



108
2EJ
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS "ARAGON"

PROPUESTA PARA QUE EL CONYUGE CULPABLE
RECUPERE LA PATRIA POTESTAD SOBRE SUS
HIJOS EN CASO DE MUERTE DEL CONYUGE
INOCENTE, SIEMPRE Y CUANDO LO QUE MOTIVO
SU PERDIDA, NO SEA UNA CAUSA GRAVE.

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
GLORIA CHAVEZ QUINTANAR

ASESOR: LICENCIADO PABLO ALVAREZ FERNANDEZ.

MEXICO,

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

A TI

Porque me has concedido la dicha y la felicidad de alcanzar una de mis más anheladas metas, concluir mi carrera profesional, en compañía de mi familia, de mis maestros, de mis amigos, PERO SOBRE TODO POR EL GRAN TESORO QUE ME HAS DADO, QUE SON MIS PADRES, A QUIENES, DESPUES DE TI, LOS AMO Y RESPETO POR SOBRE TODAS LAS COSAS.

I G R A C I A S I

A MIS PADRES:

GENARO CHAVEZ MARTINEZ

Y

GUADALUPE QUINTANAR LOPEZ.

PADRE: Me pongo en tus manos, haz de mí lo que quieras, sea lo que sea. TE DOY LAS GRACIAS. Estoy dispuesta a todo, lo acepto - todo con tal de que tu voluntad se cumpla en mí, y en todas - tus criaturas. No deseo nada más. PADRE, te confío mi alma, te la doy con todo el amor de que soy capaz, PORQUE TE AMO y necesito darme, ponerme en tus manos sin medida, con una in - finita confianza, PORQUE TU ERES MI PADRE.

MADRE: Porque eres una Mujer que tiene algo de DIOS por la inmensi - dad de tu amor, y mucho de ANGEL por la incanzable solicitud de tus cuidados. Una Mujer que descubre los secretos de la - vida con más acierto que un sabio y que se asemeja a la sim - plicidad de los niños. Eres una Mujer que te satisfaces con - la felicidad de los que amas, y que darías con gusto el tes - ro que tuvieras a cambio de no ver sufrir a tus semejantes. - Eres una mujer vigorosa que te estremeces con el gemido de - un niño y siendo débil te vistes con la bravura de un león, - cuando se trata de defender a tus seres queridos.

Y A AMBOS: GRACIAS POR DARME LA VIDA, GRACIAS POR SU AMOR, GRACIAS = POR SUS PRINCIPIOS, GRACIAS POR SUS CONSEJOS. GRACIAS POR SU APOYO INCONDICIONAL PARA LA ELABORACION DEL PRESENTE TRABAJO GRACIAS POR SU COMPRESION, GRACIAS POR HABER HECHO DE MI = UNA PERSONA DE BIEN. . .

I Y SOBRE TODO, GRACIAS POR SER UNOS PADRES EJEMPLARES I

MI MAS SINCERO AGRADECIMIENTO

A TI

LICENCIADO FELIX FLORES GILES

Porque estuviste conmigo en los momentos más difíciles de mi vida, ya que me acompañaste a realizar todos mis trámites hasta lograr el registro de mi tema de Tesis. Después me ayudaste a recopilar el material para la elaboración del trabajo hasta la total culminación del mismo.

Todo esto te lo reconozco porque gracias a tu valiosa e incondicional colaboración, hiciste posible que yo lograra felizmente una de mis más anheladas metas.

Le doy gracias a DIOS por haberme dado la oportunidad de conocerte y porque en ambos sembró la semilla de la AMISTAD, la cual con nuestros actos hemos cuidado y cultivado poco a poco, hasta convertirla en UNA VERDADERA Y SINCERA AMISTAD.

¡ GRACIAS POR SER COMO ERES !

A MI ASESOR DE TESIS

LICENCIADO PABLO ALVAREZ FERNANDEZ

Quien más que como catadrático, como profesionis
ta que es, me orientó en el desempeño de mi tra-
bajo recepional, me brindó la confianza para de
sarrollar el tema que presento, y sobre todo por
que tuvo la paciencia para aconsejarme y sugerir
me los puntos que han dado origen a la presente-
TESIS, la que estará sujeta a la honorable consi
deración del distinguido Jurado que me ha sido -
designado:

! MI MAS SINCERO AGRADECIMIENTO !

MI MAS SINCERO AGRADECIMIENTO A:

LICENCIADO FRANCISCO CADENAS ISLAS

Ex-catedrático de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales "Campus" Aragón, actualmente Abogado de la Escuela Nacional Preparatoria número 4 - de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Porque desinteresadamente participó en el desarrollo de mi tema de Tesis, provayéndome de consejos y opiniones derivados de su experiencia en el litigio y en su actividad docente.

A MI INOLVIDABLE ESCUELA:

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

" CAMPUS " ARAGON

Porque durante mucho tiempo fue mi segundo hogar y en -
sus salones de clase, viví una de las etapas más felices
de mi existencia.

I G R A C I A S I

AL HONORABLE JURADO:

Por las atenciones que me brindaron para la terminación-
del presente trabajo, y un especial reconocimiento por -
formar parte DEL JOVEN PROFESORADO de la Escuela Nacio -
nal de Estudios Profesionales " Campus " Aragón.

I G R A C I A S I

A TODOS Y CADA UNO DE MIS MAESTROS Y
MUY QUERIDOS CATEDRATICOS DE LA ES -
CUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIO-
NALES " CAMPUS " A R A G O N .

De quienes para siempre
tendré presentes sus sabios consejos,
lo amano de su cátedra,
y la huella imborrable del
CONOCIMIENTO JURIDICO.

I G R A C I A S I

A MIS QUERIDOS HERMANOS

C. JAVIER



Para Tí que te fuiste y en el camino te adelantaste pa-
ra llegar primero al Cielo, sólo Tú podrás verme desde
el infinito y un día juntos estaremos para siempre:

Pero mientras esto sucede, protéjeme de todos los peli-
gros, guía mis pasos por el camino del bien y sálvame-
de caer en el abismo, y desde donde te encuentres, que
yo se que es en el Cielo, gozando de la Vida Eterna, -
pide para tu familia, la bendición divina que ilumine-
nuestras vidas y que DIOS a Tí también te bendiga.

¡ DESCANSA EN PAZ !

C. JOSE ANTONIO y su esposa BERTHA VALENCIA LUNA: quienes siempre -
han confiado en mis conocimientos y han brindado un -
respeto a mi persona, a mi pensamiento y a mi forma de
vivir, y sobre todo por el apoyo moral con el que me -
alentaron para la culminación de mi trabajo recepcio -
nal. Y TAMBIEN POR SER UNOS PADRES EXCELENTES.

C. CONCEPCION: Por el ánimo que me dió para continuar trabajando, -
hasta alcanzar mi meta más anhelada.

LIC. MONICA CAROLINA: Con mis mejores deseos de que continúes supe-
rándote Profesionalmente.

EDUCAD A LOS NIÑOS
Y NO TENDREIS NECESIDAD
DE CASTIGAR A LOS HOMBRES

CON AMOR PARA MIS SOBRINOS

LORENA
JESUS OROPEZA
ALBERTO
GLORIA IVONNE
MARTHA RUBI
ELIZABETH
DARIEL JAVIER
ALEJANDRA
JORGE ELLIUD
LUIS OCTAVIO
MARIA FERNANDA

Deseándoles de todo corazón que -
continuen sus estudios hasta que-
logren una carrera profesional.
Yo sé que esto no es nada fácil,-
pero recuerden:
! SI USTEDES QUIEREN, PUEDEN HACERLO !

C. JOSE LUIS OROPEZA JINERA: Porque ante los momentos más difíciles de tu vida y la adversidad que un destino incierto te ha deparado, has demostrado ser tan hombre como el que más, por tu esfuerzo para salir adelante con tus tres hijos, y porque has demostrado tener más cordura que el inteligente y más paciencia que el sabio y sobre todo por la capacidad de perdonar a quien en más de una ocasión te ha dañado, te hago esta especial dedicación para que sigas dando lo que un buen padre tiene dentro de sí, continúa apoyando a los niños, motivándoles para que sigan estudiando, haciéndoles entender que en la Vida tienen que superarse profesionalmente.

! TE DESEO DE TODO CORAZON QUE DIOS -
ILUMINE TU ARDUO CAMINO !

EL CIELO NOS DESIGNA A NUESTROS FAMILIARES
Y NOS CONCEDE LA OPORTUNIDAD DE ESCOGER A-
LAS AMISTADES, QUIENES CON SU TRATO DIARIO
Y SUS EXPERIENCIAS INOLVIDABLES, NOS CONTA
GIAN SU ENTUSIASMO.

CON SUS ANECDOTAS CRECE LA VOLUNTAD DE SER
VICIO Y HUMILDAD.

DE SUS EXPERIENCIAS, SURGEN ENSEÑANZAS.
Y DE SUS PLATICAS SE PERCIBE AMOR A LA VI-
DA, AMOR A DIOS.

CON CARINO Y RESPETO

P A R A

LICENCIADO SANTIAGO FLORES CUEVAS Y SU DISTINGUIDA ESPOSA

SRA. CELIA GILES GOMEZ DE FLORES

FAMILIA MORENO FLORES

FAMILIA FLORES GARCIA

FAMILIA GARCIA TREJO

FAMILIA RUBI GALLOSO

FAMILIA RUBI CARCAÑO

A quienes la vida me ha dado oportunidad
de conocerles, DEDICO esta página por las
atenciones y el apoyo con que me han dis-
tinguido.

" LA AMISTAD ES EL TESORO MAS
GRANDE Y VALIOSO QUE NOS DA LA VIDA,
Y NUESTRA OBLIGACION ES CULTIVARLA -
Y CUIDARLA PARA QUE DIA A DIA CREZCA
COMO UNA BELLA F L C R "

! GRACIAS POR SU AMISTAD !

A

LIC. MARCO ANTONIO RAMIREZ CABRERA
LIC. JUAN MANUEL SILVA DORANTES
LIC. JAIME JUAREZ Y CERVANTES
DR. JOSE ANTONIO PALACIOS R.
DR. LINO AMOR CALLEJA
LIC. MIGUEL ANGEL ROSAS NASSAR
LIC. HADACELI CONSUELO MONTIEL ESQUEDA
LIC. ALFREDO VERTIZ FLORES
LIC. ANA MARIA MARCELA GARCIA REYES
F R A Y ULISES FELICIANO C.A.R.
LIC. LUISA GARFIAS GOMEZ
SRA. FELIPA GOMEZ PINON
LIC. ROGELIO TORRES DAVILA
LIC. JORGE ESTRADA P.
LIC. SAMUEL OLMEDO CANCHOLA
LIC. CESAR SANDOVAL LOPEZ
SR. ANGEL NOVOA REYES
SRA. ROSARIO NARANJO CALZADA
SR. SALVADOR FUENTES MOLINA
LIC. CONSUELO NOEMI JIMENEZ CRUZ
LIC. HUGO ROLON PONCE
LIC. FLOR DE MARIA AGUILAR ALFARO
LIC. BLANCA CORTES CABRERA
LIC. CARLOS PANTOJA LOPEZ
LIC. GUILLERMO SANCHEZ GONZALEZ
LIC. JOSE LUIS LUNA VALDOVINOS
LIC. ANTONIO MARTINEZ MARTINEZ
LIC. JORGE SERNA GONZALEZ
LIC. MARIO VALDES ESCOBAR
LIC. HECTOR CISNEROS
FAMILIA VELAZQUEZ OSNAYA
SR. ALEJANDRO BOURGUET Y FAMILIA
SR. ALFREDO REYES MALDONADO
LIC. LUIS NICOLIN
LIC. MARIA DE LOURDES PACHECO GARCIA
LIC. JOSE GUSTAVO RIVERA GARCIA

I N D I C E

PROPUESTA PARA QUE EL CONYUGE CULPABLE RECUPERE
LA PATRIA POTESTAD SOBRE SUS HIJOS, EN CASO DE
MUERTE DEL CONYUGE INOCENTE, SIEMPRE Y CUANDO
LO QUE MOTIVO SU PERDIDA NO SEA UNA CAUSA GRAVE

	PAG.
I N T R O D U C C I O N ,	1
CAPITULO PRIMERO. <u>FUENTES DEL DERECHO FAMILIAR</u>	3
1.1 CONCEPTOS GENERALES	6
1.2 EL PARENTESCO EN GENERAL.	8
1.2.1 EL PARENTESCO.	8
1.2.1.1 PARENTESCO CONSANGUINEO	10
1.2.1.2 PARENTESCO POR AFINIDAD	14
1.2.1.3 PARENTESCO POR ADOPCION	17
1.3 EL MATRIMONIO	20
1.4 CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL PARENTESCO CONSANGUINEO	22
1.5 ALIMENTOS	24
CAPITULO SEGUNDO. <u>MATRIMONIO Y DIVORCIO</u>	
2.1 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.	34
2.2 ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.	41
2.3 IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO	51
2.4 NULIDAD DEL MATRIMONIO.	54
2.5 EFECTOS DEL MATRIMONIO.	57

	PAG.
2.6 SISTEMAS DE DIVORCIO.	77
2.6.1 DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO ADMINISTRATIVO . . .	83
2.6.2 DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL	84
2.6.3 DIVORCIO NECESARIO JUDICIAL.	93

CAPITULO TERCERO. EFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO A
LA PATRIA POTESTAD

3.1 CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD	108
3.2 CASOS DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE ACUERDO A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	120
3.2.1 FRACCION I	121
3.2.2 FRACCION II.	121
3.2.3 FRACCION III	126
3.2.4 FRACCION IV.	136
3.3 SITUACION JURIDICA EN QUE QUEDAN LOS HIJOS A LA MUERTE DEL CONYUGE INOCENTE.	138
3.4 DERECHO A EJERCER LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS A LA MUERTE DEL CONYUGE INOCENTE.	139

CAPITULO CUARTO. PROPUESTA PARA ADICIONAR LA FRAC-
CION V DEL ARTICULO 444 DEL CODI-
GO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL 144

4.1 CASOS EN QUE SI SE COMPROBO QUE LA PATRIA POTESTAD SE PERDIO PORQUE SE COMPROMETIO LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS	145
4.2 SUPUESTOS NO EXTREMOS EN QUE SE CONDENO AL CONYUGE CUL- PABLE A LA PERDIDA DE SU DERECHO DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD.	158
4.3 EFECTOS JURIDICOS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD .	179

	PAG.
4.4 PROPUESTA PARA QUE EL CONYUGE CULPABLE RECUPERE LA PATRIA POTESTAD SOBRE SUS HIJOS, EN CASO DE MUERTE DEL CONYUGE INOCENTE, SIEMPRE Y CUANDO LO QUE MOTIVO SU PERDIDA NO SEA UNA CAUSA GRAVE.	180
C O N C L U S I O N E S.	182
B I B L I O G R A F I A.	191

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

La materia del derecho familiar, siempre y en todo momento me ha llamado la atención, toda vez que la familia es la base principal de la sociedad, porque se compone de padres, hijos, -- ascendientes y descendientes, quienes en conjunto conforman la sociedad mencionada en líneas anteriores.

Para entender el derecho de familia es necesario conocer sus fuentes, que son el matrimonio, la procreación, el parentesco, la filiación, el divorcio entre otras, las cuales son motivo de estudio detallado en el presente trabajo de investigación.

De la relación entre padres e hijos, surge la figura jurídica denominada "Patria Potestad", la que, en especial, ha despertado mi interés en la realización de esta tesis, tomando en consideración que ésta constituye el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidas por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en juicio.

No obstante de que los padres tienen la obligación de cuidar y gobernar a sus hijos proporcionándoles buena educación, alimentación y ejemplos, hay quienes no toman en consideración esta situación y en lugar de cumplir con la obligación que les imponen las leyes, se desobligan por completo de sus hijos y solamente les interesa divertirse, tienen malos hábitos, lo que se traduce en conductas depravadas, y con esto les dan mal ejemplo a sus hijos, provocándoles en algunos casos hasta trastornos mentales.

La experiencia en el litigio nos ha enseñado que es el juez quien va a determinar cual de los padres es el que se encargará de la guarda y custodia definitiva de los menores, y en especiales circunstancias llega al extremo de condenar a uno de los cónyuges a la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, pero no siempre al cónyuge que se le condenó a la pérdida de ese derecho, es el verdaderamente responsable, sino que en muchas ocasiones se actúa injustamente, puesto que a mi leal saber y entender, la guarda y custodia de los menores, así como el ejercicio de la patria potestad, en la extensión de la palabra, debe quedar en beneficio del cónyuge que acredite fehacientemente ser responsable y que puede darles una buena educación, alimentación y ejemplos a sus hijos, pero a pesar de ello, los juzgadores actuando en forma parcial, no valoran debidamente las pruebas ofrecidas por las partes, y conceden el ejercicio de ese derecho a la persona o progenitor menos asecuado.

En el presente trabajo de investigación, haremos un análisis detallado de las causales de divorcio previstas por el artículo 267 del Código Civil, así como de las causales de pérdida de la patria potestad contempladas en el numeral 444 del Código en comento, para determinar cuales consideramos graves y cuales estimamos que no son graves y en que momento el cónyuge culpable puede recuperar el ejercicio de la patria potestad a la muerte del cónyuge inocente.

CAPITULO PRIMERO

FUENTES DEL DERECHO FAMILIAR

Para iniciar el estudio de mi tema debemos conocer la naturaleza del estado de familia, por lo que es necesario estudiar - las fuentes para conocer sus orígenes y extinción; también lo relativo al estado y capacidad de las personas; por último, los efectos que éste produce.

El estado de familia constituye una situación jurídica - que se determina por la relación que las mismas personas guardan - dentro de su propia familia.

Las fuentes del estado de familia son:

a) El matrimonio. Las consecuencias jurídicas son muy importantes para la constitución de la familia y genera deberes, derechos y obligaciones especiales entre los cónyuges, como se verá al tratar el matrimonio en especial.

Como lo señala Manuel F. Chávez Asencio en su texto La Fa

milia en el Derecho y Relaciones Jurídicas Familiares ". . .el matrimonio crea un estado civil originado por un acto jurídico en el que intervienen los cónyuges y al generar el parentesco por afinidad constituye un estado familiar con escasas relaciones jurídicas." (1)

b) "La nulidad. La nulidad de matrimonio lo deja sin efectos y convierte a los cónyuges en solteros, sin perjuicio de los hijos que conservan la calidad de hijos de matrimonio, (Art. 256, C.C.)." (2)

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

Tanto el legislador como los Tribunales se han ocupado de atenuar las consecuencias de los vicios del consentimiento, y frente a alguna condición incumplida, mantienen el matrimonio, ya sea rehusándose a reconocer la nulidad como sanción de inobservancia de ciertas condiciones, ya sea derogando los efectos de la nulidad.

Nos encontramos así en derecho en presencia de un régimen dominado por la preocupación de mantener la estabilidad del matrimonio en interés de los cónyuges y de los hijos, y evitar la desaparición radical y retroactiva de una situación jurídica que no es posible borrar.

(1) Chávez Asencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1990, p. 263.

(2) idem.

c) El divorcio. El divorcio engendra un estado civil especial entre divorciados, origina restricciones a sus respectivas capacidades para contraer nuevo matrimonio y produce, además, otras consecuencias en cuanto a la patria potestad y custodia del hijo. En cuanto a los hijos el divorcio tiene dos consecuencias importantes, una durante la tramitación del juicio, y la segunda después al disolverse el vínculo para determinar a cargo de quien deben quedar los hijos.

d) "El concubinato. En nuestro derecho puede considerarse como una fuente restringida del estado civil, lo mismo que la madre soltera. Entre concubenarios, aún cuando hay consecuencias de derecho, su relación no genera un estado de familia, solo existe relación con los hijos. En la madre soltera, también la relación es solo con los hijos.

En el concubinato y con relación a los concubenarios está el derecho de heredar y el de exigir daños y perjuicios en caso y con las condiciones que el derecho fija.

e) La procreación. Como hecho jurídico genera la filiación que se relaciona con el parentesco, pero independientemente del parentesco, este hecho atribuye a una persona la calidad de soltero, hasta que por virtud del matrimonio cambia su estado familiar. Es decir la procreación genera para todos los nacidos el estado familiar de solteros.

f) La muerte. Por último este acontecimiento transforma en viudo al casado, constituyendo otro estado familiar." (3)

(3) Chávez Asencio, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, p. 264.

1.1 CONCEPTOS GENERALES

El derecho de familia trata de lo más íntimo del ser humano, de sus relaciones conyugales y de sus relaciones familiares. Toca valores éticos, morales y jurídicos en una combinación en que no se pueden excluir unos ni otros, debiendo buscarse su armonización.

En el derecho de familia se debe de buscar la reglamentación de los derechos, deberes y obligaciones, para el crecimiento de los cónyuges y los hijos y solo esté presente la fuerza y la coacción como necesaria y supletoria.

Nos dice Antonio de Ibarrola que ". . . procede la palabra familia del grupo de los famulli (del osco famel), según unos femes según otros, y según entender de Taparelli y de Greff, de fames, hambre. Famolus son los que moran con el señor de la casa, y según anota Breal, en osco faamat significa habita, tal vez del Sánscrito vama, hogar, habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposiciones a los rurales (servi), llamado pues familia y famulia al conjunto de todos ellos." (4)

Bonniecasse define al derecho de familia como: ". . . el conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio, o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia. . ." (5)

(4) De Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, 4a. ed., México, Ed. - Porrúa, S.A., 1993, p. 2.

(5) Bonniecasse Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, (tr.) y - (comp.) Enrique Figueroa Alfonso, México, Ed. Harla, S.A. de C.V., - 1993, p. 224.

Rafael de Pina llama derecho de familia ". . . a aquélla- parte del derecho civil que regula la constitución del organismo fa- miliar y las relaciones entre sus miembros." (6)

Fernando Flores Gómez González define a la familia como:- ". . . todas aquéllas personas unidas por el parentesco (consangui- nidad, afinidad, civil) que se extiende a diversos grados y genera- ciones. . ." (7)

El Doctor Galindo Garfias señala: " La familia es el con- junto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden- de un progenitor o tronco común, sus fuentes son el matrimonio, la- filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adop - ción (filiación civil). . . Esta relación conyugal, paterno fi- lial, y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemen- te de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes de ese grupo familiar, de diverso orden e intensidad (sentimentales, - morales, jurídicos, y de auxilio o ayuda recíproca) que no permane- cen ajenos al derecho objetivo, sino por el contrario, éste afian - za, reafirma y consolida, atribuyendo a dichos vínculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y, derechos, que manifiestan - su naturaleza especial y presentan caracteres fundamentalmente dis- tintos en muchos aspectos, de cualesquiera otras relaciones jurídi- cas." (8)

(6) De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introduc - ción-Personas-Familia, vol. I, México, ed. Rafael de Pina Vara, Ed. Porrúa, S.A., 1992, p. 300.

(7) Flores Gómez González Fernando, Introducción al Estudio del De- recho y Derecho Civil, prol. Felipe López Rosado, 2a. ed., México, - Ed. Porrúa, S.A., 1978, p. 75.

(8) Galindo Garfias Ignacio, Dr., Derecho Civil, Primer Curso, Par- te General, Personas-Familia, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., - 1994, p. 447-448.

El derecho de familia se divide en:

" a) Todo lo relativo al matrimonio, sin el cual la familia no puede existir.

b) El parentesco que, . . . requiere del estudio de los derechos y obligaciones de las personas por él unidas;

c) La filiación, y los deberes de los padres para con sus hijos y de éstos para con aquéllos;

d) El . . . cuidado que debe tener la comunidad para con la niñez, muy especialmente la que se encuentra desvalida, dentro o fuera de un hogar. . .

e) El cuidado y administración de los bienes de los cónyuges, destinados por ley al sostenimiento de la familia y a la adecuada educación de los hijos. . ." (9)

1.2 EL PARENTESCO EN GENERAL

1.2.1 EL PARENTESCO

" El parentesco significa vínculo jurídico entre personas dentro de la familia. . ." (10)

Para Antonio de Ibarrola " Se llama parentesco al lazo -- existente entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la ley civil o canónica por analogía con los anteriores; o dicho de otro modo, lazo permanente que existe -

(9) De Ibarrola, op. cit., p. 21-22.

(10) Chávez Asencio, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, p. 259.

entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con éste - se halla reconocido por la ley. . ." (11)

Para Manuel F. Chávez Asencio, " El parentesco significa- un vínculo jurídico entre personas dentro de la familia. La natura- leza varía según sea el parentesco por consanguinidad, por afinidad o el civil (adopción). El parentesco se genera por hechos humanos que tienen consecuencias jurídicas, como acontece con el parentesco consanguíneo, pero también se genera por actos jurídicos, como suce- de con el parentesco por afinidad que nace del matrimonio y el pa- rentesco civil que se genera por la adopción como acto jurídico ."

(12)

El licenciado Juan Antonio González, entiende el parente- sco como: ". . . la relación jurídica que se establece entre perso- nas que descienden de un progenitor común, es decir, por generación o bien por lazo matrimonial o, finalmente, por virtud de la adop- ción." (13)

El maestro Peniche López dice que: " Se da el nombre de - parentesco al vínculo o relación que existe entre personas que - - descienden unas de otras o de un progenitor común o por el que se - encuentran ligados por disposición expresa de la ley." (14)

(11) De Ibarrola, op. cit., p. 119.

(12) Chávez Asencio, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Famí- liares, p. 249.

(13) González Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, 7a. ed., Mé- xico, Ed. Trillas, S.A. de C.V., 1990, p. 73-74.

(14) Peniche López Edgardo, Introducción al Derecho y Lecciones de- Derecho Civil, 19a. ed., México, 1985, p. 121.

El artículo 292 del Código Civil estipula que: " La ley - no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil."

Los tipos de parentesco mencionados en el artículo que an tecede, serán desarrollados enseguida.

1.2.1.1 PARENTESCO CONSANGUINEO

La calidad de pariente consanguíneo existe, tanto en la - familia que se origina por el matrimonio, como la que se origina - por el concubinato o con la madre soltera.

Juan Antonio González dice que el parentesco por consan - guinidad ". . . surge por lazos de sangre, y es el que existe entre personas que descienden de un tronco común, esto es, de progenito - res comunes." (15)

Moto Salazar entiende al parentesco por consanguinidad, - como ". . .el que existe entre personas que tienen la misma sangre, por descender de un progenitor común. Por ejemplo, el que se esta - blece entre padres e hijos, tíos, sobrinos, hermanos entre sí, etcé - tera." (16)

Nuestro actual Código Civil en su artículo 293, establece que: " El parentesco de consanguinidad es el que existe entre las - personas que descienden de un mismo progenitor."

Es decir, son los vínculos que se originan entre ascen -

(15) González Juan Antonio, op. cit., p. 74.

(16) Moto Salazar Efraín, Elementos de Derecho Civil, 38a. ed., Mé - xico, Ed. Porrúa, S.A., 1992, p. 162.

dientes y descendientes, que viene siendo el parentesco en línea recta, y también los que se originan entre aquéllos que, sin descender unos de otros, reconocen un antepasado común, que constituye el parentesco consanguíneo en línea colateral.

" El matrimonio. . . viene a crear. . . el alcance y naturaleza de todos los parientes que se encuentran vinculados con cada uno de los miembros de la pareja, la que se proyecta en su descendencia a través de la calidad de hijos, nietos, bisnietos.

El parentesco que se origina del concubinato o de la madre soltera es consanguíneo pero se crea exclusivamente por los lazos de filiación, a efecto de referir a una determinada persona con sus ascendientes, descendientes y colaterales. Aquí no interviene el vínculo matrimonial, y, por lo tanto, la calidad de pariente se origina solo con la consanguinidad. En esta situación es fácil de comprobar el vínculo de la madre con el hijo, pero en cuanto al presunto padre y su familia no existe, por la naturaleza de la procreación, una prueba directa en relación al supuesto hijo." (17)

El artículo 296 del Código Civil determina que " Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco."

Por su parte el numeral 297, establece que " La línea es-
recta o transversal: La recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común."

(17) Chávez Asencio, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, p. 250.

Artículo 298 " La línea recta es ascendente o descendente; ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende."

Artículo 299 " En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor", por ejemplo hijos, nietos, bisnietos, etcétera.

Artículo 300 " En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común."

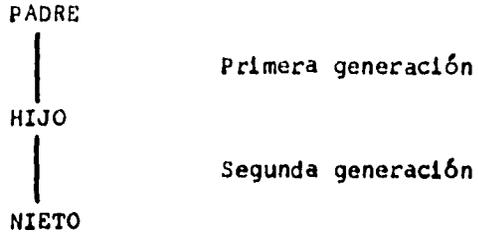
" La línea transversal o colateral, puede representarse por un ángulo. En el vértice está el tronco y de cada una de las dos líneas parten los diferentes parientes. Esta línea puede ser igual o desigual, según que los parientes se encuentren en el mismo grado o en grados distintos. Por ejemplo los hermanos se encuentran en parentesco colateral igual de segundo grado, los primos hermanos se encuentran colocados en un parentesco transversal igual de cuarto grado, en cambio, los tíos, en relación con los sobrinos se encuentran en un parentesco colateral desigual de tercer grado." (18)

Lo anterior, se explica mejor en la siguiente representación gráfica:

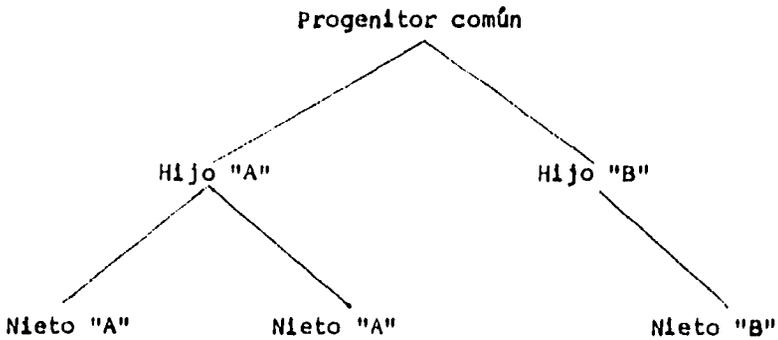
(18) Chávez Asencio, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, p. 251.

REPRESENTACION GRAFICA

a) Línea recta



b) Línea colateral



Para contar el parentesco entre los nietos A y B se inicia por una línea y se desciende por la otra: Nieto A, Hijo A, Progenitor común, Hijo B, Nieto B, cinco personas, cuatro generaciones: igual a cuarto grado." (19)

(19) Baqueiro Rojas Edgar y Rosalía Buenrostro Báez, Derecho de Familia y Sucesiones, México, Ed. Harla, S.A. de C.V., 1990, p. 21.

1.2.1.2 PARENTESCO POR AFINIDAD

" . . . el parentesco por afinidad, surge respecto de personas no parientes, que llegan a unirse a la familia en virtud de un matrimonio. Son nuestros famosos parientes políticos. Los in-laws del derecho anglosajón. . . " la afinidad surge del matrimonio válido, incluso no consumado, y se dá entre el varón y los consanguíneos de la mujer, e igualmente entre la mujer y los consanguíneos del varón. . . " , la joven que contrae matrimonio se convierte en hija por afinidad del padre y de la madre de su esposo, en hermana de sus hermanos, y sobrina de sus tíos, . . . Recíprocamente todos estos se convierten en padre, madre, hermanos, tíos por afinidad. . ." (20)

" El parentesco por afinidad nace siempre del matrimonio. Disuelto este, no se extingue. . .El concubinato no engendra parentesco alguno conforme a derecho. Por ende el matrimonio es posible en derecho civil entre dos personas aún cuando alguna de ellas hubiere tenido con anterioridad relaciones ilícitas con un ascendiente de la otra y aún cuando hubieren tenido en ellas hijos. . ." (21)

Juan Antonio González, dice que el parentesco por afinidad, ". . .nace en virtud del matrimonio, y se establece entre el marido y los parientes de la esposa y entre ésta y los parientes de aquél. Al marido y a la mujer, se les considera el tronco de la familia." (22)

(20) De Ibarrola, op. cit., p. 126.

(21) idem.

