

118
Res.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES
EN EL DIVORCIO NECESARIO**

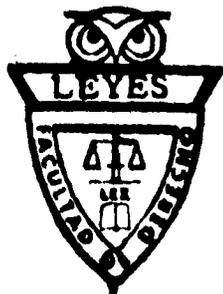
T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JOSE ANTONIO CAJIGAL ESPINOZA



MEXICO, D. F.

1995

FALLA DE ORIGEN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

Cd. Universitaria, D.F., a 25 de abril de 1995

C. DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR DE
LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno JOSE ANTONIO CAJIGAL ESPINOZA, pasante de la carrera de Licenciado en Derecho, ha estado inscrito en este Seminario a mi cargo, a fin de elaborar la tesis profesional intitulada "LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES EN EL DIVORCIO NECESARIO".

Después de haber leído el trabajo recepcional aludido, estimo que satisface los requisitos que exige el Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado Aplicable, por lo que considero que puede ser imprimido para su ulterior sometimiento a sínodo en el examen profesional correspondiente.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

Atentamente
POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU
El Director del Seminario




L. J. JOSE BARROSO FIGUEROA.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

JBF/sci

**NO HARAS INJUSTICIA EN EL JUICIO,
NI FAVORECIENDO AL POBRE, NI
COMPLACIENDO AL GRANDE, CON -
JUSTICIA JUZGARAS A TU PROJIMO".**

LV. 19:15

**"NO TUEZAS EL DERECHO; NO HAGAS
ACEPCION DE PERSONAS, NI TOMES
SOBORNO, PORQUE EL SOBORNO CIEGA
LOS OJOS DE LOS SABIOS, PERVIERTE
LAS PALABRAS DE LOS JUSTOS.
LA JUSTICIA, LA JUSTICIA SEGUIRAS".**

DT: 16:19-20

A DIOS:

De quien procede toda sabiduría y conocimiento; y porque a través de sus consejos en su palabra, he aprendido a valorar y seguir la verdad y la justicia.

A MIS SORDOS PADRES:

JESUS CAJIGAL Y JOSEFINA ESPINOZA:
Con amor y gratitud; porque sin escatimar esfuerzo alguno, han sacrificado parte de su vida, en darme su ejemplo, consejos y enseñanza, para permitir realizarme como hombre y como profesionalista.

A MI SORDA ESPOSA:

BERECA SANDOVAL:
Por su abnegación, amor y comprensión, ya que además de sus desvelos y apoyo que tuvo conmigo para realizar éste trabajo, fue uno de los alicientes que me motivaron a seguir en pie, para la realización y culminación de ésta tesis.

A MIS HIJAS:

REBECA SABAI Y NOEMI JOCAED:

Que desde que nacieron, han sido como dos florecitas que perfuman el ambiente de mi hogar; y porque además son y serán el motivo de mi esfuerzo y superación para seguir creciendo como persona y como profesional.

A MIS HERMANOS:

Con gran cariño: Por su apoyo, exigencia y respaldo moral que me dieron para realizar ésta tesis.

EN MEMORIA DE:

Mi madre: JOSEFINA G. RIVERA GOMEZ +
Mis hermanas: MA. DEL CARMEN Y SILVIA +
Mi abuela: CARMEN GARCIA FERRER +

A LA FAMILIA RIVERA GOMEZ

Con especial cariño.

AL LICENCIADO MACRONIO VAZQUEZ CASTRO

Con mi afecto y gratitud: ya que como maestro, amigo y profesionalista, me ha dado ejemplo, para forjarme como un hombre recto y honesto; además de su apoyo desinteresado en la elaboración de ésta tesis.

A CONSULTORIA ESPECIALIZADA, S.C.

A todos y cada uno de mis compañeros de trabajo; en especial a los Abogados que con su gran experiencia, han sabido darme el consejo adecuado en los momentos difíciles de esta profesión.

AL LICENCIADO J. GUILLERMO PERA PRALTA

Con mi afecto y gratitud: por sus enseñanzas y consejos que como amigo y maestro me brindo dentro del desarrollo de mi carrera profesional.

A LA LICENCIADA PATRICIA J. CORREO B.

Con gratitud y cariño: reconociendo de ella la amistad y profesionalismo, que me brindó conmigo al exhortarme de una manera desinteresada en la culminación de éste trabajo.

A MI ASesor DE TESIS:

LIC. ANGEL GUERRERO LINARES:
Con respeto y gratitud: por sus sabios
consejos y la gran orientación prestada
para la realización de éste trabajo de
tesis.

A LA FACULTAD DE DERECHO: (UNAM)

Que fue el pilar de que yo fuera lo que
soy ahora; ya que en ella aprendí a amar
lo que es el Derecho.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Que como casa máxima de estudios,
se dió la oportunidad de forjarse
como un profesionista en mi vida.

A todas aquellas personas que de alguna
forma directa o indirecta influyeron en
la realización de esta tesis.

I N D I C E

	PAG.
INTRODUCCION	I a IV

**CAPITULO I
EL MENOR DE EDAD**

A). Concepto de menor de edad	1
B). Antecedentes historico-jurídicos del menor de edad	3
1). La regulación jurídica del menor de edad en el Derecho Romano.	3
2). La regulación jurídica del menor de edad en el Derecho Fránces antiguo.	7
3). La regulación jurídica del menor de edad en el Derecho Germánico.	10
4). La regulación jurídica del menor de edad en el Derecho Español antiguo.	18

**CAPITULO II
EL MENOR DE EDAD EN LA LEGISLACION MEXICANA**

A). Situación jurídica del menor de edad en el Código Civil de 1870.	32
B). Situación jurídica del menor de edad en el Código Civil de 1884.	37
C). Situación jurídica del menor de edad dentro de la Ley sobre Relaciones Familiares.	41
D). Situación jurídica del menor de edad en el Código Civil de 1928.	46

CAPITULO III
EL DIVORCIO COMO DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL

A). Concepto de Divorcio.	69
B). Planteamiento del problema de divorcio.	74
C). Clases de divorcio.	84
D). Causales de divorcio (breve comentario)	103

CAPITULO IV
EL MENOR DE EDAD FRENTE A LA PROBLEMÁTICA DE LA LUCHA
POR LA GUARDA Y CUSTODIA DENTRO DEL JUICIO
DE DIVORCIO NECESARIO

A). La pérdida de la patria potestad como sanción al cónyuge culpable.	133
B). La guarda y custodia de los menores como resultado jurídico de los divorciantes.	152
C). Facultad del Juez para determinar bajo cuál de los dos divorciantes resultara positiva la guarda y custodia de los menores hijos.	167
D). ¿Es conveniente que la guarda y custodia se pierda en forma definitiva para el cónyuge culpable?.	176
Jurisprudencia.	184
Tesis de jurisprudencia.	186
Precedentes que no constituyen jurisprudencia.	193
Conclusiones.	198
Bibliografía	200

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

La Ciencia del Derecho en la actualidad, se ha visto en la necesidad de estudiar figuras jurídicas que antes parecían no tener importancia.

Dentro del Derecho de Familia, podemos señalar entre otras como figuras jurídicas "La custodia" y "La patria potestad", que debido a la situación que impera en nuestra sociedad actual, ésta cobra importancia.

Como bien sabemos, la familia es considerada como la base y el núcleo de toda sociedad, y que en los tiempos actuales en que vivimos, ésta se ha visto afectada por una serie de problemas que amenazan con desintegrarla, bien sea, a través de las figuras del divorcio o de la separación.

Por un lado es alarmante ver el crecimiento del número de divorcios dentro de nuestros tribunales familiares, divorcios en los que se habla con gran facilidad sobre la custodia de los hijos, pero casi nunca pensamos la responsabilidad y alcance que implica, bien sea el tenerla o el perderla, y que además requiere que sea tratada con mayor importancia por nuestro Código

civil, pues en la actualidad no se da así.

No nos hemos puesto a pensar que la figura de la custodia puede ir mas allá del hecho de tener y conservar a nuestro lado a los hijos, es algo que ignoramos por lo regular, razón por la cual con el presente trabajo de tesis pretendemos resaltar la importancia tanto de la Custodia como de la Patria Potestad.

Creemos que es necesario hacer referencia para el estudio del presente tema, las figuras del divorcio y de la patria potestad.

Consideramos en lo personal que la pérdida de la custodia no implicará la de la patria potestad, y que a través del desarrollo del presente trabajo de tesis, analizaremos la diferencia.

Los padres del menor pueden convenir y decidir quien quedara a cargo de la custodia y quien no, pero en cuanto a la patria potestad toda vez que es irrenunciable ambos la conservarán; salvo en los casos

que el Juez de lo Familiar considere que es meritoria la pérdida de la patria potestad. Aquí el juez debe ser claro al asignar a uno de los progenitores la custodia de los menores hijos, sin que esto implique para el otro cónyuge la pérdida o suspensión de la patria potestad. Además también de resaltar en que casos si procede la pérdida o suspensión de la patria potestad.

Ahora bien, siendo el menor de edad el tema central de éste trabajo, se le ha definido como la persona que aún no ha llegado a la edad que la ley establece, es decir los dieciocho años, edad suficiente para gozar de la plena capacidad.

Tomando en cuenta su vulnerabilidad del menor de edad, a éste se le ha protegido a través de diversos ordenamientos de nuestro sistema jurídico.

Por ser la institución de la familia el medio primario y fundamental para lograr en la forma más natural, más humana y más adecuada dicha protección, se ha elaborado el presente trabajo al marco

jurídico del Código Civil para el Distrito Federal.

Con la finalidad de proporcionar un instrumento útil y práctico, para conocer los derechos del menor así como de sus consecuencias, el trabajo de tesis que presentamos, la hemos dividido en cuatro capítulos: El primero que consta de una breve reseña histórica de la situación jurídica del menor en el Derecho Extranjero; el segundo capítulo se refiere a la situación jurídica del menor de edad en nuestra Legislación Mexicana, desde el año de 1870 hasta nuestros días; en el tercer capítulo se plantea el tema del divorcio como antecedente al problema de la guarda y custodia de los hijos menores; y por lo que hace al capítulo cuarto nos referimos al menor de edad frente a la problemática de la lucha por la guarda y custodia dentro del juicio de divorcio necesario; y así finalmente transcribimos jurisprudencia, tesis de jurisprudencia y precedentes de la Corte, respecto del tema que nos ocupa; haciendo los comentarios o conclusiones de éste trabajo de tesis.

CAPITULO I.
"EL MENOR DE EDAD"

A). CONCEPTO DE MENOR

"Del latín minor natus, referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano, sino digno de protección, pues esta última voz proviene a su vez de pupus que significa niño y que se confunde con la amplia aceptación romana del hijo de familia sujeto a patria potestad o tutela".(1)

El diccionario para juristas, define al menor "(Latín minor), el que no ha cumplido aún la edad fijada en la ley para gozar de la plena capacidad jurídica, reconocida con la mayoría de edad".(2)

"Las palabras "menor" y "edad", derivan del latín minor que significa mas pequeño y aetas, contracción de aevitas que es el tiempo que una persona ha vivido desde que nació". (3)

(1) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS (UNAM), "Diccionario Jurídico Mexicano", Editorial Porrúa, S.A. México, 1989, pág. 2111.

(2) PALOMAR DE NIGUEL, JUAN, "Diccionario para Juristas", Mayo Ediciones, S. de R.L., México, 1981, pág. 857.

(3) "Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana", T. II, Buenos Aires, 1953, pág. 15

Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, son menores de edad, en principio, toda aquella persona que no ha llegado a la mayoría de edad y que como consecuencia de ello, se encuentra incapacitada para ejercer por si mismos sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

B). ANTECEDENTES HISTORICOS-JURIDICOS DEL MENOR DE EDAD

1. LA REGULACION JURIDICA DEL MENOR DE EDAD EN EL
DERECHO ROMANO

Dentro del Derecho Romano al menor se le dió un trato especial; se dictaron normas cuya finalidad era proteger al menor en su persona y bienes, en virtud de su inexperiencia como consecuencia de su minoría de edad.

En tal sentido Max Kaser, expresa:
"El hombre es libre desde su nacimiento, jurídicamente capaz y puede aún siendo niño, adquirir derechos, siempre que para ello no se requiera su cooperación". (4)

Dentro de la legislación romana, existió una clasificación del menor de edad, en razón de su edad, y podemos clasificarla de la siguiente manera:

a). *El Nasciturus*.- Dentro del Derecho Romano, la protección del ser humano comenzaba desde que se encontraba en el vientre de su madre.

(4) MAX KASER, "Derecho Romano Privado", Instituto Editorial Reus, S.A. Madrid, 1968. pág. 72.

El derecho clásico presenta la regla "Nasciturus pro iam nato habetur" (5), siempre y cuando esta ficción le aproveche, la cual explica el maestro Floris Margadant de la forma siguiente: "Si por ejemplo instituyó heredero al hijo de livia, y en el momento de la apertura de mi testamento resulta que livia no tiene hijos, pero esta embarazada deberá concluirse a falta de dicha ficción, que no había heredero testamentario alguno, de manera que se entregaría a mis herederos legítimos, es decir, a mis próximos parientes. En cambio con fundamento en la citada ficción, el hijo ya concebido pero no nacido llega a ser heredero siempre y cuando nazca vivo y viable". (6)

b). *El infans*.- Los niños menores de siete años que no podían pronunciar las palabras propias de los actos formales, carecían de capacidad de obrar y por lo tanto no podían celebrar negocios jurídicos válidos.

En tal caso, el derecho estableció la figura del tutor, quien debe realizar los actos jurídicos en los que el pupilo tuviera interés, a fin de evitar que éste último, al hacerlo personal-

(5) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, "El Derecho Privado Romano", Editorial Esfinge, S.A. México 1968, pág. 116.

(6) *Ibidem*, pág. 16.

mente y como consecuencia de su inexperiencia, sufriera un detrimento en su patrimonio.

Contrariamente a lo que sucede en el derecho actual, el tutor romano sólo podría ocuparse de cuestiones patrimoniales, sin poder intervenir en asuntos que se relacionaran con la salud o educación de su pupilo.

c). *El Impuber.*- Podría celebrar por sí mismo todos los negocios que mejoraran su posición, tales como aceptar donaciones onerosas o legados; pero en aquellos actos jurídicos en que pudiera resultar perjudicado, la ley establecía que debía contar con un tutor. Al igual que en el caso de los infantes, dicho tutor podía ser designado por testamento, por vía legítima o por nombramiento oficial.

Se otorga al menor un cierto grado de participación, ya que se requería de su presencia en los actos que el tutor considerara prudente, a fin de prepararlo paulativamente para su futura gestión independiente.

d). *El Minor Viginti Quinque Annis.* - Finalmente se encuentra el menor de veinticinco años, cuando un joven romano llegaba a la pubertad, en virtud de estar en posibilidad de tener hijos propios, la tutela se extinguió; pero el derecho a fin de no dar un paso brusco de la minoría a la mayoría de edad, establecía la figura de la curatela, por la cual un adulto con conocimientos, asistirá al menor en los negocios jurídicos que realizará.

2. LA REGULACION JURIDICA DEL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO FRANCÉS

2.1. EDAD MEDIA.- En el Derecho Francés, durante la edad media, por algún tiempo la mayoría de edad se fijó entre los doce y catorce años, en la época de la pubertad.

"Sin embargo los jóvenes estaban protegidos en cierta forma de su inexperiencia, por virtud de la cohesión existente en la vida familiar. Posteriormente se admitió el ejemplo que el Derecho Romano, en el que la regla de que el hijo no adquiere la plena capacidad civil sino hasta los 25 años". (7)

2.2. LEGISLACION POST-REVOLUCIONARIA.- COLIN Y CAPITANT, señalan en su obra, que en la Legislación Francesa después de la revolución, quedó establecida la mayoría de edad para toda persona a los 21 años; criterio que fue mantenido por los redactores del Código Civil Francés.

Sin embargo los citados autores al comparar estas disposiciones con las correlativas en el Derecho

(7) COLIN G. Y CAPITANT M. "Curso Elemental de Derecho Civil", Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid 1942, pág. 7.

Romano, hacen una fuerte crítica en su obra "Curso elemental de Derecho Civil" y proponen una solución. La crítica es en el sentido de que se pasa al individuo bruscamente de un estado de incapacidad completa o casi incompleta a otro de capacidad plena, lo cual implica la libre disposición de su persona y de sus bienes, contrario a lo que sucede en el Derecho Romano que como se ha señalado en párrafos anteriores, la capacidad se va adquiriendo poco a poco, de acuerdo con la edad, dándole oportunidad al individuo de contar con una mayor experiencia cuando llegue la mayoría de edad.

La solución propuesta a fin de evitar que por virtud de un cambio tan brusco sufra las consecuencias de su inexperiencia, es seguir un sistema similar al romano, tomando como ejemplo a seguir la figura de la emancipación; entendida como "... El acto que confiere al menor a partir de cierta edad, 15 o 16 años, el gobierno de su persona y una especie de semicapacidad que consiste en la aptitud para realizar por sí sólo los actos menos peligrosos de la vida jurídica; además el menor emancipado figura en persona en toda clase de actos, el es quien obra con el concurso de un curador

que no tiene la función de representarle como el tutor, sino la de asistirle..." (8).

Entendida de esta manera, es decir que tenga lugar a partir de los 15 o 18 años y sin que sea requisito previo el matrimonio de los menores (como sucede en la actualidad), se comprende de inmediato que la emancipación parece estar destinada a servir de transición útil entre la minoría y la mayoría de edad.

(8) *Ibides.* pág. 9

3. LA REGULACION JURIDICA DEL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO GERMANICO

Dentro del Derecho Germánico la familia propiamente dicha es un grupo más reducido en el que priva una organización militar, el marido ejerce sobre la esposa desde el momento del matrimonio una potestad llamada "munt", en que más tarde quedan involucrados los hijos. Como en Roma, la patria potestad solamente la ejerce el padre y sus facultades de corrección pueden llegar hasta la pena de muerte, así si sorprende a su hija en adulterio en el hogar paterno, la puede castigar en la forma que él quiera.

La aptitud para las armas es la que hace al hijo entrar en la mayoría de edad. El padre puede ejercer el comercio de las hijas, y el de la patria potestad que tiene sobre ellas; además, sólo pueden contraer matrimonio con su consentimiento.

El contacto entre Germania y Roma influyó en la descomposición familiar de la primera, pues llegó a acostumbrarse el divorcio, por otra parte esta influencia fue mutua, según veremos más adelante.

Como dijimos, la familia sufre una marcada influencia militarista, que se da en el espíritu del pueblo germánico de todas las épocas; sin embargo, "la patria potestad se fué suavizando con el transcurso del tiempo e influyó para que a su vez se suavizara la "auctoritas patri" en la familia romana". (9)

Caen bajo la tutela en Germania "los que estando desprovistos de protección no se encuentran ligados por el "mundium" del padre o del marido, así también los ciegos, sordos, mudos, débiles de espíritu, locos y viejos, cuando no pueden realizar determinadas maniobras ecuestres, están bajo el "mundium" del pariente varón mas próximo". Entonces el "mundium" es la potestad que los mayores de edad ejercen sobre la mujer, sobre los hijos menores y sobre los incapacitados, de donde los sujetos a tutela lo están por el sexo, por la minoría de edad, y por incapacidad. La tutela sobre las mujeres, a semejanza de Roma, es por toda la vida y con las mismas peculiaridades. Los menores estaban sujetos a

(9) "DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO", Editorial Labor, Tono II, Barcelona, España, 1950, pág. 2930.

ella hasta que no hubieran cumplido los años del "mundium" propio, y los términos para alcanzar la mayoría de edad variaron según los troncos, los mas antiguos son de diez y doce años que se fueron haciendo mayores hasta alcanzar los quince y dieciocho años.

"La tutela recaía de acuerdo con la costumbre en el más próximo pariente, así podía ser tutor el hermano mayor y siguiendo las modalidades romanas, la finalidad de esta designación se hacía con miras a garantizar sus derechos hereditarios sobre los bienes del hermano menor, de tal manera que podía confundir esos bienes con los suyos hasta la mayoría de edad del tutelado.

Como la transmisión del "mundium" no podía operarse más que conforme a la costumbre, no se conocía la tutela dativa ni la testamentaria, difiriéndose la que ha quedado descrita que era sin género de duda igual que la legítima de Roma, solamente en provecho del tutor". (10)

(10) MENEDEZ PIDAL Y DE MONTES, citado por L. Rodríguez Arias Bustamante, "La Tutela", págs. 62 y 63.

La tutela en sus orígenes pertenecía a la "sippe" y por ello "fué un derecho conjunto de todos los parientes hasta el séptimo grado, que agrupados en forma de asamblea designaban un tutor para que administrara los bienes del menor, de acuerdo con las determinaciones de la propia asamblea; otro tutor se encargaba de la persona del pupilo, siendo designado por sus parientes, que pertenecieran a los cuatro troncos procedentes de sus cuatro abuelos, estando las funciones de ese tutor también dirigidos por la "sippe". (11)

A ésta, además de la vigilancia de las funciones de ambos tutores, le correspondía dar consentimiento para el matrimonio del menor y para que pudiera enajenar sus bienes; podía también destituir al tutor por la mala administración.

"Después el poder público concurre con la "sippe" en el ejercicio de las funciones tutelares, iniciándose esta concurrencia en las ciudades. Ello acontece de preferencia donde la "sippe" tiene poca importancia. En ocasio-

(11) *Ibiden.* pág. 63.

nes la influencia de ésta llegó a ser tan atenuada, que quedó reducida a un órgano de administración, que mucho se asemeja al actual consejo de familia de algunos derechos, por lo que se considera que éste tiene en el germánico un antecedente". (12)

Según las concepciones del Derecho Alemán el padre tenía la Munt sobre el hijo que significaba un derecho y un deber de protección, por inclusión de la administración y disfrute del patrimonio del hijo.

La potestad que ejercía el padre no era vitalicia como en el derecho romano, sino que bajo el nombre de la emancipatio juris germanici, terminaba cuando el hijo ya crecido comenzaba una vida económicamente independiente.

El Derecho Germánico conoce también una potestad materna sobre el hijo que, mientras vive el padre, aparece oculta por el derecho de éste, haciéndose valer después de la muerte del mismo.

(12) BRUNER, "Historia del Derecho Germánico", pág. 235 y sig. citado por Lina Rodríguez Arias Bustamante, ob. cit. pág. 64, nota 48.

Ahora bien, ante todo en el derecho común inspirándose en el antiguo derecho alemán se reconocía la institución de la llamada tutela paterna, en virtud de la cual el padre había de administrar a modo de tutor todo patrimonio del hijo, sin estar sujeto, sin embargo, a las especiales limitaciones y obligaciones de un tutor, por ejemplo al requisito de la aprobación supertutelar para las enajenaciones.

En el derecho común, por el contrario, no se hablaba en modo alguno de patria potestad en favor de la madre. Una vez muerto el padre se había de constituir la tutela sobre el hijo. Aquí ya la madre adquiere el derecho a ser nombrada tutora, pues si el padre fallecía sin haber nombrado tutor a los menores hijos, la madre tenía el derecho de ser designada tutora, la cual tenía que prometer judicialmente en no volver a contraer nupcias, renunciar de los llamados beneficios de la mujer y empeñar expresamente todo su patrimonio en favor de los hijos.

"La facultad que el código alemán concede a los tribunales de tutelas para adoptar medidas discretionales en interés de los hijos, entre ellas la de

privar al padre del cuidado de la persona del hijo o limitarlo en este cuidado, tiene alguna analogía con las que competen en derecho español a los tribunales tutelares de menores.

