

Los sueldos, emolumentos y ganancias que obtuviere cada uno de los cónyuges por servicios personales, por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria.

Si los cónyuges adquirieran comunmente bienes por donación, herencia, legado, por cualquier otro título gratuito, hasta en tanto no se haga la división, serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro.

El marido y la mujer mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios, y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél; salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre la administración de los bienes; pero si son menores, tendrán la administración de los bienes; pero si son menores, tendrán la administración de los bienes, en los términos indicados, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, grabarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales.

La mujer necesita autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebre sea el de mandato, y para ser fiadora del mismo u obligarse solidariamente con él en asuntos que sean de interés exclusivo de éste; no la necesita para otorgar fianza a fin de que su esposo obtenga la libertad.

El marido y la mujer podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro, pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio.

2.3 En cuanto a los hijos

Rafael Rojina Villegas nos habla de los efectos del matrimonio en cuanto a los hijos:

"Los efectos del matrimonio en cuanto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista:

- a) Para atribuirles la calidad de los hijos legítimos.
- b) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres.
- c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad".

"El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo".²⁸

La legitimidad es una condición que se atribuye a la filiación de los hijos concebidos y nacidos en matrimonio. Los hijos cuya filiación corresponde a esta definición son legítimos".²⁹

El artículo 324 del Código Civil en vigor establece: "Se presumen hijos de los cónyuges:

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

²⁸ROJINA VILLEGAS, Rafael., ob. cit. Derecho..., pp. 334 a 337.

²⁹PLANIOL, Marcelo. RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Cultural, S.A. Habana 1939, p. 574.

Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial". En consecuencia, señala el artículo 325 del Código Civil vigente, por virtud del matrimonio se tiene ya la certeza, desde el punto de vista jurídico, de que los hijos de la mujer casada que hayan sido concebidos a partir de su enlace, serán hijos de su marido, no admitiéndose contra esta presunción otra prueba que la de haber sido físicamente imposible a éste tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

"Para atribuir la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el matrimonio, sirve como título para demostrar esta calidad el acta de nacimiento del hijo en relación con el acta de matrimonio de sus padres. Puede ocurrir que un hijo concebido durante el matrimonio de sus padres no haya sido registrado. En este caso, aún cuando el artículo 340 determina que la filiación de los hijos legítimos se prueba con la partida de su nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres, o si éstas fueren defectuosas, in completas o falsas, se prueba dicha calidad con la posesión durante el estado de hijo legítimo".³⁰ "En defecto de esta posesión, dice el artículo 341-son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible, si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión".

Puede ocurrir que falte el acta de matrimonio de los padres y, no obstante ello, mediando constancias se tenga la calidad de hijo legítimo. El artículo 342 determina en que casos, a pesar de dicha falta, se puede acreditar la calidad de hijo legítimo. Señala que "Si hubiere hijos de dos personas que han vivido publicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fa-

³⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. ob. cit. Derecho..., pp. 334 a 337.

llecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a esos hijos haber nacido de matrimonio por sólo la falta de presentación del acta de enlace de sus padres, siempre que se pruebe que tienen la posesión de estado de hijos de ellos o que, por los medios de prueba que autoriza el artículo anterior, se demuestre la filiación y no esté contradicha por el acta de nacimiento".

"Legitimación de los hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres. Los artículos 354 a 359 regulan esta importante consecuencia, que en nuestro derecho sólo puede obtenerse por el matrimonio y no por un decreto del Jefe del Estado, como sucede, por ejemplo en el derecho italiano o alemán".³¹

"Por una ficción de la ley, se atribuye la calidad de legítimos a hijos que no han sido concebidos durante el matrimonio; ello constituye la legitimación en virtud de la cual un hijo natural y hasta adulterino se convierte en legítimo".³²

"La legitimación es un beneficio por el cual el legislador confiere a un hijo concebido fuera del matrimonio, el carácter de hijo legítimo con todas sus consecuencias. Este beneficio se deriva del hecho del matrimonio de los padres naturales del hijo".³³

En nuestro derecho, "Para que el hijo goce de la calidad de legitimado con todos los derechos y obligaciones que se reconocen a los hijos legítimos, sus padres deberán reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o con posterioridad a él. El reconocimiento debe ser hecho por ambos padres, conjunta o separadamente".³⁴

³¹ Idem.

³² PLANIOL, Marcelo. ob. cit. Tomo II, p. 574.

³³ Idem. p. 737.

³⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. ob. cit. Derecho..., p. 335.

El artículo 357 del Código Civil en vigor permite que el reconocimiento de los hijos naturales, para los efectos de la legitimación, se lleve a cabo posteriormente al matrimonio de sus padres. No obstante ello el hijo legítimado tendrá todos los derechos y obligaciones que la ley otorga, no sólo desde el reconocimiento, sino desde que se celebró el matrimonio de sus padres.

"Los efectos de la legitimación, con todos sus beneficios, se extienden a los hijos que ya hubiesen muerto al celebrarse el matrimonio de sus padres, si hubiesen dejado descendientes. Del mismo derecho gozan los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce como su hijo al que este concebido o pudiera estarlo..".³⁵

"Certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la patria potestad. Nuestro Código Civil al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad de hijo legítimo o natural, por ello el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, sino que confiere ese poder al padre y madre, a los abuelos paternos y a los abuelos maternos".³⁶ Ruggiero nos dice al respecto que "...para defender la familia legítima y combatir las uniones libres debe darse al parentesco natural una eficacia más reducida, y al hijo reconocido una condición menos favorable, aunque ello se perjudique a un inocente...para el hijo natural no hay una familia en el sentido que tiene la que deriva de matrimonio. El hijo natural tiene un status familiae; pero es un estado menos pleno en el que no se reconocen hermanos, hermanos ni a otros colaterales, ni tampoco más ascendientes que el padre o madre que reconocen".³⁷

3. REQUISITOS

"Los requisitos que encontramos para contraer matrimonio, principalmente son de tres clases, y se refieren a la edad, consentimiento y formalida-

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ RUGGIERO, Instituciones de Derecho Civil. V. II. Madrid 1931, pp. 874 y - 875. Traduc. Ramón S.S.

des".³⁸

3.1 Edad

El artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal señala que - para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El jefe del Departamento del Distrito Federal, o los delegados, según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

El artículo 149 del ordenamiento citado nos dice que el hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva...".

"El derecho canónico siguió en un principio las huellas del romano al señalar la edad respectiva de los catorce y los doce años para los dos sexos, establecía una presunción jurídica, incompatible con toda prueba en contrario, respecto a la capacidad o incapacidad para el matrimonio...".

"...es necesaria la madurez sexual para cumplir con las obligaciones que el matrimonio impone. Es a lo que los romanos daban el nombre de pubertad".³⁹

3.2 Consentimiento

El consentimiento matrimonial de los contrayentes declarado en forma legal, crea un matrimonio entre personas capaces de éste y de aquél jurídicamente. Este consentimiento tiene que ser manifestado por ambas partes.

Es en el Concilio de Trento cuando se exige por primera vez una forma en la declaración del consentimiento matrimonial. Y conexión con lo allí establecido, el Código Canónico exige que el consentimiento sea manifestado -

³⁸DE PINA, Rafael., ob. cit. p. 326.

³⁹DE IBARROLA, Antonio., ob. cit. p. 186.

en forma legal, para que pueda crear un matrimonio válido.

"Para el derecho canónico el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual ambas partes se transmiten y reciben mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden a los actos idóneos para la generación de la prole, objeto formal del matrimonio.

"Para la perfección del matrimonio se requiere el mutuo acuerdo de los contrayentes".

"Es tan importante el consentimiento, que sin éste no se puede concebir el matrimonio. Así, en la Constitución francesa de 1791 se afirma que el matrimonio es un contrato, y el artículo 146 del Código de Napoleón señala que no existe matrimonio cuando no existe consentimiento..."⁴⁰

Cuando los que pretendan contraer matrimonio sean menores de edad, será necesario que les otorguen el consentimiento para la celebración del mismo, las personas mencionadas en los artículos 149, 150 y 151 del Código Civil vigente. En este caso no basta el consentimiento de los contrayentes.

El artículo 153 del ordenamiento citado nos señala que otorgado el consentimiento es irrevocable, salvo que haya justa causa.

"La materia de suplencia del consentimiento presenta muchas variantes en relación al Código Civil del Distrito Federal y en general se observa desconfianza para que las autoridades municipales o políticas suplan el consentimiento de los ascendientes o tutores, dándose esta facultad a las autoridades judiciales, con excepción de los Estados de Campeche, Sinaloa y Tamaulipas, que otorgan directamente al gobernador del Estado la facultad de suplir ese consentimiento y en Yucatán la tiene la autoridad municipal".⁴¹

⁴⁰ Idem.

⁴¹ AGUILAR GUTIERREZ, Antonio., ob. cit. p. 25.

"Entre los requisitos que debe contener el consentimiento matrimonial se encuentran:

- "a) Que debe provenir de personas jurídicamente capaces.
- "b) Tiene que ser manifestado exteriormente, y aceptado por palabras o signos. Debe ser concomitante.
- "c) La declaración de matrimonio tiene que ser seria, por ambas partes, es decir, la voluntad sincera de casarse con la otra persona. La sola afirmación de querer contraer matrimonio, si no corresponde a una plena libertad en el fuero interno, no es válida.
- "d) La declaración de voluntad habrá de ser meditada, libre, no coaccionada.
- "e) Tiene que ser ordenada a la esencia y contenido del matrimonio. El contrato matrimonial tiene un contenido jurídicamente necesario, - del cual las partes nada pueden excluir".⁴²

3.3 Formalidades

"La celebración del matrimonio exige la formalización de un expediente, en el que se compruebe la capacidad legal de quienes pretenden contraerlo, que no padecen enfermedad crónica, incurable, contagiosa o hereditaria y que han convenido el régimen de sus bienes, y que se invoca ante el Oficial del Registro del estado civil y del domicilio de cualquiera de los contrayentes".⁴³

El artículo 97 del Código Civil en vigor nos señala los requisitos que debe contener la solicitud de matrimonio:

1.- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si éstos fueren conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de ésta.

⁴²DE IBARROLA, Antonio., ob. cit. , pp. 183 y 184.

⁴³DE PINA, Rafael., ob. cit. Elementos..., p. 327.

- 2.- Que no tienen impedimento legal para casarse.
- 3.- Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Entre las solemnidades a que deben sujetarse los contrayentes, el artículo 102 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice que: "El día señalado al efecto en el lugar y hora designados, deben reunirse los pretendientes y dos testigos por cada uno de ellos, independientemente de los que firman la declaración anexa a la solicitud. El Oficial del Registro leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos presentados con ella, las diligencias que hayan practicado y preguntará a los testigos si los pretendientes son las personas a que se refiere la solicitud. Contestada afirmativamente, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y ante su contestación afirmativa los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad. El oficial levantará acta circunstanciada. Cuando exista constancia de algun impedimento no podrá celebrarse el matrimonio hasta que el juez resuelva lo procedente".

Posteriormente se levantará el acta, en la cual se hará constar que se cumplieron con todos los requisitos que para la celebración del matrimonio son exigidos.

El acta será firmada por el juez del registro civil, los contrayentes, los testigos...(art. 103 Código Civil).

Además de los requisitos mencionados para contraer matrimonio, la ley nos señala en los artículos 146 a 159 del Código Civil para el Distrito Federal, lo siguiente:

- a) Que no exista alguno de los impedimentos que la Ley señala para celebrar el contrato de matrimonio.
- b) Que no exista liga de adopción entre los pretendientes, ni de tutela o, en este último caso, que se hayan aprobado las cuentas de la tutela.
- c) Que en caso de que la mujer haya sido casada con anterioridad, transcurra entre la fecha de disolución del matrimonio anterior y la de la celebración del nuevo matrimonio, un plazo de trescientos

días naturales, a menos que dentro de ese plazo diere a luz a un hijo.

