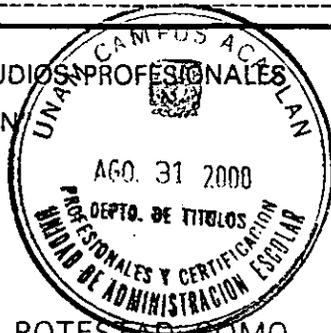




UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"



PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD COMO CONSECUENCIA INHERENTE A LA CAUSAL XII DE DIVORCIO NECESARIO EN EL CODIGO CIVIL EN EL DISTRITO FEDERAL

TESIS PROFESIONAL QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: LETICIA OCHOA LOPEZ

ASESOR: LIC. JESUS FLORES TAVARES

282505

NAUCALPAN DE JUAREZ, EDO. DE MEX.

AGOSTO/2000





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.

*Gracias señor por haberme regalado la existencia,
por darme la ventura de tu amor, por el bello
mundo que nos diste y por tu sublime y gran
misericordia.*

A mis Padres:

Cristina López Roldán.

Martín Ochoa Sánchez.

*Por todo lo que son y me han enseñado;
Por su fortaleza, porque gracias a ella he superado
lo bueno y malo de la vida.*

*Por su paciencia, que me ha enseñado a caminar
para llegar y no correr para tropezar.*

*Por su bondad y caridad, que me ha enseñado a
valorar.*

*Por su disciplina, que me ha enseñado el respeto,
responsabilidad y lealtad.*

*Por su gran corazón que me ha enseñado la virtud
mas hermosa amar.*

A mi hermana:

María de los Angeles Ochoa López.

Por tu amor, apoyo y confianza.

Te quiero hermanita.

A las personas que de alguna manera estuvieron a mi lado, apoyándome, aconsejándome y compartiendo paso a paso mis logros y fracasos, mis tristezas y alegrías.

A mi asesor:

Lic. Jesús Flores Tavares, por ser persona digna de ejemplo, Catedrático de Derecho y de Principios, por su entereza profesional e inteligencia, dedicación, experiencia y nobleza, GRACIAS.

A mi sínodo que tiene a bien examinarme:

Lic. Jorge Medal Rivera.

Lic. Jesús Flores Tavares.

Lic. Ricardo Gallart de la Torre.

Lic. Arturo González Jiménez.

Lic. Juan José López Tapia.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

PAG.

1.1 Derecho Romano.....	1
1.2 Derecho Español.....	5
1.3 La Patria Potestad Precolombina.....	11
1.4 La Patria Potestad en la Epoca Colonial.....	15
1.5 México Independiente.....	21

CAPITULO II

CONSIDERACIONES DOCTRINALES DE LA PATRIA POTESTAD EN LA ACTUALIDAD.

2.1 Concepto de la Patria Potestad.....	30
2.2 Función de la Patria Potestad.....	33
2.3 Personas que ejercen la Patria Potestad.....	39
2.4 Personas sometidas a la Patria Potestad.....	40
2.5 Derechos y obligaciones de los que ejercen la Patria Potestad.....	43
2.6 Suspensión, pérdida y extinción de la Patria Potestad.....	51

CAPITULO III

EL DIVORCIO.

3.1 Concepto.....	56
3.2 Clases de Divorcio.....	58
3.3 Breve análisis de las causales de Divorcio Necesario	70

CAPITULO IV

SITUACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

4.1 La Patria Potestad en el Divorcio Necesario	90
4.2 Sentencia en el Divorcio Necesario.....	100
4.3 Pérdida de la Patria Potestad como consecuencia inherente a la causal XII de Divorcio Necesario en el Código Civil en el Distrito Federal.....	106

CONCLUSIONES	118
--------------------	-----

APENDICE	120
----------------	-----

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Estudios del ser humano y sus relaciones sociales primarias, afirman que la familia o el grupo familiar es tan antiguo como la misma humanidad. Se ha llegado a afirmar que las formas y estructuras familiares adoptadas por el homo sapiens, no son más que un producto de la herencia recibida de otras especies en su evolución.

Independientemente de lo discutible y cuestionable que puedan ser estas consideraciones, se puede demostrar que al interior de la familia se desarrollan conductas efectivas que trascienden al grupo y matizan las relaciones que sus miembros establecen en la sociedad en donde están insertos y, al mismo tiempo, le dan cohesión interna al grupo.

A través de la historia las conductas familiares se han regulado de diferentes formas, algunas de manera arbitraria, otras con menos rigor, en la actualidad estos cambios han sido benéficos ya que son pensados para el crecimiento íntegro y saludable de la familia, ya que las relaciones producto de esta comunidad, como consecuencia producen un impacto, interior en la misma, reflejándose así exteriormente en la sociedad.

Es por eso que aunque la normatividad jurídica y las estructuras varían, el principio fundamental subsiste, ya que la familia es una agrupación social primaria en donde hombres y mujeres encuentran los satisfactores básicos a sus necesidades; son esencialmente agrupaciones dinámicas cuyas relaciones al interior y al exterior delimitan características del medio ambiente en que se desenvuelven, en las que se incluyen los diferentes tipos de normatividad en la comunidad y, al mismo tiempo, introyectan en los hombres y mujeres que la integran, los valores, también culturales, que se perfilan en ella.

Es por eso que la familia se ha considerado y se considerara como el núcleo básico de toda sociedad, ya que su buen funcionamiento depende al mismo tiempo de los elementos que se le proporcionen para lograr objetivos positivos, dando como resultado un beneficio individual y a la vez común,

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD

***1.1 Derecho Romano. 1.2 Derecho Español. 1.3 La Patria Potestad Precolombina.
1.4 La Patria Potestad en la Epoca Colonial. 1.5 México Independiente.***

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1 DERECHO ROMANO.

Petit define a la patria potestad, "como un poder absoluto establecido en beneficio único y exclusivo del jefe familiar, sobre los descendientes que forman parte de la familia civil; es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano, este poder, normalmente duraba hasta la muerte de aquel." (1)

Petit nos muestra en su definición, que el derecho civil de esa época regulaba en beneficio del pater familias un poderío perpetuo sobre la gente de su domus, que en la actualidad pudiera compararse con el que se tiene sobre una propiedad.

La patria potestad en Roma era la facultad absoluta otorgada a un sólo individuo, llamado paterfamilias sobre las personas y los bienes de éstas, que formaban parte integrante de su domus.

Así pues el paterfamilias era dueño y administrador de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los iura patronatus sobre los libertos. En el recaía la patria potestad sobre los hijos y nietos y muchas veces, posee mediante la manus un vasto poder sobre la propia esposa y las nueras casadas. Además es el juez dentro de la domus y el sacerdote de la religión del hogar, puede inclusive imponer la pena de muerte a sus súbditos, sin embargo para medidas tan drásticas, el paterfamilias esta bajo cierta vigilancia moral, por parte, primero de la organización gentilicia, y luego, del censor.

(1) Petit Eugene, Derecho Romano, 12ª Edición, Edit. Porrúa, México 1995, pág. 101.

Paterfamilias significa en el antiguo latín, el que tiene el poder, y el término familia "patrimonio doméstico" lo que significa que paterfamilias era el que tenía las más amplias facultades sobre su patrimonio el cual lo conformaban todos aquellos que integraban la domus.

Así el antiguo paterfamilias, es la única persona que en la antigua Roma tiene una plena capacidad de goce y ejercicio y una plena capacidad procesal, en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la domus dependen de él y participan de la vida jurídica de Roma a través de él.

Los derechos derivados de la patria potestad eran:

- a) El derecho al mismo tiempo sobre la persona, sobre los bienes de los hijos, teniendo menos por objeto la protección del hijo que el interés.)
- b) El poder del padre para dar muerte al hijo que estaba bajo su potestad, bajo la intervención del legislador y censor.
- c) El padre podía también mancipar al hijo que tenía bajo su autoridad, es decir, cederle a un tercero, a la manera de mancipación, de donde nacía en beneficio del adquirente la autoridad especial llamada mancipium. De esta manera se encontraba al hijo en una condición análoga a la del esclavo, generalmente el padre mancipaba al hijo en un momento de miseria, y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. A veces también le mancipaba a su acreedor, en señal de garantía.
- d) Por último, el jefe de familia podía dejar a sus hijos, abandonados. Esta práctica parece ser que sólo se prohibió en el bajo imperio. "Constantino decidió que el hijo abandonado estuviere bajo la autoridad de quien lo recogiere, bien como hijo o como esclavo. Justiniano lo declara libre sui juris e ingenuo." (2)

(2) Ibidem. Pág. 102.

A este respecto, el abandono se daba únicamente en casos extremos, pues como veremos posteriormente los hijos eran una garantía segura de la conservación familiar.

El padre o el abuelo tenían un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre los hijos, por ser el paterfamilias la única "persona" verdadera dentro de la familia, originalmente, el hijo no podía ser titular de derechos propios. Todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del paterfamilias, y, este era responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por el filiusfamilias (hijo), pero podía recurrir al "abandono noxal", que consistía en entregar a su hijo si este fuese culpable por un delito cometido a fin de que expiara su culpa mediante trabajo.

"La patria potestad que, en su origen, fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en un figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos. Así hallamos que, ya en tiempos de Marco Aurelio, se reconoce la existencia, en la relación padre e hijo, de un recíproco derecho a alimentos." (3)

Como consecuencia de toda evolución y hasta nuestros días se empezaron a observar cambios en la época imperial ya en favor de los hijos, y lo cual era el inicio de toda una transformación en el derecho, en favor de la familia.

Las fuentes de la patria potestad son:

a) El matrimonio o *iustae nuptiae* (fuente principal de la patria potestad). Los hijos nacidos de *iustae nuptiae*, respecto de los cuales el padre no haya intentado, o no haya logrado, comprobar la imposibilidad de que fueran suyos, caen bajo la patria potestad, teniendo derecho para reclamar alimentos.

(3) Floris Margadant's G., Derecho Romano, 17ª Edición, Edit. Esfinge, México 1991, pág. 201.

Mientras los hijos nacidos de un concubinato duradero son naturales liberi, exentos de la patria potestad, y mientras los hijos nacidos de relaciones transitorias son sólo spurii, los nacidos después de ciento ochenta y dos días, contados desde el comienzo de las iustae nuptiae, o dentro de los trescientos días contados desde la terminación de éstas, son considerados como hijos legítimos del marido de la madre, salvo la prueba, a cargo del marido de la madre, de que no haya podido tener contacto carnal con ella, sea a causa de un viaje, sea por enfermedad, impotencia, etc.

En caso de hijas, éstas tienen derecho además a reclamar alimentos, a que el padre les dé una dote adecuada a su clase social.

Otras consecuencias del nacimiento en iustae nuptiae, son que los hijos deberán obtener el consentimiento del padre para celebrar a su vez un "justo matrimonio" y que el padre tiene el derecho para administrar y usufructo sobre determinados bienes adquiridos por el hijo.

b) La legitimación. Este procedimiento sirve para establecer la patria potestad sobre los hijos naturales, como consecuencia de un justo matrimonio con la madre; o un rescripto del emperador en los casos en que el matrimonio no era aconsejable, el emperador sólo autorizaba la legitimación en caso de que no hubiera hijos legítimos.

c) La adopción. Por este procedimiento, el paterfamilias adquiría la patria potestad sobre el filiusfamilias de otro ciudadano romano, éste último otorgando su consentimiento.

La adopción era una manera segura de garantizar la perpetuidad de una familia, en una sociedad aristocrática como la Romana, era una deshonra la extinción del culto doméstico o un puesto político en el Estado, que sólo un varón podía heredar, la familia civil estaba expuesta a extinguirse a toda prisa, sea por la esterilidad de las uniones, o bien por la descendencia femenina, y entonces la adopción se imponía

como una necesidad. Más tarde se modificó este carácter con la constitución primitiva de la familia, y bajo Justiniano la adopción perdió la mayor parte de su utilidad.

d) La adrogatio. Esta permite que un paterfamilias adquiriera la patria potestad sobre otro paterfamilias.

La patria potestad se extinguía, por la muerte de padre, por la muerte del hijo, por la adopción del hijo por otro paterfamilias, por casarse una hija cum manu, por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas o burocráticas, por emancipación, y por disposición judicial, como castigo para el padre.

Con respecto a la madre, la legislación romana no concedió a la madre participación en la patria potestad. Se ha dicho que el Derecho romano no conoció una potestad de los padres, sino una potestad del padre. La familia estaba absorbida en el jefe, el paterfamilias, que reunía en él la personalidad de todos los miembros. Y la mujer, según Ciceron, era una esposa, no una materfamilias. Su intervención en la patria potestad era teóricamente nula. Debe tenerse en cuenta, sin embargo la creciente dulcificación de la situación de la madre por evolución de las costumbres e influencia del cristianismo, que condujo al reconocimiento, bajo Justiniano, de algunos derechos. En el Derecho germánico, por otro lado, la potestad de la madre aparece en la doble dirección de atribución en defecto del padre y de coparticipación de vida de éste.

1.2 DERECHO ESPAÑOL

En España la historia nos muestra un proceso de debilidad gradual del poder paterno, muy vigoroso originalmente. Ello se ha explicado por la evolución política de los pueblos: en los primitivos, en que la familia era la única sociedad y la autoridad del padre la única autoridad, su poder había de ser robusto; mientras que en las civilizaciones adelantadas, en que al lado de la familia y su autoridad existen el

Estado y la suya, todo lo que gana la última tiene que perderlo la primera. Pero en la transformación de la patria potestad se ha señalado también otras causas, morales y sociales, y se han advertido diversas influencias; entre éstas, como fundamental, la del cristianismo, que, concibiendo la potestad paterna como una misión conferida por Dios en beneficio de los hijos, había de ir poniendo límites al poder, antaño absoluto, de los padres.

Es importante señalar las fases más salientes de esa evolución que ha convertido la antigua patria potestad, despótica y perpetua, en una autoridad moderada y temporal.

“Derecho romano y germano.- Se acostumbra a hablar de estos dos derechos como representativos de dos tendencias diametralmente opuestas en orden de la patria potestad. Y sin embargo, uno y otro presentan en sus orígenes iguales caracteres. En cuanto al nombre de la institución, romanos y germanos tuvieron voces semejantes, en cuanto a lo ilimitado de la potestad, si encontramos en Roma el derecho de vida y muerte, no es éste extraño al Derecho germánico. En cuanto a la duración, si en Roma la autoridad del padre duraba tanto como su vida, también resulta (aunque este punto ha sido muy discutido, por la vaguedad de las leyes germánicas) que con frecuencia el jefe doméstico germano continuaba hasta su muerte rigiendo la familia.” (4)

La figura de la patria potestad desde sus orígenes, se ha presentado en una y otra cultura, como una figura de poder absoluto, en la cual, su transformación ha sido en proporción a las necesidades e influencias de aspectos económicos, políticos y religiosos, que van permitiendo se adapte a la sociedad en conjunto.

Lo que hay es que el derecho romano se fijó prematuramente y las modificaciones económicas en la organización de la familia no se manifestaron sino en una época

(4) Castan Tobeñas J. Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Vol Segundo 8ª Edición, Madrid 1966, pág. 135 y 136.

en que el derecho había adquirido ya toda su rigidez. En cambio, el derecho germano pudo adaptarse mejor a las realidades de la vida, mostrándose en algunos aspectos moderado como por ejemplo el hijo que continuaba habitando la casa paterna, permanecía bajo la autoridad del padre; el hijo mayor que la abandonaba se hacía independiente.

La patria potestad romana implica un poder en el padre que la ejerce. Pero es de notar que ya en el mismo derecho romano, por influencia del cristianismo, se inició la evolución a favor de los hijos. La concepción cristiana de la familia, incompatible con el antiguo carácter de la patria potestad, fue inspirando una nueva institución, en la que la idea de poder dejaba paso a la del deber. En época de constantino se legisló, bajo esa inspiración para atenuar las facultades del padre y dignificar la situación del hijo, y en la de justiniano se dulcificó definitivamente, por influjo de la humanista cristiana.

Derecho medieval.- La influencia de la Iglesia y la evolución de las costumbres determinaron una modificación en la naturaleza de la patria potestad, que adquirió definitivamente un carácter temporal para la menor edad del hijo, así en Francia, la función del padre cesaba al alcanzar el hijo la mayoría de edad y no impedía a éste tener bienes propios, inspeccionando los jueces el ejercicio de la función. Sin embargo, la rudeza de las costumbres, que permitían ejercer el derecho de corrección con gran rigor, y la existencia de otras ciertas instituciones, como la desheredación y el consentimiento para el matrimonio, vinieron a reforzar prácticamente el poder paterno.

Como consecuencia refleja ya el sentido de la patria potestad como autoridad protectora, mezcla de derecho y de deber. Tanto en las leyes visigodas como en las de la monarquía castellana se establecen límites a la patria potestad, la cual está muy lejos de revestir un carácter absoluto ni inhumano, así, la Lex Visigothorum, y el Fuero Real, prohibían a los padres vender, donar o dar en prenda a sus hijos, bajo la sanción de nulidad de tales actos y pérdida por el comprador del precio que

hubiesen entregado, y las Partidas sólo en caso muy excepcionales admitían los derechos y vender y de matar la hijo y, en cambio, advertían de modo general que el castigo debe ser con mesura y con piedad, decretando la privación de la patria potestad al padre que castigase cruelmente al hijo. Pero el concepto de la autoridad paterna como protectora destaca sobre todo, en el Derecho aragonés.

Con el objeto de que la delicada función de la patria potestad no esté abandonada al arbitrio y posibles abusos de los padres, las legislaciones modernas la someten a la inspección del estado, ejercida a veces por una autoridad especial pupilar.

En el Código Civil español, que regula la patria potestad en los arts. 154 a 172, posee preceptos acordes con las orientaciones modernas. La potestad de los padres tiene un indudable carácter de función tutelar, pues comprende el derecho y el deber de cuidar de la persona y del patrimonio del hijo. Fundamentalmente se traduce en deberes relativos a la guarda y dirección de los hijos y si es verdad que también señala en las esferas personal y patrimonial, derechos para el padre, tales derechos están sujetos a excepciones y límites que muestran su verdadera finalidad. La patria potestad se orienta hacia el reconocimiento de una institución establecida en beneficio de los hijos, basándose en que no es poder absoluto, sino de protección y que es superior el derecho de los hijos al de los padres, porque la patria potestad es hoy beneficio de aquéllos.

“Es de señalar, en el derecho Español, que la intervención del Estado en el ejercicio de la patria potestad que estaba ya admitida en diversos preceptos del Código civil, se va acentuando en la legislación española de este siglo. Lo prueban así algunas disposiciones de la ley de Represión de la mendicidad de 23 de julio de 1903, y, sobre todo, las de la legislación que viene regulando los Tribunales Tutelares de Menores, cuyo texto refundido es de 11 de junio de 1948. Es de notar, sin embargo que estos Tribunales tienen en nuestra patria una finalidad de tipo predominantemente correccional o reformador más restringido que en el Derecho alemán, aunque también ostentan alguna función de tipo protector. El padre o madre

que ejerce al patria potestad se mueve por ello con gran libertad en el desempeño de su función. Y es de desear, ciertamente que esa libertad se conserve, sin perjuicio de asegurar la intervención judicial en los caso de mal uso de aquélla. " (5)

A este respecto coincido con el autor en el aspecto de que en el siglo pasado se dieron las reformas más importantes hasta nuestro días en el ámbito familiar. La sociedad se ha preocupado más y más por la gente que en un futuro, ocupe los puestos públicos, políticos, religiosos, empresariales docentes etc. y la que decida la forma y tipo de vida para todos nosotros.

En nuestro país con las Leyes de Reforma en 1859, las reformas de 1870 y 1884 se dio un paso gigantesco, benéfico para los hijos y para la mujer como partes integrantes de la familia, núcleo de toda la sociedad.

Los derechos de los padres son anteriores a los del Estado, y aunque no pueden hoy ya integrar un poder ilimitado y despótico, tampoco deben ser reducidos con exceso en beneficio del Estado y en perjuicio de la institución familiar.

Pero a lo largo de esta evolución histórica es de suma importancia señalar el proceso de la patria potestad en la madre.

La patria potestad en los distintos pueblos ha ofrecido en su conjunto, una tendencia creciente a la participación de la madre en aquélla. En dicha tendencia han influido la evolución social y la concepción cristiana de la familia.

En el Derecho antiguo, se discute si hubo una primera fase de la organización social en la que el poder sobre los hijos correspondía a la madre. Conocidas son las teorías acerca del matriarcado.

(5) Ibidem. Pág. 140 y 141.

Para Bachofen, el régimen primitivo familiar fue el de promiscuidad sexual, que produjo, al ser la paternidad desconocida o incierta, la familia materna, se ha especulado con frecuencia sobre el posible periodo histórico matriarcal. Pero también han sido opuestas a estas teorías serias objeciones, y no puede aceptarse hoy las existencias de aquella fase con la generalidad y trascendencia que se ha pretendido. Lo cierto es que en los tiempos históricos, la organización de la familia es de tipo patriarcal, y en ella parecen la madre y los hijos sometidos al padre.

Como ya se mencionó en el tema anterior, en Roma no se concedió derecho ni participación alguna a la madre de la patria potestad, era una facultad exclusiva y absoluta del padre.

En la Edad Media algunas legislaciones germánicas, como la de los burgundios, conceden a la madre viuda autoridad sobre sus hijos. En el Derecho de los visigodos se apunta, asimismo la idea de un poder ejercido simultáneamente por ambos padres.

Por otra parte, en la época de la Reconquista aparece en el Derecho municipal castellano aragonés, un sistema de patria potestad conjunta y solidaria del padre y de la madre; dicho sistema, consagrado en el prototipo foral Cuenca-Teruel, implicaría que la autoridad es ejercida conjuntamente por ambos padres y que, cuando uno de ellos muere, la potestad del supérstite se transforma en una simple tutela sometida a la intervención de la junta de parientes. Sin embargo, estudios más recientes demuestran que no es tan claro el sentido de las fuentes ni tan segura la existencia de aquel poder solidario. Por otra parte, los brotes de patria potestad conjunta fueron ahogados en nuestra patria por la recepción del Derecho romano, acogándose en las partidas la patria potestad justineana.

La tendencia actual del Derecho comparado se orienta hacia el reconocimiento de la participación de la madre en al patria potestad, principio que proclaman Códigos recientes y legislaciones progresivas. En los países, todavía numerosos, en que se

concede a la madre simplemente la patria potestad subsidiaria, la doctrina y la jurisprudencia se esfuerzan en ampliar los derechos de aquella. Los Proyectos de reforma, en varios de estos países, propugnan una consagración de la patria potestad conjunta. En las legislaciones en que se ha proclamado ya ese principio, se acompaña su formulación, con frecuencia, de algún precepto encaminado a hacer prevalecer la opinión del marido en caso de desacuerdo entre ambos cónyuges.

1.3 LA PATRIA POTESTAD PRECOLOMBINA.

El derecho maya familiar, en cuanto al sistema de familia, hubo ritos de pubertad, después de los cuales los adolescentes tenían que vivir hasta su matrimonio o hasta los 18 años en casa comunales, ocupadas por grupos de hombres jóvenes. El matrimonio era monogámico pero con tal facilidad de repudio que con frecuencia se presentaba una especie de poligamia sucesiva. Hubo una fuerte tradición exogámica: dos personas del mismo apellido no debían casarse. El novio entregaba a la familia de la novia ciertos regalos: por lo tanto, en vez de la dote, los mayas tenían el sistema del "precio de la novia", figura simétricamente opuesta a la dote y que todavía en lugares remotos de la región maya se manifiesta en la costumbre de que el novio trabaje algún tiempo para su futuro suegro.

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

Cada familia recibía, con intervención de los sacerdotes, una parcela de 20 por 20 pies, para su uso personal, pero se ignora, si, en caso de defunción del jefe de una familia, esta parcela la recuperaba la comunidad; se repartía entre todos los hijos, o se entregaba a algún hijo privilegiado.