Corresponde a estos, en efecto, la facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de 16 años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión. (L. de 11 de junio de 1948, artículo 13). En ejercicio de esta facultad protectora, el tribunal podrá adoptar las medidas de requerimiento de imposición de vigilancia y suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor, ordenando, en su caso, que éste sea confiado a la correspondiente junta de protección de menores o a una persona, familia, sociedad tutelar o establecimiento. Cuando acuerde imponer la vigilancia protectora o confiar el menor a una persona, familia, entidad o establecimiento, excepto si se trata de la protección de menores, nombrará un delegado o encomendará la vigilancia del guardador a las mencionadas juntas de protección. (L. cit., art. 17 letra B). (13)

(13) ENNECCERUS LUDWIG Y THEODOR KIPP, "Tratado de Derecho Civil-Derecho de Familia", Cuarto tomo, Volumen II, Relaciones Paternofiliales y Perantelas, Tutelas, 2a. Edición pág. 110.

"La previsión contenida en el artículo 1.636 del Código Germánico, concediendo al cónyuge a quien no compete el cuidado de la persona del hijo la facultad de tratar personalmente con éste, no existe en las leyes patrias. Así y todo, entendemos que no puede ser negado al cónyuge privado de la patria potestad el cual, por expresa declaración del citado artículo 73, no queda exento de las obligaciones derivadas del vínculo paternal, el derecho en una u otra forma ejercitado, de visitar a sus hijos y mantener con ellos correspondencia". (14)

Una de las formas de extinguir la patria potestad, se daba cuando el hijo mayor adquiría una posición económica separada del padre, y lo mismo cuando el hijo mayor explota un negocio propio o es investido de un cargo público, aunque aún recibiese apoyo del padre. Mientras que la hija se eximía de la patria potestad por el matrimonio si se casaba con el consentimiento del padre otorgado por éste o suplido por el juez; sin embargo, mientras la hija es menor y hasta su mayoría, el padre conservaba ciertos derechos tutelares.

(14) *Ibides*, pág. 133.

4. LA REGULACION JURIDICA DEL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO

Dentro de la investigación llevada a cabo en cuanto al derecho español antiguo, nos llamó la atención en especial la obra de Julio Ficker, respecto al estudio que hace del menor de edad, de la cual nos atrevimos a transcribir textualmente varios puntos que consideramos importantes, y que los mismos son parte de los antecedentes jurídicos del menor en la Legislación Española.

Entre los españoles de los primeros tiempos hay que prescindir de la patria potestad propiamente dicha y partir totalmente de la potestad de padre y madre.

Encargado de esta potestad de ambos poderes, lo es sobretodo el padre, como se explica fácilmente por el poder dominical que el matrimonio confiere al padre; sin embargo muchas veces, ya durante la vida del padre, se impone inmediatamente el mismo derecho de la madre en algunas relaciones.

"La patria potestad ejercida sobre todo por éste no pasa a su más próximo pasado agnado, sino que se manifiesta como propia de ambos cónyuges por el hecho de

pasar íntegramente a la madre, que la conserva mientras no pasa a segundas nupcias, y posteriormente se dice expresamente de ella, que la competen frente a los hijos todos los derechos del padre. O en todo caso si hay alguna diferencia, por lo menos se deduce que la potestad de la madre no es una simple tutela de edad; así, aunque se diga que la madre no es una simple tutela de edad; así, aunque se diga que la potestad del padre no cesa hasta la muerte y que la de la madre alcanza hasta la edad de los veinticinco años, en cambio la mera tutela de edad acaba a los catorce años.

El hermano mayor de edad no es llamado hasta que ya no vive ninguno de los abuelos. Nada hay que se oponga a la hipótesis de que esto fuera ya así en el derecho primitivo.

Cuando a falta de abuelos y de hermanos, aparece la institución que haya que llamar tutela en comunidad de la gens, al lado de algunas variantes aisladas, no encontramos la menor preferencia de la gens paterna sobre la materna". (15)

(15) FICKER JULIO, Sobre el último parentesco entre el Derecho Godo-Hispánico y el Noruego Islándico, Traducido del Alemán por José Rovira Arango. Barcelona 1920, págs. 70 y 71.

Por lo que hace a la parte activa de la tutela, el derecho español la concede a la mujer, como lo prueba sobre todo la potestad tutelar que se confiere a la madre, en cambio de una tutela pasiva a la que pudiese haber estado sometida la mujer por razón del sexo, apenas cabe hablar entre los españoles. Si la mujer casada está sometida al poder dominical del marido, es debido exclusivamente a la situación especial de la mujer casada, y no por razón de su sexo. Si la hija menor y aun la mayor están sometidas a la potestad de los padres hasta a su casamiento, podría verse en eso una tutela por razón del sexo cuando en relaciones semejantes no se aplicase lo mismo al hijo, y no es éste el caso.

En otros derechos la tutela por razón de sexo se caracteriza porque en su casamiento la hija está sujeta a limitaciones a que no está sometido el hijo.

Por rigurosamente que se encuentre juzgado entre los españoles el matrimonio arbitrario sin consentimiento del que tiene la patria potestad, no puede hablarse de una manera tan concreta de intervención de tutela por razón del sexo; la hija está sometida a voluntad ajena

cuando quiere contraer matrimonio, no por razón de su sexo, sino a causa de la potestad de los padres o de su menor edad, y tanto lo uno como lo otro cabe decir del hijo.

Corresponde dicha potestad en primer lugar al padre y en defecto de éste a la madre. Este último particular, tomado de la ley de matrimonio civil de 1870, representa un progreso sobre el sistema romano que había penetrado por conducto de las partidas en el derecho castellano, haciendo necesaria a la muerte del padre y aun viviendo la madre la constitución de la tutela. Pero, de todos modos, la patria potestad de la madre está regulada con trazos menos progresivos que los del Código Alemán y es inferior a la del padre, aun llegado el caso de su ejercicio, al imponer a la madre viuda la medida de la pérdida del derecho que no existe para el padre.

"El apéndice foral de Aragón desenvuelve un régimen jurídico que, de manera más decidida, se aparta de los precedentes romanos para seguir la tradición jurídica nacional. Se trata en él de sustituir el nombre y el contenido de la patria potestad por un juego de relaciones

jurídicas entre ascendientes y descendientes, en las cuales la autoridad sobre los hijos sólo se admite, en cuanto les sea favorable, y apenas queda rastro de la antigua doctrina romana de los peculios y del usufructo paterno". (16)

En el derecho español antiguo, el mayor de catorce años podía hacer testamento, y ser testigo del que otro hacía.

El menor de edad no podía prestar juramento en juicio ni comparecer en él sin tutor, ni ser compelido a ir a la guerra, ni adoptar a otro hijo, y para ser adoptado la edad máxima era de dieciséis años.

En la antigua España los menores de veinticinco años que deseaban casarse, tenía que ser con el consentimiento de sus padres, en su defecto de la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos, y faltando éstos, los tutores, debiendo en estos dos últimos casos obtenerse la aprobación judicial.

(16) ENNECCERUS, LUDWIG, ob. cit. pág. 49.

Los españoles, cuyos padres o tutores vivieran en España o en otro reino de Indias, podían solicitar directamente la licencia de la autoridad judicial.

Durante los tres primeros años de la vida del menor, la obligación de la crianza era la madre, como en el caso de cuando ella era rica y el padre pobre.

En el derecho español, no están previstas las generalidades de limitaciones que impone el Código Alemán, respecto al derecho del padre de cuidar la persona del hijo y representarle, salvo la que se refiere al caso de colisión de intereses entre el padre y el hijo, que motiva en el código patrio una representación excepcional, confiada a una persona llamada defensor.

Siempre que en algún asunto el padre y la madre tuvieran un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombraba a éstos un defensor que los representara en juicio y fuera de él. Aunque cabe señalar que la figura de este representante especial, es nueva en el derecho español, tiene su antecedente remoto en el llamado

"curador ad litem", (ya previsto en las partidas), que se nombraba a quién estaba sometido a la patria potestad, a la tutela o a la curatela, cuando el padre, tutor o curador no podía representarlo en juicio.

El régimen legal sobre el nombramiento de defensor para el hijo sometido a la patria potestad, era el siguiente:

"a). Legitimación para solicitar el nombramiento.- La designación del defensor puede tener lugar a petición del padre o de la madre, del menor, del ministerio fiscal, o de cualquier persona capaz de comparecer a juicio.

b). Nombramiento de defensor. Depende de si ambos padres tienen planteado el conflicto o sólo alcanza a uno de ellos.

- Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por ley, unilateralmente, y sin necesidad de especial nombramiento, representar al menor.

- Si ambos padres tuvieran intereses opuestos, el Juez nombrará defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondiera la tutela legítima, y, a falta de este o cuando tuviere (también) intereses contrapuestos, a otro pariente o a un extraño.

c). Facultades del defensor.

Variaban según quien fuera la persona designada por el Juez;

- Si uno de los padre no tuviera interés opuesto al de su hijo, a él le corresponde su representación, sin necesidad especial de nombramiento, lo que significa que ejercerá su función dentro de los límites normales que establecen el código.

- Si el defensor fuera otra persona, tendrá las facultades que señale el Juez". (17)

Ahora bien en cuanto a la forma de

(17) RUIZ SERRAMALERA, RICARDO, "Derecho Civil-Derecho de Familia", Madrid 1900, págs. 307 y 308.

corregir a los hijos, ésta si estaba reconocida por la legislación española, la cual otorgaba al padre, o en su defecto a la madre, la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente, sin señalar específicamente cuales eran los medios que se podían utilizar a este fin. Ya que la dureza excesiva en el trato de los hijos podía ser por un lado causa de privación o suspensión de la patria potestad, y por otro el que se constituyera un delito o falta.

El jurista Jean Carbonier, en su obra de Derecho Civil, señala que el derecho de corrección se configuraba como la sanción de las prerrogativas de la autoridad paterna, la cual asumía las dos modalidades siguientes:

a). Derecho de corrección por vía judicial, consistente en la facultad que tenía el padre de solicitar el internamiento del menor en un establecimiento educativo o en otro establecimiento adecuado mediante la pertinente orden judicial.

b). Derecho de corrección ejercitado domésticamente, tomando en cuenta que la vocación al auxilio judicial sólo se reservaba para aquellas situaciones en que el padre tenían sólidos

motivos de descontento, reconocía implícitamente la existencia de procedimientos correctivos domésticos (que no regula) que pudieran corregir supuestos de menor gravedad.

En el derecho español, el cuidado de la persona del hijo no era sólo un derecho sino además un deber del padre, y no se podía renunciar a él.

"Como en todo caso, ha de prevalecer el derecho del padre en concurrencia con los que pudiera alegar la madre, tanto en el derecho español como en el alemán, el padre podía ejercitar contra la madre, la pretensión de restituir del hijo, si ésta lo mantenía alejado de aquél. Por igual razón la jurisprudencia ha declarado, a propósito de aquellos casos en que se halla la madre constituida en depósito judicial, que no pueden los tribunales ordenar el traslado de los hijos a colegio o lugar donde aquélla pueda verlos periódicamente, pues aun cuando la madre tuviera "el derecho de verlos y manifestarles su cariño, eso habría de hacerse y realizarse en cuanto la situación de los cónyuges legalmente reconocida así lo consienta". (18)

(18) ENNECCERUS, ob. cit. pág. 63

El Fuero de los españoles, aprobado por la ley de 17 de julio de 1945, como norma fundamental, ha establecido que los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos.

Dentro del derecho español, el padre en relación con la patria potestad, tenía el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo, conforme a lo siguiente:

1. Correspondía al padre el derecho de determinar el nombre individual del hijo.

2. El cuidado de la persona de los hijos, que competía al padre y en su defecto a la madre, comprendía el derecho y el deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna.

El deber de alimentación tiene la extensión señalada por el artículo 142, en relación con el 143 número 2º del Código Civil y su sanción en el artículo 487 del Código Penal, que castiga el delito de abandono de familia, y agrava las penas correspondientes cuando el culpable dejare de

prestar la asistencia indispensable para su sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo.

En el deber de educación, la ley de instrucción primaria de 17 de julio de 1945, preceptúa que corresponde a la familia el derecho primordial y el deber ineludible de educar a sus hijos y, declara obligatorio un mínimo de educación primaria para todos los españoles.

En el derecho español la patria potestad del padre, se podía suspender en los casos siguientes:

1. Cuando era incapaz de celebrar negocios jurídicos.
2. Cuando estaba limitado en su capacidad o se le designaba un curador por causa de enfermedad para su persona y su patrimonio.
3. Cuando por el tribunal de tutelas se constataba que el padre ésta impedido de hecho por mucho tiempo para el ejercicio de la patria potestad, el cual quedaba en suspenso hasta en tanto el tribunal de tutelas confirmará que ya no existía otra causa que impidiera llevarla a cabo.

Por lo que hace a la terminación de la patria potestad, conforme a la legislación española, ésta se terminaba:

1. Cuando el hijo era declarado mayor de edad.
2. Cuando fallecía el hijo sobre el que se ejercía la patria potestad.
3. Cuando fallecía el padre, o en su caso quien ejercía la patria potestad.
4. Si el padre era declarado muerto, su patria potestad se extinguía no de una manera presunta, sino efectiva, en el momento de la declaración de muerte.
5. El padre podía ser privado de la patria potestad, cuando por virtud de un crimen cometido contra el hijo, o por un delito cometido intencionalmente era condenado a prisión correccional o presidio por un mínimo de seis meses.

6. Cuando el hijo era adoptado por un tercero.

No cabe duda que dentro del Derecho Español, al igual que el Alemán, el cuidado de la persona del hijo era irrenunciable y por ende no tenían eficacia los contratos que, para el caso de divorcio, regulaban el ejercicio de la patria potestad de una manera distinta a la ordenada por la ley.

CAPITULO II
EL MENOR DE EDAD EN LA LEGISLACION MEXICANA

A). SITUACION JURIDICA DEL MENOR DE EDAD
EN EL CODIGO CIVIL DE 1870

Dentro del Código Civil de 1870, "se introduce el derecho a heredar de los hijos nacidos fuera del matrimonio, a los que se consideraba de ilegítimos, tomando como argumento lo injusto que resultaba que sufrieran la pena de un delito del que no eran sino víctimas ya que tal derecho sólo lo disfrutaban los hijos nacidos del matrimonio o legítimos". (19)

Sin embargo lo anterior no fue razón suficiente para eliminar el grado de inferioridad en que se encontraban los hijos nacidos fuera del matrimonio o ilegítimos, ya que tales derechos se otorgaban en forma ascendente, es decir, se colocaban en primer lugar a los hijos legítimos con una mayor porción hereditaria; después a los naturales que eran aquellos cuyos padres no tenían impedimento para contraer matrimonio al momento de la concepción, y finalmente a los espurios que eran todos los demás.

(19) MONTERO DUAHLT, SARA, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, S.A., México 1985, pág. 293.

En este Código se regula acerca de la legitimación, es decir, la consecuencia que produce el matrimonio subsecuente de los padres en los hijos naturales, de igualar su condición con la de los no nacidos de matrimonio, pero excluyendo a los espurios de este beneficio.

En el Código Civil de 1870, se consideraba menor de edad a toda persona de ambos sexos que aún no cumplía los 21 años, los cuales debían respetar y honrar a sus padres y demás ascendientes.

La patria potestad conforme al artículo 392 de este Código, era ejercida de acuerdo con el orden siguiente:

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

Quien ejercía la patria potestad tenía la facultad de corregir y castigar a sus hijos de manera templada y mesurada, y para el caso de que fuera necesario podían pedir auxilio a las autoridades correspondientes.

En este Código Civil, la madre, o los abuelos podían renunciar su derecho a la patria potestad o ejercicio de ésta, la cual ya no podía recobrase, y en ambos casos recaería en el ascendiente a quien le correspondía hacerse cargo del menor según la ley, que de no haber ninguno, se proveía de tutor al menor conforme a derecho.

La madre o abuela que pasaba a segunda nupcias, perdía la patria potestad. Si en esos momentos no había persona en quien recayera, se proveía a la tutela conforme a la ley. La tutela en ningún caso recaía en el segundo marido. Y si volviese a enviudar, recobraba los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.

Dentro del Código Civil de 1870, en sus artículos 415 al 418, nos hablaban de la forma o modos de acabar, perder o suspenderse la patria potestad respectivamente, los cuales nos permitimos transcribir textualmente.

CAPITULO III
De los modos de acabarse y suspenderse
la patria potestad

Artículo 415.- La patria potestad se acaba:

- 1º. Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- 2º. Por la emancipación.
- 3º. Por la mayor edad del hijo.

Artículo 416.- La patria potestad se pierde:

- 1º. Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho.
- 2º. En los casos señalados por los artículos 268 y 271.

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

Artículo 418.- La patria potestad se suspende:

- 1º. Por incapacidad declarada judicialmente en los casos 2º y 3º del artículo 431.
- 2º. En el caso 1º del artículo 432 en cuanto a la administración de los bienes.
- 3º. Por la ausencia declarada en forma.
- 4º. Por sentencia condenatoria que imponga como pena ésta suspensión. (20)

(20) "CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA", Méx, Tip. de J. M. Aguilar Ortiz, 1872, págs. 48 y 49.

Como hemos señalado anteriormente, la minoría de edad operaba para toda aquella persona de ambos sexos que aún no habían cumplido los 21 años, y que al igual que el Código Civil de 1884 y la Ley sobre Relaciones Familiares, se marcaba de la misma forma.

La patria potestad como ya se hizo mención se ejercitaba primeramente por el padre, a falta de éste, la madre, si también faltaba ésta, quedaban a cargo de los abuelos y por último las abuelas.

Dentro de este Código, sólo se daba la autoridad al padre, para corregir a los hijos; a partir de la Ley Sobre Relaciones Familiares, ya no aparece sólo el padre, sino toda aquella persona que ejerza o tenga la facultad de corregir y/o castigar a sus hijos.

En relación con el Código Civil de 1884 y la Ley sobre Relaciones Familiares, que más adelante estudiaremos, éstos artículos son iguales, a excepción de algunos cambios que se hacen en cuanto a su texto, aclarando que la esencia y contenido de tales artículos es el mismo.

**B). SITUACION JURIDICA DEL MENOR DE EDAD
EN EL CODIGO CIVIL DE 1884**

En este Código Civil de 1884, se presenta una innovación en cuanto a los espurios, ya que en él se permite su reconocimiento, pero desafortunadamente sigue imperando la distinción entre estos y los naturales al establecer como requisito para reconocerlos el señalamiento de su calidad, es decir, el de espurios.

Sara Montero Duhalt, señala dentro de su obra intitulada "Derecho de Familia", que cuando el menor de edad era reconocido, adquiría el derecho a:

- a) Llevar el apellido de la persona que lo reconocía.
- b) Ser alimentado por la persona que lo reconocía.
- c) A percibir la porción hereditaria que señalaba la ley, para el caso de intestado.
- d) A recibir la pensión alimenticia que establecía el propio Código Civil en su artículo 3324.

B). SITUACION JURIDICA DEL MENOR DE EDAD
EN EL CODIGO CIVIL DE 1884

En este Código Civil de 1884, se presenta una innovación en cuanto a los espurios, ya que en él se permite su reconocimiento, pero desafortunadamente sigue imperando la distinción entre estos y los naturales al establecer como requisito para reconocerlos el señalamiento de su calidad, es decir, el de espurios.

Sara Montero Duhalt, señala dentro de su obra intitulada "Derecho de Familia", que cuando el menor de edad era reconocido, adquiría el derecho a:

- a) Llevar el apellido de la persona que lo reconocía.
- b) Ser alimentado por la persona que lo reconocía.
- c) A percibir la porción hereditaria que señalaba la ley, para el caso de intestado.
- d) A recibir la pensión alimenticia que establecía el propio Código Civil en su artículo 3324.

Dentro de ésta Legislación Civil, se seguía considerando menor de edad a toda aquella persona de ambos sexos, que aún no cumplían los 21 años.

La patria potestad se seguía ejerciendo como en el Código Civil de 1870, primeramente por el padre, después por la madre, a falta de éstos, los abuelos.

El artículo 368 del Código Civil de 1884, señalaba que el menor de edad no podía dejar la casa de quien ejercía en él la patria potestad, bien fuera sin su consentimiento, o bien por derecho de la autoridad pública competente.

Aquí en éste Código también el padre tenía la facultad de corregir y castigar a sus hijos de una forma templada y mesurada.

También observamos dentro de éste Código Civil, que el menor de edad que estaba bajo la patria potestad, no podía comparecer a juicio, ni contraer obligación alguna sino fuera por consentimiento expreso del que ejercía aquel derecho.

Por lo que hace a la forma de acabar, perder o suspenderse la patria potestad dentro de la Legislación Civil de 1884, sigue aplicándose la misma regla del Código Civil de 1870, que ya hemos transcrito anteriormente.

Dentro del Código Civil de 1884, al igual que en el de 1870, los Tribunales podían privar de la patria potestad al que la ejercía, o bien, modificar su ejercicio, cuando éste trataba de una forma excesiva al menor de edad, bien fuera porque no lo educaba correctamente, porque le impusiera preceptos inmorales, o bien diera un ejemplo o consejo corrupto.

La madre y los abuelos podían renunciar a la patria potestad o al ejercicio de ella, por lo cual, en cualquiera de los dos casos, ésta recaía en el ascendiente que conforme a la ley le siguiera, y en caso de que no existir persona alguna, se le proveía al menor de un tutor conforme a derecho.

Y para el caso de que cualquiera de

los ascendientes renunciara a la patria potestad, éstos ya no podían recobrarla, salvo en el caso que si era ejercida por la madre o por la abuela, y ésta contraía segundas nupcias, perdía ese derecho de ejercerla; y sólo enviudando podía recuperar esos derechos.

Con todo lo anteriormente señalado, debemos resaltar, que la situación jurídica del menor de edad en cuanto a la esfera de la patria potestad, era considerada la misma que con la que predominaba en el Código Civil anterior, es decir el de 1870.

El contenido de los artículos que se mencionan en ambos Códigos, como en la Ley sobre Relaciones Familiares, que en su momento veremos en el subcapítulo siguiente, en cuanto a la forma de acabar, perder o suspenderse la patria potestad, era la misma.

G). SITUACION JURIDICA DEL MENOR DE EDAD
DENTRO DE LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

Mediante la Ley Sobre Relaciones Familiares (9 de abril de 1917), se da una mayor protección al menor de edad, ya que se establecen disposiciones de verdadera importancia sobre éste.

Aparece la figura de la adopción en el Derecho Civil Mexicano, "con lo cual se trato de dar hogar, afecto y orientación a aquellos menores que carecían de ello. Se concedió la acción de investigar de la paternidad, no sólo en los casos de violación o rapto, sino también cuando existiera la posesión de estado de hijo natural o un principio de prueba por escrito". (21)

A través de la Ley sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917, desaparece finalmente la distinción que existía entre los hijos naturales y los hijos espurios (adulterinos, incestuosos, manceres y sacrilegos).

Al igual que en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, también en la Ley Sobre Relaciones Familiares

(21) CHAVES ASENCIO, MANUEL F., "La Familia en el Derecho", I. I., Editorial Porrúa, S.A., México 1984, pág. 62.

res, el requisito para no ser considerado menor de edad, era el haber cumplido los 21 años.

Ya dentro de esta Ley, la patria potestad era ejercida primeramente por los padres del menor, a falta de éstos, por los abuelos paternos, y por último eran considerados los abuelos maternos, como podemos observar del artículo 241 de la Ley sobre Relaciones Familiares, que a la letra señala:

Art. 241.- La patria potestad se ejerce:

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

Para el caso de que faltará o existiera impedimento de todos los llamados preferentes entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en el artículo anterior.