"Requisitos similares a los enunciados, se exigen para contraer matrimonio en casi todos los Códigos Civiles del país tanto del tipo moderno como del antiguo. Hay ligeras variantes en algunos de los Códigos Civiles que enumeramos: Coahuila no requiere que los contrayentes pongan sus huellas digitales en el acta, ni tampoco Chihuahua, cuyo Código no exige certificado médico prenupcial. Aguascalientes, Campeche, Hidalgo, Jalisco y Tabasco exigen un certificado médico más amplio que el requerido por el Código Civil del Distrito Federal, señalando otras enfermedades, que no deben padecer los contrayentes, ni tampoco fines de conformación que hagan imposible los fines del matrimonio".⁴⁴

4. EXTINCION

"La muerte de cualquiera de los cónyuges, el divorcio y la nulidad del acto son las causas que producen la disolución del matrimonio, como arreglo a la legislación civil mexicana".⁴⁵

"Las formas de extinción del matrimonio las podemos clasificar en naturales y civiles.

La natural es causa única, la muerte de cualquiera de los cónyuges; el divorcio y la nulidad del acto, se consideran como civiles".⁴⁶

Según Bonnecase,⁴⁷ no deben confundirse las causas de disolución del matrimonio con las de nulidad. "En efecto, las causas de disolución son acontecimientos posteriores al matrimonio, cuyo efectos no son retroactivos, en tanto que las causas de nulidad son acontecimientos contemporáneos del matrimonio, que implican la retroactividad, con excepción principalmente -

⁴⁴AGUILAR GUTIERREZ, Antonio., ob. cit. , p. 25

⁴⁵DE PINA, Rafael., ob. cit. Elementos..., p. 339.

⁴⁶Idem.

⁴⁷BONNECASE, Julian., ob. cit. Elementos..., p. 552.

del matrimonio putativo". Y nos menciona como causas de disolución del matrimonio: la muerte de uno de los esposos y el divorcio. "Ambas imponen a la mujer un plazo de viudez, es decir, la prohibición de casarse nuevamente, en principio, antes de trescientos días...".

Antonio Aguilar Cutiérrez se manifiesta en el mismo sentido que Rafael de Pina, al señalar que "El matrimonio termina por la muerte de alguno de los cónyuges o por la ausencia continuada de éste que haga presumir su muerte; por la nulidad e ilicitud del matrimonio en razón de causas anteriores o coetáneas a la celebración de éste, o por el divorcio que es una verdadera rescisión del contrato en atención a causas ocurridas durante el mismo".⁴⁸

De la muerte, por ser causa natural, únicamente mencionaré que "Es la cesación completa de la vida".⁴⁹

Toda vez que en capítulo aparte trataré todo lo relativo al divorcio, por el momento me concretaré a tratar sobre la nulidad en el matrimonio.

Para hablar de nulidad en el matrimonio, como causa de disolución de éste, es necesario establecer jurídicamente los casos o causas por las que se presenta aquélla y aplicarlos específicamente al matrimonio.

Genéricamente hay nulidad absoluta y nulidad relativa.

La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

Son elementos esenciales de un acto jurídico la manifestación de voluntad y la existencia de un objeto física y jurídicamente posible.

Según Rojina Villegas "...serán nulidades absolutas en materia matrimo-

⁴⁸ AGUILAR GUTIERREZ, Antonio., *ob. cit.*, p. 53.

⁴⁹ DICCIONARIO Larouse de la Lengua Española. Ed. Larouse. México 1982. p.380

nial, las que reúnan las tres características que enumera el artículo 2226- del Código Civil para el Distrito Federal, consistentes en la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad, en la imposibilidad de convalidar el acto por ratificación expresa o tácita para que desaparezca la nulidad y en la posibilidad de que todo interesado puede hacer valer la acción. En cambio, serán nulidades relativas aquéllas que no reúnan las tres características mencionadas, aún cuando se presenten dos de ellas, bastando, por lo tanto, que la acción sea prescriptible, como ocurre en la mayoría de los casos de nulidad de matrimonio, o bien, que el acto pueda convalidarse por ratificación expresa o tácita o, finalmente que la acción sólo se conceda al di-rectamente perjudicado".⁵⁰

Ahora bien, "Siendo el matrimonio un acto jurídico, tiene elementos- esenciales y de validez. Los primeros están constituidos respectivamente- por la manifestación de voluntad de los consortes y el Oficial del Registro Civil y por el objeto específico de la institución, que de acuerdo con la - ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, - tales como hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente, guardarse fidelidad recíproca, etc.".⁵¹

La nulidad surge con motivo de no haberse llenado determinados requisitos con los cuales habría debido cumplirse en el momento de la celebración- del matrimonio.⁵²

En cuanto a los elementos de validez, en el matrimonio se requiere, como para todos los demás actos jurídicos la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la lici- tud en el objeto, motivo, fin y condición del acto".⁵³

Además de matrimonios nulos, puede haber matrimonios inexistentes. Ga-

⁵⁰ROJINA VILLEGAS, Rafael., ob. cit. Derecho..., pp. 410 y 411.

⁵¹Idem. Compendio..., p. 289.

⁵²DE IBARROLA, Antonio., ob. cit., p. 237.

⁵³ROJINA VILLEGAS, Rafael., ob. cit. Compendio..., p. 289.

briel García Rojas y Raúl Ortiz Urquidí⁵⁴ insisten en que no hay distinción entre actos inexistentes y actos nulos de pleno derecho, toda vez que los efectos de una y otra categoría son totalmente idénticos. "De todos modos - la división se impone".⁵⁵

La forma en el matrimonio puede ser un simple elemento de validez o bien un elemento esencial para la existencia del acto, por constituir una verdadera solemnidad.

La naturaleza especial que se ha señalado para el matrimonio no impide que en su celebración se tomen en cuenta las disposiciones generales que en el Código Civil regulan los contratos y que por disposición del artículo - 1859 son aplicables a los demás actos jurídicos en tanto que no se opongan a la naturaleza de los mismos o a disposiciones expresas de la ley.

Son elementos esenciales aquéllos sin los cuales el acto jurídico no puede existir. Son elementos del acto es decir de validez, aquéllos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico (el acto jurídico existe), pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa - del mismo, según lo disponga la ley.

De esta manera encontramos que habrá nulidad, ya sea nulidad absoluta o relativa, cuando no se cumpla con los requisitos de validez señalados por la ley.⁵⁶

Los casos mas típicos de nulidad los encontramos cuando en la realización del acto jurídico se presentan vicios en el consentimiento.

"El matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido, pero puede declararse nulo judicialmente cuando exista causa legal, no siendo posi-

⁵⁴ Auts. cits. por DE IBARROLA., ob. cit., p. 244.

⁵⁵ DE IBARROLA, Antonio., ob. cit., p. 244.

⁵⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio..., ob. cit. pp. 288 y sgtes.

ble transigir ni comprometer en árbitros acerca de su nulidad...produciéndose la separación de los cónyuges, con la disolución del vínculo conyugal".⁵⁷

El Código Civil vigente, en su artículo 235 considera como causas de nulidad:

1.- El error acerca de la persona con que se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra.

2.- Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156.

3.- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.

"La nulidad por error se destruye si el cónyuge que la ha padecido no la denuncia inmediatamente que la advierta; la falta de edad deja de ser causa de nulidad cuando haya habido hijos; cuando, sin haberlos, el menor hubiera llegado a los dieciocho años y ni él ni el otro cónyuge la hubieran intentado; la producida por falta de consentimiento cesa si transcurren treinta días sin que se haya pedido, si dentro de ese término no han consentido, expresa o tácitamente, los ascendientes, y si se ha obtenido notificación del tutor o de la autoridad judicial, en su caso, y la ocasionada por parentesco de consanguinidad no dispensada si existe la dispensa posterior y los cónyuges reiteran su consentimiento".⁵⁸

El miedo y la violencia también son considerados como causas de nulidad cuando concurren alguna de las circunstancias enumeradas por el artículo 245 del Código Civil en vigor.

Aunque sea declarado nulo el matrimonio, existe un régimen proteccion-

⁵⁷ DE PINA, Rafael., ob. cit., p. 346.

⁵⁸ Idem.

nista para los hijos, no pudiendo ser de otra manera, no importando si ha habido buena o mala fe, de uno de los padres o de ambos, al celebrar el matrimonio.

Los artículos 255 y 256 del Código Civil vigente señalan que en todo tiempo el matrimonio tendrá efectos respecto de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieran separado los consortes, o desde su separación en caso contrario.

Aunque De Ibarrola señala que "...Los efectos de la nulidad son, en principio, retroactivos; se considera como si el matrimonio jamás hubiera sido contraído; los esposos son considerados como si jamás hubieran sido casados, y los hijos como nacidos fuera de matrimonio".⁵⁹

De esta manera, nos vamos a encontrar con lo que conocemos como matrimonio putativo. El mismo "...produce los efectos de un matrimonio disuelto sin retroactividad. Siendo el matrimonio putativo un matrimonio nulo de derecho común no produce efectos nuevos, pero sus efectos adquiridos el día del fallo subsisten con respecto a los hijos y al esposo o esposos de buena fe. Nos encontramos así que se asemeja a un matrimonio disuelto por el divorcio. Los efectos que produce deben ser examinados en lo que a los hijos concierne para los cuales son siempre los mismos, y en lo que concierne a los esposos, para los cuales varían según que los dos hayan sido de buena fe o que uno sólo haya sido de buena fe".⁶⁰

Declarada que sea la nulidad de matrimonio, se procederá a la división de los bienes comunes, repartiéndose equitativamente si hubo buena fe por parte de ambos cónyuges. Si hubo buena fe sólo respecto de uno de ellos, a él íntegramente se entregarán esos productos. En caso de mala fe de ambos, los productos se aplicarán en favor de los hijos. Así lo señala expresamen-

⁵⁹DE IBARROLA, Antonio., ob. cit., p. 237.

⁶⁰PLANIOL, Marcelo., ob. cit., pp. 242 y 243.

te el artículo 261 del Código Civil vigente.

Como se observa, para poder determinar cualquier circunstancia derivada de la nulidad del matrimonio, ya sea respecto de los cónyuges, respecto de los hijos o en relación a los bienes, es necesario establecer la buena o mala fe con que procedieron o uno o ambos cónyuges, y así estar en posibilidades de proceder conforme lo determine la ley en cada caso concreto.

"En virtud de las consecuencias de una nulidad de matrimonio revisten-suma gravedad, no podría aplicarse al matrimonio el sistema general de nulidades más que con gran reserva".

"Tanto el legislador como los tribunales se han ocupado de atenuar las consecuencias de los vicios del consentimiento, y frente a alguna condición incumplida, mantienen el matrimonio, ya sea rehusándose a reconocer la nulidad como sanción de inobservancia de ciertas condiciones, ya sea derogando los efectos de la nulidad. Se denota la preocupación de mantener la estabilidad del matrimonio en interés de los cónyuges y de los hijos".⁶¹

"Un principio que se ha consagrado, para defender la estabilidad de la familia es que en materia de matrimonio no habrá nulidad sin texto que la imponga. Las condiciones bajo las cuales se celebra el matrimonio deben ser expresas".⁶²

⁶¹DE IBARROLA, Antonio., ob. cit., p. 238.

⁶²Idem.

C A P I T U L O T E R C E R O

D I V O R C I O

1. CONCEPTO

Planiol nos dice que "El divorcio es la disolución, en vida de los esposos, de un matrimonio válido. El divorcio no puede obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley".⁶³

Bonbecase define que el divorcio de la misma manera que Planiol, aunque considera todos los elementos mencionados por éste en la definición misma al señalar que: "El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial".⁶⁴

Don Joaquín Escriche nos señala que "...como el matrimonio legítimamente contraído no puede disolverse, por razón de haber sido elevado a sacramento, no se entiende por divorcio la entera disolución del vínculo matrimonial, sino solamente la separación de bienes y habitación entre el marido y la mujer, quienes no por eso adquieren la libertad de pasar a otras nupcias mientras viviere el uno de los dos.

"Llábase divorcio por la diversidad u oposición de voluntades del marido y de la mujer o porque cada uno se va por su lado".⁶⁵

"El divorcio es un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor: La disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal".

"La palabra divorcio proviene del latín *divortium*, que significa disolución del matrimonio. Forma sustantiva del antiguo *divortere*, que significa separarse (direiteración; *voltere*, dar vueltas)".⁶⁶

⁶³PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge., ob. cit., p. 368.

