

127



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLAN"

291468

ANALISIS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD,  
DERIVADA POR LA COMISION DEL DELITO DE  
HOMICIDIO DOLOSO EN CONTRA DE UN CONYUGE  
O CONCUBINO.



T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA:

JOSE ANGEL GARCIA GOMEZ

ASESOR: LIC. AARON HERNANDEZ LOPEZ



UNAM  
CAMPUS ACATLÁN NAUCALPAN, ESTADO DE MEXICO 2001



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

**GRACIAS A DIOS, quien me permitió  
alcanzar la felicidad de este momento.**

**GABRIEL, quien con una mirada,  
ilumina mi día y me impulsa hacia adelante.**

**GABRIELA, gracias por tu apoyo, amor  
y dedicación, complemento de mi felicidad.**

**A MIS PADRES Y ABUELOS, de quienes he aprendido  
que lo mas importante es ser feliz, en todo lo que haga.**

**ALFREDO Y ANA, que este trabajo, sirva de ayuda  
para su propia superación.**

**LIC. LUIS GUTIERREZ, maestro en el estudio y aplicación del derecho,  
de quien he aprendido: el esfuerzo, dedicación, honradez y tenacidad.**

**LIC. FERNANDO V. GUTIERREZ, guía en mi carrera  
profesional.**

**JOSE ANTONIO, JORGE Y MARIO, gracias  
por el apoyo que me han brindado.**

**A MI ASESOR LIC. AARON HERNANDEZ LOPEZ, a quien gracias  
a su rectoría pude realizar el presente trabajo.**

**A MIS SINODALES Y PROFESORES, por el tiempo  
que se han tomado en la revisión de este trabajo.**

**A MI AMADA UNIVERSIDAD, cuna de las artes  
y de la ciencia en el país.**

## **OBJETIVO**

El estudio que se trata de desentrañar en el presente trabajo de tesis, es respecto a la protección en forma eficaz de los menores, cuando algún cónyuge o concubino cometan el delito de homicidio en contra del otro, tomando en consideración que la legislación en materia penal en nuestro país es omisa respecto a la regulación de estos actos de violencia familiar; en el presente trabajo, realizaremos un análisis del delito de homicidio en razón del parentesco o relación, toda vez que los padres quienes al no saber, querer o poder mantenerse dentro de los límites de comportamiento general que exige la sociedad, les resultaría imposible el ejercicio de la patria potestad sobre un menor, al haber sido privados de su libertad, por la comisión del delito aquí a estudio; por lo que es menester que el legislador adicione en el Código Penal, la pérdida de la patria potestad, respecto del delito de homicidio en razón del parentesco o relación.

# INDICE

## INTRODUCCIÓN

### I. CONCEPTOS SOCIOLOGICOS FUNDAMENTALES

A. Sociología .....	1
B. Derecho .....	7
C. Familia .....	12
D. Sociedad .....	22

### II. EL MATRIMONIO

A. Concepto .....	26
B. Requisitos .....	37
C. Consecuencias .....	45
D. Efectos	
D1. En relación con los cónyuges .....	46
D2. En relación a los hijos .....	56
D3. En relación a los bienes .....	57
D4. Consecuencias sociales del incumplimiento de las obligaciones familiares de los padres y de los hijos .....	60

### **III. PATRIA POTESTAD**

A. Definición .....	69
B. Sus alcances .....	73
C. Sus limitaciones .....	82
D. Perdida de la patria potestad	
D.1. Causas de la perdida de la patria potestad .....	85
D.2. Efectos familiares y sociales del ejercicio indebido de la patria potestad .....	95

### **IV. LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, DERIVADA POR LA COMISION DEL DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO EN CONTRA DE UN CONYUGE O CONCUBINO**

A. El delito visto a través del sistema penal mexicano .....	104
B. La pena vista a través del sistema penal mexicano .....	108
C. El dolo visto a través del sistema penal mexicano .....	112
D. El homicidio .....	113
D.1. Elementos constitutivos de este delito .....	114
D.2. De la responsabilidad penal del delito de homicidio .....	116
E. La pérdida de la patria potestad derivada de la comisión del delito de homicidio doloso en contra de algún cónyuge o concubino .....	119

<b>CONCLUSIONES</b> .....	128
---------------------------	-----

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	131
---------------------------	-----

## INTRODUCCION

En el presente trabajo, se trata de proteger en forma integral y real a los menores, ya que se propone la adición al delito de homicidio en razón del parentesco o relación, **LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, DERIVADA POR LA COMISION DEL DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO, CUYA VÍCTIMA SEA ALGÚN CÓNYUGE O CONCUBINO**, aunando a la globalización de la ley, de protección al menor, que tanto se han preocupado los legisladores, en razón directa a la interrelación de los mismos en el grupo social al cual pertenecen.

Lo anterior es así, ya que nuestra legislación es omisa en cuanto a la regulación de los actos de violencia Familiar, respecto a **LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, DERIVADA POR LA COMISION DEL DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO, CUYA VÍCTIMA SEA ALGÚN CÓNYUGE O CONCUBINO**; por lo que se propone adicionarse como pena la perdida de ese derecho, al artículo 323 del Código Penal, por las razones y motivos que en el presente trabajo se expresarán.

La materia es formativa, el sujeto es el niño y el joven y se encuentran en juego su futuro y el de la sociedad. Toda vez que lo que se pretende evitar es la mala influencia, en cuanto, a su formación, educación y valores morales, previniendo la creación de un futuro delincuente.

Ahora bien, el ejercicio de la patria potestad sobre un menor, no solamente se refiere a su sostenimiento, administración de bienes, sino al cuidado, educación así como asistirlo personalmente, vigilando su sano desarrollo tanto físico como mental.

Por lo que, resultaría por demás imposible el ejercicio de la patria potestad sobre un menor, cuando una persona haya sido condenada a la perdida de su libertad, a nadie escapa que la moralidad en las mentes infantiles puede

verse afectada, no únicamente por la transformación psicológica que se opera en el pensamiento de los niños por la interpretación que le den a lo que ven y oyen y no están en posibilidades de entender, por el poco desarrollo de su discernimiento.

La afectación puede venir también, indudablemente, de la influencia perniciosa que puede ejercer en el desarrollo mental de las criaturas una persona mayor que no ha sabido, querido o podido mantenerse dentro de los límites de comportamiento general que exige la sociedad, en la vida libre de relación humana, influencia que desde luego resulta más peligrosa cuando esa persona ha sido privada de su libertad.

Deberá entenderse que este trabajo recepcional, no va encaminado a la aplicación de una pena mayor sobre el sujeto activo en la comisión del delito que se pretende adicionar, sino que única y exclusivamente, versa sobre la protección de los derechos de los menores, en cuanto a su formación, educación y valores morales, previniendo la creación de un futuro delincuente.

## CAPITULO I. CONCEPTOS SOCIOLOGICOS FUNDAMENTALES

### A. SOCIOLOGIA.

A. Comte, considerado por muchos como el fundador de la sociología, la define como "estudio positivo del conjunto de las leyes fundamentales propias de los fenómenos sociales".

Definiciones posteriores del término no han seguido siempre, ni mucho menos, la pauta de su "fundador"; por ejemplo, se comprende que el estudio de lo social no se entienda como "positivo" entre los defensores de la clásica dicotomía ciencias naturales-ciencias del espíritu. Con todo, los seguidores de la "sociología comprensiva" no necesariamente renuncian al contraste empírico de sus "construcciones mentales" o tipos ideales.<sup>1</sup>

No obstante la diversidad de concepciones de la sociología, ésta ha admitido generalmente como ingrediente definitorio algún tipo de tratamiento positivo. Así, E. Durkheim, pese a su postura idealista (sobre todo, al final de su obra), observa que el sociólogo "pese a que la vida social no sea sino el desarrollo de ciertas ideas, debe estudiar los fenómenos sociales desde fuera, como cosas exteriores" porque sólo a través de ellos se nos representan las mismas ideas.

La exterioridad de los hechos sociales, en el sentido de que se imponen sobre el individuo o se independizan de él en cierta manera, fundamentaría, pues, la consistencia del objeto de la sociología, que equivaldría a "la ciencia de las instituciones, de su génesis y de su funcionamiento".<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cf. Comte, Augusto. Curso de Filosofía Positiva. Traducción Editorial De palma. Buenos Aires, Argentina, 1976. pág. 98 y 99.

<sup>2</sup> Cf. Durkheim, Emile. Las Reglas del Método Sociológico. Editorial Pleiade, Buenos Aires, 1970, pág. 82.

Las instituciones, en efecto, han sido consideradas frecuentemente como el objeto de la sociología, aunque, como es lógico, la definición de aquéllas matizará de entrada la concepción misma de la sociología. Partiendo de la referencia de ésta al sistema social, como subsistema de la acción, T. Parsons considera "las instituciones y la institucionalización como el objeto primario de la sociología como ciencia".

Se utiliza el término "instituciones" e "institucionalización" en un sentido amplio: es decir, con referencia a la acción tanto racional como no racional. Así, dado que la economía se ocuparía primordialmente de la acción racional, dicha ciencia "justificaría su pretensión de autonomía". Sería, sin embargo, una autonomía relativa, afirmándose consecuentemente su dependencia de la sociología.<sup>3</sup>

Dado que la institucionalización, íntimamente vinculada a la formación del sistema social, es el objeto primordial de la sociología, se comprende el programa clasificatorio de H. M. Johnson, discípulo de Parsons. En el marco del análisis estructural-funcional, la sociología se despieza según los cuatro grandes problemas del sistema social: mantenimiento de patrones y regulación de tensiones, adaptación, consecución de objetivos e integración.

Por lo mismo, el programa gira en torno a los grandes temas de "cultura y socialización", "grupos y sistemas de parentesco", "economía" (en el sentido de adaptación racional, fundamentalmente), "política" (organización formal e informal, burocracia, poder e influencia, gobierno, etc.), "religión", más aspectos tales como los de "estratificación" y procesos; por ejemplo, "desviación social", "cambio social", "conflicto social". Parece prestarse atención, al mismo tiempo, a la doble dimensión de estática (orden) y dinámica (cambio y conflicto) de la sociedad de acuerdo con la dicotomía de Comte.

---

<sup>3</sup> Cf. Parsons, Thomas, *El Sistema Social*. Traducción De. Revéiz de Occidente. Madrid, España 1968, pág. 541.

Desde una perspectiva neokantiana y formal se ha definido la sociología como el estudio de las formas de integración: por ejemplo, de la "cooperación", del "conflicto", de la "competencia", etc., por encima de las delimitaciones propias de los contenidos político, económico, etcétera. El enfoque formalista-fenomenológico ha tenido gran impacto en la redefinición de la acción social y, consecuentemente, de la misma sociología.