Una de las diferencias que la Ley sobre Relaciones Familiares tiene con los Códigos Civiles

antes vistos, es aquella que ya no habla en cuanto a que sólo el padre es quien tiene la facultad de educarle, corregir y/o castigar mesuradamente, al menor; ya que en *está ley se menciona, los que ejercen la patria potestad,* es decir, se le daba facultad también a la madre y a los abuelos para corregir o castigar al menor que estuviera bajo su patria potestad.

Como ya hicimos notar al principio de *éste subcapítulo,* en relación a la situación jurídica de los menores de edad en la Ley sobre Relaciones Familiares, respecto a la patria potestad, era en su mayoría la que prevalecía de los Códigos Civiles anteriores a ésta, aunque ya con algunas diferencias, como las que nos permitimos señalar enseguida:

- La patria potestad, ya no sólo se ejercía sobre los bienes de los hijos legítimos, de los hijos legitimados, de los naturales, sino en esta ley ya aparecen también sobre los hijos adoptivos.

- Ya no sólo se ejercía en primer lugar la patria potestad

por el padre, sino también por la madre, y a falta de éstos, entran en segundo término los abuelos paternos y por último los abuelos maternos.

En la Ley sobre Relaciones Familiares se tomó más en cuenta la importancia de la mujer, pues ya no era el padre quien ejerce sólo la patria potestad, sino que conforme a ésta ley, ahora lo hacía conjuntamente con la esposa, es decir con la madre de sus hijos.

Ahora bien, tomando en cuenta el contenido de las consideraciones hechas por Don Venustiano Carranza, en la Ley Sobre Relaciones Familiares, nos permitimos transcribir la parte correspondiente a la patria potestad del menor de edad, como sigue:

"...Que en cuanto a la patria potestad, no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre y en defecto de éstos por abuelo y abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer que, por razones naturales, se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre y ordinariamente le tiene más cariño, y que asimismo por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación establecida por el Código Civil, la cual no es sino reminiscencia de los peculios que establecía el derecho romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre, por todo lo cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo por los ascendientes

que ejerzan la patria potestad, quienes en cualquier caso disfrutarán como remuneración por sus trabajos, la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre abos ascendientes..." (22).

Concretando lo anterior, y para finalizar el estudio de la Ley sobre Relaciones Familiares en cuanto a la patria potestad de los menores hijos, y comparándolo con los Códigos Civiles de 1870 y 1884, nos damos cuenta que la importancia de la mujer fue tomada más en consideración, al tenerle en igualdad de derechos que a los del cónyuge, ya que conjuntamente ambos ejercerían la patria potestad sobre los menores hijos, lo cual creemos que eso llevó a éstos últimos, a que se pudieran identificar más con sus padres, dándoles así confianza, al notar que ambos se preocuparían en educarlos, corregirlos, representarlos, etc., y no que sólo vieran al padre como una persona al cual sólo debían obedecer, ya que inclusive la propia cónyuge tenía que someterse al propio mandato del esposo, sabiendo que no podía ejercer sobre sus hijos la patria potestad, salvo los casos en que la ley lo permitía, hasta antes de ésta ley.

(22) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES, Ediciones Andrade, S.A., 3a. Edición, México, 1980, pág. 6

D). SITUACION JURIDICA DEL MENOR DE EDAD
EN EL CODIGO CIVIL DE 1928

Ya dentro del Código Civil de 1928, se trata por primera vez sobre el concubinato, y se establece una presunción para considerar quienes son hijos del concubinario y la concubina, prevista en su artículo 383.

Se aprecia un plano más igualitario en cuanto a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, eliminando el calificativo de legítimos e ilegítimos respectivamente. "...Se procuró que unos y otros gozaran de los mismos derechos pues es una irritante injusticia que los hijos sufrieran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los mas sagrados derechos únicamente por que no nacieron de matrimonio de lo cual ninguna culpa tienen..."(23).

El Código Civil de 1928, ha sufrido diversas reformas, de las cuales sobresalen para el tema que se trata las siguientes:

(23) NUESTRO CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES", Editado por Información Aduanera de México (anotado por el Lic. Manuel Andrade). 10a. Edición, México 1982, pág. 11.

"a) Se cambia a 18 años la mayoría de edad, por la de 21 años, (artículo 646 del Código Civil).

b) Conforme al criterio del Juez, se resolverá respecto de la custodia de los hijos en los casos de divorcio, (artículo 259 del Código Civil).

c) El Juez determinará sobre el ejercicio de la patria potestad, en cuanto al orden en que serán llamados los ascendientes, a falta de los padres. (artículo 418 del Código Civil).

d) Se substituye la facultad que los padres tenían de castigar a sus hijos por la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo. (artículo 423 del Código Civil).

e) Para el ejercicio de la tutela se elimina la preferencia de los abuelos paternos sobre los maternos (artículo 418 del Código Civil)." (24)

(24) CHAVEZ ASENCIO, ob. cit. pág. 65.

Comparando los Códigos Civiles de 1870, 1884, y la Ley Sobre Relaciones Familiares con el Código que actualmente nos rige, hemos encontrado diversos artículos que antes no se señalaban, con respecto a ciertos aspectos de la situación jurídica del menor de edad, siendo los siguientes:

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

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

Artículo 417.- Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separan, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

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

Artículo 419.- La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

Artículo 420.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad, los que sigan en orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quien corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

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

Artículo 444.- La patria potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 293;
- III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;
- IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses". (25)

La madre o abuela que contraigan segundas nupcias no pierden por este hecho la patria potestad, como se manejaba en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, y en la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Ya aquí la patria potestad no es renunciable; pero para aquellas personas a quienes corresponda ejercerla, y quieran excusarse, pueden hacerlo, cuando hayan cumplido los sesenta años, o bien cuando por alguna enfermedad no puedan atender debidamente a su desempeño.

Actualmente dentro de nuestra Legislación Mexicana, como análisis de la situación jurídica del menor de edad, partiendo del momento de la concepción del individuo hasta que llega a la mayoría de edad, podemos señalar lo siguiente:

(25) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 1993, pág. 194.

Dentro de la situación jurídica del menor, cabe preguntarnos, ¿a partir de que momento comienza dicha protección?, la respuesta la tiene el artículo 22 del Código Civil, que textualmente señala:

a). *El Nasciturus*.- "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Lo que quiere decir, que la protección jurídica del menor comienza desde que está en el "ventre sa mere", es decir, a partir del momento en que es concebido en el vientre materno. Este ser humano desde el derecho romano ha sido llamado "Nasciturus", que significa: "El ser que va a nacer" (26).

b). *Derechos*.- Como consecuencia o resultado de la definición establecida por el artículo 22 del ordenamiento

(26) GALINDO GARFÍAS, IGNACIO, "Derecho Civil Primer Curso", Editorial Porrúa, S.A. México 1990, pág. 311.

legal antes invocado, por la que se tiene por nacido al ser concebido existen en el mismo Código, disposiciones que la protegen, como son las siguientes posibilidades.

1) La de ser instituido heredero: que emana del artículo 1314 del Código Civil, interpretado a contrario sensu, que dice: "Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

2) La de ser designado legatario: según lo establece el artículo 1391 del Código Civil, por analogía con el artículo 1314, "Cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos".

Al considerarse como heredero o legatario, la división de la herencia se suspende hasta en tanto no se de el parto, o en su defecto hasta que transcurra el tiempo máximo de la preñez (trescientos días posteriores al de la concep-

ción). Una vez transcurrido este lapso de tiempo, si el producto no nace vivo ni viable se podrá efectuar la participación de la herencia y la adjudicación de bienes en favor de los herederos o legatarios, "prescindiendo enteramente de los eventuales derechos que había adquirido el heredero póstumo que no llegó a nacer, y por lo tanto, la herencia se distribuirá en su totalidad entre las demás personas con derecho a heredar." (27)

3) De recibir donaciones: Señalada en el artículo 2357 del Código Civil, "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

4) De ser reconocidos: En el capítulo relativo al "Reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio", se establece respecto del concebido que, puede reconocerse al hijo que no ha nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia, (artículo 364 del Código Civil).

(27) *Ibides.* pág. 317.

Al no tratarse de un hijo nacido de matrimonio; la paternidad no se presume; por lo tanto es de vital importancia en favor de un hijo nacido fuera del matrimonio el reconocimiento que de ellos hagan sus padres a fin de que les sea posible establecer la filiación y los derechos y obligaciones que esta implica.

El hecho de que el padre reconozca a su hijo, tratándose de un hijo de matrimonio, facilitaría notablemente la situación de la viuda que ha quedado en cinta.

5) De recibir alimentos: se establece, respecto de la viuda que quedará encinta que, "aún cuando tenga bienes deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria" (artículo 1643 del Código Civil).

Aún cuando se señala que el derecho a recibir alimentos se refiere expresamente a la madre, se constituye, en una protección hacia el Nasciturus, pues mientras su vida dependa de su progenitor, todos los beneficios hacia ella, repercuten directamente en él.

6) De tener derecho a la protección de su integridad corporal: Por encontrarse regulado fuera del Código Civil, a manera de referencia se ha incluido en el presente trabajo, que el Código Penal para el Distrito Federal, establece diversas sanciones a quienes provoquen la muerte del producto de la concepción (nasciturus) en cualquier momento de la preñez (artículos 329 al 334 del Código Penal).

c). El Hijo Póstumo, El hijo que va a nacer (Nasciturus) puede a su vez constituirse en hijo póstumo, cuando su nacimiento tenga lugar en fecha posterior a la muerte de su padre, y en tal carácter, tendrá los siguientes derechos:

1) Tener la calidad de hijo legítimo, que se determina por el momento de la concepción y no del nacimiento, en virtud de que el Código Civil, en su artículo 324 presume como hijos de los cónyuges a los nacidos después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, o bien a los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. (artículo 324 del Código Civil).

2) Tener la calidad de hijo natural, considerado como aquel nacido dentro del concubinato, que también se determina por la fecha de la concepción. (artículo 383 del Código Civil).

En el mismo sentido que el inciso anterior, el artículo 383 del ya mencionado Código Civil, que establece como presuntos hijos del concubinario y de la concubina, a los nacidos después de los ciento ochenta días de iniciado el concubinato o bien dentro de los trescientos días posteriores a aquél en que cesó la vida en común de los concubinos; es decir, que ha sido concebido durante el tiempo en que la madre y el pretendido padre vivían bajo el mismo techo marital.

3) El derecho de recibir la pensión alimenticia, del cual se dan los dos siguientes supuestos:

El primero, es cuando existe un testamento, en el cual el padre no haya incluido al hijo póstumo como beneficiario, bien haya sido en forma intencional, o porque ignoraba el embarazo de la mujer,

incumpliendo así con la obligación que establece el artículo 1368 fracción I del Código Civil, el cual señala que, la persona que otorga testamento debe dejar alimentos a los descendientes menores de dieciocho años, respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de su muerte.

En tal caso, el hijo póstumo se constituye como heredero preterido y tiene derecho a que se le de la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho" (artículo 1375 del Código Civil).

El segundo supuesto, se da en caso de no existir testamento, entonces el hijo póstumo tendrá derecho a recibir íntegramente la porción que le correspondería como heredero legítimo (artículo 1377 del Código Civil).

d) Inicio de la Personalidad Jurídica, Como se ha expresado con anterioridad, el derecho protege al ser humano a partir del momento de su concepción (nasciturus),

y a fin de establecer si el nasciturus cuenta o no con ella, debemos partir del concepto de personalidad jurídica la cual puede definirse de la siguiente forma:

"La aptitud de intervenir en ciertas y determinadas relaciones jurídicas, es decir, que de acuerdo con la norma jurídica, la persona puede válidamente colocarse en una situación de ocupar el puesto, de sujeto a una determinada relación jurídica" (28).

Por lo que, es la norma jurídica la que va a señalar quienes cuentan con dicha personalidad y a partir de que momento se inicia.

Así tenemos que el artículo 22 del Código Sustantivo ya muchas veces señalado, en su primera parte indica que en las personas físicas "La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte", en otras palabras, el nacimiento es el elemento

(28) GALINDO GARFIAS, ob. cit. pág. 309.

que determina el inicio de la personalidad jurídica, y este se configura para el Derecho cuando el producto de la concepción nazca vivo y sea viable, es decir, necesita que concurra en cualquiera de estas dos condiciones, una vez que sea desprendido del seno materno, y que son:

a) que viva veinticuatro horas,

b) que sea presentado vivo al Registro Civil, antes de tal lapso. (artículo 337 del Código Civil).

Por lo que hace a la segunda parte del artículo 22 del Código Civil, señala una aparente contradicción, que el individuo concebido entra bajo la protección de la ley y "se le va a tener como nacido", para los efectos declarados en el mismo ordenamiento legal.

La redacción del artículo 22 antes invocado, ha originado que se den 2 posturas de dos ilustres maestros de nuestra Facultad de Derecho, autores de diversos libros de Derecho Civil, como son los maestros

Ignacio Galindo Garfias y Rafael Rojina Villegas, respecto del nasciturus.

El primero de los nombrados maestro Ignacio Galindo Garfias, señala que la ley "conserva en su favor los derechos que eventualmente adquirirá cuando nazca. Porque sólo a partir del momento de su nacimiento va a adquirir la capacidad jurídica. Pero nada impide que antes de nacer, siempre que este concebido, pueda ser designado válidamente heredero, legatario o donatario, si llega a adquirir personalidad después de nacido." (29)

Mientras que el maestro Rafael Rojina Villegas, sostiene que aunque con ello se oponga a la doctrina tradicional, pues considera que debe partirse de que para ser heredero, legatario o donatario, es necesario contar con personalidad jurídica, "pues en tales cualidades se adquieren los derechos patrimoniales." (30)

(29) *Ibidem*. pág. 311.

(30) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano", Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. 4a. Edición. México 1982. pág. 436.

Afirma que no podría explicarse la adquisición de tales derechos a través de la figura de la representación, pues esta a su vez está fundada en la existencia del representado, a menos que se acepte su propuesta. De tal forma que la teoría de la representación se apoya en la admisión previa de que el embrión humano es persona, y aunque tiene capacidad mínima, es bastante para considerarlo sujeto de derechos.

En la exposición de motivos del Código Civil de 1928, en cuanto a los menores hijos, se dió inicios para desaparecer la indiscriminada diferencia que existía entre los hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio; pues con ello, se procuro que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues era una grande injusticia que los hijos sufrieran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vieran privados de los mas sagrados derechos únicamente porque no habían nacido de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tenían.

Se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, toda vez que los hijos

tenían el derecho de saber quienes les habían dado vida; gozaban ya del derecho de pedir que los autores de su existencia les proporcionarán los medios para vivir; pero dentro de ésto también se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución.

El hijo nacido fuera de matrimonio, conforme a la exposición de motivos del Código Civil de 1928, gozaría del derecho de investigar quien era su padre, o en su caso, su madre; así también se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina.

Sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia, era el concubinato; por lo que se consideró dentro de ese proyecto que debía de reconocerse que el concubinato producía algunos efectos jurídicos, ya en bien de los hijos, o bien, en favor de la concubina, que al mismo tiempo era madre, y que había vivido por mucho tiempo con

el jefe de la familia.

Estos efectos se producían cuando ninguno de los que vivían en concubinato eran casados, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, ya que era la forma legal y moral de constituir la familia.

Se equiparon en cuanto fue posible las causas del divorcio en lo que se refiere al hombre y a la mujer, procurándose que quedaran debidamente garantizados los intereses de los hijos, que casi siempre resultaban víctimas de la disolución de la familia.

Al organizar sobre nuevas bases la tutela, se procuró que ésta atendiera preferentemente a la persona de los incapacitados más que a la administración de los bienes; y al efecto, se instituyeron organizaciones especiales tales como los consejos locales de tutelas y los jueces pupilares, para que revelaran sobre la persona o bienes de los incapacitados, y se llegó hasta imponer al Estado la obligación de sustentar y educar a los menores que por no tener bienes, ni familiares que cuidaran de

ellos, necesitaban forzosamente que la sociedad fuera en su auxilio.

El ejercicio de la tutela, así como el de la patria potestad, se limitó en aquellos casos que lo exigía el funcionamiento de los tribunales de menores.

Se exigió que los tutores garantizarán más amplia y eficazmente la administración de los bienes de sus tutelados, por lo que se dictaron medidas más severas, para que sus responsabilidades, hasta ese tiempo solamente teóricas, pudieran hacerse efectivas.

Dentro de la exposición de motivos del Código Civil de 1928, se planteó en hacer responsable al Juez que no nombrará oportunamente tutor, de los daños y perjuicios que se siguieran al menor por esa falta, estableciéndose además a que el juez respondería subsidiariamente con el tutor de los daños y perjuicios que sufrirá el incapacitado por no haber exigido que se garantizará el manejo de la tutela.

Ahora bien, dentro de nuestra actual legislación civil, encontramos diversas esferas jurídicas, que tienden a regular y proteger la condición jurídica del menor, y para el efecto de apoyar el presente trabajo de tesis, sin desviarnos del tema de la patria potestad de los menores de edad, nos hemos permitido transcribir diversos conceptos, conforme a los criterios de varios connotados maestros de nuestra Facultad:

"Filiación: Es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre - hijo o hija.

De aquí se deriva el concepto de: Maternidad: Que es la relación de la madre con respecto de su hijo o hija. Mientras que el de Paternidad: Que es la relación del padre con su hijo o hija. (definición en sentido amplio).

Filiación: Cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija con respecto a su madre o padre. (definición en sentido estricto)". (31)

(31) MONTERO DUHALT, SARA, ob. cit. pág. 266.

"*Filiación Extramatrimonial*: Es la relación jurídica entre progenitor e hijo que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero o por sentencia que cause ejecutoria imputando la filiación a cierta persona". (32)

"*Adopción*: Como el acto jurídico que crea entre adoptante y adoptado un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas". (33)

"*Legitimación*: Como aquella situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos, con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad". (34)

"*Tutela*: Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los

(32) *Ibiden.* pág. 302.

(33) DE PINA VARA, RAFAEL, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, S.A. México 1992

(34) ROJINA VILLEGAS, *ob. cit.* pág. 609.

menores de edad o incapacitados". (35)

"Reconocimiento de hijo: Es el acto en virtud del cual quienes han tenido un hijo fuera del matrimonio declaran conjunta o separadamente que lo aceptan como suyo. Aunque se admite generalmente, que el reconocimiento de hijos, puede ser voluntario o forzoso; es evidente que sólo existe una especie de reconocimiento, o sea el voluntario". (36)

"Patria Potestad: Es una institución establecida por el derecho con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de el o de hijos adoptivos". (37)

"Patria Potestad: Como el conjunto de las facultades que suponen también deberes conferidos a quienes las ejercen

(35) GALINDO GARFIAS, ob. cit. pág. 692.

(36) DE PINA UARRA, Ob. cit.

(37) GALINDO GARFIAS, ob. cit. pág. 669.

(padres, abuelos, adoptantes según los casos), destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes". (38)

"*Tutela*: Es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad y de los menores de edad no sujetos a patria potestad". (39)

"*Patria Potestad*: Julian Bonnecase la define "como el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios". (40)

Manuel Mateos Alarcón, señala en su obra "Lecciones de Derecho Civil", que la potestad es "un derecho fundado

(38) DE PINA UARRA, ob. cit.

(39) MONTERO DUAHLT, ob. cit. pág. 359.

(40) BONNECASE JULIAN, "Elementos de Derecho Civil" Puebla, Puebla, Biblioteca Jurídico Sociológico T. I. Vol. XII, Traducción de José Ma. Cajica. Puebla Méx. 1945, pág. 41

sobre la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y a la madre por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de las personas, la administración y goce de los bienes de los hijos". (41)

Con el fin de dar a conocer en forma general las esferas jurídicas que regulan a los menores dentro de nuestro Derecho Civil, y considerando la importancia para el Capítulo IV, de este trabajo de tesis, en lo relativo a la "patria potestad", es la razón por la que se tomaron en cuenta los conceptos antes transcritos.

Por último, cabe señalarse que con las variadas definiciones ya manifestadas, damos por terminado el presente tema y capítulo de este trabajo, esperando que con las mismas, se haya dado una mejor idea, respecto de la situación jurídica que ha guardado el menor de edad desde el siglo pasado hasta nuestros días.

(41) MATEOS ALARCON, MANUEL, "Lecciones de Derecho Civil", Tomo I, Editorial de el Código Civil del Distrito Federal, México, pág. 272.

CAPITULO III
EL DIVORCIO COMO DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL

A). CONCEPTO DE DIVORCIO

Primeramente diremos que la palabra divorcio proviene del latín "Divortium" que a su vez deriva de "divertere" o sea, "irse cada uno por su lado".

Partiendo de este concepto daremos las siguientes definiciones conforme al criterio de diversos juristas, como son:

1). Ignacio Galindo Garfias, define al divorcio como "la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley". (42)

2). Colin y Capitan, nos dan la siguiente definición, "el divorcio es la disolución del matrimonio viviendo los esposos a consecuencia de una reso

(42) GALINDO GARFIAS, ob. cit. pág. 577.

lución judicial dictada o demandada de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley". (43)

3). Rafael de Pina, expone la siguiente definición, "la palabra divorcio en el lenguaje corriente contiene la idea de separación; en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso". (44)

4). Benjamín Flores Barroeta, nos da la siguiente definición, "el divorcio, es la disolución del vínculo matrimonial, en vida de los cónyuges por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio". (45)

5). Sara Montero Duhalt, define el divorcio, "como la forma legal de extinguir un matrimonio

(43) COLIN A. y CAPITAN H., ob. cit. pág. 577.

(44) DE PINA UARRA, RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano", Editorial Porrúa, S.A. Vol. I., México 1983, pág. 338.

(45) GALINDO GARFIAS, Ob. cit. pág. 577, nota 1. segundo párrafo.

válido en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido". (46)

6). Edgar Baqueiro Rojas, en su obra intitulada "Derecho de Familia y Sucesiones" define al divorcio como "el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales, y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación". (47)

7). El diccionario Jurídico Mexicano, define al divorcio como "la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad a un nuevo matrimonio válido". (48)

(46) MONTERO DUHALT, ob. cit. pág. 196

(47) BAQUEIRO ROJAS, EDGAR, "Derecho de Familia y Sucesiones", Ediciones Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios. México 1990, pág. 147.

(48) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo D-H, Editorial Porrúa, S.A., México 1992, pág. 1104.

Tomando en cuenta las anteriores definiciones, y partiendo de los elementos que conforman a cada una de éstas, podemos definir desde el punto de vista personal, al divorcio, en sentido amplio y en sentido estricto, de la forma siguiente:

En sentido amplio, como la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente bien sea a solicitud o demanda hecha valer por ambos o uno de ellos respectivamente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa posterior a su celebración, que se funde en una de las causales señaladas en la ley, y que deja a los cónyuges en aptitud de celebrar un nuevo matrimonio.

En sentido estricto, como la disolución del vínculo matrimonial existente en vida de los cónyuges, a través de la vía legal, y que deja a los mismos en aptitud de contraer nuevo matrimonio, una vez cumplidos los requisitos de ley.

Ahora bien, para definir el concepto en sentido amplio, se tomaron en cuenta los siguientes elementos:

- a). La disolución del vínculo matrimonial.
- b). En vida de los cónyuges.
- c). Decretada por autoridad competente.
- d). Dictada a solicitud o demanda, ya sea por ambos o por cualquiera de ellos, respectivamente.
- e). En un procedimiento señalado al efecto.
- f). Por una causa posterior a su celebración.
- g). Fundada por alguna de las causales señaladas en la ley.
- h). Aptitud de los cónyuges para contraer un nuevo matrimonio.

B). PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE DIVORCIO

Después de haber expuesto las diversas definiciones en cuanto al concepto de "divorcio", nos toca ahora analizar el planteamiento del problema respecto del mismo, y al efecto nos permitimos señalar, que como antecedente, el divorcio, es sin duda uno de los temas más controvertidos y de mayor trascendencia en el Derecho de Familia.