"Aunque los apellidos eran dobles (lo cual tenía importancia en relación con los tabúes exogámicos), el papel de la mujer en la familia y en la vida comunal no era

prominente: en la civilización maya no hallamos rasgo alguno del matriarcado, salvo, quizá, la función de profetisa que correspondía a algunas mujeres, y la existencia de órdenes de vírgenes con funciones sacrales. Por lo demás la mujer ni siquiera podía entrar en el templo o participar en los ritos religioso.” (6)

El papel que jugaba la mujer maya, no es menos ni más importante, que el que desempeñaba en el resto de las culturas europeas.

El sistema azteca de familia era el menos sujeto a la arbitrariedad de la élite dominante, ya más fijado en forma de tradiciones.

El matrimonio fue potencialmente poligámico (en texcoco y Tacuba sólo tratándose de nobles), pero una esposa tenía preferencia sobre las demás y tal preferencia también se manifestaba en la situación privilegiada que tenían sus hijos, en caso de repartición de las sucesión del padre. Hubo una costumbre de casarse con la viuda del hermano, que recuerda el levirato hebreo. La celebración del matrimonio era un acto formal, desde luego con infiltraciones religiosas; en algunas partes hubo matrimonios por raptó o por venta. Los matrimonios podían celebrarse bajo condición resolutoria o por tiempo indefinido. Los condicionales duraban hasta al nacimiento del primer hijo, en cuyo momento la mujer podía optar por la transformación en una relación por tiempo indefinido; si el marido se negaba, empero así terminaba el matrimonio.

El divorcio era posible, con intervención de autoridades, que en caso de comprobarse una de las múltiples causas (incompatibilidad, sevicia, incumplimiento económico, esterilidad, pereza de la mujer, etc.) solían autorizar de mala gana la disolución del vínculo, perdiendo el culpable la mitad de sus bienes. Los hijos se quedaban con el padre, y las hijas con la madre. La mujer divorciada o la viuda tenía que observar un plazo de espera antes de volver a casarse.

(6) Mendieta y Nuñez Lucio, El Derecho Precolonial, 6ª Edición, Edit. Porrúa, México 1992, pág. 20.

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

El hijo pasaba por dos consagraciones, en las que el agua jugaba tal papel que los conquistadores las comparaban con bautismos; en la segunda recibía su nombre. "La patria potestad (que implicaba el derecho de vender como esclavo, pero quizá no el de matar) terminaba con el matrimonio del hijo o de la hija, para el cual, empero, el consentimiento de los padres era necesario. Como había una fuerte presión social en contra del celibato de hijos mayores de veintidós o hijas mayores de dieciocho años, es de suponer que este consentimiento no podía negarse arbitrariamente." (7)

En la integración de las nuevas familias, considero que, en muchos de los casos les fue benéfico a los hijos que formaban estas, pues de ser esclavos en el peor de los casos, pasaban a tomar el papel de jefe familiar.

Era el hombre el jefe de la familia; pero en derecho, estaba en igualdad de circunstancias con su mujer. El hombre educaba y castigaba a los hijos varones y la mujer a las niñas. Ambos podían amonestar a sus hijos sin distinción.

Con frecuencia encontramos discursos del padre o de la madre dirigidos a uno y a otro sexo, pero siempre prevaleció la costumbre de que el padre impartiera el castigo a los hijos y la madre a las hijas.

La patria potestad era muy amplia. El padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos y el matrimonio que se celebraba sin el consentimiento del padre era tenido como ignomioso.

(7) Ibidem. Pág. 24.

Para castigar a los hijos, podían los padres usar de la violencia. Generalmente los herían con espinas de maguey; los cortaban el cabello y cuando el hijo era tenido por incorregible, el padre previo permiso de las autoridades, podían venderlo como esclavo o exponerlo a los helados rigores de una noche en la montaña, atado y desnudo en un charco de lodo. Eran los nahuas muy estrictos, podían reprender con azotes, con punzamientos, con aplicación de humo de chile en el rostro de los mal educados, y con una incisión pequeña en el labio de los mentirosos.

Pocos de entre nosotros estamos enterados de que el heroico Cuauhtémoc sufrió su primer martirio no por cierto a manos de los españoles, sino de sus profesores nahuas. Habiendo asistido el joven a una amena reunión con primos y amigos circuló en ella abundantemente el excelente octli (pulque) esta bebida tan apetecible y eminentemente diurética. El joven empero, que sabía medirse, no la probó, a media fiesta llegaron los severos profesores, uno de los contertulios, ocultó tramadamente su jarro o esterilla cerca del lugar del futuro soberano, no sin que éste dejare de advertirlo, algún profesor nada prudente acusó a Cuauhtémoc de haber apurado octli en exceso, cosa imperdonable en un universitario, llamémoslo así, bien pudo el joven haber señalado al verdadero culpable, pero se abstuvo de hacerlo y fue llevado a respirar humo de chile por cerca de un cuarto de hora, no hubieran resistido los bronquios y habría muerto, de no haber intervenido oportunamente a favor de nuestro héroe un anciano sacerdote, de los que creían por cierto en un verdadero Dios. También en él creía la madre del heroico muchacho, dama letrada distinguidísima, señora de Tlatelolco.

Los hijos de los nobles, de los ricos y los de la clase media vivían en la casa de sus padres hasta los 15 años, a los 15 años eran entregados al calmacac o al telpochcalli, según la promesa que se hubiera hecho el día de la imposición del nombre. Telpochtli era el adolescente, callisu casa.

En caso de muerte del padre, el hermano de éste podía ejercer todos los derechos de la patria potestad, siempre y cuando se casara con la viuda. Ignoramos si en

ausencia de éste requisito, los abuelos podían suplir a los faltantes. No se ve que los huérfanos acudiesen a los abuelos en especial, sino a cualquier pariente para que los sustentara, quien indudablemente adquiriría la tutoría de los menores. Esta última era de gran responsabilidad, la mala disposición de los bienes encomendados hacía merecedor de la pena de horca.

Si moría la mujer durante el parto, su destino quedaba asimilado al de un guerrero muerto en combate o sacrificio. Los soldados bisoños trataban de hurtar el cuerpo durante el cortejo fúnebre, y de lograrlo, le cortaban el dedo de en medio de la mano izquierda, pues para ellos era cosa que habría de volverlos valientes y esforzados. De no ser así, buscaban robar el cuerpo ya sepultado y le cortaban el cabello además del dedo.

"Los padres y parientes de aquella mujer muerta en el parto decían que iba a la casa del sol, ya que éste la había llamado por su valentía. Las mujeres muertas en la guerra y las que al primer parto fallecían, residían en la parte occidental, del cielo. Las mujeres muertas durante el primer parto se convertían en diosas y se les denominaba mujeres divinas, mucho más todavía que, reina, dama de alto rango."(8)

Es agradable observar que las mujeres que pasaban por un mal parto, las veneraban, colocándolas en sitios especiales dentro de sus costumbres, pero hubiera sido mejor que ese reconocimiento lo hubieran recibido en vida.

1.4 LA PATRIA POTESTAD EN LA EPOCA COLONIAL.

En algunas regiones de México han sentido poco la influencia de la nueva civilización, traída por los españoles. Entre los lacandones, los indios de la sierra Alta de Chiapas, en Quintana Roo y algunas remotas regiones de Yucatán y Campeche, entre los tarahumaras y los yaquis, los serís, coras, encontramos practicas jurídicas

(8) De Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, 4ª Edición, Edit. Porrúa, México 1993, pág. 53.

consuetudinarias cuya base se buscaría en balde en la legislación oficial de las entidades en cuestión. Es de suponerse que se trata de vestigios del derecho precortesiano, incluso cerca de la capital mexicana se observan figuras jurídicas consuetudinarias contra legem, que constituyen posiblemente transformaciones de instituciones precortesianas. Si encontramos terrenos, trabajados colectivamente por los campesinos del lugar, cuyo producto sirve para el culto de alguna imagen, en realidad estamos en presencia de una figura que cualquier campesino azteca hubiera comprendido inmediatamente; él también tenía que trabajar cada año en ciertos terrenos, cuyo producto estaba destinado al culto religioso. Todo lo que sucedió es que el nombre de la imagen venerada ha cambiado, pero la institución fundamental está tan arraigada que sobrevive al margen de un sistema legal que formalmente no ofrece cabida para ella.

Otra cuestión es la de saber cuanto del derecho precortesiano sobrevive, no al margen de la legislación oficial, sino incorporado a ella. "Tratando este punto, debemos tener cuidado de no considerar coincidencia entre el derecho moderno y el precortesiano como producto de filiación entre ambos sistemas, muchas figuras del precortesiano como producto de filiación entre ambos sistemas; por lo tanto, tales coincidencias pueden tener una fuente común en idénticas necesidades sociales y no indicar que el sistema nuevo sea una prolongación de otro anterior. Aunque la corona de ningún modo quiso eliminar todo el derecho precortesiano y expresamente autorizó la continuada vigencia de aquellas costumbres que fueran compatibles con los intereses de la corona y el cristianismo, la superioridad de la civilización hispánica impulsó a los mismos indios a abandonar a menudo innecesariamente sus costumbres, en beneficio del sistema nuevo. En algunas materias, empero, como en la organización del ejido colonial (terreno de uso común o ejido moderno con su parcelas individuales, es posible que tradiciones arraigadas en la fase precortesiana hayan logrado transmitirse a la fase colonial e incluso a la moderna legislación agraria." (9)

(9) José Luis Soberantes, Edición, Edit. México pág. 27.

Me parece importante enfatizar la tarea laboriosa de mantener un derecho propio de las culturas indígenas a la par de otro mucho más avanzado. Como se cita, los europeos cuando llegaron al continente nuevo, en su integración legal, llevaban siglos de adelanto, por lo que es de suponerse que aparte del interés que pudieran tener los conquistados por adaptarse a las nuevas reglas, les proporcionó algún otro beneficio práctico.

Ahora bien, entendemos por derecho colonial el régimen jurídico que se aplicó en nuestra patria durante los trescientos años que duró la dominación española, régimen jurídico que resulta un tanto cuanto difícil de describir por las razones que expondremos a continuación.

Durante los tres siglos de la colonia en la Nueva España y las primeras décadas en el México independiente, fue el matrimonio un acto exclusivamente religioso, así reconocido expresamente por las autoridades civiles, las cuales sólo intervenían para derivar de él, los efectos de carácter patrimonial entre los consortes y entre los padres y los hijos.

Antes de la legislación de reforma, el matrimonio se celebraba según las doctrinas de la iglesia, quien juzgaba por medio de sus tribunales todas las cuestiones relativas al contrato, con excepción de las reclamaciones por interés, como dote, arras administración, alimentos etc.

Las Indias, desde los comienzos de la dominación europea, quedaron incorporadas a la Corona de Castilla, de ahí que, en principio, el derecho castellano fuera el adecuado para regir en las posesiones españolas de América y Asia, o sea, las Indias. Ahora bien, siendo la realidad indiana tan diferente de la castellana del Renacimiento, se tuvo que dictar una serie de disposiciones propias para las colonias, lo que en su conjunto se ha venido llamando derecho indiano, de tal suerte que sin eliminarse el derecho castellano de las colonias, coexistieron ambos regímenes legales, de tal manera que al derecho castellano lo tenemos que ver

como ley general y al derecho indiano como ley particular; esto es, que para resolver una cuestión jurídica se debería preferir a éste sobre aquél.

Por otro lado, debemos señalar que el derecho indiano como tal no existe, ya que no fue propiamente un sistema jurídico u ordenamiento legal, es simplemente una forma didáctica de expresarse para englobar todas las normas de derecho colonial español expedidas desde 1492 hasta 1821, por lo que a México se refiere. Expliquemos mejor esta idea: La razón de ello estriba en que la Corona de Castilla generalmente promulgaba disposiciones especiales para una determinada provincia de ultramar y de manera excepcional daba normas generales para Indias; es más, cuando se quería que una misma disposición se aplicara en varias o en todas las comunidades indianas prefería repetirla para cada una de ellas en vez de promulgarla con carácter general. Por ello decimos que la expresión "derecho indiano" responde más a un modo de expresarse que a una realidad; de esta forma tenemos que hablar más propiamente de un derecho novohispano. Por otro lado, al hablar de ese derecho colonial también tenemos que diferenciar entre las normas dadas por la metrópoli y las expedidas por la autoridad local, o sea, tenemos que hablar de un derecho indiano metropolitano y de otro criollo.

Ahora bien, tengamos cuidado con lo anteriormente señalado pues con ello no estamos diciendo que no hubiera normas generales para Indias, claro que si las hubo y muy importantes, como la Recopilación de 1680, de la cual trataremos más adelante, lo que sucede es que no fue la regla común en la política legislativa indiana.

Al hablar de derecho colonial no podemos dejar de mencionar otro aspecto importante en la vida jurídica novohispana: nos referimos a las normas de derecho indígena que aún siguieron vigentes, pues si bien con el paso de los años cada vez menos se aplicaron, no debemos olvidar que había disposición expresa en el sentido de que tales normas deberían respetarse en los negocios jurídicos de las Indias, siempre y cuando no fueran contrarias a las leyes fundamentales de la monarquía

española y la religión; por ello, al considerar nuestro derecho colonial, junto con las disposiciones castellanas y las llamadas indianas, debemos agregar aquellas disposiciones de derecho indígena que siguieron siendo relevantes, por lo menos hasta 1812-1814 y 1820-1821 con la legislación liberal emanada de la Constitución de Cádiz, en que prácticamente las suprimió en aras del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Pasando a la legislación indiana, como señalábamos antes, lo primero que debemos hacer es distinguir las disposiciones emanadas de las autoridades locales, que a su vez hemos llamado criollas. No obstante ello, tenemos que apuntar que había un tipo de disposición legislativa que podía ser ejercida tanto por las autoridades centrales como por las locales, nos referimos a los autos acordados, que podían venir tanto del Consejo de las Indias como de los reales acuerdos de las provincias indianas.

Por su parte, el derecho indiano criollo se expresaba a través de los mandamientos y las ordenanzas o autos de gobierno de la superior autoridad gubernativa, junto con los autos acordados de los reales acuerdos de las audiencias virreinales y pretoriales.

El procedimiento de creación de una disposición legal indiana era más o menos el siguiente. Normalmente era un trámite encomendado al Real y Supremo Consejo de Indias, cuya sede era la Villa de Madrid.

"En 1367 se creó el Real Consejo de Castilla para auxiliar al soberano en el gobierno de la monarquía castellano-leonesa. A partir del descubrimiento de América y su incorporación a la Corona de Castilla dicho Real Consejo empezó a conocer de los asuntos del nuevo continente; con el transcurso del tiempo se fue haciendo una especialización de los negocios indianos en el seno del mismo hasta que en 1511 se habló de Junta de Indias, o más propiamente dicho 'Los del Consejo que entienden en las cosas de las Indias' Finalmente en 1524 se erige independientemente del anterior y con la misma categoría, el Real y supremo Consejo de Indias, el cual

empezó a funcionar el 1º de agosto de 1574 bajo la presidencia de Fray García de Loaisa. En 1809 se suprimió el consejo de Indias; en 1810 se restableció; las Cortes de Cádiz lo cerraron en 1812 y Fernando VII lo volvió a abrir en 1814; de 1820 a 1823, trienio constitucional, volvió a cerrarse y finalmente en 1834 se extinguió en forma definitiva.” (10)

Este impulso recopilador se tenía que prolongar a la administración indiana, pero ahora con carácter más perentorio ya que las necesidades del gobierno colonial habían producido una enorme cantidad de disposiciones, lo que lógicamente condujo a contradicciones, algunas olvidos e incluso pérdida de documentos, por lo cual desde el primer siglo de dominación española en América se planteó y con carácter urgente, la necesidad de recopilar la legislación indiana.

En efecto, desde abril de 1556 se ordenó a las audiencias indianas que recopilaran las reales cédulas y demás disposiciones que hubieren recibido de la metrópoli e informasen sobre el particular. En cumplimiento de ello, la Audiencia de México, mandó a uno de sus ministros, el doctor Vasco de Puga, que llevara a cabo ese trabajo, quien no solamente lo cumplió reuniendo el material legislativo de 1525 a 1563, sino que además se preocupó por imprimirlo en lo que comúnmente se conoce como Cedulaario de Puga.

El ordenamiento legal que los reyes españoles fueron dando para su posesiones de América y Asia en la época moderna, no fue uniforme o general para este conjunto de colonias que se conocen como las Indias, sino que era particular para cada una de las colonias; la excepción a este principio lo constituye indiscutiblemente la Recopilación de 1680 representa la base y principio del que debe partir cualquier trabajo histórico jurídico indiano, lo que se confirma con la característica de haber sido el único cuerpo legal general que se dio para indias durante los 300 años que duró la dominación española, así como por otro elemento importante, y es que se dictó tan sólo 20 años antes de producirse el cambio de la dinastía de los Habsburgo

(10) Idem. Pág. 62.

por la de los Borbón, que en sí representó un cambio radical en el gobierno y la administración de la monarquía española. De ahí que la recopilación de 1680 represente además la síntesis de la legislación de los Habsburgo en Indias.

En efecto, el cambio de dinastía en 1700 representó una modificación de rumbo político de enorme trascendencia en todo el mundo hispánico, de ahí que la Recopilación de Indias a los pocos años de promulgarse resultó insuficiente para la nueva realidad que había impuesto la nueva Casa reinante de origen francés, a pesar de los enormes esfuerzos que ya hemos descrito para llegar a la tan anhelada unidad legal en 1680; situación que había de resolverse si se quería tener un adecuado manejo legislativo.

1.5 MEXICO INDEPENDIENTE

Si bien es cierto que la Ilustración no penetró en España con la misma fuerza que en Francia e Inglaterra, no menos cierto es que se introdujo, a pesar de la Inquisición, en las altas capas pensantes de la sociedad hispánica en ambos lados del Atlántico.

“Evidentemente los ilustrados españoles obtuvieron algunos triunfos en la segunda mitad del siglo XVIII en los reinados de los dos Carlos III y IV, pero la gran victoria sería la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, la cual va a tener un papel fundamental en la independencia de nuestra patria; pero aún de más importancia que esta ley suprema, tendrán una gran repercusión en los comienzos del movimiento independentista mexicano precisamente los acontecimientos en España cuatro años antes, concretamente a partir de la invasión napoleónica a la Península Ibérica.”(11)

La Ilustración y sus postulados fueron la gran fuerza que movió nuestra guerra de independencia, pero no debemos olvidar una fuerza endógena fundamental: la toma

(11) *Ibidem*. Pág. 79.

de conciencia nacionalista de los criollos novohispanos, sinergizada por una evidente actitud por parte de las autoridades peninsulares, contraria hacia los criollos en lo relativo a la provisión de empleos y funciones para las Indias.

La invasión francesa, el motín de Aranjuez, la abdicación de Carlos IV, seguida de la de su hijo Fernando VII, la exaltación al trono de José Bonaparte y la guerra de independencia de España, fueron todos ellos acontecimientos que impactaron grandemente en la Nueva España, además de ser la oportunidad que no desaprovecharon los criollos, protegidos por el virrey Iturrigaray, para plantear la tesis de que vacante el trono de España, toda vez que la abdicación de Fernando VII era nula y, por lo mismo, invalida la proclamación de Bonaparte, la nación novohispana resumiera su soberanía.

Para esto, se plantearon dos actitudes por parte de las gentes más representativas de la Colonia: por un lado la de los criollos, representados fundamentalmente por el Cabildo de la ciudad de México, que consistía en convocar una junta con todas las personalidades representativas de las diversas fuerzas políticas del virreinato, que en el fondo no pretendía otra cosa más que el pueblo definitivamente "reasumiera su soberanía", a través de esos representantes; mientras que, por otro lado, los españoles peninsulares se oponían a ello, manteniendo el statu quo, en virtud de que, tarde o temprano, ello llevaría ala independencia novohispana respecto de España.

Siendo Presidente de la República Benito Juárez, primero con las leyes de Reforma en 1859, y más tarde en el Código Civil de 1870, se llevaron a cabo cambios de gran importancia.

Al efecto, mediante la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil, ambas de julio de 1859, se desconoció el carácter religiosos que hasta entonces había tenido el matrimonio como sacramento para hacer de el en adelante solo un contrato civil, se encomendaron las solemnidades del mismo a los jueces del estado civil, a

quienes también se encargó en libros especiales, de los registros de nacimientos, matrimonios, reconocimientos, adopciones y defunción; y se proclamó reiteradamente la indisolubilidad del matrimonio.

Apenas un mes después de dichas leyes, el 30 de agosto de 1859, los principales obispos del país dirigieron una pastoral al clero y a los fieles de toda la República, en la que declararon ilícito el matrimonio celebrado contra las prescripciones de la iglesia.

A su vez, el código Civil de 1870 completó y desarrolló la nueva organización de la familia y del matrimonio, que entre los puntos más importantes y que interesan para el desarrollo de este capítulo son:

- 1.- Definió el matrimonio como la sociedad legítima de un sólo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. -
- 2.- Obligó a ambos cónyuges a guardarse fidelidad a socorrerse mutuamente y a contribuir a los objetos del matrimonio.
- 3.- Confió al esposo la potestad marital sobre la mujer, colocando a ésta en un estado de incapacidad y se le obligó a vivir con su marido, a obedecerle en lo doméstico, en la educación de los hijos.
Como contrapartida, obligó al marido a dar protección y alimentos a la esposa.
- 4.- Otorgó al padre en exclusiva la patria potestad sobre los hijos, ya que sólo a falta de él, podía la madre entrar al ejercicio de esa potestad.
- 5.- Clasificó a los hijos en hijos legítimos y en hijos fuera del matrimonio, subdividiendo, a estos últimos en hijos naturales y en hijos espurios, o sea los adulterios y los incestuosos, principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón de la diversa categoría a que pertenecía.

El Código civil de 1884, con la única innovación importante en esta materia, de haber sustituido el mencionado sistema de las legítimas por la libre testamentifacción, el

Código Civil de 1884 conservó la misma organización de la familia y sobre todo la indisolubilidad del matrimonio del Código Civil de 1870.

A fines del siglo pasado se trató sin éxito de introducir en México el divorcio vincular. A este respecto, el artículo 23, fracción IX, de la Ley Orgánica de 14 de diciembre de 1874, que reglamentó las adiciones constitucionales de 25 de septiembre de 1873 durante el gobierno del presidente Sebastián Lerdo de Tejada, para elevar a rango constitucional las leyes de Reforma establecía que el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges.

Cuando era todavía sólo el jefe de uno de los diversos bandos en plena guerra civil, Venustiano Carranza expidió desde Veracruz dos intempestivos Decretos, uno de 29 de diciembre de 1914 y otro de 29 de enero de 1915, para introducir de improviso el divorcio vincular, ya que por el primero modificó la mencionada Ley Orgánica de 1874 de las Adiciones y Reformas a la Constitución, que reconocía la indisolubilidad del matrimonio, y por el segundo decreto el Código Civil del Distrito Federal para "establecer que la palabra divorcio, que antes era sólo significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima" (12)

Estas decisiones audaces no son desconocidas en nuestros días. Apenas en una publicación hecha en un periódico oficial de esta Ciudad, nos dio a conocer una de las propuestas del candidato oficial a la Presidencia de la República por el Partido Revolucionario Institucional, en el sentido de que los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como Magistrados y Jueces del Poder Judicial de la Federación, sean elegidos por votación popular, acaso este señor tendrá alguna idea de lo que es una carrera judicial, de lo que implica paso a paso tener conocimiento

(12) Sánchez Meda Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de la Familia de México, 2ª Edición, Edit. Porrúa, México 1991, pág 21.

de lo bueno y malo de una Institución, de sus necesidades, de sus beneficios de sus soluciones, no lo creo.