Desde tal perspectiva, la demografía, la ecología humana, el estudio de la organización, etc., aparecen como campos relativamente independizados de la sociología. En realidad, lo mismo cabría afirmarse de la desviación social (criminología social), de la sociología del conocimiento y de otras disciplinas. Puede que, a medida que progrese la división del trabajo en el seno de la sociología, acabe por imponerse pronto el anterior tipo de diferenciación. En tal caso, la sociología sería cada vez más una ciencia general y sistematizadora del saber social.<sup>4</sup>

De todos modos, la sociología parece centrar su atención en las siguientes áreas: a) Organización social, b) Psicología social, c) Cambio social y desorganización, d) Ecología humana, e) Población, f) Teoría y método.

Finalmente, como "teoría crítica de la sociedad" y fuertemente enraizada en la tradición hegeliano-marxista y freudiana, preocupada de la "negación" de la sociedad (represiva y dominadora), ha de mencionarse la sociología crítica.

La sociología crítica pretende "resolver en su misma raíz el conflicto weberiano entre método científico y actividad política, residuo de un presupuesto dualista. No se trata de hacer retroceder la objetividad científica sociológica, a una

---

<sup>4</sup> Cf.: Parsons, Thomas. Op. Cit. pág. 544.

objetividad especulativa, sino de activar la racionalidad funcional científica según su significado último. Es la restauración de la racionalidad, ya no como espíritu absoluto, ni siquiera como racionalidad técnico funcional, sino como "posibilidad real", proyectada en la utopía cuyo final se afirma para la sociedad represiva tanto capitalista como "socialista".

La preocupación por el descubrimiento de estructuras o, en general, de la estructura social parece haber acompañado al estilo más o menos positivista de las diferentes corrientes de la sociología: por ejemplo, en el caso de Marx o de Durkheim. El estudio de la "totalidad", seguido por M. Mauss vino a corroborar el carácter de totalidad de los fenómenos sociales de forma que G. Gurvitch definiría la sociología como "una ciencia que investiga los fenómenos sociales totales en la unidad de sus aspectos y movimientos, captándolos en "tipos dialectizados" en el marco de una sociología en profundidad.

Naturalmente, los enfoques aplicados en el estudio de la totalidad han sido diferentes. Así, Lévy-Bruhl observó que "los procesos de socialización enfrenta a los hombres ante diferentes problemas según la diversidad de circunstancias de tiempo y espacio".

El estructuralismo de Lévi-Strauss seguirá esta línea, afirmándose en la idea de que cada cultura sólo podrá comprenderse convenientemente desde sí misma y no desde un esquema universal; es decir, la estructura social es captada en cada caso a través de los modelos aplicados a las relaciones sociales. Inspirándose en la lingüística estructural y en el psicoanálisis y utilizando diversos sistemas de transformación. Lévi-Strauss intenta captar la realidad social para reconstituir el "orden de órdenes", la "estructura del espíritu humano" universal, siendo el conjunto de sus estructuras algo concebido como un vasto "grupo de transformaciones".<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Cf. Parsons, Thomas. Op. Cit. pág. 545 y 546.

Ahora bien, la familia como unidad de estudio, tomaremos como foco de nuestro estudio a aquellas relaciones interpersonales que se dan en los grupos primarios donde las relaciones son estrechas, y estables en el tiempo, y en las que existe un vínculo de parentesco que se define por la función ejercida, estas relaciones primarias corresponden a la definición de familia.

Tal planteamiento, implica la búsqueda de una conexión entre lo individual y lo relacional, para obtener una mayor comprensión del hombre y sus conductas.

Pensamos que las unidades familiares son el punto de origen y llegada de significados y acciones, que en permanente circuito definen nuestra realidad individual y social.

La formación de parejas en nuestra sociedad, implica la creación de la familia, en la que se definen los acuerdos para la convivencia, con una moralidad mas o menos ajustada al modelo cultural vigente.

La violencia familiar se da en situaciones cíclicas que pueden ser referidas a tres fases de la sociología, que varían en intensidad y duración según las parejas:

1. Acumulación de tensión,
2. Fase aguda de golpes,
3. Calma

Acumulación de tensión, es un periodo de agresiones psíquicas y golpes menores, en el que las mujeres niegan la realidad de la situación y los

hombres incrementan la opresión, los celos y la posesión, creyendo que su conducta es legítima, en el que las parejas están pendientes de sus reacciones, pasando así a la segunda fase.

La fase aguda de golpes, se caracteriza por el descontrol y la inevitabilidad de los golpes, en esta fase las mujeres se muestran sorprendidas frente al hecho que se desencadenan de manera imprevista ante cualquier situación de la vida cotidiana, por trivial que fuere.

En la siguiente fase ocurre una situación muy peculiar que podemos llamar como de calma o arrepentimiento, entre el hombre golpeador y la mujer que cree su sinceridad.

Volviéndose un ciclo vicioso, en el que se enfatizan las fases antes señaladas, incrementándose la tensión entre las parejas, derivadas de las relaciones de poder establecidas.

En este contexto, que el hombre golpeé o que la mujer provoque, constituyen hechos intranscendentes frente a una situación muchas veces necesaria para las parejas de la demostración de superioridad que existe entre estas.

Es decir, que el fenómeno de violencia doméstica atraviesa todas las capas de la sociedad, las variantes que existen se muestran en la exteriorización y notoriedad de los hechos violentos, que se reflejan con mayor visibilidad en los sectores populares y su más intenso ocultamiento en los estratos medios o altos, diferencia esta que se conecta con la particular combinación de los supuestos que operan en cada sector social.

Puede concluirse, que la agresión es producto de la rigidez en los roles, es decir, las funciones no cambian en armonía con la movilidad del contexto;

permanecen rígidas y fijas, de esta manera, las diversas crisis familiares no son resueltas dentro de un proceso de crecimiento de la familia a través, de la superación de etapas, sino que se convierten en motivos detonantes de estallidos de violencia.

## **B. DERECHO.**

La palabra "derecho", a diferencia de otras palabras castellanas que tienen gran semejanza con sus correspondientes latinas (mesa y mensa, madre y mater), carece de esa correspondencia con una voz de análoga morfología y significación idéntica en latín de la que pudiera explicarse su derivación por simples cambios lingüísticos. La palabra latina correspondiente a la nuestra "derecho" es ius, la cual, si bien suministra la radical de numerosas expresiones, al vocablo correspondiente al latino ius, el cual ha sido reemplazado en su significación por otra raíz en todas las lenguas de filiación latina, como luego veremos.<sup>6</sup>

Los tratadistas de Derecho natural, especialmente los antiguos, creen que la palabra ius deriva del verbo latino iuvare, que significa ayudar, ya que la misión esencial del Derecho es servir de medio al hombre, es decir, ayudarle a conseguir su fin, o sea el bien.

Algunos romanistas influidos por Ulpiano, creen que la voz ius debió escribirse en su forma primitiva iug-r-s, derivada de iugum reor, que significa juzgar equitativamente. Juan Bautista Vico, siguiendo en este punto la opinión de la escuela estoica, cree que ius encuentra su origen en Jupite-Jove, Dios supremo, que tenía el poder y a quien estaba encomendada la misión de dirigir todas las cosas humanas. Sin embargo, no nos convencen demasiado las opiniones que hemos expuesto, pues en el aspecto filosófico hay que tener en

---

<sup>66</sup> Sancho Izquierdo, Miguel. Tratado elemental de Filosofía del Derecho y Principios de Derecho Natural, Editorial Reus, Madrid, España, 1950.

cuenta que las palabras derivadas son siempre más extensas que aquellas de las que provienen, por lo que lógicamente parece que serán las anteriormente citadas las que derivan de ius, y no ésta de aquéllas.

Otra opinión es la expuesta por Bajon, según la cual, la palabra latina ius proviene de la voz griega ison, equivalente a igualdad, ya que ella va implícita siempre en la idea de Derecho.

La actual palabra "derecho" deriva de la voz latina directum, participio pasivo del verbo dirigere (di-regere,-rexi,-rectum). Como adjetivo, "derecho" equivale a recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro. En el orden moral y en el orden físico cuando aplicamos el calificativo "derecho", invocamos la idea de rectitud como opuesta a lo incorrecto, a lo torcido, al tuerto o entuerto, lo recto, de rectum, en opinión de Costa y de Bonilla San Martín, deriva de la raíz aria rj=guiar, conducir; el prefijo di se le agregó más tarde para formar la voz directum, incorporando a la idea de rectitud las de estabilidad y firmeza expresadas por las raíces arias dh y dhr, de donde sin duda procede el prefijo di.

La raíz aria es común a las lenguas célticas, germanas y latinas, al expresar derecho con los siguientes vocablos: Raithts (en gótico); Rhaith (en cimbrío); Ret (en escandinavo); rect y Reachl (en antiguo y moderno irlandés); Recht (en alemán); Right (en inglés). Las lenguas neolatinas ofrecen las siguientes modalidades de adaptación de la palabra di-rectum: Derecho (en español); Drech (en provenzal); Dret (en catalán); Droit (en francés); Direito (en portugués); Diritto (en italiano).<sup>7</sup>

Lo que el Derecho sea, todo el mundo lo sabe de un modo aproximado. Pero la definición precisa del concepto presenta graves dificultades. La prueba de esto la tenemos en que las muchas investigaciones llevadas a cabo sobre este

---

<sup>7</sup> Lluís Peña, Enrique, *Derecho Natural*. Editorial Bosh. Barcelona, España. 1947. pág. 9-10.

punto no han conducido todavía a resultados universalmente aceptados. "Todavía buscan los juristas una definición de su concepto del Derecho", dijo Manuel Kant; y estas palabras, tal vez no han perdido hoy todavía su valor. Pero esta investigación, aunque difícil, es indispensable, porque si bien la noción vaga común del Derecho puede ser a veces bastante para ciertos fines particulares, es insuficiente para los fines superiores del conocimiento científico.

Las manifestaciones jurídicas corrientes son reconocidas como tales fácilmente por todos; pero frente a los más altos y generales problemas, cuando se trata de situar la idea del Derecho en el orden del saber, de determinar los elementos esenciales, y distinguirla de los otros objetos y categorías afines, surgen dudas y dificultades gravísimas, que no pueden de ningún modo ser superadas por la noción vulgar. Así, pensemos, por ejemplo, en la distinción entre el deber jurídico y deber moral; en la cuestión de la coercibilidad del Derecho; en las dudas sobre la naturaleza propia del Derecho canónico y del Derecho internacional; respecto a la posibilidad de un Derecho que no emane del Estado, etc.