⁶⁴BONNECASE, Julian., ob. cit., p. 552.

⁶⁵ESCRICHE, Joaquín., ob. cit., p. 565.

⁶⁶FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil, t VI, V, I. Imp. y Lito Universo, - S.A. Santiago de Chile 1959., pp. 183 y 184.

"Para Colón y Capitant divorcio es "La disolución del matrimonio, vi- - viendo los esposos, a consecuencia de una resolución judicial dictada a de - manda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la - ley".⁶⁷

"Divorcio es la separación legal de los cónyuges que produce la disolu- ción del vínculo. Separación o apartamiento de persona o cosas que están jun- tas. En la legislación argentina el divorcio no significa la disolución del vínculo, sino simplemente la separación de los cónyuges, suspendiéndose la - vida en común y no pudiendo contraer nuevo matrimonio".⁶⁸

En nuestra legislación, el artículo 266 del Código Civil vigente define de modo implícito el divorcio en cuanto al vínculo, al preceptuar lo siguien- te: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Según Eduardo Pallares, "El divorcio es un acto jurisdiccional o admi - nistrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio deja de producir sus efectos, tanto como relación a los cónyuges como respecto a los terceros".⁶⁹

Este autor nos señala que el divorcio definido por nuestra legislación- produce dos efectos, uno negativo y otro positivo. Por el primero deja de - existir el vínculo jurídico que obligaba a los cónyuges; por el segundo, les otorga plena capacidad para volver a contraer matrimonio.

"Rafael de Pina señala que el divorcio es la extinción de la vida conyu gal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al e - fecto, y por una causa determinada de modo expreso".⁷⁰

⁶⁷FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil, t VI, V.I. Imp. y Lito Universo, - S.A. Santiago de Chile 1959., pp. 183 y 184.

⁶⁸FERNANDEZ DE LEON, Gonzalo. Diccionario Jurídico. Tomo II. Ediciones Conta- bilidad Moderna. Buenos Aires 1972., pp. 368 y 369.

⁶⁹PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal. Ed. Porrúa. México - - 1981., p. 260.

⁷⁰DE PINA, Rafael. Elementos..., ob. cit., p. 338.

"Para Galindo garfias, el divorcio. "Es la ruptura de un matrimonio vá lido, en vida de los esposos, declarada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas en la ley".⁷¹

También se considera el divorcio como "La ruptura del vínculo matrimonial, que no puede confundirse con la mera separación personal, que deja el vínculo incólume".⁷²

De Ibarrola nos dice que "El divorcio es la ruptura de un matrimonio -válido en vida de los dos cónyuges. Divortium viene del verbo divertere: Ir se cada quien por su lado".⁷³

Vistos los conceptos de divorcio analizados, considero al mismo como - la disolución de un matrimonio válido, declarada por autoridad competente, - previo procedimiento señalado al efecto, mediante una sentencia.

2. CLASES DE DIVORCIO

Para hablar de las clases de divorcio que regula nuestra legislación, es necesario distinguir primeramente los grandes sistemas que han existido de esa figura hasta la fecha.

Así, Rojina Villegas distingue dos sistemas: El divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular. En el primero, perdura el vínculo, suspendiéndose sólo algunas obligaciones del matrimonio, tales como las de hacer vida en común y cohabitar. En el segundo, se disuelve el vínculo matrimonial, quedando los cónyuges en aptitud de celebrar nuevas nupcias".⁷⁴

En el divorcio por separación de cuerpos el vínculo matrimonial per-

⁷¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil., parte gral, personas, familia.- Ed. Porrúa. México 1976., p. 565.

⁷² GOMEZ DE LIAÑO, F. Diccionario Jurídico. Ed. A. Z. Salamanca 1983., p. - 118.

⁷³ DE IBARROLA, Antonio., ob. cit., p. 259.

⁷⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho..., ob. cit., t2 p. 383.

dura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, ministración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: La separación marital de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, - por consiguiente, a hacer vida marital.⁷⁵

Este tipo de divorcio fue el único que regularon los códigos de 1870 - y 1884. Actualmente en nuestro Código Civil en vigor se manifiesta como una opción que se origina en el texto mismo del artículo 277.

Ricardo Couto nos dice que "La separación de cuerpos es el estado de - dos esposos que han sido eximidos judicialmente de la obligación de vivir - juntos... ambos esposos permanecen casados; pero viven separadamente..."⁷⁶

Se le puede considerar como un divorcio antiguo disminuido en sus efectos, ya que se prohibía a los esposos desunidos volver a contraer nuevo matrimonio.

En lo que se refiere al divorcio vincular, su principal característica consiste en la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges - para contraer nuevas nupcias.⁷⁷

Dentro de este sistema vincular vamos a clasificar el divorcio en necesario y voluntario. Este último puede ser administrativo o judicial. El primero procede en los términos del artículo 272 del Código Civil vigente. - - Cuando no se reúnan los requisitos exigidos por el precepto invocado, los - cónyuges pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez - competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles y del artículo 273 del Código Civil.⁷⁸

2.1 Divorcio Necesario

⁷⁵Idem.

⁷⁶COUTO, Ricardo., ob. cit., pp. 303 y 304.

⁷⁷ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho..., ob. cit., t.2, p. 385.

⁷⁸Idem.

Antes de hablar el divorcio necesario es conveniente establecer los - - presupuestos de su acción. "Además de que el divorcio en cualquier caso, re - quiere la existencia de un matrimonio válido, la acción de divorcio, debe - hacerse valer ante juez competente, por persona capaz y legitimada procesal - mente para accionar. Es necesario que la causal invocada, se encuentre com - prendida en cualquiera de las causas taxativamente señaladas en los artícu - los 267 y 268 del Código Civil".⁷⁹

La autoridad competente para conocer del divorcio necesario, es el - - juez de lo familiar del domicilio conyugal o en caso de abandono de hogar, - el del domicilio del cónyuge abandonado. (Art. 156 Fracc. XII Del Código de Procedimientos Civiles)

"Las causas de divorcio pueden definirse como aquellas circunstancias - que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación median - te el procedimiento previamente establecido al efecto".⁸⁰

Las causas de divorcio pueden derivar de culpa de uno o de ambos de - - los consortes o por venir de otras razones, en las que no pueden imputarse - culpa a ninguno de ellos.⁸¹

Dentro del sistema de divorcio necesario podemos considerar dos tipos, que son: El divorcio sanción y el divorcio remedio. El divorcio sanción se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio. El divorcio reme - dio se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hi - jos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además, contagio - sas o hereditarias.⁸²

⁷⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio., ob. cit., p. 583.

⁸⁰ DE PINA, Rafael. Elementos..., ob. cit., p. 342.

⁸¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio., ob. cit., pp. 584 y 585.

⁸² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho..., ob. cit., t.2, p. 396.

La misma clasificación de divorcio necesario hace Planiol.⁸³

Las causales que dan lugar al divorcio remedio las encontramos contempladas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil en vigor, y las demás causales del artículo mencionado provocan el llamado divorcio sanción.

Además de considerarlo como divorcio remedio, los cónyuges pueden pedir simplemente la separación de cuerpos, suspendiéndose la obligación de cohabitación y quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio. Ello con fundamento en las ya mencionadas fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil.

El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge inocente, y dentro de los seis meses siguientes al día en que se tuvo conocimiento de los hechos que funden la demanda. (Art. 278 del Código Civil) Para que esta acción pueda ser intentada, se requiere que no haya mediado perdón expreso o tácito, por parte del cónyuge que no hubiere dado causa al divorcio. (Art. 279 del Código Civil)

Como ya lo mencioné, el artículo 267 del Código Civil en vigor nos señala las causas de divorcio y nos dice: "Son causas de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse 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 cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.
- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier 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 demente.

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

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

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesite para que se haga que proceda la declaración de ausencia.

XI. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes 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.

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

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

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

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

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

XVII. El mutuo consentimiento.

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

También el artículo 268 del Código Civil nos señala que: "Cuando un- - cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que - no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el di vorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que reconvino al desistimiento. Durante estos - tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

De acuerdo con lo señalado por el artículo 278 del Código Civil vigen- te, el divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no ha ya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que ha- yan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

Admitida que sea la demanda de divorcio, o antes, si hubiera urgencia, el juez dictará provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las dispo- siciones siguientes:

1.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Có- digo de Procedimientos Civiles.

2.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimenta- rio al cónyuge acreedor y a los hijos.

3.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicio en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyu- gal, en su caso.

4.- Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece- - respecto a la mujer que queda encinta.

5.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hu bieren 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 - fije el código respectivo resolverá lo conducente. (Art. 282 Código Civil)

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. (Art. 282 Código Civil)

El artículo 280 del Código Civil en vigor nos señala que: "La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta renuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación".

"El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; más en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyen causa suficiente para el divorcio". (Art. 281 Código Civil)

2.2 Divorcio Voluntario

Como ya quedó señalado, existen dos clases de divorcio voluntario: Uno llamado judicial y otro denominado administrativo.

En virtud de que, en el capítulo siguiente me referiré al divorcio voluntario judicial, en este momento únicamente señalaré que el mismo encuentra su fundamentación en el párrafo último del artículo 272 del Código Civil en vigor.

El divorcio voluntario administrativo lo trato a continuación.

2.2 Divorcio Voluntario Administrativo

"Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el

juez del registro civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse...". (Art. 272 del Código Civil)

La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil vigente, facilita en forma indebida la disolución del matrimonio por mutuo-consentimiento, ya que llenándose ciertas formalidades, los consortes pueden acudir ante el Oficial del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio... se introdujo este tipo de divorcio en nuestra legislación con el objeto de evitar que los hogares sean focos de continuos disgustos y desaveniencias entre los cónyuges, en perjuicio de los hijos. Con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno.

Este tipo de divorcio, marca la cúspide en donde las facilidades para la obtención del mismo se han disminuido a tal grado, que la sola voluntad de las partes es suficiente para disolver el vínculo matrimonial, sin necesidad de la intervención de la autoridad judicial, sino simplemente el Oficial del Registro Civil, consignará la voluntad de los consortes, y mediante esa constancia hecha en el acta que levantará, después de haber sido ratificada a los quince días, será suficiente para considerarse como disuelto el matrimonio. Así pues, partiendo de la serie de trabas, dificultades y obstáculos que interponía el Código de 1870 para la simple separación de cuerpos, esta forma de divorcio voluntario, denominado de tipo administrativo, por la no intervención de la autoridad judicial, representa la última etapa a la que se ha llegado en nuestro derecho.⁸⁴

"Cuando procede el divorcio en la vía administrativa, queda excluida la intervención del apoderado para obtener el divorcio. De acuerdo con el artículo 272 del Código Civil, la comparecencia ha de ser personal, tanto en la presentación de la solicitud de divorcio, como en la ratificación de dicha solicitud".⁸⁵

⁸⁴ROJINA VILLEGAS, Rafael., ob. cit. Derecho..., pp. 396 y 397.

⁸⁵GALINDO GARFIAS, Ignacio., ob. cit., p. 575.

Siendo un acto personalísimo, el divorcio no puede efectuarse por medio de un representante legal o de un apoderado.

En el divorcio voluntario administrativo, el oficial del registro civil tiene funciones meramente pasivas: Levanta un acta en la que se hace constar su comparecencia y la declaración de voluntad de querer divorciarse, ratificada la voluntad de los cónyuges a los 15 días, los declara divorciados y procede a hacer la anotación respectiva en el acta de matrimonio. Las funciones del Oficial se reducen a hacer constar dichos actos y a declarar el divorcio.

"El papel pasivo del oficial civil en esta clase de divorcios, se explica porque, no habiendo hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el Estado carecen de interés en que el vínculo conyugal subsista, y consideran el divorcio como la rescisión de un contrato.

"El código exige que los cónyuges demuestren con la copia certificada-relativa su mayoría de edad, pero no exige prueba alguna respecto de los otros tres requisitos, a saber: El concerniente a su domicilio, el de no haber procreado hijos, y por último, el que han ya liquidado la sociedad conyugal. En la práctica, se admiten como verdaderas las declaraciones que a este respecto hagan los cónyuges, sin exigirles el requisito previo de la protesta de decir verdad".⁸⁶

3. EFECTOS

Para Rafael de Pina, los efectos del divorcio se clasifican en provisionales y definitivos.