Afirma M. Planiol, "permitir a los esposos desunidos un nuevo matrimonio para que no cometan adulterio y para que los hijos puedan educarse en otro hogar legítimo, equivale a sostener que cuando los hombres hacen algo inmoral, hay que declararlo moral y así no habrá ya desorden. De seguirse esta argumentación, habría que aceptar también que como hay algunos casados que tienen una amiga y algunas mujeres casadas que tienen un amante, debe autorizarse la bigamia, e igualmente si algunos hombres, por diversos motivos, prefieren el concubinato al matrimonio, hay que legalizar también por una razón practica el concubinato, como ilógica e inmoralmemente lo afirma." (13)

Considero que la postura del autor, es un poco arbitraria, ya que cualquier decisión tomada con prudencia, debe resultar benéfica, es decir, si una pareja decide seguir junta aún sin amor, bueno, es porque va ha respetar su hogar, pero si lejos de procurar armonía se llega a las injurias, insultos, lesiones etc, opino que el camino correcto es el divorcio, con esto no quiere decir que si un matrimonio llega a tener conflictos propios de cualquier pareja, decida sin hacer ningún esfuerzo divorciarse, además si lo hace costumbre entonces estaríamos en la postura por el autor descrita.

Por otra parte, hay que reconocer que en el matrimonio no sólo se pactan derechos y obligaciones, sino que los cónyuges, como en un contrato ordinario, sino que principalmente se establecen derechos en favor de terceros, que en el caso son los hijos y la sociedad en general, de tal suerte que, aún tratando de aplicar al matrimonio la teoría general de los contratos, hay que advertir que en el matrimonio se da una verdadera estipulación en favor de terceros, que otorga derechos irrevocables a favor de éstos y de los cuales no pueden ser privados posteriormente

(13) M Planiol, Traite Elementaire de Droit Civil, tomo I, Paris, 1920, pág. 1140 a 1145.

a través de algún convenio de los cónyuges, ni menos a causa del incumplimiento de uno de los dos esposos a sus respectivos deberes.

La Ley sobre Relaciones Familiares.

Después de los dos decretos divorcistas, vino la ley sobre Relación familiares, de 9 de abril de 1917 que expidió también Carranza, usurpando funciones legislativas que no tenía y haciendo, por tanto, que tuviera un grave vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un Congreso a quien correspondía darle vida, según se hizo notar entonces en el órgano de la Barra Mexicana de Abogados.

Antes de entrar al estudio de esta ley, que segregaba del tronco del Código Civil la materia familiar para darle autonomía, resulta oportuno reproducir el juicio general que desde su aparición emitió acerca de ella el jurisconsulto don Eduardo Pallares: "la nueva Ley sobre Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria, silenciosa y sordamente destructora del núcleo familiar. . ." Sus autores no temieron desafiar a una porción considerable de la opinión pública, ni atraer sobre sí la ira y las censuras de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas mismas de la sociedad. Manifestaron su idea, y la desarrollaron con lógica implacable.

Los cambios adoptados por esta Ley y que efectivamente produjeron una transformación substancial en la familia y en el matrimonio, pueden condensarse en cinco puntos a saber, matrimonio disoluble, igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio, igualdad de puro nombre de todas las especies de hijos naturales, introducción de la adopción y sustitución de régimen legal de gananciales por el de separación de bienes.

1.- Formuló la misma definición del matrimonio que el viejo Código Civil de 1870, pero substituyó el adjetivo "indisoluble" por el de "soluble", en esta sola forma "contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." De esta

forma confirmó la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación civil y enumeró las distintas causas para conseguirlo, incluyendo el mutuo consentimiento, cuyo procedimiento reguló además en el mismo texto de dicha ley.

2.- Igualó dentro del matrimonio al hombre y a la mujer, suprimiendo la potestad marital y confiriendo a ambos consortes la patria potestad, si bien distribuyó en la ley las cargas del matrimonio, porque a manera de regla general impuso al marido el deber de dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, y a la vez atribuyó a la mujer la obligación de atender a todos los asuntos domésticos: por lo que ella será la especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar.

En los demás deberes recíprocos de los cónyuges se repitió el texto de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, o sea se conservó el deber de fidelidad, de socorro mutuo y de contribución de uno y otro a los objetos del matrimonio, así como también el deber de la mujer de vivir con su marido.

3.- Borró la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o sea los adulterinos y los incestuosos, pero en forma de verdad sorprendente, dispuso que los hijos naturales solo tendrían derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido, y deliberadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho que ya les otorgaban los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

Asimismo, concedió la acción de investigación de la paternidad no sólo en los casos de raptó o violación que ya establecía la legislación anterior, sino también cuando existiera la posesión de estado de hijo natural y se tuviera al lado de otras pruebas, un principio de prueba por escrito.

4.- Sin mayores razonamientos, introdujo la adopción en nuestro Derecho Civil, institución que desde el proyecto del Código Civil de Justo Sierra del año de 1861, había sido desconocida por considerarla enteramente inútil y del todo fuera de nuestras costumbres, por lo que la omitieron los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

En los considerandos de la ley escuetamente se dijo al respecto: "No siendo ya patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación de los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho, así como las que rigen respecto a la legitimación, cuyos beneficios deben ampliarse al reconocimiento de los hijos naturales cuya filiación debe ser protegida contra la mancha infante que las leyes actuales conservan con el nombre de designación de hijos espurios, a las pruebas de paternidad y otras disposiciones análogas, entre las cuales deben considerarse muy especialmente la adopción, cuyo establecimiento, novedad entre nosotros, no hace más que reconocer la libertad de afectos y conservar la libertad de contratación que, para este fin, no sólo tiene un efecto lícito sino con frecuencia muy noble." (14)

Si es una exposición escueta pero clara, en el aspecto de que va encaminada a la procuración y tutelación de los derechos infantiles.

5.- En las relacionadas patrimoniales de los cónyuges substituyó el régimen legal de gananciales, por el régimen legal de separación de bienes y a tal extremo se adhirió a este último, que el artículo 4º transitorio de la ley ordenó que la sociedad legal derivada de aquellos matrimonios celebrados antes bajo ese régimen, se liquidaría a petición de cualquiera de los consortes, y de lo contrario, continuaría tal sociedad como simple comunidad regida por las disposiciones de la propia ley.

(14) Sánchez Meda! Ramón, op. Cit.. Pág 30 y 31.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES DOCTRINALES DE LA PATRIA POTESTAD EN LA ACTUALIDAD.

2.1 Concepto de la Patria Potestad. 2.2 Función de la Patria Potestad. 2.3 Personas que ejercen la Patria Potestad. 2.4 Personas sometidas a la Patria Potestad. 2.5 Derechos y Obligaciones de los que ejercen la Patria Potestad. 2.6 Suspensión, pérdida y extinción de la Patria Potestad.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES DOCTRINALES DE LA PATRIA POTESTAD EN LA ACTUALIDAD.

2.1 CONCEPTO DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad viene del latín patrius, a um, lo relativo al padre y potestas, potestad.

En la actualidad nuestro Código Civil no da un concepto de la patria potestad, contrario a algunos de los autores más reconocidos en la materia, que definen esta institución de la siguiente forma:

Dice Ibarrola: "Podíamos definir lo que llamamos hoy patria potestad como una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad. La patria potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc." (1)

Para la Iglesia todo derecho nace de una obligación: como los padres tienen la obligación de mantener y educar a sus hijos, necesitan del derecho de mandar en ellos, de corregirlos y dirigirlos, sin otra intervención que la indispensable de la sociedad.

Colin y Capitant definen a la patria potestad, diciendo que es "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados." (2)

(1) Ibarrola Antonio de. Derecho de Familia, 4ª Edición, Edit. Porrúa, México 1993, pág. 441.

(2) Galindo Garfias, Derecho Civil, 7ª Edición, Edit. Porrúa, México, pág. 667.

Por su parte, PLANIOL define a la patria potestad como "el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales."

(3)

La patria potestad es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar. En las antiguas legislaciones, surgía legalmente sólo dentro de la familia legítima; no se establecía respecto de los hijos naturales. En nuestro Código Civil, la patria potestad es una institución que nace de la relación paterno filial.

En este sentido Galindo Garfias dice: "la patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. En esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad." (4)

Al respecto dice Duarte: "es una institución cuyo objetivo es el de asistir, proteger y representar a los niños y niñas cuya filiación esté clara y legalmente establecida. Para cumplir estos fines tiene un conjunto de deberes y derechos instrumentados por medio de normas jurídicas. Su ejercicio y cumplimiento recae en la persona de los ascendientes padre, madre, abuelos y abuelas tanto por la línea paterna como por la materna. (5)

Se refiere tanto a la persona del menor como a sus bienes, y tiende a conseguir el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que tienen el padre y la madre sobre sus hijos e hijas.

(3) Idem.

(4) Ibidem. Pág. 668

(5) Pérez Duarte y N. Alicia E., Derecho de Familia, 1ª Edición, Edit. McGraw-Hill, Internacional, México 1997, pág. 35.

Pina, define a la patria potestad como "el conjunto de las facultades, que suponen también, deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria." (6)

Es de observarse que todos los autores hacen mención de los deberes y obligaciones que tiene los padres para con los hijos y éstos para con aquéllos, resaltando que los derechos que pudieran tener sobre los infantes son con el objeto siempre claro de cumplir con sus obligaciones; la patria potestad lejos de representar una figura de autoridad absoluta acorde al significado de la época antigua, ha pasado a formar parte como instrumento confiable de protección para los menores.

En la actualidad la denominación de patria potestad aplicada al conjunto de deberes y derechos propios de quienes la ejercen, es realmente inadecuada, pues dicha designación, tomada del derecho romano, ha perdido en nuestro tiempo su significación original.

Por ello se ha propuesto cambiar esta denominación por la de "autoridad parental", pero los tratadistas y los legisladores continúan fieles a la denominación tradicional.

Esta institución no ha tenido siempre los caracteres con que aparece en el derecho moderno. La historia nos muestra un doble proceso, muy interesante, de la patria potestad poder (derecho) la patria potestad función (deber), y de la patria potestad como poder exclusivo del padre a la patria potestad conjunta del padre y de la madre. Por eso, afirma el autor citado, que la denominación de patria potestad es en el derecho moderno es impropia, porque esta institución no es ya una potestad absorbente como la patria potestad romana, sino una autoridad tuitiva que no

(6) De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I, 19ª Edición, Edit. Porrúa, México 1995, pág. 375.

corresponde exclusivamente al padre, puesto que la ejercen también la madre en ciertos casos y los abuelos.

2.2 FUNCION DE LA PATRIA POTESTAD.

La transformación que ha sufrido el derecho de patria potestad, les ha proporcionado a los menores la oportunidad de un crecimiento provechoso.

La palabra derecho para algunos autores, es inapropiada en la patria potestad, puesto que se trata más que nada, de deberes y obligaciones. Ello no nos conduce a pensar que la patria potestad se haya debilitado: Lo que ha cambiado es el fin para el cual la patria potestad debe ser ejercida, y debe subsistir para la protección del niño y de la familia. Desafortunadamente muchos padres no responden a los deseos del legislador y desnaturalizan la institución de la potestad, ejerciéndola mal o desviándola de su papel natural, lo que ha obligado al legislador a intervenir a favor de la infancia desventurada.

La patria potestad, es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia, protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos.

Es importante mencionar los caracteres de la relación paternofamiliar por ser parte integrante de la función propia de la patria potestad. De la función propia de la patria potestad (la protección de los hijos) a la fuente u origen de la institución (la filiación) y a la naturaleza de ella (cargo privado de interés público) se desprenden los siguientes caracteres: la patria potestad es irrenunciable, intransferible por la voluntad de quien la ejerce e imprescriptible.

Con respecto a la característica de irrenunciabilidad, establece el artículo 448 del Código Civil; de su ejercicio sólo pueden excusarse en los casos específicamente

señalados en ese precepto legal; los que por su edad avanzada hayan alcanzado la edad de sesenta años y quienes por su mal estado de salud no puedan cumplir la función de la patria potestad.

Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad del cargo, derivan de su propia naturaleza. En primer lugar, porque su ejercicio es de interés público. La familia, la sociedad y el Estado tienen interés en la adecuada formación de los menores. En segundo lugar, porque el artículo 6 del Código Civil establece que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros. En el caso, la renuncia al ejercicio de la patria potestad por el ascendiente que debe desempeñar el cargo, implicaría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos y perjudicaría los derechos de los menores que se encuentren bajo de ella.

Los derechos y los deberes que integran la patria potestad, están fuera del comercio. La patria potestad considerándola exclusivamente desde el punto de vista de las facultades que confiere a su titular, está constituida por un conjunto de derechos personalísimos, inherentes a la persona misma del progenitor o del ascendiente a quien corresponde el ejercicio de ella.

Excepcionalmente, la patria potestad se trasmite en el caso de la adopción. En efecto, el artículo 403 del Código Civil establece que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante; salvo que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.

La patria potestad es intransferible por voluntad de los particulares; sólo puede transmitirse como consecuencia de que el juez de lo familiar haya aprobado la adopción, como medida protectora del interés del adoptado.

Así la patria potestad, también es imprescriptible. Los derechos y deberes derivados de la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo.

Por lo que la autoridad paterna se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo. La atribución de esta función protectora de los hijos menores, descansa en la confianza que inspiran por razón natural, los ascendientes, para desempeñar esta función.

Se dice que este conjunto de facultades y deberes tiene un contenido de orden natural porque es derivado de la procreación; un contenido afectivo derivado del nexo que se establece en razón de este parentesco tan próximo, y un carácter ético derivado del deber moral que tienen padre y madre de atender los intereses de sus hijos e hijas y del de éstos de respetar y obedecer a aquéllos, además de un contenido social representado por la tarea que deben cumplir los progenitores en la socialización de hijos e hijas. "Es importante señalar que, en todo caso, el ejercicio de la patria potestad está sujeto a las modalidades que dicten las autoridades en los términos de la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil del Distrito Federal, según reza el artículo 413." (7)

En base a lo anterior se esta en el supuesto de que la autoridad respectiva tenga intervención en la regulación de las relaciones familiares.

En cuanto al derecho objetivo este toma en cuenta consideraciones de orden natural, ético y social, para hacer de los padres las personas idóneas para cumplir esa misión.

Como podemos apreciar la patria potestad tiene un contenido de orden natural (la procreación), y a veces afectivo (la adopción) de carácter ético (el deber de mirar por el interés de la prole) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad.

(7) Pérez Duarte y N. Alicia E. op. Cit., pág. 36.

La patria potestad forma parte importante de la organización de aquel grupo social primario que es la familia.

Desde el punto de vista de la autoridad paterna, el fundamento ético de la patria potestad consiste en que la función encomendada al padre y a la madre, no se agota en la procreación del hijo o de los hijos, impone a los padres la responsabilidad moral de la formación de sus menores hijos desde el punto de vista físico, intelectual y espiritual.

El contenido social de la patria potestad, se destaca desde el punto de vista de que los poderes conferidos al padre y a la madre constituyen una potestad de interés público; en cuanto que realizando esa misión en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

Considerando a la institución, desde el punto de vista de los ascendientes, la potestad paterna se atribuye con el fin de criar y educar a los hijos. En la medida en que ese deber se cumpla, se justifica la autoridad de los ascendientes sobre los descendientes y se funda la situación de subordinación en que se encuentran éstos respecto de aquéllos.

Las facultades que otorga la patria potestad a los ascendientes se refieren tanto a la persona del hijo, como a los bienes que pertenecen a éste.

Puede observarse que no existe una marcada línea de separación entre los deberes y las facultades de los padres, porque entre unos y otros existe una íntima correlación que permite calificar a cada una de esas atribuciones a la vez como poderes-deberes. Parece más clara la denominación de potestades; entendidas éstas como conjunto de derechos o facultades que deben ser ejercidas para gestionar intereses ajenos.

Así, la obligación que establece el artículo 422 del Código Civil a las personas que ejercen la patria potestad, de educar convenientemente al hijo requiere de la facultad de corregirlo. En caso necesario podrán recurrir a las autoridades que deben prestar apoyo a los padres para ese efecto. Deben los ascendientes observar una conducta que sirva de buen ejemplo a los descendientes. (art. 423 del Código Civil en estudio)

De la misma manera, el cuidado del hijo y su educación, exige que éste no pueda dejar la casa de los que ejercen la patria potestad, sin permiso de éstos o decreto de autoridad competente. (artículo 421 del Código Civil)

El derecho de guarda y custodia o derecho de vigilancia de la conducta del menor de edad sujeto a patria potestad, se vincula a la vez con el deber de educación del menor y con la obligación (y el derecho) del hijo de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido.

Las reflexiones del jurista mexicano Sergio García Ramírez aportan razones para entender el porqué de este desacuerdo sobre el nombre del instituto que se está analizando, sobre todo para clarificar su función social.

Este autor plantea que el derecho contemporáneo protege la existencia y ampara el desarrollo del grupo familiar con especial atención a la mujer y notoria solicitud hacia la infancia. Con este cambio de enfoques la patria potestad sufre una transformación y deja de ser un poder absoluto en manos del padre para convertirse en una función social, en la cual está directamente interesado el Estado y que atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y niñas.

Más que un poder, es actualmente la patria potestad una verdadera función, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el derecho romano y en el germánico, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no es extraña la intervención del Estado.

Esta intervención se acentúa cada día más, como una manifestación del interés público que se reconoce actualmente, con absoluta unanimidad, por los sociólogos y los juristas, en la institución familiar, y como consecuencia de la necesidad que existe de que esta institución se desarrolle normalmente y cumpla de este modo sus fines característicos, entre los cuales no es el menos importante el que se refiere a la protección de los menores, para lo cual en bastantes ocasiones se requiere la acción directa de la autoridad estatal.

La patria potestad es una institución civil acusadamente matizada por el influjo de la moral, y en la cual los derechos de quienes las ejercen se justifican en cuanto son necesarios para el cumplimiento de los deberes que les corresponden.

Así como los tratadistas reconocen en la patria potestad un contenido moral y un contenido jurídico. Estos contenidos aparecen perfectamente entrelazados, sin que ninguno de ellos pueda ser separado del otro sin atacar a la naturaleza esencial de esta institución.

ROJINA VILLEGAS anota sobre este tema: cómo "en el derecho moderno la regulación jurídica, de la patria potestad (como la de la tutela) ha tomado principalmente en cuenta que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan no es para beneficio propio ni mucho menos para convertir a los sujetos a ella en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales, sino que, por el contrario, esta institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen." (8)

A este respecto es conveniente precisar que si bien es cierto que esta Institución se ha convertido en una figura protectora para el menor, también lo es que, no se

(8) Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, 1ª Edición, Edit. Porrúa, México 1962, pág. 230.

podría cumplir su finalidad sin que los menores observaran en sus padres una figura de autoridad y admiración a la que se le merece respecto.

Como vemos, los autores, en general, reconocen que, actualmente, la patria potestad, más que una verdadera potestad o un derecho en interés de quien la ejercita, es una institución que tiene una función protectora de los hijos durante su menor edad y una carga impuesta a quien debe ejercitarla.

2.3 PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

La Patria potestad, es ejercida según lo establece el artículo 414 en primer término el padre y la madre, y de acuerdo con el artículo 418, a falta de estos, ejercerán la patria potestad los ascendientes en segundo grado en el orden que lo determine el Juez de lo familiar.

En el supuesto de los padres que reconozcan al hijo en el mismo acto y no se pusieran de acuerdo con respecto a la custodia, entonces del Juez respectivo tomará la decisión.

Por otro lado, si uno de los cónyuges reconociera al menor primero que el otro entonces al primero le corresponde la custodia, salvo que no exista inconveniente, ya sea por el otro cónyuge, por el Juez o por el Ministerio Público.

En todo caso cuando los progenitores, del hijo nacido fuera del matrimonio, no se pudieran poner de acuerdo, respecto de quien seguirá ejerciendo la patria potestad, el Juez de lo familiar decidirá, tomando en cuenta sobre todo el bienestar del menor. (art. 417)

Respecto del hijo adoptivo, la patria potestad esta a cargo de las personas que lo adopten, (art. 419)

Cuando por impedimento o falta de las personas preferentes para el ejercicio de la Patria Potestad, entonces se harán cargo las personas que establece la ley.

Se puede apreciar, que las relaciones jurídicas entre padres e hijos son muy numerosas. Existe entre los padres y los hijos, como entre el marido y la mujer, una obligación alimentaria recíproca.

Cuando el hijo no recibe plena protección dentro de la familia por el funcionamiento de la patria potestad, la protección de que debe ser objeto la organiza el estado fuera de la familia, como podremos notar en los estatutos que rigen la suerte de la numerosa infancia desventurada y desamparada.

El Código Civil, recoge esta transformación al definir que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en forma conjunta y que este ejercicio es de interés público; es decir, no existe la libertad de ejercerla o no, la persona sobre la cual recae no puede renunciar a su ejercicio, sólo se pueden conceder dispensas a quienes tengan más de sesenta años cumplidos o un mal estado habitual de salud que le impida desempeñarla debidamente (art. 448). Además de lo anterior, es intransferible e imprescriptible.

Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en orden legal establecido. En el caso de que sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercerla, la que quede continuará en ejercicio de ese derecho.

2.4. PERSONAS SOMETIDAS A LA PATRIA POTESTAD.

En el complejo de relaciones jurídicas que forman el contenido de la patria potestad, encontramos una situación de autoridad de los padres y de correlativa subordinación de los hijos. Este estado de sumisión en que se encuentran los hijos menores de edad respecto de quienes ejercen la patria potestad, comprende el

deber de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia.

El deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes cualesquiera que sea su estado, edad y condición (artículo 411 del Código Civil) no se extingue al terminar la patria potestad. Durante el estado de minoridad del hijo y mientras se encuentra bajo la autoridad de sus padres, el deber de respeto y honra impuesto por el artículo 411, lleva anexo el deber de obediencia hacia los ascendientes que ejercen la autoridad paterna.

Por su contenido moral el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, aparte de que no puede ser considerado simplemente como un efecto de la patria potestad, es el fundamento ético de las relaciones, paterno filiales, de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia. Es la contrapartida por así decirlo, del principio en que descansa la autoridad paterna, que sólo se justifica si se funda en la abnegación y sacrificio de los padres. La naturaleza moral de este principio, explica por qué la norma establecida en el artículo 411 del Código Civil, carece de una fuerza coercitiva (*lege minus quam perfecta*)

El hijo sometido a la patria potestad, no podrá dejar la casa de aquellos a quienes está sometido, sin permiso de ellos o sin la autorización de la autoridad competente (artículo 421 del Código Civil) El hijo menor de edad, tiene el deber de convivir con los padres o ascendientes, en ejercicio de la patria potestad.

Entre éstos están el cuidado y custodia de los hijos e hijas, su educación, corrección y representación. Cada uno está ligado íntimamente a los otros y exige, a la vez, una obligación por parte del menor. Así, el deber de cuidado y custodia exige que el hijo o hija habite la casa de su padre y/o madre y no salga de ella si no es con permiso; el deber de educación y corrección exige la obediencia del menor, lo mismo que la facultad de la representación.

Algunos autores, entre ellos Sara Montero, señalan que los deberes de los hijos e hijas no se derivan de la patria potestad, sino de la calidad de descendiente, ya que éstos deben cumplirlos sin importar su edad, condición o estado. Y así es en efecto, existen como deber moral impuesto por una tradición universalmente aceptada que constriñe a la prole a respetar a su padre y madre, sin embargo, en tanto deber jurídico, está referido en especial al tiempo en que se está sujeto a la patria potestad. La sanción en caso de incumplimiento la encontramos como una de las causas por las cuales cesa la obligación de dar alimentos, señaladas por el artículo 320.

Los hijos, cualesquiera que sea su estado y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. En realidad, en este caso, se trata de un deber predominantemente ético, que no se extingue por la emancipación y es, por lo tanto, consecuencia más bien que en sentido específico, de la relación paterno filial, en sentido amplio.