(22)González Juan Antonio, op. cit., p. 74

Moto Salazar dice que el parentesco por afinidad o político ". . . es el que se contrae por el matrimonio, entre el esposo y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del esposo. Ejemplo, los cuñados." (23)

El artículo 294 del Código Civil establece que: " El parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón."

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA AFINIDAD

" . . . Etimológicamente significa una relación de proximidad, de vecindad. En este sentido se empleo en el derecho romano. Mientras que en el derecho de personas y de familia entró como término técnico para determinar la relación de un esposo con los consanguíneos de otro, relación fundada en un matrimonio jurídicamente válido por el cual nacía y terminaba aunque persistiera como impedimento. " (24)

EFFECTOS DEL PARENTESCO POR AFINIDAD

" a) El parentesco por afinidad no da derecho a heredar.-
(artículo 1603, C.C.)

b) Crea el impedimento para contraer matrimonio entre -

(23) Moto Salazar, op. cit., p. 74.

(24) De Ibarrola, op. cit., p. 127.

afines en la línea recta sin limitación de grados. (art. 155, frac. IV, C.C.)

c) El derecho de los alimentos solo es entre cónyuges.

d) También podemos encontrar algunas limitaciones o impedimentos. La ley del Notariado impide al notario rehusar a ejercer sus funciones cuando intervengan parientes consanguíneos o afines - en línea recta sin limitación de grado.

e) El Código de Procedimientos Civiles también observa limitaciones tomando en cuenta esta afinidad, así el artículo 363 señala que debe hacerse constar, además del nombre y la edad, el estado, domicilio, ocupación, si es pariente por consanguinidad o afinidad y en que grado de alguno de los litigantes.". (25)

Manuel F. Chávez Asencio, en su obra La Familia en el Derecho, señala que ". . . en el Código Civil no se expresa que este impedimento termine con la disolución del matrimonio (vía divorcio o vía nulidad) o con la muerte de alguno de los consortes. Por el - contrario los artículos 156, Fracción IV, 242 y 1603 de este ordenamiento legal, establecen el supuesto de la permanencia de este pa - rentesco, como impedimento para nuevo matrimonio, al disponer el segundo que la acción de nulidad la puede ejercer cualquiera de los - cónyuges, los ascendientes y el Ministerio Público, lo que significa que éste impedimento continúa después de disuelto el matrimonio, y el último de los artículos, al disponer que la afinidad no da derecho a heredar, supone la continuación del parentesco por afinidad después de la muerte de uno de los cónyuges. Por lo tanto, estimo -

(25) Chávez Asencio, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Famliliares, p. 255.

que la afinidad continúa mientras viva alguno de los exconsortes."-
(26)

1.2.1.3 PARENTESCO POR ADOPCION

Juan Antonio González, define el parentesco por adopción- como ". . . el producido por la adopción, y que liga al adoptante - con el adoptado." (27)

El artículo 295 del Código Civil, establece que: " El pa- rentesco civil es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado."

". . . En nuestro derecho el parentesco de adopción no ex cluye los vínculos de consanguinidad, de tal manera que el adoptado mantiene las mismas relaciones jurídicas que aquéllos vínculos ~~crea~~ crean respecto de sus ascendientes, descendientes colaterales con - los derechos y obligaciones respectivas, salvo en relación a la pa- tria potestad en que sí opera la transferencia de los padres o abue- los del adoptado al adoptante, " salvo que en su caso esté casado - con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se - - ejercerá por ambos cónyuges" (artículo 403, C.C.). . . El lazo jurí- co de la adopción crea exclusivamente relaciones jurídicas entre el adoptante y el adoptado, según previene el artículo 402, C.C., ex- cepto en lo relativo a los impedimentos para contraer matrimonio."-
(28)

El artículo 390 del Código Civil a la letra señala: " El-

(27) González Juan Antonio, op. cit., p. 74.

(28) Chávez Asencio, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Fami- liares, p. 255

mayor de 25 años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus de rechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún - cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga dieci siete años más que el adoptado y que acredite además:

I.- Que tiene medios bastantes para proveer a la subsis - tencia y educación del menor o al cuidado o subsistencia del incapa - citado, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar.

II.- Que la adopción es benéfica para la persona que tra - ta de adoptarse; y

III.- Que el adoptante es de buenas costumbres."

Por su parte, el artículo 391 del Código Civil establece - que: " El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén - conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque solo uno de - los cónyuges cumpla el requisito de la edad a que se refiere el ar - tículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre - cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años - cuando menos."

Así, el numeral 394 señala lo siguiente: " El menor o in - capacitado que hayan sido adoptados, podrán impugnar la adopción - dentro del año siguiente a la mayor edad o a la fecha en que haya - desaparecido la incapacidad."

El artículo 395 del Código Civil señala que: "El que adop - ta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos - derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la perso - na y bienes de los hijos. . . El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciendose las anotaciones correspondientes-

en el acta de adopción."

También el artículo 396 determina que: " El adoptante tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo."

Artículo 397 del Código Civil. " Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

I.- El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;

II.- El tutor del que se va a adoptar.

III.- La persona que haya acogido durante seis meses en que se pretende adoptar y lo trate como a hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor.

IV.- El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hijo.

Si el menor que se va a adoptar tiene más de catorce años también se necesita su consentimiento para la adopción."

Artículo 398. " Si el tutor o el Ministerio Público no consienten en la adopción, deberán expresar la causa en que se funden, la que el juez calificará tomando en cuenta los intereses del menor o su incapacidad."

Artículo 399. " El procedimiento para hacer la adopción será fijado en el Código de Procedimientos Civiles."

Artículo 400. " Tan luego como cause ejecutoria la resolución judicial que se dicte autorizando una adopción, quedará ésta consumada."

Artículo 401 del Código Civil. " El juez que apruebe la - adopción remitirá copias de las diligencias respectivas al Juez del Registro Civil del lugar para que levante el acta correspondiente."

1.3 EL MATRIMONIO

El matrimonio constituye la primera fuente del derecho de familia ". . . Las consecuencias jurídicas son muy importantes para la constitución de la familia, y genera deberes, derechos y obligaciones especiales entre los cónyuges. . . a diferencia del parentesco, el matrimonio crea un estado civil originado por un acto jurídico en el que intervienen los cónyuges, y al generar el parentesco - por afinidad constituye un estado familiar con escasas relaciones - jurídicas." (29)

La palabra matrimonio, ". . . atendiendo a su significación etimológica significa carga, gravamen o cuidado de la madre; - viene de matris y munium, carga o cuidado de la madre más que la - del padre. Notemos como " matrimonio " quiere decir tanto en romance como oficio de madre." (30)

Fernando Flores Gómez González; define al matrimonio como: ". . . un contrato bilateral solemne, por el que se unen dos - personas de sexo diferente para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente." (31)

(29) Chávez Asencio, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, p. 263.

(30) De Ibarrola, op. cit., p. 149-150

(31) Flores Gómez González, op. cit., p. 77.

Rafael de Pina define al matrimonio como ". . . un acto - bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos perso - nas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la si - tuación voluntariamente aceptada por los contrayentes. La palabra - matrimonio significa también la comunidad formada por el marido y - la mujer." (32)

Para Edgardo Peniche, el matrimonio " Es un contrato ci - vil celebrado entre personas de sexo opuesto, es decir, entre un so - lo hombre y una sola mujer, para ayudarse en la lucha por la exis - tencia y reproducción." (33)

Para Efraín Moto Salazar, el matrimonio " Es un contrato - solemne por el que se unen dos personas de sexo diferente, con la - doble finalidad de procrear una familia y ayudarse a soportar las - cargas de la vida." (34)

". . . Es el matrimonio la base fundamental de la familia el centro de la misma, y las demás instituciones que integran el de - recho de familia, no son más que consecuencias o complementos de -- aquél. Por esta razón el matrimonio es un instituto jurídico, pero - acaso de mayor importancia para todas las demás instituciones del - derecho privado, porque forma o constituye el fundamento de la so - ciedad civil, y representa a su vez la completa comunidad de vida - de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el de - recho. . ." (35)

(32) De Pina, op. cit., p. 314.

(33) Peniche López, op. cit., p. 106.

(34) Moto Salazar, op. cit., p. 168.

(35) De Ibarrola, op. cit., p. 149.

1.4 CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL PARENTESCO CONSANGUINEO

Principalmente nos avocaremos al estudio del parentesco - consanguíneo, dada su naturaleza ya que otorga derechos, crea obligaciones, y entraña incapacidades

" DERECHOS

a) Tienen derecho los parientes vivos, en determinados casos, de adueñarse de los bienes del que haya muerto. Esto se llama derecho a suceder;

b) En virtud de la patria potestad los padres tienen de recho sobre la persona y los bienes de los hijos.

c) Los padres tienen derecho a obtener alimentos, cuando se hallan necesitados.

OBLIGACIONES

a) Los padres tienen la obligación de educar a sus hijos dándoles alimentos, impartiendoles vigilancia y educación, elevándolos también mediante la instrucción.

b) Los descendientes deben respetar y venerar a sus - - ascendientes.

c) Los padres tienen la obligación de proporcionar alimentos a sus hijos en términos de ley.

d) Los parientes tienen la obligación de alimentar a - otros más necesitados, y a desempeñar el cargo de tutor en su caso, de otro pariente durante su menor edad o mientras dure el estado de interdicción.

INCAPACIDADES

a) La más grave de todas ellas es aquella que imposibi-

lita a un pariente a casarse con otro que lo es en grado próximo.

b) Los parientes de un Notario están imposibilitados para heredar al testador " por presunción de influjo contrario a la verdad o integridad del testamento ", así como los testigos que intervinieron en él, y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos. (artículo 1324).

c) Los parientes del médico que hubiere asistido al testador durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria, " son incapaces de heredar por testamento por presunción contraria a la voluntad del testador " a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos. (artículo 1323).

La presunción que inhabilita a los parientes en el caso - de este inciso y del anterior, proviene de una presunción iuris et de iure, no admite prueba en contrario.

d) Conforme al artículo 35 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal " queda prohibido a los Notarios: III.- Actuar . . . en caso de que intervengan por sí o en representación de tercera persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grados, los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, y los afines en la colateral hasta el segundo grado; IV.- Ejercer sus funciones si el acto o el hecho interesan al Notario, a su cónyuge o a alguno de sus parientes en los grados que expresa la fracción inmediata anterior . . . "

e) En numerosas leyes se prohíbe al funcionario actuar en negocios en los que intervienen los parientes como por ejemplo penal, administrativo, civil.

f) En materia penal el artículo 192 del Código de Procedimientos Penales establece que: " No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado, ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero, inclusive. . ." (36)

Los efectos del parentesco que quedaron determinados con anterioridad, se producen en la actualidad únicamente hasta el cuarto grado.

1.5 ALIMENTOS

" Nos viene la palabra del latín alimentum, ab alere, alimentar, nutrir. en sentido recto, significa las cosas que sirven para sustentar el cuerpo, y en el lenguaje jurídico se usa para asignar lo que se dá a una persona para atender a su subsistencia. . ." (37)

Para Chávez Asencio, " Los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco, también son consecuencias del matrimonio y del concubinato." (38)

El Doctor Galindo Garfias entiende a los alimentos como:-
". . . lo que el hombre necesita para su nutrición. Este concepto simplemente biológico se limita a expresar aquéello que nos nutre. . ." (39)

(36) De Ibarrola, op. cit., p. 124-125

(37) De Ibarrola, op. cit., p. 131.

(38) Chávez Asencio, op. cit., p. 448.

(39) Galindo Garfias, op. cit., p. 478.

Rojina Villegas dice que " Podemos definir el derecho de alimentos diciendo que es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos." (40)

Según lo dispuesto por el artículo 308 del Código Civil,- " Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además los gastos necesarios para la alimentación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales."

El anterior artículo se relaciona con el 164, el cual establece: " Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar."

(40) Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, T. II, 7a. ed. México, Ed. Porrúa, S.A., 1987, p. 165.

También puede considerarse dentro de los alimentos, los gastos funerarios del alimentado, situación prevista en el artículo 1909 del Código Civil que determina: " Los gastos funerarios proporcionados a la condición de la persona y a los usos de la localidad, deberán ser satisfechos al que los haga aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquéllos que hubieren tenido la obligación de alimentarlo en vida."

Se excluye de la obligación de dar alimentos, " la de proveer de capital para los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubieren dedicado " (art. 314). Pero la pensión alimenticia no limita solo a lo indispensable para el acreedor alimentario , sino a lo necesario para que éste viva y tenga lo suficiente, según su situación económica en la que está acostumbrado y se encuentra su familia. Es decir, prohibiéndose " gastos de lujo " no debe limitarse la pensión alimenticia a lo indispensable para la subsistencia del acreedor." (41)

CLASIFICACION. Los alimentos se clasifican en provisionales y ordinarios, debiendo entenderse que ni unos ni otros son fijos, puesto que pueden modificarse en su cuantía según cambien las circunstancias en que se dieron o en las que se encuentran los acreedores alimenticios y el deudor.

a) PROVISIONALES. Son los que se fijan en caso de conflicto o se demandan provisionalmente mientras el juicio termina. Estos es necesario, no solo en el caso de divorcio, lo que está previsto en el artículo 282 del Código Civil, fracción III, sino también en

(41) Chávez Asencio, op. cit., p. 452.

cualquier demanda para el otorgamiento para una pensión alimenticia pues mientras el juicio concluye el juez debe, fijar una pensión provisional, lo que puede hacerse atento a lo dispuesto por los artículos 941 y 942 del Código Procesal, que faculta al juez de lo familiar para intervenir, inclusive de oficio, en asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos.

b) ORDINARIOS. Los alimentos ordinarios se podrían dividir en propiamente ordinarios y extraordinarios. Los primeros serían los gastos necesarios de comida, vestido, etcétera, que se erga quincenalmente o mensualmente, y los segundos podrían considerarse aquéllos que por su cuantía deben satisfacerse por separado, como por ejemplo, gastos por enfermedades graves, por operaciones o de cualquier otra emergencia que obligara al acreedor alimentario a hacer un gasto especial que, en este caso, estimo el deudor alimentario también debe afrontar. Por lo tanto, en las sentencias que se dicten en esta clase de juicios deberán comprenderse, no solamente la posibilidad de la pensión ordinaria, sino también hacer responsable al deudor, para que responda por los gastos extraordinarios debidamente comprobados.

CARACTERISTICAS. Para conocer la relación jurídica alimenticia conviene determinar sus características que son las siguientes:

Es una obligación recíproca, personalísima, e intransferible; el derecho correlativo es inembargable, imprescriptible, intransigible, no es compensable, ni renunciable; los alimentos son proporcionales, pueden ser divisibles y crean un derecho preferente; no se extinguen por el hecho de que la obligación alimentaria -

se cumpla, es variable, y debido a su importancia el juez de lo familiar puede intervenir de oficio.

RECIPROCIDAD. La obligación de dar alimentos es recíproca: " El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos " (art.-301 del C.C.). La reciprocidad consiste en que el mismo sujeto pasivo puede convertirse en activo, " pues las prestaciones correspondientes dependen de la necesidad del que deba recibirlas y de la posibilidad del que deba darlas " (art. 311 C.C.).

CARACTER PERSONALISIMO. En nuestro derecho, el carácter personalísimo de los alimentos se encuentra definido de los artículos 302 al 305 del Código Civil que a continuación se transcriben:

"Artículo 302. " Los cónyuges deben darse alimentos; la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale. Los concubinos están obligados en igual forma a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635 ".

"Artículo 303. " Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximas en grado."

"Artículo 304. " Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado."

"Artículo 305. " A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre; en defecto de éstos, en los que fueren de madre solamente, y en defecto de ellos, en los que fueren solo de padre.

Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen la obligación de proporcionar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado."

NATURALEZA INTRANSFERIBLE. La obligación alimentaria es intransferible tanto por herencia como durante la vida del acreedor o del deudor alimentario. Se trata de una consecuencia relacionada con la característica anterior siendo la obligación de dar alimentos personalísima, evidentemente que se extingue con la muerte del deudor alimentario o con el fallecimiento del acreedor. No hay razón para extender esta obligación a los herederos del deudor o para conceder el derecho correlativo a los herederos del acreedor, pues los alimentos se refieren a necesidades propias e individuales del alimentista, y, en el caso de muerte del deudor, se necesita causal legal para que aquél exija alimentos a otros parientes que serán llamados por la ley para cumplir con ese deber jurídico.

Lo anterior significa que la sucesión del deudor no tiene que responder de pensión alimenticia, excepto cuando se trata de sucesión testamentaria. (arts. 1368 al 1377 del C.C.).

DIVISIBLES. La obligación de dar alimentos es divisible, por lo tanto, la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones, no depende del número de sujetos obligados sino de la naturaleza del objeto que debe satisfacerse. Es decir, un individuo puede tener obligaciones divisibles, lo mismo que varios sujetos pueden tener una obligación indivisible, si así es la naturaleza de la prestación.

Tratándose de alimentos estos pueden satisfacerse en forma divisible, es decir, mediante pagos periódicos (semanales, quin

cenales o mensuales), y también puede haber divisibilidad en relación a los sujetos obligados, toda vez que el artículo 312 del Código Civil, nos da la posibilidad de que varios fueren los que den los alimentos, y si todos tuvieran posibilidad de darlos, el juez repartirá el importe entre ellos, en proporción a sus haberes.

CARACTER PREFERENTE. El artículo 165 del Código Civil establece: " Los cónyuges y los hijos, en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos éstos derechos."

IMPRESCRIPTIBLE. La obligación alimentaria no se extingue, lo cual significa que la obligación alimentaria es de tracto sucesivo. Es decir, no es como otras obligaciones que por su cumplimiento se libera al deudor. La pensión alimentaria se dará todo el tiempo que el acreedor alimentario lo necesite, y el deudor esté en posibilidad de darla.

IRRENUNCIABLE. La obligación alimentaria no puede ser objeto de renuncia. Es un derecho al que no se puede renunciar a futuro, pero sí a las pensiones vencidas.

INTRANSIGIBLE. Es decir no es objeto de transacción entre las partes.

INCOMPENSABLE. No es extinguido a partir de concesiones recíprocas.

INEMBARGABLE. Ya que está considerada como uno de los bienes no susceptibles de embargo. Solo las pensiones vencidas pueden renunciarse, ser materia de transacción y prescribir como todas las

obligaciones jurídicas.

CASOS EN QUE SURGE LA DEUDA ALIMENTARIA

"a) Entre esposos. En efecto : " Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. (Art. 162).

b) Entre parientes en línea directa, y este es el caso principal; Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece. . ." (Art. 164).

" Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos." (Art. 165). Aún el salario mínimo, " la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios prestados en una jornada de trabajo." (Art. 90 de la Ley Federal del Trabajo) puede ser legalmente afectado, en favor, de la esposa, hijos, ascendientes y nietos. . ." En virtud de mandamiento decretado por autoridad competente.

c) En caso de donación, el artículo 2370, en su fracción II da a entender claramente que el donatario tiene el deber de socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido a pobreza, pero en este caso no existe la reciprocidad." (42)

(42) De Ibarrola, op. cit., p. 135.

CONDICIONES Y EXTENSION DE LA DEUDA ALIMENTARIA

A este respecto nuestro actual Código Civil es muy claro-
al determinar lo siguiente:

a) " Los alimentos comprenden la comida, el vestido la ha-
bitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los me-
nores. . . comprenden además, los gastos necesarios para la educa-
ción primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, -
arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias -
personales." (art. 308)

b) " El obligado a dar alimentos cumple la obligación - -
asignando una pensión competente al acreedor alimentario, o incorpo-
rándolo a la familia. Si el acreedor se opone a ser incorporado, -
compete al juez, según las circunstancias fijar la manera de minis-
trar los alimentos." (art. 309)

c) " El deudor alimentario no podrá pedir que se incorpo-
re a su familia el que debe recibir los alimentos cuando se trate -
de cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro, y cuando haya-
inconveniente legal para hacer esa incorporación." (art. 310)

d) " Los alimentos han de ser proporcionados a la posibi-
lidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos"
(art. 311)

e) " Si fueren varios los que deben dar alimentos y todos
tuvieren posibilidad para hacerlo, el juez repartirá el importe en-
tre ellos, en proporción a sus haberes." (art. 312)

f) " La obligación de dar alimentos no comprende la de -
proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio, arte o profe

sión a que se hubieren dedicado." (art. 314)

g) " Tienen acción para pedir el aseguramiento de los --
alimentos: I.- El acreedor alimentario; II.- El ascendiente que le-
tenga bajo su patria potestad; III.- El tutor; IV.- Los hermanos y-
los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado; V.- El Mi-
nisterio Público. " (art. 315)

h) " El aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda
fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cua-
lesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez." (-
art. 317)

CESACION DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA

Artículo 320: " Cesa la obligación de dar alimentos: I.--
Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla; II.- Cuando
el alimentista deja de necesitar los alimentos; III.- En caso de in
juria, falta o daño graves inferidos por el alimentista contra el -
que debe prestarlos; IV.- Cuando la necesidad de los alimentos de -
penda de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo
del alimentista, mientras subsisten estas causas; V.- Si el alimen-
tista, sin consentimiento del que deba dar los alimentos, abandona-
la casa de éste por causas injustificables."

CAPITULO SEGUNDO

MATRIMONIO Y DIVORCIO

2.1 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

Iniciamos este tema diciendo que el matrimonio es el --- fundamento de la familia legítima y que debe regirse siempre por - normas jurídicas, con la aclaración de que estas normas jurídicas- pueden ser algunas imperativas, o sea de carácter estatutario o - institucional, como por ejemplo las relativas a la titularidad de- la patria potestad de los dos progenitores sobre los hijos, o bien otras normas convencionales o contractuales, como ocurre hoy en - día, con la mayor parte de las cuestiones matrimoniales, a saber;- el débito conyugal, sostenimiento económico del hogar, dirección - y cuidado del hogar, atención y educación de los hijos, administra- ción de los bienes de éstos, régimen de bienes y hasta la duración del mismo matrimonio.

Veamos pues que nos manifiestan diversos autores respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio.

Rafael de Pina dice que: ". . . pudieramos definir la naturaleza jurídica del matrimonio como una comunidad de vida, fundada en el amor y constituida con arreglo a normas legales, dirigidas al cumplimiento de los fines que se desprenden naturalmente de la relación permanente entre dos personas de distinto sexo." (1)

Para Bonnacase, ". . . el matrimonio es una institución constituida por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y, por lo tanto, a la familia, una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todo momento irradian de la noción de derecho. . ." (2)

El maestro Rafael Rojina Villegas, dice que existen diferentes puntos de vista en el estudio del matrimonio:

" Como institución. En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. . . El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto a los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos -

(1) De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción-Personas-Familia, Vol.I, México, ed. Rafael de Pina Vara, Ed. Porrúa, S.A., 1992, p. 322

(2) Bonnacase Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, (tr.) y (comp.) Enrique Figueroa Alfonso, México, Ed. Harla, S.A. de C.V., 1993, p. 248

esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas. . ." (3)

" Como acto jurídico condición. . .es el acto jurídico -- que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, - para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado. . . De acuerdo con lo expuesto podemos encontrar en la definición del matrimonio todos los elementos que caracterizan el - acto condición, ya que implica una manifestación plurilateral de voluntades (la de los contrayentes unida a la declaración que hace - el Juez del Registro Civil) que tiene por objeto crear un estado - permanente de vida entre los cónyuges para originar derechos y obligaciones recíprocas, así como relaciones permanentes que no se agotan por el cumplimiento de las mismas, sino que se sigue renovando de manera indefinida. . ." (4)

" Como acto jurídico mixto. Se distinguen en el derecho - los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención-exclusiva de los particulares, los segundos por la intervención de los Organos Estatales y los terceros por la concurrencia tanto de - particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no solo por el consentimiento

(3) Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, T.II, 7a. ed., - México, Ed. Porrúa, S.A., 1987, p. 212

(4) Rojina Villegas, op. cit., p. 214-215

de los consortes sino también por la intervención que tiene el Juez del Registro Civil. . ." (5)

" Como contrato ordinario. Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. . . Es decir se aplican al matrimonio todas las reglas relativas a los elementos de validez que deben observarse en todo contrato consistentes respectivamente en la capacidad, ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto, motivo y fin del acto." (6)

" Como contrato de adhesión. Como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez -- que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquéllos que imperativamente determina la ley..." (7)

" Como estado jurídico. Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión - del Juez del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración." (8)

(5) Rojina Villegas, op. cit., p. 215
(6) Rojina Villegas, op. cit., p. 215-216
(7) Rojina Villegas, op. cit., p. 224
(8) Rojina Villegas, op. cit., p. 225

" Como acto de poder estatal. Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil. . .El matrimonio es acto de poder estatal. Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al oficial, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que la ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento; éste y solo éste es constitutivo del matrimonio." (9)

Antonio de Ibarrola dice que: " Debemos distinguir el matrimonio como acto y el matrimonio como institución.

El matrimonio como acto es el momento solemne en que se contrae la relación que habrá de regir en lo sucesivo entre los futuros cónyuges.

El matrimonio como institución es el vínculo mismo que subsiste constantemente entre los cónyuges.

Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio y muy especialmente respecto si éste puede ser considerado como un simple contrato, semejante a los demás.

Aún considerando al matrimonio como un contrato, hablan de otorgársele características bien especiales, que son las siguientes:

(9) Rojina Villegas, op. cit., p. 229

a) Por razón de su origen, es un contrato natural, esto es, impuesto por la misma naturaleza en bien del género humano.

b) Por razón del consentimiento, en orden a los efectos - que de él se derivan, es éste tan esencial que no hay potestad humana que pueda suplirlo, ni tampoco de prescripción que pueda legalizar la unión sin consentimiento.

c) Por razón de su objeto principal, de las obligaciones-substanciales y del efecto primario del mismo, está determinado todo por la naturaleza de tal suerte que ni los contrayentes ni la potestad social pueden alterar en lo más mínimo lo que es substancial en este contrato.

d) Por razón de su estabilidad y duración no admite rescisión por mutuo acuerdo de las partes como la admiten de regla general los demás contratos.

e) Por razón de su excelencia, es contrato sagrado y religioso por su naturaleza, y no simplemente civil profano, aunque se trate de matrimonio de infieles.

Y de su naturaleza de verdadero contrato, y contrato bilateral en el sentido más estricto de la palabra, procede la indivisibilidad del mismo, o sea, que no puede haber contrato válido para una de las partes y nulo para la otra, ni puede una de ellas adquirir más derechos y obligaciones substanciales que los que a la otra competen." (10)

" La palabra matrimonio tiene dos acepciones: El acto que

(10) De Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, 4a. ed., México, Ed.-Porrúa, S.A., 1993, p. 156, 158

lo constituye y el estado de convivencia matrimonial que se funda-- en dicho acto." (11)

Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, dicen que: " En sínte - sis, en el matrimonio se observan las siguientes características:

a) Es un acto solemne.

b) Es un acto complejo por la intervención del Estado, re quiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la vo - luntad del Estado.

c) Es un acto que para su constitución requiere de la de - claración del Juez del Registro Civil.

d) En él, la voluntad de las partes no puede modificar - los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, - queridas o nó.

e) Sus efectos se extienden más allá de las partes y afec tan a sus respectivos familiares y a sus futuros descendientes.

f) Su disolución requiere de sentencia judicial o adminis - trativa, no basta con la sola voluntad de los interesados." (12)

A mayor abundamiento, en los próximos puntos se analiza - rán los elementos esenciales y de validez.

(11) De Ibarrola, op. cit., p. 160

(12) Baqueiro Rojas Edgar y Rosalía Buenrostro Báez, Derecho de Fa - milia y Sucesiones, México, Ed. Harla, S.A. de C.V., 1990, p. 41

2.2 ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

ELEMENTOS ESENCIALES DEL MATRIMONIO

El elemento esencial del matrimonio es el consentimiento de los contrayentes, el cual debe ser libre y pleno.

Rafael Rojina Villegas, dice que; ". . . los elementos - esenciales están constituidos respectivamente por la manifestación de voluntad de los consortes y del Juez del Registro Civil y por el objeto específico de la institución, que de acuerdo con la ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, tales como hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente, - guardarse fidelidad recíproca, etcétera. . . y los define como. . . aquéllos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría al mismo un elemento de definición. . ." (13)

Estos elementos son:

- a) Diferencia de sexo y unidad de personas.
- b) Consentimiento.
- c) Celebración: presencia del Juez del Registro Civil y - dos testigos.

" Diferencia de sexo. Aún cuando no se haga de manera expresa, la ley exige que el matrimonio solo se de entre un hombre y una mujer, ya que esa es una institución creada provisionalmente pa ra regular la relación sexual entre personas de distinto sexo. . . , pues la procreación ha sido considerada como uno de los fines prin-

(13) Rojina Villegas, op. cit., p. 234

cipales del matrimonio. . ." (14)

CONSENTIMIENTO. " En el matrimonio propiamente existen - tres manifestaciones de voluntad, la de la mujer, la del hombre y - del Juez del Registro Civil. Las dos primeras deben formar consentimiento, es decir, manifestarse en el sentido de estar de acuerdo - los contrayentes en unirse en matrimonio, para que el Juez del Re - gistro Civil exteriorice a su vez la voluntad del Estado al decla - rarlos legalmente unidos en dicho matrimonio. . . Por esto el ar - tículo 102 del Código Civil dispone que el Juez del Registro Civil - interrogará a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimo - nio y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley - y de la sociedad. Tomando en cuenta dicho precepto, resulta aplica - ble al caso el artículo 1794 en relación con el 2224, para concluir que el consentimiento es un elemento de existencia del matrimonio, - de tal manera que éste será inexistente por falta del mismo. . . - por lo tanto la falta de consentimiento en los consortes o de la de - claración del Juez del Registro Civil, dará lugar a la inexistencia del acto."(15)

REQUISITOS QUE DEBE LLENAR EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

"a) Debe provenir de personas jurídicamente capaces. No -- pueden expresar su consentimiento quienes carecen del uso de razón, mientras permanecen en ese estado; ni los incapaces, ni los enfer - mos mentales en el estado de inconciencia, ni los hipnotizados, ni - los embriagados privados de sentido, y éstos últimos también en el - caso de que en el estado de embriaguez tuvieran la voluntad de ca -

(14) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 55-56

(15) Rojina Villegas, op. cit., p. 235-236

sarse. En segundo lugar deben tenerse por personas jurídicamente in capaces aquéllas entre las cuales existe algún impedimento.

b) El consentimiento matrimonial tiene que ser manifiesto exteriormente, y aceptado por palabras o por signos. Si uno de los contrayentes permaneciere callado en el acto de la celebración del matrimonio, y si se limitare a conducirse pasivamente, será invalido el matrimonio si el consentimiento matrimonial no puede deducirse de otras circunstancias.

c) La declaración de matrimonio tiene que ser seria por ambas partes, es decir, la voluntad sincera de casarse con la otra persona.

d) La declaración de la voluntad habrá de ser meditada, libre, no coaccionada.

e) Tiene que ser ordenada a la esencia y contenido del matrimonio." (16)

CELEBRACION. PRESENCIA DEL JUEZ DEL REGISTRO CIVIL Y DOS-TESTIGOS. "Cabe hablar de un tercer elemento esencial del matrimonio, que es el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad de los consortes. Ahora bien, como tal manifestación está ya perfectamente determinada en cuanto a su contenido, según se desprende del artículo 102, al concretarse el Juez del Registro Civil a interrogar a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, podemos decir que la ley, como es natural, otorgará plena validez a la declaración que los mismos hagan en el sentido indicado. . ." (17)

(16) De Ibarrola, op. cit., p. 197-198

(17) Rojina Villegas, op. cit., p. 245-246

OBJETO. " El objeto como elemento esencial consiste en - que la vida en común entre un solo hombre y una sola mujer, se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por propia voluntad. El objeto directo consiste precisamente en la creación de esos derechos y obligaciones entre los consortes y en relación con los hijos." (18)

ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

En cuanto a los elementos de validez, en el matrimonio se requiere, como para todos los demás actos jurídicos la capacidad, - la ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia a las - formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto. En cuanto a la forma, determinaremos el papel que desempeña en el matrimonio, pues alternativamente, puede ser un simple elemento de validez, o bien un elemento esencial para la existencia del acto, por constituir una verdadera solemnidad.