Para resolver tales problemas, es pues, necesaria una investigación sistemática del Derecho, que no puede ser llevada a cabo por ninguna ciencia jurídica en sentido estricto (esto es, por la jurisprudencia positiva), porque cada una de tales ciencias tiene por objeto sólo una cierta parte de la realidad jurídica, del Derecho positivo. La definición lógica, por el contrario, debe abrazar todos los posibles sistemas de Derecho; debe ser universal; debe indicar (empleando los términos de la filosofía crítica) el límite de la posible experiencia jurídica.<sup>8</sup>

Pero, aun reconociendo la necesidad de una definición científica del Derecho, indispensable para un estudio ulterior del mismo, no podemos olvidar aquí el tratar, siquiera sea brevísimamente, la concepción vulgar del Derecho.

---

<sup>8</sup> Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Traducción de Recaséns Siches. Tomo I, Barcelona, España 1935. pág. 389-390.

En su sentido usual la palabra Derecho es usada en la oración de dos maneras: como sujeto y como predicado. Comúnmente decimos: "Yo tengo derecho" o "El Derecho dispone", etc. ¿A qué nos referimos con estos términos así usados? Ante todo, cuando usamos la palabra Derecho, hacemos referencia a circunstancias de la vida humana. El derecho es un atributo de la vida moral, más precisamente es un atributo de nuestro obrar. Hay derecho en su significación común, cuando hay una prerrogativa sostenida en su relación social por una norma jurídica.<sup>9</sup>

Dorado Montero<sup>10</sup> refiriéndose al sentido usual del Derecho, dice que es igual lo derecho que el Derecho, igual lo ajustado que la justicia, implican una idea de dirección, y por lo mismo de valoración. Derecho es lo directo, lo recto, lo bien dirigido, lo bien encaminado hacia algún sitio, trátase de fuerzas ciegas y fatales, según a cada momento estamos oyendo calificar las de la Naturaleza, o se trate de energías conscientes, espirituales y teológicas.

La rectitud, y su equivalente la justeza, son algunas veces condiciones puramente físicas, y otras veces condiciones humanas y morales; pero en ambos casos presuponen enfilamiento de ciertas cosas y actividades hacia lo que alguien estima su conveniente destino, es decir, la adecuación de determinados movimientos y determinados seres a la obtención de tal o cual fin, a cuya consecución quedan de tal modo encadenados y para la cual, por lo tanto, sirven de medios.

No hay posibilidad de dirección, de adecuación, de ajustamiento, de valoración, de justicia, cuando no intervenga el elemento de norma, modelo, medida, tipo o criterio con que han de apreciarse las propiedades referidas; elemento que queda por fuera y como en posición superior a lo apreciado.

---

9 Bonet Ramón, Francisco. Derecho Civil. Tomo I. Editorial Bosh. Barcelona, España. 1948. pág. 22

10 Dorado Montero, Juan. "Derecho". Enciclopedia Jurídica Española Tomo X. Editorial Bosh. Barcelona, España. 1948. pág. 920.

La línea recta (derecha, justa, exacta) es, al mismo tiempo que dirección, la mejor dirección, la más corta, la más adecuada, la más rápida, la más fructífera; y esto por igual en geometría que en ingeniería, arquitectura, gobierno, educación, administración de justicia: bien entendido que lo más económico, lo más acertado y justo, el camino más derecho, en cualquiera de estos órdenes, no es siempre la rigidez sistemática y el llevar las cosas a punta de lanza o a rajatabla, sino que lo es muchas veces el rodeo, la flexibilidad, la contemporización y, en suma, cierto grado de sinuosidad. Bien a menudo concluye y oímos decir que no hay atajo sin trabajo.

**PODEMOS CONCLUIR DEFINIENDO AL DERECHO, COMO EL SISTEMA RACIONAL DE NORMAS SOCIALES DE CONDUCTA, DECLARADAS OBLIGATORIAS POR LA AUTORIDAD, POR CONSIDERARLAS SOLUCIONES JUSTAS A LOS PROBLEMAS SURGIDOS DE LA REALIDAD HISTÓRICA.**

### C. FAMILIA.

La ciencia moderna ha desechado buena parte de las tesis que los naturalistas y evolucionistas del siglo pasado inventaron sobre el origen de la familia y sus manifestaciones primitivas. Decimos que inventaron porque con más imaginación que rigor científico, y en ocasiones para justificar un juicio previo sobre el desarrollo y origen del hombre y de la sociedad, daban por ciertas unas premisas nunca comprobadas y pretendían deducir de las costumbres que hoy se observan en pueblos marginados o culturalmente atrasados, lo que sucedió en la prehistoria, como si el atraso cultural actual necesariamente reflejara las instituciones sociales que se vivieron en otros pueblos antiguos, antes de que existiera la escritura o que hubiera rastros culturales de cualquier tipo.

No hay ninguna razón para pensar que la familia de los iroqueses del siglo pasado era un reflejo fiel de la familia del neolítico, y sin embargo esa comparación sirvió en las últimas décadas del siglo XIX para fundamentar tesis que han hecho fortuna y aún se sostienen por algunos pocos.

Las costumbres sociales de los actuales lacandones, por ejemplo, se ha demostrado que ni siquiera revelan la composición social de esos grupos en el siglo que comenzaron a ponerse en contacto con los europeos, o sea hace 300 ó 400 años; menos aún deben indicar las costumbres o composición social de los mayas que construyeron Palenque o Tikal, y desde luego, nada podemos afirmar de la composición social de los primitivos pobladores de Euroasia o la Polinesia antes de la aparición de la cerámica, de la sola observación de los actuales lacandones. Y sin embargo, ese era el método con el que trabajaron algunos de los más célebres sociólogos o investigadores sociales de la centuria pasada.

Por el contrario, según los datos serios y comprobados, cuando el hombre entra en la historia, o sea, cuando comienza a dejar rastros evidentes de

su existencia, ya existe la familia. Parece ser que no hay hombre sin familia y que ésta es la agrupación más elemental, pero al mismo tiempo más sólida de toda sociedad primitiva. Y esto no en un pueblo determinado al que pudiéramos señalar como iniciador de la institución familiar sino que se percibe en todos los pueblos y en todas las latitudes. La familia existe siempre que existe el hombre.

No toca a nuestro estudio dilucidar si la primitiva familia era matriarcal o patriarcal, pues además de que la discusión no tiene un interés real para el derecho, puede haberse presentado en formas distintas en los diversos pueblos y en cada época. Lo conocido es que la historia se inicia con una familia claramente patriarcal en el Oriente Medio, con menos autoridad para el padre de familia en Grecia y roma, y con menos aún en los pueblos de América, sin que en ningún pueblo de los conocidos, el padre deje de ser el jefe de la familia.

El matiz del patriarcado exagerado o disminuido viene dado por la mayor o menor consideración que se da a la mujer y por tanto, por la mayor o menor importancia que se da al matrimonio monogámico. ¡Pero esto también sucede en la época actual! El hombre sigue siendo el mismo.

Esto confirma lo que nos dice la razón: que la familia y el matrimonio son dos instituciones naturales, en el sentido que se derivan de la naturaleza humana y por tanto han estado presentes desde que existen hombres sobre la tierra y seguirán existiendo mientras haya individuos que participen de nuestra naturaleza.

Esto no quiere decir que siempre han existido en la misma forma, pues en relación con la familia, hay un núcleo esencial, al cual las diversas circunstancias históricas agregaron otros componentes. El grupo familiar doméstico existe siempre, pero la familia hace su aparición en la historia más antigua, como un grupo que alrededor de esa sociedad doméstica ha reunido a personas muy dispares, que se consideran ellas mismas como pertenecientes a la

familia, y las leyes positivas más antiguas que conocemos sancionan como existe este grupo familiar amplificado.

“Una prueba indirecta, pero irrefutable, de la existencia de un grupo familiar superior nos es suministrada por la estructura del Derecho hereditario romano, que en sus orígenes entrañaba la designación, no de un adquirente del patrimonio, sino de un sucesor en la soberanía, nombrado por el pater familias, para el tiempo que siguiese a su muerte. Un grupo análogo de personas que pretenden descender de un tronco único y viven, generalmente, unidas bajo la autoridad de un jefe, que suele ser el primogénito, el mayor, el elegido de entre los miembros del consorcio, o también el designado por el pater familias difunto, lo hallamos en todo el mundo primitivo”.<sup>11</sup>

Esta familia histórica primitiva, es muy amplia porque en alguna forma realiza las funciones que poco más tarde van a realizar las autoridades de la ciudad y después las del Estado; porque es con frecuencia en sí misma una unidad completa de producción agrícola o ganadera; porque necesita autodefenderse de otros grupos rivales, etc. Se entra en la familia por los mismos procedimientos que después se usan para entrar a formar parte de la comunidad política: por nacimiento, por admisión expresa en el grupo o por matrimonio.

La familia romana de los primeros tiempos, antes de la República, tiende a creer, porque es la forma de conservar o aumentar poder, influencia o fortuna. Los agnados, que se consideran todos ellos de la misma familia, y que no están unidos entre sí por vínculos consanguíneos son objeto de protección en los monumentos legislativos más antiguos del Derecho Romano. Una ley atribuida a Numa Pompilio establece la obligación de indemnizar con un cordero a los agnados (no a los consanguíneos) de la víctima de un homicidio culposo y la Ley

---

<sup>11</sup> Bonafante, Pietro. Historia del Derecho Romano. De. Revista de Derecho Privado. Madrid, España 1944. Vol. I, pág. 93.

de las XII Tablas establece la Ley del Tali6n que puede ejecutar cualquier miembro de la familia, por lesiones a un agnado.<sup>12</sup>

Los primeros datos que poseemos de la familia en Roma, no revelan una situaci6n de dominio patriarcal como lleg6 a existir en la 6poca cl6sica. En efecto, "el elemento patriarcal en el estado, o lo que puede llamarse tal, tiene en Grecia y en Italia los mismos fundamentos. En un principio, se instituy6 el r6gimen conyugal con estricta sujeci6n a las reglas de la honestidad y de la ley moral. Prescrib6se al marido la monogamia y se castigaba severamente el adulterio de la mujer. La madre de familia ten6a autoridad en el interior de la casa, lo cual acredita a la vez la igualdad de nacimiento entre los dos esposos y la santidad del lazo que los une. Pero muy pronto se separ6 Italia de Grecia, confiriendo a la potestad marital, y sobre todo a la potestad paterna, atribuciones absolutas e independientes de toda acepci6n de personas; la subordinaci6n moral de las familias se transform6 en una verdadera servidumbre legal".<sup>13</sup>

Parece fuera de duda que la familia primitiva, que realizaba muchas de las funciones pol6ticas necesarias en aquellos tiempos, fue en Grecia y Roma el origen del Estado. "Pero entre los griegos, en donde la organizaci6n pol6tica se desarrolla con menos vigor, persiste por mucho tiempo el poder familiar como un verdadero cuerpo constituido en presencia del Estado; en Italia, por el contrario, surge y predomina inmediatamente este 6ltimo. Neutralizando por completo la influencia pol6tica de la familia, no presenta la asociaci6n de familias reunidas sino la comunidad de todos los ciudadanos".<sup>14</sup>

Ya en los 6ltimos siglos de la Rep6blica, la familia romana ha quedado configurada como la comunidad que convive bajo la autoridad del pater familias y que comprende a la esposa, los hijos, los c6nyuges y descendientes de los hijos

<sup>12</sup> Sohm, Rod6do. Instituciones de Derecho Romano. Historia y Sistema. Gr6fica Panamericana. S. de R.L. M6xico. 1951. p6g. 290.