La disposición del Código civil a este respecto comprende dentro de este deber moral de los hijos no solo a los padres como titulares del derecho al ejercicio de la patria potestad sino también a los demás ascendientes, o sea, a quienes están en la posibilidad legal de ejercerlo en caso necesario.

La inclusión de este deber entre los preceptos del Código civil, aparte de que ha sido criterio general en esta clase de cuerpos legales no es tan superflua como se ha creído por muchos, frívolamente, si tenemos en cuenta que en esta rama del derecho las normas jurídicas y las morales se manifiestan inseparablemente unidas y cooperando a los mismos resultados.

Mientras el hijo esté bajo la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o en virtud de decreto de la autoridad. Tampoco puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna, sin el expreso Consentimiento del que o de los que la ejerzan, resolviendo el juez en caso de irracional disenso.

Estas prescripciones tienen carácter visiblemente tuitivo y, más que derechos de quienes ejercen la patria potestad, constituyen deberes de la mayor trascendencia, puesto que tienden a evitar los daños que la inexperiencia de quien se encuentra sometido a los efectos de esta institución podría ocasionarle si pudiese dejar su hogar sin la autorización y consejo debidos a contraer obligaciones de cualquier género que pudiesen comprometer gravemente su patrimonio.

Ahora bien, en todos los casos en que las personas que la ejerzan la patria potestad tengan un interés opuesto al de quienes se encuentren sometidos a ella, éstos serán representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

2.5 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

Siempre seguirá siendo un arte de las artes educar a un niño. La patria potestad que impone el derecho a educar, impone también la obligación de hacerlo en forma serena, justa verdadera y comprensiva. Si predicamos con el ejemplo, seremos no sólo obedecidos, sino seguidos.

"Agrega Pío XII: para que esta esperanza no defraude, sino que se realice plenamente, hay que educar al niño y educarlo bien. Educación física que fortalezca las energías del cuerpo, educación intelectual que desarrolle y enriquezca los recursos del espíritu, educación moral y religiosa que ilumine y guíe a la inteligencia, que forme y que fortifique la voluntad, que discipline y santifique las costumbres y de así a la imagen de Dios una semejanza con el prototipo divino, que la haga digna de figurar en los palacios eternos." (9)

(9) Ibarrola Antonio de., op. cit., pág. 445.

Por lo que si un niño vive en un ambiente de críticas, aprende a condenar; si en uno de marxista hostilidad, aprenderá a pelear; si vive ridiculizado, aprenderá a ser tímido; si vive en medio de castigos aprenderá a sentirse culpable; si en medio de palabras de aliento, aprende a tener confianza; si recibe palabras de alabanza, aprende a apreciar; si vive en un ambiente de justicia, aprende a tener fe; si en un ambiente de aprobación, aprende a quererse; si en uno de aceptación y de amistad, aprende a encontrar amor en el mundo.

Pueden los padres vigilar la correspondencia y las relaciones del hijo, elegir la manera de educarlo y transmitirle su religión.

Hemos de poner en relieve que el derecho de los padres para ver y tratar a sus hijos, es un derecho que no puede ser objeto de convenio, Sería imposible establecer una prohibición a ese respecto, que sería incompatible con la ley natural. Cualquier convenio celebrado en contra de los arriba dichos es ilícito, aún cuando uno sólo de los padres ejerza la patria potestad.

Una de las mayores prohibiciones que conoce el Derecho es la que impide a los padres abandonar a sus hijos.

Notemos que los esposos, por el sólo hecho del matrimonio, contraen la obligación de alimentar, cuidar y educar a sus hijos.

La Instrucción que deben ver lo padres se impacta al menor, les obliga hasta que éste alcance la edad fijada por la ley. La falta de cumplimiento de esta obligación puede acarrear consigo la pérdida de la patria potestad.

Los padres tienen la obligación de velar porque sus hijos se instruyan, tiene el derecho y el deber de educarlos. La educación y la instrucción, nos explica Mazeaud, están ligados íntima y necesariamente, la persona encargada de la instrucción del niño tendrá un papel decisivo sobre su educación.

El derecho de los padres a aplicar correctivos.

Nunca hay que confundir el derecho de infligir a los niños ligeros castigos corporales con el derecho calificado de derecho de corrección. Por doquier admite la costumbre que los padres tienen el derecho de castigar a sus hijos, para constreñirlos a apegarse a su autoridad, pero a condición de que se trate de castigos sin gravedad, infligirlos en el mismo interés del niño y de la familia. Cualquier abuso a este respecto habría de ser sancionado por la ley penal y por la pérdida de la patria potestad.

En efecto, el derecho de corrección por parte de los padres incluía antaño el hacer encarcelar al hijo. Concebido así, ya desapareció. Resta únicamente a los padres el derecho de acudir al Juez de lo familiar y a los consejeros y funcionarios de nuestro Consejo Tutelar para Menores, para solicitar de ellos auxilio y asistencia educativos.

"El bien grave problema que se presenta en nuestros días es aquel que están expuestos los niños mexicanos en las escuelas, quien lo diría, aún en las primarias, de adquirir el vicio de la marihuana y de otros estupefacientes. El problema reviste extrema seriedad. Los padres deben pedir inmediatamente la asistencia del médico, de nuestras autoridades sanitarias, de los miembros de los juzgados familiares y del Consejo Tutelar, para luchar sin descanso contra esas terribles corruptelas, que pueden inclusive llegar a marcar al niño para toda su vida." (10)

Estoy de acuerdo con el autor, pero este esfuerzo y obligación, es de padres, maestros, y gobernantes, ya que en la actualidad, es muy sabido de los nexos que existen entre éstos últimos y el narcotráfico. En muchas ocasiones los padres confiados de la educación impartida a sus hijos, ni siquiera se imaginan de los engaños a los que puede estar expuestos los pequeños.

(10) Ibidem, pág. 452.

Los padres gozan de la prerrogativa de pedir auxilio, por lo que hace a la educación de los niños, a todas clases de personas de relieve, médicos pedagogos, educadores, sacerdotes y autoridades.

Interesantes son los párrafos que nos recuerdan que la palabra corrección nos llegó del latín correctio. Es represión o censura de un delito, falta o defecto, acción y efecto de corregir o de enmendar lo errado y defectuoso. Insiste en que los padres tienen el derecho de corregir y castigar moderadamente a sus hijos legítimos, naturales, reconocidos y adoptivos en tanto que este emancipados y autoriza a aquellos para que, en apoyo de su potestad, pidan auxilio a la autoridad gubernativa que deberá otorgarlo.

El papel de los padres en la educación de los niños es cada vez más importante y más difícil-ante la desquiciadora crisis moral y el aumento de la criminalidad.

Y a pesar de todo, la patria que tiene que salvarse y todo ello depende en gran parte de la educación que los padres impartan a sus hijos, atributo terriblemente responsable, de la patria potestad. Forzoso es que encaminemos hábilmente y con energía a los pequeños para que ellos sepan edificar sólidamente la civilización del amor.

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 conforme a las prescripciones de este Código.

La persona que ejerza la patria potestad presentará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Para lograr esa finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez, por el padre y por la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes deberes impuestos a los ascendientes que 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.

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

Como se mencionó en el capítulo anterior, la patria potestad tiene su origen en la paternidad y maternidad. A los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la función de la patria potestad.

En suma la fuente real de la patria potestad es el hecho natural de la paternidad y la maternidad. La autoridad paterna se confiere para el cumplimiento de educar y proteger a los hijos, en lo cual el grupo social es interesado.

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 encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas, una situación de oposición, y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha conferido para el cumplimiento de un deber.

La patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades. Desde el punto de vista externo, la

patria potestad se presenta como un derecho subjetivo; quiere decirse que frente a todo poder exterior a la familia, el titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo. Como un derecho subjetivo, la patria potestad es de ejercicio obligatorio. No existe ciertamente titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo. Sobre los progenitores recae esa función y no están en la posibilidad de renunciar a su ejercicio. El padre y la madre tienen cierto campo de libertad en lo que se refiere a la oportunidad, a la manera y a la idoneidad de los medios empleados para llenar esa función. Esa libertad se encuentra circunscrita dentro de los límites que marca el cumplimiento de los deberes propios de la institución.

Los poderes que atribuye la patria potestad, deben ejercerse siempre en interés del hijo. No se han creado en interés de las personas que ejercen la función, sino que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares el interés familiar, la protección de los bienes de los hijos y la administración de los bienes de éstos.

El derecho objetivo, que al conferir un ámbito de libertad al titular de la patria potestad ha procedido en una manera distinta a como ha organizado a la tutela como institución protectora de los menores de edad e incapacitados. En la patria potestad la garantía del cumplimiento de esa importante función descansa en los lazos de afecto, que existen en el progenitor para educar y formar a los hijos; en tanto que en la tutela, el eficaz cumplimiento de las obligaciones que pasen sobre el tutor, descansa en una regulación jurídica más estricta, más acuciosa y en una más compleja organización.

Por lo que toca a quienes ejercen esa autoridad sobre los descendientes, encontramos que el deber primordial que se impone a los padres o ascendientes es:

- a) el cuidado y guarda de los hijos;
- b) la dirección de su educación;
- c) el poder de corregirlos y castigarlos;
- d) la obligación de proveer a su mantenimiento;
- e) la

representación legal de la persona del menor, y f) la administración de los bienes del menor.

Para el cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la patria potestad produce los siguientes efectos: a) impone a los ascendientes que la ejercen el deber de suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna (artículo 303 del Código Civil); b) de educarlos convenientemente (artículo 422 del Código Civil); c) otorga a quienes ejercen la patria potestad, la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente (artículo 423 del Código Civil); d) quienes ejercen la autoridad paterna, son los legítimos representantes de los menores que están bajo ella (artículo 425 del Código Civil); e) el domicilio de los menores no emancipados sujetos a patria potestad es el de las personas a cuya patria potestad está sujeto (artículo 31 fracción I del Código Civil).

De la obligación de vigilancia y corrección del hijo se desprende la responsabilidad en que incurren las personas que ejercen sobre él la patria potestad, por los daños y perjuicios causados por los menores que están bajo su poder y que habitan con ellos; si esos daños se han causado por falta de adecuada vigilancia de quienes ejercen la patria potestad sobre la persona del hijo que se encuentra bajo su custodia, aun cuando el hecho dañoso haya ocurrido fuera de su presencia (artículos 1919 y 1922 del Código Civil).

La obligación alimenticia que deben cumplir en primer lugar los padres respecto de los hijos, no es específica de la patria potestad; tiene su fuente en el parentesco, puesto que no desaparece con la mayor edad del hijo. La obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos y el deber de estos últimos de proporcionarlos a sus padres, es una parte integrante del deber de criar al hijo menor, mientras permanece en la patria potestad; pero la obligación alimenticia subsiste, aunque se acabe la patria potestad, cualesquiera que sea la edad del hijo, sin otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos.

La representación legal del menor no emancipado, corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad y es una consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y de los bienes del menor; porque parece evidente que aquél que desempeña esa función protectora, y ha asumido la responsabilidad de actuar en interés del hijo, tenga a su cargo la representación de éste, supliendo su incapacidad, en la celebración de toda clase de actos y contratos, que el hijo no puede llevar al cabo por su estado de minoridad. El menor no emancipado, sujeto a patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin el consentimiento de los ascendientes que desempeñan esta función, quienes son los legítimos representantes de los hijos que se encuentran sometidos a ellos.

El deber de educar y corregir ha sufrido una evolución significativa, sobre todo porque anteriormente este deber incluía la facultad de castigar a los hijos e hijas, con lo que se justificaba que el padre o la madre lesionaran a los menores. En la actualidad el código penal sanciona estas lesiones, excepto cuando se trata de golpes y violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección, sin embargo, las normas imponen sanciones tan leves que valdría la pena revisarlas, a fin de proteger efectivamente a la niñez de todo maltrato.

En el Código Civil, la facultad de castigar se cambió por el deber de observar una buena conducta que sirva a éstos de buen ejemplo, reforma que fue muy aplaudida en los círculos académicos de nuestro país. No obstante, en mi opinión encierra un peligro por la ambigüedad que implican los conceptos de "buena conducta" y "buen ejemplo", ya que en ellos va implícito el ideal moralista de una sociedad que no respeta las diferentes formas de vida de hombres y mujeres, lo que podría provocar que basándose en este concepto, se configure la causal enumerada en la fracción 111 del artículo 444, a fin de privar a un padre o madre del ejercicio de la patria potestad sólo porque su conducta sea considerada "moralmente" dañina para el hijo o hija, sin considerar la calidad de la relación que exista entre ellos. Sería el caso, por ejemplo, de un disidente político cuya conducta sea reprochada por los grupos

en el poder precisamente porque atenta contra los esquemas establecidos. De aquí la importancia de que las personas que tienen la facultad de juzgar tengan amplio criterio para tratar los asuntos del orden familiar.

2.6 SUSPENSIÓN, PERDIDA Y EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Antiguamente en el derecho francés, dice Ibarrola: "solo se consideraba la pérdida de la patria potestad por un solo motivo; cuando los padres incitaban o cuando conducían habitualmente a sus hijos a la corrupción. Naturalmente, ello no era suficiente. El legislador no había medido la extensión del problema: muchos padres se mostraban indignos de la confianza en ellos depositada por la ley y maltrataban o abandonaban a sus hijos, los especializaban en el robo, convirtiéndolos en precoces raterillos, o los enseñaban a mendigar." (11)

Esta conducta, en la actualidad se sigue regulando por nuestro Código Civil para el Distrito Federal, como causal para la pérdida de la Patria Potestad, pero es sancionada aún con más rigor, en cuanto a la condena que se le da a quien por irresponsabilidad encamine a los menores a conductas viciosas, por lo que, cuando dicha conducta se encuentra catalogada como violencia familiar, también se tipifica penalmente como un delito.

Ahora bien nuestro Código Civil, distingue tres casos, en los que la patria potestad puede acabarse, puede perderse o simplemente suspenderse; pero jamás es renunciable. Sólo puede ser objeto de excusa, cuando quienes deben ejercerla han cumplido la edad de sesenta años; o cuando por su mal estado habitual de salud, no pueden atender cumplidamente esa función.

Planiol considera que en algunos casos puede haber pérdida total de la patria potestad y en otros pérdida parcial la patria potestad podía perderse tan sólo

(11) *Ibidem*, pág. 459.

respecto de alguno o algunos de los hijos y no de los otros conforme a decisión judicial.

También la patria potestad se puede acabar, cuando el que la ejerce muera y no haya otra persona en quien recaiga, también cuando el hijo cumpla la mayoría de edad y cuando el hijo se emancipe por el matrimonio.

Por lo que hace a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta ha sancionado con severidad, con justa razón, la falta de ministración de alimentos como motivo fundamental para condenar al culpable a la pérdida del ejercicio de la patria potestad.

La patria potestad se suspende, cuando se declare incapacidad judicial sobre quienes la ejercen, también cuando la ausencia sea declarada en forma o cuando por sentencia condenatoria imponga la pena de suspensión.

La patria potestad en el caso de ausencia, debe entenderse en suspenso, respecto del ascendiente que ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero, aunque haya dejado persona que lo represente; porque la patria potestad por la naturaleza y fundamento de la institución, es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante.

"El delito de abandono de personas, que en puridad técnica debe denominarse omisión de deberes de asistencia familiar, es un delito que tutela la vida e integridad corporal de los sujetos pasivos específicamente determinados en la figura, cuya consumación se actualiza con la puesta en peligro de estos bienes jurídicos, lo cual revela que en orden al resultado debe considerarse como delito de peligro en el que no obstante no puede existir daño material o moral que de base a la sanción reparadora. En efecto, la reparación del daño que forma parte de la sanción pecuniaria, no debe ser objeto de condena tratándose de delitos de peligro, ya que éstos, por su naturaleza especial, no causan daños sin que esto implique que el

acreedor alimentista no tenga expedita su acción civil para obtener el pago de las pensiones adeudadas, ya que a través de la figura delictiva se ha pretendido únicamente dar una más efectiva tutela para evitar los incumplimientos de deberes de asistencia que pongan en peligro completo la vida e integridad corporal del cónyuge e hijos menores, situación de desamparo total; pero es patente que esta tutela de naturaleza penal no elimina la posibilidad de ejercicio de las acciones civiles que, en su caso, podrá ejercitar el acreedor alimentista." (12)

Las obligaciones que trae consigo la Institución de la patria potestad, son deberes orgullosamente cumplidos por padres conscientes en su desempeño y no lo hacen por imposición sino por convicción, considero que para estos, todas las medidas que se puedan dar para el bienestar de los menores son pocas, ya que no se han de preocupar de las sanciones que se les aplique a los que incumplen con las disposiciones legales que antes de tener esta característica son humanas y naturales.

En los casos de extinción de la patria potestad, en que ésta desaparece de un modo absoluto y en los cuales debe ser sustituida por la tutela, existen casos en que se suspende o se pierde el ejercicio de la autoridad paterna. En estos supuestos, no se extingue la patria potestad; su ejercicio recae entonces en el otro progenitor y a falta o por imposibilidad legal de éste, en los ascendientes de ulteriores grados.

En el caso de que en uno o varios negocios judiciales o extrajudiciales, las personas que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de los hijos, el ejercicio de la patria potestad queda suspendido únicamente respecto de ese negocio o de actos o hechos que tengan relación con él: la representación del menor debe recaer en el otro progenitor, si no tiene interés opuesto al del hijo, o si lo tiene, en un tutor especial que nombrará el juez de lo familiar (artículo 440 del Código Civil)

(12) Ibarrola Antonio de. op. cit. pág 460 y 461.

Su pérdida se produce por las seis causas específicas que señala el artículo 444: cuando la persona que la ejerce es condenada dos o más veces por delitos graves; por conductas nocivas para los hijos e hijas, las cuales se definen como costumbres depravadas, malos tratos o abandono de sus deberes; por exposición de los hijos e hijas o por abandono de más de seis meses; por comisión de un delito doloso en contra del menor.

Finalmente se señala que la patria potestad termina por la muerte de la persona que la ejerce si ya no hay otra en quien recaiga; por la emancipación derivada del matrimonio o porque el hijo o hija hayan alcanzado la mayoría de edad (art. 443).

CAPITULO III

EI DIVORCIO

3.1 Concepto. 3.2 Clases de Divorcio. 3.3. Breve Análisis de las causales de Divorcio Necesario.

CAPITULO III

DIVORCIO

3.1 CONCEPTO.

El divorcio viene del latín *divortium*, de *divertere*, apartarse.

El divorcio en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 266 establece: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

La misma doctrina italiana presenta al divorcio como un estabilizador de las relaciones conyugales en el sentido de que nulidad y separación son institutos que, llevados a los extremos de su interpretación, crean seguridad en el vínculo.

"Al respecto pienso que también para la realidad mexicana el divorcio es un estabilizador, pero no precisamente de las relaciones conyugales, sino de las relaciones familiares, ya que en casos de conflicto tiene la virtud, como instrumento jurídico, de señalar bases de organización entre los divorciantes, y entre éstos y los hijos e hijas para cuando no sea posible la convivencia armónica y a la ruptura interna deba corresponder una ruptura externa." (1)

Esto es muy cierto, existen casos en que durante el matrimonio los cónyuges llegan a conductas extremas de violencia y después de divorciados y una vez establecidas las bases de organización a las que aduce el autor, se llega al equilibrio familiar y a una mejor convivencia.

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

(1) Pérez Duarte N. Alicia E., Derecho de Familia, 1ª Edición, Edit. McGraw-Hill Internacional, México 1997, pág. 25.

competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso. De acuerdo con el Código civil vigente el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, puede decirse que el divorcio es una institución universal, que ha sido reconocida, con efectos más o menos rigurosos, en todos los tiempos, como remedio para los matrimonios realmente frustrados.

Bien sabemos todos, que el núcleo de una sociedad estable en todos sus aspectos, (hablo de los aspectos económico, social moral y político) es indudablemente la familia, ésta es el cimiento verdadero de cualquier desarrollo, y tiene una finalidad, la integración y apreciación de los valores que debemos tener todos y cada una de las personas que la integran, pues bien su función siempre esta enfocada hacia lo positivo y saludable; pero lamentablemente no siempre se cumple este propósito, lejos de resguardarse valores como el respeto, el amor, la comprensión, la responsabilidad, el apoyo, se vuelve un foco de infección, de problemas, muchos de ellos irremediables, pues bien para este tipo de situaciones existe tal vez un recurso o mejor dicho una solución, "el divorcio".

Como dice Rafael de Pina "lo malo del divorcio no es, en realidad, el divorcio en sí, sino el abuso del divorcio. Nadie puede negar con fundamento que en las esferas sociales más elevadas y, sobre todo, en ciertos medios "artísticos", el divorcio se ha convertido en un procedimiento cómodo de satisfacer los apetitos sexuales más desenfrenados. El remedio de esta desmoralización no está, sin embargo, en la supresión del divorcio, sino en darle una regulación legal que, de acuerdo con los resultados de las experiencias obtenidas, evite los abusos, en lo humanamente posible, y no permita, en consecuencia, obtenerlo sino cuando realmente pueda constituir la solución única de una situación matrimonial en verdad francamente insostenible." (2)

(2) De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, 19ª Edición, Edit. Porrúa, México 1995, pág. 341.

Pienso que, en principio se necesita fomentar una cultura general de lo básico e imprescindible que es el núcleo de toda sociedad, "LA FAMILIA".

El divorcio es una decisión que no se debe tomar a la ligera, porque lejos de llegar a ser un remedio ante situaciones conyugales incompatibles, llegaría a tener efectos para la familia y para la sociedad verdaderamente perniciosos.

El divorcio se considera generalmente como una institución prácticamente necesaria, como un mal necesario. Cuando desaparece, reaparece oblicuamente en una forma más o menos disfrazada o atenuada bajo otro nombre: separación de cuerpos o nulidad de matrimonio.

El divorcio, es difícil de resolver por medios exclusivamente legislativos, sin que esto suponga que las leyes sobre esta institución no deban ser reformadas convenientemente para que, en lo posible, se impida la destrucción caprichosa del vínculo matrimonial, con ofensa de la moral y agravio de los derechos de los hijos (cuando los haya).

3.2 CLASES DE DIVORCIO.

En el derecho Romano ya encontramos la figura del divorcio, "el repudium", era causa para obtener el divorcio, este podía ser unilateral, si alguno de los cónyuges consideraba que ya no existía afecto en dicha unión, tenía el derecho de solicitar el divorcio, ya que en ese entonces no existía ningún impedimento para realizar dicho acto, sino contrariamente, se observaba como una solución rápida a determinadas situaciones, como por ejemplo expone Margadant S., cuando alguno de los cónyuges no podía procrear familia, entonces el divorcio era una salida rápida para dar entrada a una familia fértil, pero no era necesario percibir una causal grave que impidiera la realización de la unión marital, el simple rechazo que uno sintiera para con el otro, podía ser causa suficiente para la separación. Para esta clase de

divorcio únicamente se necesitaba contar con un requisito básico, la presencia de siete testigos.

También existía el divorcio por mutuo consentimiento, el cual no tenía mayor dificultad que ser consentido por ambos cónyuges.

Primeramente el divorcio era una figura de fácil consecución, no tenía mayor trámite que el de así deseárselo, pero conforme va pasando el tiempo a la época de Constantino, una de sus preocupaciones era la de la fácil disolución del matrimonio, por lo que se empiezan a establecer ciertas causas en base a las cuales únicamente se puede solicitar la disolución del vínculo, esto podría ser el antecedente directo del actual divorcio necesario, puesto que se empiezan a precisar ciertos actos que traen aparejado el divorcio, cabe señalar que como en la actualidad únicamente el cónyuge inocente era el único que podía solicitar dicha disolución, ya no era suficiente la voluntad de uno de los cónyuges, porque si no era la voluntad de ambos se tenía que acreditar por parte del cónyuge inocente alguna de las causas establecidas.