Para plantear el problema de divorcio, nos debemos trasladar al pasado y ubicar la forma en como apareció primitivamente este concepto o figura jurídica, que fue dado como un derecho concedido al varón de repudiar a su mujer en caso de adulterio y esterilidad de ella.

Así lo encontramos que en la Biblia se hace mención al divorcio, antes de Jesucristo, en el libro del Deuteronomio, capítulo 24, versículo 1, que establece lo siguiente: "Cuando alguno tomaré mujer y se casa-

re con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa indecente, le escribirá carta de divorcio y se la entregará en su mano, y la despedirá de su casa". (49)

En relación a esta permisión al divorcio, es conveniente recordar cual era la situación del pueblo de Israel, ya que cuando fue dictada esta disposición, dicho pueblo aún se encontraba en el desierto y estaba por entrar a la tierra prometida, en dicho pasaje bíblico, antes señalado, se menciona como causa de divorcio el "haber hallado en ella alguna cosa indecente..." más no especifica la escritura cuales pudieron ser esas "cosas indecentes", por lo que se supone en relación a otros pasajes que son por hallar en la mujer alguna falta a las leyes mosaicas.

Otras causas de divorcio en el Antiguo Testamento, las encontramos en el libro de Deuteronomio capítulo 21, versículo del 10 al 14, que permitía al hombre a desear a la mujer cuando esta fuere esclava por haber sido tomada cautiva en una guerra y que

(49) SANTA BIBLIA, Versión Reyna-Valera, Revisión 1960, Sociedades Bíblicas Unidas pág. 200.

finalmente no hubiera sido del "agrado" del hombre que la tomo.

Una causa más, la encontramos en el mismo libro, capítulo 22, versículos 13 al 21 que señala que cuando la mujer no siendo virgen, se casaba como tal, por lo que el marido tenía el derecho de repudiarla al descubrirla.

Por lo que hace dentro del Cristianismo, en términos generales el divorcio fue condenado, inclusive por el mismo Señor Jesucristo, en el evangelio de San Marcos, en su capítulo 10 versículos 2 al 12, a pregunta de los fariseos, "¿sobre si es lícito al marido repudiar a su mujer?, Jesús dijo, ¿Que os mandó Moisés?, y ellos contestaron "Moisés permitió darle carta de divorcio, y repudiarla". Y respondiendo Jesús, les dijo: Por la dureza de vuestro corazón os escribió este mandamiento. Pero mas adelante dijo: Cualquiera que repudia su mujer y se casa con otra, comete adulterio contra ella; y si la mujer repudia a su marido y se casa con otro comete adulterio". (80)

(80) *Ibídem.* pág. 924.

Mientras que el evangelista San Mateo señala en su libro, capítulo 19:9 "Y yo os digo que cualquiera que repudia a su mujer salvo por causa de fornicación, y se casa con otra, adúltera; y el que se casa con la repudiada, adúltera". (51)

De lo anterior desprendemos que el divorcio es un concepto que se ha tratado desde los tiempos antiguos, como lo hemos visto con el pueblo hebreo, y que a través de los años, se sigue usando en todo el mundo, y ya con diferentes causales, como las que veremos en su momento, al llegar al capítulo correspondiente, por lo que hace en nuestra legislación.

La implantación del divorcio en México, se dió a fines del año de 1914, por Don Venustiano Carranza, en el Estado de Veracruz, regulándose a través de la Ley sobre el Divorcio y la Ley sobre Relaciones Familiares.

(51) *Ibidem*, pág. 896.

Ramón Sánchez Medel, en su obra "El divorcio opcional", señala que en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, sólo se permitía para los matrimonios desavenidos, la separación de cuerpos o el llamado divorcio relativo, como único remedio que dejaba subsistente el vínculo conyugal.

Años mas tarde, apareció el proyecto del Código Civil de 1928, y puesto a la discusión de la opinión pública, pero sus preceptos no fueron objetadas en lo concerniente al divorcio por ninguno de los juriconsultos que emitieron sus opiniones sobre otros temas del proyecto; al ser sometido éste al estudio de diversas comisiones de la Barra Mexicana de Abogados.

Don Ignacio García Tellez, uno de los tres autores del citado proyecto, justificó así los preceptos en materia de divorcio, contenidos en el nuevo Código Civil, por el cual se reconocía la impotencia de un artículo para mantener la armonía conyugal, la incapacidad que tenía la autoridad para garantizar el cumplimiento de los deberes íntimos del hogar; ya que sólo la voluntad de

los esposos podía lograr el cumplimiento de los deberes matrimoniales, y cuando aquella faltaba, más valía permitir un nuevo matrimonio de felicidad no encontrada, que forzar una unión aparente tras de la cual se escudan la traición a la fidelidad prometida, la rifa cotidiana en lugar de la paz doméstica, y la corrupción filial en lugar del ejemplo moralizador de los padres.

El divorcio en nuestros días, es considerado como un problema muy grande entre la sociedad que deriva de la gran cantidad de procedimientos que actualmente se llevan en trámite ante los Juzgados de lo familiar, y que año con año aumentan considerablemente, lo que viene a convertirse en un problema social que requiere que el Estado actúe en ello.

Este fenómeno social no es ninguna manera privativa de alguna sociedad en particular, ni de una clase determinada todo esto nos lleva a pensar en una profunda crisis por la que atraviesa el matrimonio, base fundamental de familia.

Debemos considerar que cualquier incremento de divorcio traerá como consecuencia una mayor desintegración familiar y grandes problemas sociales. Por lo que debería de buscarse una mejor solución respecto a este tema, no queremos decir que deba prohibirse, sino que deben existir programas que motiven la convivencia conyugal, bien sea a través de una preparación próxima y una preparación remota a la vida de amor y vida de matrimonio.

Ahora bien, puede tomarse en cuenta también, que para que toda pareja, pueda llegar al matrimonio, sin que dentro del mismo se de el divorcio al poco tiempo de casados, debe orientarseles con una mejor y correcta educación no sólo en cuanto a la educación sexual, sino también en cuanto al papel que han de asumir como esposos y parejas tanto en lo familiar, como a nivel social, y no en sus tradicionales formas de conducta donde el hombre trata de imponer su "machismo", y la mujer la "sumisa esposa del macho" que hoy en la actualidad, también se da en forma contraria. Por lo que en forma concreta, podemos decir, que una forma para decrementar los divorcios, podría ser el de educar y enseñar al niño y

al joven a valorar el papel que como padres de familia un día llegarán a ser.

Creemos de manera particular, que otra forma para cuidar la existencia del núcleo familiar, es que el hombre como la mujer deben considerar que ambos son importantes dentro de la familia, ya sea como esposos, como amigos, como confidentes, etc., pues en si son una sola carne, tomando como base la enseñanza que dan las Sagradas Escrituras, respecto a lo antes señalado, en el libro del Génesis, capítulo 2:24; en los Evangelios de San Mateo 19:5; y San Marcos 10:7 y 8; de los que en forma concreta señalan lo siguiente: *Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y los dos serán una sola carne, así que no son ya más dos, sino uno.*

Efectivamente conforme a la anterior enseñanza, debemos entender que una vez unida una pareja, ésta debe de comprenderse para siempre, bien sea en momentos de alegría o de aflicción, en momentos buenos o malos, toda vez que ambos ya son uno; deben saber que tanto el uno como el otro tienen derechos y obligaciones

para con su pareja, como para los hijos cuando los hubiere, y que si bien es cierto que el hombre es cabeza del hogar, éste debe de serlo en los momentos en que así lo requiera el mismo hogar y la familia, y no imponer ese machismo no aceptado por nuestra legislación, pues el artículo 168 del Código Civil nos señala la igualdad que debe existir entre el marido y la mujer dentro del hogar conyugal.

Y para el caso de que esos recursos, (para evitar la desintegración familiar), hayan fracasado, el divorcio debe reunir las facilidades y medidas adecuadas para asegurar la salud, la libertad y la dignidad humana.

Es pues, labor necesaria para el legislador, estudiar a fondo y después proveer las bases jurídicas para que el divorcio produzca el menor mal para los implicados en sus consecuencias: Los cónyuges y sus hijos.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente, requiere una profunda revisión en todos los aspectos en esta materia, en cuanto al procedimiento y en relación con sus consecuencias respecto a los hijos.

Mientras se lleve o no esa profunda revisión del Código Civil, como ya dijimos en esta materia, el incremento del divorcio aumenta alarmantemente dentro de nuestros Tribunales en materia Familiar. Se habla de la custodia de los hijos con mucha facilidad, pero casi nunca nos hemos puesto a pensar cual puede ser su alcance, las responsabilidades que implica el tenerla o el perderla, y toda vez que es una figura de mucha importancia y que no ha sido tratada con delicadeza, esperamos que con el presente trabajo, se puedan aclarar muchas dudas, especialmente cuando se trate lo relacionado con el Capítulo IV de esta tesis.

O). CLASES DE DIVORCIO

Nuestra legislación vigente, distingue cuatro formas de divorcio, de las cuales ya tres se encontraban reguladas en la Ley sobre Relaciones Familiares.

Tales formas de divorcio, que en su momento iremos estudiando, son las siguientes:

1. Separación de cuerpos (no disuelve el vínculo matrimonial).
2. Divorcio Necesario (si disuelve el vínculo matrimonial).
3. Divorcio Voluntario (si disuelve el vínculo matrimonial).
4. Divorcio administrativo (si disuelve el vínculo matrimonial).

Respecto al primero de los señalados, podemos decir:

1. *Divorcio por separación de cuerpos*, o también llamado *no vincular*, "es el estado de los esposos, que han sido dispensados por la justicia

competente, de la obligación de vivir juntos". (52)

En este sistema el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes la figura de las siguientes obligaciones:

- a) De fidelidad,
- b) De ministración de alimentos,
- c) De imposibilidad de contraer nuevas nupcias.

Los efectos de este divorcio son:

a) La separación material de los cónyuges, quienes ya no tendrán la obligación de vivir juntos, y por consiguiente a hacer vida marital.

b) El divorcio no vincular o separación de cuerpos de acuerdo con nuestro Código Civil no procede, como en el Código Francés en todos los casos en que puede tener lugar el divorcio vincular, sino que se ofrece como una medida

(52) RIPERT, GEORGES Y BOULANGER, JUAN, "Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol", Tomo II, Vol. I, Ediciones Ley Buenos Aires, pág. 431.

optativa, sólo en los casos señalados por las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, que son por enfermedades, ya sea crónicas o incurables, contagiosas o hereditarias, por impotencia sexual incurable que sobrevenga después del matrimonio, o bien por enfermedad mental incurable, el cónyuge sano, podrá optar por la simple separación de cuerpos o por el divorcio vincular.

Tomando en cuenta lo señalado con anterioridad en cuanto a ésta forma de divorcio, tal separación no extingue el matrimonio, y sólo puede ser decretado en los casos que señala el artículo 267 fracción VI y VII, que son como ya señalamos enfermedades físicas o mentales. La única obligación que se suspende para ambos cónyuges es la de cohabitar juntos quedando las demás obligaciones subsistentes del matrimonio.

Las consecuencias que derivan de esta separación, son las siguientes:

a) Serán relevados del cumplimiento de alguno de los deberes conyugales, y en especial del débito conyugal. No

trae como consecuencia sanción en contra del cónyuge enfermo, impotente o enajenado. Ambos cónyuges conservan el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio.

b) Tampoco se disuelve la sociedad conyugal, que por lo tanto subsiste y el cónyuge enfermo podrá seguir administrando los bienes comunes, si antes de la declaración de la sentencia que autorice la separación tenía la administración de los mismos, ya individualmente o en forma conjunta con el cónyuge sano, excepto que la sentencia que autorice la separación corporal se funde en que uno de los cónyuges padezca enajenación mental. En este supuesto declarado judicialmente el estado de interdicción; el cónyuge sano debe administrar los bienes de la sociedad conyugal.

Ha de observarse también que, "tratándose de la separación de cuerpos la reconciliación entre los consortes; no pone fin al procedimiento judicial, porque el cónyuge sano no imputa al demandado haber incurrido en falta. Sólo procede al desistimiento

de la acción, para que el Juez pueda fundadamente sobreeser el procedimiento.

c) Se releva a los consortes de vivir en el domicilio conyugal por lo tanto desaparecerá éste.

"La violación del deber de fidelidad en que incurra cualquiera de los cónyuges autorizados judicialmente para vivir separados, constituye adulterio, y de acuerdo con la fracción I del artículo 267 del Código Civil, es causal de divorcio, pero no configuran el tipo de delito penal, en aquellos Códigos Penales como por ejemplo el del Distrito Federal, en virtud de que faltaría el elemento "domicilio conyugal" para tipificar la conducta delictuosa de acuerdo con el artículo 273 del Código Penal". (53)

2. *Divorcio Vincular.* - "La principal característica de este divorcio consiste en la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias (artículo 266 Código Civil).

(53) GALINDO GARFIAS, IGNACIO, "Derecho Civil Primer Curso", Editorial Porrúa, S.A., México 1990, pág. 587.

Dentro de este sistema se puede dar el divorcio necesario y el divorcio voluntario.

El divorcio vincular necesario se decreta por las causales señaladas en las fracciones I, II, III, IV, V, XVI y XVIII del artículo 267 del Código ya antes señalado, y que con posterioridad se mencionarán en forma concreta, dentro del tema correspondiente a las causales de divorcio.

3. *Divorcio Voluntario.*- "La ley sobre Relaciones Familiares, estableció por primera vez en México la disolución del matrimonio, mediante resolución judicial, a instancia de ambos cónyuges que declaran su voluntad concorde de querer divorciarse". (54)

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, adopta el mismo sistema y además habilita dos vías de divorcio por voluntad de los consortes, siendo las dos siguientes:

(54) *Ibidem.* pág. 690.

a) Divorcio Voluntario Judicial, será aquel cuyo trámite o procedimiento ha de llevarse ante la autoridad judicial competente, en Vía de Jurisdicción Voluntaria; la autoridad en este caso y para el Distrito Federal será el Juez de lo Familiar.

b) Divorcio Voluntario Administrativo, será aquel cuyo procedimiento es tan sencillo que se lleve ante el propio Juez del Registro Civil que los caso.

La diferencia entre estos dos tipos de divorcio voluntario, consiste en que su trámite será ante dos autoridades diferentes, por un lado judicial y por la otra administrativa, aunque la esencia del trámite consistirá en lo mismo, disolver el vínculo matrimonial que une a los cónyuges.

A. Divorcio Voluntario Administrativo. - La introducción de este tipo de divorcio voluntario en nuestra legislación vigente, facilita la disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento.

El artículo 272 del Código Civil, enumera las disposiciones relativas del Divorcio Administrativo ante el Juez del Registro Civil, y a fin de proceder a este tipo de divorcio se requiere que:

- a) Exista la voluntad de los consortes en divorciarse;
- b) Que sean mayores de edad;
- c) Que no tengan hijos;
- d) Que hubiesen liquidado la Sociedad Conyugal de común acuerdo si bajo ese régimen contrajeron matrimonio.

El trámite o procedimiento se da, cuando una vez agotados y satisfechos los presupuestos señalados, los cónyuges divorciantes se presentan personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, y una vez que comprobaron que son mayores de edad, que no tienen hijos, que es su voluntad divorciarse, y que ha sido liquidada la sociedad conyugal, el Juez del Registro Civil levantará una acta (una vez identificados los consortes), en la que hará constar dicha solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes ratifican

dicha solicitud, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantándose el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la de matrimonio anterior.

El maestro Eduardo Pallares, señala que la función del Juez del Registro Civil es pasiva, comparada con la del Juez Familiar que es activa, es decir el primero de los nombrados no hace esfuerzo alguno por avenirlos o buscar que la pareja siga unida en matrimonio. El Juez deberá exhortar a los consortes a dialogar y buscar la forma y manera de resolver sus problemas, procurando darles la madurez que necesitan los consortes a fin de que como matrimonio continúe.

Por lo que hace al divorcio voluntario judicial, el artículo 272 en su último párrafo del Código Civil, señala que: "Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles"

Lo anterior significa que deben recurrir a este tipo de divorcio, aquellos que:

- a) Sean menores de edad (y tengan hijos).
- b) Sean mayores de edad (y tengan hijos).
- c) Que no hubieran liquidado su Sociedad Conyugal.
- d) Que no hayan concertado el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil.
- e) Que no tengan menos de un año de casados artículo 274 - también del Código Civil.

Intervienen en el proceso como partes del mismo, los cónyuges y el Ministerio Público que participa para velar por los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores o interdictos, quien podrá apelar respecto a las resoluciones que decreta o niegue el divorcio y que resuelva sobre los puntos relativos a la situación y guarda de los hijos, así como de la liquidación o disolución de la sociedad conyugal.

A diferencia del divorcio voluntario administrativo, en que no existen hijos, en el divor-

cio voluntario judicial se exige que exista un convenio (art. 273 C.C.) mismo que fija los siguientes puntos:

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

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

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

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

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha

sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad.

"En la práctica de nuestros Tribunales, se incluye el convenio en el escrito de demanda y con demasiada frecuencia no se presentan el inventario ni avalúo, pero esta omisión es notoriamente violatoria de la ley, excepto en el caso de que no haya bienes de la sociedad conyugal". (55)

"El Ministerio Público puede oponerse al convenio, por considerar que se violan los derechos de los hijos, o porque no quedan éstos bien garantizados, o puede promover modificaciones, que si son aceptadas por los cónyuges se continuará el procedimiento. En caso contrario el Tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando que en todo

(55) PALLARES, EDUARDO, "El divorcio en México", Editorial Porrúa, S.A., México 1994. pág. 47.

caso queden debidamente garantizados los derechos de los hijos". (56)

El trámite o procedimiento del divorcio voluntario judicial a diferencia del administrativo, es que el Juez de lo Familiar tiene un papel activo, ya que una vez hecha la solicitud, citará el Tribunal a los cónyuges y al Representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificaran plenamente que se efectuara después de ocho días, "y antes de los quince días siguientes y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación" (art. 675 C.C.)

Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al Representante del Ministerio Público, los puntos del convenio (judicial) relativos a la situación de los hijos menores, a la separación de los cónyuges, a los alimentos de aquellos y las medidas del aseguramiento que considere a su criterio necesarias.

En caso de insistir los cónyuges con el propósito de divorciarse, los citará el Tribunal a

(56) CHAVES ASENCIO, MANUEL, "La Familia en el Derecho", Editorial Porrúa, S.A. México 1985, pág. 457.

una segunda junta y en ella volverá a exhortar a aquellos con el fin de procurar la reconciliación. Si tampoco se logrará la reconciliación y en el convenio quedaran bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados el Tribunal si no existe impedimento alguno del Representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia en la que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, se enviara copia de la misma al Juez del Registro Civil que levanto el acta de matrimonio, para los efectos del levantamiento del acta de divorcio y la anotación correspondiente al margen del acta de matrimonio que ha quedado disuelto. (art. 291 C.C. y 682 C.P.C)

Divorcio Necesario. - Dentro de este divorcio, es necesario que la causal que invoque se encuentre regulada por los artículos 267 y 268 del Código Civil.

El artículo 282 del Código Civil,

señala que el Juez al admitir la demanda de divorcio, o en caso de urgencia, debe ordenar se adopten ciertas medidas cautelares de naturaleza provisional, mientras se trámita el divorcio, cuando corresponda a la persona de los cónyuges, y de los hijos, y en cuanto a los bienes de los consortes respecto de las obligaciones de naturaleza patrimonial entre los esposos y en relación con los hijos.

Sólo son causas de divorcio necesario las que limitativamente enuncian los artículos 267 y 268 del Código Civil. Este principio se deriva de que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y el Estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causas de divorcio.

El proceso de divorcio está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges y así lo previene el artículo 288 del Código Civil, al señalar, "al consorte culpable responsable de los daños y perjuicios como autor de un hecho ilícito. Es ilícito por ser contrario a las leyes de orden público, como son las relativas

al matrimonio y a familia, a las buenas costumbres, porque las causales de divorcio fundamentalmente van contra la moral y las buenas costumbres. La causal prevista debe ser imputable al cónyuge culpable para proceder al divorcio". (57)

"Son partes en el juicio, los cónyuges; ambos tienen capacidad para participar en el juicio. El Ministerio Público no interviene a diferencia del divorcio voluntario judicial, aquí no es parte. Es una anomalía, porque, si es tan importante que comparezca y actúe en el divorcio voluntario, más lo es su presencia en el necesario, en donde las pasiones de los cónyuges pueden afectar a ambos, o a los hijos". (58)

Dentro del divorcio necesario, es preciso que la causal invocada sea plenamente probada, así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad, ya que conforme al artículo

(57) CHAVES ASENCIO, ob. cit. pág. 460.

(58) Ibidem. pág. 462.

278 del Código Civil, señala que la acción se debe ejercitar dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

El término fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio, es un término de caducidad y no de prescripción, la primera es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio, en cambio la segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima.

Por lo que se refiere a la sentencia, aquí debe intervenir el Juez competente en Materia Familiar, y su sentencia tiene características de declaratoria y de condena.

Una vez que se declara la culpabilidad de uno de los cónyuges, puede traer como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, en términos generales y conforme a nuestra legislación civil, lo siguiente:

a) Pérdida o suspensión de la patria potestad. (artículos 443 y 447 del Código Civil).

b) Pago de alimentos al cónyuge inocente. (artículo 288 del Código Civil).

c) Daños y perjuicios a pagar al cónyuge inocente (artículo 288 del Código Civil).

d) Devolución de donaciones hechas a favor del culpable (artículo 286 del Código Civil).

e) Pérdida de lo que se le hubiera dado o prometido. (artículo 286 del Código Civil.)

f) Término de dos años para volverse a casar el cónyuge culpable y uno para el inocente (artículo 289 del Código Civil).

Mientras que el juicio de divorcio puede terminar por alguna de las siguientes circunstancias

1. Perdón expreso o tácito del cónyuge ofendido. (artículo 279 del Código Civil).

2. Reconciliación de los cónyuges. (artículo 280 del Código Civil).

3. Desistimiento del cónyuge que no ha dado causa de divorcio. (artículo 268 del Código Civil).

4. Muerte de alguno de los consortes. (artículo 290 del Código Civil).

El perdón es un verdadero acto jurídico familiar unilateral, por el cual el cónyuge inocente u ofendido, perdona al agresor de los hechos o actos cometidos en su contra y que constituyan causa de divorcio.

La reconciliación también significa un verdadero acto jurídico familiar, pero en este caso es bilateral, ya que aquí se requiere la voluntad de ambos consortes para que pueda proceder la reconciliación y terminación del juicio de divorcio.

Tanto el perdón como la reconciliación puede ser expresa o bien tácita.

D). CAUSALES DE DIVORCIO
(Breve comentario)

En nuestro Derecho Civil vigente, las causales de divorcio se regulan por el artículo 267 del Código Civil, que a la letra y para el efecto de sus comentarios, nos permitimos transcribir:

"Artículo 267.- Son causas de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII. Padecer enajenación mental incurable, 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 separo entable la demanda de divorcio;

X. La declararación de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia;

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

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 169;

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 uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar una ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

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

XVII. El mutuo consentimiento;

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de dos años,

independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos". (59)

Existe una causal más para demandar el juicio de divorcio, sólo que ésta, se encuentra en forma independiente a las antes señaladas, es decir, el legislador reguló esta causal en forma autónoma al artículo 267, tal causal se encuentra en el artículo 268 del mismo ordenamiento civil, y cuyo comentario lo haremos mas adelante.