<sup>13</sup> Cf. Mommsen, Teodoro. Historia de Roma. Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina 1960. p6g. 43.

<sup>14</sup> Mommsen, Teodoro. Op. Cit. p6g. 45.

varones (las hijas al casarse dejan de pertenecer a la familia, para pasar a la de su esposo), los adoptados, los esclavos, algunos libertos y en general, toda persona que estuviera sujeta a la potestad del padre, conforme al derecho. Es una familia cimentada sobre la agnación o sea, los vínculos civiles de la potestad paterna.

“Más tarde, gracias principalmente al Derecho Pretorio, empieza a destacarse la cognación (o sea el parentesco consanguíneo); hasta imponerse y triunfar finalmente, sobre la primera, en la época de la legislación imperial. Es también Justiniano quien da, a este respecto, el paso decisivo, especialmente en sus Novelas. A partir de esta reforma, prevalece exclusivamente la cognación, como antes había imperado la agnación, triunfando así el moderno concepto de familia sobre el arcaico del *ius civile*”.<sup>15</sup>

La familia cedió, por tanto, sus funciones políticas a las autoridades municipales, las cuales fueron sustituyendo paulatinamente algunas de las que realizaba originalmente aquella. Esto contribuyó a ir reduciendo el número de personas integrantes de la familia para dar cada vez más importancia al parentesco consanguíneo.

Son muchos los testimonios que tenemos sobre la importancia que los romanos concedían a la familia; baste citar a Cicerón, para el cual la familia es “*Principium urbis et quasi seminarium repúblicae*”.

No fue siempre en la historia la evolución de la familia en el sentido de disminuir el número de sus componentes, pues siglos después del Imperio Romano, en plena Edad Media, otro monumento jurídico de importancia, las Siete Partidas, entiende por familia “*al señor della e su mujer, e todos los que viven bajo él, sobre quien a mandamiento (potestad) así como los hijos e los sirvientes e los otros criados*”.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, pág. 46.

Sin embargo, el concepto de familia ha seguido reduciéndose con el tiempo y aunque siguen existiendo pueblos en los cuales la familia se extiende a personas que no están vinculadas entre sí por parentesco, podemos afirmar que hoy en la llamada civilización occidental, la familia comprende sólo a los cónyuges y los hijos y rara vez a otros consanguíneos cercanos que vivan bajo el mismo techo.

En esta acepción restrictiva del término familia, cuando un hijo se casa y va a vivir fuera de la casa paterna, forma otra familia. En este sentido la familia no incluye ya ni siquiera a todos los consanguíneos colaterales (hermanos, tíos o primos), sino a aquéllos que continúan en la casa paterna antes de independizarse.

“En sentido amplio, familia es el conjunto de personas unidas por vínculo de parentesco; en sentido estricto, los parientes próximos conviventes”.<sup>16</sup>

Podemos distinguir cuatro grandes corrientes para dilucidar el asunto:

I.- Pertenecen a una familia los que están sometidos al mismo Pater Familias.

Este concepto está basado en la potestad del padre y así, serán de su familia todos aquellos sobre los cuales puede ejercer su potestad el tronco común que los engendró. Es el concepto de familia que se usó entre los romanos como ya hemos visto: efectivamente, en el Derecho Romano, el Pater Familias ejercía potestades sobre los diversos miembros de su familia y no formaban parte de ella los que por cualquier motivo se sustraían a esa potestad, aun cuando fueran consanguíneos del pater.

---

<sup>16</sup> Lacruz Berdejo, José Luis. En Gran Enciclopedia Rialp. Familia II. Tomo IX. Editorial Rialp, S.A. Madrid, España. 1972. pág. 720.

Bien es verdad que eran distintas esas potestades según los distintos grados de parentesco que existía entre ellos: así, ejercía la manus sobre la esposa y sobre las nueras, ejercía la patria potestad sobre los descendientes aun cuando éstos estuvieran ya casados y tuvieran a su vez otros descendientes, ejercían la potestas sobre los esclavos y el mancipium sobre los siervos libres.

La familia romana era especialmente amplia pues sin duda, al menos en los últimos siglos de la república y los primeros del imperio, pertenecían a ella aún los siervos liberados y los esclavos y tenía su base en la casa común. En la misma época histórica, entre los germanos existía una estructura análoga de la familia. En estos pueblos la misma etimología nos demuestra que su estructura familiar era similar a la de los romanos: así haus, que equivale a casa, es la familia, y todos los que están sometidos al hausherr (jefe de la casa) forman parte de la familia de éste aunque no sean sus consanguíneos.

Este concepto amplísimo de familia basado en la potestad del pater se redujo históricamente por influjo del cristianismo. Efectivamente en cuanto el concepto cristiano de la familia comenzó a extenderse, se exigió la mejora de la condición de las mujeres, las cuales en las familias romana y germánica quedaban perpetuamente sujetas a la potestad del pater, ya fuera éste su padre, su esposo, su hermano o inclusive su hijo.

El cristianismo al predicar la igualdad de condición jurídica del hombre y de la mujer provocó un cambio de importancia en el concepto de la familia. Además entre los cristianos comenzó a usarse el que cada matrimonio formara una nueva familia y el hijo, por tanto, al contraer matrimonio, se independizara de la potestad del padre.

Siendo el matrimonio un acto tan importante al cual el cristianismo dio una trascendencia especial, no se concebía que la nueva pareja quedara sujeta a

la potestad del padre del esposo, sino que exigía, y poco a poco lo fueron logrando, una independencia que originó una nueva familia integrada por los cónyuges que en el matrimonio tenían los mismos derechos.

El cristianismo al sostener la existencia de deberes y derechos recíprocos entre los cónyuges, sirvió también para resquebrajar la antigua potestad del Pater Familias.

Otro punto de importancia fue la idea cristiana de la autoridad de los padres sobre los hijos la cual no podía ejercerse en la familia romana, pues con frecuencia era el abuelo el que ejercía la potestad sobre los nietos ya que mientras aquél viviera, todos los descendientes de cualquier grado le quedaban sometidos y así, los padres no ejercían patria potestad sobre sus hijos mientras viviera el abuelo, ni por tanto, tomaban a su cargo su educación y formación.

Al responsabilizar a los padres de la educación de los hijos y considerar esta autoridad como un servicio en bien de los propios hijos, el cristianismo contribuyó también indirectamente a hacer evolucionar el concepto de familia romana.

## II.- Personas que viven bajo el mismo techo.

Durante otro tiempo histórico, pudo considerarse que el pertenecer a una misma familia era convivir bajo un mismo techo y aún en la época actual pueden encontrarse pueblos o personas en los cuales la costumbre sigue considerando que pertenecen a una familia todos los que viven físicamente en la misma casa. Mientras el nuevo matrimonio no salga de la casa paterna, quedan los cónyuges en alguna forma, sujetos a la autoridad del dueño de la casa y por tanto formando todos ellos una sola familia.

Sin embargo, no es suficiente este concepto para poder delimitar el núcleo familiar, ya que desde luego puede ser que no todos los que vivan en la misma casa pertenezcan a la misma familia; en ella puede haber huéspedes, sirvientes y personas que no son considerados como familiares y en ocasiones las personas de la misma familia no viven bajo el mismo techo como sería el caso, por ejemplo, de los cónyuges que legítimamente viven separados.

### III.- Vínculos Afectivos.

Para otros, puede considerarse como Familia a todos aquéllos unidos por un afecto familiar recíproco. El afecto familiar es de un tipo especial y distinto al que se puede tener en relación con los amigos o con los conocidos y así todos aquellos que estén unidos por ese afecto peculiar y se consideren de la misma familia, forman parte de ella y nada más son ellos los que forman la familia.

Tampoco consideramos que sea correcto este concepto para definir el núcleo de la familia, sobre todo por la razón básica de que ésta es una institución natural: se puede pertenecer a ella aunque no se quiera y no es el afecto, situación ciertamente cambiante por naturaleza, el que hace pertenecer o no pertenecer a una familia determinada, sino que son vínculos mucho más estables que el solo afecto recíproco.

### IV.- Descendientes de un tronco común.

Para otros, forman parte de la Familia todas las personas que descienden de un mismo tronco común aunque no estén sometidos a la misma potestad ni vivan bajo el mismo techo; es más, aunque algunos de ellos no estén sometidos a ninguna potestad, ni la ejerzan sobre otros, como sería el caso de los hijos mayores de edad solteros. O sea que, la familia debe basarse sobre el parentesco consanguíneo. Según esto no serían de la familia los hijos adoptivos ni

los parientes afines o sean los que entran a formar parte de la familia por matrimonio con los consanguíneos.

Pero este concepto de familia, al considerarla como formada por todos los que descienden de un mismo tronco común, tiene el grave inconveniente de incluir dentro de una misma familia a los hijos legítimos y a los ilegítimos pues ambos descienden del mismo tronco común y sin embargo, no forman una sola familia.

Como se ve por las exposiciones anteriores, el concepto de familia no ha sido el mismo en las distintas etapas históricas y podemos pensar que tampoco lo es actualmente en los distintos pueblos. La familia tiene sin embargo un núcleo el cual siempre ha sido considerado como tal, cualquiera que sea el concepto o estructura que tenga.

Ese núcleo está constituido por el conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco próximo. La proximidad de ese parentesco es la que ha cambiado y de hecho cambia, con las circunstancias, con las épocas históricas y es lo que se modifica en los distintos pueblos y con las distintas costumbres.

Así, no puede extrañarnos que en determinadas circunstancias económicas, históricas y sociológicas, se considere normalmente como miembros de la familia a los padres y a los hijos mientras éstos permanezcan solteros, y en otros pueblos, el concepto de familia sea más amplio e incluya personas con vínculos de parentesco de ulterior grado tales como por ejemplo tías solteras, abuelas viudas, y aún matrimonios recién contraídos mientras éstos no tengan descendencia.

En una misma época histórica, por lo general las familias campesinas, o que dependen de una economía agrícola o ganadera, son más amplias que las familias de obreros fabriles o que viven y dependen de una economía citadina. El

factor económico sin ser nunca determinante, incluye en la amplitud del núcleo familiar.

Por otro lado, en un sentido estricto podemos pensar que siempre el núcleo fundamental de la familia está constituido por los parientes próximos que conviven. No consideramos como necesario al matrimonio para constituir una familia, pues no parece posible negar el carácter de familia a la formada por ejemplo por hermanos solteros o viudos sin descendencia que conviven entre sí.