Posteriormente, en el gobierno de Justiniano ya nos encontramos con cuatro clases de divorcio:

- a) Divorcio voluntario;
- b) Divorcio necesario;
- e) Divorcio por voluntad de alguno de los cónyuges, el cual era castigado;
- d) Bona gratia, cuando ninguno de los cónyuges había incurrido en alguna de las causas establecidas para la disolución del vínculo matrimonial, y en cambio era imposible el fin básico de la unión marital, como en los casos de impotencia sexual.

En esta época, se empieza a castigar severamente el divorcio aún por mutuo consentimiento, siendo inapropiado para la época, teniéndose que derogar las nuevas restricciones.

En la Edad media, en la legislación caducaria, así como en los primeros siglos del cristianismo, nuevamente se trata de dificultar la disolución del vínculo matrimonial, declarándolo como indisoluble, en la edad media, imponiendo castigos en caso de ruptura u otorgando beneficios y premios para los contrajeran nupcias o procrearan familia, en la legislación caducaria y tomando una actitud favorable para la castidad y el celibato en el cristianismo.

Durante los tres siglos de la colonia en la Nueva España y las primeras décadas en el México independiente, fue el matrimonio un acto exclusivamente religioso, así reconocido expresamente por las autoridades civiles, las cuales solo intervenían para derivar de él los efectos de carácter patrimonial entre los consortes entre los padres y los hijos.

"Entre nosotros decía Calva y Segura, antes de la legislación de Reforma, el matrimonio se celebraba según las doctrinas de la iglesia, quien juzgaba por medio de sus tribunales todas las cuestiones relativas al contrato, con excepción de las reclamaciones por interés, como dote, arras administración, alimentos, etc., que estaban encomendadas a los jueces ordinarios. El contrato así celebrado surtía todos los efectos civiles por expresa determinación de las leyes." las cuales estaban ajustadas en todo a los cánones y constituciones eclesiásticas." (3)

Regresándonos aún más en la historia, un claro ejemplo del poderío que tenía la iglesia en el ámbito religioso, político y económico, es en la época de la inquisición, en donde se perseguían a los herejes porque se presumía la culpabilidad del

(3) E. Calva y Francisco de P. Segura, Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, México 1874, pág. 76.

acusado y se le torturaba para hacerlo confesar, las penas más usuales eran penitencias como oraciones, flagelaciones, peregrinaciones, multas y confiscación de bienes que se repartían entre el estado y la iglesia, en casos extremos el reo se entregaba a la justicia secular y sufría muerte en la hoguera.

Volviendo a la época, siendo Presidente de la República Benito Juárez, primero con las Leyes de Reforma en 1859, y más tarde en el Código Civil de 1870, se llevó a cabo la desacralización o secularización del matrimonio.

Apenas un mes después de dichas leyes, el 30 de agosto de 1859, los principales obispos del país dirigieron una pastoral al clero y a los fieles de toda la República, en la que declararon que "todos los legisladores civiles del mundo jamás podrían despojar a la iglesia de la más mínima de las facultades está contenida la de conocer y arreglar el matrimonio sacramento; que solamente éste y ningún otro es válido las leyes civiles". (4)

Ahora sabemos que del único matrimonio que emanan derechos y obligaciones legales, es el civil, aunque los católicos no dejan la costumbre o tradición de celebrar el matrimonio ante la iglesia, quien es la única que da el valor moral y la bendición a la unión eterna.

A su vez, el Código Civil de 1870 completó y desarrolló la nueva organización de la familia y del matrimonio con arreglo a esta base:

1.- Definió el matrimonio como "la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer, que se une con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida (art. 159) .

En México, los Códigos de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular,
.....

(4) Sánchez Medel Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, 2ª Edición, Edit. Porrúa, México 1991, pág. 14.

reglamentando en cambio sólo el divorcio por separación de cuerpos. Entre el Código de 1870 y el de 1884, sólo existe una diferencia de grado, es decir, el primero estatúa mayores requisitos, audiencias y plazos, para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos. El código de 1884 redujo los trámites considerablemente. En ambos Códigos se regulan como causas de separación de cuerpos, algunas de las que enumera el Código Civil vigente como causas de divorcio vincular.

Código Civil de 1870

El capítulo V de dicho ordenamiento regula lo relativo al divorcio. En este Código se parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y, como consecuencia lógica, no se admite el divorcio vincular. El artículo respectivo señaló seis causas de divorcio, cuatro de las cuales constituían delitos.

El artículo 239 del Código de 1870 disponía: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código."

Este ordenamiento, se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual se interpuso a la realización del divorcio.

Código Civil de 1884.

De su artículo 266, se desprende que el único divorcio que admitía, era el de separación de cuerpos, en el cual, como ya hemos dicho, subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose algunas de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

En este Código se puede observar a diferencia del anterior una reducción de trámites para la realización del divorcio, ya que en todo lo demás era un reflejo del Código anterior.

El Código de 1884, conservó la misma organización de la familia y sobre todo, la indisolubilidad ya para aquel entonces había sido elevada desde 1874 a rango constitucional, según lo hizo notar Mateos Alarcón en estos comentarios:

"Tanto es el respeto que merece ese vínculo como uno de los principales fundamentos sobre que reposa la sociedad, que no sólo se ha declarado su indisolubilidad por los artículos del Código Civil, sino que ésta se ha elevado a la categoría de precepto constitucional." (5)

En efecto: la fracción IX del artículo 23 de las adiciones a la Constitución Federal promulgadas en 14 de diciembre de 1874, declara expresamente que el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges, pero que las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que se determinarán por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona.

Según los preceptos citados, el divorcio no es más que la suspensión temporal o indefinida de algunas de las obligaciones civiles que nacen del matrimonio, dejando obligaciones otras, así como el vínculo creado por éste, es decir, el divorcio produce la separación de los cónyuges, que les exime del deber de llevar vida en común.

Consecuencia de este justo respeto al vínculo del matrimonio, era que la ley no permitiese el divorcio en el sentido que hemos indicado, sino por causas muy graves que hicieran imposible la vida en común entre los consortes.

(5) *Ibidem*. Pág. 16.

Ley Sobre Relaciones Familiares. (1917)

En esta ley se da un cambio radical, en cuanto a la institución del divorcio, en razón de que, además de observarse la separación de cuerpos, también se estatuye la disolución del vínculo matrimonial, concediéndose a los cónyuges la capacidad de celebrar nuevas nupcias.

El artículo 75 de dicha ley, establecía: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro"

En la actualidad debemos señalar que existen dos clases de sistemas de divorcio, en el primero trae como consecuencia principal la separación de cuerpos, y en el segundo trae como consecuencia principal la disolución del vínculo matrimonial, (divorcio vincular).

En el primer caso, todas las obligaciones y derechos que caracterizan al matrimonio subsisten excepto la cohabitación de los cónyuges, un claro ejemplo podría ser, cuando por precaución de contagio, un cónyuge decide separarse del otro, sin disolver el vínculo matrimonial.

"Realmente la llamada separación de cuerpos no es un verdadero divorcio, pues mediante ellas se crea simplemente una situación que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial, no lo destruye, lo que todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten, con exclusión de la relativa a la vida en común." (6)

En muchos de los casos se adopta el divorcio vincular, porque entre los cónyuges ya no existe armonía, entendimiento, paciencia, comprensión, respecto, etc., pero cuando la pareja se inclina por la separación de cuerpos, es porque existe alguna

(6) De Pina Rafael, op. cit., pág. 340.

razón (tal vez de salud) que impide la vida en común, pero esto no quiere decir que se hayan perdido las buenas conductas, propias de una familia saludable.

El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá, sin embargo solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

En el segundo caso trae como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial, otorgando a los cónyuges la capacidad de contraer nuevas nupcias, encontrándose dentro de esta clase con el divorcio necesario, administrativo y judicial (voluntario)

Ahora bien, dentro de las causales de divorcio necesario encontramos dos grupos las que implican una sanción para el "culpable" y las que son necesarias o un remedio. La distinción entre unas y otras es muy sutil y más teórica que práctica. Se dice que son causales de sanción aquellas que presentan la disolución del vínculo matrimonial como un castigo para el o la cónyuge que, en cualquier forma es el responsable de la disolución por haber violado los deberes que le impone el matrimonio. Son causales necesarias o remedio aquellas que, sin existir un responsable directo de la ruptura, permiten proceder al divorcio por razones de salud, pues se presentan como una alternativa de protección a la salud tanto del o la cónyuge sano como de los hijos e hijas. Se imponen por razón de considerarlas inadecuadas a la vida en común y para los fines del matrimonio.

El divorcio administrativo, podría catalogarse también como un divorcio voluntario, pero simple, esto quiere decir, que para que se pueda llevar a cabo esta clase de disolución, no debe haber hijos dentro del matrimonio, ni bienes patrimoniales, o si los existe, y si están casados bajo el régimen de sociedad conyugal, haber disuelto ésta de manera voluntaria.

Por lo que cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casarón, se presentarán personalmente ante el Juez de 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.

La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil vigente, facilita la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que llevándose ciertas formalidades que menciona el artículo 272, que transcribiremos después, los consortes pueden acudir ante el Oficial del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio. La exposición de motivos del proyectado Código en cuestión, en su parte relativa, indica que si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución; lo es también, el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario será en interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruente con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial.

El divorcio voluntario, de tipo judicial, se encuentra regulado principalmente por los artículos del 273 al 276 del Código Civil para el D.F. en el cual debe existir necesariamente un acuerdo de voluntades entre los cónyuges, estipulando la designación de los hijos, la manutención de éstos estableciendo la distribución de los gastos que a título de alimentos les corresponderán a cada uno de los cónyuges.

En este tipo de divorcio, si los consortes son menores de edad, si existen hijos en el matrimonio o bien si el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, sin haberse liquidado, se deberá tramitar el divorcio voluntario ante el juez competente. Es decir, si los consortes que pretendan divorciarse por mutuo

consentimiento no llenan los requisitos señalados para el divorcio de tipo administrativo, deberán acudir ante el juez competente.

Los cónyuges que tengan hijos, o bien que sean menores de edad que tengan bienes comunes) están obligados a presentar al juzgado un convenio en el que se fijen los siguientes puntos: I.- Designación de persona a quien sean confinados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio. II El modo de subvenir a las necesidades de los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio. III.- La casa que servirá de habitación a la mujer 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 este efecto se acompañará un inventario y un avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Generalmente es en relación con el primer punto del artículo 273, como los cónyuges no llegan a un acuerdo estrictamente legal para definir la situación de los hijos, es difícil que los cónyuges se lleguen a poner de acuerdo respecto de la situación de los hijos porque generalmente pretende alguno de ellos excluir al otro de la patria potestad. Es decir, concede el divorcio siempre y cuando se le entregue la custodia de sus hijos menores, y además, que el otro cónyuge renuncie de hecho a la patria potestad. Ahora bien, como la patria potestad no es renunciabile, se trata de buscar una manera de burlar a la ley, redactando el convenio de divorcio de tal manera que sin emplear la expresión categórica de que un cónyuge renuncia a la patria potestad sobre sus hijos, de hecho hace esa renuncia, porque se obliga a no visitarlos, a no intervenir en su educación, en su representación jurídica. En una palabra: a no volver a tener trato alguno con sus hijos menores. Pues bien, esta forma como generalmente se redacta la cláusula, cuando hay esa condición

indebida, impuesta por un cónyuge al otro, a fin de que el divorcio se tramite de común acuerdo, no debe ser aprobada por el juez. Por desgracia, nuestros jueces se dejan guiar por la letra de estas cláusulas en donde con todo cuidado no se emplea el término renuncia de la patria potestad, sin darse cuenta de que de hecho hay una verdadera renuncia, si en algún sentido se impide el ejercicio de la patria potestad que no puede perderse jamás en el divorcio voluntario.

Los demás puntos que comprende el artículo 273 del Código Civil, se refieren respectivamente al modo de subvenir las necesidades de los hijos, tanto durante el juicio de divorcio, como después de ejecutoriada la sentencia que se dicte en el mismo; el modo de subvenir las necesidades del cónyuge acreedor que generalmente es la mujer, pero puede serlo el hombre, cuando esté incapacitado para trabajar y carezca de bienes propios; la casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento y la manera de administrar, primero, la sociedad conyugal y después proceder a su liquidación, nombrando al efecto liquidadores en el convenio de divorcio.

Los puntos relativos a los alimentos de los hijos y del cónyuge acreedor. Por lo que toca a los hijos, el convenio no sólo debe señalar los alimentos necesarios según las posibilidades de los padres en función de sus bienes, de sus recursos, de sus ingresos y de la condición social de los hijos para satisfacer estas necesidades, sino que además, debe asegurarse debidamente el cumplimiento de la pensión alimenticia mediante la garantía o la forma que el juez considere suficiente. En la fracción II del artículo 273, simplemente se dice que el convenio deberá precisar el modo de subvenir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio; pero no se determina la garantía que deba otorgarse. Esto lo precisa el artículo 275 en su parte final, al indicarnos: "Mientras que se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes habrá la obligación de dar alimentos".

Pasando al divorcio vincular necesario se decreta por las causas señaladas en las fracciones I a XX del artículo 267 del Código Civil vigente, que podemos clasificar, en los siguientes grupos: a).- Por delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge en contra de terceras personas; b) Hechos inmorales; c) Incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio; d) Actos contrarios al estado matrimonial, e) Enfermedades o vicios enumerados específicamente y f) Por violencia cometida entre los cónyuges o hacia los hijos.

Estas causas graves dan origen al divorcio vincular necesario, aun en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente.

Ahora bien, dentro del divorcio vincular necesario, podemos mencionar el divorcio sanción y el divorcio remedio. El primero se motiva por las causas antes clasificadas, exceptuándose las enfermedades que en seguida se indican.

El segundo se admite como medida de protección para el cónyuge sano y los hijos, cuando el otro consorte padece una enfermedad crónica e incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria.

La fracción XVII del artículo 267 del Código Civil vigente señala también como causa de divorcio, el mutuo consentimiento, dando lugar al divorcio voluntario.

Como quiera que sea, cualquier tipo de divorcio viene siendo un remedio, la diferencia estriba ante que situaciones se produce.

En el Código Civil vigente, se reprodujo las mismas causas de la Ley de Relaciones Familiares, suprimiendo también, la infracción de las capitulaciones matrimoniales, pero se introducen nuevas: desde luego se comprenden los vicios, no sólo la embriaguez consuetudinaria sino el uso inmoderado de las drogas enervantes, y el juego.

3.1 BREVE ANALISIS DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO NECESARIO.

Partiremos de la clasificación antes señalada, así que es necesario distinguir: delitos de un cónyuge contra el otro, delitos de un cónyuge contra los hijos y delitos contra terceros.

Los delitos de un cónyuge contra el otro, que comprenden las fracciones: I, III, IV, XI, XIII, XVI y XIX; delitos de un cónyuge contra los hijos, enumerados en la fracción V y XIX y delitos contra terceras personas, previstos en la fracción XIV.

Se presenta el problema de determinar si estos delitos para llegar a ser causa de divorcio, deben ser declarados así en una sentencia pronunciada por un juez penal, y sólo hasta que se cumpla este requisito, se pudiera proceder al divorcio, fundándose precisamente en esa causa, lo que a su vez, entraña otro problema: la substanciación del proceso penal trae consigo generalmente pase el término de seis meses que da la ley, para hacer valer la causa de divorcio. Evidentemente que no puede correr el término de seis meses, sino hasta que esté tipificada ya la causa de divorcio, en virtud de que el artículo respectivo estima que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia, los hechos en que se funda la demanda. Ahora bien, el conocimiento de estos hechos, mientras que no estén clasificados como delitos, no basta, cuando sea necesario que una sentencia penal lo declare así.

La primera causa que implica un delito de un cónyuge contra el otro, es el adulterio debidamente probado. Evidentemente que en este caso no se requiere que exista sentencia en el orden penal para tipificar el delito de adulterio. El juez civil puede apreciar libremente las pruebas que se le presenten para acreditar el adulterio que se imputa al demandado, y esto por la razón fundamental de que el adulterio es un delito que sólo se persigue a instancia o querrela del cónyuge ofendido, que puede

simplemente ejercitar la acción de divorcio, sin presentar querrela para que se sancione penalmente ese acto.

Como la jurisdicción civil es autónoma, y en el juicio de divorcio se pueden rendir pruebas distintas de aquellas que se presentaron en la causa penal, podrá el juez del divorcio considerar probado el adulterio por los efectos de disolver el matrimonio, justamente porque está operando sobre distintas pruebas de aquellas que haya tomado en cuenta el juez penal.

Adulterio del esposo y de la esposa.- Respecto del adulterio hay una innovación muy importante en el Código Civil vigente, frente todos los ordenamientos anteriores, exceptuando la Ley de 1914, que menciona causas específicas; pero en el Código de 1870 y en el de 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, se hacía una distinción entre el adulterio del hombre y el de la mujer. El adulterio de la mujer siempre fue causa de divorcio en esos ordenamientos, como en el Código vigente lo es. En cambio, el adulterio del hombre no fue siempre causa de divorcio; se requería bajo esos Códigos de 1870 y 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, que además hubiese escándalo por virtud del adulterio bien cuando el marido ofendía a su mujer, o cuando la adúltera ofendía de palabra o de obra a la esposa, o cuando el adulterio se realizaba en la casa conyugal, o era como consecuencia de un concubinato, de una relación sexual continua con otra mujer. El Código Civil vigente lleva a cabo la equiparación en el adulterio del hombre y el de la mujer. Por eso dice el precepto que será causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, sin exigir ningún otro requisito. Además, el artículo 269, complementando al 267 agrega que cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio, sin necesidad, por lo tanto, de que haya una sentencia en el orden penal.

La causa de divorcio que se hace consistir en el hecho de que el marido prostituyese a su mujer, bien cuando lo lleve a cabo directamente, o cuando acepte dinero o

alguna otra recompensa para que su mujer tenga relaciones carnales con otro hombre, no requiere que previamente se declare al marido penalmente responsable del delito de lenocinio, pues dada la amplitud con que está expresada esta causa por la frac. III del artículo 267 del Código Civil, puede ir más allá del mismo delito de lenocinio que castiga el Código Penal, cuando alguien obtenga de otro un lucro a través del comercio carnal haciendo una explotación de su cuerpo en forma constante o accidental. Una comparación entre el artículo 267 frac. III del Código Civil y el artículo 207 del Código Penal vigente en el Distrito y, Territorios, para el lenocinio, nos permitirá precisar la independencia que existe entre lo que constituye una causa de divorcio ante este hecho ilícito, y los elementos que integran, desde el punto de vista estrictamente penales, el delito de lenocinio. Dice textualmente la frac. III del citado artículo 267 del Código Civil: "Es causa de divorcio la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer". A su vez, el artículo 207 del Código Penal dispone: "Comete el delito de lenocinio: I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de éste, obtenga de él un lucro cualquiera. II. Al que induzca o solicite una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución". La idea de ilicitud que existe en ambos preceptos coincide en su aspecto esencial, pero evidentemente, para que se pruebe la causa de divorcio no exigirá el juez civil que se acrediten todos los elementos que para el delito de lenocinio requiere el Código Penal, y cuyos elementos deben justificarse plenamente para probar la existencia del cuerpo del delito. En tanto que el Código Penal comprende este comercio carnal indebido por la explotación del cuerpo de otra persona, que podrá llevar a cabo un tercero, el Código Civil se refiere, como es evidente, sólo el marido frente a la esposa, pero no sólo cuando directamente la explote, sino también cuando le proponga prostituirla.

En la fracción IV del mismo artículo 267 se declara que es causa de divorcio la incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. Aquí nuevamente encontramos que esta incitación puede tipificar el delito previsto por el artículo 209 del Código Penal, que textualmente estatuye: "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutara. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido."

Como se ve, conforme al artículo 209 del Código Penal, se requiere que alguien provoque públicamente a otro para cometer un delito, o bien, que haga la apología de éste o de un vicio; en cambio, la fracción IV del artículo 267 del Código Civil, no requiere que esa provocación sea pública, basta con que un cónyuge incite al otro a cometer un delito, aun cuando no sea de incontinencia carnal, o bien, que lleve a cabo una violencia física o moral para que cometa el delito. Podrá haber tanto causa de divorcio como delito, cuando públicamente un cónyuge incite o provoque al otro para que cometa el delito, o lo que es más grave, cuando lleve a cabo violencia bien física, a través de fuerza, de tortura, de dolor, de privación de la libertad o moral, mediante amenazas, para que se cometa el delito. Penalmente no se necesita que el delito se realice; pero si se ejecutara, entonces habrá una coparticipación, serán responsables del (delito, respectivamente el que indujo, incitó o provocó para que se cometiera, y el que lo realizó.

La fracción V del mismo artículo 267 comprende como causas de divorcio tanto delitos como hechos inmorales, porque se refiere a 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. Podrá darse el caso específico de corrupción de menores de dieciocho años de edad; pero podrán los hijos ser mayores, y entonces ya no estaremos ante ese delito, pero sí indiscutiblemente, ante el acto inmoral del padre o de la madre que inducen o llegan a corromper al hijo o a la hija mayor de dieciocho

años. Además, por lo que toca al delito de corrupción de menores, que podrá realizar un tercero o cualquiera de los padres, se necesitan los requisitos que estatuye el artículo 201 del Código Penal que dice: "Se aplicará prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a mil pesos, al que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciocho años, o lo induzca a la mendicidad". O bien, que se incurra en los casos previstos por el artículo 202 al exigir: "que se empleen a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicio. Esta contravención se castigará con prisión de tres días a un año y multa de veinticinco a quinientos pesos, y además, con cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena, los padres o tutores que acepten que sus hijos o menores respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos".

La Sevicia, amenazas e injurias graves.- En la frac. XI del artículo 267 se comprende una de las causas de divorcio que con más frecuencia se invocan ante nuestros tribunales, la jurisprudencia ha hecho aplicación amplísima de estas causas que consisten en la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro. Nuevamente, como en los casos anteriores, pueden llegar a tipificar o el delito de amenazas, de injurias, o bien, constituir sólo desde el punto de vista civil una causa de divorcio independientemente de que se establezca por sentencia la existencia o comisión de esos delitos.

Para la sevicia discuten los autores y la jurisprudencia si se requiere un mal trato continuo, aun cuando no sea grave, pero que por su permanencia, continuidad o repetición, llega a hacer imposible la vida conyugal: o si puede haber sevicia a pesar de que el mal trato no sea continuo, si es grave, y el cual puede ser de palabra o de obra. Propiamente debemos entender la sevicia en función de su finalidad: que haga imposible la vida conyugal; que los malos tratos de palabra o de obra que la constituyen, den como resultado que se rompa definitivamente la armonía entre los cónyuges.

El mismo criterio se sigue para la injuria que debe ser grave, según el artículo 267 fracc. XI, pero esta gravedad debe ser apreciada por el juez y no por el actor en el juicio de divorcio a efecto de resolver si hace imposible la vida conyugal.

Según jurisprudencia constante establecida en México, nuestra Suprema Corte ha considerado que la gravedad se tendrá que entender por el juez, en función de hacer imposible la vida conyugal.

Es importante distinguir este aspecto, porque generalmente el actor en el juicio califica la injuria de grave al presentar la demanda, pero no dice en qué consiste. Afirma simplemente que ha habido por parte del otro cónyuge graves injurias de palabra o de obra. Esto es arrebatarle al juez la función de juzgar la gravedad, e incluso de juzgar el mismo hecho de si es injuria o no, porque en esta forma quedaría a la calificación que hiciera el cónyuge que se estima injuriado, de que un hecho en primer lugar es injuria y, en segundo, que trae como consecuencia que la vida conyugal sea imposible.