Los efectos provisionales son aquéllas medidas que decreta el juez al-

⁸⁶PALLARES, Eduardo., ob. cit. El Divorcio..., pp. 40 y 41.

admitir la demanda y rigen en tanto no sea dictada la sentencia de divorcio.⁸⁷ Dichas medidas se encuentran señaladas en el artículo 282 del Código Civil en vigor, mismas que ya quedaron enunciadas en el inciso relativo al divorcio necesario.

Los efectos definitivos son aquéllos que se producen una vez dictada la sentencia de divorcio.⁸⁸

"La sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial, produce efectos en relación con la persona de los consortes que se divorcian, respecto de la situación de los hijos y en cuanto a los bienes de los consortes".⁸⁹

Según Bonnecase⁹⁰, el divorcio sólo produce efectos respecto de los esposos y respecto de los hijos.

3.1 Efectos Respecto a los Cónyuges

De la definición misma de divorcio que da nuestro Código Civil, al señalar en el artículo 266 que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, surge el primer efecto que produce la sentencia de divorcio: El que los cónyuges puedan celebrar nuevo matrimonio. Para que ocurra esto, es necesario tomar en consideración lo señalado por el artículo 289, que establece que "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán nuevo matrimonio.

"El cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse, sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio.

"Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que

⁸⁷ DE PINA, Rafael., ob. cit., p. 345.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio., ob. cit., p. 598.

⁹⁰ BONNECASE, Julian., ob. cit., p. 558.

obtuvieron el divorcio".

Asimismo, el artículo 158 del Código Civil en vigor señala que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio, sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

Esta situación la contemplan Bonnecase y la legislación francesa al estimar que la mujer esta sujeta en esta serie de circunstancias a un plazo de viudez. Según Bonnecase los efectos del divorcio se retrotraen al día de la demanda, entre los esposos, por lo que hace a sus intereses pecuniarios, y en cuanto a los de carácter personal, sólo surte efectos desde el día de la sentencia.⁹¹

En los casos de divorcio necesario, señala el artículo 288 del Código Civil, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

⁹¹ BONNECASE Julian., ob. cit., pp. 558 y 559.

3.2 Respecto a los Hijos

El artículo 283 del Código Civil en vigor nos fija las directrices que han de seguirse para determinar cualquier cuestión referida a los hijos, señalando al efecto que "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a 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". De esta manera observamos que nuestra legislación con la reforma del precepto indicado deja de ser casuística, omitiendo de manera favorable la causal que haya dado motivo al divorcio y dándole al juez la facultad de que, mediante un análisis somero y basándose en normas previamente establecidas, decida sobre la futura situación de los hijos, tomando en cuenta principalmente los elementos que contribuyeron a encuadrar la causal invocada y no necesariamente la causal misma.

De esta manera, tanto el padre como la madre podrán perder la patria potestad que tiene sobre el o los hijos. Pero, a pesar de ello, el artículo 285 señala que "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos". (Entre ellas la de proporcionar alimentos)

Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, señala el artículo 284, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

3.3 Divorcio en cuanto a los Bienes

De acuerdo con lo establecido por el artículo 286 del Código Civil en vigor, el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración-

a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Es efecto de la sentencia de divorcio, según lo dispone el artículo 197 del Código Civil, la disolución de la sociedad conyugal, la cual debe ser puesta en liquidación, de acuerdo con las bases que establezca la sentencia de divorcio, conforme a lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales. Al respecto, al artículo 287 del ordenamiento citado señala que "Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos, hasta que lleguen a la mayor edad.

"Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente y, además, para que publique un extracto de la resolución, durante quince días, en las tablas destinadas al efecto". (Art. 291 del Código Civil en vigor)

4. SITUACION DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS CASOS DE DIVORCIO

Afirmar que por el hecho de formar una familia sujeta a la reglamentación correspondiente tendrá como consecuencia el desarrollo armónico de la misma sería una utopía que iría en contra de la propia naturaleza humana.

No podemos desconocer los fracasos familiares que existen en la actualidad, muchos de ellos originados por el desajuste que ha sufrido el modelo tradicional gonyugal, consecuencia del progreso de desarrollo de la mujer derivado principalmente de sus estudios y de su trabajo fuera del hogar. La igualdad real de la mujer como persona, así como, la circunstancia respecto al masculinismo, todavía muy arraigado en nuestra sociedad, traen aparejado un desequilibrio en la estabilidad familiar, mismo que en muchas ocasiones desemboca en un divorcio.

Cuando la situación en el matrimonio se ha tornado de tal manera grave que no permite su continuación, el divorcio es, si no la mejor solución, sí el mal menor para proporcionar a los hijos una vida más llevadera, que aunque difícil, será preferible a mantenerlos dentro de un seno familiar adverso que les impida una sana adaptación en la sociedad.

Ante esta realidad, es indispensable que se asegure el desarrollo de los hijos que viven el divorcio de sus padres, más aún, si se trata de problemas graves que afectan tanto la salud como la educación de los hijos.

La desorganización de la familia puede definirse como el rompimiento de la unidad familiar, la disolución o fractura de una estructura de funciones sociales, cuando uno o más miembros dejan de desempeñar adecuadamente sus obligaciones funcionales.

Cuando el grupo familiar es incompleto, como sucede en los casos de divorcio, es cuando más se necesita colocar al niño en condiciones que recreen para ellos un medio familiar normal. Las necesidades del niño no se satisfacen en su totalidad si únicamente se les proporciona techo y comida, que por desgracia en la realidad social mexicana actual no se les da en muchos casos de divorcio; hay que agregar los elementos indispensables para el desarrollo sano de su personalidad, sin los cuales, el niño puede sufrir tan gravemente que corre con el peligro de convertirse en una carga permanente para la colectividad.

El hecho de que como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, físicamente el padre o la madre falta en la casa donde los hijos habitan con el progenitor que los tiene bajo su custodia, no es suficiente para suprimir un clima familiar de protección. Si los hijos víctimas de un divorcio carecen de esta protección, es por el incumplimiento de los padres.

El niño privado de un ambiente familiar normal es vulnerable, no sólo en cuanto a su salud física, si no también en lo que concierne a su salud mental, su educación y su adaptación a la sociedad, es por ello que en los casos en que se ha disuelto la unión conyugal, privándose al hijo del medio-

mas idoneo para su formación, el Estado debe intervenir para aliviar esta - situación a través de una legislación efectiva.

No obstante el razonamiento que precede, los efectos del divorcio en - relación con la Patria Potestad, varían de acuerdo con los motivos que lo - hayan originado, puesto que aquellos serán diferentes según que el divorcio sea necesario o voluntario.

Tratándose de divorcio necesario, cuyas causales están establecidas en el artículo 267 del Código Civil, fracciones I a XVI, ya que la fracción- - XVII establece el mutuo consentimiento, se priva de la Patria Potestad al - cónyuge culpable tratándose de las fracciones 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 lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe - que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expre - so de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para come - ter 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 corrup - ción;
- VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa - justificada;
- 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 por más de dos años;
- XV. Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido o persistente - de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la fami - lia, o constituyen un continuo motivo de desaveniencia conyugal.

Si en los casos anteriores, ambos cónyuges fueren culpables, quedarán-

los hijos bajo la Patria Potestad del ascendiente que corresponda y si no lo hubiere, se nombrará tutor.

Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida dentro de las siguientes fracciones:

- IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;
- XI. La servicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;
- XII. 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;
- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

Los hijos quedarán bajo la Potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el culpable recuperará la Patria Potestad. Si ambos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la Patria Potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la Patria Potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quién la ejerza, se les nombrará tutor.

Por último, en el caso de las fracciones siguientes:

- VI. Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impo -

tencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
VII. Padecer enajenación mental incurable;

Los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos. Es decir, en el caso de estas fracciones, se concede la custodia, que significa el cuidado y vigilancia de los hijos al cónyuge sano y simplemente se restringe al conjunto de derechos que otorga la Patria Potestad al cónyuge enfermo para evitar el contagio a sus hijos, que se pudiera ocasionar por la convivencia continua.

Pero como la Patria Potestad no sólo implica derechos sino también obligaciones y responsabilidades, se mantienen estas para el cónyuge enfermo especialmente dentro de su posibilidad de suministrar alimentos a sus hijos y de representarlos jurídicamente en todos aquellos actos que se requiera la intervención del cónyuge afectado. Respecto a las últimas consideraciones, por supuesto que la fracción VII tendrá tratamiento específico, por su naturaleza.

El divorcio necesario ha sido considerado como una sanción específica del Derecho Familiar, ya que con excepción de las fracciones VI y VIII, las causales establecidas en el artículo 267 del Código Civil suponen un hecho ilícito entre los cónyuges, en relación con los hijos o respecto de terceros que la ley ha tipificado como bastante para originar la ruptura del vínculo conyugal y consecuentemente se ha considerado, por tal motivo, que el cónyuge culpable no tiene la capacidad moral para dar la debida orientación a sus hijos, lo que implica que el culpable recibirá como sanción, la pérdida de la Patria Potestad respecto a sus derechos, más no respecto a sus obligaciones; situación que queda reglamentada por el artículo 285.

A mayor abundamiento, de acuerdo con el artículo 1910 del Código Civil, toda conducta ilícita se sanciona con el pago de daños y perjuicios. En relación con este artículo, en los casos de divorcio necesario, el precepto 288 prescribe que cuando por motivos del mismo se originen daños y perjuicios al cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito y cuando estos ilícitos causen daño a los bienes del inocente, éste ten

drá acción indemnizatoria, y al efecto se aplicarán las reglas generales - contenidas en los artículos 1910, 1915, 1916 y demás relativos del Código - Civil.

La reforma al artículo 1916 por Decreto del Presidente de los Estados- Unidos Mexicanos, Lic. Miguel de la Madrid Hurtado, publicado en el Diario- Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1982, reviste gran importan- cia respecto al tema que nos ocupa. El citado artículo reformado, a la le - tra dice:

Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una perso- na sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputa - ción, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la conside- ración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el respon- sable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemniza- ción en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tan- to en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación- de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva - conforme al artículo 1913, así como el estado y sus funcionarios conforme - al artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre - vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado- la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta- los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económi- ca del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias - del caso.

Cuando del daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, - reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con car- go al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refle- je adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los me- -

dios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño - derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el - juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, - con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Artículo 1916 bis. No estará obligado a la reparación del daño moral - quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en - los términos y con las limitaciones de los artículos 6º y 7º de la Constitu - ción General de la República.

En todo caso, quien demande la reaparición del daño moral por responsa - bilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilici - tud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere cau - sado tal conducta.

Es innegable que la conducta del cónyuge culpable en un divorcio neces - sario, como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, encaja a la - perfección en el supuesto de esta norma, ya que si bien el divorcio pudo no haber causado daño material al inocente, éste se verá gravemente afectado - en sus sentimientos, creencia, decoro, honor, reputación y la vida privada, más no sólo él, en mucho mayor escala se verán afectados los hijos, por lo - tanto, se reitera que en el supuesto de que el inocente no se hubiere visto afectado en sus bienes, tendrá todo el derecho de exigir del culpable la re - paración del daño moral en dinero para él y para sus hijos, reparación que - es absolutamente independiente de la obligación alimentaria de tracto suce - sivo a la que éste quede sujeto en el futuro.

Tratándose de divorcio voluntario, la situación es diametralmente - - opuesta, el no tener su origen en un hecho ilícito, sino en el mutuo consen - timiento de los cónyuges.

En este caso es primordial concientizar a los padres en el sentido de - que la disolución del vínculo matrimonial no es sinónimo de liberación de - las responsabilidades libremente adquiridas por una paternidad, muy por el - contrario, implica mayores obligaciones para ellos, ante la incapacidad de - mostrada de no poder otorgar a sus hijos la tranquilidad de vivir y desarro -

llarse dentro de un seno familiar normal, puesto que los derechos de familia prevalecen sobre el individuo.