Podemos aún añadir otro elemento necesario al concepto de familia: una cierta estabilidad en la convivencia. Para que exista la familia se necesita que la convivencia entre parientes próximos sea estable, que sus componentes no la consideren como transitoria a corto plazo, sino que tenga una permanencia.

Se concluye, la familia, es aquel grupo de personas que por su naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno; es sinónimo de conjuntos unidos entre sí por vínculos jurídicos o naturales, como son el parentesco y el matrimonio, o como la agrupación de personas cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz; comprenden a los padres y a los hijos.

#### **D. SOCIEDAD.**

El lenguaje popular maneja con frecuencia la palabra en los sentidos siguientes: 1) Como asociación particular y con fines reducidos (sociedad de autores, etc.). 2) Como asociación con fines mercantiles (sociedad anónima, sociedad limitada, etc.). 3) El sector de las clases elevadas (crónica de "sociedad" de diarios y revistas). 4) El conjunto de los problemas humanos, significando algo así como la sociedad global (en este sentido se habla de "problemas de la sociedad", etc.).

De la sociedad se puede hablar desde dos puntos de vista: 1) Entendiendo por tal lo que hay de común en toda forma de sociabilidad, desde la mera relación inicial, pasando por la situación y el grupo hasta las formas más amplias y complejas como el Estado y la sociedad global. 2) Analizando en concreto algunas de estas formas de sociabilidad.

Tradicionalmente, el concepto de sociedad ha sido absorbido dentro de la "sociedad política". Así, en la Edad Media no se distinguía entre sociedad y comunidad política (Estado y también Iglesia) en la que se consideraba indisolublemente integrado al individuo.

Más tarde aparece el Estado como más diferenciado y distinto de la "sociedad civil", al mismo tiempo que se afirma la dicotomía estado natural/sociedad (teorías del contrato social), así como la de individuo/sociedad. Esta última pareja y la relación entre sus elementos influyen en las distintas formas de concebir la sociedad.<sup>17</sup>

Respecto de la definición misma cabe hacerse esta fundamental distinción. En una dirección se situarían quienes definen la sociedad en función de la interacción individual o, para algunos "acción tal que, conforme a su significado subjetivo para el actor o actores, implica las actitudes y acciones de otros y está orientada hacia ellos en su curso". En la otra, quienes han subrayado especialmente los elementos autónomos de la sociedad considerada como realidad "sui generis".

Ha de observarse, sin embargo, que la anterior división no debe interpretarse necesariamente como antitética en términos de individualismo sociologismo: por ejemplo, si se tiene en cuenta el carácter de "realidad sui

---

<sup>17</sup> Comte, Augustin. Op. Cit. págs. 105 y 106.

géneris" que se afirma de la sociedad o, por otra parte, las formas o tipos de la interacción social.

En cualquier caso, la sociedad se considera como cierta totalidad: desde la humanidad misma hasta el grupo social (en el que "los miembros participan de las condiciones y elementos básicos de una vida común": pasando por cierto tipo de sistema social ("un sistema social... empíricamente autosubsistente... y que cumple todos los prerequisites funcionales esenciales de una persistencia prolongada será llamado una sociedad").

Desde la perspectiva simbólico-interaccionista se ha concebido la sociedad como el otro generalizado incorpore necesariamente toda la sociedad, pudiendo responder a determinados segmentos sociales".<sup>18</sup>

Desde un enfoque institucionalista, se comprende que al considerarse la sociología misma como la ciencia de las instituciones (E. Durkheim), la sociedad sea definida como "la suma total de las instituciones".

En Marx, el empleo del término sociedad parece haber tenido una connotación más bien descriptiva: "Formación social se refiere rigurosamente a niveles estructurales, y sociedad indica con frecuencia, descriptivamente, el dominio de las relaciones sociales". Puede decirse que la sociedad o formación social se define y explica, en el marco del materialismo histórico, en función del modo de producción y de la combinación de modos de producción.<sup>19</sup>

Desde la perspectiva del análisis de sistemas se ha equiparado a menudo la sociedad a un sistema social identificable (territorial, culturalmente, etc.). Frente a la presunta concepción autárquica (autosuficiente) de Parsons e introduciendo la categoría del "sentido" N. Luhmann define así la sociedad: "Un

---

<sup>18</sup> Durkheim, Emile. Op. Cit. pág. 695

<sup>19</sup> Parsons, Thomas. Op. Cit. pág. 696.

sistema de acción puede definirse funcionalmente como relaciones “de sentido” entre acciones, que reducen complejidad mediante la estabilización de una diferencia dentro/fuera.

La sociedad puede considerarse como un caso especial de tales operaciones del sistema allí donde pueda determinarse el ámbito de tal reducción. La sociedad es aquel sistema social que institucionaliza las reducciones fundamentales y básicas”.

Consecuentemente, la sociedad puede concebirse como “el sistema de todos los sistemas sociales (pasados, presentes y futuros) que dirige y regula por sí mismo la evolución social”.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Sancho Izquierdo, Miguel. Op. Cit. págs. 16 y 17.

## CAPITULO II. EL MATRIMONIO

### A. CONCEPTO

La palabra matrimonio deriva de la voz latina *matrimonium*, que significa "carga de la madre". A su vez la palabra "*patrimonio*" expresa carga del padre (*Patris Nimum*). El significado de ambas palabras es ilustrativo al respecto, pues lleva implícito el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia: el padre y la madre. El padre que debe proveer al sustento del grupo familiar, y la madre que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar. Las legislaciones del pasado, muy cercanas en el tiempo al momento actual señalaban entre los deberes derivados del matrimonio, esa distribución de funciones. Se tratarán los mismos al analizar los efectos del matrimonio.

Aunque el concepto de matrimonio es casi apriorístico, pues el común de los mortales puede expresar una idea sobre el mismo, existen tantas definiciones como autores que tratan el tema. Así en una concepción puramente legalista se ha dicho que "es el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley". Una concepción histórico sociológica expresa que el matrimonio "es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura". El punto de vista canónico estima que el matrimonio "es un sacramento de la Nueva Ley que confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer, y para engendrar y educar pía y santamente la prole".

Inspirado en las Partidas, Joaquín Escriche, define al matrimonio como "la sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen en vínculo indisoluble

para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte".<sup>21</sup> En términos semejantes definían los códigos para el Distrito y Territorios Federales del siglo pasado (1870 y 1884), por su marcada influencia del derecho español. La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 en su artículo 13, define con las mismas palabras de los códigos citados, cambiando únicamente la palabra indisoluble, por disoluble: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".<sup>22</sup>

La dificultad de encontrar un concepto unitario de matrimonio y expresar su definición es enorme. Estrictamente, es del todo imposible hallar una definición única o un concepto totalitario del matrimonio, válido para todas las épocas y lugares. Precisamente porque el matrimonio es tan variado como la cultura en la que se da, y porque los criterios doctrinales y legislativos ponen el acento en diversos aspectos de esa figura.

Se le ha definido desde el punto de vista biológico, sociológico, histórico, ético, espiritual, económico, religioso y legal, entre otros. El matrimonio efectivamente, puede contemplarse desde esa pluralidad de ángulos. Pero aún desde el simple punto de vista legal, no hay unidad de criterio, pues es al mismo tiempo un acto jurídico, que, una vez realizado, produce un estado, el cual es regido por un conjunto de normas que armónicamente organizadas constituyen una institución. ¿Cuál de los tres conceptos: acto jurídico, estado o institución se va a elegir para definir al matrimonio? La mayoría de los autores optan por el primero por ser la fuente y el origen de los otros dos. El matrimonio es, indiscutiblemente un acto jurídico.

---

21 Escribo Joaquín. Diccionario de la Lengua Castellana. Librería de la Rosa y Bouret. París. 1862, pág. 808.

22 Cif. Montero Duhat, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa México 1990. 4ª Edición, pág. 95 y 96.

Determinar si el matrimonio es un contrato o un acto jurídico de otra especie, un estado civil, o una institución, etc., es cuestión que se abordará con posterioridad al tratar la naturaleza jurídica del matrimonio.

Corresponde ahora, pese a su dificultad, ensayar un concepto del mismo: Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.

Este concepto corresponde a la figura del matrimonio dentro de nuestro derecho positivo. No pretende incluir todas las formas de matrimonio habidas en la historia, ni todos los casos particulares de matrimonios contemporáneos. Lo único quizá con validez universal sea la primera parte del concepto: "El matrimonio es la forma legal de constitución de la familia". No es desde luego la única forma legal. Posteriormente se analizará la figura de la adopción que es también una forma legal de constituir lazos familiares. Pero la forma legal que recoge los datos que otorga la naturaleza de creación de la familia: la unión de los sexos, es el matrimonio.

En el concepto expuesto señalamos que el matrimonio establece un vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo. No tiene esta expresión validez universal en razón de que han existido y aun subsisten en pueblos de cultura musulmana, matrimonios poligámicos; no es pues, vínculo entre dos personas únicamente: y en cuanto a la diferencia de sexos, modernamente empiezan a surgir formas aberrantes de matrimonios homosexuales.

Siguiendo con el análisis de nuestro concepto, la expresión de que "el matrimonio crea una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas" presenta también sus excepciones. No existirá, por ejemplo, comunidad de vida permanente en el matrimonio "en el artículo mortis" (si

realmente muere el cónyuge desahuciado): ni se establecen derechos y deberes recíprocos en las legislaciones, sobre todo del pasado, en que existía una preponderancia del varón sobre la mujer.

Un concepto unitario y totalizador del matrimonio, válido para todos los lugares y épocas, es del todo difícil, cuando no imposible de obtener. Válido es, sin embargo, el concepto genérico del mismo: "Forma legal de constituir la familia a través de la unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una Comunidad regulada por el Derecho".<sup>23</sup>

Por ser el matrimonio la forma casi universal de constituir la familia, el panorama histórico del mismo coincide con el de la familia.

El estudio de la evolución del matrimonio a través de la historia nos proporciona también el conocimiento de la situación ancestral de desigualdad de trato entre las personas de ambos sexos, el predominio del varón y el sojuzgamiento de la mujer. Si esto ha sido patente en todo tipo de relaciones, asume su forma más aguda en el matrimonio.