En los divorcios verdaderamente simulados que se presentan en México, se confiesan estas injurias graves, y se cree que ante la confesión que va a hacer el demandado, el juez tendrá que decretar el divorcio, porque el demandado confiesa la injuria grave. Tal proceder es infundado, porque entonces queda a la determinación de los cónyuges que hubo injuria, que fue grave y que por lo tanto hizo imposible la vida conyugal, privando al juez de su facultad de estimar la gravedad de la misma, y como es una función de evidente orden público, a pesar de que se confiese la demanda de divorcio, el juez podrá perfectamente establecer que no quedó debidamente probada la acción, porque desde que se presentó la demanda no se señalaron los elementos necesarios para poder calificar la injuria misma, y en tal virtud, la causa resultó insuficiente.

La fracción XIII del artículo 267 estatuye como causa de divorcio, la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor

de dos años de prisión. En el Código Civil de 1884 también se reconoció esta causa de divorcio, pero bastaba con que hubiese una acusación calumniosa de un cónyuge contra el otro, aun cuando fuera por un delito que tuviese cualquier pena. En cambio, el Código Civil vigente exige que la acusación sea grave, por imputar calumniosamente un cónyuge al otro, un delito que merezca una pena mayor de dos años de prisión.

En la fracción XIV del Art. 267 se establece también como causa de divorcio 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. Evidentemente que también en esta causa, hasta en tanto no haya sentencia ejecutoriada que imponga al cónyuge que cometiere el delito una pena mayor de dos años de prisión, no se podrá configurar la causa de divorcio que la ley otorga al otro cónyuge, pero siempre y cuando el delito no sea político y resulte infamante.

La fracción XVI señala también como causa de divorcio, cometer un cónyuge contra la persona o los bienes de otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión. Aquí el Código Civil se refiere al caso previsto por el Código Penal de 1871, en el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aun cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, si ese robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña, fuere sancionable con más de un año de prisión, si constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrando el propio legislador, cuando elaboró esta causal en 1928, fecha en que se promulgó Código Civil vigente, que el delito debería apreciarse por el juez civil, para los efectos exclusivamente del divorcio, por cuanto que no había conforme al Código Penal el delito de robo entre consortes. En los demás casos por ejemplo, lesiones entre cónyuges, si implicaban un delito para los efectos del Código Penal, y, por consiguiente, ya no estaba regulado por esa fracción XVI sino por la XIV. En la actualidad, ya el Código Penal vigente no exceptúa el caso que sí admitía el de 1871, o sea el de que no había robo entre consortes, y como conforme a este

Código, hay delito si el ofendido se querrela, ya no es aplicable la fracción XVI, que en rigor ha perdido toda posibilidad de ser aplicada, ya que tendremos que referirnos al delito que cometiera un cónyuge contra e otro, en los términos de la fracción XIV, para el caso de que este delito tenga una pena superior a dos años de prisión.

La fracción XIX del artículo 267, es nueva en nuestra legislación y establece las conductas violentas intrafamiliares, entendiéndose como violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323 ter del Código Civil señalando: "Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato."

Actualmente la sociedad en general, se ha preocupado por el crecimiento y desarrollo de las nuevas generaciones, evitando todo aquello que pudiera entorpecer su crecimiento saludable, contemplando como un delito cualquier tipo de violencia intrafamiliar.

La fracción II del artículo 267 comprende como causa de divorcio el hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese acto y que judicialmente sea declarado ilegítimo. Evidentemente no hay delito alguno en que la mujer oculte a su futuro marido que se encuentra embarazada respecto de un hijo de quien no es padre éste; pero sí hay un grave hecho inmoral, porque ello demuestra una deslealtad absoluta, tanto antes del matrimonio, como en el momento de celebrarlo, y esta deslealtad de la mujer, de no revelar a su futuro marido que se encuentra encinta, y que evidentemente implica además una injuria, es la que se sanciona como causa de divorcio. Se ha discutido en la doctrina si existe una injuria, por cuanto que va a resultar deshonra para el marido y a través de

ese silencio de la mujer le ofende gravemente, exponiéndolo hasta a la burla y desprecio de los demás. Laurent, por ejemplo, considera que no debe ser causa de divorcio, porque la injuria debe ser durante la vida matrimonial, y en este caso, la ley se refiere a un acto anterior al matrimonio. En cambio, la mayoría de los autores piensan que independientemente la conducta inmoral de la mujer, también existe una injuria que se causa al marido en el momento mismo de celebrar el matrimonio, porque sí es verdad que el hecho de concebir a un hijo no es una falta posterior al matrimonio, en el momento de celebrarse éste, sí se comete una injuria por omisión, al no informarle de su estado. En el derecho mexicano carece de importancia este problema de clasificación. No estamos en el derecho francés, o en el derecho belga, en donde hace la interpretación Laurent, pues como hemos explicado, al no existir causales específicas como la que estamos analizando, es necesario referirse siempre a una injuria grave que sí está prevista como causal general de divorcio. De ahí el empeño de los juristas franceses o belgas que tienen el mismo sistema, de encontrar una injuria en hechos que conforme a un sistema como el nuestro, son causas específicas de divorcio.

El mismo artículo 267 frac. III, puede comprender, según ya explicamos, el delito de lenocinio, cuando el marido explota el cuerpo de su mujer, o bien, el hecho inmoral que consista en la propuesta del marido para prostituir a su mujer y que ésta rechaza. Dice así esta fracción, que ya hemos estudiado: "La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer

En la fracción IV se comprenden también los actos ejecutados por el marido o por la mujer, para corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción. Estos actos pueden llegar a constituir el delito especial de corrupción de menores o bien, el hecho inmoral de corromper a un menor de edad, o a un mayor de veintiún años.

Además de estas causales que implican hechos inmorales, también encontramos los estados contrarios al estado matrimonial, que pueden implicar actos imputables a un cónyuge, o bien, no imputables, pero que rompen la vida matrimonial, de tal manera que al cesar esa vida en común por cierto tiempo, se permite el divorcio, no obstante que no haya una culpa o hecho imputable a uno de los cónyuges.

La fracción VIII comprende la separación de la casa conyugal por más de seis meses, sin causa justificada, es decir, un hecho imputable. Esta separación no significa necesariamente abandono de todas las obligaciones conyugales. El Código Civil, a diferencia de otras legislaciones, no nos dice abandono de un cónyuge por el otro, por más de seis meses, sin causa justificada, sino separación de la casa conyugal, sin tener causa. Es frecuente que el marido se separe de la casa conyugal sin causa justificada y siga cumpliendo su obligación alimentaria. No hay abandono de cónyuge en el sentido de cometer el delito específico de dejarlos sin medios para subsistir y, por lo tanto, no se tipificará la causal de divorcio que conforme a una determinada legislación, requiera el abandono del cónyuge.

Al efecto estatuyen los artículos 336 y 337 del Código Penal:

Art. 336.- "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 uno a seis meses de prisión o de 180 a 360 días de multa y privación de los derechos de familia y pago, como reparación de daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado."

Art. 337.- "El delito de abandono de cónyuge se perseguirá a petición de la parte agraviada. El delito de abandono de hijos se perseguirá de oficio y, cuando proceda, el Ministerio público promoverá la designación de un tutor especial que represente a las víctimas del delito, ante el Juez de la causa, quien tendrá facultades para designarlo. Tratándose del delito de abandono de hijos, se declarará extinguida la

acción penal, oyendo previamente la autoridad judicial al representante de los menores, cuando el procesado cubra los alimentos vencidos, y otorgue garantía suficiente a juicio del Juez para la subsistencia de los hijos."

La fracción VIII del artículo 267, simplemente requiere que se demuestre el hecho objetivo de la separación de la casa conyugal y que no se pruebe por el demandado a quien se señala como cónyuge culpable, que tuvo motivo justificado para separarse.

Es motivo justificado para separarse, el que el otro cónyuge hubiere dado causa de divorcio; pero entonces, en relación con la fracción IX, debe entablarse la demanda de divorcio dentro del año, a partir de la separación, porque de lo contrario, al pasar los seis primeros meses, quedó perdonada la causa de divorcio que se tuvo para separarse y comienza a correr el término de seis meses de separación injustificada. De ahí la posibilidad de que el cónyuge que dio causa para que el otro se separara, si éste se separa y no entable su demanda dentro del año, pueda el que motivó aquella causa, presentar a su vez demanda de divorcio. Dice la fracción IX: "La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para originar el divorcio, si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio".

Respecto de la separación injustificada de la casa conyugal, conviene insistir en su diferencia con el abandono de las obligaciones conyugales, y ello porque ha habido la tendencia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de confundir en ocasiones esta causal de divorcio que en nuestro derecho sólo se configura al separarse un cónyuge injustificadamente de la casa conyugal por más de seis meses, con el abandono del cónyuge, al grado de que llegó la Suprema Corte de justicia a considerar en algunas ejecutorias, que no se presentaba esta causa cuando se cumplían las otras obligaciones impuestas por el matrimonio, especialmente la de dar alimentos, lo que motivó que en realidad se autorizara en estas ejecutorias un estado contrario a la vida conyugal, desentendiéndose en

realidad de la finalidad del precepto, y también olvidando que tenemos una causa específica de divorcio, la comprendida en la fracción XII, consistente en la negativa de los cónyuges de darse alimentos, cuando haya una imposibilidad para poder embargar bienes del cónyuge deudor.

Evidentemente que la ley al referirse en la fracción VIII a la separación injustificada de la casa conyugal, toma en cuenta que se falta al cumplimiento de la obligación más importante en el matrimonio. La obligación que podríamos decir que es fundante, para derivar las otras, o sea la de hacer vida en común, la de vivir bajo el mismo techo, que permite realizar el estado matrimonial, es decir, este modo de vida que sólo puede llevarse a cabo y cumplirse cuando ambos consortes viven juntos. Se trata de la obligación fundante, por cuanto que si no hay vida en común, no se pueden cumplir los otros fines naturales del matrimonio para constituir la familia, para que si hay hijos, pueda ejercerse convenientemente la patria potestad por ambos padres. Para que exista la ayuda mutua, no sólo en lo que se refiere a alimentos, sino también la ayuda de carácter moral, espiritual, que la ley supone entre los consortes. A su vez, la obligación de fidelidad y el débito carnal, cuando las condiciones fisiológicas de los consortes lo permiten, necesariamente se basan en la vida en común. De otra manera serían verdaderas situaciones anormales. Por esto no es verdad que deje de existir la causa de divorcio a que se refiere la citada fracción VIII, por el solo hecho de que se llegase a observar fidelidad, y ambos cónyuges, por consiguiente, no cometieron adulterio, pero viviesen separados.

En la fracción X se dispone que es causa de divorcio la declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita que se haga la declaración de ausencia. Lo que viene a demostrar que aún en los casos en que la ausencia no sea imputable al cónyuge ausente, da causa de divorcio al otro cónyuge, precisamente porque ya no se realizan los fines naturales del matrimonio, por haberse roto la vida en común, y porque para la ley no puede existir un matrimonio en esa situación anómala. Se distingue entre la declaración de ausencia y la presunción de muerte del ausente. Como sólo en

ciertos casos, cuando la ausencia se debe a circunstancias especiales, como la inundación, el naufragio, el incendio, no se requiere que se lleve a cabo la declaratoria de ausencia, sino que por el solo transcurso de dos años se puede ya declarar la presunción de muerte del ausente, habrá causa de divorcio, aún sin necesidad de que se haya declarado la ausencia. En cambio, cuando la ausencia no se deba a esas causas, tiene primero que hacerse la declaración de ausencia, y después vendrá la correspondiente de presunción de muerte. Bastará con que se llegue a declarar la ausencia, para que conforme a la fracción X exista ya la causa de divorcio.

En la fracción XII se estatuye que es causa de divorcio la negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164. Pero aquí tenemos que distinguir la causa por la cual exista esa imposibilidad, pues la ley no se refiere a que un cónyuge carezca de bienes y, por lo tanto, el otro esté imposibilitado de embargarlos, porque entonces, si un cónyuge careciere de bienes, no tendría la obligación de dar alimentos al otro. Siempre la obligación de dar alimentos supone la posibilidad económica del cónyuge deudor y la necesidad del cónyuge acreedor; debiendo los alimentos estar proporcionados justamente a esa posibilidad económica del que deba darlos y a la necesidad del que deba recibirlos. En el artículo 311 se dispone: "Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos". A su vez, el artículo 320 dice: "Cesa la obligación de dar alimentos: 1.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla".

Ahora bien, la causal del divorcio, para que pueda justificarse, deberá intentarse en condiciones tales que se demuestre que no ha sido posible asegurar los ingresos o percepciones del cónyuge deudor.

Independientemente de esta causa de divorcio, se puede cometer el delito de abandono de cónyuge, y en su caso abandono de hijos menores, por dejarlos en circunstancias tales que peligran su existencia, careciendo absolutamente de

alimentos para vivir. Esta causa de divorcio viene a demostrar que es totalmente independiente de la separación injustificada de la casa conyugal, y que por lo tanto, no estuvo dentro de las finalidades de la fracción VIII de artículo 267, el de requerir, además de la separación de la casa, que exista el incumplimiento de la obligación de alimentos. Se trata de obligaciones conyugales diferentes, cuyo incumplimiento en las condiciones ya explicadas, tipificarán causas de divorcio también autónomas.

Por otra parte, es indispensable establecer que, ésta fracción, viene a tratar dos aspectos distintos, por una parte el incumplimiento entre los cónyuges, y por otra, el incumplimiento de los cónyuges para con sus hijos, esto quiere decir, que siendo una causal de divorcio necesario, involucra de una manera directa, la irresponsabilidad que pudiera darse hacia los menores.

Tal vez, a este respecto debería proponerse una reforma, con el propósito de separar, el incumplimiento que pudiera darse entre los cónyuges, y el incumplimiento que pudiera darse para con los hijos, porque no quiere decir, que si se da el primero de los supuestos, tenga que darse el segundo y viceversa.

Otro grupo de causas que originan el divorcio, se refieren a las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias. También se comprende la impotencia incurable para la cópula que sobrevenga después del matrimonio, y la locura incurable, para cuyo efecto se requerirá que transcurra el término de dos años, a fin de que se confirme el diagnóstico respecto de la misma.

Dicen sobre este grupo de enfermedades las fracciones VI y VII: "Son causas de divorcio: Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica e incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio". "Padecer enajenación mental incurable". Y el 261 agrega: "Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad".

Para el estudio de estas causas de divorcio, conviene hacer las distinciones siguientes: evidentemente se desprende del texto de la fracción VI, que la idea fundamental es que la enfermedad sea crónica e incurable, contagiosa o hereditaria. Es decir, debe reunir tres requisitos: enfermedad crónica, incurable, contagiosa o hereditaria.

Para la impotencia incurable, se requiere por el artículo 267, fracción VI, que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. En cambio, la impotencia incurable que exista antes del matrimonio es un impedimento que origina la nulidad relativa del mismo; que debe pedirse dentro del término de sesenta días de celebrado el matrimonio, y que si no se ejercita, ya no podrá después ni invocarse como nulidad, ni tampoco como causa de divorcio, dando por resultado que por no hacerse valer esa impotencia incurable para la cópula y anterior al matrimonio dentro del término de sesenta días, se convalide éste y, además, no sea causa de divorcio. La fracción VIII del artículo 156 nos dice: "Son impedimentos para celebrar el matrimonio, la embriaguez habitual, la morfinomanía, la heteromanía, y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes, la impotencia incurable, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas hereditarias."

La ley no distingue si la impotencia debe ser motivada por la edad o por alguna otra causa. Nuevamente, dentro de una interpretación literal, llegaríamos al absurdo de que la impotencia que sobrevenga por razón de la edad, permitiría a la mujer solicitar el divorcio, cuando evidentemente, después de muchos años de casada y de que ha tenido hijos, por ningún motivo ese matrimonio debería disolverse. Por esto la impotencia incurable para la cópula que sobrevenga después del matrimonio, debe entenderse como una enfermedad que impida la relación sexual, no por virtud de haber llegado a una cierta edad. Más aún, la ley no señala límite de edad para celebrar el matrimonio, siendo perfectamente válido el matrimonio entre ancianos. Parte de una edad mínima: el haber llegado a la edad de la pubertad (catorce años

en la mujer y dieciséis en el hombre); pero no fija una edad máxima, lo que está demostrado también que no puede ser la impotencia por razón de la edad una causa de divorcio, por cuanto que no es tampoco un impedimento para celebrar el matrimonio. Sería contradictoria la ley, si por una parte permite el matrimonio entre ancianos, no obstante la impotencia del marido, siendo, por consiguiente, al permitirlo, perfectamente válido y, por otra, estatuyera que cuando durante un matrimonio, por razón de la edad, llegara un momento en que el marido fuera impotente, la esposa pudiese exigir el divorcio.

Además, hay una impropiedad en la ley al hablar de ambos cónyuges, pues no es posible hablar de impotencia respecto de la mujer. En verdad, esta causal de divorcio se debe referir exclusivamente al marido. Es discutible si casos de deformación o anormalidad sexual, deban en realidad considerarse, por lo que se refiere a la mujer, como casos de impotencia. En la ejecutoria que pronunció la Tercera Sala de la Suprema Corte de justicia, el 8 de junio de 1961, en el amparo D. 4663/59/li, se sostuvo que también existe impotencia incurable para la cópula en la mujer, cuando haya obstáculos bulbares o vaginales. En lo que se refiere al hombre, podrá motivarse la impotencia por esas causas, y entonces, sólo se presentarán como impedimentos para celebrar el matrimonio, no como causas de divorcio, porque si hubiese esa deformación o anormalidad sexual, existiría antes del matrimonio y no sobrevendría durante la vida matrimonial.

Para las causas que implican delito, hecho inmoral o incumplimiento de obligaciones conyugales, el término de caducidad de seis meses se concede para que se haga valer la acción de divorcio. La ley presume perdonada la falta, por grave que sea, si no se entabla la demanda dentro del término de seis meses, y se extingue la acción de divorcio por el perdón bien expreso, bien tácito. Tratándose de enfermedades, no podemos considerar que hay un hecho imputable, que hay una culpa susceptible de perdón. Ni podemos interpretar tampoco que por el transcurso de seis meses se pudiera extinguir la acción de divorcio en función del perdón. Es decir, desde un punto de vista racional, el término de caducidad no debe operar. En el Código

anterior se requería, además, que la enfermedad fuese desconocida por el cónyuge sano; el Código vigente no exige este requisito, y es que aquél partía de una idea falsa de esta causal. Explica por ejemplo Ricardo Couto, en su obra Derecho Civil Mexicano, en relación con el Código anterior, que la razón de ser de esta causal consistía en la ofensa que recibía el cónyuge sano, generalmente por ocultársela la enfermedad, lo que además del peligro, si era contagiosa, o si era hereditaria, la posibilidad de transmitirla a los hijos, implicaba una abierta deslealtad en el cónyuge enfermo para engañar al sano, y que por esto, cuando éste conocía la enfermedad y celebraba el matrimonio, no podía ya después considerarse engañado, para poder exigir la separación de cuerpos.

El Código vigente parte de una noción completamente distinta. No es en virtud de la ofensa, de la deslealtad, del engaño, lo que funda la causal del divorcio, ni tampoco puede admitirse que el cónyuge sano acepte celebrar matrimonio con un enfermo, bien con padecimiento contagioso para correr el riesgo de contraerlo, o bien para transmitirlo a sus hijos, si fuese hereditario que conózcase o no, hay una razón de evidente interés público para proteger la especie y evitar el contagio; razón de salubridad pública indiscutible, sobretodo para impedir la transmisión hereditaria. De manera que es totalmente inoperante, inocua la voluntad del cónyuge sano para celebrar matrimonio con el enfermo, sin que pueda convalidar el matrimonio, pudiendo hacer valer la nulidad dentro del término de sesenta días. O si no se hizo valer, justamente por esas razones de evidente orden público, de protección de la salud, se mantiene viva la acción, a diferencia de la impotencia, para que en todo tiempo, mientras subsista la enfermedad, se pueda ejercitar la acción de divorcio.

El Código de 1884, si debería ocultarse la enfermedad para que fuera causa de divorcio. En realidad, el Código de 1894 simplemente requería que el cónyuge sano desconociera la enfermedad. Luego, a contrario sensu, si la conocía, ya no podía pedir su divorcio; pero nada decía el Código anterior respecto a que el cónyuge enfermo conociera, o bien, ocultara la enfermedad. Según Verdugo, era necesario que el cónyuge enfermo conociera su enfermedad y procediera con engaño, con

deslealtad y en función de ello se establecía el divorcio. En realidad, no creemos que esta interpretación pudiera derivarse del Código anterior.

Además de este tipo de enfermedades que constituyen el divorcio que hemos llamado remedio, en oposición al divorcio sanción (cuando existan delitos, hechos inmorales, actos contrarios al estado matrimonial, o incumplimiento de obligaciones conyugales), tenemos otro grupo de causas que no deben considerarse como formas del divorcio remedio. Nos referimos a los vicios del juego, de la embriaguez, o al uso excesivo de drogas enervantes. No se está en la misma hipótesis de las enfermedades, ya aquí estamos en una categoría de causas de divorcio por vicios, que implican indiscutiblemente hechos ilícitos, hechos imputables, en donde hay culpabilidad, y que separamos de los delitos o de los hechos inmorales, por la fisonomía especial que presentan, pero que de ninguna manera podemos equiparar con las enfermedades en donde sólo existe el divorcio como un remedio, y tan es así que el Código Civil vigente permite que en el caso de enfermedades, el cónyuge sano pueda tener la acción de divorcio vincular, o la acción de separación de cuerpos, único caso en que según el artículo 277, se mantiene aquella institución regulada en los códigos anteriores y que sólo traía como consecuencia la separación de los consortes en cuanto a la vida en común bajo el mismo techo. Dice sobre el particular este artículo 277: El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, es decir, enfermedades, incluyendo además impotencia y locura incurables, podrá sin embargo solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge; y el juez con el conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio. Bajo la expresión de que el cónyuge sano podrá pedir que se suspenda la cohabitación, entendemos el divorcio por separación de cuerpos, dado que el juez acordará que ya los consortes no vivan bajo el mismo techo, justamente porque se trata de una enfermedad, contagiosa en perjuicio del cónyuge sano o de los hijos, o hereditaria, para evitar la procreación. No existirá el mismo motivo en el caso de la locura o de

la impotencia incurables, pero aquí la ley comprende como situación análoga estas dos enfermedades, equiparándolas con las contagiosas o las hereditarias.

Hemos terminado el estudio de los grandes grupos que hicimos para la clasificación de las causas de divorcio, distinguiendo delitos, hechos inmorales, actos contrarios al estado matrimonial, incumplimiento de obligaciones conyugales, enfermedades y vicios, y esto nos permite relacionar la clasificación de esos distintos grupos de causas de divorcio, con la división a la que ya nos hemos referido de divorcio sanción y divorcio remedio, para considerar que sólo existirá el divorcio remedio ante las enfermedades, incluyendo aquí, la impotencia y la locura; en cambio existirá el divorcio sanción para las demás causas de divorcio que impliquen delitos, hechos inmorales, vicios, estados contrarios al matrimonio e incumplimiento de obligaciones conyugales. La importancia de esta distinción la pondremos de relieve al distinguir entre causas susceptibles de perdón, expreso o tácito, y causas respecto de las cuales no puede hablarse de perdón, como son evidentemente las enfermedades, y por lo tanto subsistirá la acción de divorcio a pesar de que el cónyuge sano manifestase su voluntad de continuar viviendo con el enfermo, y después se retractase de esa voluntad, planteando su demanda de divorcio. Evidentemente sería inoperante la declaración de voluntad que hubiera hecho antes, en el sentido de consentir la enfermedad y hasta de renunciar a la acción de divorcio, por cuanto que esta causal por enfermedades, es irrenunciable dado el fundamento de orden público que toma en cuenta el Código vigente, a diferencia del Código anterior.

CAPITULO IV

SITUACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO CODIGO CIVIL

4.1 La patria potestad en el Divorcio Necesario. 4.2 Sentencia en el Divorcio Necesario. 4.3 Pérdida de la Patria Potestad como consecuencia inherente a la causal XII de Divorcio Necesario en el Código Civil en el Distrito Federal.