Antes de entrar al comentario de cada una de las causales de divorcio, señalaremos la clasificación de las mismas, de acuerdo con el criterio de tres connotados conocedores del Derecho, a fin de generalizar aún más el presente inciso de este capítulo de divorcio:

1.- Sara Montero Duhalt, señala que

(59) "CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL", Editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 1993, págs. 35 y 36.

existen diversos criterios doctrinarios para clasificar las causales del artículo 267 del Código Civil, y en su obra intitulada "Derecho de Familia" las enumera de la forma siguiente:

- "a) Causas que implican delito.
- b) Causas que constituyen hechos inmorales.
- c) Causas contrarias al estado matrimonial o que implican incumplimiento de obligaciones conyugales.
- d) Causas eugenésicas llamadas también causas remedio.
- e) Causas que implican conducta desleal." (60)

2.- Luis Muñoz y Salvador Castro, conforme a su obra "Comentarios al Código Civil", dan la siguiente clasificación:

- "a) Por razón de delito (fracs. I, III, IV, V, XI, XIII, XIV, XVI; arts. 269 y 270 del Código Civil).
- b) Por razones de moralidad o de honor (fracs. II y XV).

(60) MONTERO DUMALT, ob. cit. pág. 223.

- c) por razones de enfermedad (frac. V, VI, VII, arts. 270 y 271 del Código Civil).
- d) Por abandono del domicilio conyugal (frac. VIII, IX).
- e) Por ausencia (frac. X).
- f) Por maltratos (frac. XI).
- g) Por incumplimiento de deberes (frac. XII).
- h) Por mutuo consentimiento (frac. XVII; arts. 272 a 274 del Código Civil).
- i) Por no justificación e insuficiencia en el fundamento de causas de no nulidad o de divorcio (art. 268 Código Civil)." (61)

Por último toca señalar la clasificación de acuerdo con el criterio del maestro Rafael Rojina Villegas, que la clasifica de la forma que sigue:

- "a) Las que impliquen delitos (frac. I, IV, V, XI, XIII, XIV y XVI).

(61)

(61) MUÑOZ LUIS Y CASTRO ZAVALA SALVADOR, "Comentarios al Código Civil", Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1983, pág. 312.

- b) Las que constituyen hechos inmorales (fracs. II, III y V).
- c) Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de obligaciones conyugales (fracs. VIII, IX, X, y XII).
- d) Determinados vicios. (frac. XV).
- e) Ciertas enfermedades (fracs. VI y VII)." (62)

Como se observa de las clasificaciones antes señaladas, existen ciertas diferencias entre las tres, en su modo de clasificarlas, pero después de todo, lo que importa es que todas reúnen a las dieciocho causales de divorcio, de las cuales ahora nos toca exponer un breve comentario de cada una de ellas, y al efecto manifestamos:

1. En cuanto a la *fracción I*, como primera causal, no existe una definición legal que nos defina el adulterio, pero conforme con el diccionario de la lengua española, concretamente se entiende como el

(62) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano", Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. México, 1967, pág. 432.

ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno de los dos o ambos son casados.

De acuerdo con nuestro Derecho, la fracción I "el adulterio", puede darse en dos formas: la vía civil y la vía penal, en la primera señalada, como causal, y en la segunda como delito.

En el adulterio por vía civil (causal), una vez que se demuestra y prueba el adulterio, el cónyuge inocente obtendrá sentencia de divorcio a su favor; mientras que en la vía penal (delito), probado el delito, el cónyuge culpable será condenado a la sanción penal respectiva, y así el cónyuge demandante (inocente), podrá obtener a su favor sentencia como prueba plena, y así obtener el divorcio, si opta por ambas consecuencias, es decir, la civil y la penal.

Conforme al artículo 269 del Código Civil, el cónyuge agraviado tendrá como término para hacer valer el divorcio por adulterio, el de seis meses, contados a partir de que tuvo conocimiento de tales

hechos, lo anterior opera tanto para la vía civil como para la vía penal.

También forma parte como causal de divorcio por adulterio, el que un hombre casado registre a un hijo habido con mujer extraña a su matrimonio, o bien, cuando se demuestre y pruebe que vive con otra mujer diferente a su cónyuge.

2. Por lo que hace a la *fracción II*, del artículo 267 del Código Civil, esta implica que la mujer no fue leal con su cónyuge antes de contraer matrimonio, *vé* que no confesó a éste el estado de gravidez (embarazo) que tenía, y cuya intención era el atribuirle una ajena y falsa paternidad.

Dentro del Código Civil para el Distrito Federal, se señalan varios artículos que se relacionan con esta causal, siendo los siguientes, 324 frac. I, 325, 326, 334 fracción I, y 359, que se refieren a la paternidad y a la filiación.

La ley señala que para que pueda operar la presente causal debe darse el desconocimiento por parte del cónyuge inocente, y sea declarado ilegítimo.

El Código Civil en su artículo 330, regula que el marido no podrá desconocer que es padre de los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, en los casos señalados por el artículo 328; y que la acción debe ser interpuesta dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento si esta presente el marido, o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

3. En cuanto a la *fracción III*, podría tratarse esta causal, no tan sólo como una conducta inmoral que tienda a destruir la unidad de los cónyuges, y que además pueda configurar o tipificar el delito de lenocinio por parte del hombre, si se prueba que éste recibió dinero o cualquier otro tipo de retribución por prostituir o permitir la prostitución de su esposa; ya que en la actualidad, además debería incluirse y tomarse en cuenta la prostitución del hombre, ya que en los tiempos

presentes, existen matrimonios, donde el hombre "es bisexual" y las mujeres sufren "de lesbianismo", y que por tener uno de los cónyuges ese defecto, en el cónyuge contrario, es decir, el cónyuge inocente, se podría constituir una situación de depravismo que sería contrario a la fidelidad que se deben tener los esposos.

Causal que en cierta forma el legislador no tomó en cuenta la inmoralidad misma de la propuesta del marido o de la mujer para que tengan relaciones carnales con otra persona del mismo sexo.

En el último de los casos, debería de legislarse una nueva causal de divorcio, en la cual se señalará que para el caso de que se demostrará que en el cónyuge culpable existe el bisexualismo, homosexualismo o lesbianismo, el cónyuge ofendido, podrá invocar el divorcio, tomando como causal lo antes señalado; toda vez que podría ser considerado como un acto de inmoralidad.

Aunque cabe preguntarse ¿acaso no -

se ajustaría a lo señalado por la causal de divorcio número V, pues bien, ante tal interrogante podemos manifestar lo siguiente: La causal V, manifiesta textualmente, "*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*". Aquí se señala que el propósito directo del acto debe ir encaminado a corromper a los hijos, o bien estar de acuerdo en que se corrompa a los mismos; y para el caso que hemos señalado en forma personal, no necesariamente necesita ir directamente encaminado el acto a corromper a los hijos, ya que puede ser que el cónyuge culpable realice tales actos en forma oculta, que cuando viene a luz de la verdad, los mismos pueden producir efectos que dañen la formación física y moral de la familia.

Situación que toda vez que va en contra de las buenas costumbres, y en particular, contra la fidelidad y la unidad de la familiar, nuevamente señalo que debería legislarse sobre la misma, por tratarse de un problema vigente en nuestra sociedad.

4. En lo que corresponde a la conducta de la *fracción IV*, al igual que la primera causal, la conducta señalada puede constituirse dentro del artículo 209 del Código Penal que a la letra señala: "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de este o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador por la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido". (63)

Dentro de esta causal, volvemos a encontrar la independencia entre la vía civil y la vía penal, por lo que el término para que opere la caducidad será de seis meses a partir del momento en que un cónyuge haya incitado o violentado al otro para cometer algún delito que se lleve a cabo o no, sea infame o no, sea sancionado con más o menos de dos años de pena privativa.

(63) "CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL", Editorial Porrúa, S.A. México 1992, pág. 69

5. En la *fracción V*, para que opere esta causal, es necesario que los cónyuges realicen actos que tiendan a corromper a los hijos, o bien que los cónyuges permitan a una tercera persona a corromper a los hijos. No se exige que la tolerancia de los padres sea interesada o produzca la explotación de los hijos. Basta que la corrupción sea tolerada o provocada por los padres para que se configure la causa de divorcio. Como apuntamos en la causal anterior, los actos que tiendan la corrupción de los hijos, debe ir en forma directa por la voluntad de los padres, bien sea que ellos la realicen, o que permitan que una persona ajena realice tales actos corruptivos en contra de los hijos.

No se exige que la tolerancia de los padres sea interesada o produzca la explotación de los hijos. Basta que la corrupción sea tolerada o provocada por los padres para que se configure como causal de divorcio.

Si la corrupción se refiere a menores de dieciocho años, ya sea de ambos cónyuges o de

uno, se configura la esfera del delito de corrupción a que se refiere el artículo 204 del Código Penal para el Distrito Federal.

6. Dentro de la *fracción VI*, cabe mencionar que de las enfermedades que señala, ya algunas son curables o por lo menos dejan de ser contagiosas o hereditarias, pues, con el avance de la ciencia ya muchas son curables totalmente, lo que nos lleva a concluir por un lado, que la redacción a esta fracción debería actualizarse, ya que dejan de cubrir los requisitos establecidos.

Por lo que se refiere a la impotencia incurable, y a fin de que opere como causal de divorcio se necesita que esta sobrevenga después de celebrado el matrimonio, ya que de haber existido antes de dicha celebración, se podría invocar la nulidad del mismo. Lo anterior no opera para las enfermedades, ya que pueden contraerse antes o después de celebrado el matrimonio. El cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular, o por

la separación de cuerpos en los términos marcados por el artículo 270 del Código Civil.

7. En la *fracción VII*, al igual que la fracción anterior y la presente causal, estas configuran dentro de las clasificaciones vistas con anterioridad, como causas eugenésicas o causas remedio o de enfermedad.

La reforma de 27 de diciembre de 1983, vino a derogar el artículo 271 que señalaba, el plazo de dos años desde que se declarará incurable la enajenación mental para que operará como causal de divorcio. La reforma consiste en que para que pueda proceder esta causal, se necesita que el enfermo sea declarado incapacitado mediante juicio de interdicción. Y una vez que el cónyuge enfermo ha sido declarado incapacitado, el cónyuge sano puede optar por:

a) Ser nombrado tutor legítimo de su consorte;

- b) Pedir simplemente el divorcio de separación de cuerpos, sin extinguir el vínculo matrimonial; y
- c) Pedir el divorcio basado en esta causal.

8. Por lo que hace a la *fracción VIII*, ésta nos enseña que uno de los deberes que impone la institución del matrimonio, es que los consortes vivan juntos en un domicilio conyugal, y a falta de incumplimiento sin causa justificada de está, es decir, la separación de la casa conyugal por parte de uno de los consortes, sin que sea justificable, será suficiente para que opere esta causal de divorcio, aún cuando siguiera sosteniendo económicamente el hogar, ya que esta causal se basa en la separación física de la casa conyugal.

Para poder invocar esta causal, es necesario probar la existencia de un domicilio conyugal, y tomando como guía nuestro Código Civil, podemos definirlo, como el lugar que voluntariamente y de mutuo acuerdo fijan los cónyuges, para disfrutar su autoridad propia y consideraciones iguales.

"En la legislación Argentina, el domicilio conyugal determina la jurisdicción competente para ordenar la disolución. El domicilio conyugal debe ser real, existente y está en el lugar en que los esposos residen con intención de permanecer en el cuando se incorporaron a la sociedad". (64)

9. Dentro de la *fracción IX*, podemos entender que, si el cónyuge que abandona el hogar conyugal por una causa justificada no demanda el divorcio antes de que transcurra un año de abandonado, corre el peligro de ser él mismo quien sea demandado por abandono de hogar. El consorte que debía ser demandado en juicio se convierte en actor, mismo que puede obtener una resolución favorable que lo declare cónyuge inocente. La separación constituye una situación contraria al estado matrimonial que no puede prolongarse indefinidamente. La ley no puede tolerar tal situación y opta por convertir al inocente en culpable si antes de un año no presenta demanda de divorcio.

(64) FERRARI CERETTI, FRANCISCO, "El Divorcio", Ediciones Depalma, Buenos Aires 1976, pág. 39.

Esta causal puede hacerse valer en cualquier momento, transcurrido el plazo fijado. Dentro de ésta fracción también habrá que probar que existe el domicilio conyugal.

10. La *fracción X*, al igual que las fracciones VIII y IX, se basan en una situación de hecho que no permite la realización de los fines naturales del matrimonio al suspenderse la vida en común. El declarar la causal de ausencia y/o presunción de muerte va a requerir del transcurso de varios años, por lo que resulta más conveniente para el cónyuge presente, funde su divorcio en otras causales, como son el de abandono de domicilio conyugal o el de separación de hecho.

Además, debería de considerarse que al momento en que se haga la declaración o presunción de muerte, debería tener efecto la disolución del vínculo matrimonial a petición de la parte interesada y no así, primero el juicio de declaración de ausencia o presunción de muerte, y segundo el juicio de divorcio basada en esta causal.

Como es de observarse en lo antes señalado, se ahorraría mayor tiempo si la disolución del vínculo se hiciera automáticamente.

11. Por lo que se refiere a la *fracción XI*, se pueden comprender los malos tratos tanto de palabras como de obra, que hace uno de los cónyuges hacia su pareja, y toda palabra o actitud ultrajante que realice uno de los esposos hacia su consorte, con el fin de romper el mutuo respeto y la recíproca consideración a que están obligados cada uno de ellos en sus relaciones mutuas las cuales han de descansar sobre una sólida base de armonía de comprensión y de consideración recíproca.

La realización de los hechos a que alude esta fracción no es causa absoluta de divorcio, ya que los cónyuges deberán estar sujetos a lo que el juez aprecie, quien deberá tomar en cuenta la educación y cultura de los cónyuges y el medio social en que viven.

Aquí el Juez no sólo debe calificar la gravedad de la sevicia, amenazas o injurias, sino que

también debe valorar en su sentencia si esos actos o palabras injuriosas revelan una falta de consideración de un cónyuge hacia otro y por lo tanto, la ruptura efectiva de la armonía conyugal.

Para que el juez pueda valorar perfectamente la procedencia de esta causal debe hacersele saber exactamente las palabras concretas, las actitudes o hechos injuriosos específicos o las amenazas proferidas por el cónyuge a quien se imputa su realización, es decir, el cónyuge inocente debe hacersele saber al Juez, cada palabra que hayan conformado conceptos de savicia, amenazas y las injurias graves hechas por el cónyuge culpable.

12. En lo que hace a la *fracción XII*, la negativa de los cónyuges para darse alimentos en los casos en que están obligados a suministrarlos, es causa de divorcio. De acuerdo con esta *fracción*, es necesario probar la negativa del cónyuge que se niega a proporcionar dichos alimentos para los hijos como para el cónyuge, y por último a sostener el hogar.

Antes de la reforma de 27 de diciembre de 1983, era usual que los jueces requirieran en sus demandas fundadas en esta causal, que previamente el demandante hubiera seguido un juicio de pensión alimenticia y que el condenado al pago de alimentos no hubiera cumplido con la sentencia condenatoria.

Por lo que cualquier alteración o violación de igualdad, que repercute en el manejo del hogar, o en la formación y educación de los hijos, o en la administración de sus bienes y se obtuviere sentencia ejecutoriada en la que constara el incumplimiento; hace procedente el divorcio.

13. Por lo que toca a la *fracción XIII*, la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, es causa absoluta de divorcio. Ya que esta acusación calumniosa que hace un cónyuge del otro, implica una aversión profunda, la cual revela que entre los cónyuges ha desaparecido todo nexo de afecto y estima, es decir la confianza y sentimiento entre los consortes, para

poder probar que la acusación fue calumniosa tenemos la sentencia absolutoria, pero para el caso de que no se llegara a sentencia, bien fuera por que el expediente fuera archivado por el Ministerio Público, o porque no se consigne a la autoridad judicial. En tal caso, la calumnia se podrá probar si la acusación fue presentada a sabiendas de su operancia con el propósito de hacerle un daño al otro cónyuge tanto en su reputación como en la consideración que merece.

14. En la *fracción XIV*, para poder dar su comentario, se debe definir que es la infamia, y por tal la entendemos "como el descrédito en el honor, la reputación o el buen nombre de una persona. Desde el punto de vista amplio toda condena penal produce descrédito.

Sin embargo, debe tenerse presente para calificar la infamia del delito, si por su naturaleza o por las circunstancias en que se cometió ponen de manifiesto la notoria perversidad del cónyuge a quien se le imputan esos hechos, como sucedería en el caso de un

homicidio perpetrado con brutal ferocidad. No lo sería en el caso de un homicidio en rifa, en que el homicida hubiera sido provocado.

Son delitos infamantes aquellos que se encuentran comprendidos dentro de la clasificación de los delitos contra la integridad o el honor de la nación". (65)

15. Para que pueda proceder la *fracción XV*, el Juez debe valorar si esos hábitos han sido la causa con los cuales se ha perturbado la armonía y unidad del vínculo matrimonial, y que como resultado hacen imposible el que los consortes puedan convivir. Aquí se debe considerar que los vicios no son enfermedades, sino son hechos imputables. En el vicio hay un principio de culpabilidad; sin embargo no basta la sola existencia del vicio, éste debe consistir en una amenaza que tienda a destruir a la familia, o bien, sea una causa constante de desavenencias conyugales.

(65) SALINDO GARFÍAS, IGNACIO, "Derecho Civil Primer Curso", Editorial Porrúa, S.A., México 1973, Pág. 570.

16. En cuanto a la *fracción XVI*, el Juez debe examinar y valorar si tales hechos han llegado a tipificar un delito, cuyo análisis no se llevara al cabo para aplicar sanción penal, sino para decretar el divorcio, esto es, que cometido un hecho de esta naturaleza (robo, abuso de confianza) no procede acción penal contra el cónyuge culpable, pero sí que el cónyuge afectado puede demandar el divorcio con fundamento en ellos.

17. La *fracción XVII*, se refiere al divorcio de mutuo consentimiento, y como ha quedado señalado con anterioridad, dentro del tema C) "Las clases de divorcio", éste puede seguirse por la vía administrativa o por la vía judicial, siempre y cuando reúnan los requisitos señalados en los artículos 272, 273, 274, 275, 276 y demás relativos del Código Civil, como los del Código de Procedimientos Civiles en cuanto a su procedimiento.

18. Esta última *fracción XVIII*, fue aumentada al artículo 267 del Código Civil por decreto

publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de diciembre de 1983. En esta causal no hay necesidad de probar si existió causa justificada o no para la separación, lo único que importa es el hecho físico. Con la separación de los consortes se rompe uno de los fines del matrimonio que es la convivencia; si dicha separación se prolonga por mas de dos años, la ley presume que el vínculo efectivo que mantenía unidos a los esposos, ha desaparecido, por lo que no se puede justificar el que se mantenga la relación jurídica conyugal que no tiene un cometido real entre los consortes.

Como resultado de esta causal hecha valer por separación, en la sentencia no habrá cónyuge culpable ni cónyuge inocente.

Por lo que se refiere a la causal mencionada en el artículo 260 del Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto a su autonomía o separación a las dieciocho antes ya comentadas, podemos señalar que la misma fue establecida por el legislador, "con el propósito de evitar la instauración de juicios de nulidad o de

divorcios frívolos, haciendo valer una falsa causa. El cónyuge demandado podrá demandar el divorcio del cónyuge que no probó la causal invocada o que desistió unilateralmente de la acción intentada.

En las reformas del 27 de diciembre de 1983, este precepto fue adicionado con las palabras "o se haya desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado. De manera que si el cónyuge que inició el juicio perdona al otro, sin el consentimiento de éste, puede a su vez ser demandado en calidad de cónyuge culpable". (66)

El comentario que se hace en la última parte del párrafo antes señalado, es semejante al que se maneja en materia penal, es decir, cuando se presenta por ejemplo una querrela por el delito de lesiones, para que pueda proceder el perdón de quien inició la averiguación (del ofendido), es necesario que el presunto responsable la acepta y no se se reserve acción o derecho que hacer valer en contra del querellante.

(66) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS (UNAM), "Código Civil Comentado", ob. cit. pág. 198.

También cabe como ejemplo comparativo, cuando una persona al iniciar un juicio, digamos civil, es reconvenido al contestarse la demanda, y decide desistirse de la acción hecha valer en un principio, si es voluntad del demandado continuar ya no con el juicio inicial que lo dió por terminado el actor, sino con la reconvencción hecha valer por él, debe seguirse, por lo que él que será en un principio actor, pasó a ser demandado reconvenccionista, y el demandado en el juicio inicial, paso a ser actor reconvenccionista, lo mismo que sucedería con el cónyuge que inició el juicio de divorcio, y que después de desistirse, es demandado en reconvencción por el que se supone será cónyuge culpable, para que así mediante sentencia y con fundamento en la causal comprendida dentro del artículo 268 del Código Civil, sea declarado cónyuge culpable.

Por otro lado y para finalizar, el presente capítulo, es bueno señalar que el maestro Julian Gúitron Fuentevilla, considera dentro de su obra Intitulada *¿Que es el Derecho Familiar?*, que las causales de divorcio no son dieciocho como las que se piensa y que se han comentado con anterioridad, sino que son cuarenta y

dos en total, ya que unas derivan de otras y que nos permitimos transcribir de acuerdo con el criterio del jurista antes mencionado:

- "fracción I. Es solo una causal.
- fracción II. También es una causal.
- fracción III. En esta fracción existen dos causales.
- fracción IV. Se encuentran dos causales.
- fracción V. Encierra varias causales.
- fracción VI. Expresa cuatro causales.
- fracción VII. Consagra una sola causal.
- fracción VIII. Una sola causal.
- fracción IX. También una sola causal.
- fracción X. Contiene dos causales de divorcio.
- fracción XI. Cita tres causales.
- fracción XII. En este caso, se dan cinco causales.
- fracción XIII. Una sola causal.
- fracción XIV. Se consagra una sola causal.
- fracción XV. Contiene tres causales de divorcio.
- fracción XVI. Consagra dos razones para pedir divorcio
- fracción XVII. solo involucra una causal".

(67) GUITRÓN FUENTEYLLA, JULIÁN, "¿Que es el Derecho Familiar?", Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., 3a. Edición, México 1980, págs. 30, 31 32 y 33.

Otras causales:

Artículo 268 del Código Civil, que puede derivar tres causales.

Por último el artículo 272 del mismo ordenamiento legal, permite el divorcio administrativo por mutuo consentimiento, en conclusión, el Código Civil para el Distrito Federal vigente, regula cuarenta y dos y no dieciocho causales para obtener el divorcio, en cualquiera de las formas citadas".

Aunque cabe aclarar, que la obra del Maestro Gúitron Fuentevilla fue anterior a la reforma del 27 de diciembre de 1983, por lo cual no se hizo referencia a la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil. Y que si se agregara el criterio indicado, sería una causal más a las cuarenta y dos señaladas.

CAPITULO IV
EL MENOR DE EDAD FRENTE LA PROBLEMATICA DE LA LUCHA POR LA
GUARDA Y CUSTODIA DENTRO DEL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO.

A). LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD COMO
SANCION AL CONYUGE CULPABLE

Antes de entrar al estudio del presente capítulo, es conveniente enunciar, que día a día el Derecho se ha visto en la necesidad de estudiar figuras jurídicas que antes parecían carecer de importancia.

Dentro del Derecho Familiar, existen figuras como, la Patria Potestad, y la Custodia, mismas que analizaremos en forma más amplia en cuanto a si es procedente o no su pérdida; a favor de quien debe quedar, etc.

El Maestro Julián Güitrón Fuentevilla, señala en su obra ¿Que es el Derecho Familiar?, que "la pérdida de la patria potestad ha sido durante casi 200 años, literatura barata, que no ha considerado nunca que pierde más un hijo sin padre, que unos padres sin hijos.