". . . Se define a los elementos de validez como aquéllos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley. . ." (19)

Los elementos de validez son:

- a) La capacidad.
- b) La ausencia de vicios de la voluntad.

(18) Galindo Garfias Ignacio Dr., Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas-Familia, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., - 1994, p. 510

(19) Rojina Villegas, op. cit., p. 234

c) La licitud en el objeto.

d) Las formalidades.

CAPACIDAD. La capacidad de goce alude a la aptitud para - la cópula entre los contrayentes, que la ley fija en la edad requerida para contraer matrimonio (artículo 148 del Código Civil), a la salud física y mental de los contrayentes, y a la no existencia de hábitos viciosos como la toxicomanía o el alcoholismo (artículo - 156 fracciones I, VIII y IX del Código Civil). En cuanto a la capacidad para celebrar el acto matrimonial (capacidad de ejercicio), los menores de edad requieren el consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela (artículo 149 y 150 del Código Civil). Este consentimiento necesario (propiamente es una autorización) puede ser suplido por la autoridad administrativa, - cuando los ascendientes o tutores lo nieguen sin causa justa (artículo 151 del Código Civil).

Cuando faltan los padres o tutores, el juez de lo familiar de la residencia del menor, podrá prestar el consentimiento para que pueda celebrarse válidamente el acto.

AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD. La voluntad ha de estar exenta de vicios. El error vicia el consentimiento, si recae sobre la persona del contrayente, cuando entendiendo celebrar matrimonio con persona determinada, se contrae con otra (artículo 235 - fracción I del Código Civil).

La violencia que consiste en la fuerza o miedo graves, - tiene especial importancia en el caso de rapto; porque la voluntad de la raptada no puede expresarse con libertad, hasta que se le -- restituya a un lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su -

voluntad (artículo 156 fracción VII del Código Civil).

LA LICITUD EN EL OBJETO. Tiene lugar en el matrimonio:

a) Si existe parentesco por consanguinidad, por afinidad o por adopción, entre los cónyuges dentro de los límites que establece el Código Civil.

b) Si ha habido adulterio entre personas que pretendan contraer matrimonio; siempre que este adulterio haya sido judicialmente comprobado.

c) El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que quede libre.

d) La bigamia.

LAS FORMALIDADES. Además de la solemnidad del acto a que nos hemos referido al tratar de los elementos esenciales del matrimonio, es necesario que en su celebración concurren otros elementos de forma que constituyen requisitos de validez y se refieren al contenido del acta de matrimonio; por lo que es necesario distinguir - la solemnidad del acto propiamente dicho, de las simples formalidades que debe contener el acta de matrimonio." (20)

REQUISITOS PREVIOS A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

" Consisten básicamente en satisfacer los requisitos que atañen a la solicitud que los interesados deben presentar ante el Juez del Registro Civil, y en la que manifiesten:

1. Sus nombres, edad, domicilio y ocupación.
2. Los de sus padres.
3. que no tienen impedimento para casarse y,
4. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

(20) Galindo Garfias, op. cit., p. 510-511

A la solicitud deberán acompañarse los siguientes documentos:

I. Acta de nacimiento o dictamen médico que compruebe que tienen la edad mínima para contraer matrimonio. Esto no es necesario si es notorio que los contrayentes cumplen con el requisito de pubertad legal.

II. Constancia de que los padres, tutores o autoridades autorizan el matrimonio, en el caso de que alguno de los contrayentes sea menor de edad.

III. Declaración de dos testigos a quienes, por conocer a los futuros esposos de tiempo atrás les conste que no tienen impedimento para casarse.

IV. Certificado médico prenupcial en el que conste que no tienen ninguna de las enfermedades que constituyen obstáculo para el matrimonio.

V. Documento en el que conste el convenio que sobre los bienes de los futuros esposos se haya celebrado. (contrato de matrimonio o capitulaciones matrimoniales).

VI. Comprobante de la disolución de un matrimonio anterior, si lo hubo, por muerte, nulidad o divorcio (acta de defunción, sentencia de nulidad o sentencia de divorcio).

VII. Certificado de dispensa si es que existió impedimento dispensable.

Al constar en la solicitud y en los documentos que no hay impedimento para la celebración del matrimonio, el Juez debe citar para su realización dentro de los ocho días siguientes, señalándose lugar, día y hora.

En el matrimonio religioso, así como en otros sistemas -- jurídicos, se hace necesario dar publicidad a la celebración a efecto de que cualquiera que sepa de un impedimento, lo de a conocer, - evitando con ello especialmente los casos de bigamia, que la clandestinidad del acto podría propiciar; así el derecho canónico exige las proclamas o amonestaciones leídas en la parroquia de los contra yentes, por tres domingos consecutivos; el derecho francés requiere de la publicación de la solicitud en sitios públicos durante diez - días, y el derecho español, la publicación por edictos en sitios pú - blicos por ocho días, cuando el matrimonio no se celebre ante la - iglesia.

Tanto el derecho canónico como el derecho francés contemplan otro requisito de publicidad, al exigir la presentación de la copia del acta de bautizo o de nacimiento, libre de anotación marginal, en la que debería constar un matrimonio anterior u otra incapacidad, en caso de existir, como la declaración de estado de interdicción.

REQUISITOS PROPIOS DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

El acto de la celebración está rodeado de formalidades - concomitantes a la misma, que son:

1. El lugar, día y hora para la celebración del acto matrimonial, deberán estar previamente señalados y en el estarán presentes ante el Juez del Registro Civil:

a) Los pretendientes.

b) Dos testigos de identidad, para hacer notar que los - pretendientes son quienes dicen ser, y que no tienen impedimento legal para casarse.

c) Los padres o tutores, si se trata de matrimonio de menores.

2. Previa ratificación de las firmas de la solicitud de los contrayentes, testigos y ascendientes o tutores, si alguno es menor de edad, el Juez:

a) Leerá en voz alta la solicitud y los documentos que la acompañan.

b) Preguntará si los contrayentes son las mismas personas a que se refiere la solicitud.

c) Preguntará a cada contrayente, si es su voluntad unirse en matrimonio.

d) En caso afirmativo, declararlos casados en nombre de la ley y de la sociedad.

3. El Juez posteriormente:

a) Procederá de inmediato a la redacción del acta en las formas especiales que, foliadas y por triplicado, harán constar todas las formalidades verbales anteriores, en los términos del artículo 103 del Código Civil para el Distrito Federal.

b) Firmará el acta, junto con los contrayentes, los testigos y los padres o tutores en su caso.

c) Imprimirá las huellas digitales de los contrayentes.

d) Entregará de inmediato una de las copias del acta a -- los ahora esposos." (21)

A continuación anexo un formato de acta de matrimonio:

(21) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 65, 67, 68

FORMATO DE ACTA DE MATRIMONIO

DA-199-11-90

DCG, PUDV.03

EN NOMBRE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y COMO JUEZ DEL REGISTRO CIVIL EN EL DISTRITO FEDERAL CERTIFICO QUE EN EL ARCHIVO DE ESTE JUZGADO SE ENCUENTRA UN ACTA DEL TENOR SIGUIENTE

B N°. 236530

REGISTRO CIVIL	EL CLAVE UNICA DE REG DE POBLACION
----------------	------------------------------------

ACTA DE MATRIMONIO	ELLA CLAVE UNICA DE REG DE POBLACION
--------------------	--------------------------------------

ENTIDAD	DELEGACION	JUZGADO	ACTA	ANO	CLASE	FECHA DE REGISTRO
CONTRAYENTE	NOMBRE DE CONTRAYENTE				MA	
	LUGAR DE NACIMIENTO					
	NACIONALIDAD		OCUPACION			EDAD
	DOMICILIO					
CONTRAYENTE	NOMBRE DE LA CONTRAYENTE					
	LUGAR DE NACIMIENTO					
	NACIONALIDAD		OCUPACION			EDAD
	DOMICILIO					
ESTE MATRIMONIO ESTA SUJETO AL REGIMEN DE						
PADRES	NOMBRE DEL PADRE				OCUPACION	
	NOMBRE DE LA MADRE				OCUPACION	
PADRES	NOMBRE DEL PADRE				OCUPACION	
	NOMBRE DE LA MADRE				OCUPACION	
TESTIGOS	NOMBRE	EDAD	PARENTESCO	ESTADO CIVIL	NOMBRE	EDAD
	OCUPACION				OCUPACION	
TESTIGOS	NOMBRE	EDAD	PARENTESCO	ESTADO CIVIL	NOMBRE	EDAD
	OCUPACION				OCUPACION	
IMPRESIONES	ELLA					
	SATISFECHEOS LOS REQUISITOS LEGALES NO EXISTIENDO IMPEIDIMENTO O HABIENDO SIDO DISPENSADO Y EXPRESADA LA VOLUNTAD DE LOS COMPARECIENTES LOS DECLARO UNIDOS EN MATRIMONIO EN NOMBRE DE LA LEY Y DE LA SOCIEDAD SE DIO POR TERMINADO EL ACTO Y FIRMAN LA PRESENTE PARA CONSTANCIA. LOS QUE EN ELLA INTERVINIERON Y SABEN HACERLO Y LOS QUE NO, IMPRIMEN SU HUELLA DIGITAL. SE CIERRA EL ACTA QUE SE AUTORIZA DOY FE					
EL JUEZ DEL REGISTRO CIVIL		NOMBRE			FIRMA	
LA PRESENTE ACTA TIENE ANEXAS LAS ANDTACIONES SIGUIENTES						

2.3 IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

La falta de los elementos esenciales o de los requisitos de validez del matrimonio, impide que pueda celebrarse válidamente. Se prohíbe a los jueces del Registro Civil la celebración de un matrimonio en estas condiciones.

A estas prohibiciones, se les denomina impedimentos para el matrimonio; y son de dos especies:

A) IMPEDIMENTOS DIRIMENTES. Son aquéllos que producen la nulidad absoluta del matrimonio.

Los impedimentos dirimentes se encuentran previstos por el artículo 156 del Código Civil y son:

I.- La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;

II.- La falta de consentimiento del que, o los que ejercen la patria potestad, del tutor o del juez, en sus respectivos casos;

III.- El parentesco de consanguinidad legítimo o natural sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente. - En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente -

comprobado;

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados-para contraer matrimonio con el que quede libre;

VII.- La fuerza o miedo grave. En el caso de raptor, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;

VIII.- La impotencia incurable para la cópula, y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas y hereditarias;

IX.- Padeecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

X.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquélla con que se pretenda contraer.

De estos impedimentos solo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

La fracción II del artículo 450 del Código Civil, se refiere a que tienen incapacidad natural y legal; los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos, y aquéllos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistentes de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos, o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque, no puedan obligarse y gobernarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Otro impedimento dirimente, consiste en que el adoptante-

no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, - en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción. (artículo 157 del Código Civil)

B) IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES. " Son aquéllas prohibiciones que para celebrar el matrimonio han sido establecidas por la ley y - que no producen la nulidad del acto, sino simplemente su ilicitud - . . . Se llama ilícito al matrimonio así celebrado, porque es con - trario al régimen de derecho." (22)

De acuerdo al artículo 264 del Código Civil, son impedi - mentos impeditivos:

I.- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión - de un impedimento que sea susceptible de dispensa.

II.- Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que re - quiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcu - rrido los términos fijados en los artículos 158 y 289.

A este respecto el artículo 159 del Código Civil estable - ce: " El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha - estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino - - cuando hayan sido aprobadas las cuentas de tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tu - tor."

Así, el artículo 158 determina que: " La mujer no puede - contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días des - pués de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo

(22) Galindo Garfias, op. cit., p. 518

diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede -
contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación."

Por su parte el artículo 289 establece que: " En virtud -
del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para con-
traer nuevo matrimonio. El cónyuge que haya dado causa al divorcio,
no podrá volver a casarse, sino después de dos años, a contar desde
que se decretó el divorcio. Para que los cónyuges que se divorcian-
voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensa-
ble que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio."

2.4 NULIDAD DE MATRIMONIO

" La nulidad del matrimonio, como causa de terminación -
del estado matrimonial en vida de los cónyuges debe verse en rela-
ción con la presencia de un vicio del que adolece el acto jurídico-
matrimonial, en virtud de haberse realizado con violación u omisión
de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo co-
mo válido, y por lo cual sus efectos deben ser suprimidos." (23)

" Debemos distinguir entre nulidades absolutas y nulida -
des relativas.

En la teoría clásica de las nulidades se considera que la
ilicitud en el acto jurídico se sanciona con la nulidad absoluta -
que se caracteriza como imprescriptible, inconfirmable y suceptible
de intentarse por cualquier interesado.

En cuanto a la nulidad relativa se acepta que tiene como-
causas los vicios de la voluntad, la incapacidad y la inobservancia

(23) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 130

de la forma. Se la caracteriza en dicha doctrina clásica como prescriptible, confirmable y sólo se concede la acción a la parte perjudicada.

NULIDAD ABSOLUTA. En efecto, existen solo dos causas de nulidad absoluta en el matrimonio, de acuerdo al Código Civil vigente que son: a) bigamia, b) incesto.

La bigamia se caracteriza como una causa de nulidad absoluta de acuerdo con el artículo 248 del Código Civil, debido a que la acción puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio y de no ser intentada por ninguna de las citadas personas, la deducirá el Ministerio Público. No existe término de prescripción para demandar la nulidad.

Para el incesto estatuye el artículo 241 del Código Civil que el parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, por lo tanto, cuando se trate de un parentesco que no admita dispensa, como es el de la línea recta y el de la colateral hasta el segundo grado, así como cuando se trate de parentesco de afinidad en línea directa, procede considerar que existe una nulidad absoluta, pues el artículo 242 establece que la acción que nace de dicha causa y la que dimana del parentesco de afinidad, pueden ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendentes o por el Ministerio Público, es decir, se concede a todo interesado sin límite de tiempo y también, sin que quepa la convalidación por ratificación expresa o tácita.

NULIDAD RELATIVA. De acuerdo con las características que se determinan en los artículos 236 al 241 y 243 al 247 del Código -

civil, la nulidad del matrimonio será relativa cuando ocurren los-- impedimentos numerados en el artículo 156 del Código Civil, mismo - que quedó transcrito al estudiar los impedimentos para contraer matrimonio, exceptuando la bigamia y el incesto, o cuando se incurre en error en los términos del artículo 235 fracción I, o finalmente si no se observan las formalidades del acto.

a) Por lo que respecta a la nulidad del matrimonio por impedimentos dirimentes, nos remitimos a lo ya analizado en lo relativo a los impedimentos para contraer matrimonio.

b) El error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio, cuando entendiendo un cónyuge celebrarlo con persona determinada, lo contrae con otra, es causa de nulidad relativa, por - que de acuerdo con el artículo 236 del Código Civil, dicha acción - sólo puede deducirse por el cónyuge engañado y deberá intentarla en forma inmediata, pues si no denuncia el error inmediatamente que lo advierte, se tendrá por ratificado el consentimiento y quedará subsistente el matrimonio.

c) La nulidad que se funda en la falta de simples formalidades necesarias para la validez del matrimonio, puede alegarse conforme al artículo 249 del Código Civil, por los cónyuges o por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. También - podrá deducirse por el Ministerio Público. Cuando se haya otorgado el acta matrimonial, no se admitirá la demanda de nulidad por inob-servancia de formalidades, cuando exista la posición de estado ma-trimonia." (24)

(24) Rojina Villegas, op. cit., p. 289, 292, 293, 295

2.5 EFECTOS DEL MATRIMONIO

Los efectos del matrimonio que hacen al estado matrimonial se han dividido en:

- a) Efectos respecto de las personas de los cónyuges.
- b) Efectos respecto de los bienes de los esposos
- c) Efectos respecto de las personas y bienes de los hijos.

EFECTOS RESPECTO DE LAS PERSONAS DE LOS CONYUGES

" Respecto de los cónyuges, los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio son iguales para ambos, y recíprocos. Los principales se agrupan en: deber de cohabitación, deber de ayuda mutua, débito carnal y deber de fidelidad.

a) El deber de cohabitación constituye la esencia del matrimonio; implica un género de vida en común que no podría realizarse si cada esposo pudiera vivir por separado. Obliga a que ambos vivan bajo el mismo techo y compartan mesa y lecho, hechos que ponen de manifiesto la convivencia conyugal.

A este respecto, el Código Civil para el Distrito Federal dispone que los esposos deben vivir juntos en el domicilio conyugal y todo pacto en contrario se opone a los fines del matrimonio y es, por lo tanto, nulo. La cohabitación es un deber y un derecho, derecho de un cónyuge y obligación del otro recíprocamente. El Código Civil no prevé el caso de que uno de los cónyuges impida al otro acceso al hogar previamente establecido; tampoco prevé el medio de obligar al ausente a incorporarse al domicilio común. Al respecto -

la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que el uso de la fuerza sería contrario a la dignidad humana, ya que el matrimonio no podría restringir la libertad de cualquiera de los cónyuges, obligándolo a vivir sin su voluntad al lado del otro.

El Código Civil define el domicilio conyugal como el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

En caso de falta de acuerdo entre los cónyuges serán los Tribunales Familiares quienes deberán resolver.

Al efecto, podrán eximir del deber de convivencia a alguno de los cónyuges cuando el otro pretenda establecerse en país extranjero o en lugar insalubre o indecoroso, salvo que el traslado al extranjero se haga por servicio público o social.

b) El deber de ayuda mutua es correlativo al deber de convivencia, implica el deber de socorro que ha de existir entre los esposos. El contenido primordial del deber de socorro reside en la obligación alimentaria recíproca. Para cumplir con él, los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, de la forma que libremente establezcan según sus posibilidades. El monto de lo aportado a tal sostenimiento no altera la igualdad que debe existir en relación con la autoridad familiar, aún en el caso de que uno solo de los esposos aporte la totalidad de los gastos, por convenio o por encontrarse el otro imposibilitado de trabajar y no contar con bienes propios. La ley concede derecho preferente a los cónyuges sobre los ingresos del otro para el sostenimiento de la familia.

La ayuda mutua igualmente implica la administración de -

bienes comunes, según lo establecido en las capitulaciones matrimoniales; y solo requerirá el administrador la autorización del otro para los actos de dominio, disposición y gravamen. Cada uno es libre administrador de sus bienes propios sin que puedan cobrarse los servicios que al efecto se presten.

Dentro del matrimonio, los esposos gozan de autoridad, de de rechos y obligaciones iguales, por lo que en nuestro sistema jurídico actual se desconoce la autoridad familiar que en otros sistemas se concede al marido.

Cualquiera de los cónyuges puede oponerse a las actividades del otro cuando vayan en contra de la moral, y estabilidad de la familia.

c) El débito carnal es el principal y más importante efecto del matrimonio, constituye su esencia, pues implica los actos propios para la perpetuación de la especie, considerada por nuestro Código Civil como uno de los fines primordiales del matrimonio.

Los cónyuges deben decidir de común acuerdo el número y esparcimiento de los hijos. La ley no prevé la solución en caso de controversia; consideramos que no se podría obligar a ninguno de los esposos a tener más hijos de los que individualmente desee aunque el otro pretendiera un número mayor.

El amor no puede ser regulado jurídicamente y, por lo tanto, cada pareja es libre de practicarlo de la forma que lo juzgue pertinente. Sin embargo la negativa al trato carnal entre los cónyuges se ha considerado como una injuria grave que es sancionada con el divorcio.

d) El deber de fidelidad comprende la obligación de abste

nerse de la cópula con persona distinta del cónyuge. Su violación - constituye adulterio, que es sancionado con el divorcio. Este deber sustenta la estructura monogámica del matrimonio en nuestra sociedad, y el cumplimiento de los fines del mismo.

La fidelidad, además supone la necesidad de una conducta decorosa, de tal suerte que no implique ataques a la dignidad y a la honra del otro cónyuge. Cualquier conducta de actividad extramarital con persona del otro sexo, aún cuando no llegue al adulterio, puede constituir una injuria grave al cónyuge, es por ello que se considera que los casados no pueden tener novio o novia." (25)

EFFECTOS RESPECTO DE LOS BIENES DE LOS ESPOSOS

" Los bienes de los esposos constituyen su patrimonio y la base económica del matrimonio: así dicho patrimonio y los efectos del matrimonio sobre éste se encuentran organizados y regulados dentro de diversos sistemas legales de los países. En nuestro derecho, el patrimonio de los cónyuges está regulado por un conjunto de normas dentro del Código Civil, que constituyen el régimen patrimonial del matrimonio.

Por régimen patrimonial del matrimonio debemos entender el conjunto de normas que regulan todos los asuntos pecuniarios, propiedad, administración y disposición de los bienes de los cónyuges, así como los derechos y obligaciones que al respecto se generan entre ellos, y entre los cónyuges y terceros, tanto al momento-

(25) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 75, 77, 78

de celebrarse el matrimonio, mientras dure y cuando llegare a disolverse." (26)

LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

" Por medio del llamado contrato de matrimonio o capitulaciones matrimoniales - que deben acompañar a su solicitud de matrimonio los contrayentes - regula la situación de sus bienes desde el momento en que el matrimonio se celebra, pues en ellas se establece el régimen patrimonial que habrá de regir en el estado matrimonial, y aún a la disolución de éste. Las capitulaciones deben ratificarse con la celebración del acto propio del matrimonio.

Para celebrar las capitulaciones matrimoniales es necesario tener la misma capacidad que para la celebración del matrimonio, de modo que los menores de edad requerirán la autorización de aquellas personas que deben darla para la celebración del matrimonio; - igualmente, se hará por escrito. En las capitulaciones, los cónyuges pueden optar por cualquiera de los regímenes patrimoniales que establece nuestra legislación que son:

- a) Por el régimen de sociedad conyugal.
- b) Por el régimen de separación de bienes, o bien
- c) Por un régimen mixto. " (27)

Por su parte el artículo 179 del Código Civil para el -- Distrito Federal, define a las capitulaciones matrimoniales como: -
". . . Los pactos que los esposos celebran para constituir la socie

(26) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 85

(27) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 89-90

dad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso."

SOCIEDAD CONYUGAL

" En lo que concierne a la naturaleza de la sociedad conyugal, algunos autores han pretendido ver en ella una verdadera sociedad creadora de personalidad jurídica, distinta de los cónyuges, con patrimonio y representación propios.

Sin embargo, la casi totalidad de la doctrina no está de acuerdo con ello, porque la familia no es una persona moral; considerar a la sociedad conyugal con personalidad jurídica propia, permitiría el absurdo de que cuando los cónyuges pactaran el régimen de sociedad conyugal, la familia tendría personalidad jurídica, y cuando optaran por el régimen de separación de bienes, carecerían de ella.

El Código Civil para el Distrito Federal considera que los bienes comunes pertenecen a ambos cónyuges, deduciendo que no hay una tercera persona titular de los mismos, de donde se infiere que la naturaleza de la sociedad conyugal no es la de una sociedad, sino la de una comunidad de bienes que solo puede existir entre los cónyuges; que su finalidad es la protección del patrimonio familiar y en la que los esposos se conceden, mediante el acuerdo establecido, la intervención de uno en la administración y disposición de los bienes del patrimonio del otro. Así como la transmisión en propiedad del 50 % de los mismos." (28)

(28) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 95

REQUISITOS PARA CONSTITUIR LA SOCIEDAD CONYUGAL

El artículo 184 del Código Civil establece que: " La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante el. Puede comprender no solo los bienes de que son dueños los esposos al formarla, sino también los bienes futuros que adquieran los consortes.

Las capitulaciones matrimoniales en que se constituya la sociedad conyugal, constarán en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida. (artículo 185 del Código Civil).

Asimismo "... la alteración que se haga de las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, haciendo la respectiva anotación en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones, y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad. Sin llenar estos requisitos, las alteraciones no producirán efecto contra tercero." (artículo 186 del Código Civil).

De acuerdo al artículo 189 del Código Civil las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

" I.- La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;

II.- La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;

III.- Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada es-

poso al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas, o únicamente de las que contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;

IV.- La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o solo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;

V.- La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes, o solamente sus productos. En uno y en otro caso determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;

VI.- La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en que proporción;

VII.- La declaración terminante acerca de quien debe ser el administrador de la sociedad, expresándose con claridad las facultades que se le conceden;

VIII.- La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio, pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción;

IX.- Las bases para liquidar la sociedad.

Se prohíbe el pacto leonino por el que uno solo de los cónyuges haya de recibir todas las ganancias, o se haga cargo de las pérdidas de forma desproporcional a sus ganancias o capital aportado."

CAUSAS DE SUSPENSION

La sociedad conyugal puede suspenderse existiendo el matrimonio, en los casos de ausencia de algún cónyuge o abandono del domicilio conyugal por más de seis meses.

A este respecto nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece lo siguiente:

" Artículo 195.- La sentencia que declare la ausencia de alguno de los cónyuges, modifica o suspende la sociedad conyugal en los casos señalados en este Código."

" Artículo 196.- El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; estos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio."

CAUSAS DE TERMINACION

La sociedad conyugal puede terminar cuando termina el matrimonio y durante el matrimonio.

En el primer caso, el artículo 197 del Código Civil establece que: " La sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes, por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente. . ."

Asimismo el artículo 187 del Código Civil, establece lo siguiente: " La sociedad conyugal puede terminar antes de que se disuelva el matrimonio si así lo convienen los esposos; pero si éstos

son menores de edad, deben de intervenir en la disolución de la sociedad, prestando su consentimiento, las personas a que se refiere el artículo 181."

Por su parte el artículo 188 del Código Civil, establece lo siguiente: " Puede también terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio a petición de alguno de los cónyuges, por los siguientes motivos:

I.- Si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes;

II.- Cuando el socio administrador, sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, a sus acreedores;

III.- Si el socio administrador es declarado en quiebra, o concurso;

IV.- Por cualquier otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente."

LIQUIDACION

Por otra parte, la terminación de la sociedad conyugal - obliga a la liquidación del patrimonio común. Para tal liquidación - puede procederse de dos maneras, de común acuerdo entre los cónyuges y nombrando un liquidador.

1. Cuando la liquidación se hace de común acuerdo entre los cónyuges, dependerá de su convenio de liquidación; esto es el pago de créditos y repartición de las utilidades.

2. Cuando la liquidación requiere de que se nombre un liquidador porque no ha sido posible que los cónyuges procedan de común acuerdo en cuanto a la liquidación del patrimonio. El liquidador deberá:

- a) Formar el inventario de los bienes y deudas;
- b) Hacer el avalúo de los bienes y deudas;
- c) Pagar a los acreedores del fondo común;
- d) Devolver a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio;
- e) Dividir entre los esposos el remanente, si lo hubiere de la forma convenida.

En el caso de existir pérdidas, estas se dividirán igualmente las utilidades, pero en los casos en que solo uno de los esposos aporte capital, de éste será deducido el total de las pérdidas.

LA SEPARACION DE BIENES

" Este régimen pertenece al grupo de los sistemas de separación absoluta, ya que en éste régimen cada cónyuge conserva la propiedad, usufructo y administración de su patrimonio, sin intervención del otro. La separación de los bienes normalmente es total, como también lo son los productos de los mismos y los bienes que se adquieran durante el matrimonio; de aquí que cada cónyuge pueda disponer de ellos sin necesidad de licencia o autorización del otro. En este régimen, la situación matrimonial de los cónyuges respecta su patrimonio es la misma que tenía antes del matrimonio, exceptuando las obligaciones derivadas de éste para el sostenimiento económico del hogar y para darse alimentos en caso necesario.

La separación de bienes puede establecerse antes del matrimonio y durante él.

1. Antes del matrimonio, el pacto de separación de bienes se establece en las capitulaciones como requisito formal para la celebración del mismo.

2. Durante el matrimonio, la separación de bienes puede pactarse de común acuerdo cuando los cónyuges decidan cambiar su régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes o bien modificarlo en su alcance, de separación absoluta o separación parcial o viceversa, para constituir un sistema mixto.

La separación de bienes, en las capitulaciones que la establezcan, debe otorgarse por escrito y bastará para ello la forma de documento privado. En cuanto a la capacidad de los contrayentes para celebrar el convenio, ésta responderá a los mismos requisitos que la ley señala para celebrar el acto matrimonial.

En las capitulaciones en las que se asiente el régimen de separación de bienes debe haber un inventario en el que se consigne tanto la lista de los bienes como la de las deudas que cada cónyuge tenga contraídas en el momento del matrimonio.

En este régimen de separación de bienes de los cónyuges no podrán cobrarse retribuciones u honorario alguno por los servicios personales de asistencia o consejos que presten. Sin embargo, cuando uno de los cónyuges se hace cargo de la administración de los negocios del otro, el que administre sí tiene derecho a retribución.

Ahora bien, cuando los esposos, casados bajo el régimen de separación de bienes, reciben conjuntamente alguna donación o

herencia, se consideran respecto de esos bienes como si fueran coo-
propietarios, sin que ello altere su régimen de separación, ya que-
cuando los bienes comunes se dividen, cada uno adquirirá su parte.

SISTEMA MIXTO

Cuando el régimen de separación de bienes no es absoluto-
sino parcial; o sea, cuando sólo parte de los bienes y derechos de-
los cónyuges se ha convenido se rijan por separación, y de otra par-
te sea materia de la sociedad conyugal, da origen a un régimen pa-
trimonial mixto para regir la vida económica del matrimonio.

De aquí que el sistema mixto sea aquél en el que ni la so-
ciedad ni la separación involucra la totalidad de los bienes de los
esposos, ya que una parte corresponde a la sociedad y la otra se -
mantiene en separación. " (29)

EFFECTOS DEL MATRIMONIO RESPECTO DE LAS PERSONAS Y BIENES- DE LOS HIJOS

EN RELACION CON LA PERSONA DEL MENOR

" Los efectos sobre la persona del hijo se refieren tanto
a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potes-
tad y los menores sometidos a ella, como a la función protectora y-
formativa que deben llevar a cabo los primeros.

Por lo que se refiere a las relaciones personales, el - -

(29) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 98-101

menor debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, y por lo que hace a la función protectora y formadora, el ascendiente está obligado a la guarda, manutención y educación del menor, pudiendo corregirlo mesuradamente.

El concepto de guarda presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor. Su domicilio legal es el del que ejerce la patria potestad.

El mantenimiento implica todas las prestaciones que se señalan en la obligación alimentaria, incluyendo la educación, según las posibilidades del obligado.

Asimismo el ascendiente está obligado a representar al menor, quien no puede celebrar actos ni comparecer en juicio sin la autorización de quien ejerce la patria potestad.

Por otra parte, el ascendiente tiene el derecho de corrección y castigo. Este derecho ha evolucionado ampliamente desde la facultad ya mencionada en vida y muerte del menor, hasta considerar que los malos tratos de los progenitores pueden llegarse a tipificar como delitos. El síndrome del niño golpeado ha sido motivo de estudio no solo entre los penalistas sino también por parte de psicólogos, educadores, sociólogos y trabajadores sociales. Desde el punto de vista del Derecho Civil, los malos tratos son causas de la pérdida de la patria potestad." (30)

(30) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 229-230

EN RELACION A LOS BIENES DEL MENOR

" Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen. . ." (artículo 425 del Código Civil).

" Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, - el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración." (artículo 426 del Código Civil).

" La persona que ejerza la patria potestad representará - también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arrendamiento para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente." (artículo 427 del Código Civil).

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

I.- Bienes que adquiriera por su trabajo.

II.- Bienes que adquiriera por cualquier otro título. (artículo 428 del Código Civil).

" Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo." (artículo 429 del Código Civil).

" En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la midad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria-

potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto." (artículo 430 del Código Civil).

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

" La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo, se considera como donación." (artículo 432 del Código Civil).

" Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éstos, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad." (artículo 433 del Código Civil).

" El usufructo de los bienes concedidos a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo I, del Título VI, y además las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;

II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias;

III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos." (artículo 434 del Código Civil).

" Cuando por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes se le considerará respecto de

la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces." (artículo 435 del Código Civil).

" Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar - ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por -- más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos - años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, - acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en re presentación de los hijos." (artículo 436 del Código Civil).

" Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para ha cer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se desti nó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmue - ble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en una ins titución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial." (artículo 437).

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

I.- Por la emancipación derivada del matrimonio o la ma -

yor edad de los hijos;

II.- Por la pérdida de la patria potestad;

III.- Por renuncia." (artículo 438 del Código Civil).

" Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos." (artículo 439 del Código Civil).

" En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso." (artículo 440 del Código Civil).

" Los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso." (artículo 441 del Código Civil).

" Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen." (artículo 442 del Código Civil).

" El matrimonio produce, además de los efectos fundamentales ya mencionados, los siguientes:

1. La emancipación de los menores, como consecuencia natural derivada del matrimonio, consiste en el final anticipado de la patria potestad, o de la tutela, que obtienen los menores por el solo hecho de contraer matrimonio, adquiriendo así el gobierno de su-

persona y la administración de bienes. En nuestra legislación civil aún cuando el matrimonio se disuelva con posterioridad, el cónyuge emancipado que continúe siendo menor, no recaerá nuevamente en la patria potestad. El emancipado aunque tenga la libre administración de sus bienes, mientras sea menor necesitará:

a) Autorización judicial para la enajenación, gravámen o hipoteca de bienes raíces, y

b) Tutor para negocios judiciales.

2. La adquisición de la nacionalidad mexicana es el derecho que otorga nuestra Constitución al cónyuge extranjero de adquirir la nacionalidad mexicana al casarse con ciudadano mexicano y establecer su domicilio dentro de la República.

3. La sucesión refiérase al conjunto de derechos que la ley otorga al cónyuge que sobrevive, para heredar legítimamente, en caso de no existir testamento; en la proporción que la ley señale.

4. La tutela legítima del cónyuge que caiga en interdicción es la obligación y el derecho recíproco que la ley establece para el cuidado entre los cónyuges, tanto de sus personas como de sus bienes, cuando uno de ellos haya quedado incapacitado por enfermedad o vicios, por el tiempo que dure la causa de incapacidad. Así el esposo es el tutor legítimo de su mujer y ésta de él.

5. La suspensión de la prescripción es una consecuencia del matrimonio, en que la prescripción de las acciones y derechos que tenga el uno contra el otro no corre mientras dure el estado matrimonial.

6. La autorización judicial es indispensable para que los cónyuges puedan contratar entre ellos, para ser fiador uno del otro

y para obligarse solidariamente en asuntos que sean de interés exclusivo de uno; esta no debe ser concedida cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges. No se requiere para hacerse donaciones, otorgarse poder para actos de administración y dominio de pleitos y cobranzas, ni cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad.

Esta autorización no debe ser concedida cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges.

7. Las prestaciones derivadas de la seguridad social, son los derechos que adquieren los cónyuges por el matrimonio y que se encuentran contenidos en las leyes del IMSS, así como del ISSSTE.

8. La potestad marital es la consecuencia del matrimonio, que consiste en el sometimiento de la mujer casada a su marido, lo que impide disponer libremente de sus bienes y de comparecer en juicio. A partir de la equiparación de derechos entre el hombre y la mujer en nuestra legislación, esta consecuencia ha quedado abolida.

9. El mandato conyugal tácito es el nombre que se le ha dado al derecho de la mujer que se vea obligada a vivir separada de su marido, para obligarlo respecto de terceros que proporcionen alimentos para la familia. Este derecho se ha extendido al esposo imposibilitado de trabajar y que carezca de bienes.

10. El nombre de la mujer casada. Más que consecuencia jurídica, el uso por la mujer del apellido del marido es un uso social. No existe costumbre jurídica, a falta de legislación, que obligue a la mujer a llevar el apellido del esposo, pero es libre de hacerlo si así lo desea. Fundado en un uso social tampoco puede-

el marido impedir que la mujer lleve su apellido." (31)

2.6 SISTEMAS DE DIVORCIO

Para los maestros Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro, el divorcio es ". . . 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." (32)

Antonio de Ibarrola sostiene que: " El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los cónyuges. Divortium viene del verbo Divertere; irse cada quien por su lado. . .", continúa diciendo que; "Esta ruptura no puede tener lugar más que mediante la acción de la justicia y por las causas determinadas por la ley." (33)

Dice Chávez Asencio que: " El divorcio engendra un estado civil especial entre los divorciados, origina restricciones a sus respectivas capacidades para contraer nuevo matrimonio y produce, además, otras consecuencias en cuanto a la patria potestad y custodia del hijo, si pasa del estado de casado a divorciado. En cuanto a la posibilidad de contraer nuevo matrimonio, está la limitación de esperar un año para poder celebrar segundas nupcias, en caso de divorcio voluntario; en el contencioso el cónyuge culpable deberá esperar dos años. En cuanto a los hijos, el divorcio tiene dos consecuencias importantes, una durante la tramitación del juicio, y la

(31) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 79-80

(32) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 147

(33) De Ibarrola, op. cit., p. 334

segunda después al disolverse el vínculo, para determinar a cargo - de quien quedan los hijos. Una vez disuelto el vínculo matrimonial, la regla general que existía en el divorcio necesario de que el cónyuge culpable perdiera la patria potestad, fue cambiado dejando al juez la facultad de decidir sobre tan importante materia."(34)

Para Bonnecase, el divorcio " Es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial." (35)

Fernando Flores Gómez González, dice que: " Gramaticalmente la palabra divorcio significa separar, apartar; judicialmente es un acto mediante el cual se disuelve el vínculo conyugal, concluyendo desde luego el contrato matrimonial." (36)

Rafael de Pina dice que: " 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." (37)

Para el Doctor Galindo Garfias, " El divorcio es 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." (38)

(34) Chávez Asencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1990, p. 263-264

(35) Bonnecase, op. cit., p. 251

(36) Flores Gómez González Fernando, Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, prolog. Felipe López Rosado, 2a. ed., México, - Ed. Porrúa, S.A., 1978, p. 99

(37) De Pina, op. cit., p. 338

(38) Galindo Garfias, op. cit., p. 597

Para Moto Salazar, " Por divorcio debemos entender la disolución del vínculo legal del matrimonio, en vida de los esposos, por virtud de una resolución de la autoridad judicial." (39)

Para Raquel Gutiérrez Aragón y Rosa María Ramos, " El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial que permite a los cónyuges contraer nuevo matrimonio." (40)

Para Ramírez Valenzuela, " El divorcio es la forma legal de disolver la unión matrimonial celebrada mediante el contrato de matrimonio." (41)

Para Eduardo Pallares, " El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros." (42)

Mazzinghi define al divorcio como, " El acto jurisdiccional basado en hechos que impliquen la violación de obligaciones personales emanadas del matrimonio, y que tiene por efecto el emplazamiento de ambos cónyuges en un nuevo estado civil, manteniendo el vínculo que los liga, y algunos efectos propios del matrimonio, y suspendiendo indefinidamente otros." (43)

(39) Moto Salazar Efraín, Elementos de Derecho Civil, 38a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1992, p. 173

(40) Gutiérrez Aragón Raquel y Rosa María Ramos Verástegui, Esquema Fundamental del Derecho Mexicano, 3a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A. 1978, p. 194

(41) Ramírez Valenzuela Alejandro, Elementos de Derecho Civil, México, Ed. Limusa, S.A. de C.V., 1988, p. 89

(42) Pallares Eduardo, El Divorcio en México, 6a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1991, p. 36

(43) Mazzinghi Jorge Adolfo, Derecho de Familia, T. III, Divorcio - Filiación- Adopción- Patria Potestad, Argentina, Ed. Abeledo Perrot S.A., 1981, p. 49

ESTA TESIS NO PUEDE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Nuestro Código Civil vigente, en su artículo 267, establece que: " El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

En efecto, el divorcio es un caso de excepción y no un estado general; por lo mismo es necesario verlo solo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo.

Así las cosas, por divorcio debemos entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad competente.

Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, clasifican el divorcio de la siguiente manera:

- | | | |
|--|---|---|
| 1. Por los efectos que produce | { | a) Divorcio vincular |
| | | b) Divorcio por simple - separación de cuerpos |
| 2. Por la forma de obtenerlo , considerando el papel de la voluntad de los esposos | { | a) Divorcio unilateral o repudio |
| | | b) Divorcio por mutuo - consentimiento |
| | | c) Divorcio causal, necesario o contencioso, el cual a su vez se divide en:
Divorcio sanción y Divorcio remedio. |

DIVORCIO VINCULAR. Llamado también divorcio pleno, que es precisamente aquél que rompe el vínculo matrimonial y deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias.

DIVORCIO POR SIMPLE SEPARACION DE CUERPOS. Llamado también divorcio menos pleno, que es aquél que no permite la celebración de un nuevo matrimonio en tanto únicamente suspende a los cónyuges la obligación de vivir juntos, subsistiendo las otras obligaciones derivadas del matrimonio, como el deber de fidelidad. Este último no es en realidad un divorcio sino solo un estado en el que los esposos han sido dispensados de las obligaciones de cohabitación y débito carnal.

DIVORCIO UNILATERAL O REPUDIO. Es aquél en el que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio.

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, VOLUNTARIO O POR MUTUO DISENSO. Es aquél que requiere del acuerdo voluntario de ambos cónyuges para poner fin al matrimonio, sin tener que invocar causa alguna; pueden existir causas para la separación, pero éstas se ocultan, generalmente para beneficio de los hijos.

DIVORCIO CAUSAL, NECESARIO O CONTENCIOSO. Es aquél que requiere de la existencia de una causa o razón suficientemente grave que haga imposible o al menos difícil la convivencia conyugal; la acción se otorga al esposo que no hubiere dado causa para el divorcio. Y cuando, sin culpa de alguno de los esposos, la vida en común se deteriore por enfermedad, impotencia o locura, también se tiene la facultad de disolver el vínculo matrimonial. En este caso, la acción se concede al cónyuge sano.

DIVORCIO SANCION. En el se supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio, y el divorcio, la sanción que se aplica al culpable; por ello, la acción corresponde al cónyuge inocente, quien es libre de ejercitarla, perdonar o permiti-

tir que la acción prescriba.

DIVORCIO REMEDIO. En el no puede hablarse de cónyuge culpable, pues no le es imputable la causal, como es el caso de las enfermedades graves, contagiosas e incurables, como por ejemplo la impotencia o la locura, pero siendo éstos motivos para no poder llevar a cabo una convivencia normal, se dá la acción a los cónyuges para poner fin a la relación." (44)

También se consideran causales remedio en nuestro Código Civil:

1. La falta de convivencia de los cónyuges por más de dos años (incluyendo los casos de declaración de ausencia y presunción de muerte).

2. El hecho de que alguno de los cónyuges hubiere demandado la nulidad del matrimonio o el divorcio, y su demanda haya sido desestimada o se hubiere desistido de la acción. En este caso puede no haber culpable por haber obrado creyendo tener causa.

En efecto, el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, aún vigente, estableció como regla y de manera general el divorcio vincular y, como excepción, el divorcio por separación de cuerpos, en los casos de enfermedad crónica e incurable, impotencia o enajenación mental. El cónyuge sano que no desee pedir el divorcio puede optar por la separación, permaneciendo subsistentes las demás obligaciones del matrimonio. La misma situación se dá cuando alguno de los esposos se traslade a país extranjero o a lugar insalubre o indecoroso.

(44) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 147-150

Concretizando podemos decir que nuestro derecho mexicano- contempla tres sistemas de divorcio los cuales se encuentran regula dos por los artículos 266 al 291 del Código Civil para el Distrito- Federal y del 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles vigen te en el Distrito Federal, sistemas de divorcio que serán desarro llados en los siguientes puntos.

Pues bien, nuestro Código Civil ofrece dos vías para obtu ner el divorcio por mutuo consentimiento que son: a) la administra tiva y b) la judicial, las cuales se desarrollan a continuación.

2.6.1 DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO ADMINISTRATIVO

El divorcio es procedente por la vía administrativa cuan do los cónyuges:

- a) sean mayores de edad.
- b) No tengan hijos ni la mujer se encuentre en estado de- gravidez.
- c) Se hayan casado por separación de bienes o hayan liqui dado la sociedad conyugal, si por este régimen se casaron.
- d) Tengan como mínimo un año de casados a partir de la ce lebración del matrimonio.

El divorcio voluntario por la vía administrativa se trami ta ante el Juez del Registro Civil a que corresponda el domicilio - conyugal.

El artículo 272 del Código Civil establece que: " Cuando- ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad con-

yugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio, y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificar a los quince días.

Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantándose el acta respectiva y haciendo las anotaciones correspondientes en la del matrimonio anterior.

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

2.6.2 DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL

El divorcio voluntario por la vía judicial se tramita ante el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal.

PROCEDIMIENTO

Para su tramitación, deberá presentarse la demanda respectiva la cual solo podrá ser cursada por los interesados y acompaña-

da del convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, - en el que se fijará la situación de los cónyuges, hijos y bienes, - durante el procedimiento y después de decretado el divorcio.

El juez citará a los solicitantes para la celebración de dos juntas de avenencia, a las cuales deberán concurrir los esposos sin asesores, en cada una de ellas el juez los exhortará a meditar acerca del paso que pretenden dar, y procurará avenirlos para que desistan del divorcio.

El juez dictará sentencia en el caso que los solicitantes insistan en divorciarse y si el convenio llena los requisitos legales.

Si a consecuencia de la exhortación del juez o antes o después, en cualquier estado del juicio pero antes de la sentencia, los cónyuges deciden reconciliarse, el procedimiento queda sin efecto por desistimiento de las partes, y como efecto de ello no podrán intentar un nuevo juicio de divorcio voluntario sino hasta pasado un año desde su reconciliación.

El artículo 267, fracción XVII del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece lo siguiente:

" Artículo 267.- Son causas de divorcio. . .XVII.- El mutuo consentimiento."

Por su parte el artículo 272 en su último párrafo establece 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."

Pues bien, en líneas anteriores ya sintetizamos el proce-

dimiento para este tipo de divorcio.

El artículo 273 determina que: ". . . los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, estarán obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

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

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

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

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

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

" Artículo 274.- El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio."

El artículo 288 en sus párrafos segundo y tercero, establece que: ". . . en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de -

duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. . . El mismo derecho señalado en el párrafo anterior - tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato."

" Artículo 289.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. . . Para que los cónyuges que se divorcien voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio."

Cuando alguno de los divorciantes es menor de edad, emancipado por razón del matrimonio, este debe estar asistido en el juicio por un tutor legítimo, es decir, de un pariente.

Para ejemplificar esta parte de mi investigación, a continuación presento una demanda de divorcio voluntario de tipo judicial, con su respectivo convenio, en el cual se establece la forma de garantizar los alimentos para los hijos:

PEREZ TORRES OSCAR
Y
AMALIA OLGUIN SANCHEZ
DIVORCIO POR MUTUO =
CONSENTIMIENTO.
EXPEDIENTE NUMERO:
SECRETARIA:

C. JUEZ EN MATERIA FAMILIAR EN
TURNO DEL DISTRITO FEDERAL.
P R E S E N T E .

OSCAR PEREZ TORRES y AMALIA OLGUIN SANCHEZ, promoviendo - por nuestro propio derecho y señalando como domicilio para oír notificaciones, aún las de carácter personal, así como para recibir toda clase de documentos, el ubicado en Despacho número 2, de la ca--

sa 158, en la Avenida Insurgetes Sur, Colonia San Pedro de los Pi
nos, Delegación Miguel Hidalgo, en esta Ciudad, Código Postal 13400
autorizando al efecto a la Licenciada Ernestina González Buendía, -
ante Usted respetuosamente comparecemos a exponer:

Que por este conducto comparecemos ante su Señoría a soli
citar POR MUTUO CONSENTIMIENTO LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMO =
NIAL QUE NOS UNE y para los efectos legales a que haya lugar, anexa
mos a esta solicitud el convenio a que alude el artículo 273 del C
ódigo Civil para el Distrito Federal, basádo nuestra petición en -
los siguientes hechos y preceptos de derecho:

H E C H O S

1. Con fecha 20 de abril de 1980, contrajimos matrimonio-
civil, bajo el régimen de sociedad conyugal, ante el Juzgado Treinta
del Registro Civil, como lo acreditamos con la copia certificada
del acta de matrimonio que anexamos a esta solicitud de divorcio.

2. Durante nuestra vida marital procreamos a un hijo que-
responde al nombre de LUIS PEREZ OLGUIN, quien a la fecha cuenta -
con ocho años de edad, como lo acreditamos con el acta de nacimien-
to que anexamos a esta solicitud de divorcio.

3.- Nuestro último domicilio conyugal lo establecimos en-
la Calle de Galeana número 256, Departamento 5, en la Colonia Izta-
palapa, Delegación Alvaro Obregón, en el Distrito Federal, lo que -
hacemos de su conocimiento para todos los efectos legales a que ha-
ya lugar.

4. La divorciante AMALIA OLGUIN SANCHEZ, manifiesta bajo-
protesta de decir verdad que no se encuentra encinta y que no le -
afecta ningún síntoma de gravidez, lo que hace del conocimiento de-
Usted C. Juez, para los efectos legales conducentes.

5.- Ambos divorciantes manifiestan a su Señoría bajo pro-
testa de decir verdad que durante el tiempo en que estuvo vigente -
la sociedad conyugal, no adquirieron ningún bien mueble ni inmueble
motivo por el cual no existe liquidación alguna por tramitar, sien-
do ésta la razón por la cual no se presentan inventarios ni avalúos
ni liquidadores, lo que se hace de su conocimiento para los efectos
legales conducentes.

6. Acudimos ante Usted en la presente vía solicitando por
mutuo consentimiento la disolución del vínculo matrimonial que nos-
une, toda vez que la vida en común entre nosotros ya no es posible,
siendo este el motivo por el cual optamos por la separación defini-
tiva de nuestras vidas, con el objeto de no dar un mal ejemplo a -
nuestro menor hijo y en bien de la sociedad, quedando plasmada nues-
tra conformidad en el convenio que se anexa, acorde a lo estableci-
do por el artículo 273 del Código Civil vigente en el Distrito Fede-
ral.

D E R E C H O

Sirve de fundamento a la presente solicitud de divorcio, - lo dispuesto por los artículos 266, 267 fracción XVII, 272 último párrafo, 273, 274, 288, 303 y demás relativos y aplicables del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Norman el procedimiento los numerales 674, 675, 676, 680- y concordantes del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal.

Por lo anteriormente expuesto y fundado:
A USTED C. JUEZ, atentamente pedimos:

PRIMERO. Tenernos por presentados mediante este escrito, - solicitando POR MUTUO CONSENTIMIENTO la disolución del vínculo matrimonial que nos une.

SEGUNDO. Para todos los efectos legales a que haya lugar, tener por anexado el convenio a que alude el artículo 273 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

TERCERO. Dar la intervención que corresponda al C. Agente del Ministerio Público adscrito a ese Juzgado, a efecto de que manifieste lo que a su Representación Social compete.

CUARTO. Tener por anexadas las copias certificadas de las actas de matrimonio y nacimiento a que hacemos referencia en esta solicitud de divorcio.

QUINTO. En su oportunidad y previos los trámites de ley, - señalar día y hora a efecto de que tenga verificativo la celebración de la primera junta de avenencia a que alude el artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles.

A T E N T A M E N T E

México, Distrito Federal a los dos días del mes de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

AMALIA OLGUIN SANCHEZ

OSCAR PEREZ TORRES

CONVENIO QUE PARA DAR CUMPLIMIENTO A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO =
273 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL, CELEBRAN LOS =
SEÑORES OSCAR PEREZ TORRES Y AMALIA OLGUIN SANCHEZ, EN RELACION A =
LA SOLICITUD DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO TRAMITADO POR AM=
BOS ANTE EL C. JUEZ DE LO FAMILIAR EN TURNO, CONVENIO QUE SUJETAN =
AL TENOR DE LAS SIGUIENTES:- - - - -

- - - - - C L A U S U L A S - - - - -

PRIMERA. Ambos divorciantes ejercerán la patria potestad respecto -
de su menor hijo LUIS PEREZ OLGUIN, con el conjunto de de-
rechos y obligaciones que les corresponden, tanto durante
el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.

SEGUNDA. Ambos divorciantes expresan su conformidad en que el menor
LUIS PEREZ OLGUIN, permanezca bajo la guarda y custodia de
su madre, señora AMALIA OLGUIN SANCHEZ, tanto durante el -
procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.--

TERCERA. El señor OSCAR PEREZ TORRES, se compromete y obliga a en -
tregar a la divorciante AMALIA OLGUIN SANCHEZ, la cantidad
de \$ 500,000.00 (QUINIENTOS MIL PESOS 00/100 M.N.) quince-
nales, por concepto de pensión alimenticia para su menor -
hijo LUIS PEREZ OLGUIN, esto tanto durante el procedimien-
to, como después de ejecutoriado el divorcio, suma de dine-
ro que se le entregará a la divorciante, previa la entrega
del recibo correspondiente.- - - - -

CUARTA. Para efecto de dar cumplimiento con lo dispuesto por el ar-
tículo 317 del Código Civil vigente en el Distrito Federal
y con el objeto de garantizar el pago de la pensión alimen-
ticia mencionada en la cláusula que antecede, anexo a este
convenio, una Póliza de Fianza, expedida por Afianzadora -
Mexicana, S.A., y con la cual se garantiza la pensión ali-
menticia en mención, por el término de dos años contados a
partir de esta fecha, con la aclaración de que el divor- -
ciante se compromete y obliga a renovar dicha fianza cada-
dos años, hasta la mayoría de edad del hijo de matrimonio-
continuando con dicha pensión si el menor prosigue sus es-
tudios.- - - - -

QUINTA. La casa que servirá de habitación para la divorciante AMA-
LIA OLGUIN SANCHEZ y a su menor hijo LUIS PEREZ OLGUIN, se-
rá la ubicada en el número cinco de la Calle Orquídea, Co-
lonia Country Club, tanto durante el procedimiento, como -
después de ejecutoriado el divorcio.- - - - -

SEXTA. La casa que servirá de habitación al divorciante OSCAR PE-
REZ TORRES, será el ubicado en la Calle Jardín del Edén nú-
mero 41, en la Colonia Prado Churubusco, tanto durante el-
procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio. -

- SEPTIMA. Para los efectos del artículo 288 párrafo segundo del Código Civil, se hace del conocimiento de su Señoría que la divorciante AMALIA OLGUIN SANCHEZ, no recibirá pensión alimenticia ni durante el procedimiento, ni después de ejecutoriado el divorcio, ya que ésta presta sus servicios como secretaria en la Procuraduría Federal del Consumidor, en donde obtiene ingresos suficientes y bastantes para proveerse por sí misma de sus propias necesidades.- - - - -
- OCTAVA. Ambos divorciantes manifestamos a su Señoría, bajo protesta de decir verdad, que durante el tiempo en que estuvo vigente la sociedad conyugal, no adquirimos ningún bien mueble ni inmueble, motivo por el cual no existe sociedad alguna que liquidar.- - - - -
- NOVENA. Ambos divorciantes expresan su conformidad en que el señor OSCAR PEREZ TORRES, podrá ver y convivir con su menor hijo LUIS PEREZ OLGUIN, los días sábados de cada semana, para lo cual se compromete y obliga a pasar a recoger al menor al domicilio mencionado en la cláusula QUINTA de este convenio a las ocho de la mañana y regresarlo a las dieciocho horas.- - - - -
- DECIMA. Ambos divorciantes están de acuerdo en que el señor OSCAR PEREZ TORRES, podrá ver y convivir con su menor hijo durante todo un período de vacaciones al año, para lo cual los divorciantes fijarán de común acuerdo el número de días y el período vacacional para la convivencia.- - - - -
- DECIMA PRIMERA. Para el caso de que alguno de los divorciantes o ambos deseen cambiar sus domicilios de los mencionados en las cláusulas QUINTA y SEXTA de este convenio, se comprometen y obligan a comunicarse mutuamente dicho cambio de domicilio con quince días de anticipación, lo anterior para no perjudicar la convivencia entre padres e hijo, así como para tomar las medidas pertinentes respecto del pago de alimentos.- - - - -
- DECIMA SEGUNDA. La educación del menor quedará a juicio de ambos divorciantes, quienes antes del inicio del Ciclo Escolar, se pondrán de acuerdo respecto de las Escuelas a que deba asistir su menor hijo.- - - - -
- DECIMA TERCERA. Ambos divorciantes se comprometen y obligan a no dar malos ejemplos, ni denigrarse u ofenderse enfrente de su menor hijo, a quien no le darán malos ejemplos, ni tampoco le inculcarán falta de respeto para ninguno de sus padres.- - - - -

OSCAR PEREZ TORRES

AMALIA OLGUIN SANCHEZ

2.6.3 DIVORCIO NECESARIO JUDICIAL

El divorcio es un mal necesario, cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o en extremo imposible la vida en común, se permite la ruptura del vínculo.

Las causas de divorcio siempre han sido específicamente de terminadas, y por ello se le denomina divorcio causal o necesario.- El orden jurídico solo ha considerado como causas de divorcio aquellas que por su gravedad impiden la normal convivencia de la pareja.

Todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de ahí que en todo juicio haya generalmente cónyuge inocente, (que no siempre es el actor) y uno culpable (que no siempre es el demandado). Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal, por ejemplo uno demanda por abandono y el otro reconviene por injurias o sevicia, ambos pueden ser culpables o inocentes según la causal invocada.

Existen otras causales que, aunque no impliquen falta a los deberes conyugales hacen que la vida en común sea difícil, como por ejemplo las enfermedades o vicios.

A continuación entraremos al estudio de las causales de divorcio, de acuerdo a nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal.

CAUSALES DE DIVORCIO

" Clasificamos las causales de divorcio que consigna el -
Código Civil, como lo hace el maestro Rojina Villegas:

1. Causales que implican delitos, en contra del otro cónyu
ge, los hijos o tercero.
2. Causales que constituyen hechos inmorales.
3. Causales violatorias de los deberes conyugales.
4. Causales consistentes en vicios.
5. Causales originadas en enfermedades.
6. Causales que implican rompimiento de la convivencia." -

(45)

Nuestro Código Civil en su artículo 267, establece que: --

" Son causales de divorcio:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyu-
ges;

II.- El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimo
nio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judi
cialmente sea declarado ilegítimo;

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer,-
no solo 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 carna -
les con su mujer;

IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al-
otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia car-
nal;

(45) Baqueiro Rojas, op. cit., p. 163, 165

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 separó entable la demanda de divorcio;

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la depresunción 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 168;

XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra

el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

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

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

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

XVII.- El mutuo consentimiento;

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

De las anteriores causales de divorcio, las principales y más frecuentes son las siguientes:

1. Adulterio. Consiste en la relación sexual, acceso carnal que uno de los esposos tiene con persona distinta de su cónyuge.

Esta causal corresponde a la violación del deber de fidelidad que se han de guardar los esposos.

Nuestro Código Civil vigente no hace distinciones entre el adulterio del varón y el de la mujer. En los Códigos de 1870 y de 1884 el adulterio de la mujer siempre era causal de divorcio, mientras que para que el adulterio del varón fuera causal de divorcio -

era necesario que se realizara con escándalo (públicamente), en el domicilio conyugal, constituyera concubinato (teniendo casa de forma permanente con la concubina), o que la adúltera ofendiera a la mujer legítima.

Actualmente el adulterio de cualquiera de los esposos constituye delito cuando se realiza con escándalo o en el domicilio conyugal entendiéndose por escándalo la exhibición pública de la relación adulterina afrentosa para el cónyuge inocente.

Para que el adulterio surta efectos penales se requiere -- querrela del cónyuge inocente, y solo se castiga el adulterio consumado, no así la tentativa, aún siendo notoria la intención. Para -- que surta efectos civiles, ya que viola el deber de fidelidad, solo se requiere de la intimidad afectiva con tercero aunque el acto -- sexual no se realice o sea imposible probarlo.

2. Injurias graves. De acuerdo con nuestro Código Penal, -- consisten en toda expresión o acción ejecutada para manifestar desprecio a otro. Esta causal viola el derecho al buen trato y la cortesía que debe prevalecer en toda relación humana, y con mayor razón entre personas que hacen vida en común. La injuria que puede expresarse en palabras o actitudes, y queda a juicio del juez la calificación de su gravedad; es por eso que el juez debe conocerlas tal y como se dijeron, o como se realizaron los hechos. Sin embargo, depende del tipo de cultura o medio socioeconómico que determinadas -- palabras o actitudes constituyen injurias, lo que para otros equivale a un trato normal.

La negativa al débito carnal sin causa grave, la excesiva intimitad con terceros, la conducta escandalosa, la falta de asisten

cia (abandono en caso de enfermedad o penas aflictivas), sin estar consideradas como causales de divorcio de forma específica, son conductas ofensivas hacia el otro cónyuge y, por lo mismo, injuriosas. Dada su gravedad pueden llegar a constituir causa de divorcio, aunque no aparezcan específicamente señaladas como tales.

3. Sevicia. Consiste en la crueldad excesiva. Como causal de divorcio, se da cuando uno de los cónyuges, dejándose arrastrar por brutales inclinaciones, ultraja de hecho al otro, trasponiendo los límites del recíproco respeto que supone la vida en común. Al igual que las injurias, viola el derecho al buen trato y la cortesía.

4. Amenazas. Consiste en el atentado contra la libertad y seguridad de las personas, al dar a entender, con actos o con palabras, que se quiere hacer mal al otro, poniendo en peligro su vida, su integridad personal o sus bienes.

En su artículo 267, fracción XI, nuestro Código Civil comprende estas tres figuras y establece que la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para otro son causales de divorcio, ya que implican la imposibilidad de hacer vida en común, aunque no lleguen a tipificar los delitos regulados por el Código Penal.

5. Abandono. Consiste en el hecho de dejar en desamparo a las personas, incumpliendo las obligaciones derivadas del vínculo conyugal o filial.

El abandono del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada, es causal de divorcio. Si hay una causa para la separación (enfermedad grave que obligue a estar hospitalizado,

el servicio público o militar) no existirá el abandono. Esta causal es violatoria del deber de convivencia y cohabitación.

Cuando la causa de la separación del hogar conyugal se basa en una causal de divorcio, el cónyuge inocente debe intentar la acción de divorcio, dentro de los seis meses siguientes; de no haberlo esta prescribirá y no tendría razón de estar separado. Si la separación se prolonga sería injustificada y se incurriría en abandono. Esta es la razón a la que alude la fracción IX del artículo 267, donde se establece que es causal de divorcio ". . . La separación del hogar conyugal, originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio."

No debe confundirse el deber de cohabitación con el deber de socorro o asistencia, pues el cónyuge que abandona el hogar, aunque cumpliera con entregar lo necesario para la alimentación y cuidado de la familia, estaría violando el deber de convivencia.

La falta de cumplimiento del deber de ayuda, socorro y alimentos se contempla en la fracción XII del artículo 267, que determina que es causal de divorcio ". . . La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

" Artículo 164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley estable

ce, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar."

" Artículo 168.- El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente."

Por su parte el artículo 336 del Código Penal para el Distrito Federal, establece:

" Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión o de 180 a 360 días multa, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado."

Asimismo el artículo 336 bis del Código Penal establece que: " Al que dolosamente se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años. El juez resolverá la aplicación del producto del

trabajo que realice el agente a la satisfacción de las obligaciones alimentarias de éste."

La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado es causal de reciente-creación en nuestro Código Civil. Esta causal puede ser invocada - por cualquiera de los cónyuges, aún por el culpable del rompimiento. Se basa en el supuesto de que después de un tiempo de vivir separados, ya no existe estado matrimonial.

Esta causal es distinta de la de abandono, pues puede darse de común acuerdo entre los esposos y no existir cónyuge culpable. Además, puede ser bilateral. No sucede lo mismo en el abandono, en el que habrá un cónyuge inocente y otro culpable. Pues el abandono es siempre unilateral.

CAUSALES DE DIVORCIO MENOS FRECUENTES

1. La impotencia para la cópula, así como las enfermedades crónicas e incurables, es causal de divorcio, pero también impedimento para efectuar el acto matrimonial. La acción que procede depende de si la enfermedad es anterior o posterior al matrimonio; en el caso de que sea anterior procede la nulidad y, si es posterior, el divorcio.

No debemos confundir la impotencia para la cópula con la esterilidad en que puede tener lugar la cópula pero sin posibilidad de fecundación.