CAPITULO IV

SITUACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL.

4.1 LA PATRIA POTESTAD EN EL DIVORCIO NECESARIO.

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, antes de las reformas de diciembre de 1983, de una manera específica, enmarcaba la situación de la patria potestad, en cada una de las causales del divorcio necesario, encontrando tres normas fundamentales al respecto.

La primera de ellas, establecía de una manera definitiva la pérdida de la patria potestad, sin posibilidad alguna de recobrarla, al respecto es conveniente precisar lo establecido en la fracción I del artículo 283:

Artículo 283: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes: I. Cuando la causa de divorcio estuviera comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará un tutor." Como se observa, no se da la posibilidad de que el cónyuge culpable recobre la potestad ante la muerte del inocente

Para dichas causas de divorcio, el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria potestad, aun cuando muera el inocente. En tal caso, como no puede recobrar esa patria potestad, pasará a los abuelos, primero paternos y luego maternos y a falta de ellos, entonces el hijo quedará bajo tutela.

Enfocándonos a la segunda norma, contempla la posibilidad de que el cónyuge culpable pueda recobrar la patria potestad a la muerte del cónyuge inocente,

visualizando tal situación en la fracción II del precepto legal en tratamiento, disponiendo textualmente lo siguiente:

"II: Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del art. 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recobrará la patria potestad. Si los dos cónyuges fuesen culpables, se suspenderá el ejercicio de la patria potestad, hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quien la ejerza, se designará tutor".

Por último, la fracción III del artículo 283, nos dice: "En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y los bienes de los hijos". Estas fracciones VI y VII se refieren respectivamente a padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria; a la impotencia incurable que sobrevenga después de efectuado el matrimonio, y enajenación mental incurable.

Al respecto menciona Rojina: "Tomando en cuenta este criterio que se desprende del artículo 283, deberían ser causas de divorcio muy graves, ciertos delitos o ciertos hechos inmorales, los que se sancionasen con la pérdida definitiva de la patria potestad, y ante las otras causas de divorcio que no presentasen tal gravedad, el cónyuge culpable sólo debería perder la patria potestad, mientras viviese el inocente. Sin embargo, sin un criterio explicable, sin que haya una verdadera razón, sino por el contrario, una arbitrariedad manifiesta, el artículo 283 señala casos en los cuales un cónyuge pierde la patria potestad, haciendo intervenir tanto causas muy graves, o que no presentan esa gravedad, y a su vez, toma en cuenta diversidad de causas unas graves y otras de menor gravedad, para que durante la vida del cónyuge inocente se prive al culpable de esa patria potestad." (1)

(1) Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, 1ª Edición, Edit. Porrúa, México 1962, pág. 413.

Tal vez nuestros legisladores, mostraron cierta arbitrariedad en las disposiciones antes descritas, pero como veremos más adelante, después de las reformas de 1983, quedó tal situación contemplada de una manera genérica, y poco estricta.

La exposición de motivos a dichas reformas, en su parte respectiva, expone lo siguiente:

“Patria potestad y custodia de los hijos

Las vigentes normas del Código Civil sobre la pérdida de la patria potestad y la custodia de los hijos no son congruentes con las razones que verdaderamente deben determinar el retiro de dicha potestad, ni con aquellas otras que la experiencia aconseja acerca de la guarda y los cuidados de los menores de edad.

En efecto, el actual artículo 283 sanciona con pérdida de la patria potestad muchos casos en que, aun existiendo una seria razón para la ruptura del vínculo conyugal, aquella no necesariamente determina, por sí sola la inidoneidad del progenitor para ejercer la potestad sobre sus hijos. Dicho en otros términos, la patria potestad ha de conservarse o retirarse en función de las relaciones específicas que medien entre el padre o la madre y sus hijos, y no en función de los conflictos que hayan surgido entre los cónyuges.

Por lo anterior, se sugiere modificar al artículo 283, a fin de que no se imponga, automática e indiscriminadamente, la pérdida de la patria potestad, sino resuelva el juez, prudentemente, lo que convenga a este respecto, ponderando las circunstancias de cada caso y sin perjuicio de otras normas del Código Civil sobre ejercicio de la patria potestad y la tutela.

En lo que concierne al cuidado de los hijos, también se solicita la debida reforma legal, reconociendo las condiciones de la realidad, para que queden al cuidado de la madre los menores de siete años de edad, salvo que, a criterio del juzgador, esto implique grave peligro para el normal desarrollo de los menores.”

Posteriormente a las reformas antes transcritas, el artículo 283 quedó de la manera siguiente:

Artículo 283: “La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, 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.”

Al respecto es de suponerse que los jueces de lo familiar están bien conscientes de los conflictos y alcances a corto o a largo plazo que acarrearán cada una de las causales de divorcio necesario y en base a este supuesto no es necesario establecer de una manera estricta, y condicionada la situación de la patria potestad en las resoluciones de los jueces.

Posteriormente en diciembre de 1997, se realizó otra reforma al artículo 283, vigente hasta nuestros días y de la cual me permito transcribir parte de su exposición de motivos, pues considero de suma importancia los planteamientos y objetivos que se formularon los legisladores para la realización de la misma, además es oportuno para el desarrollo del presente ya que se establecen las reglas actuales de la patria potestad en el divorcio necesario.

“Esta iniciativa es producto del trabajo conjunto de sociedad y gobierno. En el ámbito de su concepción y planteamientos, justo es reconocer el esfuerzo del Grupo Plural Pro-Víctimas, A.C., el cual desde hace años ha hecho tareas en favor de la sensibilización de los problemas de la violencia familiar, la difusión de elementos para su prevención y atención, la elaboración de propuestas tendientes a su solución y la articulación de consensos en la comunidad para avanzar en propuestas como las que contiene este proyecto de reformas al orden jurídico vigente.

Resulta indudable que la familia es la institución básica de la sociedad. En ella no sólo tiene lugar una serie de procesos cruciales para la permanencia social, sino que constituye un medio privilegiado para el crecimiento y desarrollo de sus miembros. Todos tenemos derecho a una vida libre de violencia, a vivir en forma digna y a convivir sanamente para alentar el pleno desenvolvimiento de nuestras potencialidades. Como seres humanos y como mexicanos tenemos que formar mujeres y hombres pensantes y libres, en ambientes donde no existan relaciones de sumisión y subordinación, sino de coordinación armónicas. Nadie puede sostener que natural o jurídicamente exista un derecho de propiedad entre las personas, mucho menos un derecho de propiedad de los padres sobre los hijos, o del marido sobre la mujer. La familia es y ha de ser espacio para que sus miembros se desarrollen a cabalidad como seres humanos, siendo la violencia, en el núcleo familiar, un elemento deteriorante e incluso destructivo de su unidad esencial.

A nuestro juicio, la violencia en la familia es un asunto que debe abordarse desde distintos frentes. Esta premisa ha sido destacada por diversos grupos de mujeres interesadas en su atención y superación desde hace más de veinte años, al crear los primeros espacios para el diagnóstico y tratamiento del problema . . . ”

" . . . Toda agresión física, psicológica o sexual que se produce retiradamente por cualquiera de los individuos que conforman la familia en contra de otro miembro de la misma, constituye violencia familiar. Se trata de un abuso al interior del núcleo familiar que lleva a cabo quien, por razones económicas, físicas o culturales, tiene una posición de privilegio y por lo cual las mujeres y los niños son las principales víctimas. Si no se le detiene, tiende a repetirse e incrementar su intensidad y frecuencia. Este es un problema que se manifiesta en todos los niveles y clases sociales.

La violencia familiar no puede considerarse como un asunto que sólo corresponde a la vida privada de las personas. Sus consecuencias afectan al conjunto familiar, que es el grupo primario y fundamental de sustento a nuestra sociedad, y se extienden a todo el complejo social. Esa violencia al interior del núcleo básico de convivencia humana genera focos de agresión que se pueden transformar en conductas antisociales fuera de este ámbito. Se ha comprobado que niñas y niños que provienen de hogares con problemas de violencia, reproducen las mismas actitudes y conductas de sus padres, así como que la violencia entre cónyuges afecta a los hijos. Si no atacamos la agresión en el interior de la familia, formaremos mexicanos con baja autoestima y con problemas psicológicos y emocionales, que impedirán su pleno desarrollo humano y laboral, lo que, en última instancia, frena el crecimiento de nuestro país. . . "

" . . . CODIGO CIVIL.- Como se ha expuesto, la violencia familiar es un fenómeno social que atenta en contra de la propia estructura de la familia y, por tanto, resulta indispensable combatirla en todas sus formas.

En tal virtud, resulta necesario proponer diversas adecuaciones a la legislación sustantiva en materia civil, para atender la problemática generada por ese tipo de conductas en las distintas instituciones familiares previstas en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Al respecto, se propone adicionar al Título Sexto del Libro Primero de Código Civil, un Capítulo III denominado "De la violencia familiar" De proceder este planteamiento, también sería necesario modificar la denominación de referido Título Sexto, para que se llame "Del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar".

En dicho Capítulo III se precisaría, mediante el artículo 323 bis, el derecho de todo individuo a que se le respete su integridad física y psíquica por parte de resto de los miembros de su familia. En tanto que, en el artículo 323 ter, se incluirán tanto la obligación que tienen los integrantes de la familia de evitar conductas que generen violencia familiar, como la definición civil de violencia familiar.

Para tal efecto, se entendería por violencia familiar el "uso de la fuerza física o moral de manera reiterada en contra de un miembro de la familia por otro de la misma, que atente contra su integridad física o psíquica, independientemente de que pueda o no producir lesiones; siempre y cuando el agresor y el agraviado cohabiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato"

Ahora bien, para que tengan plena vigencia en la convivencia cotidiana los preceptos que integrarían al capítulo propuesto en materia de violencia familiar, se requiere de otras reformas que establezcan mecanismos para prevenir y resolver los conflictos derivados de ese fenómeno, guardándose la congruencia y consistencia con cada una de las instituciones familiares previstas en nuestra legislación civil.

Para contribuir a erradicar los casos de violencia familiar dentro del matrimonio, se propone a ese Honorable Congreso la adición de una fracción XIX al artículo 267 del Código Civil, en la cual ese tipo de comportamientos constituiría, en sí misma, una causal de divorcio. Sin embargo, cabe señalar que no se trataría únicamente de los actos de

violencia entre cónyuges sino que, además, podría invocarse como causal de divorcio el incumplimiento del cónyuge generador de la violencia familiar a las determinaciones administrativas o judiciales que se hubieren emitido para corregir sus actos de agresión física o psíquica en contra de sus hijos.

Esta propuesta de reforma sería complementada con la modificación que se plantea al artículo 282 del propio Código Civil, a fin de que los jueces que conozcan de los juicios de divorcio, puedan ordenar, como medidas provisionales, la prohibición de ir a un lugar determinado, así como las demás previsiones que sean necesarias para hacer cesar los actos de violencia familiar, considerando el interés de quien sufra dicha violencia en tanto dure el proceso.

En este mismo sentido, de aprobarse la iniciativa, se establecería en el artículo 283 del ordenamiento que nos atañe, la obligación de los jueces de escuchar a los progenitores y a los menores antes de dictar las sentencias en los juicios de divorcios. Lo anterior, con el objeto de que el juzgador cuente con mayores elementos para decidir lo que más convenga al interés superior de los menores y, en su caso, tomar las medidas necesarias para protegerlos contra actos de violencia familiar.

En lo referente a la institución de la patria potestad, la iniciativa prevé adecuar -en el artículo 411- la disposición de los hijos de honrar y respetar a sus ascendientes, por la obligación de respeto y consideración mutuas entre ascendientes y descendientes. Este planteamiento viene a ser congruente con el derecho de respeto a la integridad física y psíquica de todos los miembros de la familia, que orienta al conjunto de la iniciativa.

Con la propuesta de reforma al artículo 414, se pretende establecer las reglas para determinar a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad. Al respecto, se plantea hablar en general de los hijos sin hacer distinción respecto de los hijos de matrimonio. Para ello, dicho texto recogería, en lo sustancial, las disposiciones de los actuales artículos 416 y

418. De aprobarse esta modificación, sería necesario derogar el artículo 415, cuyo contenido quedaría sin materia.

Por su parte, en el artículo 416 se establecerían las reglas para el ejercicio de la patria potestad en los casos en que los padres estuvieren separados, estableciéndose que dicho ejercicio se deberá ajustar a las modalidades que se convengan entre los padres, o bien, a las que se determinen por resolución judicial. En este precepto se aclararía que la separación no extingue las responsabilidades en materia de alimentos de quienes ejercen la patria potestad, ni tampoco una limitación a su derecho de convivencia con los menores.

Una innovación importante está constituida por el texto propuesto para el artículo 417, ya que en dicha disposición se precisaría el derecho de convivencia de los menores con sus ascendientes. Este derecho, entendido como el conjunto de relaciones personales entre el menor y sus padres, no podrá impedirse sino por causa justa y mediante declaración judicial.

Por otra parte, se plantea actuar frente a un comportamiento reiterado en nuestro país, consistente en que un número importante de madres o padres -obligados por circunstancias de índole laboral o de cualquier otra naturaleza- "encargan" a sus descendientes con familiares o parientes por períodos prolongados de tiempo. Esta custodia "de hecho" no implica derechos ni obligaciones, lo que redundaría en detrimento del menor. Por ello, en la iniciativa se propone establecer que cuando por cualquier circunstancia los parientes queden a cargo del cuidado de un menor, tengan las mismas obligaciones, facultades y restricciones de los tutores. Además, es importante precisar que quienes ejercen la patria potestad respecto de dichos menores no quedan relevados de coadyuvar, con quien custodie al menor, en todas las obligaciones derivadas.

Con la reforma al artículo 422, la iniciativa pretende que la obligación de educar convenientemente a los menores no sea sólo para quienes ejercen la

patria potestad, sino que sea extensiva para quienes tengan la custodia de los menores. A su vez, plantea otorgar atribuciones a la autoridad administrativa para dar aviso al Ministerio Público del incumplimiento de este deber.

La facultad de corrección de que disponen quienes ejercen la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, prevista en el artículo 423, ha sido interpretada como la atribución ilimitada de usar cualquier medio correctivo tendiente a educar a los menores. Desgraciadamente, esta práctica puede derivar y ha derivado en actos de violencia familiar. Por ello, se estima imprescindible aclarar en dicho precepto, que la facultad de corregir de ninguna manera implica que se puedan infligir actos de fuerza atentatorios contra la integridad física o psíquica de los menores.

Por lo que corresponde a las reformas planteadas al artículo 444, tienden a aclarar que la patria potestad sólo se pierde mediante resolución judicial, ya sea que quien la ejerza sea condenado expresamente a perderla; que esa persona cometa un delito en contra del menor, o que sea condenado dos o más veces por un delito grave, independientemente de quien resulte ser la víctima de esos ilícitos penales.

En lo referente a la propuesta para adicionar un artículo 444 bis, obedece a la necesidad de limitar el ejercicio de la patria potestad en los casos en que la violencia familiar se cometa en contra del menor.

De las diversas formas en que se puede presentar la violencia familiar y quizá entre las más graves, están la exposición y el abandono de menores. Por ello, la iniciativa plantea definir cada una de esas figuras y permitir que las instituciones encargadas de recibir a los expósitos y abandonados, puedan actuar de una manera más expedita en lo relativo a su representación. En este sentido es que en la iniciativa se propone la modificación de los artículos 492, 493 y 494; así como del artículo 1316, este último con el fin de precisar que los ascendientes que abandonen,

prostituyan o corrompan a sus descendientes, quedarán incapacitados para adquirir por testamento o por intestado respecto de los ofendidos.

De igual manera, se plantea la adición de una fracción XII al referido artículo 1316, a fin de que quien haya sido condenado por delito cometido en agravio del autor de la herencia, también quede incapacitado para adquirir por testamento o intestado del de cujus.”

Quedando actualmente el artículo 283 de la siguiente manera: “ La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá 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. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor. La protección para los menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”

4.2 SENTENCIA EN EL DIVORCIO NECESARIO.

En el presente tema, corresponde tratar la sentencia en el divorcio necesario, o lo que sería, los efectos de la sentencia de divorcio.

La sentencia provoca efectos definitivos una vez pronunciada ésta, pero también existen efectos provisionales que son los que se producen durante la tramitación del juicio o antes de presentarse la demanda respectiva, por lo que trataremos ambos.

Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, providencias respecto de los siguientes puntos:

1) Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

2) El juez debe acordar durante el trámite del juicio una pensión de alimentos suficiente, según las posibilidades de los padres para el sostenimiento de los hijos, y en su caso, para el cónyuge acreedor.

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

4) También estas medidas provisionales van a referirse a tomar ciertas precauciones cuando en el momento del divorcio la mujer se encontrará encinta. Veremos con detenimiento estas medidas tendientes a evitar la sustitución de infante, la supresión del mismo, o hacer aparecer como viable al hijo que no lo sea.

5) Poner a los hijos bajo la custodia de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente. Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

De hecho el Código Civil vigente establece que al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes: --- I.- DEROGADA --- II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el

Código de Procedimientos Civiles; --- III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos; --- IV.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, en su caso; --- V.- Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta; --- VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente. --- Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. --- VII.- La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar.” (art. 282)

Como se ve, nuestro Código Civil primero parte del acuerdo de ambos padres, para que se confíe la custodia de los hijos a uno de ellos, sin darle facultades al juez para poder confiarla a persona distinta del cónyuge elegido. En cambio, el Código Civil suizo, según la explicación que acabamos de hacer, sí permite al juez resolver libremente. Evidentemente ese sistema suizo sólo podría existir cuando nuestros jueces se preocupen de los juicios de divorcio, dándoles toda la importancia y trascendencia que en el orden social, familiar y humano tiene no sólo el dictar las medidas definitivas, sino también las provisionales, dado que los juicios de divorcio necesario en ocasiones se prolongan por muchos años, y entonces la situación de los hijos menores, justamente en la época que más necesitan de que estén confiados a una persona responsable, podría quedar definitivamente perjudicada en cuanto a su moralidad, educación o seguridad. Según nuestro artículo 282, sólo en defecto de un acuerdo entre los cónyuges, podrá el juez determinar la persona a quien se confíen los hijos, dándose al cónyuge actor la preferencia para señalar esa persona, pero sin que esto signifique que el juez deba necesariamente acordar de conformidad su pretensión.

Es importante señalar que entre las medidas provisionales que menciona el artículo en tratamiento, existen las que debe tomar el juez cuando la mujer se encuentra embarazada. Estas medidas están dictadas en el Código, no para el caso de divorcio, sino para la viuda que manifiesta al juez de la sucesión encontrarse encinta, a la muerte de su esposo. Pero por mandato del artículo que comentamos, son aplicables en lo conducente al divorcio.

Los efectos definitivos en el juicio de divorcio.- Son desde luego los de mayor trascendencia, porque se van a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio. Por consiguiente, estos efectos definitivos los vamos a dividir en:

- a).-Efectos en relación a la persona de los cónyuges,
- b).-Efectos en relación a los hijos, y,
- c).-Efectos en relación a los bienes de los consortes.

En relación a la persona de los cónyuges, el Código Civil, establece que el divorcio les permite recobrar su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, pero el cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse, sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio. Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio

En cuanto al estado de los hijos, el artículo 283 del ordenamiento en cita dispone:

Art. 283.- "La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá 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. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor. --- La protección para los menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal."

Con respecto a este artículo, me permito transcribir la siguiente tesis jurisprudencial, número 1.4º.C J/21 sustentada por los Tribunales Colegiados de Circuito, en el Semanario Judicial de la Federación, Materia Civil, Tomo V, Segunda parte, página 705, que es del tenor literal siguiente:

"PATRIA POTESTAD, DECISION SOBRE LA, EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO. Con motivo de la reforma del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, proveniente del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veintisiete de diciembre 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 las sentencias que decreten el divorcio. Como todos los casos en que se prevé una facultad discrecional, el ejercicio de ésta no implica simplemente que el órgano jurisdiccional cuente con un poder arbitrario de decisión, sino que su desempeño debe traducirse siempre, en el examen escrupuloso y en la evaluación razonada de todos los elementos con que se cuente y que sean

susceptibles de conducir a la emisión del juicio más adecuado al fin que persigue la ley cuando concede dicha 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 quedó suprimido y esta circunstancia debe eliminar la idea de valorar las cosas en función 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 explica que con las resoluciones que se pronuncien, los jueces pueden generar la más amplia gama de situaciones 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 pérdida, la suspensión, o bien, la limitación de la patria potestad; se puede asimismo, dar la intervención a ambos padres, a uno solo o a otras personas que conforme a la ley corresponda el ejercicio de dicha patria potestad o, en un caso extremo, a un tutor. De ahí que si para resolver sobre la situación de hijos al decretar el divorcio, el órgano jurisdiccional no hace una evaluación pormenorizada de todos los elementos de juicio a su alcance o no razona debidamente su determinación, ello significará la existencia de un uso indebido de la facultad discrecional prevista en la disposición en comento."

Antes de que se resuelva en definitiva sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

Es importante señalar que el padre y la madre aunque pierden la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, y digo

importante ya que muchos padres creen que el hecho de que ya no ejerzan la patria potestad quedan exentos de todos los deberes propios de la misma.

La situación de los bienes de los consortes es la siguiente:

El cónyuge culpable perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Una vez ejecutoriado el divorcio, se procederá a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad.

Con respecto al divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. En el divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tiene 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, éste derecho también se observa para el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, y desde luego mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

4.3 PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD COMO CONSECUENCIA INHERENTE A LA CAUSAL XII DE DIVORCIO NECESARIO EN EL CODIGO CIVIL EN EL DISTRITO FEDERAL.

En este tema me gustaría ir analizando párrafos de los dos temas anteriores, con el objeto de hacer más claro mi propósito y más específica mi iniciativa.

Antes de entrar de lleno a esta propuesta es conveniente aclarar que en ningún momento se ha tratado de limitar de alguna manera y mucho menos arbitraria a las autoridades judiciales al pronunciamiento de sus sentencias.

Específicamente en el tema 4.1, se ha podido apreciar la importancia que se le ha dado a la mujer y en singular a los menores, con el objeto siempre claro, de procurarles los medios necesarios para un desarrollo íntegro y saludable.

Los encargados de esta importante tarea son los padres, o aquellas personas que por disposición de la ley, ejercen la patria potestad.

Pero que pasa cuando, quien ejerce la patria potestad, no cumple con esas obligaciones o deberes tan custodiados por toda la sociedad, deberes que en capítulos anteriores se han precisado como por ejemplo el de proporcionar alimentos a la familia.

Al respecto nuestra legislación castiga esta conducta para lo cual dispone en el artículo 444, fracción III, lo siguiente:

Art. 444.- "La patria potestad se pierde por resolución judicial: III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal."

Por consiguiente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado al respecto, emitiendo el criterio por contradicción de tesis número 3a./J. 30/91 (31/91), sustentado por la Tercera Sala, en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, Tomo VIII, página 65 que dice:

"PATRIA POTESTAD. SE PIERDE SI SE ACREDITA EL ABANDONO DE LOS DEBERES DE ALGUNO DE LOS PADRES, SIN QUE SEA NECESARIO PROBAR QUE EL MENOSCABO EN LA SALUD, SEGURIDAD Y VALORES DEL MENOR SE PRODUZCAN EN LA REALIDAD, PERO DEBEN EXISTIR RAZONES QUE PERMITAN ESTIMAR QUÉ 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 del 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 poder utilizado en pasado subjuntivo en la expresión "pudiera", implica un estado de posibilidades pero no que se hubiere actualizado."

Ahora bien, es conveniente que en primer lugar, quede claro la situación de los hijos con respecto de los padres incumplidos en su deberes, de acuerdo a los criterios antes transcritos los jueces según su arbitrio tienen la facultad de sentenciar a la pérdida de la patria potestad, siempre y cuando se compruebe plenamente tal irresponsabilidad, y aún siendo así, según sea el caso, valore si sus efectos pueden o no comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos.