El perder la patria potestad, implica que el o los menores hijos quedarán desprotegidos desde el momento en que a cualquiera de los padres se le decreta la pérdida, y hasta que llegue a su mayoría de edad, es decir, conforme a nuestra legislación a los dieciocho años, siendo aun más injusto para aquellos que son recién nacidos.

"Sancionar con la pérdida de la patria potestad, es dejar de reconocer que la conducta humana es dinámica y que las personas pueden cometer hoy conductas indebidas y corregirlas el día de mañana, o a la inversa". (68)

Como bien sabemos que la base y núcleo de toda sociedad, es la familia, y que en la actualidad ésta se ve afectada por una serie de problemas que amenazan desintegrarla, puesto que cada día las familias se forman con bases más débiles, resisten menos cualquier situación y llegan con una gran facilidad al divorcio y a la separación.

(68) *Ibidem*. pág. 379.

Dentro de nuestros Tribunales en materia familiar se nota día a día como aumentan alarmantemente el número de divorcios, y que se habla con mucha facilidad de la patria potestad como de la guarda y custodia de los hijos, pero casi nunca nos ponemos a pensar el alcance de ella, las responsabilidades que implican el tenerlas o el perderlas.

Es de considerarse que la pérdida de la patria potestad no implicará la de la guarda y custodia, y durante el desarrollo del presente trabajo veremos esta diferencia.

Los cónyuges divorciantes pueden convenir quien conservará la guarda y custodia y quien no, pero por lo que hace la patria potestad ambos la seguirán conservando, ya que no pueden renunciar a ella; salvo en los casos que amerite la pérdida de la patria potestad será el Juez de lo Familiar el que así lo señale y no los cónyuges.

La patria potestad como ya lo hemos

analizado en capítulos anteriores, conforme al Código Civil en vigor, puede acabarse, perderse, o bien suspenderse.

En cuanto al modo de acabarse la patria potestad, éste se regula por el siguiente precepto legal:

Artículo 443.- La patria potestad se acaba:

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

Dentro del artículo 444 del Código Civil, se plasman los casos en que se puede perder la patria potestad, el cual a la letra dice:

"Artículo 444.- La patria potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a

la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o mas veces por delitos graves;

- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, - malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad - de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal;
- IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieran de sus hijos, o porque los dejan abandonados por mas de seis meses". (69)

El artículo anterior encierra cuatro causas:

- 1. Condena.- Si se condena expresamente a que la pierda, o si es condenado dos o mas veces por delitos graves, no es necesario que estos delitos sean contra el menor.

(69) "CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL", Editorial Porrúa, S.A., México 1993, págs. 125 y 126.

2. Divorcio.- Que nos remite al artículo 283 del Código Civil, que más adelante analizaremos.

3. Irresponsabilidad grave.- Trae como consecuencia la pérdida de la patria potestad, la fracción III, menciona tres diferentes causas con tres efectos diversos que se pueden combinar.

4. Exposición o abandono.- Se trata de una abstención de los deberes y obligaciones de la patria potestad, es un incumplimiento del ejercicio de ella, por lo que se debe perder la patria potestad en beneficio del hijo.

A modo de observar la diferencia entre la pérdida y la suspensión de la patria potestad, nos permitimos transcribir el artículo 447 del Código Civil, no sin antes decir que la suspensión es una medida protectora del menor y no una sanción al padre o a la madre.

"Artículo 447.- La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión" (70).

"Se dice que se acaba la patria potestad, cuando las leyes le ponen término en virtud del verificativo de ciertos acontecimientos, naturales o provenientes del padre, pero lícitos y honestos.

Se dice que se pierde, cuando la ley dispone que el padre quede privado de ella por la comisión de algún delito o por su falta en el cumplimiento de los deberes que tiene para con sus hijos.

Por último, se suspende cuando no la puede ejercer el padre en virtud de alguna incapacidad, o por haber sido condenado con una pena que lleve consigo la suspensión de la patria potestad". (71)

Ahora bien, creamos que uno de los

(70) *Ibidem*. pág. 126.

(71) Mateos Alarcón, ob. cit. pág. 289.

aspectos más importantes a decidir dentro del juicio de divorcio en relación a los hijos, es sin duda la patria potestad, ya que bien puede ser que ambos cónyuges puedan tenerla, independientemente de que uno conserve la guarda y custodia, y por otro lado, el que uno de los cónyuges pierda en forma definitiva la patria potestad y por consiguiente la guarda y custodia de los mismos.

Es por ésto que consideramos importante que los Jueces de lo Familiar deben estar conscientes de la necesidad de sobreponer los intereses de los menores, a la de los cónyuges, quienes en algunas ocasiones utilizan a los mismos hijos como un medio de presión en contra del otro, sin interesarles siquiera el daño que puedan sufrir los hijos por la disolución familiar.

"El principio general reconocido en todos los Códigos Civiles que admiten el divorcio vincular es el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos y concederla al inocente. Asimismo cuando el divorcio se decreta por alguna enfermedad crónica e

incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, coinciden los códigos que reconocen esta causal, en conceder la custodia de los hijos menores al cónyuge sano, y simplemente restringen el conjunto de derechos que otorga la patria potestad al cónyuge enfermo, sólo para evitar que pudiera contagiar a sus hijos a través de la convivencia, del trato continuo y de la posibilidad de intervenir en su educación". (72)

El artículo 283 de nuestro Código Civil ve lo relativo a la situación de los hijos, mismo que mediante decreto publicado en fecha 27 de diciembre de 1983, en el Diario Oficial de la Federación, sufrió una importante modificación.

Anteriormente tal precepto seguía el criterio de privar al cónyuge culpable de la patria potestad, y decía lo siguiente: La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

(72) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano", Tomo II, Editorial Porrúa, S.A. México 1980, pág. 551.

PRIMERA: Cuando la causal de divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV, y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiera, se nombrará tutor.

SEGUNDA: Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XIV, del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad; si los dos cónyuges fueren culpables; se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acrecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quien la ejerza se les nombrará tutor.

TERCERA: En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge

sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Dentro de la primera parte de éste artículo, al cónyuge culpable, no se le da la posibilidad para que recupere la patria potestad que ha perdido, conforme con lo establecido por el artículo 444, fracción segunda, por pensarse que existe por parte del cónyuge culpable una grave inmoralidad.

Por lo que hace la segunda regla, y toda vez que se piensa que hay una inmoralidad menor, el cónyuge culpable puede recuperar la patria potestad, al estar únicamente suspendida, en los términos del artículo 447 del Código Civil.

Con respecto a la tercera y última regla al no haber culpabilidad por parte de ninguno de los cónyuges, es justo que no se les despoje de la patria potestad.

No debemos olvidar que la institución de la patria potestad está establecida estrictamente.

tamente en interés del menor de edad y por ello las disposiciones legales que las rigen atribuyen en forma básica deberes para quienes la ejercen y se conceden derechos en la medida que sean necesarios para cumplir con los primeros.

Piensa María Carreras Maldonado (Revista del Menor y Familia) que "Cuando el progenitor pierde la patria potestad, en realidad se le priva de los derechos a intervenir en la educación del menor, a administrar sus bienes, a representarlo y a percibir el usufructo legal, lo cual es un contrasentido, pues salvo el último de los derechos señalados, los demás son simultáneamente deberes establecidos en interés y protección del menor y aunque estos deberes y derechos los conserve el otro progenitor o pasen a los abuelos, según el caso, lo cierto es que quien queda privado de la protección, del apoyo y del cariño, es precisamente el menor.

El progenitor que es privado de la patria potestad conserva solamente la obligación alimenticia frente a su descendiente, y surge de inmediato

el pensamiento en el sentido de que pobre y limitada forma de protección se da al hijo. Solamente la contribución económica, pero moral y espiritualmente, ese menor privado de algo esencial en su desarrollo psíquico y en su vida en conjunto; la relación efectiva con el padre o la madre, pues no puede desconocerse la circunstancia de que si alguno de ellos es privado de la posibilidad de intervenir en la vida del hijo, pierde el interés y se alejará de él dándose el caso de que se conviertan en seres extraños uno del otro.

A pesar de esto la pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio se han establecido como una sanción para el cónyuge culpable, sin pensar que en realidad esa sanción se aplica al hijo que nada ha tenido que ver con los problemas matrimoniales de sus padres. No debe desconocerse la circunstancia de que un hombre o una mujer pueden ser respectivamente, mal esposo o mala esposa, pero buenos padres y por ello las causales de divorcio que originen la pérdida de la patria potestad, deben reducirse sólo a aquéllos que si tienen influencia respecto del menor por afectarle directamente,

es decir, cuando el padre o la madre realizan actos que son un mal ejemplo o bien esos actos dañan al hijo". (73)

Como se señaló ya con anterioridad en lo relativo a que la patria potestad es sin duda el aspecto más importante a decidir en el juicio de divorcio, por lo que el artículo 283 del Código Civil, debe entenderse así:

a). Al hablar de que el Juez goza de amplias facultades para resolver lo concerniente a la patria potestad, se debe tener presente que no significa que puede tomar su decisión sin ningún límite, ya que tiene que:

- Ser congruente con las causales de divorcio;
- Debe respetar las normas según la cual los menores de siete años quedan al cuidado de la madre (art. 282 - fracción VI.)
- Debe escuchar más profundamente a los cónyuges, acorde a lo que establece la fracción y artículo antes mencionado.

(73) CARRERAS MALDONADO MARIA, "Pérdida de la Patria Potestad en relación a las diversas causales de Divorcio", Revista del Menor y la Familia, Sistema Nacional para el desarrollo integral de la Familia, México 1981, U. I.

nado, según el cual los hijos estarán al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los padres.

- Asimismo debe escuchar a los abuelos, tíos o hermanos mayores conforme a lo establecido por el artículo 284 del Código Civil.
- Tiene que respetar las normas del Código Civil, respecto a la pérdida y suspensión de la patria potestad; y
- Debe respetar también las normas de equidad y moralidad que iluminan al derecho de familia.

b). Se introduce el concepto de limitación a la patria potestad, lo que en propia opinión alude al hecho de que el padre que conserve el derecho de visita ve restringidos sus derechos relativos a la patria potestad.

c). Con relación a la custodia del menor debemos tener presente que será el padre que posea ese derecho del que en realidad ejerce la patria potestad y el otro únicamente la conserva.

El que la ejerce decide todo lo

relacionado con el menor conservando el otro la obligación de proporcionar alimentos, así como la facultad de salir en defensa del hijo en caso de que aquel abuse de su derecho, cometiendo alguna falta grave.

En general el divorcio necesario origina la pérdida de la patria potestad, según sea la causal invocada.

Ahora bien, por otro lado Gúitron Fuentevilla, en su obra ¿Qué es del Derecho Familiar?, formula una pregunta, "¿Quien pierde más cuando a un hijo menor de edad y de matrimonio se le priva del padre o de la madre, o cuando al padre o a la madre se le priva del hijo?, hablar de la pérdida de la patria potestad, a nuestro juicio es un grave error del Derecho Familiar, y cuando se ha convertido en Derecho Positivo vigente de aplicación cotidiana, es mas grave aún. Si entendemos que la patria potestad sólo puede ser ejercida por el padre y la madre y en ausencia de estos por los abuelos paternos o maternos indistintamente; debemos entender que la ley le ha dado una de las características más importantes a este

ámbito de la familia". (74)

Decíamos al principio del párrafo anterior, "que puede ser más grave, que el hijo pierda a su padre o el padre a su hijo". Quizá el legislador y esa es una de las fallas que debemos señalar en la pérdida de la patria potestad, no tomó en cuenta al hijo, y considero fundamentalmente la sanción hacía el padre, pero vale la pena reflexionar; perder la patria potestad significa perder al padre o a la madre, y como decíamos, y es nuestro punto de vista, pierde mas el hijo que el padre, ¿Por que?. Simplemente porque el hijo no tendrá la orientación, la formación, los requerimientos necesarios para hacer de él un ciudadano de bien...ese menor va a ser siempre hijo de sus padres, aun cuando estos se divorcien". (75)

En lo personal, estamos de acuerdo con el criterio del maestro Julián Gúitron Fuentevilla, no

(74) GÚITRON FUENTEVILLA, ob. cit. pág. 138.

(75) *Ibidem.* pág. 139.

importa en un momento dado quien pueda resultar cónyuge culpable, o quien, cónyuge inocente, lo que si va a traer como consecuencia de ello, es que uno puede ser sancionado hasta con la pérdida de la patria potestad; y lo que si debe importar, es que va a ser del hijo, cuando alguno de sus padres ha sido sancionado con perder la patria potestad respecto de él; y ya que puede dañar y afectar el sentimiento amoroso que pueda existir entre el hijo y el cónyuge sancionado, traerá como consecuencia que el hijo pueda perder hasta la confianza de su progenitor por haber sido declarado culpable.

Para concluir con este tema de "la pérdida de la patria potestad como sanción al cónyuge culpable", me permito transcribir la siguiente consideración que hace Gúitron Fuentevilla, ya que estamos de acuerdo con la misma:

"En síntesis, podemos afirmar que siendo la patria potestad uno de los derechos mas sagrados de los hijos y uno de los mas graves deberes de los padres, debe reformarse la legislación para regular sola-

mente la suspensión y nunca la pérdida total, porque como se ha señalado, pierde más el hijo cuando no tiene padre que lo oriente y lo eduque, que cuando la ley sanciona a éste, obligándolo a no volver a ver a su hijo, sin pensar en las irreparables consecuencias de su decisión". (76)

(76) *Ibidem.* pág. 218.

B. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES COMO
RESULTADO JURIDICO DE LOS DIVORCIANTES

Antes de profundizarnos en éste tema, es conveniente aclarar el alcance del término custodia y su relación con otros términos como son guarda y cuidado, conforme a las siguientes definiciones:

"*Custodia*, proviene del Latin *custos* que significa guarda o guardian, y esta a su vez deriva del *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar, o sea guardar con cuidado alguna cosa". (77)

"*Guarda de los hijos*, las palabras guardar y custodiar proceden respectivamente del germanesco *wardon* que significa cuidar y del latin *custos* derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también significa cuidar. Por guarda de los hijos, se entiende en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporal-

(77) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS (UNAM), "Diccionario Jurídico Mexicano",
ob. cit. pág. 803.

mente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia". (78)

"Cuidado, se entiende como la solicitud y atención para hacer bien alguna cosa, dependencia o negocio que está a cargo de uno; estar obligado a responder de ella. Custodia es la acción de custodiar que significa guardar y vigilar. Al usarse conjuntamente los dos términos, se pretende señalar lo profundo de esta relación jurídica, que no se limita sólo a la guarda y vigilancia del menor, sino que se acentúa con el cuidado, es decir la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha". (79)

Como se puede apreciar la guarda y custodia del menor implica principalmente el cuidado que sobre él debe tener quien la tenga, ya sea uno o ambos progenitores o abuelos.

La Suprema Corte de Justicia de la

(78) *Ibidem*, pág. 1555.

(79) CHAVEZ AGENCIO, MANUEL, "La Familia en el Derecho", Relaciones Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México 1985, pág. 257.

Nación, ha señalado que si a la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hijo, debe ejercitar todos los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, ahí mismo, especifica que la custodia comprende la obligación de educarle convenientemente, de corregirle y castigarle mesuradamente con una libertad que no tiene más limite que el notorio perjuicio físico o moral de dicho menor.

Ahora bien, tomando en cuenta estas consideraciones, debemos entender que: La custodia entraña la posesión física del menor, en la cual se da la convivencia necesaria para la satisfacción de las obligaciones de cuidado, atención, educación, vigilancia y demás inherentes al ejercicio de la patria potestad, esta custodia corresponde a ambos padre, y sólo por excepción la tendrá unicamente uno de ellos.

Dentro de la ya mencionada obra ¿Que es del Derecho Familiar?, del maestro Gúitron Fuentevilla, se señalan diversas interrogantes que se analizarán de la forma siguiente:

Uno de los objetivos que tiene el Derecho Familiar, es el regular lo más íntimo de las relaciones existentes entre los esposos y los hijos, ya que cuando desgraciadamente se disuelve un matrimonio, surgen graves conflictos entre los cónyuges por la custodia, la guarda y el ejercicio de la patria potestad de los menores.

Entre los diversos problemas que pueden surgir, tomando en cuenta el párrafo anterior, el maestro Gúitrón Fuentevilla, plantea diversas interrogantes como ejemplos en relación con éstos, y señala:

"¿Puede una señora o un señor divorciados, sacar del país en viaje de placer o de cualquier índole, sin permiso del otro excónyuge a sus hijos?, ¿Es posible, si la causa determinante del divorcio le otorgo a un sólo cónyuge la guarda y custodia de los hijos, llevarlos de viaje al extranjero, sin permitirlo el otro exesposo?, ¿qué ocurre cuando estando los hijos bajo la guarda y custodia de la señora, el señor los lleva de paseo y después intenta obtener un pasaporte para ellos y llevarlos, fuera del

país?, ¿Es plagio de infante, secuestro, privación ilegal de libertad, o que?, ¿Qué pasa ahora si cuando alguno de los esposos ha perdido la patria potestad y el otro pretende llevarlos al extranjero?, ¿Requiere permiso de su excónyuge, del juez familiar, de sus abuelos paternos o maternos, o de quien?, ¿Qué puede ocurrir ante la desesperación de un padre o una madre que alejados de sus hijos, por una sentencia, se los llevan por la fuerza a otro domicilio, y peor aún, los trasladan subrepticamente al extranjero?.

La respuesta legal a la primera pregunta, es negativa, no es posible llevar fuera del país a menores de edad sin la autorización del padre o la madre, según sea el caso. En la segunda interrogante si cualquiera de los ex-esposos pretenden llevar aquellos fuera del país, requerirá necesariamente del permiso del otro cónyuge por escrito. Ahora bien, si lo que se ha perdido es la patria potestad, entonces quien tenga ésta, podrá llevar a los menores a donde quiera, sin permiso del otro excónyuge, porque en este caso dispone libremente de ellos, en virtud de la sanción impuesta como consecuencia

de la causa invocada para obtener el divorcio. En cuanto a la tercera pregunta, no se dan el plagio, secuestro, ni raptó de infante, porque los vínculos consanguíneos en línea recta, ascendente y descendente impiden la tipificación de esos delitos; tampoco pueden los menores salir del país sin el permiso correspondiente. Finalmente en la cuarta interrogante, la respuesta es afirmativa y favorecen al titular de la patria potestad, no requiriéndose, en este caso, permiso alguno ya que una sola persona es quien manda en los hijos, es la responsable de su educación y formación, por ello, para que los menores puedan obtener el pasaporte y su salida al extranjero, será suficiente contar con la autorización del titular de la patria potestad". (80)

Dentro del Código Civil podemos encontrar diversas referencias en cuanto a custodia y ejercicio de la patria potestad, a modo de ejemplo nos permitimos señalar algunos párrafos de distintos artículos, con el fin de ver que entrañan una enorme dependencia los conceptos antes nombrados:

(80) GÜITRON FUENTEVILLA, ob. cita. págs. 218 y 219.

Art. 269.....El padre y la madre propondrán la forma y términos del "cuidado y custodia de los hijos.....

Art. 273, frac. I. Designación de persona a quien "sean confiados los hijos" del matrimonio.

Art. 282 frac. VI., "Poner a los hijos al cuidado" de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos.....Los menores de siete años deberán "quedar al cuidado de la madre".

Art. 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos....y en especial a "la custodia y al cuidado de los hijos". El Juez observará....."al ejercicio de la patria potestad", etc.

Art. 380. Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos "ejercerá su custodia".

Art. 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. "Su ejercicio" queda sujeto en

cuanto a la "guarda y educación de los menores", a las modalidades que le imprima las resoluciones que se dicten.

Art. 415. Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, "ejerceran ambos la patria potestad"

Art. 417. Cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que....."ejerciendo la patria potestad" en caso de que....

Art. 423. "Los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia", tiene la facultad....

Como podemos observar, a través de estos ejemplos, al referirnos a la custodia o al ejercicio de la patria potestad, debemos entenderlos como conceptos íntimamente relacionados entre sí, ya que el que tenga la custodia es el que ejerce la patria potestad sobre los hijos y los bienes de estos.

Ahora bien, el surgimiento de la

custodia referente a este tema, se da cuando la dirección, el cuidado y la protección de los menores hijos la obtiene uno de los progenitores, y se excluye al otro, con motivo de la separación de éstos y que puede presentarse en los casos siguientes:

1. En los hijos nacidos dentro del matrimonio.
2. En los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Dentro de los primeros, cuando se da la separación entre los esposos, jurídicamente el problema para definir la custodia surgirá en las tres siguientes formas:

- a) Al presentarse la demanda de nulidad de divorcio.
- b) Al dictarse sentencia de divorcio, y
- c) Al dictarse sentencia de nulidad de matrimonio.

En cuanto a los segundos, es decir, a los hijos habidos fuera de matrimonio, la custodia de

los hijos nacidos fuera de matrimonio, surge de una manera diferente ya que por lo general los padres no viven juntos; en estos casos no siempre podemos hablar de coparticipación de los padres en el ejercicio de la patria potestad, ésta ha de ser atribuida sólo al padre o sólo a la madre, determinándose la atribución en relación al reconocimiento hecho por ellos, por lo que se nos presentan aquí tres distintas situaciones:

- a) Cuando sólo ha sido reconocido por uno de los progenitores. (artículos 366 y 372 del Código Civil)

- b) Cuando es reconocido por ambos conjuntamente (artículos 380 y 415 del Código Civil)

- c) Cuando es reconocido por ambos sucesivamente (artículos 381 y 415 del Código Civil)

La intervención judicial, se justifica por la necesidad de velar por los menores, cuando se considere que pueden ser dañados sus intereses; todas las medidas que se tomen sobre la custodia pueden

ser revocadas, tienen un carácter provisional, y toda modificación debe justificarse plenamente en los intereses de los hijos. (artículo 380 del Código Civil)

Los menores sujetos a la custodia, en caso de separación de sus padres, tendrán los mismos derechos a ser atendidos, cuidados, educados, respetados, alimentados, etc., como si sus progenitores aún permanecieran juntos, es decir, que aunque los padres del menor estuvieran separados, tendrán la obligación de atender al menor en las mismas condiciones como si aún estuvieran unidos en matrimonio.

Nuestro Código Civil, regula los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges, inclusive cuando éstos se encuentren separados, pues aún cuando uno de ellos sólo conserva la custodia, también es cierto que ambos progenitores, tienen el derecho y obligación para con los hijos.

Con la frecuencia con que se están dando estos casos en nuestros tribunales, es conveniente

modificar nuestro Código Civil, para comprender las bases necesarias para regular la custodia en caso de separación de los padres.

Al igual que en la patria potestad, la custodia tiende también a acabarse, suspenderse o perderse.

El que se atribuye la custodia del hijo no sólo tiene el derecho material de tenerlo en su compañía, sino también el derecho de dirigirlo y educarlo en el sentido más amplio.

A los padres no sólo debe confiarse les la guarda del hijo, sino también su dirección, ya que significa algo más, como el guiar sus acciones, vigilar su desarrollo moral. Como la guarda, esta vigilancia es a la vez un derecho y un deber de los padres.

Castan Vázquez, considera que dentro de la doctrina moderna, deben existir tres medios o formas esenciales para gobernar al hijo, como son el educarlo, vigilarlo y corregirlo.

La guarda del hijo, es el derecho de retener a aquel en casa del que la ejerce, el menor no podrá abandonar el domicilio paterno, ya que un principal derecho y a la vez deber del progenitor que ejerce la custodia del hijo sobre el que recae, es el de convivencia, por lo cual el tenerlo en su compañía permite cumplir con sus obligaciones como son, las de educación, representación, vigilancia, corrección, etc.