En este punto quiero plasmar una inquietud, únicamente como punto de partida para una reflexión posterior por la gravedad que plantea o ¿no sería justo que los padres ante la incapacidad demostrada al no poder otorgar a sus hijos la tranquilidad de vivir y desarrollarse dentro de un seno familiar normal, tuvieran la obligación de la reparación del daño moral que ambos causen a sus hijos con un divorcio voluntario, independientemente de continuar cumpliendo con las obligaciones inherentes a la Patria Potestad, puesto que como ya se hizo mención, en muchas ocasiones el divorcio voluntario está encubriendo una causal de divorcio necesario, que el juez está imposibilitado de conocer?

El divorcio voluntario, como ya se hizo mención, en su origen, no priva de la Patria Potestad a ninguno de los cónyuges. En nuestro medio el fenómeno que se suscita, es que generalmente la custodia se concede a la madre durante el procedimiento y una vez ejecutoriado; pero el que se confía la custodia a la madre o al padre, no implica la pérdida de la Patria Potestad, por el contrario, obliga que a aquel progenitor a quien no se le confió la custodia, cumpla con la obligación proporcional que le corresponde en el otorgamiento de alimentos, sin olvidar la connotación jurídica que da a los alimentos el artículo 308 del Código Civil. Sin embargo, en ocasiones, al paso del tiempo, el cónyuge que no goza de la custodia de los hijos, que en nuestra realidad mexicana es generalmente el padre, ante el desapego hacia ellos por la falta de convivencia, inclusive llega a perder la voluntad respecto al cumplimiento de las estipulaciones legales. Ante esta situación, el padre o la madre, en los casos en que ésta sea la que carece de la custodia, no pueden ser un modelo adecuado para los hijos, ni pueden por lo mismo considerar a la figura faltante como fuente de autoridad para reforzar la conformidad con las normas, ni sociales ni jurídicas, ya que al presentarse el incumplimiento, el cónyuge quien como consecuencia tiene que absorber en su totalidad, tanto la responsabilidad económica como la moral, forzosamente descuidará una de ellas al no contar con el complemento indis-

La carencia prolongada de los cuidados maternos produce en el niño - pequeño daños graves y duraderos, que modifican su carácter y perturban - así, toda su vida futura.

En relación con el razonamiento inmediato anterior, el artículo 309- - del Código Civil establece que la obligación de dar alimentos se puede sa - tisfacer: a) mediante el pago de una pensión alimenticia o b) incorporando - a la familia; mandamiento que a mi juicio propicia, en su primera opción, - el desapego hacia los hijos, ya que, suponiendo su cumplimiento, el padre o la madre que no tenga la custodia, mediante este pago proporcionará los sa - tisfactores materiales indispensables, mas el hijo carecerá de los elemen - tos necesarios para el sano desarrollo de su personalidad, al no quedar sa - tisfechas sus necesidades espirituales. Esta es la situación a la que aludí cuando aseveré en líneas anteriores respecto al hecho de que la falta físi - ca del padre o de la madre en la casa donde habitan los hijos con el proge - nitor que los tiene bajo su custodia, no debe ser suficiente para que se su - prima un clima familiar de protección, y si bajo esta circunstancia, los hi - jos carecen de él, es porque uno de los padres no está cumpliendo en su to - talidad con las obligaciones que impone la Patria Potestad, ya que siendo - los alimentos una de las de mayor importancia dentro de esta institución ju - rídica, esto no significa que se releguen las obligaciones morales que se - tienen hacia los hijos. La actitud del padre y de la madre hacia los hijos - se determina concientizándolos de la grave responsabilidad que por la pater - nidad adquirieron hacia el presente y futuro de sus hijos y consecuentemen - te ante la sociedad.

La educación de los hijos, aun en el caso de divorcio, debe ser resul - tado de la actividad compartida de los padres. Su autoridad y el amor de - los hijos hacia ellos no deben dividirse por el hecho de que con motivo del divorcio se otorgue la custodia a uno de ellos.

La reglamentación basada en las necesidades sociales actuales debe es - tar acorde con la realidad para que sea efectiva. Es inminente encontrar la - forma en la que realmente se exija el cumplimiento de la Patria Potestad, - en todos sus aspectos, en el caso de divorcio, para contrarrestar los efec -

pensable que por ley debe existir.

Es muy frecuente observar el hecho de que en estos casos el cónyuge - cumplido, que como quedó asentado, generalmente es la mujer debido a las razones psicosociales ya expuestas, decide no actuar en contra del deudor ali- mentario con el objeto de evitar comunicación con el excónyuge y ante la - realidad de la posibilidad de que éste incurra nuevamente en el incumplimiento, por el tipo de las sanciones que la ley establece al respecto; además, de que, si el acreedor alimentario no cuenta con los medios económicos suficientes para hacer frente a un procedimiento judicial, difícilmente estará en posibilidad de lograr el pago de las pensiones de alimentos, impidiendo, al actuar en tal sentido, que sus hijos disfruten de la pensión que se determina en la sentencia de divorcio. Pero no sólo esto, ya que tratándose de acreedores de corta edad, se puede constatar el daño irreparable al que están sujetos. En el informe titulado "Cuidados maternos y salud mental", la Organización Mundial de la Salud, puso de relieve en los siguientes términos los efectos de la privación de los cuidados maternos sobre la salud física de los niños de corta edad:

"...estudios directos marcan claramente que, cuando el niño está privado de los cuidados maternos, su desarrollo queda casi siempre retardado física, intelectual y socialmente, y que puede presentar afecciones físicas y mentales".⁹² El informe menciona igualmente los efectos perceptibles de esa privación sobre la salud física, incluso en los niños que, en cuanto a lo fisi- co, están perfectamente cuidados en instituciones.

A mayor abundamiento, el problema social que se crea por la falta de cumplimiento en la pensión alimenticia, podemos observarlo en nuestro México. Es alarmante el número de niños que se dedican a ocupaciones que les obligan a permanecer en las calles, empleados en el servicio doméstico o que practican la mendicidad.

⁹² ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD. Serie de Monografías. No. 2, Cap. 2.- - ONU.

tos sociológicamente nocivos que se causan por la disolución del vínculo marimonial.

Los siguientes resultados son ampliamente conocidos por la generalidad en la época actual:

1. En la casi absoluta mayoría de los casos, los hijos quedan con la madre;
2. Las pensiones alimenticias que se fijan en los divorcios voluntarios, - son sumamente bajas, debido a que la madre prefiere su libertad, la que consigue mediante la aceptación de satisfacciones económicas desfavorables para ella, a un litigio largo, costoso y de resultados dudosos;
3. Desgraciadamente en la mayoría de los casos, una vez obtenido el divorcio voluntario, el padre, o cumple irregularmente con el pago de la pensión, por ridícula que ésta sea, o la evade llegándose el caso de que si por orden del juez se le descuenta de su salario un porcentaje del mismo, renuncia a su trabajo y desaparece. En otros casos, lo menos, el padre cumple con la pensión, pero con ello lava su conciencia y no vuelve a ocuparse o casi no se ocupa de la atención moral y psicológica de los hijos, limitándose a regalos esporádicos, a llevarlos a paseos donde los abruma con golosinas y preguntas respecto a la "conducta de la madre", - no ocupándose posteriormente de ellos en meses, dedicándose a otras actividades y muy posiblemente a un nuevo hogar.

Sin embargo, dentro de este desolador panorama, existen contadísimos casos, que son ejemplo a seguir, en los que los padres con gran conciencia, explican a sus hijos que por diversas causas la vida en común les es imposible, pero que ellos, los hijos, cuentan con todo su amor y respaldo. La madre continúa con las actividades propias del hogar, dándoles el orden doméstico necesario a los hijos, atendiendo a sus necesidades diarias y el padre cumple con una pensión decorosa y suficiente, afronta gastos extras, dialoga con los hijos y les presta el apoyo necesario en los momentos de conflicto. En estos casos, escasísimos por desgracia, los hijos salen adelante, las figuras del padre y de la madre no se deterioran y la sociedad adquiere ciudadanos responsables y respetuosos de las relaciones humanas. - Son estos casos de excepción, los que el Estado por todos los medios posi-

bles debe de generalizar para beneficio de la colectividad y por ende de la Patria misma.

4.1 Perdida de la Patria Potestad sus- Consecuencias y Efectos

En el apartado anterior se analizó la pérdida de la Patria Potestad a la luz del artículo 283, es decir, cómo se fija la situación jurídica de los hijos respecto a la Patria Potestad en los casos de divorcio necesario. Asimismo, se hizo un somero esbozo de la situación de los hijos respecto a esta institución en los casos de divorcio voluntario, así como del problema que se suscita cuando el cónyuge que no tiene la custodia se desentiende de sus obligaciones.

La finalidad que tiene el presente inciso, es la de profundizar en este gravísimo problema que, al presentarse a gran escala en nuestra realidad, amerita de una reflexión objetiva por las serias repercusiones sociales que conlleva. Por lo tanto, se procederá a analizar cómo se pierde la Patria Potestad una vez dictada la sentencia que disolvió el vínculo matrimonial como consecuencia de un divorcio voluntario, el cual, como ya se mencionó reiteradamente, en su origen no implica la pérdida de la Patria Potestad. En la misma forma se considerará la licitud de este fenómeno respecto a sus consecuencias y efectos.

Considerando que la claridad exige en ocasiones de la reiteración, se retomaran las implicaciones del concepto de la institución Patria Potestad como consecuencia de su evolución.

La Patria Potestad, en la actualidad, implica fundamentalmente un conjunto de deberes y, como consecuencia, establece la facultad para los padres del ejercicio de ciertos derechos. El incumplimiento de estos deberes quita toda posibilidad para ejercer los derechos. Estos derechos, que en principio se piensan únicamente correlativos al hijo, no sólo le pertenecen a él, sino que los comparte con el Estado, el cual está interesado en que los deberes familiares se cumplan independientemente de que los hijos puedan exigir a través de su representante legal, su debida observancia.

Los caracteres que La Cruz y Albadalejo atribuyen a la familia,⁹³ pueden tener alguna semejanza con los que se le pueden atribuir a la Patria Potestad, a saber:

- a) La existencia de un "consortium omnis vitae" (modo permanente de vida en común), puesto que la Patria Potestad implica obligaciones recíprocas, ya que cuando el ser humano alcanza la vejez, busca nuevamente la seguridad y el reconocimiento a su acción anteriormente-protectora;
- b) Formado por progenitores, procreados y sometidos;
- c) Con fines concretos materiales y espirituales;
- d) Que se prolongan con el tiempo, en la Patria Potestad, el artículo 443 del Código Civil establece las causas por las que se termina;
- e) Para la satisfacción de las necesidades de sus miembros, en la Patria Potestad será la satisfacción de las necesidades de los hijos, mientras no se den las causas que establece el artículo 443.

Es absolutamente comprensible el fin que persigue la Patria Potestad. Los hijos menores están bajo la sujeción jurídica de sus padres, teniendo siempre en cuenta que la dignidad de la persona crea derechos para ésta, incluso cuando la razón no reside aun efectivamente en ella, como sucede con el niño; pero es indignante cómo algunos padres, sin haber perdido la Patria Potestad, llegan al grado de desconocer los derechos fundamentales de sus hijos como seres humanos.

El artículo 422 del Código Civil, dispone que a las personas que tienen al hijo bajo su Patria Potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente, y el artículo 444 del mismo ordenamiento, se puede considerar que complementa al artículo anterior, al establecer entre las causas que pueden originar la pérdida de la Patria Potestad cuando los padres, por el abandono de sus deberes, pudieran comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos aun cuando esos hechos no cayeron bajo la sanción de

⁹³ Cit. en Libro del Cincuentenario del Código Civil. Ed. UNAM, 1ª Ed. México 1978., p. 138.

la Ley Penal, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Reflexionemos lo anterior en relación con el artículo 285, que dispone que el padre y la madre que pierdan la Patria Potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, por lo tanto, la sanción que establece la ley, es la sujeción a continuar cumpliendo con las obligaciones inherentes a esta institución sin tener la facultad de ejercer los derechos que ésta implica respecto a la persona y los bienes de los hijos. Respecto a la persona, no podrán ejercer la facultad de corregirlos, ni podrán ser sus legítimos representantes. Respecto a los bienes, no podrán tener la administración legal de los mismos de acuerdo con las modalidades que el Código Civil señala en su capítulo II del Título Octavo.