2. Las enfermedades que nuestro Código Civil señala como causales de divorcio deben entenderse como enfermedades crónicas, -

incurables, contagiosas y hereditarias. Aunque sigue considerando - como tales a la tuberculosis y a la sífilis, en virtud de que la - ciencia médica ha encontrado métodos para curarlas, creemos que dejaron de ser causales de divorcio por no reunir ya las características señaladas.

Respecto a esta causal, el cónyuge que no quiera pedir el divorcio, el Código le da opción para obtener su separación de cuerpos mientras exista la enfermedad suspendiendo el deber de cohabitación, pero dejando subsistentes las otras obligaciones y derechos - del matrimonio.

3. La enajenación mental como causal de divorcio tiene el mismo tratamiento que las otras enfermedades; pero requiere la previa declaración de interdicción del enfermo.

4. El alcoholismo, la drogadicción y los hábitos de juego - son considerados causales de divorcio cuando constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal. No basta una o varias experiencias espaciadas; se requiere que la conducta sea frecuente.

A continuación señalo las diversas etapas que comprende el Juicio Ordinario Civil de Divorcio Necesario:

1. El juicio ordinario civil de divorcio necesario se inicia con la demanda, misma que deberá contener:

" I.- El tribunal ante el que se promueve;

II.- El nombre del actor y la casa que señale para oír - notificaciones;

III.- El nombre del demandado y su domicilio;

IV.- El objeto u objetos que se reclamen, con sus accesorios;

V.- Los hechos en que el actor funde su petición, numerándolos y narrándolos **sucintamente** con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa;

VI.- Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables;

VII.- El valor de lo demandado si de ello depende la competencia del juez." (artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles)

2. " Presentada la demanda con los documentos y copias prevenidos, se correrá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga, y se les emplazará para que la contesten dentro de nueve días." (artículo 256 del Código de Procedimientos Civiles)

3. " El demandado formulará la contestación en los términos prevenidos para la demanda.

Las excepciones que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fueren supervinientes.

En la misma contestación propondrá la reconvencción en los casos en que proceda. . ." (artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles)

4. " El demandado que oponga reconvencción o compensación, lo hará precisamente al contestar la demanda y nunca después; y se dará traslado del escrito al actor, para que conteste en el término de seis días." (artículo 272 del Código de Procedimientos Civiles-para el Distrito Federal)

5. " Una vez contestada la demanda y en su caso la recon -
vención el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebra -
ción de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez -
días siguientes dando vista a la parte que corresponda con las --
excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de
tres días. . .En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audien -
cia proseguirá y el juez, que dispondrá de amplias facultades y di -
rección procesal, examinará, en su caso, las excepciones de conexi -
dad, litispendencia y cosa juzgada, con el fin de depurar el proce -
dimiento." (artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles)

6. " El juez mandará recibir el pleito a prueba en el caso
de que los litigantes lo hayan solicitado, o de que él la estime ne -
cesaria. Del auto que manda a abrir a prueba el juicio no hay más -
recurso que el de responsabilidad; aquél en que se niegue, será ape -
lable en el efecto devolutivo. " (artículo 277 del Código de Proce -
dimientos Civiles)

7. " El período de ofrecimiento de pruebas es de diez días
que empezarán a contarse desde el día siguiente al de la notifica -
ción del auto que manda a abrir el juicio a prueba." (artículo 290
del Código de Procedimientos Civiles)

8. " Para conocer la verdad sobre los puntos controverti -
dos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o ter -
cero o de cualquiera cosa o documento, ya sea que pertenezca a las -
partes o a un tercero, sin más limitación que la de las pruebas no -
estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral. " (ar -
tículo 278 del Código de Procedimientos Civiles)

9. " La ley reconoce como medios de prueba, los siguientes;

I.- La confesión. (artículo 308 al 326 del Código Procesal).

II.- Prueba instrumental. (artículos 327 al 345 del Código Procesal).

III.- Prueba pericial. (artículos 346 al 353 del Código Procesal).

IV.- Reconocimiento o inspección judicial. (artículos 354 al 355 del Código Procesal)

V.- Prueba testimonial. (artículos 356 al 372 del Código Procesal)

VI.- Fotografías, copias fotostáticas y demás elementos. - (artículos 373 al 375 del Código Procesal)

VII.- De las presunciones. (artículos 379 al 383 del Código Procesal)

10. " Antes de la celebración de la audiencia, las pruebas deberán prepararse con toda oportunidad para que en ella puedan recibirse." (artículo 385 del Código Procesal)

11. " Las pruebas ya preparadas se recibirán, dejando pendientes para la continuación de la audiencia las que no lo hubieren sido." (artículo 388 del Código Procesal)

12. " Concluida la recepción de las pruebas, el tribunal - dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados, primero el actor y luego el demandado; el Ministerio Público alegará también en los casos en que intervenga . . . " (artículo - 393 del Código Procesal)

13. Una vez producidos los alegatos por las partes, y no habiendo pruebas pendientes de desahogo, se turnará el expediente -

al juez para que dicte la sentencia que en derecho corresponda.

14. Dictada la sentencia y notificada legalmente a las partes, si éstas no interpusieron recurso alguno en su contra dentro del término que establece el artículo 691 del Código de Procedimientos Civiles, a petición de parte o de oficio, (artículo 427 fracción II, en relación con el 428 último párrafo del Código de Procedimientos Civiles), se dictará auto mediante el cual se declare que la sentencia definitiva ha causado ejecutoria.

15. En caso de que alguna de las partes interponga recurso de apelación en contra de la sentencia, éste será remitido a la Sala que corresponda del Tribunal Superior de Justicia, a efecto de que ante ésta se substancie el recurso.

16. El recurso de apelación tiene por objeto que el Superior confirme, revoque o modifique la resolución del inferior.

Admitido el recurso de apelación, la Sala del Tribunal mandará poner a la disposición del apelante los autos, por seis días, en la Secretaría, para que exprese agravios. Del escrito de expresión de agravios se correrá traslado a la contraria por otros seis días, durante los cuales estarán los autos a disposición de ésta para que se imponga de sellos.

Una vez contestados los agravios o perdido el derecho de hacerlo, serán citadas las partes para sentencia.

17. Si alguna de las partes no estuviere conforme con la sentencia de la Sala, tendrá el derecho de promover Juicio de Amparo dentro del término de quince días que se contarán desde el día siguiente al en que haya surtido efectos la notificación al quejoso de la resolución o acuerdo que reclame. (artículo 21 de la Ley de

Amparo)

18. Si el quejoso o los terceros perjudicados no estuvie -
ren conformes con la sentencia dictada en el Juicio de Garantías, -
tienen el derecho de interponer el Recurso de Revisión ante los Tri -
bunales correspondientes dentro del término de diez días contados -
desde el día siguiente al en que surta sus efectos la notificación -
de la resolución recurrida. Las sentencias que pronuncien los Tribu -
nales que hayan conocido del citado recurso de revisión, no admitti -
rán recurso alguno. (artículos 85 y 86 de la Ley de Amparo)

CAPITULO TERCERO

EFFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO A LA PATRIA POTESTAD

3.1 CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

Iniciamos el estudio de este capítulo, con el concepto de lo que es la patria potestad, la cual se encuentra constituida por la relación jurídica nacida de la paternidad, cuyos sujetos son - los padres he hijos, abuelos y totures en su caso.

Pues bien, la patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con la finalidad 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 nacidos fuera de el o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).

También es conveniente saber que, repasando lo acaecido -- en épocas antiguas, podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que es en Roma, realmente donde existió la patria potestad, porque aun cuando hoy existe una institución que conserva aquél nombre y que se refiere a relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquéllas.

Lo manifestado en el párrafo que antecede, se corrobora con los conceptos que de esta figura jurídica denominada patria potestad, nos proporcionan diversos autores, a los que enseguida haremos referencia.

El maestro Galindo Garfias, nos hace saber que, desde su punto de vista, la patria potestad ". . . es un conjunto de poderes deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere. . . Así, la patria potestad está constituida por un conjunto de poderes; para colocar a los titulares de la patria potestad, en la posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto de los hijos. La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentra en una situación de oposición, puesto que el poder, se ha conferido para el cumplimiento de un deber." (1)

(1) Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil Primer Curso, Parte General, Personas, Familia, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1994, p. 689

Bonniecace conceptúa a la patria potestad 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." (2)

Para Soto Alvarez, la patria potestad es ". . . el poder que los ascendientes ejercen sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad, hasta que lleguen éstos a la mayor edad o se emancipen." (3)

Fernando Flores Gómez, considera que la patria potestad es ". . . el conjunto de derechos y deberes concedidos por la ley de los ascendientes sobre la persona y bienes de los sujetos a ella, mientras éstos son menores." (4)

Para el maestro Rafael de Pina, la patria potestad es el ". . . el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria." (5)

Para Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, la patria potestad es ". . . el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidas por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos

(2) Bonniecace Julian, Tratado Elemental de Derecho Civil, tr. Enrique Figueroa Alfonso, México, ED. Harla, S.A. de C.V., 1993, p. 185

(3) Soto Alvarez Clemente, Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil, 3a. ed., México, Ed. Limusa, S.A. de C.V., 1985, p. 120

(4) Flores Gómez González Fernando, Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, prolog. Felipe López Rosado, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1978, p. 119

(5) De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, vol. I, -- 17a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1992, p. 373

desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período." (6)

Antonio de Ibarrola conceptúa a la patria potestad ". . .- como una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad." (7)

Dice López del Carril, que la patria potestad ". . .es el conjunto de deberes y derechos naturales y sociales reconocidos por las leyes, que competen a los padres sobre cada uno de sus hijos menores de edad y mientras éstos no se hayan emancipado u obtenido habilitación." (8)

Mazzinghi, dice que ". . .patria potestad es el conjunto - de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, desde la concepción de éstos, y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado." (9)

Juan Antonio González, la define como " El poder que los ascendientes ejercen sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad hasta que llegan éstos a la mayoría de edad o se emancipan." (10)

El maestro Moto Salazar dice que la patria potestad ". . . es el conjunto de derechos que la ley concede a los ascendientes --

(6) Baqueiro Rojas Edgar y Rosalía Buenrostro Báez, Derecho de Familia y Sucesiones, México, Ed. Harla, S.A. de C.V., 1990, p. 227

(7) De Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, 4a. ed., México, Ed. - Porrúa, S.A., 1993, p. 441

(8) López del Carril J. Julio, Patria Potestad, Tutela y Curatela, - eds. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 6

(9) Mazzinghi Jorge Adolfo, Derecho de Familia, vol. III, Argentina Ed. Abeledo Perrot, S.A., 1981, p. 411

(10) González Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, 7a. ed., México, Ed. Trillas, S.A. de C.V., 1990, p. 79-80

sobre la persona y bienes de sus descendientes, mientras éstos son menores." (11)

Para el maestro Ramírez Valenzuela, la patria potestad - -
". . . es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen, en primer lugar, los padres, respecto a los hijos menores de edad, a falta de los padres ejercerán la patria potestad los ascendientes más próximos al menor." (12)

Nora Lloveras, entiende a la patria potestad como ". . . la regulación jurídica de los deberes y derechos que se reconocen a -
los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores en una so
cidad determinada." (13)

Por su parte el Doctor Luis Muñoz, dice que ". . . la pa -
tria potestad debe ser una institución en beneficio de los hijos, -
deben cooperar en su ejercicio el padre y la madre. . ." (14)

Asimismo Peniche López dice que "Se da el nombre de patria potestad al poder que tienen los ascendientes sobre la persona y -
bienes del menor, en tanto alcanza la edad y discernimiento para -
conducirse y administrar sus derechos." (15)

Chávez Asencio, en su obra Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, dice que por patria potestad debe entenderse ". . . el con -
junto de deberes, obligaciones y derechos que la ley concede a quie

(11) Moto Salazar Efraín, Elementos de Derecho, 38a. ed., México, -
Ed. Porrúa, S.A., 1992, p. 143

(12) Ramírez Valenzuela Alejandro, Elementos de Derecho Civil, 1a. -
ed., 3a. reimpresión, México, Ed. Limusa, S.A. de C.V., 1988, p.49.

(13) Lloveras, Nora, Patria Potestad y Filiación, eds. Depalma, Bue
nos Aires, 1986, p. 141

(14) Muñoz Luis Dr., Derecho Civil Mexicano, vol. I, México, eds. -
Modelo, 1971, p. 439

(15) Peniche López Edgardo, Introducción al Derecho y Lecciones de -
Derecho Civil, 19a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1985, p. 127

nes la ejercen (padres o abuelos) en orden a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes." (16)

De todas y cada una de las definiciones que han quedado precisadas con antelación, podemos concluir que la patria potestad es el conjunto de derechos, deberes y obligaciones que concede la ley al padre, a la madre o a ambos, al adoptante, así como a los abuelos paternos y maternos, para que cuiden, corrijan y gobiernen a sus hijos, desde su concepción y hasta que alcancen la mayoría de edad, o bien se emancipen con el matrimonio, así como para que administren sus bienes y los representen en ese período.

Una vez que definimos a la patria potestad, pasemos a concretizar cada uno de esos derechos, deberes y obligaciones.

La patria potestad son deberes, obligaciones y derechos atribuidos a los padres, quienes los cumplen y ejercen como una función propia derivada de la paternidad y la maternidad; no es algo que se impone por la ley, tampoco es una delegación de funciones que hace el estado en la persona de los padres, sino que el derecho reconociendo la realidad natural de la filiación y el hecho de que alguien tiene que dar protección, guarda, sostenimiento y dirigir el grupo familiar, y que esta realidad se deriva de la naturaleza, la asume y reglamenta para la convivencia de ese grupo doméstico.

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 las relaciones na-

(16) Chávez Ascencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1992 p. 282

turales paterno-filiales, independientemente de que éstas nazcan -- dentro del matrimonio o fuera de él.

En efecto, la patria potestad no significa un poder o potestad sobre el hijo, pues éste tiene dignidad y libertad, tampoco significa potestad sobre los bienes de los mismos, pues la administración y dominio de los bienes de éstos se encuentran limitados -- por la ley. Se trata de una relación jurídica entre personas, aún -- cuando una de ellas sea menor de edad y se encuentre en una situación de subordinación, en cuyo caso los deberes son diversos pero -- relacionados, porque los sujetos están en distinta situación o línea; son desiguales. El padre que educa y administra necesariamente dará órdenes o reprimirá, y requiere de la otra parte, es decir el -- hijo, la obediencia y la aceptación. Las prestaciones son diversas -- pero relacionadas, por lo que se exigen en la medida que se hacen -- necesarias para la educación del menor.

DERECHOS Y DEBERES GENERALES. La responsabilidad de los pa -- dres es el cumplimiento de los deberes, debe estar de acuerdo con -- el desarrollo de los hijos. Comprende la formación corporal, espiri -- tual y social, que atenderá a la creciente capacidad y crecientes -- necesidades del hijo, pero en este caso los hijos deben responder -- con los mismos deberes.

CUSTODIA. La custodia y cuidado es el primer deber de los -- padres en relación a los hijos menores no emancipados (artículos -- 259, 282 fracción VI, 283, 421 del Código Civil). Significa tener -- los en su compañía para su vigilancia y cuidado.

En cuanto a los derechos, quienes ejercen la patria potes -- tad pueden fijar libremente su residencia que constituye el elemen --

to para determinar el domicilio de las personas físicas (artículo 29 del Código Civil) el cual se reputa domicilio legal para el menor no emancipado en los términos de la fracción I del artículo 31 del Código Civil, y elegir en los términos del artículo 421 del Código Civil, que mientras estuviere el hijo en la patria potestad no puede dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Al hijo corresponden como derechos, ser registrado inmediatamente después de su nacimiento y tener el derecho desde éste a su nombre, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Tratándose de los cónyuges, ambos deben decidir sobre el domicilio conyugal y vivir juntos en el mismo.

En efecto, el domicilio hace posible la custodia y cuidado pues corresponde " al padre el ejercicio de la patria potestad con todas las facultades inherentes a la misma, entre las que se encuentra de manera principal la de su guarda y custodia, ya que a fin de cumplir con los deberes y de ejercer las facultades de la misma, es menester la convivencia cotidiana de los menores bajo el mismo techo o interrumpidamente con los padres.

No obstante que en nuestra legislación se emplean los conceptos de cuidado y custodia, estimo basta emplear el término custodia que significa " guardar con cuidado y vigilancia " (17)

En la custodia se encuentran comprendidos la convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos y la educación completa, que comprende la moral y la religiosa.

(17) Chávez Asencio, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, p. 302-303

CONVIVENCIA. El deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia. Esta convivencia tiene por objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del menor, es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual, y a su vez corresponde al hijo responder a esa convivencia en la medida en que su edad y madurez lo permita.

PROTECCION A LA PERSONA. Dentro del cuidado y custodia está la protección de la persona del hijo frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral. En cuanto a las facultades son recíprocas, pues a los padres les corresponde el derecho de cuidarlos y amonestarlos, y a los hijos el de ser protegidos.

VIGILANCIA DE SUS ACTOS. Este deber de vigilancia es para la formación de los hijos. Se les vigila en la familia y fuera de ella, no solo para evitar daños sino en plan de promoción humana.

EDUCACION. Aún cuando la educación está comprendida dentro del concepto de alimentos, a ella se hace especial referencia en los artículos 413 y 422 del Código Civil. Es un deber de los cónyuges que corresponde a ambos en igualdad de responsabilidad, según lo disponen los artículos 164 y 168 del Código Civil. Se ejerce por ambos padres o ambos abuelos, y también para el caso de los hijos extramatrimoniales, o cuando los progenitores viven juntos (artículo 412 del Código Civil), o en forma separada por alguno de ellos en los términos de los artículos 415 y 416 del Código Civil.

Para la educación del menor en muchas ocasiones se necesita corregirlos, facultad que está expresamente consignada en la ley en favor de quienes ejercen la patria potestad.

La corrección a que se refiere el artículo 423 del Código Civil, impide a éstos llegar a golpes o amenazas como abusos que es usual observar en el trato con los menores.

La corrección debe ser mesurada, debe tener como límite no ofender a la persona, ni dañar al menor.

El Código Civil en su artículo 422 dice que a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlos convenientemente, o sea que debe darse la educación según el sexo, según la vocación y comprende la educación física, moral y religiosa.

MORAL. Comprende la orientación en relación con su conducta que significa señalar el camino para lograr una conducta moral o sea transmitir los valores éticos de la familia y de la comunidad de acuerdo a la cultura de cada país.

RELIGIOSA. La educación comprende la religiosa. El artículo 24 de la Constitución previene " que todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

TRABAJO. Otro aspecto de la educación está relacionado con el trabajo. Este se refiere al trabajo del menor en los servicios que debe hacer en la casa, de acuerdo con sus posibilidades y de acuerdo con su edad. Pero se refiere también a la educación profesional, la cual comprende el deber de los padres de enviar a sus hijos a las escuelas para la educación primaria, secundaria y superior, para proporcionarles algún "oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales" (artículo 308 -

del Código Civil)

Para la celebración de los contratos de trabajo, corresponden a los hijos aprovechar y aceptar la orientación en materia de trabajo, y respetar las decisiones de los padres en este aspecto. Pero también existe el derecho del padre de participar en la contratación de los mayores de catorce años y menores de dieciséis años en cualquier relación laboral, en virtud de que el artículo 22 de la Ley Federal del Trabajo prohíbe la utilización del trabajo de los menores de catorce años y de los mayores de esa edad, pero menores de dieciséis años, que no hayan terminado la educación obligatoria.

TESTIMONIO. Consiste en que los padres deben observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo y como respuesta, los hijos deben honrar a sus padres como responsabilidad filial.

DERECHO AL NOMBRE. Constituye un deber de los padres casados, dar su apellido al hijo, el que se asentará en el acta de nacimiento. En el caso de los hijos extramatrimoniales, se hará constar el nombre de la madre, pues ésta según el artículo 60 del Código Civil, no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo, y solo podrá hacerse mención al nombre del padre cuando así lo pida éste.

OBLIGACIONES Y DERECHOS

La relación económica patrimonial, comprende fundamentalmente la administración de los bienes y la representación del menor no emancipado.

ALIMENTOS. Esta obligación es una de las principales que existen con cargo a los padres de dar alimentos a sus hijos y de éstos a aquéllos.

RECÍPROCA. La obligación alimentaria es recíproca entre -- padres e hijos. Corresponde también a los hijos dar alimentos a los padres cuando éstos los necesiten.

SOLIDARIDAD. Consiste en que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, según lo previene el artículo 164 del Código Civil y el 165, estipula que los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia, y podrán demandar el - aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos.

Persiste el deber cuando los padres pierden la patria potestad.

IMPORTE. El importe se determina en proporción a la situación del deudor y las necesidades del acreedor alimenticio y el artículo 311 dice que " han de ser proporcionados a la posibilidad - del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.

SANCION. En este caso puede cometerse el delito de abandono de personas previsto en el artículo 335 del Código Penal, que - previene que el que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicará la sanción correspondiente, si no resultare daño alguno, - privándole además de la patria potestad o de la tutela si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

ADMINISTRACION. Quienes ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes del hijo. A este respecto nos remitimos a lo ya analizado en el Capítulo Segundo de esta tesis, - relativo a los efectos del matrimonio.

3.2 CASOS DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE ACUERDO A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Los casos de pérdida de la patria potestad implican la sanción legal cuando la conducta ilícita de los padres contraría los derechos deberes que surjan de ella.

Dice Chávez Asencio " Todas las causas señaladas en el artículo 444 del Código Civil, son de tal naturaleza graves, que la patria potestad se pierde definitivamente. Como sanción se impide su ejercicio aún cuando directamente no fuere el hijo el perjudicado. Alguna de las causas tienen efecto preventivo, y otras son consecuencia directa de la acción ejecutada en contra del cónyuge o del menor." (18)

La pérdida de la patria potestad es un asunto de gravedad extrema, por lo cual las causales deben quedar debidamente probadas así lo ha definido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Jurisprudencia 204 que a la letra dice:

"PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA... Como la 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. Séptima Época, Cuarta Parte, Vol. 20, pág.35.A.D. 4253/69. - María de Lourdes Castillo Huerta. 5 votos. Vols. 97-102, pág. 214 A.D. 4362/76. Gabriel López Flores. 5 votos. Vols. 145-150, pág. 441. A.D. 3113-79. Bienvenido Moscoso Martínez. 5 votos. Vols. 151-156, pág. 237 A.D. 7402/80. Michel Gaba - yet Martín. 5 votos. Vols. 169-174, pág. 157. A.D. 4024/82. Joel Días Barriga Murillo 5 votos." - (19)

(18) Chávez Asencio, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, p. 235

(19) Visible en la página 605, del Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala del Poder Judicial de la Federación

3.2.1 FRACCION I

El artículo 444 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal, en su fracción I, establece que: " 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."

La fracción en estudio, contiene dos causas. La primera se da cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. Debe tratarse de una actuación grave que implique la pérdida, pues debemos anotar que también por sentencia se puede imponer la sanción que, indudablemente, se presenta cuando es menos grave la falta del progenitor que la ejerce. Es de notarse que esta primera causal, no hace referencia a si la condena debe ser originada por alguna actuación en contra del cónyuge, en contra del menor, o en contra de terceros. Es de tal amplitud que queda al arbitrio judicial, pero siempre tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial para el menor sobre quien se ejerza la patria potestad.

La otra causal comprendida dentro de la fracción I, se da cuando es condenado el que ejerce la patria potestad, dos o más veces por delitos graves. No se requiere que los delitos sean en contra del menor o del otro progenitor. Es una medida preventiva, pero se sanciona como todas estas causales con la pérdida de la patria potestad; es preventiva, porque no necesariamente implica una actuación ilícita en contra del hijo.

3.2.2 FRACCION II

La fracción II del artículo en estudio, establece que: --

" La patria potestad se pierde: . . .II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283; . . ."

La pérdida de la patria potestad es la consecuencia de la sentencia que disuelve el vínculo, y también como sanción contra uno de los consortes.

En efecto, el artículo 283 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece que: " La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor."

Resulta que la pérdida es consecuencia de la sentencia que disuelve el vínculo, y también como sanción contra uno de los consortes. Y desde luego es de suponerse que el cónyuge culpable de una causal que afecte a los hijos pierde la patria potestad; si afecta al otro consorte, debe quedar a juicio del juez la pérdida o suspensión y por las causales menos graves procederá solo la limitación, como las causales de enfermedad.

A mayor abundamiento de lo anterior, es menester señalar que en su previsión original, el Código de 1928, disponía en su artículo 283 que la sentencia de divorcio fijaría la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

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

SEGUNDA. Cuando las causas de divorcio estuvieren comprendidas en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperaría la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer éste. Entretanto, 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 cónyuge enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

El tema de la patria potestad que hemos venido expresando sirva como índice directo de una jerarquía gradual, no considerada expresamente en el texto del artículo 267 del Código Civil, en las causales de divorcio, en las que no existía clasificación alguna que determinara cuales tenían mayor o menor gravedad. Más sin embargo la regla que estuvo vigente a partir de la aplicabilidad del Código Civil en 1932, señalaba indirectamente fórmulas que establecían cierta jerarquía en cuanto a la trascendencia del divorcio, -

tenida cuenta que en todo el catálogo de las causales, con excepción de las previstas en su artículo 268 y en el divorcio voluntario, se consagraba la sanción de pérdida de la patria potestad, como consecuencia de ser culpable del divorcio.

Se insiste que es trascendental esta norma en la materia del tema que estamos exponiendo, pues sin criterio específico alguno, sin parámetro o línea que permita llegar a una definición, o conclusión, se suprimen las reglas exteriores y se otorga al juez familiar facultad omnímoda para resolver lo que a su juicio sea procedente. De ahí que sin las normas objetivas que antes hacían los señalamientos concretos, se reduce ahora peligrosamente al subjetivismo del juez, la decisión que pueda privar a un padre o a una madre del delicado ejercicio de la función de la patria potestad. Y en este orden de ideas los interesados enfrentan numerosos conflictos cuya solución debe quedar a cargo de la Jurisprudencia que deba surgir, pues el texto anterior al menos garantizaba a las partes, la certeza de los riesgos y consecuencias que tendrían que enfrentar los procedimientos de divorcio, y en la actualidad, tal decisión tan importante, se deja al arbitrio del juez.

La experiencia en el litigio nos ha enseñado que los jueces en materia familiar, en muchas ocasiones le dan una interpretación indebida al actual artículo 283 del Código Civil, y sin hacer una correcta valoración de las pruebas aportadas por las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles, actúan arbitrariamente al resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes, tanto a la patria potestad en general, como a la custodia y al cuidado de los

hijos en particular, lo que ha dado lugar a que los litigantes - -
ocurran ante un Tribunal Superior en defensa de sus intereses, pe-
ro más que nada, en defensa de los intereses de sus menores hijos,
dando lugar, como por ejemplo, a la creación de la Jurisprudencia-
que a continuación se transcribe:

" PATRIA POTESTAD, DECISION SOBRE LA, EN LA SENTEN-
CIA DE DIVORCIO. Con motivo de la reforma al ar-
tículo 283 del Código Civil para el Distrito Fede-
ral, proveniente del decreto publicado en el Día -
rio Oficial de la Federación de veintisiete de di-
ciembre de mil novecientos ochenta y tres, vigente
noventa días después, los juzgadores disponen de -
las más amplias facultades para resolver todo lo -
relativo a los derechos y obligaciones inherentes-
tanto a la patria potestad en general, como a la -
custodia y al cuidado de los hijos en particular,-
en todas las sentencias que decreten en divorcio -
como todos los casos en que se prevé una facultad-
discrecional, el ejercicio de ésta no implica sim-
plemente que el Organó Jurisdiccional cuente con -
un poder arbitrario de decisión, sino que su desem-
peño debe de traducirse siempre, en el exámen es -
crupuloso y en la evaluación razonada de todos los
elementos con que se cuente y que sean suscepti- -
bles de conducir a la emisión del juicio más ade-
cuado al fin que persigue la ley cuando concede di-
cha facultad. Respecto a la situación de los hijos
en caso de divorcio, no debe pasar desapercibido -
que como consecuencia de la referida reforma legal
el sistema de pérdida de la patria potestad como -
pena al responsable de la disolución del vínculo -
matrimonial queda suprimido y esta circunstancia -
debe eliminar la idea de valorar las cosas en fun-
ción de determinar una culpabilidad para imponer -
una sanción. Es claro que la ley tiene una meta
más alta, que incluso no se reduce a evitar a los
hijos el sufrimiento de un daño, sino a lograr lo-
que más les beneficie dentro del nuevo estado de -
cosas en los órdenes familiares, social y jurídico
originados por la separación de los esposos. Esto
implica que con las resoluciones que se pronuncien
los jueces pueden generar la más amplia gama de si-
tuaciones por la combinación de poderes y personas
que tendrán que ver con los hijos en cuanto a su -
sostenimiento, cuidado, educación, administración-
de bienes, etcétera, pues se puede decretar la pér-
dida, la suspensión, o bien, la limitación de la -
patria potestad; de puede asimismo, dar la inter -

vención a ambos padres, a uno solo o a otras personas que conforme a la ley corresponda el ejercicio de dicha patria potestad o, en su caso extremo, a un tutor. De ahí que si para resolver sobre la situación de hijos al decretar el divorcio, el Organismo Jurisdiccional no hace la evaluación pormenorizada de todos los elementos de juicio a su alcance o no razona debidamente su determinación, ello significa la existencia de un uso indebido de la facultad discrecional prevista en la disposición en comento. A.D. 3504/88. Ilya Isabel López González- Unanimidad de votos. A.D. 3739/88. María del Carmen Martínez Ramírez. Unanimidad de votos; A.D. -- 924/89. Hilda Elizabeth García Ortíz. Unanimidad de Votos. A.D. 2659/88. Eliana Cazenave Tapie Isoard. Unanimidad de votos. A.D. 634/90. Bertha Ruiz Unanimidad de votos." (20)

3.2.3 FRACCIÓN III

La fracción III del artículo 444 del Código Civil, establece que: " La patria potestad se pierde: . . .III.- Cuando por las conductas depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal."

En la fracción III del artículo que se analiza se encuentran tres causas por las cuales los padres pueden perder, como sanción, la patria potestad, estos son:

a) Por costumbres depravadas que puedan comprometer: la salud, la seguridad, o la moralidad del hijo.

b) Cuando por malos tratamientos pudieren comprometer: la salud, la seguridad o la moralidad del hijo.

(20) Apéndice Semanario Judicial. Octava Época, Tomo V, enero a junio de 1990, Segunda Parte, Tribunales Colegiados, p. 705. Apéndice Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 28, - abril de 1990, p. 49

c) Cuando por el abandono de sus deberes, pudieren comprometer: la salud, la seguridad o la moralidad del hijo.