Si en tal caso, se comprueba que efectivamente se esta incumpliendo, con algún deber y que existe la posibilidad de que se realice un daño efectivo, entonces se puede condenar a la pérdida de la patria potestad.

Una vez definido este punto, es necesario abordar el primer supuesto de la causal XII, del artículo 267, del Código Civil para el Distrito Federal, siendo necesario aclarar que el segundo supuesto de la fracción en cita, no es materia de la presente tesis.

Art. 267.- "Es causal de divorcio necesario; fracción 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. .
."

Por su íntima relación se transcribe el artículo 164 del mismo ordenamiento:

Art. 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 establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto."

Ahora bien, como podemos observar el artículo 267, fracción XII enmarca una de las causales de divorcio necesario, en la cual se afectan los intereses de los cónyuges, y los intereses de los hijos, es una causal que no solamente esta abordando la problemática que se puede suscitar entre marido y mujer, sino que también aborda una problemática que afecta directamente a los menores, puesto que nos esta remitiendo al artículo 164, el cual se refiere a las obligaciones que tienen los cónyuges en la familia.

Esto quiere decir, que, la fracción en cita, hace mención a la **negativa injustificada** de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, las cuales son:

a) La de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, pero que se entiende por contribución económica al sostenimiento del hogar, sería pagar una renta o predio, luz, agua, gas, etc.

b) La de contribuir a la alimentación de los cónyuges y a la de sus hijos; pero que se entiende por alimentos, el artículo 308 establece al respecto:

Art. 308.- "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."

Los alimentos son: "el deber recíproco que tienen determinadas personas de proporcionar a otras, igualmente determinadas, los elementos que les permitan subsistir como casa, vestido, comida, asistencia en casos de enfermedad y, tratándose de menores de edad, los gastos para sufragar su educación. El CC reconoce a este deber y al derecho que le es correlativo, como un deber-derecho de contenido tanto patrimonial como ético, pues a través de él se pretende proporcionar a un ser humano determinado los satisfactores a sus necesidades físicas e intelectuales, de tal suerte que, una vez satisfechas éstas, pueda cumplir su propio destino. Por estas razones se califica a las normas que lo regulan, como normas de orden público e interés social, pues con ellas se pretende evitar que negociaciones entre las partes o acciones judiciales, como embargos, impidan a la persona que es acreedora alimentarla, recibir los satisfactores indispensables para su subsistencia. - -- Estas características resumen lo social, moral y jurídico que define a esta

obligación. Social porque a la sociedad le interesa la subsistencia de los miembros del grupo familiar; moral porque es en los vínculos efectivos en donde se funda la obligación de velar por quienes necesitan ayuda o asistencia, y jurídico porque es por medio del derecho como se pretende hacer coercible el cumplimiento de esta obligación. --- En tanto obligación tiene, además, las siguientes características: personalísima, dado que gravita sobre una persona, a favor de otra, en determinadas circunstancias y en razón de la existencia de un vínculo jurídico que las une; es de interés general pues, a diferencia de otras obligaciones personalísimas, se prevé que el Ministerio Público ejercite las acciones correspondientes para obligar al deudor o la deudora a cumplir su obligación, y ésta se cumple aun contra la voluntad del propio acreedor o acreedora; es condicional en la medida en que sólo existe cuando se reúnen todos los elementos exigidos por la ley, tanto en relación con la persona que debe como con la persona acreedora, es de contenido variable, dado que existe la posibilidad de que cambien las circunstancias de las partes y, por lo tanto, también cambie el contenido y la forma de la propia obligación. --- En tanto derecho es intransferible, pues existe el interés general de que la pensión, mediante la cual se cumple la obligación, se aplique sólo a satisfacer las necesidades básicas del acreedor o acreedora alimentarlo; es irrenunciable y no admite transacción o compromiso en árbitro; es un derecho inembargable, y no está sujeto a secuestro o compensación de créditos. --- En tanto institución de derecho de familia, los alimentos han de ser proporcionales de modo que la persona que tiene derecho reciba lo necesario para su manutención sin que la persona que está obligada sacrifique su propio sustento. En otras palabras, debe existir una relación entre las necesidades del acreedor o acreedora y los recursos del deudor o la deudora. Son también recíprocos en la medida en que se establece una correspondencia entre el acreedor o acreedora y el deudor o la deudora de hoy frente a los cambios en las circunstancias del día de mañana. --- Todos los sistemas normativos contemplan, en el ámbito familiar, una obligación de este tipo. Casi siempre su denominación hace referencia a los satisfactores tanto físicos como morales para el desarrollo humano. Ante esta coincidencia surge la pregunta sobre la razón o el fundamento primario de esta obligación, así como está

estructurado, y la respuesta obvia es que está fundamentada en el derecho a la vida.” (2)

En otras palabras, los alimentos deben verse como el elemento material que permite a hombres y mujeres satisfacer sus impulsos biológicos positivos a fin de que puedan integrarse a la humanidad, a la naturaleza y a sí mismos sin perder su propia individualidad. Con base en esto se entiende que la obligación alimentaria gravita sobre toda la comunidad, lo que, hasta cierto punto, es cierto, sin embargo, existen nexos efectivos y biológicos que vinculan, en primera instancia, a determinadas personas, las cuales están llamadas por la ley a cumplir con esta obligación de solidaridad humana. Estas personas son los cónyuges, los concubinos, los ascendientes respecto de los descendientes y éstos respecto de aquéllos, los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado y el o la adoptante y el o la adoptada entre sí.

La obligación se cumple fijando una pensión alimentaria o incorporando al acreedor o acreedora alimentario a la familia del deudor o la deudora. La cuantía de la pensión se fija con base en el principio de proporcionalidad al que ya se hizo referencia en párrafos anteriores.

El cumplimiento de la obligación se puede exigir por medio de dos acciones diferenciadas doctrinalmente pero integradas en la práctica: la acción de aseguramiento regulada por el Código Civil y la del pago propiamente dicha, regulada por el Código de Procedimientos Civiles. La primera tiene como fin garantizar al acreedor o acreedora que, en lo futuro, recibirá lo necesario para su manutención y la segunda pretende hacer que el deudor o la deudora pague lo ya erogado en el sostenimiento del acreedor o acreedora y el señalamiento de la pensión.

(2) Pérez Duarte N. Alicia E., op. cit. pág. 35.

En virtud de que la obligación de dar alimentos existe cuando frente a la necesidad del acreedor o acreedora de recibirlos hay la posibilidad del deudor o deudora para satisfacerlos, el Código Civil, señala que cesa la obligación de ministrarlos cuando no exista cualquiera de estos supuestos. Además, son causas de terminación de esta obligación: las injurias, faltas o daños graves ocasionados por el acreedor o acreedora al deudor o la deudora; cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o la falta de aplicación al trabajo del acreedor o acreedora sin su consentimiento y por causas no justificables. Un error frecuente es pretender que la simple mayoría de edad es causa suficiente para la terminación de la obligación, no es así, sin embargo, en este caso las personas mayores de edad tendrán que demostrar su necesidad para que se proceda a hacer la condena al pago (art. 320)

Cabe destacar que la esposa y los hijos e hijas tienen la presunción de necesitar alimentos, por tanto, en estos casos será el deudor alimentario quien tenga que probar el cumplimiento de su obligación o que aquéllos cuentan con recursos propios para atender sus necesidades.

c) Y en tercer término el mismo artículo 164 establece el de proporcionar la educación a los hijos en términos de ley.

Ahora bien, es necesario destacar que en dicha fracción existe un vínculo directo entre el deber que se tiene un cónyuge para con el otro, así como los deberes de éstos para con los hijos.

Pero que pasa cuando el cónyuge o los cónyuges encargados de cumplir con los deberes enmarcados en el artículo 164 ya descritos, deciden **sin causa justificada** no seguir proporcionándolos, se estaría afectando los derechos de los menores, su integridad y su dignidad como personas, sin dejar de mencionar que puede inhibir su desarrollo e incluso provocarles daños irreversibles, sería acaso una agresión física o psíquica en agravio a los menores.

En la exposición de motivos de las últimas reformas de 1997 a nuestro Código Civil, se aborda ampliamente el tema de la violencia familiar y se describe como “toda agresión física, psicológica o sexual que se produce reiteradamente por cualquiera de los individuos que conforman la familia. Se trata de un abuso al interior del núcleo familiar que lleva a cabo quien por razones económicas, físicas o culturales, tiene una posición de privilegio y por las cuales las mujeres y los niños son las principales víctimas. --- La violencia familiar no puede considerarse como un asunto que sólo corresponde a la vida privada de las personas. Sus consecuencias afectan al conjunto familiar que es el grupo primario y fundamental de sustento a nuestra sociedad y se extiende a todo el complejo social. Esa violencia al interior del núcleo básico de convivencia humana genera focos de agresión que se pueden transformar en conductas antisociales fuera de este ámbito.”

Así pues, el primer supuesto de la fracción XII del art. 267 establece de una manera clara el incumplimiento injustificado de los deberes que tienen los cónyuges para con los hijos, puesto que nos remite al art. 164 del mismo ordenamiento, el cual establece las obligaciones que se suscitan en el núcleo familiar, y el abandono de un deber, como ya se mencionó, se contempla en la fracción III del art. 444, condenando tal comportamiento a la pérdida de la patria potestad.

Luego entonces si el juzgador después de haberse allegado de pruebas suficientes y de los elementos necesarios y una vez analizados estos, resuelve disolver el vínculo matrimonial en base y con apoyo al primer supuesto de esta causal XII, es porque no solamente se esta faltando a las obligaciones entre cónyuges o no sólo se esta incumpliendo con las obligaciones que se tienen para con los hijos, sino que se están dando ambos supuestos, porque eso es lo que establece dicha fracción XII el incumplimiento familiar.

Una vez que el juzgador haya hecho uso de la facultad amplia y discrecional conferida en el art. 283 del Código Civil, resuelve disolver el vínculo matrimonial en base a esta fracción XII de divorcio necesario, entonces es porque se llegó a la

conjetura de que al cónyuge como a los menores se les esta abandonando, se les está desprotegiendo y esto quiere decir que se esta desatendiendo con la función que se les ha delegado por naturaleza y por derecho que es la patria potestad, luego entonces la persona que le esta negando a los menores la forma de supervivencia no tiene derecho a esta responsabilidad, no tiene derecho a seguir ejerciendo la patria potestad del menor.

Es por eso que la presente iniciativa persigue dos objetivos fundamentales : disuadir y castigar las conductas que generen violencia familiar; estableciendo una medida de protección a favor de las victimas de este fenómeno, y concientizar a la población del problema, al tiempo de propiciar que las autoridades desarrollen políticas públicas para prevenir, combatir y erradicar esas conductas. Estamos frente a una de las situaciones en que el Derecho se ha de convertir en el principal agente de cambio.

Para contribuir a la erradicación del incumplimiento de los deberes familiares, se propone una adición al primer supuesto de la causal XII de divorcio necesario, estableciendo que este tipo de comportamientos constituiría, en sí mismos, una causal de pérdida de la patria potestad.

En el supuesto de que mi anterior propuesta pareciera arbitraria, propongo que la multicitada fracción XII del artículo 267, del Código Civil en tratamiento, (en su primer supuesto) fuera completamente específica, en el sentido de que, si es una causal de divorcio necesario, precise el incumplimiento de deberes entre marido y mujer, no involucrando esta conducta para con los demás miembros de la familia, es decir, el hecho de que entre los cónyuges exista un tratamiento hostil, que conlleve a una irresponsabilidad de deberes, de ninguna manera involucraría necesariamente la relación para con los hijos. En otras palabras un pésimo marino no necesariamente tiene que ser un pésimo padre.

El hecho de que esta fracción de una manera generalizada estatuya el incumplimiento de los cónyuges remitiéndonos a lo señalado en el artículo 164 que

se refiere a las obligaciones propias de la familia, conlleva directamente al incumplimiento de deberes para con los hijos, luego entonces, si la fracción XII (primer supuesto) nos remite al artículo 164, tiene que ser específica y clara a este respecto, por el contrario, se estaría observando una de las causas para la pérdida de la patria potestad contemplada específicamente en el artículo 444, fracción III del Código en estudio.

Por lo que en todo caso se estaría en la necesidad de reformar el artículo 267, fracción XII, en su primer supuesto, argumentando que es causal de divorcio necesario la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones que se tienen para con ellos mismos, establecidas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento.

Finalmente, al analizar esta compleja cuestión, no sólo debemos utilizar la razón simple y llana, sino que es indispensable tener sensibilidad y colocarnos en la persona de la víctima, saber que existe la posibilidad de que el día de mañana pudieran ser nuestras hijas o hijos quienes sufrieran este flagelo.

Menores que provienen de hogares con problemas de violencia reproducen las mismas actitudes y conductas de su padre, así como que la violencia entre cónyuges afecta a los niños.

Si no se ataca tal problemática en el interior del núcleo familiar se forman mexicanos con baja autoestima y con problemas psicológicos y emocionales, que impedirán su pleno desarrollo humano y laboral, lo que en última instancia, frena el crecimiento de la sociedad.

El abandono de un deber es una de las formas en que se puede presentar la violencia, y propiamente en la familia ocasiona efectos irreversibles, impidiendo la permanencia social y el fortalecimiento de sus miembros.

En el núcleo familiar los principales encargados de procurar un ambiente libre de violencia y propicio para una convivencia sana de los menores, son los padres quienes por naturaleza y derecho propio, ejercen la patria potestad, que como ya se ha mencionado es una figura jurídica de protección con una importantísima responsabilidad civil, moral y social, ya que es la encargada de procurar todos los elementos necesarios para crear individuos libres y sanos con amplio potencial.

CONCLUSIONES

I.- La familia se ha considerado como la agrupación social primaria, en donde se encuentran los satisfactores básicos del ser humano.

II.- Las conductas que se generan en la misma delimitan características del medio ambiente en que se desenvuelven sus miembros, incluyendo los diferentes tipos de normatividad en la comunidad y al mismo tiempo se reflejan los diferentes valores que se perfilan en ella.

III.- Las relaciones que surgen entre los integrantes de la comunidad familiar, se involucran de manera tal, que el mal funcionamiento de alguno de ellos, desequilibra de manera conjunta a los demás.

IV.- La patria potestad es la facultad que tienen los padres para el cumplimiento de los deberes que tienen para con sus hijos.

V.- Las facultades que se desprenden de la patria potestad, deben entenderse como tales, en tanto se desempeñen con responsabilidad y moderación.

VI.- Los deberes propios de esta figura siempre van encaminados al desarrollo benéfico y saludable de los menores, proporcionándoles un ambiente familiar, con los elementos necesarios para su sociabilización y superación.

VII.- La violencia familiar es considerada como toda agresión física, psicológica o sexual que se produce retiradamente por cualquiera de los individuos que conforman la familia en contra de otro miembro de la misma. Se trata de un abuso al interior del núcleo familiar que lleva a cabo quien, por razones económicas, físicas o culturales, tiene una posición de privilegio y por lo cual las mujeres y los niños son las principales víctimas..

VIII.- La violencia trae como consecuencias rupturas familiares, como por ejemplo, divorcio o pérdida de la patria potestad.

IX.- El divorcio es considerado, como la disolución del vínculo matrimonial y, se suscita por razones voluntarias o necesarias.

X.- La patria potestad se pierde cuando la persona quien la ejerce, es condenada varias veces por delitos graves, por conductas nocivas para los menores, como por ejemplo, costumbres depravadas, malos tratos, abandono de deberes, o por la comisión de un delito doloso en contra de los menores.

XI.- En la actualidad la sociedad se ha preocupado de manera importante por la seguridad y estabilidad de los pequeños, ya que ha comprendido que proporcionándoles las condiciones propicias para su desarrollo, a corto plazo se dará como consecuencia un beneficio y crecimiento común.

APENDICE

En base a la experiencia de las autoridades legislativas, conjuntamente con una evolución cultural, se pretende en cada reforma realizar cambios benéficos que permitan el avance conjunto de una sociedad.

Esto ha incitado a ir llenando espacios en la Ley que como consecuencia acarrear confusiones y entorpecimiento en los juicios, que involuntariamente imponen a las autoridades competentes aplicar criterios en algunas ocasiones no dispuestos ni pretendidos por la legislación.

Esto es que a pesar de los innegables avances que se han logrado en México respecto a la modernización del marco jurídico, aún se observan rezagos que impiden la plena seguridad jurídica. Se debe reconocer que hoy en día subsisten normas viciadas que obstaculizan el acceso a la justicia, dando lugar a procesos de gran complejidad.

Por ello, debemos contar con ordenamientos legales que permitan aplicar, de manera pronta y expedita, la norma al caso concreto; velar porque nuestras leyes planteen soluciones justas; propiciar que las operaciones que deberían de ser ágiles y sencillas no se tomen difíciles y dilatorias, así como impedir la desigualdad entre las partes, derivada de circunstancias de índole económico.

De ahí que el poder legislativo se ha preocupado en que la actividad legislativa sea continua.

Por lo antes expuesto, la importancia de tomar en consideración las reformas a los artículos 138 ter, 138 quáter, 138 quintus, 138 sextus, 258, 259, 260, 261, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 278, 280, 282, 283, 284, 287, 288, 308, 309, 310, 311, 311 bis, 311 Ter, 311 quáter, 315, 320, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que entraron

en vigor el primero de junio del año en curso, aplicables al presente trabajo el cual fue aprobado con anterioridad a las mismas.

Título Cuarto Bis De la Familia

Capítulo la Familia

Capítulo Unico

Artículo 138 Ter.- Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respecto a su dignidad.

Artículo 138 Quáter.- Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

Artículo 138 Quintus.- Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Artículo Sextus.- Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respecto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

Capítulo IV

Del Matrimonio con relación a los bienes

Disposiciones Generales

Artículo 258.- Desde la presentación de la demanda de nulidad, se dictarán las medidas provisionales que establece el artículo 282.

Artículo 259.- En la sentencia que declare la nulidad, el Juez de lo familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos.

Para tal efecto, el padre y la madre propondrán la forma y términos de los mismos; de no haber acuerdo, el Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso.

En ambos supuestos, deberá oírse previamente a los menores y al Ministerio Público.

Artículo 260.- El Juez de lo Familiar, en todo tiempo, podrá modificar la determinación a que se refiere el artículo anterior, atendiendo a las circunstancias del caso y velando siempre por el interés superior de los hijos.

Artículo 261.- Declarada la nulidad del matrimonio, se procederá a la división de los bienes comunes, de conformidad con lo establecido en el artículo 198 de este ordenamiento.

Artículo 266.- . . .

Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges y se substanciará administrativamente o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código.

Artículo 267.- . . .

I.- . . .

II.- El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;

III.- La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier

remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;

V.- La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además contagiosa y hereditaria y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;

VII.- Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;

VIII.- La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;

IX.- La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos:

X.- . . .

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

XII.- . . .

XIII.- . . .

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

XV.- El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XVII.- La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;

XVIII.- El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;

XIX.- El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de la Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y

XXI.- Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo, cada causal es de naturaleza autónoma.

Artículo 268.- Derogado.

Artículo 269.- Derogado.

Artículo 270.- Derogado.

Artículo 271.- En todos los casos previstos en el artículo 267, los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, sin cambiar los hechos, acciones y excepciones o defensas.

Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil, no deben aplicarse en las causales previstas en las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267.

Artículo 272.- Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año a más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes,

si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no este embarazada, no tengan hijos en común o teniéndolos, sean mayores de edad y estos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

Artículo 273.- Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

I.- Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

II.- El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

III.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV.- La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;

V.- La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

VI.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y

VII.- Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Artículo 274.- Derogado.

Artículo 275.- Mientras se decrete el divorcio, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este Código.

Artículo 278.- El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267 de este Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como con las demás salvedades que se desprenden de ese artículo.

Artículo 280.- La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encontrare, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. Para tal efecto, los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar.

Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda de divorcio y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

I.- La separación de los cónyuges. El juez de lo familiar determinará con audiencia de parte y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cual de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y lo que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte y oficio a que este dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código;

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- La que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

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

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre;

VI.- El Juez de lo familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

VII.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda,

tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar;

- a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.
- b) Prohibición del cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal y como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

VII.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

IX.- Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

X.- La demás que considere necesarias.

Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá 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. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales

podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los cónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.

Artículo.- 284.- El Juez de lo Familiar, antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público, cualquier medida que se considere para el desarrollo de los hijos menores o incapaces.

Artículo 287.- En la sentencia que decrete el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, El Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta la circunstancia del caso, entre ellas, las siguientes:

- I.- La edad y el estado de salud de los cónyuges;
- II.- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
- III.- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- IV.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
- V.- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y
- VI.- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar al

cuidado de los hijos o que este imposibilitado para trabajar, tendrá derecho de alimentos.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.

En el caso de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 de este Código, el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.

En el caso de divorcio voluntario por vía judicial, 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

Artículo 308.- Los alimentos comprenden:

I.- La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II.- Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III.- Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declaradas en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación a rehabilitación y su desarrollo, y

IV.- Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Artículo 309.- El obligado a proporcionar alimentos cumple su obligación, asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia. En caso de conflicto

para la interpretación, corresponde al Juez de lo Familiar fijar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias.

Artículo 310.- El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro o cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación.

Artículo 311.- Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia; los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.

Artículo 311 bis.- Los menores, las personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar, gozan de la presunción de necesitar alimentos.

Artículo 311 ter.- Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, el Juez de lo Familiar resolverá con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios haya llevado en los últimos años.

Artículo 311 quáter.- Los acreedores alimentarios tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga dicha obligación, respecto de otra calidad de acreedores.

Artículo 315.-

- I. . . .
- II. El que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor;
- III. . . .
- IV. . . .
- V. La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario; y
- VI. El Ministerio Público.

Artículo 320.- Se suspende o cesa, según el caso, la obligación de dar alimentos, por cualquiera de las siguientes causas:

I a II. . . .

- III. En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos;
- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad;
- V. . . .
- VI. La demás que señale este Código u otras leyes.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- BAQUEIRO Rojas Edgard, Rosalía Buenrostro Báez, Derecho de Familia y Sucesiones, Edit. Harla, S.A. DE C.V. México, 1990.
- 2.- CALVA y Francisco de P. Segura, Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, México 1874.
- 3.- CASTAN Tobeñas J. Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Vol Segundo 8ª Edición, Madrid 1966.
- 4.- DE IBARROLA Antonio, Derecho de Familia, 4ª Edición, Edit. Porrúa, México 1993.
- 5.- DE PINA Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I, 19ª Edición, Edit. Porrúa, Mexico 1995.
- 6.- FLORIS Margadant's G., Derecho Romano, 17ª Edición, Edit. Esfinge, México 1991.
- 7.- GALINDO Garfías, Derecho Civil, 8ª Edición, Edit. Porrúa, México, 1987.
- 8.- JEAN Jacques Rousseau, El Contrato Social, 6ª Edición, Edit. Porrúa, México 1979.
- 9.- M PLANIOL, Traite Elementaire de Droit Civil, tomo I, paris, 1920.

10.- MENDIETA y Nuñez Lucio, El Derecho Precolonial, 6ª Edición, Edit. Porrúa, México 1992.

11.- PÉREZ Duarte y N. Alicia E., Derecho de Familia, 1ª Edición, Edit. McGraw-Hill, Internacional, México 1997.

12.- PETIT Eugene, Derecho Romano, 12ª Edición, Edit. Porrúa, México 1995.

13.- PLANIOL Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo I, Edit. Cajica México, 1980.

14.- RECASENS Siches Luis, Sociología, 18ª Edición, Edit. Porrúa, México, 1980.

15.- ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civi, Tomo I, 1ª Edición, Edit. Porrúa, Mexico 1962.

16.- SÁNCHEZ Medal Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de la Familia de México, 2ª Edición, Edit. Porrúa, México 1991.

LEGISLACION

1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

2.- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.

3.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL .

4.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES.

5.- HISTORIA LEGISLATIVA Y PARLAMENTARIA 1999.