Esta sanción respecto a la persona de los hijos, no se puede considerar un verdadero castigo para el incumplido, puesto que se está liberando legalmente a éste de un derecho que se interrelaciona con obligaciones morales. Es cierto, el artículo 285 dispone que el padre y la madre, aunque pierdan la Patria Potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tengan para con sus hijos, pero, ¡vamos a ser objetivos!, al cónyuge que pierde la Patria Potestad como consecuencia del abandono del hijo por más de seis meses o cuando abandona sus deberes comprometiendo la salud física y moral del hijo, no le va a importar perder sus derechos, al haber demostrado que su hijo no le interesa como ser humano. De acuerdo con el artículo 422, antes mencionado, conservará la obligación de educarlo convenientemente, artículo por demás obscuro, ¿cómo obliga la ley a cumplir con esta disposición, que encierra una responsabilidad moral, cuando la causa que dio origen a la pérdida de la Patria Potestad al tenor del artículo 444 fue a toda luz la falta de moralidad? Así las cosas, tenemos que la única obligación a la que quedará sujeto el padre o la madre, efectivamente, será pecuniaria.

Ahora bien, si la licitud significa "lo ajustado a derecho, lo justo, lo permitido según justicia y razón",⁹⁴ obviamente las consecuencias y efec

⁹⁴ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa, S.A. Ed. México 1979.

tos que se propician con motivo de la pérdida de la Patria Potestad respecto al progenitor incumplido son lícitas de acuerdo a la letra de la ley, - puesto que la falta de observancia a los mandamientos legales siempre obstaculizará la consecución de los fines del Derecho, a saber: Justicia, Seguridad Jurídica y Bien Común.

El individuo que dentro de una sociedad no da a su prójimo lo que le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social, el que conscientemente evade el cumplimiento de sus obligaciones y quiere a cambio exigir derechos, el que no está dispuesto a observar la conducta adecuada hacia la sociedad como entidad racional; condiciones que a contrario sensu implican la realización de los fines a los que el Derecho se avoca, forzosamente y conjuntamente se hace acreedor a una sanción. Sin embargo, el estado, como ente social representante de los intereses de la comunidad, tiene la grave responsabilidad y obligación de, a través de los mecanismos establecidos dentro de su organización, en nuestro sistema, mediante el Poder Legislativo, vigilar la eficacia y la actualización de la legislación existente con el fin de práctica y coercitivamente exigir, en virtud de su imperio, el cumplimiento de las obligaciones. Una legislación cuyas sanciones no van de acuerdo con la importancia que implica el dejar de cumplir con la norma, impide la impartición de Justicia, al no estar el Estado en posibilidad real y práctica de exigir su cumplimiento, es por ello por lo que se proponen reformas.

Serán lícitas las consecuencias y efectos de la pérdida de la Patria Potestad, cuando realmente se cuente con los mecanismos adecuados para estar en posibilidad de exigir que se continúe cumpliendo con las obligaciones que esta institución implica, de otra forma es absoleto hablar de licitud ante la incongruencia de la Ley, ya que, de hecho, el incumplimiento no está recibiendo sanción alguna. Es decir, se pierde la Patria Potestad, la licitud implicaría que en congruencia con la Ley, a pesar de la pérdida de la Patria Potestad, el irresponsable efectivamente siguiera cumpliendo con sus obligaciones, situación que difícilmente se da en la realidad ante las-

condiciones legislativas actuales, que han quedado expuestas.

No debemos soslayar el hecho de que la pérdida de la Patria Potestad - mutila al hijo moralmente, y esta condición tiene que atenuarse para que éste pueda obtener, al menos, los satisfactores necesarios para su supervivencia física. Pero no sólo eso, sino que además, la falta de la figura del padre o la madre irresponsable pueda subsanarse en la medida de lo posible, - permitiendo que el progenitor que conserva la Patria Potestad, pueda con su presencia física, darle el apoyo del que carece, ante la ausencia total de la figura de uno de sus progenitores.

C A P I T U L O C U A R T O

C A S O P R A C T I C O

1. CASO PRACTICO Y ANALISIS DEL MISMO

El derecho como manifestación social esta profundamente ligado al proceso histórico. La Patria Potestad, como institución jurídica, inherente al Derecho de Familia, debe su mutación al desarrollo que ha tenido este núcleo social a través de la historia.

Sin embargo se puede observar que en la actualidad se presentan situaciones dentro de las cuales hay procedimientos de Divorcio Necesario, en los que la parte ofendida presenta todas las pruebas necesarias para demostrar plenamente las causales en las que se basa para adquirir el divorcio y hay ocasiones en que el juzgador no estudia debidamente tanto los hechos como las pruebas que se presentan en el juicio, en donde uno se da cuenta que hay cosas en que es necesaria la pérdida de la Patria Potestad para el cónyuge culpable, por no ser lo más conveniente ni para los menores ni para el otro cónyuge, ya que en algunas ocasiones puede ser un peligro.

Es necesario que los juzgadores pongan más atención en los casos de divorcio necesario, y que en caso de ser injusta una sentencia, ya sea una o ambas partes hagan efectiva la sanción correspondiente en contra del servidor público, por los actos u omisiones en que incurran.

A continuación se presenta un caso práctico de un Divorcio Necesario:

"En el escrito inicial de demanda, se presento en Naucalpan de Juarez, Estado de México, la señora demandó en la Vía Ordinaria Civil, de su esposo, las siguientes prestaciones:

- a) La disolución del vínculo matrimonial que nos une.
- b) La pérdida del ejercicio de la Patria Potestad.
- c) El pago de los gastos y costas que origine en el presente negocio.

Fundandose para ello en los hechos que se mencionaron en su escrito de-

NOTA: A partir de este momento las citas que se pongan entre comillas que no sean legislación o jurisprudencia, se referiran al caso práctico.

demanda, aquí se dan por reproducidos.

Se admitió la demanda de Divorcio Necesario en la vía y forma propuesta, se ordenó correr traslado y emplazar al demandado con las copias simples de la Ley, para que dentro del término de 9 días diera contestación a la demanda instaurada en su contra, con el apercibimiento que de no hacerlo, se tendrían confesados los hechos de la demanda, o por contestada esta en sentido negativo, según sea el caso.

En su oportunidad, se hizo el emplazamiento correspondiente al demandado, quien por escrito que presento en tiempo, contesto la demanda entablada en su contra, oponiendo las excepciones y a sus defensas que a su derecho convino al mismo, se allanó la demanda instaurada y finalmente se ordenó abrir el presente juicio a prueba por el término de treinta días comunes a las partes, el que se dividió en dos períodos, el primero de diez días para ofrecimiento de pruebas, en cuya fase procesal, únicamente la parte actora ofreció y desahogo las pruebas que a su derecho convino. Se llevo a cabo la audiencia de Alegatos, a que se refiere el artículo 618 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, citando a las partes para oír sentencia.

La actora demanda de su esposo la disolución del vínculo matrimonial, fundandose en las causales III, IX, XII del artículo 253 del Código Civil para el Estado de México, ahora bien, de autos se desprende que ha quedado legalmente acreditado el vínculo matrimonial que une a las partes en este juicio, con la copia certificada de su acta de matrimonio que obra en este expediente. Que de dicho matrimonio se procreo al menor hijo como se probó con la copia certificada de su acta de nacimiento que obra en el expediente, documentos que hacen prueba plena, conforme al artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, del estudio de las demás constancias procesales que existen en autos, de las mismas se llega a la conclusión que la acción del Divorcio Necesario que intenta la demandante, fundandose para ello en las causales a que se refieren las fracciones III, IX, y XII del artículo 253 del Código Civil para el Estado de México, ha quedado legalmente acreditada con las siguientes pruebas:

La confesión expresa del demandado que se produjo al contestar la demanda entablada en su contra, allanandose a la demanda en todos y cada una de sus partes, prueba que se le concede eficacia probatoria conforme al artículo 388 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, así mismo en autos, existe la prueba testimonial ofrecida por la parte actora, a cargo de dos testigos, quienes en términos generales, estuvieron acordes y contestes al tenor del interrogatorio que les fué formulado, prueba que se le concede eficacia probatoria, conforme al artículo 410 del Código Adjetivo.

Con las pruebas antes mencionadas, el C. Juez dice que las causales en estudio, han quedado legalmente probadas, tanto más que el demandado no objetó conforme a derecho las pruebas ofrecidas por la parte actora, no ofreció otras que los destruya, tanto su contenido como en su valor jurídico probatorio, en estas condiciones, es procedente declarar disuelto el vínculo matrimonial que une a las partes en este juicio y que celebraron el 27 de Enero de 1989, bajo el régimen de separación de bienes, ante el oficial del Registro Civil de esta Ciudad de Naucalpan de Juárez, Estado de México, y que quedó asentado en la Oficialía número dos. Libro uno, Acta número Noventa, Localidad Satelite. Ambos cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevas nupcias, pero el demandado no podrá hacerlo hasta después de dos años, a partir de la fecha de que esta sentencia cause ejecutoria, por considerarlo cónyuge culpable.

En cuanto a la pérdida de la Patria Potestad del demandado sobre su menor hijo, es de absolverse al demandado de dicha prestación, ya que no deben involucrarse las causales cometidas por el demandado en agravio de su contraparte y que dieron como resultado la disolución del vínculo matrimonial que une a las partes en este juicio, ya que esa es una situación muy personal que afecta al vínculo matrimonial pero de ninguna manera repercute sobre la relación de la paternidad, por lo que el demandado debe de conservar la Patria Potestad sobre su hijo, decretándose la custodia de dicho menor, a favor de la madre, sin perjuicio del derecho que tiene el demandado de convivir con su menor hijo, artículos 286, 291 y 294 del Código Civil para el Es-

tado de México, se declara la existencia del derecho del menor a recibir almentos de parte del demandado, sin embargo, y al no haberse acreditado la sol - solvencia económica del mismo, se deja la cuantificación del monto de la mis - ma a la Sección de Ejecución de la sentencia.

No se hace especial condenación en costos, por no estar el caso incurso en ninguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 241 del Código de - Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Por lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 252, - - 253 fracciones III, IX y XII, 271, 272, 274, 286, 291, 294, y demás relati - vos del Código Civil para el Estado de México en vigor y 1º, 3, 9, 36, 37, - 51 fracción XIII, 184, 185, 269, 471, 580, 581, 589, 594, 606, 618 del Códig - o de Procedimientos Civiles para el Estado de México, es de resolverse.

R E S U E L V E :

PRIMERO.- Se declara disuelto el vínculo matrimonial que une a los señores que celebraron matrimonio, bajo el régimen de separación de bienes, ante el Oficial del Registro Civil de esta Ciudad de Naucalpan.

SEGUNDO.- Ha sido procedente la Vía Ordinaria Civil, en la que la parte actora probó su acción de Divorcio Necesario, el demandado dió contestación - a la demanda, allanándose a la misma, en consecuencia.

TERCERO.- Ambos cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nupcias, pero el demandado no podrá hacerlo hasta después de dos años, a partir de la fecha en que esta sentencia cause estado, por considerarlo cónyuge culpable.

CUARTO.- Una vez que esta sentencia haya causado estado, gírese atento - oficio al C. Oficial del Registro Civil en esta Ciudad de Naucalpan de Jua - rez, adjuntándose copia certificada de esta sentencia y del auto que la de - clare Ejecutoriada, para que de cumplimiento a lo estipulado por el artículo 274 del Código Civil para el Estado de México.

QUINTO.- Se dejan sin efecto las medidas provisionales que se hayan decretado en el procedimiento.

SEXTO.- Se decreta la custodia definitiva del menor a favor de su señora madre, sin perjuicio del derecho que tiene el demandado de convivir con su menor hijo.

SEPTIMO.- Se absuelve al señor de las prestaciones marcadas con los incisos b) y d), del escrito inicial de demanda. Se declara la existencia del derecho del menor a recibir pensión alimenticia por parte del padre, dejándose la cuantificación de la misma a la Sección de Ejecución de Sentencias.