Los estudios antropológicos y sociológicos entre otros, con respecto a la evolución del matrimonio y de las sociedades mismas no presentan de ninguna manera unidad de criterio. En buena parte porque no es posible remontarse con veracidad en la noche de la historia sin datos auténticos verdaderamente comprobables; por otra parte, porque la evolución de las sociedades humanas ha presentado características diferentes en los diversos lugares de la tierra y en las distintas etapas históricas. A falta de datos ciertos de la organización de las sociedades primitivas, los estudiosos de la materia toman en consideración las formas actuales de grupos étnicos que han permanecido al margen de la civilización (La Polinesia, lugares de América, de África o de Asia, muy apartados

---

<sup>23</sup> Mommsen Ouhart, Sara. Op. Cit. pág. 97 y 98

de los demás pueblos), o simplemente elaboran teorías basadas en los poquísimos vestigios que se han encontrado de pueblos primitivos y en suposiciones de cómo debieron ser esas arcaicas culturas.

La teoría tradicional acerca del comportamiento sexual de los primeros humanos nos habla de una total promiscuidad en la que los hombres no se dejan guiar mas que por su instinto, el que satisfacen cuando surge y con la pareja que esté a mano. Y al hablar de la promiscuidad, los científicos emplean ya expresiones discriminatorias: "el macho se satisface en cualquier hembra".

Estas y otras expresiones acerca de la relación sexual suponen un solo sujeto con instinto que satisface "en" y no dos sujetos que satisfacen recíprocamente su instinto sexual. Y a lo largo de toda evolución de la figura matrimonio vamos a encontrar la misma actitud, real o figurada por los que la estudian: el varón viola, rapta, compra, se disputa, cambia, persigue, repudia, posee, se apropia de la mujer. Conductas activas y dominantes del macho contra a la supuesta o real pasividad de la hembra. ¿Deriva pues, la dominación masculina del primitivo instinto sexual que era brutalmente satisfecho sin importar la voluntad de la hembra? Oscuros son los orígenes de la prepotencia masculina, pero la misma ha impregnado la historia de la humanidad hasta el presente siglo en que, incipiente, dispersa y desorganizadamente, empieza a despertar la conciencia femenina. Largo camino le toca recorrer a la mitad de la humanidad (las mujeres) en la lucha por el logro de sus derechos; de no ser más objeto de propiedad del varón, dependiente y minusvaluada.

El matrimonio ha sido, en su forma tradicional, la institución más falazmente opresora de la condición femenina, revestido con todos los ropajes culturales de seducción (la tradición, la moral, los convencionalismos, la "gloria" de la maternidad, la protección del fuerte al débil, el amor romántico, la dulzura del servicio a los demás, el ser el ángel del hogar, etc., etc.); a él aspiran consciente o inconscientemente todas las jóvenes. Y el resultado final en la inmensa mayoría,

es la frustración (reconocida y con frecuencia negada, pero totalmente cierta) en la vida de las parejas.<sup>24</sup>

Mas no es el matrimonio en sí el que frustra tanto a hombres como a mujeres, sino el matrimonio en su forma tradicional, en el que existe desigualdad de condiciones, en el que la mujer se supedita y se pone al servicio de todos los miembros de la familia. Un matrimonio en condiciones de igualdad, en que ambos cónyuges colaboren en todos los aspectos de la vida en común es, por el contrario, fuente permanente de satisfacciones. A ese tipo de matrimonio tienden las legislaciones modernas a establecer la igualdad de derechos. La lucha estriba en la enorme fuerza de la tradición contra la que hay que combatir con todas las armas de la educación y de la cultura.

La importancia de la unión intersexual de la pareja y la consecuente procreación de los hijos que da origen a la organización familiar, base y fundamento de la sociedad, ha motivado que se le preste especial atención, tanto desde el punto de vista religioso como desde la perspectiva jurídica. Por tal motivo, sin retrotraernos a tiempos prehistóricos nos remontaremos a períodos lo suficientemente lejanos, de modo que la información que de ellos contamos nos permita observar su trascendencia en nuestra presente organización. Así, tomaremos como punto de partida el origen de la reglamentación jurídica del matrimonio, como antecedente de la actual.

En Roma, el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos; de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la de un estado de vida de la pareja, al que el Estado otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio: sólo era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja.

---

<sup>24</sup> Cit. Montero Duhal, Sara. Op. Cit. pág. 98 y 99.

Si bien es cierto que la celebración a propósito del acto era frecuente, ésta revestía carácter religioso, no jurídico. Con ella comenzaba el nuevo estado, aunque tal ceremonia tampoco fuera indispensable; de aquí que hubiera varias formas de iniciar el matrimonio: desde la ceremonia romana en sus diferentes ritos y la compra de la mujer, hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido, o la ausencia total de formalidades en el matrimonio por usus.

Con el cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la iglesia y el registro de la ceremonia en actas parroquiales, con lo que el matrimonio adquiere una forma determinada de celebración, que permitió distinguir claramente la unión matrimonial de otras uniones como el concubinato. Pero no obstante que la celebración se hizo indispensable para que hubiera matrimonio como lo estableció el Concilio de Trento la iglesia siguió distinguiendo el simple matrimonio celebrado (*rato*) del matrimonio consumado por la unión real de los cónyuges. Así se daba el caso de que no obstante haberse celebrado el matrimonio, no hubiera tal por no existir la relación sexual, circunstancia que lo colocaba como *matrimonio ratum vel no consumatum*.

A partir de las peculiaridades de esta evolución, Carlo Jemolo hace una distinción entre matrimonios constituidos y matrimonios celebrados. Para él, "los matrimonios constituidos son aquellas uniones que conforman un género de vida, independientemente de ser precedidos o no por una ceremonia, y son matrimonios celebrados las uniones precedidas por ceremonias creadoras del vínculo, sin que sea necesario, para que existan los derechos y deberes consiguientes, que a la celebración siga una relación carnal en la pareja o un estado de convivencia".<sup>25</sup>

Para algunos países que la adoptaron, esta distinción entre dos tipos de matrimonio hizo prevalecer el matrimonio celebrado desde el Concilio de Trento, un sistema de legislación civil. Tal fue el caso de España y consecuentemente de

---

<sup>25</sup> Mortzoro Duhañ, Sara. Op. Cit. pág. 97 y 98.

sus colonias en virtud de un decreto de Felipe II y, para otras naciones, el reconocimiento de efectos al matrimonio religioso, como en el caso de Italia, al mismo tiempo de la celebración laica.

Con la Revolución Francesa, por primera vez se efectúa la laicización del matrimonio, de modo que el único matrimonio válido es el celebrado ante la iglesia o bien ante los funcionarios del estado civil.

En tiempos recientes se ha tratado de retornar al tipo de matrimonio constituido. Así lo reglamentan, entre otros, Cuba, algunos Estados de los Estados Unidos de América y el Estado de Tamaulipas, en México, con el llamado matrimonio por comportamiento. En el fondo no se trata sino de reconocer al concubinato los mismos efectos que al matrimonio celebrado con las formalidades legales. Resultado similar han venido a tener las últimas reformas al Código Civil vigente para el Distrito Federal, al igualar a los concubinos con los casados, en los derechos a la sucesión y a los alimentos.

Para atender el problema de la definición del matrimonio, es necesario tener presente que este término implica fundamentalmente dos acepciones:

1. Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.

2. Como Estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

Si consideramos que del acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisociables e integrantes de una sola institución que es el matrimonio, en términos generales éste puede definirse como un acto jurídico

complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

El hecho de arribar a tal abstracción conceptual del matrimonio implica la revisión de diversos conceptos a él vinculados, como la voluntad de los contrayentes y los diversos momentos y hechos históricos que van determinándolo en el tiempo y conforman la explicación sobre su naturaleza jurídica.

En todos los casos de matrimonio celebrado, el papel de la voluntad de los contrayentes ha sido determinante; no así en otros sistemas, ajenos al nuestro, en los que se dan casos como los de los matrimonios por venta de la mujer, raptó y acuerdo de los progenitores.

En los sistemas jurídicos occidentales ha sido siempre indispensable la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el ministro de la iglesia o el oficial del registro civil.

Esta circunstancia ha llevado a concluir que el matrimonio es un acuerdo de voluntades y por lo tanto, constituye un contrato.

No cabe duda de que el acuerdo de voluntades es indispensable para que se realice el matrimonio: tanto los autores, como la autoridad eclesiástica han reconocido el carácter voluntario y libre de la unión matrimonial. Así, tradicionalmente se identificó todo acuerdo de voluntades como un contrato y, para distinguirlo del acto religioso considerado también como un sacramento las autoridades políticas, tanto de la Revolución Francesa como los legisladores de nuestras Leyes de Reforma, concibieron al matrimonio como un contrato, un contrato de naturaleza civil.

En México, la promulgación y publicación de leyes como la del 27 de enero de 1857, que establecía para toda la República el registro del estado civil, y

la del 27 de julio de 1859 sobre el matrimonio, le dieron por primera vez el carácter de acto laico, totalmente ajeno a la autoridad eclesiástica, y lo que denominaron contrato, concepción con la que pasó a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. De igual manera en el Código Civil para el Distrito Federal de 1870 se reglamenta el matrimonio y se le instituye con el carácter eminentemente contractual, laico y civil.

Al matrimonio no sólo se le ha considerado como contrato a partir de actos de afirmación política, sino que también importantes tratadistas le han dado tal denominación. Señalan, además, que se trata del contrato más antiguo: al ser el origen de la familia, lo remontan hasta los albores de la humanidad.

El concepto del matrimonio como contrato tiene una larga tradición doctrinal y cuenta con defensores importantísimos, tales como Marcel Planiol quien lo define como "la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión".<sup>26</sup>

Sin embargo, más recientemente otros autores han objetado el carácter contractual del matrimonio, sin desconocer el papel que la voluntad de los contrayentes juega en su celebración. Entre estos autores figuran:

a) León Duguit, quien sostiene que "el matrimonio constituye un acto jurídico condición; es acto jurídico porque es una declaración de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos. Es condición en tanto resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos y deberes que no pueden ser alterados por las partes".<sup>27</sup>

b) Antonio Cicu, quien manifiesta que "el matrimonio no es un contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea; para que exista el

---

<sup>26</sup> Planiol Marcelo y otros. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo II. Editorial Cultural. Cuba. 1946. pág. 57.

<sup>27</sup> Cfr. Baquero Rojas, Edgard y otra. Derecho de Familia y Sucesiones Editorial Hada. México. 1990. pág. 36 a 39.

matrimonio se requiere que éste sea declarado por el oficial del registro civil. Por lo tanto, aunque haya acuerdo de los interesados éste no es suficiente, puesto que sin el oficial de registro civil no hay matrimonio. Así el matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del Estado".<sup>28</sup>

c) Houriou y Bonnacase, por su parte sostienen que "el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración".<sup>29</sup>

En síntesis, los diversos autores, distinguen en el matrimonio estas características:

- a) Es un acto solemne.
- b) Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado.
- c) Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil.
- d) En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones queridas o no.
- e) Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.
- f) Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

---

<sup>28</sup> Cicu Antonio. El Derecho de Familia. Editorial. Ediar. Buenos Aires. 1974. pág. 305 y 306.