Mientras que el progenitor que no ejerce la custodia de los menores hijos, tiene la obligación de vigilar el bienestar de sus hijos mediante la convivencia que tiene con ellos, a través del derecho de visita, convivencia restringida para permitir el buen desempeño del custodio.

El derecho de visita. Al ser la patria potestad irrenunciable, (artículo 448 del Código Civil) ambos padres la conservan, con todos los derechos y obligaciones que de la misma se derivan, pero como tendrán que vivir separados a consecuencia del divorcio, es obvio que sólo uno de ellos quedará al cuidado y guarda de los

hijos. Esta designación se tomará de mutuo acuerdo entre los cónyuges y se someterá a la consideración y aprobación del Juez, como lo señala el artículo 283 del Código Civil vigente, respecto a la situación de los menores hijos.

Es evidente que se hace necesaria una reglamentación adecuada de este derecho en nuestro Código Civil, ya que el excónyuge que tenga el llamado derecho de visita, tendría que acatarse al mismo, respecto a los derechos y obligaciones que del mismo se deriven, que aunque como ya señalamos con anterioridad, nuestro Derecho Positivo no hace mención del mismo.

Consideramos que sería preferible que se tratara éste problema a través de una legislación adecuada y no que nuestros Tribunales de hecho tengan que resolver sobre el mismo.

Por último, y como corolario a éste tema, podemos decir, que el fin principal de la custodia es el preservar el bien de los menores, es el proteger sus intereses, y por ello en principio debe ser ejercida por

ambos progenitores, pero también con miras al bienestar del menor, hay casos que es conveniente que sólo uno de ellos la conserve.

**0). FACULTAD DEL JUZGADOR PARA DETERMINAR BAJO CUAL
DE LOS DOS DIVORCIANTES RESULTARA POSITIVA LA GUARDA
Y CUSTODIA DE LOS MENORES HIJOS**

El presente tema, lo iniciaremos transcribiendo textualmente el precepto legal que regula la custodia de los hijos, a modo de introducción, encontrándose en la fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito en vigor.

Artículo 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

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

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

de la madre.

La segunda parte de esta fracción, fue adicionada por decreto publicado el 27 de diciembre de 1983, en el Diario Oficial de la Federación.

Consideramos que la adición que se hizo a este artículo fue muy afortunada, ya que por la corta edad de los menores, es evidente que necesitan más de las atenciones y cuidados de la mujer, en este caso de su madre. Pero sin embargo, surge un problema al preguntarnos ¿que peligro podría tener un menor de edad para su normal desarrollo?, lo lógico será, que el Juez conforme a su criterio tenga que resolverlo.

Creemos que esta adición, vino a cambiar totalmente el sentido de esta fracción, ya que actualmente los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, y únicamente si son mayores de edad le serán aplicables los otros artículos, es decir, se partirá conforme a la decisión de los cónyuges, si no hay acuerdo, decidirá el demandante.

Se puede ver que en el supuesto antes señalado, la ley no faculta al juez para que pueda modificar el acuerdo de los cónyuges, a diferencia de lo que ocurrirá con otros sistemas, por ejemplo el sistema Suizo.

El Código Suizo sigue un sistema completamente distinto al respecto.

"En lugar de consignar reglas taxativas, otorga a la autoridad judicial un amplio arbitrio para estatuir en orden a la situación de los hijos, y al ejercicio de la patria potestad sobre los mismos, así como respecto de las relaciones personales entre padres e hijos". (81)

Dada la realidad de la autoridad judicial de nuestro país, consideramos que el sistema que sigue nuestro Código es mejor que el Suizo.

(81) FERNANDEZ CLERIGO, LUIS, "El Derecho de la Familia en la Legislación Comparada", Unión Tipográfica, Editorial Hispano-Americana, México 1947, pág. 148.

El maestro Rojina Villegas opina que "evidentemente el Sistema Suizo sólo podría existir cuando nuestros jueces se preocupen de los juicios de divorcio, dándoles toda la importancia y trascendencia que en orden social, familiar y humano tiene no sólo dictar las medidas definitivas, sino también las provisionales, dado que los juicios de divorcio necesario en ocasiones se prolongan por muchos años, y entonces la situación de los hijos menores, justamente en la época que mas necesitan que estén confiados a una persona responsable, podría quedar definitivamente marcada en cuanto a su moralidad, educación o seguridad". (82)

Ahora bien, para el caso en que no se decida por los cónyuges quien conservará la custodia del o los menores, se dara el segundo supuesto, es decir que el cónyuge que solicita el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, y el juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conveniente.

(82) ROJINA VILLEGAS, ob. cit. pág. 516.

"En la práctica de nuestros tribunales con frecuencia sucede que el juez, sin substanciar ningún incidente ni oír al cónyuge demandado, designa a la persona que tendrá durante el juicio la guarda y cuidado de los hijos. Tal manera de proceder es atentoria y violatoria del artículo 14 Constitucional, porque además de pasar por alto lo que ordena el artículo 282, despoja al cónyuge demandado de la posesión jurídica de sus hijos sin haberlo oído previamente". (83)

El juez de lo familiar mediante una audiencia previa, debería citar a ambos padres para que a través de esta, los exhorte a que decidan con quien deben quedar los hijos, y para el caso de que no haya común acuerdo, después de haberlos oído, el mismo juzgador estará en posibilidad de resolver conforme a la ley.

Tocante a éste punto, el criterio de muchos tratadistas del Derecho Civil, coinciden en que los intereses de los hijos deben ser superiores indiscuti-

(83) PALLARES, EDUARDO, "El Divorcio en México", Editorial Porrúa, S.A., México 1981, pág. 101.

bienente a la de los cónyuges; y que todo juzgador debe siempre velar por la protección de los hijos menores, sacrificando inclusive la de los cónyuges, o la de uno de ellos en su caso, para lograr la protección de los mismos.

No debemos perder de vista que la situación de los hijos puede presentarse ante el Juez de lo Familiar como un acto prejudicial, según lo dispone el artículo 213 del Código de Procedimientos Civiles, el cual fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de Federación el 27 de diciembre de 1983, y que señala:

Art. "213. El Juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el artículo 165 del Código Civil, las propuestas de los cónyuges, si las hubiere y lo dispuesto por la fracción VI del artículo 202 del mismo Código Civil". (84)

Además el artículo 214 señala que:

"La inconformidad de alguno de los cónyuges sobre la resolución o disposiciones decretadas, se tramitará en los términos del artículo 942 sin ulterior recurso". (85)

(84) "CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL", Editado por el Tribunal Superior de Justicia del D.F., México 1992, pág. 48.

(85) *Ibidem*, pág. 48.

Mientras que el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles señala por su parte que "no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre la administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclaman la intervención judicial". (86)

Toda vez que se trata de una medida provisional, es factible que sea modificada en cualquier momento, si cambia la situación, por ejemplo, si el cónyuge se comporta inmoralmente. El otro esposo debe comunicarlo al Juez y este puede intervenir, inclusive de oficio.

Para el caso de que el cónyuge que

(86) *Ibides*, pág. 189.

no tenga la custodia sobre el menor, pero que si goza de ese llamado "derecho de visita", y se demuestra que le esta causando mal al menor, deberá suspenderse tal derecho.

Estas modificaciones pueden intentarse mediante un Incidente en el juicio de divorcio.

Dentro del trabajo de investigación de esta tesis, nos llamó la atención un libro intitulado "Cuando los padres se separan", de Francoise Dolto, traducido por Irenne Agoff, y de cuyo contenido existe un tema especial llamado "El niño frente a la justicia", del que resalta una pregunta con su respectiva respuesta, y que se deriva de una entrevista, la cual nos permitimos copiar textualmente como ejemplo de la facultad que puede tener el juzgador para determinar la custodia de los menores hijos.

Pragunta: Casi siempre, el juicio de divorcio excluye al hijo. Antes de que se hiciera sistemática la presencia del hijo de más de trece años y de que se admitiera, cuando parecía necesaria la de los hijos menores de trece, ciertos jueces en asuntos matrimoniales, que consideraban útil un contacto directo, recibían a los preadolescentes a partir de los nueve años e incluso por debajo de esa edad, con el consentimiento del presidente del tribunal. Pensaban que el niño tenía derecho a tener

algo que decir, y que era bueno que él también viese a la persona que dictaba la sentencia.

Respuesta: El niño siempre debería ser escuchado, por lo cual no implica en absoluto que de inmediato se hará lo que él pide. Además, la decisión puede serle explicada: El Juez elige atribuir la custodia al que es más apto para llevar a cabo las tareas cotidianas, exigidas para el mantenimiento y educación de un niño que todavía no es autónomo.

En lo que respecta a los niños mayores, es importante tomar en consideración sus observaciones y deseos, cuando éstos van acompañadas de una voluntad deliberada y reflexionada de vivir con uno u otro de sus progenitores". (87)

(87) DOLTO FRANCOISE, "Cuando los padres se separán", Traducción de Irene Agoff, cubierta de Julio Vivas, 1a. edición en México, Editorial Paidós Mexicana, S.A. México - 1989, págs. 129 y 130.

D). ¿ES CONVENIENTE QUE LA GUARDA Y CUSTODIA SE PIERDA EN FORMA DEFINITIVA PARA EL CONYUGE CULPABLE?.

Antes de contestar si es conveniente o no que se pierda la guarda y custodia en forma definitiva para el cónyuge culpable, es bueno señalar que al igual que la patria potestad, la custodia puede también acabarse, suspenderse o perderse.

El jurista Manuel Mateos Alarcón, señala las formas como puede acabar, suspender o perderse la custodia, mismas que nos permitimos señalar de la forma siguiente:

a) Se dice que se acaba, cuando conforme a la ley se ponen término, en virtud del verificativo de ciertos acontecimientos, que pueden ser naturales o bien provenientes del padre, siempre en forma lícita y honesta.

b) Se pierda, cuando la ley dispone que cualquiera de los padres quede privado de ella, porque haya cometido algún delito o porque falte en el cumplimiento de los deberes que tiene para con sus hijos.

c) Por último se suspende, cuando alguno de los padres no la puede ejercer, en virtud de alguna incapacidad o por haber sido condenado a una pena que lleve consigo la suspensión de la patria potestad.

Debemos resaltar que la custodia a la que nos hemos referimos, es la que ejerce uno de los padres con exclusión del otro, y por lo mismo no termina al mismo tiempo para todos los sujetos de la relación jurídica paterno-filial. En principio ambos padres tienen sobre sus hijos la custodia compartida, pero en virtud de una separación de éstos, voluntaria o no, es menester que sólo uno de ellos conserve la custodia, mientras para el otro ésta se vera suspendida o pérdida;

Veamos a cada una de ellas:

a) Pérdida: Se da por resolución judicial como es en los casos de divorcio necesario cuando el cónyuge es condenado a la pérdida de la patria potestad y por ende la de la custodia, o bien, es condenado a la pérdida solo del ejercicio de la patria potestad y la custodia.

b) Suspensión: También se da por resolución judicial, pero aquí puede ser por acuerdo voluntario de los padres, que al separarse deciden quien continuará teniendo la custodia, suspendiéndose para el otro. En este caso de suspensión si por cualquier motivo el que la conserva dejará de ejercerla, entrará el otro a ejercerla (art. 416 del Código Civil que lo prevé para los hijos nacidos fuera del matrimonio) pero recordemos que la suspensión no es una sanción, sino una medida preventiva en favor de los hijos, entonces es aplicable lo previsto por el artículo antes señalado, para todos los casos en que exista solo suspensión en el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia.

El padre que no conserva la custodia al ejercer su derecho de vigilancia, será el principal encargado de solicitar al Juez la suspensión o pérdida de la custodia del progenitor que, voluntariamente o no incumpla sus obligaciones de custodia.

Ahora bien, consideramos en forma personal, que no es conveniente que el cónyuge culpable pierda en forma definitiva la guarda y custodia, respecto

a los menores hijos, puesto que coincidimos con el criterio del maestro Julián Gúitron Fuentevilla, cuando señala dentro de su obra, ya muchas veces nombrada, ¿que es el Derecho Familiar?, ¿si es necesario que la patria potestad se pierda o no para el cónyuge culpable?, es decir, que tomando la idea del jurista antes mencionado, en cuanto a la patria potestad, la aplicaremos también como si se tratara para la guarda y custodia, que al fin y al cabo, la segunda de las nombradas se deriva de la primera.

Así tenemos que, el maestro Gúitron Fuentevilla manifiesta lo siguiente: "Creemos que cuando el legislador ha señalado los casos de la pérdida de la patria potestad, y no existe la posibilidad de recuperarla estamos en presencia de una *contradictio in adiecto*" (monstruosidad jurídica) que no ha considerado en el Derecho Familiar los valores más importantes, porque en ese caso bien se podía dar una suspensión temporal de esos Derechos Familiares, para que con el tiempo, la madurez, el reconocimiento de los errores, esos hijos volvieran a reencontrarse con sus padres, a efecto de continuar

ejerciendo esos deberes tan importantes. Por otro lado pensamos que los casos concretos que señala el Código Civil de la pérdida de la patria potestad, deberían quedar en los casos de la suspensión, y señalar específicamente los plazos en que esos derechos familiares quedarían suspendidos". (88)

También considera Julián Gúitron Fuentevilla que, "cuando el legislador instituyó la pérdida de la patria potestad, no lo hizo pensando en el menor, sino en sancionar al padre o a la madre, según sea el caso, sin meditar en los daños irreparables que se pueden causar a una criatura, al privarlos de sus padres. ¿Por qué el legislador, cuando lo hace en relación a la familia, se ubica en la destrucción de la misma, pretendiendo absurdamente a nuestro juicio castigar a quien no tiene culpa alguna?. Si bien la ley sanciona a quien comete una falta, por más grave que ésta sea debe considerar que es de humanos errar y sobre todo, que las

(88) GÚITRON FUENTEVILLA, ob. cit. pág. 139.

personas cambian, que las circunstancias varían y en un momento dado la sanción impuesta de perder el derecho a educar, a corregir, a procrear, a formar, a orientar a un hijo, le causa a éste mayores perjuicios que beneficios.

La situación de los hijos es una circunstancia de esta naturaleza es que ambos cónyuges conserven la patria potestad y la ejerzan como ellos lo convengan y, en su defecto atendiendo el criterio judicial. La Corte ha sostenido que: *en la legislación actual ya no impera la regla general de que la patria potestad se pierde por el cónyuge que fuera declarado culpable, sino que se tiene en cuenta la naturaleza de las causales que conducen al divorcio, y si nada se dijo respecto a la que se refiere el artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal, la intención del legislador, por lo que va a la situación de los hijos, en este caso, es que ambos cónyuges conserven la patria potestad; la excepción a esa regla se da cuando alguno de ellos o ambos la pierden siendo esto posible cuando así lo determine la ley. También debe considerarse que esa pérdi-*

da puede ser total o parcial, definitiva o temporal". (89)

Visto lo anterior, consideramos que no es conveniente que el cónyuge culpable pueda perder en forma definitiva la patria potestad, o bien, la guarda y custodia de los menores hijos, pues como considera Gúitron Fuentevilla, que como humanos podemos aprender de los mismos, pues a través del tiempo y con la madurez y el reconocimiento de los errores, los hijos y los padres deben tener una nueva oportunidad de convivir y continuar ejerciendo esos deberes tan importantes.

Por lo que consideramos que en el caso de la pérdida de la patria potestad, esta debe desaparecer de la legislación civil, es decir, por consiguiente abolirse los casos de la pérdida, y quedar sólo la suspensión, conforme a lo que pueda decidir el Juez Familiar y al comportamiento de los padres; todo lo anterior, en favor de la familia, a modo de que los

(89) *Ibidem.* pág. 216 y 217.

miembros que la forman, padre, madre e hijos, puedan seguir conviviendo, aún cuando los cónyuges estuvieran divorciados o separados el uno del otro. Lo más importante es cuidar la integridad física, espiritual y moral de los hijos para su sano crecimiento, dándoles el suficiente amor y cariño que deban recibir de cada uno de sus progenitores.

JURISPRUDENCIA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido diversos criterios en cuanto a los temas de "La Guarda y Custodia" y al de "La Patria Potestad" de los menores, mismos que han pasado a formar parte de la Jurisprudencia, Tesis de Jurisprudencia y precedentes que no constituyen Jurisprudencia, las que nos permitimos transcribir textualmente, a fin de robustecer y complementar más el presente trabajo de tesis, en especial el Capítulo IV.

PATRIA POTESTAD. NO DEBE SER CONDENADO A PERDERLA EL CONYUGE CULPABLE, CUANDO LA CAUSAL DE DIVORCIO TOMA SU ORIGEN EN EL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 283 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, no incluye, en relación con la pérdida de la patria potestad, la causal de divorcio señalada en el artículo 268, y por ello mismo la aplicación analógica del 283 no es procedente al respecto, ya que la disposición en él contenida sólo es aplicable en los casos a que el mismo precepto se contrae, por tener el carácter de norma excepcional respecto a la general relativa a que la patria potestad se ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, y es bien sabido que, conforme al artículo 11 del Código Civil, las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

Nota: En virtud de que los artículos 268 y 283 del Código Civil para el Distrito Federal fueron reformados por el Decreto publicado en el Diario Oficial, el día 27 de diciembre de 1983, la jurisprudencia en comento únicamente es aplicable a los casos previstos por los códigos de los Estados que contienen las mismas disposiciones legales del Código Civil para el Distrito Federal, antes de la mencionada reforma.

Quinta Epoca:

Suplemento de 1956, pág. 345 A. D. 299/50 Adolfo T.

Garza. 5 votos.

Tomo CXXV, pág. 608 A. D. 2738/54 Ivenes Bernal Edmundo
5 votos

Tomo CXXVII, pág. 379. A. D. 2014/55 Manuela Barbosa de
Charles. Unanimidad de 4 votos

Tomo CXXXI, pág. 273. A. D. 2967/56 Esperanza de Ornelas
Unanimidad de 4 votos.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. XI, pág. 145. A. D. 3880/1957 Rodrigo Vázquez Cuellar
Unanimidad de 4 votos.

JURISPRUDENCIA 1252 (Sexta Epoca), Apéndice 1917-1988,
Segunda parte Pág. 2017; Apéndice 1917-1985 JURISPRUDENCIA
203 Cuarta Parte pág. 604; Apéndice 1917-1975
JURISPRUDENCIA 256 pág. 797; Apéndice 1917-1965,
JURISPRUDENCIA 243, Pág. 760.

PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA

Como lo condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

Amparo directo 4704/84. Sonia Armenta Espinoza. 29 de septiembre de 1986. 5 votos. Ponente: José Manuel Villagor
doa Lozano.

3a. SALA Séptima Epoca Volumen 205-216 Cuarta Parte pág.
134.

Séptima Epoca, Cuarta Parte;

Vol. 20, Pág. 35. A. D. 4235/69. María de Lourdes Castillo
Huerta. 5 votos.

Vols. 97-102. Pág. 214. A. D. 4362/76. Gabriel Lopez.
Flores. 5 votos.

Vols. 145-150. Pág. 441. A. D. 3112/79. Bienvenido Moscoso
Martínez. 5 votos.

Vols. 151-156. Pág. 237. A. D. 7402/80 Michel Gabayet
Martín. 5 votos.

Vols. 169-174. Pág. 157. A. D. 4024/82. Jose Díaz Barriga
Murillo. 5 votos.

TESIS DE JURISPRUDENCIA:

PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA.- La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en la relaciones naturales paterno-filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

Amparo directo 5391/1972. Carlos Miguel Rocha Escudero. Julio 12 de 1973. Unanimitad de 4 votos. Ponente: Mtro. Ernesto Solís Lopez.

3a. SALA Séptima Epoca, Volumen 55, Cuarta Parte. pág. 47.

PATRIA POTESTAD, EJERCICIO DE LA, POR AMBOS PADRES.- La patria potestad legalmente se ejerce sobre los hijos, en los casos y circunstancias que expresamente señala la ley. Su finalidad es la de proteger los intereses de los hijos; es por eso que, precisamente, el legislador ha querido que la patria potestad, como regla general, se ejerza por los dos padres conjuntamente, y solamente como excepción, deje de ejercerla uno de ellos.

Amparo directo 2627/1971. José Chávez Contreras. Marzo 15 de 1973. Unanimitad de 4 votos. Ponente: Mtro. Enrique Martínez Ulloa.

3a. SALA Séptima Epoca. Volumen 51, Cuarta Parte. pág. 49.

PATRIA POTESTAD. SUPRESION DE ALGUNO O ALGUNOS DE LOS DERECHOS QUE LA MISMA COMPRENDE (VERACRUZ).- La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc. Cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad, ésta pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumban, según se desprende del artículo 378 del Código Civil de Veracruz; sin embargo debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para, sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan, suprimirles o restringirles alguno o

algunos de los derechos que la misma comprende, como puede ser la privación de la guarda y custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre alguna cuestión relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etc.; esto se desprende, entre otros, de los artículos 342 y 370 del ordenamiento antes mencionado.

Amparo directo 2078/1974. Victor Manuel Martínez Fernández Agosto 15 de 1975 Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. J Ramón Palacios Vargas. Secretario: Jaime M. Marroquin Zalgta.

3a. SALA Boletín N° 20 al Semanario Judicial de la Federación, pág. 61.

32. SALA Informe 1975 SEGUNDA PARTE, Pág. 116.

PATRIA POTESTAD, QUESTIONES RELATIVAS A LA PERDIDA DE LA, QUE AFECTAN EL ORDEN Y LA ESTABILIDAD DE LA FAMILIA.- En razón de las consecuencias psicológicas y sociológicas, siempre graves, que se producen en el seno del hogar y que repercuten tanto en el menor como en sus padres, debe considerarse que lo relacionado con la pérdida de la patria potestad afecta el orden y la estabilidad de la familia.

Amparo directo 323/84. Hilda Porras Bermeo. 7 de abril de 1986. 5 votos. Ponente. Mariano Azuela Güitrón.

3a. SALA Séptima Época Volumen 205-216 Cuarta Parte Pág. 131.

PATRIA POTESTAD. SI NO SE HA PRIVADO DE ELLA A LA MADRE TIENE EL DERECHO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES Y A SU ENTREGA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MICHOACAN).- Si una mujer está en pleno ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, derivada de su calidad de madre, debidamente comprobada, debe decretarse la restitución de la posesión de estado y custodia sobre sus hijos, condenando a quienes los tengan a la entrega de los menores a su madre, que es quien, tiene el derecho a su guarda y custodia, mismo que la ley le concede y al ejercicio de todos los derechos y obligaciones que implica, los que son de carácter irrenunciable, mientras no exista sentencia previa en contra del titular de ese derecho, conforme a lo previsto, por el artículo 395 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

Amparo directo 73/87. Salvador Cardoso Torres y otra. 6 de abril de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

3a. SALA Séptima Época Volumen 217-228 Cuarta Parte Pág. 243.

3a. SALA Informe 1987 SEGUNDA PARTE, tesis 345. Pág. 246.

GUARDA Y CUSTODIA. NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCLADA DE LA POSESION.- Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

Amparo directo 73/87. Salvador Cordero Torner y otra. 6 de abril de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

3a. SALA Séptima Época Volumen 217-228 Cuarta Parte Pág. 133.

3a. SALA Informe 19878 SEGUNDA PARTE, tesis 325, Pág. 234.

GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONFORME A LOS INTERESES DE LA MENOR (ESTADO DE COAHUILA).- Si la autoridad responsable para confiar la guarda y custodia de una menor a los abuelos paternos no sólo toma en cuenta el factor económico sino también que la madre ha tenido fuera de matrimonio hijos de distintas personas, que tiene la costumbre de mentir, así como que en el lugar en que vive no permite un desarrollo sano de la menor y, finalmente considera la opinión del agente del Ministerio Público en el sentido de que la menor al lado de su madre se encuentra en un estado de inestabilidad en cuanto a su formación moral, educativa, familiar y económica, debe concluirse que el juez resuelve el conflicto familiar de acuerdo con el artículo 380 del Código Civil del Estado de Coahuila, pues fundamentalmente tomó en cuenta los intereses superiores de la menor.