OCTAVO.- No se hace especial condenación en costas.

NOVENO.- Notifíquese personalmente a las partes".

Como se puede observar, en este procedimiento la actora probó los hechos que menciono en la demanda, mientras que el demandado no, siendo que él desde que se entero que la actora estaba embarazada nunca le importo, la cónyuge sólo recibía llamadas de él y de su familia en las cuales la cónyuge sólo lo recibía llamadas de él y de su familia en las cuales la insultaban, hasta que un día hablo el demandado con la madre de la cónyuge y le dijo que no seaba saber nada del niño y que le iba a dejar la Patria Potestad, y que lo único que le interesaba era agilizar los trámites del divorcio, a partir de ese momento, nunca se ocupo de la cónyuge ni del menor hijo y ella y sus padres desde el momento que nacio el menor tuvieron que solventar todos los gastos.

Posterior al nacimiento del menor, el padre del demandado hablo por teléfono con la actora, para preguntar cuanto dinero queria para darle el divorcio a su hijo, y que lo único que le interesaba al demandado era olvidarse de la cónyuge y del menor ya que para el demandado no era su hijo.

Todos estos hechos los leyó el juzgador en la demanda inicial, sin embargo no fueron debidamente estudiados, porque a pesar de que la cónyuge no necesita nada del demandado, las situaciones por las que paso la actora no

son para menos como para haber dictado como sanción la pérdida de la Patria-Potestad, ya que la forma en como el demandado contesto la demanda al declarar que no era el padre del menor y que por lo tanto renunciaba a la Patria-Potestad y también se allana a la demanda.

En relación con el artículo 426 del Código Civil para el Estado de México, el cual es análogo al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales a la letra dicen:

"La Patria Potestad se pierde:

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

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283, en el Estado de México el artículo 269;

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeron bajo la sanción de la ley penal;

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses. * o porque acepten ante-Autoridad Judicial, entregarlos a una Institución de Beneficencia legalmente autorizada porque se han dado en adopción y esta los acepto de acuerdo al procedimiento que establezca el Código de Procedimientos Civiles".

En este Divorcio Necesario, era procedente que se dictara la Pérdida de la Patria Potestad, en virtud de que de acuerdo con los artículos anteriormente mencionados, específicamente las fracciones II, III y IV, lo cual se demostro plenamente dentro de dicho procedimiento, y por no haber estado de acuerdo la actora en la sentencia se procedio al Recurso de Apelación.

* Esta edición solo fue hecha en el Código Civil para el Estado de México.

A continuación se analiza el escrito que se presentó del Recurso de Apelación ante la Sala del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, en los Agravios que se presentaron se dijo lo siguiente:

"1.- La inexacta aplicación de los artículos 267, 271 y 426 fracciones-II y IV del Código Civil para el Estado de México".

En efecto el juez de lo familiar, agravia a la actora en la sentencia definitiva por el dictada, en donde omite condenar al cónyuge culpable al pago de una pensión alimenticia en favor de la suscrita en su calidad de cónyuge inocente, situación que se encuentra claramente señalada en todos y cada una de las actuaciones judiciales, independientemente de lo establecido por el artículo 271 del Código Civil para el Estado de México, cosa que no tomó en cuenta el juzgador, además el juez de referencia omite condenar a su contraria a la pérdida de la Patria Potestad que el demandado ejerce sobre el menor hijo y ni siquiera toma en cuenta las pruebas ofrecidas por la suscrita y menos aún lo manifestado por la parte demandada tanto al contestar la demanda como a la hora de rendir sus confesional.

Se puede observar que el juzgador no cumplió en analizar a fondo el procedimiento que se siguió hasta dictar la sentencia, ya que no hizo efectivo el valor que tiene el artículo referente a los casos en que se puede perder dicha Patria Potestad, y al haber sido probado plenamente por la actora.

"2.- Cabe destacar que el demandado a la hora de contestar la demanda - entablada en su contra hace dos cosas, las cuales son fundamentales y suficientes para condenarlo a la pérdida de la Patria Potestad:

- a) Niega ser el padre de nuestro menor hijo.
- b) Renuncia a la Patria Potestad, a pesar de que esto es irrenuncial y por último.
- c) Se allane a la demanda.

Además de que en la audiencia confesional, claramente acepta y manifiesta que no hace nada, que ni trabaja, ni estudia y que por lo tanto carece de ingresos.

Cabe destacar que el juez Ad-quo, con esta actitud me aplica exactamente lo señalado por el artículo 426 fracciones III y IV, ya que no condene al cónyuge culpable a la pérdida de la Patria Potestad, a pesar de estar encuadrada su conducta dentro de los preceptos legales señalados, cosa que quedo plenamente demostrada en autos y que sobre todo el cónyuge niega ser el padre y se allana a la demanda entablada en su contra y con esto acepta todo lo que se le demanda y reclama.

Todo lo anterior quedo plenamente demostrado en autos, en donde las suscrita probo plenamente su acción y el demandado no probo sus excepciones ya que el mismo, como ya se manifesto se allano a la misma".

En virtud de lo anterior el juez de lo familiar debio respetar las pruebas ofrecidas y darle el valor probatorio que tienen, ya que por disposición expresa de la Ley y en virtud de que las actuaciones judiciales tienen un valor probatorio pleno al juzgador, por lo que no puede ni debe modificar o alterar dicha taxativa.

De acuerdo con lo anterior, se debe destacar que el juzgador omite el estudio de las pruebas ofrecidas y de las actuaciones procesales, viola también lo dispuesto por el artículo 267 del Código Civil para el Estado de México, al no tomar en cuenta lo que más conviene al menor.

"En atención a lo manifestado, dada la probada desobligación tanto económica como moral, la negativa de la paternidad hecha en forma reiterada por el demandado y de su allanamiento a la demanda y al no cumplir con sus obligaciones económicas y morales, el juez de lo familiar lo debio condenar a la pérdida de la Patria Potestad, tal como se encuentra señalado por el artículo 426 fracción IV del Código Civil para el Estado de México y sobre todo se debe tomar en consideración la conducta amoral del demandado que fué lo que dio origen al juicio de Divorcio Necesario promovido por la suscrita, en tal virtud, la sentencia definitiva debe modificarse en lo que respecta a la Patria Potestad, debiendo condenar al cónyuge culpable a la Pérdida de la misma, debiendo quedar firme la sentencia respecto a la disolución del vínculo matrimonial que nos unía".

En lo anteriormente mencionado se señalan claramente los motivos por los cuales se apoya la actora para pedir la pérdida de la Patria Potestad nuevamente en este Recurso de Apelación, mediante la presentación oportuna del escrito, con su respectiva copia simple para el traslado a la contraria para que en el término de tres días manifieste lo que a su derecho convenga, el demandado ya no manifestó nada y no se presentó a la audiencia de Alegatos, por lo que se solicitó se procediera a la calificación de grado de los agravios formulados por la actora y que se pronunciara la resolución que proceda, por lo que se dictó la sentencia, en la cual se decreta:

"La custodia definitiva del menor, a favor de su señora madre, quien además lo representara judicial y extrajudicialmente, ello sin perjuicio del derecho que tiene el demandado de convivir con su menor hijo, en los términos y condiciones que fijen de común acuerdo sus progenitores y en su caso el juez competente".

Aquí se llega a la conclusión de que el Magistrado tampoco cumplió debidamente con el estudio del expediente, en virtud de no haberse analizado a fondo a pesar de lo demostrado, siendo que desde el principio el demandado negó Ipso-facto ser el padre del menor, por lo tanto resulta absurdo y carente de lógica jurídica que el juez a que le conserve al demandado dicho derecho, ya que se infiere que al ser la Patria Potestad un derecho que tienen los padres sobre los hijos y como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, al negar este ser el padre resulta inexistente el derecho de conservar la Patria Potestad del menor.

Existe una jurisprudencia que a la letra dice:

"PATRIA POTESTAD. PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA. 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. La pérdida de tal derecho entraña graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos, como para el progenitor condenado; por ello, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin ningún lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación. A.D. 4253/69. María de Lourdes Castillo Huerta. 12 de Agosto

to de 1970. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. S.J.F. VII. Epoca, Vol. XX,- - Cuarta Parte, página 35.

En este caso se demostro que el demandado abandona a la cónyuge desde - el momento en que esta embarazada y al nacer el menor se le avisa lo cual - tampoco le importo, con esto se da uno cuenta de que un padre tan desobligado y también mal educado al injuriar a la cónyuge como a la familia de esta, no es persona para tenerle confianza; hay un artículo del Código Civil que - en el Distrito Federal es el 285 y en el Estado de México es el 268, los que a la letra dicen:

"El padre y la madre, aunque pierdan la Patria Potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos".

Con esto se entiende que aunque se pierda la Patria Potestad, seguiran- teniendo las obligaciones para cumplir con los menores, en todo lo que se re fiere a su manutención, lo cual es totalmente absurdo, ya que al liberar a - alguno de los cónyuges con tal pérdida y habiendo observado mala conducta y - ser un desobligado, mucho menos cumplira posteriormente, al quererlo obli- - gar, por lo tanto que caso tiene que al tener la actora los medios para sa - lir adelante con sus hijos, y esta situación haberla demostrado en juicio co mo en el caso práctico que se menciona, el juzgador hubiera dictado dicha - pérdida, pues a fin de cuentas en la actualidad sigue sin cumplir, aunque el Juez no lo condenó a la pérdida de la Patria Potestad que sigue conservando.

En el caso práctico, el padre al seguir conservando la Patria Potestad, tiene tanto derechos como obligaciones. ¿ Que sucederia si en determinado mo mento la madre que tiene la custodia del menor, quiere salir de viaje ? Nece - sita el consentimiento del padre, el cual se puede llegar a oponer aunque no cumpla con sus obligaciones; sin embargo, si hubiera perdido dicha Patria Pa testad, ya no tendría derechos sobre dicho menor, en ningún tipo de situa- - ción.

Existen Leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, en donde hay sanciones para los mismos en caso de que incurran por actos u omisiones, que afectan los intereses públicos, las cuales consisten-

en suspensión, destitución e inhabilitación, así como también sanciones económicas, lo cual se debe hacer valer cuando lo amerite. Los individuos que de alguna forma fueron afectados de determinada manera, y en el caso práctico, al ser la cónyuge, afectada, podría ser efectiva una sanción mediante la presentación de una denuncia con los elementos de prueba suficientes para hacerla valer en contra del juzgador que no cumple debidamente con su función.

Ante la inminente necesidad de encontrar la fórmula para hacer efectivas las fracciones referentes a los casos en que se pierde la Patria Potestad por parte de los juzgadores, en los casos que se demuestre que es necesario.

2. BREVE REFERENCIA EN CUANTO A LAS NORMAS JURIDICAS DENTRO DE LA SOCIEDAD

El ser humano como ser social, debe desarrollarse dentro de marcos legales que propicien su protección y como consecuencia su tranquilidad; por lo tanto, la familia como núcleo social, debe regirse por instituciones que propicien eficazmente su desarrollo armónico de la sociedad en general.

Es preciso recordar que el conjunto de prestaciones a que el hombre tiene derecho, no se concreta a la sustentación del cuerpo, sino que se extiende al cultivo y educación de su espíritu.

El ser humano sin alimento material no logra su desarrollo físico, sin alimento espiritual jamás logrará su integración a la sociedad y, como consecuencia ni el pleno desarrollo de su potencial humano dentro de la misma.

Las normas jurídicas se deben establecer con el fin de que la sociedad a la que se dirigen se desarrolle dentro de los límites que marcan el orden, el respeto y la justicia.

Con referencia a la justicia, sólo podría darse si todos los contratos, todas las instituciones, todas las ramas del derecho y todos los hombres fuesen a la perfección justos; de otra manera siempre es y será una idea de just

ticia.

Al vivir la sociedad a través de las familias que la componen y al edificarse estas sobre los cimientos que las mismas establecen, siendo los que servirán de base para que el niño construya su concepción del mundo, su carácter y su conducta, es derecho de los hijos vivir dentro de un hogar organizado, a tener padres responsables y comprensivos; sin embargo, cuando los padres no cumplen espontáneamente con la altruista responsabilidad y con el amor que debe caracterizar a esta singular relación, el Estado como representante de la sociedad, debe a través de la legislación sancionar debidamente con la pérdida de la Patria Potestad y con mucha más razón cuando la madre cuenta con las posibilidades económicas como para hacerse responsable de la manutención de los menores.