Luego entonces, pasemos al estudio de los elementos que integran la fracción III del artículo 444 del Código Civil.

a) Así por costumbre ha de entenderse ". . . la forma espontánea de creación de normas de conducta//. . . a nuestro juicio norma de conducta creada en forma espontánea por una colectividad o grupo social y aceptada voluntariamente por los individuos que la constituyen como rectora de determinadas relaciones (familiares, contractuales, etc.). La actividad según la costumbre representa, frente a la situación de hecho o a una relación social, la reiteración de comportamiento observado por los miembros de una colectividad o grupo social ante hechos o relaciones idénticos a aquéllos ante los que se encuentren. . ." (21)

La palabra costumbre también la definimos como ". . . fuente del derecho. Para algunos autores, nacida al impulso de individuos que realizan determinados actos, que a fuerza de repetirse por necesidad o tradición se convierten en dirección común. Para otros, es un uso que existe en el grupo social que expresa el sentir jurídico de los que componen ese grupo." (22)

Asimismo, para entender el significado de la palabra "depravada", nos vamos a referir al término "malas costumbres", que significa "proceder habitual, individual o colectivo, contrario a la moral, a la decencia o al decoro"; "mala fama", que signifi-

(21) De Pina Rafael, Diccionario de Derecho, México, Ed. Porrúa, - S.A., 1979, p. 181

(22) Enciclopedia Jurídica Omeba, t. V, p. 11

ca "conceptuación social desfavorable que pesa sobre una persona como consecuencia de su conducta inmoral o, por lo menos, irregular, apreciada desde el punto de vista de la generalmente observada como aceptable dentro de la comunidad en que vive." (23)

Así, en el lenguaje corriente podemos decir que la palabra "depravada" consiste en: "Depravado, Da adj. (lat depravatus) pervertido, corrompido, lleno de vicios: . . .)"(24)

En efecto, en relación a las costumbres depravadas, Chávez Asencio, en su obra Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, transcribe una Jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que a la letra dice:

" . . . para que se actualice la causal de pérdida de patria potestad consistente en que uno de los padres realiza costumbres depravadas, debe incurrir en conductas reiteradamente viciosas, que pueden alterar o corromper la salud mental, la seguridad, la moralidad o la educación del menor, lo que se deriva de los conceptos de "costumbre" y "depravada" pues el primero, como ya dijimos, significa "una manera de obrar establecida por un largo uso o adquirida por la repetición de actos de una misma especie" y el segundo "demasiadamente viciada. A.D. 5045/85. Carlos Cardoza Duarte. 15 de enero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente José Manuel Villagordo Lozano. Secretario Darío Carlos Contreras Reyes. Visible en el informe 1987. Tercera Sala número 335, pág. 239." (25)

b) Malos tratamientos, son los "actos realizados de manera reiterada, por una o varias personas contra otra u otras, consistente en golpes, injurias, o molestias de cualquier clase. Considerados la sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cón

(23) De Pina Rafael, Diccionario de Derecho, México, Ed. Porrúa, S.A., 1979, p. 181

(24) García Pelayo y Gross Ramón, Pequeño Larousse Ilustrado, México, eds., Larousse, S.A. de C.V., 1986, p. 326

(25) Chávez Asencio, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, p. 327

yuge para el otro como manifestación de los "malos tratos", constituyen causas de divorcio, de acuerdo con el artículo 267 fracción XI del Código Civil para el Distrito Federal." (26)

c) Abandono de los deberes familiares, lo que se traduce en abandono de personas, de familia, de hijos, de parientes.

Abandono de personas significa " En general, desamparo en que se deja a una persona con peligro para su integración física - en circunstancias que no le permiten proveer a su propio cuidado.- Figura delictiva en la que incurre quien abandone a un niño incapaz de cuidarse asimismo o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlos. (art. 335 del Código Penal para el Distrito Federal); quien, sin motivo justificado, abandone a sus hijos o a su cónyuge dejándolos sin recursos para atender a sus necesidades (art. 336 del Código Citado; . . . a este propósito escribe González de la Vega (Derecho Penal Mexicano, p. 164): . . . en abandono de hogar, el desamparo de los familiares es primordialmente económico; incumplimiento de las prestaciones alimenticias, en el abandono de niños o enfermos, el abandono consiste en la violación de los deberes de custodia; . . . El delito de abandono de personas revela, en todo caso, una despreocupación vergonzosa de parte de quienes lo cometen susceptible de tener como resultado, en la generalidad de los casos un daño grave para la víctima. . . " (27)

Abandono de familia, " es el incumplimiento voluntario y malicioso del deber impuesto al jefe de familia, de hacer las pres

(26) De Pina Rafael, Diccionario de Derecho, México, Ed. Porrúa, - S.A., 1979, p. 330

(27) op. cit., p. 14-15

taciones necesarias para el sostenimiento del hogar. Consiste en una inejecución fraudulenta y dolosa de la obligación de asistencia de alimentos, de socorro, de educación, impuesta por la ley al jefe del hogar." (28)

Sobre el abandono de los deberes pueden presentarse algunas situaciones que han sido conocidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y son los siguientes:

" PATRIA POTESTAD. SE PIERDE SI SE ACREDITA EL ABANDONO DE LOS DEBERES DE ALGUNO DE LOS PADRES, SIN QUE SEA NECESARIO PROBAR QUE EL MENOCABO EN LA SALUD, SEGURIDAD Y VALORES DEL MENOR SE PRODUZCA EN LA REALIDAD, PERO DEBEN EXISTIR RAZONES QUE PERMITAN ESTIMAR QUE PUEDEN PRODUCIRSE. (ARTICULO 444, FRACCION III, DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). La patria potestad como estado jurídico que implica derechos y obligaciones para el padre, la madre y los hijos, tiene la característica de ser una institución de orden público, en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan, la sociedad está especialmente interesada. La pérdida de este derecho natural reconocido por la ley, entraña graves consecuencias tanto para los hijos como para el que la ejerce, en consecuencia, para decretarla en el caso del artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal, tratándose de abandono de los deberes de alguno de los padres, se requiere demostrar tal hecho y valorar las circunstancias en que se presenta para determinar si hay razones que permitan estimar que pueden producirse los resultados lesivos para el menor; es decir, se debe probar la conducta o proceder del progenitor incumplido y razonar los motivos por los cuales puede afectar la salud, seguridad o moralidad de los hijos; sin que sea necesario acreditar que el perjuicio o afectación en dicha salud, seguridad o moralidad del menor se hubiere dado en la realidad, ya que el verbo poderutilizado en pasado subjuntivo en la expresión " pudiera " implica un estado de posibilidades pero no que se hubiere actualizado." Contradicción-

de tesis 30/90. Entre las sustentadas por el Segundo y Quinto Tribunales Colegiados. Ambos en materia Civil del Primer Circuito. 13 de mayo de 1991. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Francisco Javier-Cárdenas Ramírez. Tesis de Jurisprudencia 31/91 - aprobada por la Tercera Sala en Sesión Privada celebrada el veinte de mayo de 1991. Unanimidad de 4 votos de los señores Ministros: Presidente: Salvador Rocha Díaz. Mariano Azuela, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez y José Antonio Llanos Duarte." -- (29)

" PATRIA POTESTAD. PERDIDA DE LA MISMA POR ABANDONO DE DEBERES. Si la actora señala en su recurso de demanda que el enjuiciado había desatendido sus deberes de administración de alimentos para con su menor hija y éste sostuvo por el contrario que mensualmente le otorgaba una suma de dinero, es claro que aquélla no podía probar un hecho negativo, en tanto que el enjuiciado se encontraba obligado a probar sus aceveraciones, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 281 y 282 del Código Adjetivo Civil, con objeto de que no se tuviera por acreditada la causal de pérdida de la patria potestad prevista en la fracción III del artículo 444 del Código Civil, y si no prueba a través del medio de convicción adecuado sus afirmaciones, es concluyente que dicha causal se debe tener por probada, pues el solo hecho de no proporcionar al acreedor alimentista los medios adecuados que permitan el desarrollo de su persona, trae consigo el peligro de que se afecte no solo su salud o su seguridad, sino también su aspecto moral y, por esto mismo, debe tenerse por acreditada dicha causal y decretar la pérdida de la patria potestad de su menor hija." A.D. 3158/88. Sara Judith Cárdenas Cardos. 4 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Jos Rojas-Ajá. Secretario: Francisco Sánchez Planells. A.D. 128/89. Gloria Araceli López Ruiz. 9 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente Jos Rojas-Ajá. Secretario: Enrique Ramírez Gómez. A.D. 638/89. Ana María Esteso Díaz. 9 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Salomá Vera. Secretario: Vicente C. Banderas Trigos. A.D. 508/89. María Luisa Becerra López. 16 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jos Rojas-Ajá. Secretario: Enrique Ramírez Gómez. A.D.-

(29) Visible en el Semanario Judicial, Octava Época, Tomo VII, - Junio 1991, p. 65

1033/89. Raúl Fernández Salazar. 6 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Guillermo Campos Osorio." (30)

" PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA, BASTA LA POSIBILIDAD DE UN PERJUICIO PARA GENERARSE. Para que se surta la hipótesis legal de la pérdida de la patria potestad prevista en la fracción III del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, consistente en el abandono de los deberes del padre, no se requiere que el menoscabo en los valores del menor que la ley protege, se produzcan en la realidad, pues para ello basta que el proceder del padre incumplido genere la posibilidad de que se ocasionen esos perjuicio debiéndose precisar a este respecto únicamente las probables consecuencias que racionalmente pudieron haberse ocasionado en detrimento del menor con la conducta del padre incumplido, y no las demás circunstancias que hubiesen acontecido en la realidad o los efectos que dicha conducta hubiese producido pues al establecer el precepto de referencia el vocablo "pudiera", impone la obligación de hacerla valoración del caso, en función únicamente de las consecuencias normales que la aludida conducta por sí misma pudo producir, y no de las consecuencias que realmente haya causado, toda vez que no necesariamente hay identidad entre lo que ocurría y lo que pudo ocurrir. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. A.D. 615/88. María Patricia Méndez Joyry. 7 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario No Adonal Martínez Berman A.D. 2865/88. Concepción Rocío Pérez Manzano. 6 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: No Adonal Martínez Berman. A.D. 855/89. Claudia Hernández Gutiérrez. 30 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente Víctor Manuel Islas Domínguez, Secretario Mario Pedreza Carbajal. A.D. 1740/89. Patricia Eugenia Cruz López. 11 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: No Adonal Martínez Berman. A.D. 5045/89. Graciela Guadalupe Rico Ruiz. 26 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Ray Arredondo Secretario: Alejandro Javier Rizaña Nila." (31)

(30) Visible en el Informe 1989, Tercera Sala. Tribunales Colegiados, p. 261

(31) Visible en el Apéndice. Semanario Judicial. Octava Época. Tomo V. Enero-Junio de 1990. Segunda Parte, p. 706. Apéndice Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 20, junio 1990., p. 51

Por su parte Chávez Asencio en su obra La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, transcribe otros criterios que son:

" El padre que no demuestre interés alguno para proveer a la subsistencia, cuidado y educación de su hijo, a pesar de tener a su alcance los medios para hacerlo, debe perder la patria potestad sobre él atento a lo establecido por el artículo 444 fracción III, del Código Civil, porque su conducta puede poner en peligro la salud, o la seguridad del niño, sin que sea óbice a lo anterior, el hecho de que la madre provea a la subsistencia y cuidado del menor, porque la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta del progenitor que realiza el abandono, con independencia de la actitud asumida por el otro.

Otra situación se presenta cuando el abandono de los deberes no es total. Solo hay un incumplimiento parcial de la obligación de proporcionar lo necesario. En esta situación la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha decidido que basta el incumplimiento parcial para que se produzca, como consecuencia, la pérdida de la patria potestad.

" No es correcto sostener conforme al artículo 444 fracción III del Código Civil para que opere la causal de pérdida de la patria potestad, el abandono de los deberes debe ser total y no parcial, pues evidentemente la necesidad de percibir alimentos es de tal naturaleza que no puede quedar supevitada a eventualidad de ninguna clase ni a un incumplimiento parcial, de modo que el incumplimiento de la obligación de proporcionarlos es en sí mismo motivo suficiente para considerar que se compromete la seguridad de quien puede recibirlos, máxime cuando se trate de menores que no pueden valerse por sí mismos. En tales condiciones son infundadas las consideraciones de la responsable en ese sentido de que la actora no había acreditado la causal de pérdida de la patria potestad que invocó en la demanda, basándose en que de sus propias manifestaciones se desprende que no hubo abandono de los deberes en forma total por el padre para con su hija, porque se acreditó que aunque haya sido solo en algunas ocasiones el pago de la pensión y había preocupado por la salud de la hija.

En efecto, de admitirse estos razonamientos se llegaría a autorizar, con independencia de la conducta del que realiza el incumplimiento, una situación permanente de abandono parcial de las obligaciones y deberes de los padres, para con sus hijos que no puede ser lógicamente lo que quiso estatuir la ley. Es cierto que la sanción de la pérdida de la patria potestad para el padre incumplido, es muy grave, pero no lo es menos la situación en que se coloca al hijo, cuando lo desatiende en su subsistencia, aún cuando sea parcial. " (32)

Así las cosas, debemos tener en cuenta que la seguridad - también hace referencia a la seguridad física y espiritual, pues - ambos progenitores tienen la responsabilidad de la educación física y espiritual de los menores. En cuanto a la moralidad, hace referencia a los actos de los padres que en lugar de dar el buen - - ejemplo que exige la ley, se comprometen los principios morales y las buenas costumbres.

En efecto, de las Jurisprudencias transcritas en párrafos anteriores, podemos deducir los siguientes razonamientos:

1. En los juicios que sobre divorcio necesario y patria - potestad se tramitan ante los juzgados familiares del Distrito Federal, existen algunos casos en los que el juez se excedió en su determinación de condenar, al padre o a la madre, a la pérdida de la patria potestad que ejercen respecto de sus menores hijos, sin antes haber valorado en términos de ley, las pruebas y elementos - - aportados en el juicio para acreditar sus acciones y excepciones.

No obstante de que el litigante considera que se le viola con sus derechos, al habérselo condenado a la pérdida de la patria potestad, por falta de conocimientos en la materia, por asesorías-

(32) Chávez Ascencio, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, p. - - 328-329

En efecto, de admitirse estos razonamientos se llegaría a autorizar, con independencia de la conducta del que realiza el incumplimiento, una situación permanente de abandono parcial de las obligaciones y deberes de los padres, para con sus hijos que no puede ser lógicamente lo que quiso estatuir la ley. Es cierto que la sanción de la pérdida de la patria potestad para el padre incumplido, es muy grave, pero no lo es menos la situación en que se coloca al hijo, cuando lo desatiende en su subsistencia, aún cuando sea parcial. " (32)

Así las cosas, debemos tener en cuenta que la seguridad también hace referencia a la seguridad física y espiritual, pues ambos progenitores tienen la responsabilidad de la educación física y espiritual de los menores. En cuanto a la moralidad, hace referencia a los actos de los padres que en lugar de dar el buen ejemplo que exige la ley, se comprometen los principios morales y las buenas costumbres.

En efecto, de las Jurisprudencias transcritas en párrafos anteriores, podemos deducir los siguientes razonamientos:

1. En los juicios que sobre divorcio necesario y patria potestad se tramitan ante los juzgados familiares del Distrito Federal, existen algunos casos en los que el juez se excedió en su determinación de condenar, al padre o a la madre, a la pérdida de la patria potestad que ejercen respecto de sus menores hijos, sin antes haber valorado en términos de ley, las pruebas y elementos aportados en el juicio para acreditar sus acciones y excepciones.

No obstante de que el litigante considera que se le viola con sus derechos, al habérsele condenado a la pérdida de la patria potestad, por falta de conocimientos en la materia, por asesorías-

(32) Chávez Asencio, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, p. - - 328-329

indebidas, o en muchas ocasiones por carecer de medios económicos para continuar con el juicio en defensa de sus intereses, no agota las demás instancias que le conceden las leyes, como son: a) el recurso de apelación; b) el juicio de garantías; c) la revisión de amparo, lo que origina que quede firme la sentencia dictada por el juez de lo familiar, y en consecuencia, el afectado pierde definitivamente la patria potestad respecto de sus menores hijos, sin que exista ninguna posibilidad de recuperarla, lo que me parece totalmente injusto, en virtud de que las leyes penales le dan al reo la oportunidad de readaptarse, en los Centros previamente establecidos para ello, para estar en aptitud de reincorporarse a la sociedad, por lo tanto considero que al padre o a la madre que perdió la patria potestad respecto de sus hijos, se le debe conceder también la oportunidad de recuperarla en un juicio posterior.

2. La Jurisprudencia nos indica que, para que se condene a uno de los progenitores a la pérdida de la patria potestad que ejerce en relación a sus menores hijos, quien la demande debe acreditar plenamente los extremos de su acción, con pruebas fehacientes que lleven al juez a la convicción de que el otro debe perderla.

A pesar de lo anterior, y de que en ocasiones no fué acreditada en juicio la acción de pérdida de patria potestad, el juez excediéndose en las atribuciones que actualmente le son conferidas por el artículo 283 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, indebidamente condena al otro progenitor a la pérdida de ese derecho, pudiendo haberlo condenado por ejemplo a la limitación o suspensión temporal de la patria potestad, lo que no sucede

en muchos casos.

3.2.4 FRACCIÓN IV

El artículo 444 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece que: "La patria potestad se pierde: . . .IV.- - por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses."

La fracción a estudio, contiene dos causas:

a) La exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos.

b) El abandono por más de seis meses.

" La exposición es la forma más típica del abandono. Implica dejar al menor en la situación de expósito, de hijo encontrado." (33)

". . . y el que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiera confiado, o lo entregue - en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin auencia de la que se lo confió o de la autoridad en su defecto (artículo 342 del Código Penal para el Distrito Federal. . ." - (34)

El abandono significa dejar una persona que, teniendo derecho a recibir cuidado y alimentos, se le priva de ellos lo que - implica situaciones perjudiciales. Significa el incumplimiento de los deberes y obligaciones que imponen la patria potestad.

Sobre el abandono, pueden presentarse dos situaciones, - sin pretender que sean las únicas, que permiten mayor precisión. -

(33) Enciclopedia Jurídica Omeba, t. I, p. 33

(34) De Pina Rafael, Diccionario de Derecho, México, Ed. Porrúa, - S.A., 1979, p. 14

Puede suceder que uno de los que ejerzan la patria potestad se desatienda totalmente del menor, pero el otro lo conserve bajo su custodia y le resuelva todos sus problemas de habitación y alimentación. En este caso, el menor no se encuentra totalmente desamparado, con peligro de su vida y salud, porque uno de los progenitores lo acoge y atiende. El abandono no requiere que el menor sufra las consecuencias de tal acto, es decir, que sufra la falta de vivienda y alimentación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho una diferencia entre el abandono previsto por la fracción III del artículo 444 del Código Civil, con el abandono contemplado en la frac-ción IV del mismo numeral al decir que:

"PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA, ABANDONO. INTERPRETACION DEL ARTICULO 444 FRACCIONES III Y IV - DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. No obstante que en ambos supuestos normativos se hace referencia al abandono del que ejerce la patria potestad, sin embargo entre los mismos existen notables y palpables diferencias, pues la primera de las fracciones alude a que el abandono de los deberes pudiera comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, y resulta por de más claro que en esa hipótesis no se señale término alguno, dados los bienes jurídicamente protegidos y que menciona el citado numeral, es decir, que una vez que se presente dicho supuesto, se está en posibilidad de ejercitar la acción correspondiente, pero no acontece lo mismo cuando ya no están en juego dichos valores, pues en ese evento y según lo dispone la última parte de la fracción IV, del multicitado precepto, el abandono debe prolongarse por más de seis meses. A.D. 1081/89.- Germán Ventura García y Esther Barrón de Ventura. 26 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Uíaz." (35)

(35) Visible en el Informe 1989. Tercera Parte. Tribunales Colegiados, p. 222

3.3 SITUACION JURIDICA EN QUE QUEDAN LOS HIJOS A LA MUERTE DEL CÓNYUGE INOCENTE

Considero que si el cónyuge inocente es la mujer, la costumbre nos ha enseñado que tanto ésta como sus menores hijos, tienen más convivencia con su familia dentro de la que se encuentran los abuelos maternos, y por lo tanto se podría pensar que quienes tienen el derecho a ejercer la patria potestad sobre los hijos a la muerte del cónyuge inocente, son los ascendientes por la línea materna, no obstante de que el artículo 414 del Código Civil, en su fracción I, les da la preferencia a los abuelos paternos.

Asimismo en el supuesto de que el cónyuge inocente sea el hombre, la convivencia se da en mayor proporción entre padre, hijos y ascendientes paternos, de lo que podemos deducir que, en este caso, el derecho a ejercer la patria potestad sobre los menores, a la muerte del cónyuge inocente, lo tendrían los abuelos paternos.

Luego entonces, resulta que a la muerte del cónyuge inocente, en el momento mismo de su fallecimiento y en los días subsiguientes, los menores quedan en total desamparo, puesto que de momento no existen ascendientes paternos o maternos, ni ninguna otra persona quien legalmente pueda ejercer sobre ellos la patria potestad.

En consecuencia, las personas que se crean con ese derecho podrán acudir ante las autoridades competentes, a fin de que por la vía que corresponda, promuevan su derecho a ejercer la patria potestad, para que, mediante resolución judicial, los menores se encuentren amparados y protegidos jurídicamente.

En virtud de lo anterior, considero que a la muerte del -

cónyuge inocente y durante el tiempo que tarde el procedimiento mediante el cual se promueva ante los juzgados familiares, el derecho a ejercer la patria potestad, los menores deben quedar en forma provisional, bajo la guarda y custodia de los ascendientes con quienes hayan convivido de manera consecutiva, hasta antes de la muerte del cónyuge inocente, con la condición de que al dictarse sentencia en el procedimiento, dichos ascendientes deberán poner a los menores, - sin más trámites, bajo la guarda y custodia de la persona o personas que haya determinado el juez.

Independientemente de lo anterior, a continuación haré referencia a las personas, quienes de acuerdo a la ley, tienen derecho a ejercer la patria potestad sobre sus hijos.

3.4 DERECHO A EJERCER LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS A LA MUERTE DEL CONYUGE INOCENTE

Para iniciar el estudio de este punto, es conveniente hacer referencia al contenido del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece lo siguiente: " La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: I.- Por el padre y la madre; II.- Por el abuelo y la abuela paternos; III.- Por el abuelo y la abuela maternos."

Ahora bien, por cuanto hace a los sujetos que deben ejercer la patria potestad sobre los hijos, en términos del artículo mencionado en el párrafo que antecede, haremos los siguientes razonamientos:

a) " En el caso de matrimonio la patria potestad sobre los

hijos se ejerce por el padre y la madre, según lo previene el artículo 414 C.C., es decir, a ambos en igualdad de condiciones, lo que confirma el artículo 168 C.C., que establece que: ". . . el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. . . el legislador ha querido que la patria potestad, como regla general, se ejerza por los dos contrayentes, y solamente como excepción deje de ejercerla uno de ellos." (35)

Así las cosas, el ejercicio de la patria potestad se prolonga a los abuelos paternos y a los abuelos maternos, de tal forma que al faltar unos serán llamados los restantes. Por lo tanto, la relación jurídica se establece entre los cónyuges y los hijos. Eventualmente, al faltar los padres, la relación jurídica será entre abuelos y nietos.

b) En caso de muerte de uno de los progenitores, el que sobreviva, siempre y cuando no haya perdido la patria potestad, ejercerá ese derecho y tendrá la custodia de los hijos.

En caso de imposibilidad de algún progenitor, y tomando en cuenta que la patria potestad no admite su ejercicio en forma intermitente, el otro debe conservar la custodia y el cuidado del menor y ejercerá legalmente la patria potestad.

A la muerte o imposibilidad de ambos progenitores, ejercerán la patria potestad los demás ascendientes en términos del nume-

(35) Chávez Asencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, p. 269

ral 414 del Código Civil, o bien tomando en cuenta el criterio del juez y de acuerdo a lo que sea más conveniente para los menores como lo previene el artículo 418 del Código Civil en comento.

c) En caso de divorcio voluntario, ejercerán la patria potestad ambos progenitores, los cuales se pondrán de acuerdo respecto de quien de ellos tendrá a sus hijos, bajo su guarda y custodia.

d) Ahora bien, en el caso de divorcio necesario, la patria potestad será ejercida por el cónyuge que decida el juez en la sentencia, que normalmente será el que la obtenga favorable y como sanción al otro se le condena a la pérdida, suspensión o limitación de la misma, o bien, conservando la patria potestad, se le priva de la custodia. En uno o en otro caso, el padre conserva la obligación alimentaria para con sus hijos e incluso para la divorciante.

Independientemente de lo anterior, es conveniente señalar quienes son los sujetos que deben ejercer la patria potestad tratándose de hijos extramatrimoniales, de concubinos o de madres solteras, y al respecto manifestamos lo siguiente:

a) En caso de que solo sea uno de los progenitores (el padre o la madre) quien reconozca al hijo, solo el reconociente tendrá el cuidado y la custodia del reconocido, y consecuentemente, ejercerá la patria potestad según lo previene el artículo 415 del Código Civil. Aquí la relación jurídica se establece solamente entre uno de los progenitores y el reconocido. Eventualmente, al faltar el reconocedor, la relación jurídica se establece con los abuelos (padres del reconocido) y el nieto.

b) Cuando los progenitores viven juntos, como en el caso del concubinato, ambos ejercerán la patria potestad.

c) Cuando los progenitores vivan separados, pero ambos reconozcan al hijo, éstos pueden reconocerlo en forma simultánea o sucesivamente. En caso de reconocimiento conjunto, deberán convenir, entre ambos, cual de los dos ejercerá la custodia y, consecuentemente, la patria potestad; en caso de que no lo hicieren, el juez de lo familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor. Si el reconocimiento es sucesivo, el artículo 381 del Código Civil estipula que tendrá la custodia el primero que hubiere reconocido, quien también ejercerá la patria potestad.

d) Respecto de la adopción, la patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerá únicamente la persona que lo adopte, puesto que el vínculo jurídico de la adopción, únicamente se establece entre el adoptante y el adoptado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 419 del Código Civil.

e) Tratándose de hijos no nacidos, pero concebidos, la patria potestad es ejercida por ambos progenitores, atendiendo al contenido del artículo 22 del Código Civil que establece: " 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."

". . .el concebido, para efectos jurídicos, tiene personalidad y, por lo tanto, no debe limitarse a lo económico la protección legal, sino que abarca al nuevo ser que como persona es sujeto de derechos." (36)

(36)Chávez Ascencio, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 2a.ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1990, p. 163

f) En caso de nulidad de matrimonio, el artículo 259 del Código Civil dice que luego que cause ejecutoria la sentencia, ". . . el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio de -- acuerdo con las circunstancias del caso."

CAPITULO CUARTO

PROPUESTA PARA ADICIONAR LA FRACCION V -
DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL

Como preámbulo al presente capítulo, es necesario señalar que en muchas ocasiones al dictarse la sentencia definitiva de divorcio necesario, se le priva al cónyuge culpable de la patria potestad que ejerce sobre sus hijos y se le concede al inocente, independientemente de que la causal que dió origen al divorcio sea grave o no, es decir que sea de importancia, o que influya en la convivencia con los hijos, ya que en varios casos, a pesar de ser una causa que no afecte la relación padres e hijos, se valora como de fondo y trae como consecuencia la pérdida de la patria potestad para alguno de los excónyuges. Asimismo los hechos cotidianos y las causales de pérdida de la patria potestad, varían conforme se modifican las leyes, o sea que según la época y la sociedad, se determinarán los motivos que establezca la norma jurídica, para que alguno

de los excónyuges pierda la patria potestad de sus hijos.

A este respecto consideramos necesario clasificar las causales de pérdida de la patria potestad, previstas por el artículo 444 de nuestro Código Civil, en graves y no graves, lo que haremos desglosando los supuestos que se desprenden de cada una de las cuatro fracciones que comprende el numeral en cita, en los siguientes puntos.

4.1 CASOS EN QUE SI SE COMPROBO QUE LA PATRIA POTESTAD SE PERDIO PORQUE SE COMPROMETIO LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS.

1. El artículo 444 del Código Civil, en lo conducente de la fracción I, establece que la patria potestad se pierde: " I.- -- Cuando el que la ejerza. . .es condenado dos o más veces por delitos graves."

En este supuesto consideramos que esta causal es grave, en virtud de que, si alguno de los progenitores es condenado dos o más veces por delitos graves, como por ejemplo violación, homicidio en cualquiera de sus especies, lenocinio, corrupción de menores, etcétera, no es posible que pueda recuperar la patria potestad respecto de sus hijos, en virtud de que si cometió más de dos veces delitos graves, por los que haya sido condenado, significa que dicha persona es reincidente y difícilmente podrá reincorporarse a su familia y a la sociedad, por lo tanto, con la conducta adoptada por éste, -- sí se puede comprometer la salud, la seguridad y la moralidad de -- sus hijos, en consecuencia, por ningún motivo se le debe otorgar el derecho de recuperar la patria potestad de los menores a la muerte-

del cónyuge inocente.

2. La fracción II del numeral en estudio determina que la patria potestad se pierde: " En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;. . ."

A este respecto, y tomando como base la clasificación de las causales de divorcio previstas en el artículo 167 del Código Civil que se hizo en el punto 3.2.2 del capítulo tres de esta tesis, podemos decir que las causales graves son las siguientes:

A) El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito sancionado por la ley penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y la persona diversa del esposo, el adulterio tipificado como delito requiere, como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo; mas la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial, porque éste sólo puede subsistir, para el legislador, mediante una vida en común, basada en la fidelidad de los esposos.

Así, la violación del deber conyugal de fidelidad es causa suficiente para disolver el vínculo matrimonial; el cónyuge adúltero se hace culpable respecto del otro cónyuge. Aunque el Código Civil no da un concepto de adulterio y el penal no lo hace tampoco, sino que solamente lo castiga, podemos afirmar que consiste en la relación sexual establecida entre personas de distinto sexo y cuando

menos, una de ellas está casada, pero esta relación debe realizarse precisamente en el hogar conyugal, o con escándalo.

El adulterio solo se castiga cuando haya sido consumado, es decir, al momento de consumarse el acceso carnal, según lo previene el artículo 275 del Código Penal para el Distrito Federal.

No obstante lo anterior, me parece que en la práctica es en extremo difícil acreditar el delito de adulterio, toda vez que el artículo 273 del citado Código Penal, establece que este delito debe ser cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

Por lo tanto considero que para tener acreditada la causal de divorcio prevista en la fracción I del artículo 267 del Código Civil, basta con que el cónyuge ofendido ofrezca en juicio como pruebas de su parte indicios, testimonios, correspondencia amorosa, revelaciones de terceros, inclusive, el acta de nacimiento de un menor concebido en forma extramatrimonial, de donde se desprenda que alguno de los cónyuges sea el padre o la madre, según el caso, pues con estos elementos se acreditaría fehacientemente la unión sexual entre adúlteros.

En cuanto a los casos de sorpresa a los adúlteros, generalmente se estima que es bastante difícil que se les encuentre en situaciones reveladoras de la intimidad carnal, como cuando están en el mismo lecho, o en ropas menores en la misma alcoba, o cuando se han introducido sin ninguna otra posible explicación a un cuarto de hotel o a lugares apropiados para los amorfos ilícitos.

Aunado a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado el criterio de que, para acreditar el adulterio de uno de los cónyuges, basta con la presunción, como se dedu-

ce de la Jurisprudencia que a continuación se transcribe:

" ADULTERIO, PRUEBA DEL. Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva. Quinta Epoca: Tomo XXXI, pág.251. Hourani Margarita; Tomo XXXV, pág. 1252. Rubio de Pe - reyra Ocejo Lidia; Tomo XLII, pág. 3117. Mazón - Victoriano y Coags; Tomo LII, pág. 606. Vázquez-- Concepción; Tomo LIII, pág. 905. Guerrero Pruden - cio." (1)

B. " La propuesta del marido para prostituir a su mujer, - no solo 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 carna - les con su mujer."

En esta causal de divorcio encontramos dos supuestos dis - tintos, es decir, la propuesta, la invitación del marido para pros - tituir a la mujer, para que tenga relaciones carnales con persona - extraña; y el hecho de recibir cualquier remuneración por consen - tir que otra persona realice con su esposa el acto sexual.

Esta causa se refiere a los lenones, es decir, aquéllos - que explotan o consenten a su esposa para obtener lucros median - te la relación carnal.

Además de ser causa de divorcio, el lenocinio es un deli - to previsto y sancionado en el Código Penal en sus artículos 206 - al 208, al establecer que:

" Artículo 206. El lenocinio se sancionará con prisión de dos a nueve años y de cincuenta a quinientos días multa."

" Artículo 207. Comete el delito de lenocinio:

(1) Visible en el Apéndice de Jurisprudencias y Tesis relacionadas 1917-1985, del Poder Judicial de la Federación, Segunda Parte, Pri - mera Sala, p. 36

I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de el un lucro cualquiera;

II. Al que induzca o solicite a una persona para que contra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución;

III. Al que regentee, administre o sostenga directa o in directamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia-expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos."

" Artículo 208. Cuando la persona cuyo cuerpo sea explotado por medio del comercio carnal, sea menor de edad se aplicará al que encubra, concierte o permita dicho comercio, pena de seis a diez años de prisión y de diez a veinte días multa."

Cabe aclarar que no es necesario que se configure el delito de lenocinio para considerar culpable al marido, puesto que consideramos que se puede demandar el divorcio civilmente sin intentar la esposa ofendida la acción penal de lenocinio descrita en el Código Penal.

C. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

A este respecto, como facilmente puede apreciarse, podemos decir que es necesario que uno de los esposos motive al otro para que realice una conducta descrita como delito por el Código Penal. No es necesario que el delito de que se trate sea cometido con un acto violento, puede ser de otra naturaleza.

La incitación a la violencia a que hemos hecho referencia anteriormente, se refiere a provocar o incitar al otro a cometer un delito. Es decir, no es necesario que se cometa un delito de -- los llamados de sangre, sino cualquiera de los considerados como -- tales en nuestro Código Penal, como por ejemplo robo, fraude, abuso de confianza, abandono de personas, etcétera.

D. 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.

En efecto, la tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones.

Como ya fue analizado en capítulos anteriores, uno de los deberes jurídicos fundamentales de los padres para con sus hijos, consiste en educarlos. Es evidente entonces el hecho de que, como causa de divorcio se establezca que cuando uno de los esposos lejos de cumplir con la educación y orientación de los hijos, ejecute actos inmorales con la finalidad de corromperlos, así como la tolerancia para que su conducta se trastorne.

La fracción a estudio puede realizarse de dos maneras diferentes:

La primera, que consiste en actos positivos de corrupción ejecutados por alguno de los cónyuges.

La segunda, en actos negativos que impliquen la tolerancia del padre o de la madre respecto de la inmoralidad de sus -- descendientes.

Corromper significa hechar a perder, descomponer, depra --

var, podrir, etc., de lo que se deduce que el vocablo mismo, tiene tantas acepciones que bien puede afirmarse que la corrupción consiste en todas aquéllas conductas que atenten contra la moral de los hijos (inclusive inducidos a la mendicidad, incitación a la prostitución, a la perversión sexual, a actividades atentatorias -- contra la propiedad, al alcoholismo u otras manías tóxicas) .

A este respecto debemos considerar que si el cónyuge culpable perdió la patria potestad por algunas de las causales de divorcio antes analizadas, éste por ningún motivo puede recuperar el derecho al ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos, ni aún cuando muera el cónyuge inocente, pues en el supuesto de su fallecimiento, entrarán al ejercicio de ese derecho las personas a que se refiere el artículo 414 fracciones II y III del Código Civil y a falta de los ascendientes a que se refiere el citado numeral, previo el procedimiento respectivo, a los menores se les nombrará tutor, puesto que en el caso de que se le restituyera al cónyuge culpable el derecho a ejercer la patria potestad, entonces sí se les ocasionaría perjuicios a los menores en su salud, seguridad y moralidad.

3. En el punto 3.2.3 de esta tesis, ya analizamos la fracción III del artículo 444 del Código Civil, que se refiere a las conductas depravadas de los padres, por lo que a continuación presento un caso concreto en el que la patria potestad se perdió por haberse comprometido la salud, seguridad y moralidad del hijo.

" Tlalnepantla, Estado de México, a quince de agosto de mil novecientos noventa y cinco. - - VISTOS para resolver los autos del expediente marcado con el número 772/94, relativo al juicio ORDINARIO CIVIL DIVORCIO NECESARIO, promovido por SALVADOR VILLANUEVA NOCTEZUMA, en contra de MARIA -

PATROCINIO ARVIZO; y, - - - CONSIDERANDO - - - I.-
que SALVADOR VILLANUEVA MOCTEZUMA, por escrito de
fecha dieciseis de diciembre de mil novecientos -
noventa y cuatro, demandó de la señora MARIA PA -
TROCINIO ARVIZO, las siguientes prestaciones: A.-
La disolución del vínculo matrimonial que nos une
B.- La pérdida de la patria potestad que ejerce -
sobre nuestro menor hijo de nombre JOSE ANGEL VI -
LLANUEVA ARVIZO; C.- La declaración en el sentido
de conceder al suscrito la guarda y custodia de -
nuestro menor hijo JOSE ANGEL VILLANUEVA ARVIZO;-
D.- El pago de los gastos y costas que se ocasio -
nen con motivo del presente juicio. El actor fun -
da su demanda en los hechos y preceptos de dere -
cho que estimó aplicables al caso. La demandada -
fué legalmente emplazada, quien dió contestación -
a la demanda entablada en su contra, oponiendo -
excepciones y defensas y contrademandando la pér -
dida de la patria potestad del menor antes señala -
do. Durante la dilación probatoria se desahogaron
las pruebas ofrecidas por las partes, y una vez -
que se verificó la audiencia de ley, se ordenó -
dictar sentencia.- - - II.- El artículo 269 del -
Código de Procedimientos Civiles en vigor, esta -
blece que: "Que el actor debe probar los hechos -
constitutivos de su acción y el reo los de sus -
excepciones". En el presente caso el actor deman -
da de la señora MARIA PATROCINIO ARVIZO, la diso -
lución del vínculo matrimonial que los une, basán -
dose en las causales previstas por las fracciones
XI, y XVI del artículo 253 del Código Civil en vi -
gor.- - - Ahora bien una vez que se han analizado
en su conjunto las constancias que integran los -
presentes autos, la suscrita llega a la convic -
ción plena que el actor en este juicio, no cum -
plió con la carga procesal que le impone el ar -
tículo 269 del Código Procesal Civil, ya que no -
probó los hechos constitutivos de su acción, lo -
anterior por lo siguiente: Respecto a la prueba -
confesional que ofrecida a cargo de la demandada,
que fue desahogada con fecha cinco de abril del -
año en curso, no se encuentra confesa la absolve -
nte de ningún hecho o circunstancia que beneficie -
los intereses del actor. Por otra parte la prueba
testimonial que ofreciera, no le fue admitida, ya
que ésta no se ofreció en términos de lo dispues -
to por el artículo 359 del Código Procesal Civil,
y las restantes probanzas que ofreció el actor -
que consisten en las documentales consistentes en
las copias certificadas de las actas de matrimo -
nio de las partes y nacimiento de su menor hijo,-
solo acreditan esos acontecimientos; la documen -
tal consistente en la escritura únicamente accredi

ta la propiedad del inmueble a que se refiere tal documento, y la copia certificada de la sentencia dictada en el expediente 205/93, radicado en el Juzgado Tercero Familiar así como la instrumental de actuaciones y presuncional legal y humana, son insuficientes para acreditar la procedencia de las causales invocadas por el actor, por tal motivo - al no haber acreditado la procedencia de la acción de divorcio intentada se absuelve a la demandada MARIA PATROCINIO ARVIZO, de las prestaciones que le fueron reclamadas.- - - III.- Entrando al estudio de la demanda reconventional en la cual MARIA PATROCINIO ARVIZO VILLAFUERTE, demanda del señor SALVADOR VILLANUEVA MOCTEZUMA, la pérdida de la patria potestad del menor JOSE ANGEL VILLANUEVA ARVIZO, así como su guarda y custodia definitiva, basándose para ello en los siguientes hechos: Que desde antes de que contrajo matrimonio con el demandado en la reconversión establecieron su domicilio en el inmueble ubicado en el lote 3383 Letra "C" Manzana 367, de la Colonia Lázaro Cárdenas, el cual después de haber contraído matrimonio civil, se convirtió en domicilio conyugal, que en tal domicilio el demandado instaló una sastrería y contrató personal femenino, y en vez de trabajar se ponía a cortejarlas, que no obstante de que el demandado tenía la sastrería, nunca aportó cantidad alguna para la manutención del hogar. Que en el mes de julio de 1991 el demandado contrató como costurera a la señora AUSTREBERTHA CASTILLO RODRIGUEZ, con la que según tiene entendido empezó a tener relaciones sexuales, ya que en una ocasión su hijo JOSE ANGEL los vió, y que estando viviendo ambos en la casa que él dividió, al parecer procrearon un hijo. Por otra parte el demandado y la citada AUSTREBERTHA CASTILLO, CONTRAJERON MATRIMONIO RELIGIOSO el día veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y dos. Que el veintiocho de enero de mil novecientos noventa y cuatro, se fue de la parte del domicilio conyugal que ocupaba y que cada que se presentaba delante de sus hijos le decía "Sacate de mi casa hija de la chingada con tus pinches hijos mantenidos y si no te sales de todas maneras te voy a echar a los agentes para que te den en la madre y te saquen de aquí". Que el demandado abusó sexualmente de una menor en el mes de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, lo que motivó que el día diez de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, saliera definitivamente del domicilio conyugal. Por lo cual con la conducta depravada del demandado y el abandono a sus deberes como padre, puede repercutir en la salud, -

la seguridad y la moralidad de su menor hijo JOSE ANGEL. Señalando por último que el demandado ha abandonado sus deberes como padre, en virtud de que no obstante de que el Juez Tercero de lo Familiar lo condenó al pago de una pensión alimenticia, a esta fecha ya no está cumpliendo con esta obligación, puesto que únicamente consignó la irrisoria cantidad de sesenta pesos mensuales, hasta el mes de julio de mil novecientos noventa y cuatro.- - - Ahora bien de lo narrado anteriormente y del estudio de las constancias procesales que integran los presentes autos, la suscrita estima que es procedente la acción ejercitada por la actora por lo siguiente: Del desahogo de la prueba confesional a cargo del demandado que se desahogó con fecha veinticuatro de marzo del año en curso, al contestar las posiciones Décima Primera en el sentido de que: "Usted se abstiene de cubrir los gastos alimentarios de su esposa MARIA PATROCINIO ARVIZO VILLAFUERTE", contestó: "Sí, ahora ya no porque me echaron de la casa con todo y mis cosas". Por otra parte en la posición número trigésima séptima que dice: "Que usted se abstiene de cubrir los pagos correspondientes a luz, agua y predial del domicilio conyugal", el demandado contestó: "Si, cuando fui corrido para acá - si, porque ya no puedo entrar ni a la casa." En la posición 51.- "Que usted se fue llevándose todos sus muebles", contestó: "si".- La posición 52. "Que usted abandonó su domicilio como a las cuatro de la mañana." Contestó: "Que si".- De lo anterior se desprende que el demandado aceptó que se abstiene de cubrir los gastos alimentarios, así como los pagos de luz, agua y predial del domicilio conyugal, y si bien es cierto que señala que fue corrido de su casa, se contradice cuando contesta la posición 52 en que acepta que abandonó el domicilio conyugal a las cuatro de la mañana. Confesión a la que se le concede valor probatorio en términos de lo dispuesto por el artículo 388 del Código de Procedimientos Civiles. Lo que se corrobora con el testimonio de las partes en este juicio PATRICIA, JUANA Y SALVADOR todos de apellidos VILLANUEVA ARVIZO, quienes fueron uniformes y contestes en señalar que su padre ahora demandado en esta reconvencción, siempre ha sido un desobligado, que nunca les dió ni estudios, ni alimentos y les ha faltado al respeto y es un mujeriego y a su hermano JOSE ANGEL, no le da alimentos, ni estudios y que no se ocupa de él. Por otra parte que el demandado contrató en su sastrería a la señora AUSTREBERTHA CASTILLO RODRIGUEZ, y que estuvo viviendo con ella en la misma casa -

la cual dividió dándose cuenta sus hijos cuando - entraban a la sastrería que el demandado le daba - de nalgadas a tal persona, le tocaba los senos y - le hacía cosas incluso lo vieron haciendo el acto - sexual con tal persona. Además en que coinciden - que el demandado ha corrido a la actora así como - a sus hijos del domicilio conyugal. Testimonios - que por ser directos se les concede pleno valor - probatorio de acuerdo a la facultad que concede a - la suscrita el artículo 410 del Código Procesal - Civil. Lo robustece con lo expresado por el pro - pio demandado SALVADOR VILLANUEVA MOCTEZUMA, al - contestar la demanda reconventional en el hecho - uno de la misma en que señala que en el año de - mil novecientos sesenta y cuatro empezó a tener - relaciones sexuales con la actora y no de concubi - nato, por lo que en ese tiempo su ahora esposa - era solo UNA DE SUS NOVIAS QUE SIN EL MENOR RECA - TO, aceptaba tener relaciones sexuales, siendo - cierto que al embarazarse de su hijo mayor le ren - tó una habitación para ayudarla Y ASI SE CONVIR - TIO EN UNA DE SUS AMANTES, pero nunca en concubi - na, de lo que se desprende que el demandado acos - tumbra tener varias amantes, como él mismo lo con - fiesa. De tales probanzas se acredita que la con - ducta del demandado se ubica dentro de la hipóte - sis prevista en la fracción III del artículo 426 - del Código Civil, al jaberse acreditado que reali - za actos depravados como se ha mencionado con an - terioridad, así como haberse acreditado que el de - mandado no ha cumplido con sus obligaciones de pa - dre con su menor hijo JOSE ANGEL VILLANUEVA ARVI - ZO. Sin que sea procedente la excepción de falta - de acción y derecho opuesta por el demandado, en - razón a que las pruebas que ofreció no acreditan - la procedencia de tal excepción pues ni siquiera - señala que la sentencia dictada en el expediente - 205/93, radicado en el Juzgado Tercero Familiar - de este Distrito Judicial, se refiera a los mis - mos hechos planteados en esta reconvección. Por - lo anterior resulta procedente la pretensión re - clamada, ya que al haber abandonado el demandado - sus deberes para con su menor hijo, desde luego - pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la - moralidad de éste, pues incluso el vocablo pudie - ra que señala la fracción III del artículo antes - citado, impone a hacer la valoración del caso, en - función únicamente de las consecuencias normales - que la aludida conducta por sí misma pudo ocurrir - y no de las consecuencias que realmente haya cau - sado, toda vez que no necesariamente hay identi - dad entre lo que ocurrió o pudo ocurrir, pues no - se requiere que el menoscabo de los derechos del-

menor que la ley protege, se produzcan en la realidad pues para ello basta que con el proceder - del padre que incumpla con su obligación se genera la posibilidad de que se ocasionen esos perjuicios: . . . En el presente caso ha quedado acreditado que efectivamente el demandado ha demostrado falta de interés para proveer a la subsistencia - cuidado y educación de su menor hijo JOSE ANGEL - VILLANUEVA ARVIZO, a pesar de que tiene a su alcance los medios necesarios para hacerlo ya que - es propietario de una sastrería, como ya ha quedado establecido en autos, y a pesar de ello no cumple con su obligación de padre con su menor hijo, y ni siquiera convive con él, por lo que analizadas y valoradas que fueron las probanzas a que se ha hecho mérito, así como todas y cada una de las pruebas aportadas por la actora, conjuntamente - con la instrumental de actuaciones y presuncional en su doble aspecto legal y humana siguiendo las reglas de la lógica, es procedente condenar al demandado SALVADOR VILLANUEVA MOCTEZUMA a la pérdida del ejercicio de la patria potestad de su menor hijo JOSE ANGEL VILLANUEVA ARVIZO, quien queda bajo la patria potestad y custodia exclusiva de su madre MARIA PATROCINIO ARVIZO.- - Por lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 51 Fracción XIII, 203, 204, 206, 209, 210, 211, 212, 214, 220, 386, y relativos del Código Procesal Civil, es de resolverse y se.- - R E S U E L V E: PRIMERO.- SALVADOR VILLANUEVA MOCTEZUMA, no acreditó los extremos de su acción sobre DIVORCIO NECESARIO, que ejerció en contra de la señora MARIA PATROCINIO ARVIZO, en consecuencia se absuelve a ésta última de las prestaciones que le fueron reclamadas con los incisos A, B y C.- - SEGUNDO.- Se declara subsistente el vínculo matrimonial que une a los señores SALVADOR VILLANUEVA MOCTEZUMA Y MARIA PATROCINIO ARVIZO.- - TERCERO.- MARIA PATROCINIO ARVIZO VILLAFUERTE, acreditó la procedencia de su acción reconvencional sobre pérdida de la patria potestad que ejerció en contra de señor SALVADOR VILLANUEVA MOCTEZUMA, en consecuencia, CUARTO.- Se condena al demandado en la reconvención SALVADOR VILLANUEVA MOCTEZUMA a la pérdida del ejercicio de la patria potestad de su menor hijo JOSE ANGEL VILLANUEVA ARVIZO, quien queda bajo la patria potestad y custodia exclusiva de su madre MARIA PATROCINIO ARVIZO. . . Lo resolvió y firma la Ciudadana Licenciada CRISTINA CRUZ GARCIA, Juez Séptimo Familiar de este Distrito Judicial, que actúa con Secretario.- Doy fe. C. JUEZ- - - C. SECRETARIO."

A. Continúa diciendo la fracción III del artículo en estudio que la patria potestad se pierde: " Cuando por . . . malos tratamientos . . . pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, . . ."

En este supuesto considero que esta causa es grave cuando se acredite fehacientemente que el padre, la madre o ambos, les dan malos tratamientos a sus hijos, consistiendo estos en golpes, injurias, o molestias de cualquier clase, en este caso, no se podrá recuperar el ejercicio de la patria potestad por el cónyuge culpable.

4. La fracción IV del artículo 444 del Código Civil establece que la patria potestad se pierde: " Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos. . ."

Este supuesto sí es en extremo grave y causa suficiente para la pérdida de la patria potestad, desde el punto de vista de como lo maneja la hipótesis, y para su mayor comprensión, me permito remitir al lector al punto 3.2.4 del Capítulo tres de esta tesis, por lo tanto el padre o la madre que hayan sido condenados a la pérdida de ese derecho, por ningún motivo deberá recuperar la patria potestad de sus hijos.

B. Continúa diciendo la fracción en comento que la patria potestad se pierde: ". . . o porque los dejen abandonados por más de seis meses."

Estimo que es extremista este supuesto jurídico, al determinar que se debe perder la patria potestad por dejar abandonados a los hijos más de seis meses, ya que, atendiendo a este precepto podríamos decir que desde el primer día se configura el abandono,-

entonces resulta ilógico esperar a que sean seis meses mas un día, para que se de la causal de abandono de hijos.

En consecuencia considero que sería una causa grave si se abandonara a los hijos por mas de dos años, y en este supuesto, estaría plenamente justificada, motivada y fundada la sentencia que condenara al cónyuge culpable a la pérdida de la patria potestad - respecto de los menores, sin tener derecho a recuperarla en ningún momento.

4.2 SUPUESTOS NO EXTREMOS EN QUE SE CONDENO AL CONYUGE -- CULPABLE A LA PERDIDA DE SU DERECHO DE EJERCER LA PA- TRIA POTESTAD

Estimo que las causales no graves o no extremas para perder la patria potestad, son las siguientes:

1. El primer supuesto de la fracción I del artículo 444 - del Código Civil, en relación a que la patria potestad se pierde - " Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida - de ese derecho. . .", considero que no es una causa grave por lo siguiente:

Cuando se dicte la sentencia sobre pérdida de la patria - potestad, se debe analizar detenidamente dicha resolución, a efecto de determinar si el juzgador valoró debidamente las pruebas - - aportadas por las partes, y si no fue así, el progenitor que haya perdido la patria potestad, a la muerte del excónyuge inocente, podrá el culpable recuperar ese derecho mediante el procedimiento - respectivo.

2. Respecto de la fracción II del numeral a estudio, a conti

nuación hacemos referencia a las causales de divorcio previstas en el artículo 167 del Código Civil, que consideramos no graves.

A. El adulterio, cuando no se realiza en presencia o conocimiento de los menores, consideramos que no es una causa grave, y por lo tanto la conducta del padre adúltero, no perjudica a los menores en su salud, seguridad o moralidad, puesto que, como ya lo dijimos al considerarla como causa grave, los adúlteros se cuidan de no ser descubiertos en sus relaciones íntimas.

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

Se presumen hijos de los cónyuges: los nacidos ciento - - ochenta días contados después de la celebración del matrimonio; ésta prevención legal reviste carácter no grave, ya que según dispone el Código Civil que contra esta presunción no se admite otra - prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte de los - trescientos días que han precedido al matrimonio.

El marido no puede desconocer que es el padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días seguidos a la celebración - del matrimonio cuando:

a) si se prueba que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte.

b) si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y esta fue firmada por él, o contiene su declaración de que no sabe firmar.

C. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfer-

medad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

Puede apreciarse claramente que el legislador estableció estas causas por considerar que hacen prácticamente imposible la convivencia en común de la pareja, además de que ponen en peligro la salud de los hijos.

La idea es que deben reunirse tres requisitos, es decir, crónico, incurable y contagioso o hereditario.

La impotencia incurable debe sobrevenir después de celebrado el matrimonio, ya que si esta existe antes de celebrarse la unión conyugal, es un impedimento para la celebración de dicho acto jurídico. La impotencia sexual incurable debe sobrevenir a causa de una enfermedad, puesto que si se aplicara a aquéllos esposos que han llegado a la vejez, después de largo tiempo de matrimonio, nos encontraríamos ante una injusticia, pues ese matrimonio no debería disolverse.

D. Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.

Para que se de esta causal, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecer la enfermedad.

La enajenación mental implica una serie de actos de desajuste mental, en donde la persona pierde la facultad de regular sus actos y su conducta.

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

Por casa conyugal debemos entender la casa habitación don

de los esposos residen habitualmente, hacen vida en común y cumplen con las finalidades del matrimonio. Los esposos vivirán juntos en el hogar conyugal. Los Tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo hagan en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

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

Esta fracción supone que uno de los cónyuges se separó por causa suficiente para pedir el divorcio, pero si no lo hiciera el otro, el que motivó la causa, puede demandar la disolución del matrimonio. En este caso, el ofendido que abandone el hogar conyugal se convierte en ofensor.

El esposo inicialmente ofendido tiene la protección de la ley, ya que la acción de divorcio que concede la ley al esposo que ha sido abandonado por haber cometido una causa suficiente para la disolución del matrimonio, es pasado un año a partir de que se efectuó la separación; pudiendo el que se separó del hogar volver al mismo durante ese tiempo.

De lo anterior, podemos afirmar que el titular para ejercitar esta acción es el esposo abandonado, aunque de hecho haya sido el causante, el que incurrió en la falta.

G. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se nece-

sita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia.

Pues bien, ausencia es el hecho de no estar presente en el lugar en el que está o debiera estar normalmente una persona. - Jurídicamente la ausencia se caracterizaba por haber desaparecido un individuo sin dar conocimiento de su paradero, es decir, no se sabe si está vivo o muerto. Quien se encuentre en estas condiciones de falta de presencia jurídica deja una compleja serie de relaciones jurídicas tanto patrimoniales como todas aquéllas derivadas de su estado, entre ellas las de su matrimonio y las demás de carácter familiar.

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

La sevicia consiste en un acto de extrema crueldad, realizado por una persona hacia otra, puede hacerse de obra o de palabra. Puede decirse que es la violencia de un cónyuge a otro; no es necesario que esta violencia consista en golpes y heridas, sino que basta que un esposo imponga a otro tratos conyugales excesivos que hagan imposible la vida en matrimonio.

La amenaza consiste en dar a entender que se quiere hacer algún mal al otro. Constituye un ataque a la tranquilidad personal toda vez que se intimida, amaga, amedrenta o atemoriza al sujeto contra quien se hace.

Por injuria debemos entender toda acción proferida o toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro o con el fin de hacerle una ofensa.

El elemento esencial de la injuria es el menosprecio contra quien se dirige, el propósito deliberado y consciente de des -

honrar, o de ofender.

Las injurias deben ser graves para que motiven esta causa de divorcio, gravedad que apreciará el juzgador y no el cónyuge - ofendido.

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

Se puede pedir el divorcio por esta causa, cuando **no haya sido posible asegurar los ingresos del cónyuge que debe dar los - alimentos.**

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

La calumnia consiste en la imputación de hecho determinado y calificado como delito por la ley, cuando ese hecho fuere falso, o es inocente la persona a quien se le imputa.

La acusación debe ser de que otro cónyuge ha cometido un hecho que se considere como delito por la ley penal y que además - merezca como castigo una pena de más de dos años de prisión.

Estimo que para fundar el divorcio en esta causal, es necesario que se siga el juicio penal y que sea declarado inocente - el cónyuge acusado de un delito que merecía una pena mayor de dos años de prisión. Entonces al resultar absuelto, con las copias certificadas de la sentencia y del auto que la declare ejecutoriada, - podrá solicitar la disolución del matrimonio.

K. 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.

La razón de la ley para considerar esta conducta como suficiente para disolver el matrimonio, consiste en la desigualdad de la honorabilidad de los cónyuges. Es de suponer que se crea una situación difícil entre los esposos, ya que mientras uno es honrado, el otro está desacreditado.

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

Cuando alguno de los cónyuges practica los juegos de azar, abusa de la embriaguez, o usa indebidamente las drogas enervantes sin prescripción médica, es lógico que de motivos a que se quebrante la estabilidad familiar causando la ruina de la misma.

Las disposiciones acostumbradas a lo malo, al libertinaje a la corrupción, es decir, aquéllas que constituyen vicio, acrean males tan grandes en el núcleo familiar que relaja por completo esta íntima célula social.

Ll. 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.

Esta fracción se refiere a ciertos actos que cuando los comete un cónyuge sobre el otro no son punibles, es decir, no son delitos, pero si ese mismo hecho lo realizara un extraño, de inme-

diato se configuraría la figura delictiva.

El delito de que se trate, lo deberá apreciar el juez solo para fundar la acción de divorcio.

Puede decirse que este precepto contiene todos los hechos punibles que pueda desarrollar un esposo en contra de otro, afectando la integridad física, moral o patrimonial de su consorte; - sin embargo, existen casos en que por virtud de la relación matrimonial, no es posible castigar tales actos, ya que les falta algún elemento para atribuirle el carácter de delito y la legislación civil relacionada con el divorcio, considera que tal conducta, aunque impune al derecho penal, puede ser causa para que se motive la disolución del matrimonio.

M. La separación de los cónyuges por más de dos años, in dependientemente del motivo que haya originado la separación, la - cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

De esta fracción se puede deducir que basta la simple separación de los cónyuges por más de dos años, para que se de la di solución del matrimonio, independientemente de la causal que haya dado origen a la separación, o sea que cualquiera de los cónyuges puede fundar su acción o excepción, en alguna o algunas de las cau sales previstas por el artículo 267, a excepción de la que se desprende de la causal XVII, para que se de el divorcio.

Estimo que cuando se solicite la disolución del vínculo - matrimonial por la causal antes mencionada, no existe cónyuge culpable ni cónyuge inocente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado una Tesis de Jurisprudencia, en donde hace saber los elementos que

se deben reunir para que surta efectos la causal de divorcio establecida por la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, - misma que a continuación se transcribe:

" DIVORCIO. INTERPRETACION DE LA CAUSAL PREVISTA EN EL ARTICULO 267, FRACCION XVIII, DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- La disposición en comento establece como causal de divorcio necesario: "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". Después de haberse hecho un estudio profundo del contenido de esta norma, en el que se tomaron en cuenta una fuente inmediata, las causas reales que la originaron y los fines perseguidos, este Tribunal considera que la causal de divorcio que se contempla, surgió para ajustar la legislación a la realidad social, a fin de regularizar la situación jurídica y fáctica de una gran cantidad de parejas en esta capital, que estando casadas solo mantienen el vínculo formal, el que en la realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos familiares debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han promovido o conseguido el divorcio por lo que es aplicable solo a quienes se encuentran en esta situación, de modo que para que proceda el divorcio con apoyo en esta causal, deben reunirse los dos siguientes elementos: A).- Que la separación se dé con el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial y de dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se derivan, como pueden ser la ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y formación de los hijos, la perpetuación de la especie, etcétera, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita mediante actos, omisiones o manifestaciones de cualquier índole que así lo revele; y B).- Que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar esa situación dentro del lapso de la separación, ya sea el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las otras causales, o su tramitación en forma voluntaria, o actos encaminados a la reanudación en la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio." (2)

(2) Visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación - número 86-2, Febrero de 1995, p. 31

Las causales de divorcio antes transcritas y analizadas, consideramos que no son graves por cuanto hace a los efectos que podrían producir en relación a la patria potestad, motivo por el cual cuando se condene al cónyuge culpable a la pérdida de ese derecho, a la muerte del cónyuge inocente, aquél deberá recuperar el ejercicio de la patria potestad, tomando en consideración los siguientes razonamientos:

a) Cuando se conceda el divorcio en base a la fracción II del artículo 267 del Código Civil, y como consecuencia se condene al culpable a la pérdida de la patria potestad, esta situación no debe perjudicar a los hijos, en virtud de que éstos son los menos responsables de que su madre haya concebido un hijo antes de casarse civilmente, motivo por el cual, al morir el cónyuge inocente se le debe restituir al culpable, sus derechos que emanan de la - - - patria potestad, respecto de sus hijos.

b) Ahora bien, en los casos previstos en las fracciones - VI y VII del artículo 267 del Código Civil, no se le debe condenar al cónyuge culpable a la pérdida de la patria potestad que ejerce respecto de sus menores hijos, ya que el marido enfermo no es responsable directo de padecer cualquier enfermedad de las previstas por las fracciones en comento, sino que el juez debe dictar sentencia mediante la cual se determine la suspensión del ejercicio de la patria potestad por cuanto hace a las obligaciones que de ella derivan, concediéndole la guarda y custodia de los menores al cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los derechos que le concede la patria potestad respecto de la persona y bienes de sus hijos.

En caso de que se condene al cónyuge enfermo a la pérdida de la patria potestad que ejerce respecto de sus menores hijos, a la muerte del cónyuge inocente, previa acreditación con documento fehaciente de que el padre enfermo ha recuperado totalmente su salud, éste podrá demandar ante los Tribunales, la restitución de sus derechos derivados de la patria potestad para con sus hijos.

c) Tratándose de sentencia definitiva mediante la cual se decrete el divorcio por las causales previstas en las fracciones VIII, IX y X del artículo 267 del Código Civil, y suponiendo sin conceder que el cónyuge culpable sea condenado a perder la patria potestad respecto de sus hijos, al morir el cónyuge inocente, el culpable debe recuperar esos derechos, puesto que considero que las causales ya analizadas, no ponen en peligro la salud, seguridad o moralidad de los hijos, en virtud de que la separación de uno de los cónyuges del domicilio conyugal, así como la presunción de muerte, puede ser consecuencia de variados motivos, pero se entiende que en ausencia de dicho consorte, el otro tuvo bajo su guarda y custodia a los menores, procurando que a éstos no les faltase nada, por lo que, al acaecer el inocente, el culpable, mediante el procedimiento respectivo, podrá demandar que se le restituya la patria potestad de sus hijos.

d) En el supuesto de que se conceda el divorcio y la pérdida de la patria potestad con fundamento en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil, al fallecimiento del inocente, el culpable podrá recuperar la patria potestad respecto de sus hijos, ya que si bien es cierto se proferían injurias, sevicia y amenazas por parte de un cónyuge al otro, dichas situaciones únicamente por

judicaron al cónyuge inocente, pero no a los hijos.

e) La experiencia en el litigio nos ha enseñado que, al dictarse sentencia en diversos juicios sobre patria potestad o de divorcio necesario, injustamente se condena al cónyuge culpable a perder la patria potestad que ejercía respecto de sus hijos, sólo porque éste no logró acreditar con pruebas fehacientes que él siempre y en todo momento cumplió con sus obligaciones alimentarias para con su esposa e hijos, porque por mala costumbre tenemos que -- cuando compramos despensa, útiles escolares, ropa, calzado, uniformes, cuando llevamos a la familia a viajes, diversiones, cuando los llevamos al doctor, cuando adquirimos muebles, utensilios para el hogar, nunca guardamos tickets de autoservicios, notas de remisión, boletos de transporte, facturas, recetas médicas, comprobantes de pago por medicamentos, etcétera, sin saber que estos documentos nos pueden hacer falta para ofrecer como pruebas cuando nos demanden el divorcio y pérdida de la patria potestad con fundamento en lo dispuesto por los artículos 267 fracción XII y 444 fracción III del Código Civil.

Con tristeza nos damos cuenta que, en los casos de divorcio, el padre, la madre o ambos perjudican y lesionan gravemente a los hijos, al separarlos de las comodidades que podrían tener al permanecer al lado de cualquiera de los cónyuges, valiéndose de mentiras y artimañas que por desgracia el otro no pudo desvirtuar.

En efecto, en vez de ver a sus hijos como personas, los ven como objetos de venganza con los cuales se desquitan de las -- frustraciones que tienen por no haber conservado su matrimonio.