<sup>29</sup> Bonnacase Jüsen. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial José M. Cañica. Jr. 1945. pág. 505.

## **B. REQUISITOS.**

Abordar este tema implica que nos ubiquemos dentro de la segunda etapa del matrimonio, señalada como la de la celebración propia del acto matrimonial, subsecuente a la etapa de los esponsales, así como en los requerimientos imprescindibles para su realización legal.

Los requisitos indispensables que deben cubrirse para la celebración del matrimonio se agrupan en requisitos de fondo y requisitos de forma.

Los requisitos para la celebración del matrimonio no deben confundirse con los elementos de existencia o de validez, pues aun cuando la falta de alguno de dichos requisitos puede producir la inexistencia o la nulidad del acto matrimonial, su división no coincide con la clasificación de los elementos esenciales del acto jurídico matrimonial.

Los requisitos de fondo son aquellas características que afectan a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de realizar un matrimonio válido y la celebración del acto matrimonial:

1. Diferencia de sexo.
2. Pubertad legal.
3. Consentimiento de los contrayentes.
4. Autorización familiar (padres, tutores) o suplencia por la autoridad judicial o administrativa.
5. Ausencia de impedimentos.

Diferencia de sexo. Aun cuando no se haga de manera expresa, la ley exige que el matrimonio sólo se de entre un hombre y una mujer, ya que esa es una institución creada precisamente para regular la relación sexual entre personas

de distinto sexo. "Así en nuestro sistema social y jurídico no caben las especulaciones dadas en otras latitudes sobre la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la procreación ha sido considerada como uno de los fines principales del matrimonio".<sup>30</sup> Aunque la capacidad para procrear no sea indispensable, piénsese en personas de edad avanzada que efectúan el acto matrimonial, aquél fin en ningún caso podría alcanzarse entre personas del mismo sexo, aunque tuviera lugar la comunidad de vida íntima, típica del matrimonio. Los individuos que por malformaciones fisiológicas no son aptos para la relación sexual, tampoco lo son para contraer matrimonio, tal ha sido la opinión de la jurisprudencia y doctrina.

Primeramente, debe entenderse por pubertad la aptitud para la relación sexual y la procreación, y por pubertad legal, la edad mínima que fija el Código para poder celebrar el matrimonio, considerando que ya se tiene la aptitud física para la procreación.

La pubertad legal la fija el Código Civil para el Distrito Federal en 16 años para el varón y 14 para la mujer. Estas edades pueden coincidir o no con la realidad fisiológica individual. En nuestro medio es frecuente que la pubertad se anticipe a las edades señaladas por el Código; es por eso que se prevé el caso de dispensa cuando hay motivo que, por lo general es el embarazo anticipado al matrimonio, como sucede en los casos de mujeres menores de 14 años y de varones menores de 16 años.

En nuestro tiempo y dentro de nuestra cultura el matrimonio no se concibe sin el consentimiento de los contrayentes, pues se trata de un acto jurídico que, por lo mismo requiere de la manifestación de la libre voluntad, certeza y capacidad de los contrayentes; esto es, de la manifestación de la voluntad libre de todo vicio para que pueda válidamente expresarse.

---

<sup>30</sup> Autores citados por Baquero Rojas, Edgard. Op. Cit. pág. 40 y 41.

La ausencia de consentimiento implica necesariamente la inexistencia del matrimonio. Dicha ausencia puede darse en los casos de sustitución de alguno de los contrayentes, o de insuficiencia de poder, en el caso de representación para el acto.

Sin consentimiento no hay matrimonio, establece categóricamente el Código Civil francés. Para apreciar esta afirmación en todo lo que vale, debemos recordar que en otras épocas y en otros sistemas jurídicos, el consentimiento de los esposos no era y aún no es indispensable. Por ejemplo cuando los padres de los futuros esposos eran quienes concertaban los matrimonios desde la infancia de sus hijos, o cuando la mujer es comprada.

Las Naciones Unidas tienen abierto para su firma un protocolo mediante el cual se establece la obligatoriedad del consentimiento para la celebración del matrimonio, y sólo ha sido suscrito por menos de la mitad de las naciones del orbe; el mayor abstencionismo se encuentra en los países africanos y profesantes de la fe mahometana.

Autorización de los padres. Desde tiempos pretéritos, el matrimonio ha sido considerado de interés familiar y se ha requerido de la conformidad de la familia para su celebración, incluso entre los mayores de edad.

En la actualidad y en nuestro sistema jurídico, para la celebración del matrimonio sólo se requiere la autorización de quienes ejerzan la patria potestad, o la tutela, en el caso de los menores de 18 años.

La autorización o licencia para la celebración del matrimonio entre menores será facultad:

1. De los padres;

2. Del padre sobreviviente o del padre con el que viva la menor;
3. De los abuelos, a falta o imposibilidad de los padres;
4. De tutor, a falta de padres y abuelos que ejerzan la patria potestad;
5. Del Juez de lo Familiar, a falta de tutor;
6. Del Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, supletoriamente, cuando existan los ascendientes que ejerzan la patria potestad, pero nieguen su autorización para el matrimonio. (En los Estados, es facultad del gobernador y los presidentes municipales).

Para el caso de los menores de 16 y 14 años, tratándose de varón o mujer, además de la autorización citada se requiere dispensa de edad, que debe otorgar la autoridad administrativa cuando haya causa suficiente.

En nuestra opinión, la ley resulta incongruente al establecer dos autoridades para un mismo acto, sobre todo cuando es la autoridad administrativa la facultada para intervenir en caso de controversia entre el menor y sus representantes. Es de desearse que la facultad de resolver se reserve, en todo caso, al juez de lo familiar, no sólo en caso de ausencia de autorización, sino también y sobre todo en caso de oposición o negativa a otorgarla por parte de aquellos que deben darla.

### **Ausencia de impedimentos.**

Toda situación material o legal que impida un matrimonio válido puede ser considerada como un impedimento, si los autores señalan algunas situaciones específicas como requisitos de fondo para la celebración, es sólo para poner de manifiesto su trascendencia, pues ya la falta de edad y de autorización para los menores son considerados por el Código dentro de los impedimentos y la diferencia de sexos y el consentimiento se dan por supuestos; el primero en el concepto de matrimonio y el segundo al analizar las causas de nulidad entre los

que se encuentra el que la voluntad no haya sido libre la momento de la celebración. (También son impedimentos el raptó y la violencia).

Por impedimento debemos entender toda prohibición establecida por la ley para la celebración del matrimonio; esto es, toda circunstancia de tipo biológico, moral o jurídico por la cual se considera que el matrimonio no debe celebrarse.

### **Requisitos de forma para la celebración del matrimonio.**

Dentro de la Segunda etapa del matrimonio, que hace a la celebración propia del acto matrimonial, los requisitos de forma que deben satisfacerse se dividen en previos y concomitantes, o propios de la celebración y corresponden a dos momentos de la misma. Ambos constituyen el conjunto de formalidades que hacen que el matrimonio como acto jurídico se tenga por celebrado válidamente.

#### **Previos a la celebración.**

Trámites previos a la celebración del matrimonio. Consisten básicamente en satisfacer los requisitos que atañen a la solicitud que los interesados deben presentar ante el juez del registro civil, y en la que manifiestan:

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

A la solicitud deberán acompañar los siguientes documentos (artículo 98 del Código Civil para el Distrito Federal):

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

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

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

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

a). Los pretendientes.

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

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

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

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

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

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

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

3. El Juez, posteriormente:

- a) Procederá de inmediato a la redacción del acta en las formas especiales que, foliadas y por triplicado, harán constar todas las formalidades verbales anteriores, en los términos del artículo 103 del Código Civil para el Distrito Federal.
- b) Firmará el acta, junto con los contrayentes, los testigos y los padres o tutores, en su caso;
- c) Imprimirá las huellas digitales de los contrayentes;
- d) Entregará de inmediato una de las copias del acta a los ahora esposos.

### **Dispensa de impedimentos y suplencia de autorización.**

Ya hemos señalado que para que el matrimonio se celebre y surta sus efectos, no sólo se necesitan dos sujetos capaces de distinto sexo que expresan libremente su voluntad de unirse en matrimonio, sino que es necesario que entre ellos no existan impedimentos. Asimismo, vimos que nuestra legislación admite dispensas para cierto tipo de impedimentos.

Recordemos que la dispensa es una exención de carga, formalidad o condición, otorgada a determinada persona, por una autoridad pública.

Si existe un impedimento matrimonial, la dispensa será otorgada por el Jefe del Departamento del Distrito Federal o delegado, en los casos de:

- a) Falta de edad;
- b) Parentesco consanguíneo colateral en tercer grado (tío, sobrina); y,
- c) Tutoría o curatela.

La suplicia, recordemos, se refiere a la sustitución de la autorización del representante del menor, que por ley puede hacer la autoridad judicial o administrativa.

En el caso del matrimonio, la suplicia de la autorización por falta de representante la da el juez de lo familiar, que es la autoridad legalmente facultada para ello. En caso de negativa del representante, la suplicia corresponde a la autoridad administrativa.

Apuntamos también la necesidad de unificar a la autoridad competente para la dispensa y la suplicia en el matrimonio.

### **Oposición al matrimonio.**

En el caso de que antes de la celebración del matrimonio o durante su transcurso:

- a) Se presente alguna persona haciendo constar un impedimento;
- b) El juez personalmente conozca del impedimento;
- c) Reciba el juez una denuncia, aunque sea anónima, pero acompañada de una prueba documental;

El Juez del Registro Civil deberá:

- a) Levantar un acta en la que consten los pormenores del caso;
- b) Hacerlo saber a los interesados;
- c) Suspender el matrimonio; y,
- d) Remitir toda la documentación al Juez de lo Familiar, para que ante él se dilucide la procedencia o no del impedimento.

Las falsas denuncias sujetan al que las haga a las penas de falso testimonio, además del pago de las costas judiciales, y al de daños y perjuicios.

No se admiten denuncias anónimas si no van acompañadas de prueba documental.

### **C. CONSECUENCIAS.**

Una vez celebrada la ceremonia matrimonial con todos los requisitos de existencia y validez que la ley exige al respecto, surge para los contrayentes un nuevo estado civil, el estado de casados, mismo que está regulado por la institución matrimonial.

El estado de casados implica la aplicación imperativa de una serie de deberes recíprocos entre los cónyuges, que podemos analizar desde tres puntos de vista: en cuanto a sus personas, en cuanto a sus bienes y en cuanto a sus hijos.

**Consecuencias jurídicas en las personas de los cónyuges.**

**Derecho a la libre procreación.**

**Deber de cohabitación en el domicilio conyugal.**

**Derecho-deber de relación sexual.**

**Ayuda mutua.**

**Fidelidad.**

## **Igualdad jurídica entre cónyuges.**

### **D. EFECTOS.**

#### **D. 1. Consecuencias jurídicas en las personas de los cónyuges.**

Las mismas que se encuentran reguladas en el Título Quinto, capítulo III, en los artículos 162 a 177 del Código Civil vigente.