Las Instituciones jurídicas socio-familiares deben tener como objetivo realizar una función social y su resultado debe producir efectos acordes a los propósitos para los que fueron destinados, siendo el principal el fortalecimiento del Estado Democrático.

El conjunto de las condiciones sociales influye sobre el mundo moral de la juventud, por lo tanto, el régimen jurídico de adecuarse para propiciar el mejoramiento de estas condiciones y consecuentemente elevar sus condiciones afectivas y materiales.

La nueva concepción de la estructura familiar y el cambio social operado en México, ya como un hecho, implica adecuar las normas para que sean eficaces dentro de la realidad. Es por lo tanto indispensable establecer medios efectivos para que los padres al no ser responsables ya sea por abandono, malos tratos o por las costumbres depravadas que tengan, como consecuencia afectan la salud, la seguridad y la moralidad de los hijos, no es posible que el Estado continúe siendo un espectador indiferente y pasivo. Su ingerencia tiene que ser energética adoptando una actitud intransigente hacia los juzgadores, proponiendo que al ser afectados en nuestros intereses se haga una denuncia para hacer efectiva una sanción rigurosa contra los mismos al no dictar en la sentencia la pérdida de la Patria Potestad en los casos en que sea necesario.

La finalidad inmediata es prevenir diversos problemas sociales que de hecho se han dado y continúan surgiendo; la finalidad mediata es que se de efectiva sanción para los juzgadores, al no dictar la pérdida en cuestión, cuando se ha probado plenamente los causales de divorcio, y se de muestra la inconveniencia de seguir teniendo dicha Patria Potestad por la seguridad de los hijos.

Asímismo, ante la realidad de los fracasos familiares que desembocan en un divorcio, se trata de asegurar el desarrollo de los hijos que viven el divorcio de sus padres, para evitar que este, en vez de ser una solución, sea la herramienta que se utilice en la creación de un problema social.

Hay que considerar que la reglamentación debe estar acorde con la realidad para que sea efectiva.

La participación conjunta del padre y de la madre pueden evitar graves desajustes en los niños, pero si los padres no están preparados para educar a sus hijos, si no existe la unidad, que es básica para lograr este objetivo, no sólo se evitan estos desajustes, sino que se agravan.

Los valores jurídicos y morales establecidos en una sociedad determinada se forman por la convergencia de factores psicológicos, sociológicos, económicos, políticos y culturales.

Consecuentemente, es menester previo al establecimiento de una ley, considerar estos factores que determinarán la conformación de una comunidad, ya que el profundo conocimiento de su estructura social, así como el cabal estudio de su realidad, debe ser el punto de partida para lograr la legislación que mas se adecue a sus actuales circunstancias sociológicas.

La base constitucional sobre la que se apoya la legislación que protege la organización y el desarrollo de la familia, así como la preservación del derecho que tiene el menor por parte de sus padres a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental, se encuentra en el artículo 4º de nuestra Ley Fundamental.

Si la realidad nos está demostrando que la Ley vigente en la práctica no es aplicable y que por ende no se logra obtener la consecución de los fines que pretende el artículo 4º de Nuestra Ley Suprema, exponiéndose gravemente, por tal motivo, nuestra estabilidad social, se torna indispensable adecuar los ordenamientos a la realidad, considerando al efectuar las reformas, las experiencias, consecuencia de la vida diaria. Se requiere encontrar la fórmula que permita salvaguardar el derecho del menor.

Como causa de los cambios estructurales de la familia, llegó a las siguientes conclusiones en relaciones a los principios educacionales:

a) Analizar los planteamientos relativos a la educación sexual desde antes de la pubertad; el aborto, la unión libre, el divorcio y todas sus consecuencias, especialmente los que atañen a los hijos.

b) Implementar programas tendientes a concientizar a la juventud sobre la función social del matrimonio y las consecuencias negativas de sus disolución.

c) Por encima de todo, fortalecer los vínculos familiares, haciendo especial hincapie en la importancia de la paternidad responsable.

Las disertaciones expuestas, nos muestran de manera objetiva la realidad que vive el pueblo mexicano; las normas vigentes respecto a la Patria Potestad, configuran al derecho que regula la materia familiar como un instrumento de concientización más que de coerción, desvirtuando así la naturaleza de la norma, al establecer sanciones, que debido a su suavidad, no logran intimidar a sus destinatarios, por la facilidad con la que cuentan para evadir su cumplimiento.

Desgraciadamente no podemos desconocer el hecho de la existencia de individuos que solo cumplan con sus deberes de familia en la medida en que el derecho sea capaz de obligarlos a ello.

En esta situación de la vida real, la que hace indispensable y justifica plenamente la necesidad de adecuar las disposiciones establecidas para lo

gar el cumplimiento eficaz de la Patria Potestad.

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

PRIMERA.- El matrimonio es una institución creada por el Estado, a través de la cual se van a unir hombre y mujer, con el objeto de perpetuar la especie.

SEGUNDA.- El divorcio, la nulidad y la muerte, son las únicas formas de extinción del matrimonio.

TERCERA.- El divorcio es la disolución de un matrimonio válido, declarada por autoridad competente, previo cumplimiento de los requisitos y por las causas señaladas en la Ley.

CUARTA.- Nuestra legislación reconoce tres clases de divorcio; necesario, que procede a solicitud de uno de los cónyuges y por las causas expresamente señaladas por la Ley; voluntario judicial, que puede ser solicitado cuando los cónyuges tengan hijos y estén de común acuerdo en divorciarse; voluntario administrativo, que procede cuando ambos cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaran.

QUINTA.- Los efectos que produce el divorcio necesario en relación a los cónyuges, son el de disolver el vínculo matrimonial y el de darle a dichos cónyuges la posibilidad de contraer nuevo matrimonio. En cuanto a los hijos, el efecto que produce la sentencia de divorcio es en relación a la de terminación del juez, sobre quien de los cónyuges ejercera la Patria Potestad sobre los menores hijos. En cuanto a los bienes, el efecto de la sentencia de divorcio será decretar la disolución de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

SEXTA.- La Patria Potestad, como institución jurídica inherente al derecho de familia, debe su mutación al desarrollo que ha tenido este núcleo social a través de la historia.

SEPTIMA.- La falta de cumplimiento a las obligaciones inherentes a la Patria Potestad, da origen a una serie de problemas sociales que perjudican a la familia.

OCTAVA.- Los padres que incurren en el incumplimiento de su obligación hacia los hijos, están mostrando una conducta discriminatoria con relevancia jurídica, puesto que su incumplimiento conlleva la lesión hacia los derechos que tiene un ser humano a quien hacen víctimas de su comportamiento.

NOVENA.- El hecho de que como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, físicamente el padre o la madre falte en la casa donde los hijos habitan con el progenitor que los tiene bajo su custodia, es suficiente, cuando es inconveniente la presencia del cónyuge desobligado, para la educación y seguridad de los menores.

DECIMA.- La pérdida de la Patria Potestad, es una sanción, a liberar legalmente al progenitor incumplido de derechos que jamás le ha importado conservar.

DECIMA PRIMERA.- La finalidad inmediata es prevenir diversos problemas sociales que de hecho se han dado y continúan surgiendo; la finalidad media es que se de efectiva sanción para los juzgadores, al no dictar la pérdida en cuestión, cuando se ha probado plenamente las causales de divorcio, y se demuestra la inconveniencia de seguir teniendo la Patria Potestad por la seguridad de los hijos.

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

- AGUILAR GUTIERREZ, Antonio. Panorama del Derecho Mexicano Tomo II. Instituciones de Derecho Comparado, U.N.A.M., 1ª Edición. Sintesis de Derecho Civil. México, D.F., 1965.
- ARIAS, José. Derecho de Familia. Editorial Kraft, 1ª Edición. Buenos Aires, - 1952.
- BONNECASE, Julian. Elementos del Derecho Civil Tomo I, traducc. Lic. José - Ma. Cajiga Jr. Editorial José Ma. Cajiga Jr., 1ª Edición. Puebla, 1945.
- BONNECASE, Julian. La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho - de Familia. Traducc. Lic. José Ma. Cajiga Jr. Editorial José Ma. Cajiga., 1ª Edición. Puebla, 1945.
- BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Argentino Familia. Editorial Pe - rrot., 2ª Edición. Buenos Aires, 1959.
- BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado. Editorial Ediar., 2ª Edición., t II - 1ª parte. Buenos Aires, 1958.
- CASSIRER, Ernst. El Mito del Estado. Editorial Fondo de Cultura Económica., - 2ª Edición. Traducc. Eduardo Nicol. México, D.F., 1983.
- CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Traducc. Santiago Sentis Melendo. Ma - drid, 1952.
- COUTO, Ricardo. Derecho Civil Mexicano Tomo I. Editorial Robredo., 1ª Edi - ción. México, D.F., 1919.
- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Editorial Porrúa., 4ª Edición. Mé - xico, D.F., 1981.
- DE MIGUEL, Juan Palomar. Diccionario para Juristas. Editorial Mayo., 4ª Edi - ción. México, D.F., 1981.
- DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa., 8ª Edición. Méxi - co, D.F., 1956.
- DICCIONARIO Larousse de la Lengua Española. Editorial Larousse., 1ª Edición. México, D.F., 1982.
- ENNECERUS, L. KIPP, T. y WOLF, M. Tratado de Derecho Civil. T IV. Derecho de Familia. Traducc. de Perez Gonzalez y Castan Tobeñas. Buenos Aires, - 1948.

- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado la Legislación y Jurisprudencia. Tomo II. Madrid, 1873. Cardenas Editor y Distribuidor. 1ª Edición. México, D.F., 1979.
- FERNANDEZ DE LEON, Gonzalo. Diccionario Jurídico Tomo II. Ediciones Contabilidad Moderna., 1ª Edición. Buenos Aires, 1972.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Editorial Esfinge, S.A., 4ª Edición. México, D.F., 1980.
- FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. Tomo VI. Vol. I. Imp. y Lito Universal, S.A., 2ª Edición. Santiago de Chile, 1959.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Parte General, Personas, Familia. Editorial Porrúa., 4ª Edición. México, D.F., 1976.
- Gomez DE LIAÑO, F. Diccionario Jurídico. Editorial A.Z., 3ª Edición. Salamanca, 1983.
- LIBRO DEL Cincuentenario del Código Civil. Editorial U.N.A.M., 1ª Edición. México, D.F., 1978.
- MORENO, Daniel. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Pax., 4ª Edición. México, D.F., 1978.
- ORGANIZACION Mundial de la Salud. Serie de Monografías N° 2. Cap. 2 O.N.U.
- OSORIO Y GALLARDO, Angel. Anteproyecto del Código Civil Boliviano. Buenos Aires, 1943. Artículo 143.
- PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal. Editorial Porrúa., 2ª Edición. México, D.F., 1981.
- PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa. 3ª Edición. México, D.F., 1980.
- PLANIOL, Marcelo. RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés - Cultural, S.A. Habana, 1939.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil Introducción, Personas y Familia. Editorial Porrúa., 3ª Edición. México, D.F., 1982.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano Tomo II. Volumen I. Editorial Porrúa., 2ª Edición. México, D.F., 1949.
- RUGGIERO. Instituciones de Derecho Civil V, II. Traducc. Ramón S.S. Madrid, 1939.

VASCONCELOS, José. Breve Historia de México. Editorial Continental, S.A. - -
23ª Edición. México, D.F., 1979.

ZANON MASDEU, Luis. La Separación Matrimonial de Hecho. Editorial Hispano- -
Europea. 1ª Edición. Barcelona, 1974.

L E G I S L A C I O N C O N S U L T A D A

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para México, Distrito Federal de 1870.

Código Civil para México, Distrito Federal de 1874.

Código Civil para México, Distrito Federal de 1928.

Código Civil para México, Distrito Federal de 1993.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1993.

Código Civil para el Estado de México de 1993.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México de 1993.