Amparo directo 3355/86. Laura Andrea Villagrán. 25 de marzo de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Días Infante. Secretario. Guillermo A. Hernández Segura. Ausente: Mariano Azuela Güitrón.

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, SU TIERNA EDAD ES SUFICIENTE PARA CONFJARLOS A LA MADRE (ESTADO DE VERACRUZ).- El artículo 157 del Código Civil para ese Estado, que regula y define la situación de los hijos en los casos de divorcio, establece en su regla primera, que cuando la causa de divorcio estuviera comprendida en las fracciones I, II, III, IV, VII, XIII y XIV del artículo 141, los hijos quedarán bajo la potestad del cónyuge no culpable; en su regla segunda, que cuando la causa del divorcio estuviera comprendida en las fracciones VIII, IX, XII y XV del artículo 141, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; y en su regla tercera, que en el caso de las fracciones V y VI del artículo 141, que los hijos quedarán en poder del cónyuge sano. Como puede verse, la causal del código en comento no se comprende en ninguno de los casos a que aluden las reglas primera, segunda y tercera del mencionado artículo 141. En cambio, la regla cuarta y última del artículo 157 del código Civil, dispone que en todos los casos de divorcio en que la ley no fije en favor de uno determinado de los cónyuges el cuidado de los hijos, el juez determinará lo conveniente dentro de los términos del artículo 133, precepto según el cual, los hijos serán confiados al cuidado del padre y la madre en justa proporción y siguiendo hasta donde el juez lo estime oportuno, la elección de los propios hijos expresada por éstos libremente, y que en caso de incapacidad de los mismos para optar o expresar su elección, que el juez decidirá en los términos convenientes al interés social y familiar de los hijos y los padres. Por tanto, la responsable procede correctamente al resolver sobre la guarda y custodia de los hijos menores, al confiar a los hijos a la madre por su tierna edad, conforme a la regla cuarta del artículo 157 del Código Civil del Estado de Veracruz, pues en los casos de divorcio por la causal prevista en la fracción X del artículo 141 del propio código, la ley en favor de uno determinado de los cónyuges el cuidado de los hijos, sino que faculta al juez para que bajo su prudente arbitrio y teniendo en cuenta los intereses superiores de los hijos, resuelva en favor de uno de los cónyuges, independientemente de que éstos o alguno de ellos sea cónyuge inocente o culpable.

Amparo directo 4680/86. Rodolfo Reynoso Mayoral. 24 de junio de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante. Secretario: Guillermo A. Hernández Segura.

DIVORCIO, PATRIA POTESTAD, FACULTAD DEL JUEZ PARA OTORGARLA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO).- Aún cuando la generalidad de los Códigos Civiles de la República Mexicana coinciden al privar al cónyuge culpable de la patria potestad y concederla al inocente, el Código Civil del Estado de México destaca un sistema especial, que en ese aspecto se ha singularizado en esta materia, porque conforme al mismo, en los casos de divorcio necesario, el Juez determinara previa audiencia del Ministerio Público, de los cónyuges, tíos, o hermanos mayores, los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservara cada uno de los cónyuges respecto de la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores y la conservación de su patrimonio nada más, es decir, independientemente de la culpa de los cónyuges en el divorcio, o sea, que en esta situación el mismo Juez podrá privar de la patria potestad al cónyuge culpable, pero si estima que es mas conveniente que la ejerza éste y no el inocente, o que la ejerzan los abuelos o determinados parientes cercanos, tiene la potestad necesaria para decirlo así.

Amparo directo 305/76 Juan Baltazar Zavala. 21 de enero de 1977 Unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

DIVORCIO. PATRIA POTESTAD. SISTEMA ESPECIAL EN EL CUAL SU PRIVACION NO SE ESTABLECE COMO SANCION PARA QUIEN RESULTA CONYUGE CULPABLE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE ZACATECAS).- En el Código Civil del Estado de Zacatecas, la privación de la patria potestad no se establece como sanción para quien resulta cónyuge culpable en el juicio de divorcio, ya que a diferencia de la generalidad de los Códigos Civiles de la República Mexicana, que coinciden en privar al cónyuge culpable de la patria potestad y concederla al inocente, el referido cuerpo de leyes adopta un sistema especial en este aspecto, al ordenar que en los casos de divorcio necesario, el Juez determinará previa audiencia del Ministerio Público, de los cónyuges, tíos, o hermanos mayores, los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservara cada uno de los cónyuges respecto de la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores y la conservación de su patrimonio nada más, es decir, independientemente de la culpa de los cónyuges en el divorcio, puede darse el caso de que el Juez prive legal-

mente de la patria potestad al cónyuge inocente, siempre y cuando para ello se haya sujetado al contenido del primer párrafo del artículo 372 del Código Civil para el Estado de Zacatecas, que literalmente dice: "372 en la sentencia que decreta el divorcio, el Juez determinará los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservara cada uno de los cónyuges, respecto de la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. Para tal efecto, deberá el Tribunal oír al Ministerio Público, a los cónyuges, y en caso de estimarlo necesarios, a los abuelos, tíos o hermanos mayores, pudiendo además discrecionalmente, acordar de oficio cualquiera providencia que considere benéfica para los hijos".

Amparo directo 257/75 Aurelio Rodríguez Muñoz, 6 de agosto de 1976. Unanimidad de 4 votos. Ponente David Franco Rodríguez.

MENORES QUE DEBEN QUEDAR EN PODER DE LA MADRE.- Existe interés social en que los menores estén en poder de su madre hasta la edad que fije el Código Civil aplicable, porque es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidado necesarios, de tal suerte que, si no se está en los casos de excepción que marca la ley para que deba ser separado el menor de edad del cuidado de su madre, éste no podrá pasar a la custodia del padre que así lo solicite.

Amparo directo 5057/1973/12 Manuel Ramón Gil López, Marzo 3 de 1975. 5 votos. Ponente: Mtro. David Franco Rodríguez. Secretario: Efraín Ochoa Ochoa.

32 SALA Boletín N° 15 al Semanario Judicial de la Federación, Pág. 46.

32 SALA Informe 1975 SEGUNDA PARTE, Pág. 109.

PATRIA POTESTAD, CONDICIONES NECESARIAS PARA RESOLVER SOBRE LA, EN CASO DE DIVORCIO NECESARIO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO).- A diferencia de otras legislaciones, el artículo 267 del Código Civil para el Estado de México, determina un sistema especial en cuanto a los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, que en caso de divorcio, debe conservar cada cónyuge respecto de los hijos, pues en principio se establece, de manera general, que es necesario tomar en cuenta el particular interés de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de sus bienes, previa audiencia del Ministerio Público, de los cónyuges y de estimarlo necesario, de los abuelos, tíos o hermanos mayores, debiéndose decretar cualquier providencia al respecto, asimismo, siguiendo el sistema de otros ordenamientos, el precepto invocado en forma específica determina en relación con la custodia, que los hijos quedarán bajo el cuidado del cónyuge no culpable, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el artículo 246, el cual preveía antes de sus reformas de 4 de marzo de mil novecientos setenta y cinco, que si uno de los consortes procedía de buena fe, mantendrían el cuidado de la madre, los menores de siete años de edad, en consecuencia los tribunales están facultados para resolver lo concerniente respecto a los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, distintos a la custodia, con la obligación de escuchar al ministerio público y a los consortes, pues tal exigencia es imprescindible respecto a de aquellas cuestiones, conforme al numeral en comento, sin que resulte aplicable al decidir lo relativo a custodia, porque subsiste el imperativo legal que obliga a decretarla en favor del cónyuge inocente.

Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito.

Amparo directo 1157/89. Concepción Andrea Valdivia Santamaría. 22 de noviembre de 1989, Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Díaz Infante Aranda. Secretario: Rigoberto F. González Torres.

DIVORCIO NECESARIO. CUSTODIA DE LOS HIJOS CUANDO NO SE DETERMINA CONYUGE CULPABLE (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).- En tratándose de juicio divorcio en que tenga que decidirse sobre la custodia de un menor a favor de uno de los padres, si no se establece culpabilidad en ninguno de los cónyuges, debe aplicarse por analogía la fracción II del artículo 635 del Código Civil del Estado de Puebla, que preceptúa que los menores de siete años quedaran al cuidado de la madre.

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.
Amparo directo 430/87. José Antonio Solano García. 28 de
Enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván
Rojas. Secretario: Vicente Martínez Sánchez.

PRECEDENTES QUE NO CONSTITUYEN JURISPRUDENCIA

GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE SIETE AÑOS. SALVO PELIGRO PARA SU NORMAL DESARROLLO DEBE OTORGARSELE A LA MADRE.- Establece el artículo 282, fracción VI, último párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal que "salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre". Por tanto, si no se acredita fehacientemente que ésta incurre reiteradamente en conductas u omisiones que afecten el normal desarrollo de su hijo menor debe otorgársele su custodia definitiva.

Amparo directo 8362/87. Concepción Perla Bellot Campos. 15 de diciembre de 1987. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela Guitrón. Secretaria: María Estela Ferrer MacGregor Poisot.

PATRIA POTESTAD. PARA SU EJERCICIO ES NECESARIO QUE LOS PADRES TENGAN LA GUARDA DEL MENOR.- La patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente.

Amparo directo 8236. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. 5 votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.

PATRIA POTESTAD. SE REQUIERE SU EXISTENCIA PARA HACER EXIGIBLE DEL DERECHO DE QUITAR AL MENOR.- Como el derecho de visitar a los hijos, deriva de la patria potestad y no se trata de un derecho absoluto, que derive exclusivamente de la filiación, sino que requiere la existencia de la patria potestad para hacerse exigible, al perderse la patria potestad debe perderse también el derecho de visitar al menor, pues sería contradictorio que un progenitor que no ha cumplido con sus obligaciones respecto al hijo, conservara el derecho de visitarlo libremente.

Amparo directo 5878/87. Ariela Katz Kenner. 9 de diciembre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Manuel Villagordo Lozano. Secretario: Miguel Cicero Sabido. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

I. 1º Prec. 21-13 O-DIVORCIO, GUARDA DE MENORES EN CASO DE FACULTADES DEL JUEZ PARA DETERMINAR A QUIEN CORRESPONDE.-

El artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, otorga al juzgador las más amplias facultades para decidir entre otra cuestiones, respecto a la guarda y custodia de los menores hijos de los divorciantes; de ahí que si en el caso de que se trata al ejercer esas facultades atiende a los elementos de prueba que obran en autos y llega a la convicción de que la conducta de la persona que tiene la guarda y custodia de los menores durante el procedimiento no resulta nociva a éstos, esa determinación resulta ilegal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causa al divorcio, salvo que esa causa, por su naturaleza, implique por sí misma que esta conducta sea manifiestamente contraria a la formación, educación e integración socioafectiva de los menores.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1956/88. Carlos Gómez Vázquez. 7 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Corrales Gonzalez. Secretario: Neófito Lopez Ramos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. PRECEDENTE I. 1º. 13.C. 8ª Epoca SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION TOMO VIII-Diciembre 2ª tesis pág. 193.

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

PRIMERA.- La patria potestad comprende un conjunto de derechos y obligaciones de los que la ejercen, "los padres", y que van destinados al beneficio y protección de la persona y los bienes de los menores sujetos a ella, siendo por lo tanto no sólo el poder y la autoridad de los que la ejercen sobre éstos.

SEGUNDA.- Debe considerarse como una de las necesidades básicas del menor de edad, el ser *-cuidado y protegido-* por sus padres, ya que ésta influencia, tanto paterno como materna, para que sea benéfica, requiere que exista de un ambiente sano, de respeto y amor entre sus padres.

TERCERA.- Debe existir una actitud ejemplar de los padres para con los hijos, que refleje armonía, respeto y amor, ya que tal actitud se reflejará en igual forma de los hijos hacia los padres.

CUARTA.- Cuando existe una relación negativa entre los mismos progenitores, va a perjudicar más aun al menor o menores, que si se llevará a cabo una separación de los padres.

QUINTA.- Tanto el cuidado como la guarda del menor en el divorcio voluntario judicial debe quedar encomendado a uno de los progenitores, mientras que al otro, se le debe conceder "el derecho de visita", aunque este no se encuentra regulado de forma directa en nuestra legislación.

SEXTA.- Es conveniente que se modifique nuestro Código Civil, en cuanto al "derecho de visita", pues quien conserva la custodia del menor, va a intervenir más en su formación, mientras que para el otro cónyuge se delimitan previamente las atribuciones correspondientes a dicha formación.

SEPTIMA.- El padre que no tenga la guarda y custodia, pero que conserva la patria potestad del menor, deberá cumplir con la obligación de seguir proporcionando alimentos a éste, asimismo, tendrá el derecho de vigilar el desarrollo de éstos, bien sea, física, intelectual, moral y espiritualmente.

OCTAVA.- Cuando se comprometa la salud o moralidad de los hijos por parte del cónyuge que conserva la guarda y custodia, y que sea considerado como causas graves, el otro progenitor tendrá

el derecho de hacer del conocimiento a los Tribunales competentes de tal situación.

NOVENA.- Deberá amonestarse, bien sea con limitar, suspender o privarle temporalmente de ese derecho al padre que aunque no tenga la custodia de los menores, pero que si goza del llamado "derecho de visita", se convierta en un obstáculo para la formación de los hijos.

DECIMA.- Estamos de acuerdo en que los hijos menores de siete años, deban quedar al cuidado de la madre, salvo aquellos casos en que exista peligro para el normal desarrollo de los hijos.

DECIMA PRIMERA.- Consideramos y concluimos que lo relativo a la patria potestad es sin duda el aspecto mas importante a decidir en los juicios de divorcio, por lo que el artículo 283 del Código Civil señala que, para que el juez deba resolver lo relativo a la patria potestad, debe:

- Ser congruente y respetar las normas según la cual los menores de siete años deben estar al cuidado; valorar las razones

respecto a quien deben estar el cuidado de los hijos; respetar lo regulado por el Código Civil en cuanto a la pérdida y suspensión de la patria potestad.

DECIMA SEGUNDA.- El que tiene la custodia del menor, será el que en realidad ejerza la patria potestad, mientras que el otro cónyuge únicamente la conserva.

DECIMA TERCERA.- El que ejerce la custodia decide todo lo relacionado con el menor, conservando el otro la obligación de proporcionar alimentos, vestido, calzado, etc., así como la facultad de defender del o los hijos en caso que aquel abuse de su derecho, cometiendo alguna falta grave.

DECIMA CUARTA.- Cuando exista el problema de que una familia se esta desintegrando, es necesario prever la situación de los hijos para evitarles daños mayores, que bien pueden ser psicológicos, morales, espirituales, etc.

DECIMA QUINTA.- Se debe considerar, en que los menores hijos deban vivir con el progenitor más apto para su desarrollo, sin

que esto signifique que pierdan la relación y el contacto con el otro progenitor.

DECIMA SEXTA.- La custodia es una prerrogativa de la patria potestad, e implica la posesión material, vigilancia, protección, educación y cuidado del menor, por lo que debe ejercitarse los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

DECIMA SEPTIMA.- La custodia implica el ejercicio de la patria potestad, y éste no se da sin la custodia, ya que son dos términos que están íntimamente relacionados.

DECIMA OCTAVA.- La custodia al igual que la patria potestad se da para ambos progenitores, pero cuando los padres tienden a separarse surge la custodia independiente para uno de ellos, suspendiéndose para el otro, sin importar que se dé dentro o fuera del matrimonio.

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

- 1.- BAQUERO ROJAS, EDGAR "Derecho de Familia-Sucesiones" Editorial Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios. Méx. 1990.
- 2.- BONNECASE JULIAN, "Elementos de Derecho Civil" Puebla Puebla, Biblioteca Jurídico Sociológico T.I. Vol.XIII Traducción de José María Cajica, Puebla Méx. 1945.
- 3.- BRUNNER, "Historia del Derecho Germánico", citado por L. Rodríguez Arias Bustamante.
- 4.- CARBONIER JEAN, "Derecho Civil", Tomo I, Vol. II - Bosch Casa Editorial, Barcelona 1961, (traducción de la primera edición con adiciones de Convención al Derecho Español, por Manuel Zorrilla Rufz).
- 5.- GARDENAS MONTES MONICA, "Situación jurídica de menores en caso de divorcio". Tesis, Universidad Iberoamericana.
- 6.- CARRERAS MALDONADO MARÍA "Pérdida de la Patria Potestad en relación a las diversas causales de divorcio", Revista del menor y la familia, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, México 1981.
- 7.- CASTAN VAZQUEZ JOSÉ MARÍA, "La Patria Potestad", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

- 8.- COLÍN A. Y CAPITAN H. "Curso Elemental de Derecho Civil", Instituto Editorial Reus, S.A. Madrid 1942.
- 9.- "Código Civil del Distrito Federal y territorio de Baja California", Méx. Tip. de J.M. Aguilar Ortíz, 1a de Santo Domingo núm. 5. 1872.
- 10.- "Código Civil para el Distrito Federal", Editorial Porrúa, S.A., México 1991.
- 11.- "Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal" Editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 1992.
- 12.- "Código Penal para el Distrito Federal", Editorial Porrúa, S.A., México 1992.
- 13.- CHAVES ASECIO MANUEL F. "La Familia en el Derecho" T. I. Relaciones Jurídicas Familiares, Editorial - Porrúa, S.A. Méx. 1984.
- 14.- CHAVES ASECIO MANUEL F. "La Familia en el Derecho" Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Editorial - Porrúa S.A. México.
- 15.- DE PINA VERA, RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano", Volumen I, Editorial Porrúa, S.A., México 1983.
- 16.- DE PINA VERA, RAFAEL, "Diccionario de Derecho" Editorial Porrúa, S.A. México 1992.

- 17.- "Diccionario de Derecho Privado", Editorial Labor, -
Tomo II, Barcelona, España 1950.
- 18.- DOLTO FRANCOISE, "Quando los Padres se separan", tra-
ducción de Irene Agoff, cubierta de Julio Vivas, 1a.
edición en México, Editorial Paídos Mexicanos, S.A.,
México 1989.
- 19.- "Enciclopedia ilustrada de la Lengua Castellana" Tomo
II, Buenos Aires 1953.
- 20.- ENNECGERUS LUDWIG Y THEODOR KIPP, "Tratado de Derecho
Civil-Derecho de Familia", Cuarto Tomo, Volumen II,
Relaciones Paternofiliales y Parentelas, Tutelas, 2a.
Edición.
- 21.- FERNÁNDEZ CLÉRIGO LUIS "El Derecho de la Familia en -
la legislación comparada", Unión tipográfica, Editó-
rial Hispano-Americana, México, 1947.
- 22.- FERRARI CERETTI FRANCISCO "El divorcio", Ediciones -
Depalma, Buenos Aires. 1975.
- 23.- FICKER JULIO, "Sobre el último parentesco entre el -
derecho Godo-Hispánico y el Noruego Islándico", Tradu-
cido del Alemán por José Rovira Armengol, Barcelona -
1928.
- 24.- FLORIS MARGADANT GUILLERMO, "El Derecho Privado Roma-
no", Editorial Esfinge, S.A., México, 1968.

- 25.- GALINDO GARFÍAS IGNACIO, "Derecho Civil Primer Curso"
Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.
- 26.- GALINDO GARFÍAS IGNACIO, "Derecho Civil Primer Curso"
Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
- 27.- GALINDO GARFÍAS IGNACIO, "Derecho Civil Primer Curso"
Editorial Porrúa, S.A., México, 1973.
- 28.- GOITRÓN FUENTEVILLA JULIÁN, "¿Que es el derecho familiar", Editorial Promociones Jurídicas y Culturales,-
S.C., 3a. Edición, México, 1988.
- 29.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (UNAM) "Código Civil Comentado" Tomo I, 2a. Edición. 1a. reimpresión
Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- 30.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (UNAM) "Diccionario Jurídico Mexicano" Editorial Porrúa S.A. México
1989.
- 31.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (UNAM) "Diccionario Jurídico Mexicano" Tomo D-H Editorial Porrúa,
S.A. México, 1992.
- 32.- "Jurisprudencia y Tesis sobresalientes, 1974-1975"
actualización IV Civil, Mayo Ediciones, 1978.
- 33.- "Jurisprudencia y tesis sobresalientes 1984-1987"
actualización IX y X Civil, Mayo Ediciones, 1991.

- 34.- "Jurisprudencia Mexicana 1917-1985", Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1987.
- 35.- "Ley Sobre Relaciones Familiares". Ediciones Andrade, S.A., 3a. Edición, México, D.F., 1980.
- 36.- MARTINEZ HERNANDEZ LUCIA ESTHER, "La custodia de los hijos en caso de separación de sus padres". Tesis, - Universidad Iberoamericana.
- 37.- MATEOS ALARCON, MANUEL, "Lecciones de Derecho Civil", Tomo I, Editorial Librería y Agencia de Publicaciones de N. Budin, Sucesores. México, 1891.
- 38.- MAX KAYSER, "Derecho Romano Privado", Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1968.
- 39.- MENENDEZ PIDAL Y DE MONTES, citado por L. Rodríguez - Arias Bustamante, "La Tutela".
- 40.- MONTERO DUHALT, SARA, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.
- 41.- MONTERO DUHALT, SARA, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.
- 42.- MUÑOZ LUIS Y CASTRO ZAVALA SALVADOR "Comentarios al Código Civil" Vol. I Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Méx. 1983.

- 43.- "Nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales" Editado por Información Aduanera de México (anotado por el Licenciado Manuel Andrado), - 10a. Edición , México, 1952.
- 44.- ORTIZ BARRIOS CELIA YASMIN, "Análisis jurídico de las causales de Divorcio y sus efectos". Tesis, Universidad Iberoamericana.
- 45.- PALOMAR DE MIGUEL JUAN, "Diccionario para Juristas", Mayo Ediciones, S. de R.L., México, 1981.
- 46.- PALLARES, EDUARDO, "El divorcio en México", Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.
- 47.- PALLARES, EDUARDO, "El divorcio en México", Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.
- 48.- PLANIOL MARCELO Y JORGE RIPERT, "Tratado práctico de Derecho Civil Francés", (Traducción de Mateos Díaz - Cruz). Cultural, La Habana, 1964.
- 49.- RIPERT GEORGES Y BOULANGER JEAN, "Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol", Tomo II, Vol. 1. Ediciones La Ley, Buenos Aires.
- 50.- RIPERT GEORGES Y BOULANGER JEAN, "Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol", Tomo III de las personas, Vol II, Ediciones La Ley, Buenos Aires.

- 51.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, "Compendio de Derecho Civil"
Tomo I. Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
- 52.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano", -
Tomo II. Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.
- 53.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano", -
Tomo II. 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México,
1982.
- 54.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano", -
Tomo II. Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.
- 55.- RUIZ SERRAMALERA, RICARDO, "Derecho Civil-Derecho de
Familia", Madrid, 1988.
- 56.- "SANTA BIBLIA", versión Reyna-Valera, Revisión 1960,
Editada por la Sociedad Bíblica Unida.
- 57.- SANCHEZ MEDAL RAMON, "El divorcio opcional" Editorial
Porrúa, Hermanos y Cía. S.A., México, 1974.
- 58.- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN "informe 1988"
2a. parte. Sala Auxiliar, 1a, 2a, 3a y 4a, Sala, Mayo
Ediciones, México, D.F., 1988.
- 59.- WALTER; CORPUS IURIS, Germanicorum III, párrafo 777,
citado por L. Rodríguez Arias Bustamante, "La Tutela"