En este caso, considero que el cónyuge culpable debe recu

perar la patria potestad de sus hijos al morir el inocente, e inclusive podría intentar recuperar esos derechos aún cuando no haya acaecido el otro, pero siempre y cuando acredite fehacientemente - que cuenta con una economía estable que le permita cumplir con sus obligaciones alimentarias para con sus hijos.

f) Cuando se conceda el divorcio por las causales previstas en las fracciones XIII, XIV, XVI del artículo 267 del Código Civil y que traigan como consecuencia la pérdida de la patria potestad, al fallecer el inocente, el culpable debe recuperar la patria potestad respecto de sus hijos.

En efecto, el artículo 99 del Código Penal para el Distrito Federal, establece que: " La rehabilitación tiene como objeto - reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos o de familia que había perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso o en cuyo ejercicio estuviese suspendido."

En este orden de ideas podemos decir que si el reo puede ser rehabilitado para reintegrarse a su familia y a la sociedad, - entonces también el progenitor al que se le privó de sus derechos - para con sus hijos, a la muerte del cónyuge inocente puede solicitar judicialmente la recuperación del ejercicio a la patria potestad.

g) Por cuanto hace a la disolución del matrimonio y a la pérdida de la patria potestad en base a la fracción XV del artículo 267 del Código Civil, considero que si dicha causal fue muy grave al momento de decretarse el divorcio, después de ejecutoriado - este, puede dejar de ser grave la causa, tomando en consideración - que en la actualidad existen centros de rehabilitación para ebrios

consuetudinarios y para drogadictos, en los que, después de varias y diversas terapias, las personas ya regeneradas, se integran de nuevo a la sociedad, se dedican a trabajar para tener una situación económica estable, e incluso les nace el deseo de superarse intelectualmente y se inscriben en la escuela de su preferencia para estudiar alguna carrera y de esta manera adquirir una cultura general de la que antes carecían, para de esta manera poder darle buenos ejemplos a sus hijos.

En este supuesto, considero que es justo que al fallecimiento del cónyuge inocente, el otro recupere la patria potestad sobre sus hijos.

3. Asimismo la fracción III del artículo 444 del Código Civil, en lo conducente señala que la patria potestad se pierde: " Cuando por . . . 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."

La causal de abandono de deberes, ya quedó plenamente estudiada en el punto 3.2.3 del Capítulo tres de esta tesis, por lo que a continuación menciono un caso concreto, en el cual se condenó al cónyuge culpable a la pérdida de su derecho a ejercer la patria potestad, por una causa no extrema.

En este ejemplo la pareja se adoraba y la mujer le prometió al varón que si contraían matrimonio, ella continuaría trabajando y lo ayudaría económicamente para que continuara sus estudios de medicina, independientemente de la ayuda económica que le proporcionaban sus padres, tomando en consideración que la carrera de medicina requiere de mucha dedicación y horas de estudio, ade -

más de que es muy costosa, pero según la mujer, valía la pena el - esfuerzo, ya que cuando él se titulara, tendrían una situación económica estable.

Bajo esta promesa y sobre todo por el amor que se profesaba la pareja, contrajeron matrimonio civil bajo el régimen de so - ciedad conyugal, y de su vida marital procrearon una hija.

Posteriormente la cónyuge ya no le profesaba amor a su esoso, se salió de trabajar, nunca le ayudó a éste para sus estu - dios como lo había prometido, constantemente abandonaba el domicilio conyugal, nunca cumplió con sus deberes de esposa, lo que originó que se le demandara el divorcio por abandono de hogar, y como ella argumentó que se salía de la casa para irse a la de sus padres para conseguir alimentos, en la sentencia se declaró al cónyuge varón, como culpable, condenándolo a la pérdida de la patria potestad que ejercía respecto de su menor hija.

Se hace la observación en el sentido de que, aún cuando - nuestro protagonista varón continuo estudiando, debido a sus excelentes calificaciones, se le otorgó una beca en un Hospital Particular como médico interno, pero independientemente de esto, nuncales faltó nada ni a él, ni a su esposa ni mucho menos a su hija, - porque los padres del cónyuge varón, siempre y en todo momento sufragaron sus necesidades alimentarias.

A pesar de lo anterior, la Juez Familiar en el Distrito - Federal, sin haber valorado debidamente las pruebas aportadas por el actor, y excediéndose en las atribuciones que le confiere el artículo 283 del Código Civil, pronunció una sentencia que en lo conducente, a continuación se transcribe:

" México, Distrito Federal, a nueve de octubre de mil novecientos noventa.- - -VISTOS para resolver en definitiva los autos relativos al juicio ordinario civil de DIVORCIO NECESARIO seguido ante este juzgado por CORREA ORDÓÑEZ ARTURO en contra de ANDREA MOLINA RUIZ, y- - - RESULTANDO- - -1. Por escrito recibido en este juzgado el dieciséis de enero de mil novecientos noventa, ARTURO CORREA ORDÓÑEZ instauró demanda en contra de ANDREA MOLINA RUIZ exigiendo: ". . .a). La disolución del vínculo matrimonial que nos une, con todas sus consecuencias legales. b). El pago de los gastos y costas que con motivo de este juicio se originen. . ." - - - 3. En auto de dieciocho de enero de mil novecientos noventa se admitió la demanda aludida, se ordenó correr traslado de ella a la demandada y emplazarla a juicio en los términos y con los apercibimientos de ley. 4. Notificada y emplazada que fue la demandada, ésta. . .opuso las excepciones y defensas que estimó pertinentes para protección de su interés. . . 5. En su mismo escrito de contestación al libelo inicial, la demandada reconvino a su colitigante: ". . .I. La disolución del vínculo matrimonial con base en la causal XII del artículo 267 del Código Civil vigente. II. El pago de una pensión provisional para la suscrita y la menor, suficiente para sufragar las necesidades más elementales de la familia III. La pérdida de la patria potestad de nuestra menor LETICIA CORREA MOLINA. IV. El pago de gastos y costas que el procedimiento origine. . ." - . . .7. En proveído de veinte de marzo de mil novecientos noventa, se tuvo por producida en tiempo la contestación a la demanda. . . 8. El actor principal contestó la reconvención planteada en su contra. . . 9. . . se citó a las partes para la audiencia previa de conciliación, misma que se llevó a cabo el siete de mayo de mil novecientos noventa sin que se lograra la conciliación de los litigantes en virtud de que la demandada no compareció a dicho acto procesal. . . CONSIDERANDO. . . I. Este juzgado es competente para conocer y fallar el presente juicio, según lo establecen los artículos 58 fracción II de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, en relación con los diversos -- 156 fracción XII, 159 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles vigente en dicha entidad. . . V. Por razones metodológicas se analiza en primer lugar la reconvención de la demandada, en los términos siguientes:- - -a). La demandada en su reconvención invoca como causa de su preten

sion de divorcio la prevista en la fracción XII - del artículo 267 sustantivo y con tal finalidad - imputa a su contraria, en primer lugar, el incumplimiento de su obligación de suministrar alimentos tanto a ella como a la menor hija de ambos, y, en segundo término le atribuye su falta de contribución al sostenimiento económico del hogar conyugal. En su contestación a la contrademanda planteada en su contra ARTURO CORREA ORDOÑEZ no solo negó el incumplimiento que le atribuye su esposa, sino que expresamente afirmó que siempre ha ministrado a su cónyuge y a su hija los alimentos a su cargo y que asimismo ha contribuido a los gastos de la vida en común. En estas condiciones, acorde a lo dispuesto en las fracciones I y IV del - - - artículo 282 adjetivo, se revierte la carga de la prueba y deviene ésta de la total incumbencia del demandado reconvencional. Sin embargo no existe - en el expediente ningún elemento de confirmación del pago afirmado por el citado reo. Efectivamente, por una parte, la confesional de su contricante en nada le favorece ya que ésta no aceptó haber recibido ni alimentos ni contribución de su parte de ninguna especie, y por otro lado, los testigos ERNESTINA PEREZ AGUILAR y ANDRES OLVERA-LUNA, en sus respectivas declaraciones no expresan que les consten los pagos que se reclaman al demandado reconvencional, y, finalmente, las demás probanzas propuestas por el mismo son ajenas al multimencionado sufragio alimentario y de contribución a los gastos comunes de la familia. Lo que, adinculado a la confesión expresa del demandado reconvencional contenida en su respuesta a la posición número tres de la confesional a su cargo, (folio cincuenta y tres), en la que admitió que desde el mes de octubre del año próximo pasado y hasta la fecha ha dejado de cubrir la obligación alimentaria respecto de su menor hija, así como al resto de las probanzas aportadas al juicio, produce en la juzgadora la convicción plena de que el demandado reconvencional no ha cumplido con los deberes alimentarios y de contribución económica a que está vinculado merced a su calidad de esposo y padre, situación de incumplimiento que actualiza la hipótesis contenida en la fracción XII del artículo 267 sustantivo, y que, consiguientemente, debe decretarse el divorcio pretendido por su antagonista y declarársele cónyuge culpable por haber dado motivo para la disolución del matrimonio que contrajo con la reconvencionista.- - -VI. Por lo que concierne a la pretensión principal deducida por el actor, debetenerse en cuenta que el enjuiciante invocó como-

causa del divorcio que solicita la descrita en la fracción VIII del multimencionado artículo 267 material, misma que consigna como motivo de disolución de matrimonio el hecho de que uno de los cónyuges se separe sin justificación de la morada conyugal. Ahora bien, si es verdad que la demandada confiesa haberse separado del domicilio común, también es cierto que manifestó haberlo hecho impulsada por la imperiosa necesidad de atender en la casa de sus padres progenitores tanto a sus necesidades alimentarias como a las de su menor hija de los litigantes, ante la pasividad de su esposo para proporcionarles lo necesario para subsistir, y aunque éste manifiesta que ministraba a sus acreedores alimentos la cantidad de \$150,000-CIENTO CINCUENTA MIL PESOS MENSUALES, sin haberlo demostrado según se razona en en considerando V de este fallo, la juzgadora estima que aún suponiendo la entrega de la suma antes indicada, la misma resultaría manifiestamente insuficiente para considerar cumplidas las obligaciones a cargo del actor, en tanto que no se demostró que la demandada tuviera ingresos, industria o profesión que le permitiera solventar por su cuenta el peso principal de los gastos matrimoniales, por lo que la juzgadora llega al cercioramiento de que la mencionada demandada no obró injustificadamente al separarse del domicilio conyugal para reincorporarse al de sus progenitores en busca de los alimentos indispensables para su supervivencia y la de su hija. A mayor abundamiento de la convicción de la juzgadora: la misma no puede pasar por alto que la suma que el actor invoca como su ingreso, en vista del elevado costo de la vida en nuestra ciudad, lo que es un hecho notorio que la propia juzgadora debe tomar en consideración en la composición del litigio, resulta insuficiente para el sostén de dos personas: una adulta y otra menor, aún en el caso de que el demandado en su condición de médico interno en el hospital privado en que presta sus servicios, no tuviera gastos por su alojamiento, vestido, alimentación y en general por los costos de su subsistencia. Habida cuenta de la causa que motivó la separación de la demandada de la morada conyugal, es claro que no se actualiza la hipótesis prevista en el imperativo invocado por el actor, y, en consecuencia no es procedente el divorcio pretendido por el mismo con base en la causal en cita. - - -VII. La juzgadora en cumplimiento de los deberes tuitivos que le impone el artículo 283 sustantivo, y tomando en cuenta los elementos existentes en la especie adquiere la convicción de que el demandado - - -

reconvencional ARTURO CORREA ORDÓÑEZ debe ser condenado, con base en el artículo 444 sustantivo, a la pérdida de la patria potestad que le corresponde sobre la menor LETICIA CORREA MOLINA ya que es evidente que el incumplimiento de su parte de sus deberes alimentarios, para con su hija implica su deserción de las obligaciones paternales que tanto natural como legalmente le impone su calidad de padre de dicha menor ya que siendo el de alimentar a su prole el deber primigenio que sustenta a todos los demás, su omisión puede poner en peligro la salud física y mental de la menor y hasta su propia vida, debiendo en lo sucesivo ejercer dicha patria potestad en forma exclusiva la madre de la menor antedicha y reconvencionista en este juicio. En la inteligencia asimismo de que, conforme a los artículos 283 y 288 sustantivos, debe subsistir a cargo del demandado reconvencional, el pago de una pensión alimenticia definitiva a favor de su hija y de la reconvencionista, el monto de la cual se fijará en ejecución de sentencia una vez que se aporten al conocimiento de la juzgadora los elementos de juicio necesarios para determinar su cuantía. - - -En virtud de lo anteriormente expuesto y fundado y con apoyo además en lo dispuesto en los artículos 80, 81, 84, 86, 91 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles, es de resolverse y se: - - -RESUELVE: . . .SEGUNDO. Se decreta la disolución por divorcio, del matrimonio contraído por ARTURO CORREA ORDÓÑEZ y ANDREA MOLINA RUIZ el catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis. . .TERCERO. Se declara a ARTURO CORREA ORDÓÑEZ cónyuge culpable, en los términos del considerando V de esta sentencia. - CUARTO. Se condena a ARTURO CORREA ORDÓÑEZ a la pérdida de la patria potestad que ejerce sobre su menor hija LETICIA CORREA MOLINA, en los términos del considerando VII de esta sentencia. QUINTO. - Se condena asimismo a ARTURO CORREA ORDÓÑEZ al pago de una pensión alimenticia definitiva a favor de la reconvencionista ANDREA MOLINA RUIZ y de su menor hija LETICIA CORREA MOLINA, cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia, conforme al considerando VII de esta resolución. SEXTO. Se declara terminada la sociedad conyugal surtida con motivo del matrimonio que en este acto se disuelve debiendo procederse a su liquidación en ejecución de sentencia. SEPTIMO. Se condena a ARTURO CORREA ORDÓÑEZ a no contraer matrimonio sino transcurrido el plazo legal. - - -Así DEFINITIVAMENTE juzgan lo resolvió la ciudadana JUEZ SEGUNDO DE LO FAMILIAR DEL DISTRITO FEDERAL, Licenciada CLEOTILDE SUSANA SCHETTINO PYM. . ."

A mayor abundamiento de lo anterior, es conveniente señalar que el cónyuge culpable, se vió imposibilitado económicamente para apelar a la sentencia antes transcrita, la cual fue declarada firme, aún cuando evidentemente tanto a él como a su hija, les causó agravios de difícil reparación.

Así las cosas, nuestro médico cirujano concluyó su carrera, se tituló, en todo momento y hasta esta fecha continúa sufragando los gastos alimentarios de su menor hija, y entre otras cosas, le paga sus estudios en un colegio particular, y nunca, desde que nació la menor, puso en peligro su salud, seguridad ni moralidad, porque siempre, aunque fuera por medios indirectos, le proporcionó alimentos, sin necesidad de que se fijara ninguna pensión alimenticia en ejecución de sentencia, puesto que ANDREA MOLINA RUIZ, jamás le dió trámite al incidente respectivo, y el padre de la niña no puede poner en peligro su moralidad, simplemente porque éste no tiene ningún tipo de vicio, ya que únicamente se dedica al deporte y al ejercicio de su profesión, pero a pesar de ello continúa privado de la patria potestad respecto de su hija, en virtud de que mediante sentencia, se le condenó a la pérdida de la misma, decisión que fue totalmente injusta e improcedente.

No obstante lo anterior, y a pesar de la sentencia de la juez, ARTURO CORREA ORDÓÑEZ y su hija LETICIA CORREA MOLINA, tienen plena convivencia familiar, siendo el padre quien elige las escuelas donde debe estudiar la menor, en virtud de que la madre no se ocupa de su educación ni mucho menos de su cuidado, al haber delegado estas obligaciones a los abuelos maternos, poniendo como pretexto su trabajo.

4. La fracción IV del artículo 444 del Código Civil, en lo conducente establece que la patria potestad se pierde: ". . . porque los dejen abandonados por más de seis meses."

Considero que la causal mencionada en el párrafo que antecede, no es grave cuando por ejemplo al menor se le deja abandonado durante el lapso de un día a dos años, y en este supuesto, el juzgador podría condenar al cónyuge culpable a la suspensión o limitación de la patria potestad, pero no a la pérdida de la misma, ya que de ser así se estaría excediendo en las atribuciones que al efecto le concede la ley de la materia

4.3 EFECTOS JURIDICOS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Como efectos de la pérdida de la patria potestad encontramos los siguientes:

a) Quien sufra la sanción de pérdida de la patria potestad, debe restituir el patrimonio y los frutos del que hubiere estado bajo su administración.

b) Se termina el usufructo en los términos del artículo 438 del Código Civil, en consecuencia el progenitor culpable, no tiene derecho a recibir los beneficios del usufructo.

c) Se conservan todas las obligaciones con cargo al progenitor irresponsable, especialmente la de alimentos. El artículo 285 del Código Civil, estipula que el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

d) El artículo 1316 del Código Civil en sus fracciones II, V, VI, VII y VIII, establece:

" Artículo 1316.- Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado: . . .II.- El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuges, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aún cuando aquella sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra, o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge; . . .V.- El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus -

hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes y de sus hermanos; VI.-- El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos; VII.-- Los padres que abandonaren a sus hijos, prostituyeren a sus hijos o atentaren a su pudor, respecto de los ofendidos; VIII.-- Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo la obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido; . . ."

4.4 PROPUESTA PARA QUE EL CONYUGE CULPABLE RECUPERE LA PATRIA POTESTAD SOBRE SUS HIJOS, EN CASO DE MUERTE DEL CONYUGE INOCENTE, SIEMPRE Y CUANDO LO QUE MOTIVO SU PERDIDA NO SEA UNA CAUSA GRAVE.

Visto todo lo analizado en capítulos anteriores, y tomando en consideración el bienestar de los menores, así como de sus progenitores, proponemos adicionar, al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, una fracción V, en la cual se le da la oportunidad al cónyuge culpable, que haya sido condenado a perder la patria potestad que ejercía respecto de sus menores hijos, a recuperarla en caso de muerte del cónyuge inocente, siempre y cuando lo que motivó su pérdida no sea una causa, de las que, en el capítulo precedente, consideramos que no son graves.

En efecto, en la fracción V, se establecería lo siguiente:

" Artículo 444.- . . .fracción V.- En caso de que la pérdida de la patria potestad haya sido originada por las causas previstas en las fracciones I, cuando el adulterio no haya sido presenciado por los menores, II, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVIII del artículo 267 de este Código; Cuando-

el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; por el abandono de sus deberes; o bien porque los dejen - - abandonados por menos de dos años, el cónyuge culpable tendrá el - derecho de recuperar la patria potestad, a la muerte del cónyuge - inocente, siempre y cuando se acredite con pruebas fehacientes que se encuentra totalmente regenerado e incorporado a la sociedad, - que goza de cabal salud, y, en su caso, que tiene una situación - económica estable para el sostenimiento de un hogar y de sus hi - - jos."

Para ejercitar el derecho previsto en la fracción que - proponemos, consideramos que el progenitor deberá acudir ante los - Tribunales Familiares del Distrito Federal, para que, mediante el - trámite de una Jurisdicción Voluntaria, o bien con un juicio ordi - nario civil, ambos regulados por el Código de Procedimientos Civi - les para el Distrito Federal, se solicite o se demande en su caso, del ascendiente que tenga bajo su cuidado a los hijos, que los pre - senten ante el Juzgado que le haya correspondido, a efecto de que, ante la autoridad judicial, le sean entregados los menores, una - vez concluido el procedimiento respectivo, en el cual se haya de - terminado o sentenciado que el cónyuge culpable sí tiene el dere - cho a recuperar la patria potestad de sus menores hijos.

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

- PRIMERA. Las fuentes del derecho familiar son el matrimonio, la procreación, la filiación (relación existente entre padres e hijos), el parentesco, el concubinato, la adopción, la nulidad del matrimonio, el divorcio y la muerte.
- SEGUNDA. Se llama derecho de familia al conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto, es precidir la organización, vida y disolución de la familia, la cual se entiende como el conjunto de personas que proceden de un progenitor o tronco común.
- TERCERA. El parentesco es el lazo existente entre personas que proceden de un progenitor o tronco común por razón de tener una misma sangre (por consanguinidad), también se genera por actos jurídicos (por afinidad, el cual nace al celebrarse el matrimonio) o bien por disposición de la ley (parentesco civil que se genera por la adopción).
- CUARTA. El matrimonio es la base fundamental de la familia, el centro de la misma, y las demás instituciones que integran el derecho de familia, son consecuencias o complementos de aquél, por lo tanto el matrimonio se entiende como un acto bilateral solemne celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, reconocido, amparado y regulado por el derecho, con la doble finalidad de procrear una familia y ayudarse a soportar la carga de la vida.
- QUINTA. El parentesco consanguíneo otorga derechos, crea obligaciones, entraña incapacidades, por lo que, entre sus con-

secuencias jurídicas encontramos las siguientes: derecho a heredar, en virtud de la patria potestad los padres tienen derecho sobre la persona y bienes de los hijos, así mismo los padres tienen derecho a recibir alimentos de los hijos cuando los necesiten; los padres tienen obligación de educar, alimentar, vigilar a sus hijos, los descendientes deben respetar y venerar a sus ascendientes; un pariente está incapacitado para casarse con otro pariente que lo sea en grado próximo.

SEXTA. Los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco, pero también son consecuencia del matrimonio, del concubinato y en algunos casos del divorcio. El derecho de alimentos lo podemos definir como la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir. De acuerdo al artículo 308 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

SEPTIMA. El matrimonio tiene las siguientes características: Es un acto solemne; requiere de la voluntad de las partes y la del Estado; para su constitución requiere la declaración del Juez del Registro Civil; sus efectos se extienden a -

sus familiares y futuros descendientes; su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa.

OCTAVA. Los elementos esenciales del matrimonio son: la diferencia de sexo y unidad de personas; el consentimiento; la celebración ante la presencia del Juez del Registro Civil dos testigos; el objeto que consiste en la creación de de rechos y obligaciones entre los consortes y en relación con los hijos.

NOVENA. Los elementos de validez del matrimonio son: la capacidad la ausencia de vicios en la voluntad; la licitud en el ob jeto; las formalidades.

DECIMA. Los impedimentos para contraer matrimonio se dividen en - impedimentos dirimentes, los cuales producen la nulidad - absoluta del matrimonio y se encuentran previstos en el - artículo 156 del Código Civil; impedimentos impeditivos, - que son las prohibiciones que ha establecido la ley para la celebración del matrimonio, producen la ilicitud del - acto y se encuentran previstos en el numeral 264 del Códi go Civil.

DECIMA PRIMERA. Las causas de nulidad absoluta del matrimonio son la bigamia y el incesto.

DECIMA SEGUNDA. Las causas de nulidad relativa en el matrimonio - se dan cuando ocurren los impedimentos numerados en el ar tículo 156 del Código Civil; cuando existe error acerca - de la persona con quien se contrae el matrimonio o bien - por la falta de las formalidades necesarias para la vali- de z del matrimonio.

DECIMA TERCERA. Los efectos del matrimonio se dan respecto de las personas de los cónyuges, respecto de los bienes de los esposos y respecto de las personas y bienes de los hijos.

DECIMA CUARTA. El divorcio consiste en la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio legítimo.

DECIMA QUINTA. Existen tres sistemas de divorcio que son: a) Divorcio voluntario de tipo administrativo; b) Divorcio voluntario de tipo judicial; c) Divorcio necesario o contencioso.

DECIMA SEXTA. El divorcio necesario o contencioso es aquél que requiere de la existencia de una causa o razón suficientemente grave que haga imposible o al menos difícil la convivencia conyugal; la acción se otorga al esposo que hubiere dado causa para el divorcio.

DECIMA SEPTIMA. Las causales de divorcio se encuentran previstas en el artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, de las cuales las principales y más frecuentes son: a) El adulterio; b) Injurias graves; c) La sevicia; d) Las amenazas; e) El abandono del domicilio conyugal por más de seis meses; f) La separación del hogar conyugal por más de un año; g) La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con sus obligaciones alimentarias; h) La separación de los cónyuges por más de dos años.

DECIMA OCTAVA. Las causales de divorcio menos frecuentes son: a) La impotencia incurable para la cópula; b) Las enfermedades crónicas, incurables, contagiosas y hereditarias, --

(por ejemplo la tuberculosis, sífilis, sida, etcétera);
c) La enajenación mental; d) El alcoholismo, la drogadicción y los hábitos de juego.

DECIMA NOVENA. La patria potestad es el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres - para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como - para que administren sus bienes y los representen en tal período.

VIGESIMA. Los derechos que nacen de la patria potestad son: a) La custodia y cuidado, que consisten en el derecho que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía, para su vigilancia y cuidado; b) El derecho a determinar el domicilio en donde han de vivir los padres y los hijos; c) - La convivencia entre padres e hijos; d) La protección a la persona de los hijos; e) La vigilancia de los actos de los hijos; f) El derecho de corregir a los hijos; g) La educación moral y religiosa de los hijos; h) La orientación a los hijos en cuestiones laborales; i) Dar sus apellidos a sus hijos.

VIGESIMA PRIMERA. Las obligaciones que nacen de la patria potestad son: a) Los alimentos, que constituyen una de las principales obligaciones de los padres de dar alimentos a los hijos y éstos a aquéllos. b) La administración legal de los bienes de los hijos.

VIGESIMA SEGUNDA. La pérdida de la patria potestad implica la sanción legal cuando la conducta ilícita de los padres con -

traría los derechos y obligaciones que surjen de ella.

VIGESIMA TERCERA. La patria potestad se pierde: a) Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; b) Cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; c) En los casos de divorcio; d) Cuando por las conductas depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos; e) Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos; f) Porque los dejen abandonados por más de seis meses.

VIGESIMA CUARTA. A la muerte del cónyuge inocente, en el momento mismo de su fallecimiento y en los días subsecuentes, los menores quedan en total desamparo, puesto que de momento no existen ascendientes paternos o maternos, ni ninguna otra persona que legalmente pueda ejercer sobre ellos la patria potestad.

VIGESIMA QUINTA. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 414 del Código Civil, tienen derecho a ejercer la patria potestad sobre los hijos de matrimonio: a) El padre y la madre; b) El abuelo y la abuela paternos; c) El abuelo y la abuela maternos; d) Cuando no existe ninguna de las personas antes mencionadas, a los menores se les nombrará tutor.

VIGESIMA SEXTA. Las causales de pérdida de la patria potestad consideradas como graves son las siguientes: a) Cuando el que la ejerza es condenado dos o más veces por delitos

graves; b) El adulterio debidamente probado de uno de -- los cónyuges, cuando sea en el domicilio conyugal o con -- escándalo y sea presenciado de algún modo por los hijos;- c) La propuesta del marido para prostituir a su mujer, -- cuando lo haya hecho directamente, o cuando haya recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer; d) La in citación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito; e) Los actos inmorales ejecutados -- por el marido o por la mujer con el fin de corromper a -- sus hijos; f) Las conductas depravadas de los padres; g)- Los malos tratamientos de los padres hacia los hijos consistentes en golpes, injurias o molestias de cualquier -- clase; h) Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos; i) Porque dejen abandonados a sus hijos -- por más de dos años.

VIGESIMA SEPTIMA. Las causales de pérdida de la patria potestad -- consideradas como no graves son: a) Cuando el que la ejer za es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, pero solamente acreditando con prueba fehaciente que el -- juez se excedió en sus atribuciones al haber condenado al progenitor a perder la patria potestad sobre sus hijos; -- b) El adulterio cuando no se realiza en presencia o con -- conocimiento de los menores; c) El hecho de que la mujer -- de a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de la celebración de ese acto jurídico. d) Padecer sífilis, -- tuberculosis, sida o cualquier otra enfermedad crónica, -- incurable, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incu

rable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio; e) Padecer enajenación mental incurable; f) La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada; g) La separación del domicilio conyugal por más de un año; h) La declaración de ausencia o la de presunción de muerte; i) La sevicia, las amenazas o las injurias de un cónyuge para el otro; j) La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con sus obligaciones alimentarias; k) La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro; l) Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político; ll) Los hábitos de juego o de embriaguez; m) Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña; n) La separación de los cónyuges por más de dos años; ñ) Por el abandono de los deberes de los padres respecto de los hijos; o) El abandono en que se deje a los hijos por menos de dos años.

VIGESIMA OCTAVA. Los efectos de la pérdida de la patria potestad son: a) Se debe restituir el patrimonio y los frutos del que hubiere estado bajo su administración; b) Se termina el usufructo y el progenitor culpable no tiene derecho a recibir sus beneficios; c) Se conservan todas las obligaciones con cargo al progenitor culpable, especialmente la de alimentos; d) Se pierde el derecho a heredar.

VIGESIMA NOVENA. Proponemos adicionar al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, una fracción V, en la cual se de la oportunidad al cónyuge culpable que haya si

do condenado a perder la patria potestad que ejercía respecto de sus menores hijos, a recuperarla en caso de muerte del cónyuge inocente, siempre y cuando lo que motivó su pérdida no sea una causa grave.

BIBLIOGRAFIA

1. Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Baéz, Derecho de Familia y Sucesiones, México, Ed. Harla, S.A. de C.V., 1990.
2. Belluscio, Augusto Cesar, Derecho de Familia, Tomo III, Matrimonio (Divorcio), Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981.
3. Bonnacase, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, tr. Enrique Figueroa Alfonso, México, Ed. Harla, S.A. de C.V., 1993.
4. Chávez Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 2a. ed., México Ed. Porrúa, S.A., 1990.
5. Chávez Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, 2a. ed., - México, Ed. Porrúa, S.A., 1992.
6. De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, 4a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1993.
7. De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, 17a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1992.
8. Flores Gómez González, Fernando, Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, pr. Felipe López Rosado, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1978.
9. Galindo Garfias, Ignacio Dr., Derecho Civil, Primer Curso, - Parte General, Personas, Familia, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1994.
10. González, Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, 7a. ed., - México, Ed. Trillas, S.A. de C.V., 1990.
11. Gutiérrez Aragón, Raquel y Rosa María Ramos Verástegui, Esquema Fundamental del Derecho Mexicano, 3a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1978.
12. López del Carril, Julio J., Patria Potestad, Tutela y Curatela, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1993.
13. Magallón Ibarra, Jorge Mario, El Matrimonio, Sacramento-Contrato-Institución, pr. Luis Recasens Siches, México, Ed. Tipo gráfica Editora Mexicana, S.A., 1965.
14. Magallón Ibarra, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia, pr. Víctor Manzanilla Schaffer, México, Ed. Porrúa, S.A., 1988.

15. Martínez Arrieta, Sergio T., El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México, 3a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1991.
16. Mazzinghi, Jorge Adolfo, Derecho de Familia, Tomo III, Divorcio-Filiación-Adopción-Patria Potestad, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, S.A., 1981.
17. Soto Salazar, Efraín, Elementos de Derecho, 38a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1992.
18. Muñoz, Luis Dr., Derecho Civil Mexicano, Tomo I, México, eds. Modelo, 1971.
19. Pallares, Eduardo, El Divorcio en México, 6a. ed., México, - Ed. Porrúa, S.A., 1991.
20. Peniche López, Edgardo, Introducción al Estudio del Derecho y Lecciones de Derecho Civil, 19a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1985.
21. Ramírez Valenzuela, Alejandro, Elementos de Derecho Civil, - 1a. ed., 3a. reimpresión, México, Ed. Limusa, S.A. de C.V., - 1988.
22. Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, 7a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1987.
23. Sánchez Medel, Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, México, Ed. Porrúa, S.A., 1979.
24. Soto Alvarez, Clemente, Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil, 3a. ed., 2a. reimpresión, México, Ed. Limusa, S.A. de C.V., 1985.

DICCIONARIOS

1. De Pina, Rafael, Diccionario de Derecho, México, Ed. Porrúa, S.A., 1979.
2. García Pelayo y Gross, Ramón, Pequeño Larousse Ilustrado, México, eds. Larousse, 1986.
3. Lerner, Bernardo, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomos I y V, - México, Ed. Bibliográfica Argentina, S. de R.L., 1968.

LEYES Y CODIGOS

1. Código Civil para el Distrito Federal.
2. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
3. Ley de Amparo.
4. Ley Federal del Trabajo.

JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Cir --
cuito en Materia Civil en el Distrito Federal.
2. Jurisprudencia visible en el Apéndice al semanario Judicial --
de la Federación, Cuarta Parte, Tercera Sala, 1917-1985.