Una vez contraído el matrimonio, los cónyuges adquieren derechos y obligaciones que nacen a la constitución del mismo, en el que cada uno de los contratantes están obligados a contribuir a los fines del matrimonio, así como socorrerse mutuamente, decidiendo sobre el número y el espaciamiento de cada uno de sus hijos.

Detallándose más adelante todas y cada una de las consecuencias jurídicas en las personas de los cónyuges.

#### **Derecho a la libre procreación.**

El primer dato importante a señalar es, que en la legislación actual se establece la igualdad y reciprocidad de derechos y deberes entre los cónyuges. Así, ambos están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. En vista de ello los dos decidirán de mutuo acuerdo el número y espaciamiento de sus hijos. Perfecto, si tienen relaciones armónicas y se ponen de acuerdo al respecto ellos "tratarán" de tener tal número de hijos y el espaciamiento entre unos y otros pero la que decidirá será la Madre Naturaleza.

Por un lado no todas las parejas tienen la capacidad fecundante a su disposición, ni en favor ni en contra. Cuántas parejas desean hijos y éstos les son

negados, aunque así lo decidan y "contribuyan cada uno por su parte a su logro, como expresa el artículo 162 del Código Civil en otras ocasiones pese a los medios anticonceptivos usados, aún los más eficaces, surge el embarazo indeseado.

Hasta el momento no existen métodos anticonceptivos cien por ciento idóneos excepto los que provee la cirugía en uno o en otro de los cónyuges. Pero éstos no pueden considerarse propiamente medios anticonceptivos temporales sino la decisión definitiva de no procrear para el que realiza en su organismo tales medidas.

El derecho a la libre procreación que debe ser ejercido de mutuo acuerdo por los cónyuges puede dar lugar a serios conflictos entre la pareja. En defecto del recíproco acuerdo, si uno de los dos desea en contrario que haya o no procreación, ¿Cuál será la conducta a seguir?, ¿Puede por ejemplo, obligar el marido a su mujer a que se embarace, a que use ciertos anticonceptivos o inclusive a que aborte si ya está encinta?, ¿Podrá la mujer inseminarse en forma artificial ante la negativa de su cónyuge a procrear, o ante la esterilidad del mismo?, ¿Podrá cualquiera de ellos obligar al otro a tratarse médicamente para procurar la fecundación o, en su caso, para evitarla?

Cuestiones son todas estas correspondientes a la más delicada intimidad entre consortes. Si no se plantean y se resuelven de mutuo acuerdo, pueden llevar al rompimiento del matrimonio. La normatividad relativa es totalmente inoperante.

### **Deber de cohabitación en el domicilio conyugal.**

El siguiente derecho-deber entre los cónyuges es el de cohabitar. Deben vivir juntos en el domicilio conyugal. Este es el que ellos, de mutuo acuerdo escojan libremente para vivir.

La reciente reforma al artículo 163 del Código Civil consistió en determinar el domicilio conyugal con las siguientes palabras: "Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales".

No configura domicilio conyugal, según el criterio de la Suprema Corte, el domicilio de algún familiar o amigo de los consortes, aunque los cónyuges estén viviendo en el mismo.

Por domicilio conyugal se entiende el lugar en donde conviven los cónyuges y sus hijos, disfrutando aquellos de la misma autoridad y consideraciones, por lo que no basta para tener constituido un domicilio conyugal y pretender la incorporación a él de la esposa y de los hijos, que el marido se limite a señalar como lugar en que debe establecerse el hogar, la casa en que viven, sino que tienen que justificar que la misma es adecuada para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos derivados del matrimonio; lo que requiere, además de ciertas condiciones materiales como espacio, servicios, etc., la demostración de que es un domicilio propio y no el de algún familiar o amigo de los consortes.

Del deber de cohabitación en el domicilio conyugal solamente pueden eximir los Tribunales a uno de los cónyuges, con conocimiento de causa, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso (artículo 163 del Código Civil ).

Como consecuencia del divorcio demandado en base a las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, el juez ordena la separación de los cónyuges, persistiendo los demás deberes derivados del matrimonio (artículo 277 Código Civil) como medida cautelar.

Lo propio ocurre cuando el juez admite una demanda de divorcio en base a cualquiera de las otras causales (artículos 275 y 282 fracción II del Código Civil).

### **Derecho-deber de relación sexual.**

Independientemente de la procreación, los cónyuges tienen el derecho recíproco de entablar entre ellos relaciones sexuales. La ley no lo señala con estas palabras, sino expresando que ambos están coligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio. Uno de los fines del matrimonio, naturalmente aceptada en forma universal, es la relación sexual lícita entre los cónyuges. La negativa permanente y sin causa de uno de los cónyuges a tener relación carnal puede constituir causa de divorcio, la tipificada como injurias, de la que se tratará en el capítulo sobre divorcio.

### **Ayuda mutua.**

Es quizá esta consecuencia la de mayor trascendencia en el matrimonio, pues implica una serie de conductas variadas y permanentes de solidaridad entre los casados. Desde el punto de vista económico, ambos contribuirán 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 ese efecto según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a estos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar (artículo 164 del Código Civil).

La redacción del artículo 164 del Código Civil arriba transcrito es reciente en nuestro derecho (Decreto del 31 de diciembre de 1974). Con anterioridad a esta reforma la ley establecía obligaciones económicas diferentes para los cónyuges, de acuerdo con los roles tradicionales asignados a hombres y mujeres. Señalaba la obligación alimentaria a cargo del marido y sólo subsidiaria para la mujer, y a ésta le exigía los servicios de dirección y cuidado de los trabajos del hogar.

Tanto la redacción del actual artículo 164 del Código Civil como del derogado, desconocen, o mas bien niegan, el valor económico que representa la dirección y cuidado de los trabajos del hogar. Quizá una de las causas históricas determinantes de la situación de la inferioridad femenina frente al varón se deba a haberle negado secularmente valor económico al trabajo tradicional de la misma: la crianza y cuidado de los hijos, y los infinitos e interminables trabajos del hogar.

La redacción actual del multicitado artículo 164 del Código Civil debió incluir la expresión de que el cónyuge que desempeñe los trabajos del hogar, el cuidado de los hijos (casi siempre la esposa), está contribuyendo económicamente al sostenimiento del hogar con el desempeño de sus tareas, sin que desde luego, se establezca que esa es su tarea forzosa sino producto de acuerdo con su cónyuge. Mientras se le siga negando valoración económica a los trabajos mencionados, persistirá la situación de inferioridad de quien los lleve a cabo, por muy cotidianos, indispensables e imprescindibles que los mismos sean (que lo son, además).

La ayuda mutua entre consortes debe manifestarse no solamente en el terreno económico, sino también, de manera preeminente, en el terreno moral y afectivo. Mas estos aspectos escapan a la legislación. No puede ordenarse ni exigirse coercitivamente que los esposos se amen, se respeten, sean legales, indulgentes, corteses, amables entre sí. Y esas son precisamente las conductas que implican en esencia el estado de casados.

En el derecho de familia vemos manifestarse constantemente esta impotencia del derecho. Los familiares (cónyuges, padres-hijos, hermanos entre sí, cuando menos), debieran amarse, respetarse y comprenderse. Pero éstas son esferas pertenecientes a la moral, a la afectividad, a la buena crianza, a las cuales no alcanza el orden jurídico. Lo único que le cabe al derecho, ante la ausencia de esas conductas positivas entre familiares es, en muy limitados casos, extinguir los lazos familiares (divorcio, solamente o imponer sanciones como la pérdida de la patria potestad por ejemplo); pues los parientes consanguíneos lo son para toda la vida pese a sus conductas aberrantes o desnaturalizadas en ciertos casos.

### **Fidelidad.**

El deber de fidelidad está implícito dentro de la regulación del matrimonio, pues, aunque no expresado con las palabras "los cónyuges se deben recíproca fidelidad", el incumplimiento del mismo, el adulterio, lo recogen las leyes: el Código Civil al establecerlo como causa de divorcio (artículo 267 fracción I), el Código Penal señalándolo como delito (artículo 273) cuando el adulterio se comete en el domicilio conyugal o con escándalo.

Significa la fidelidad, la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí y la violación a la misma implica un ataque a la lealtad, que puede herir muy gravemente los sentimientos del cónyuge ofendido, hasta el grado de terminar con la relación conyugal por divorcio.

El deber de fidelidad ha estado siempre presente en los sistemas jurídicos que consagran la monogamia, aunque no es sino hasta el presente, en que se exige en forma recíproca para ambos cónyuges. La fidelidad ha sido siempre un deber absoluto para la mujer y su incumplimiento, sancionado con terribles penas incluyendo la muerte por lapidación que nos relata la historia antigua.

El adulterio del varón, por el contrario, fue tolerado (y hasta celebrado como muestra de virilidad). Por lo que toca a nuestro derecho, no es sino hasta la entrada en vigor del Código Civil actual en que se consagra la norma igualitaria del adulterio como causa de divorcio. Todavía la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, que fue tan avanzada para su época y que eliminó la potestad marital, discriminaba en razón de la causal del divorcio por adulterio, con la siguiente norma: artículo 77 (Ley de Relaciones Familiares.):

“El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurren algunas de las circunstancias siguientes: I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común; II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal; III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; IV. Que la adúltera haya maltratado, de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos, a la mujer legítima”.

### **Igualdad jurídica entre cónyuges.**

A más de los ya transcritos artículos 162 y 164 del Código Civil que nos hablan respectivamente de la decisión en común con respecto a la procreación y a los deberes de carácter económico dentro del hogar, el código establece la igualdad en aspectos de carácter moral y en las conductas con respecto a los hijos, así el artículo 168 del Código Civil expresa:

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

Esta última disposición en el sentido de que el juez resolverá, no es mas que una utopía, un buen deseo del legislador de que los casados ocurran a los buenos oficios de un tercero (el juez) para que dirima los desacuerdos entre los cónyuges. Si no se ponen de acuerdo en algo tan importante como es la formación o educación de los hijos ¿van a estar de acuerdo en concurrir ante el juez presentándole sus dificultades? Trata de darle el legislador al juez, el importante papel de consejero matrimonial, y, si bien esto sería lo deseable, está fuera de nuestra realidad y de nuestras costumbres.

Las consejerías matrimoniales ya funcionan y cumplen con su positivo papel en otros lugares (Estados Unidos, por ejemplo), mas no están a cargo estrictamente de los jueces, sino de otras instituciones, normalmente privadas. Sería muy conveniente que existieran en nuestro país, como un servicio otorgado por el Estado o por las organizaciones privadas filantrópicas, pues, dado nuestro subdesarrollo, si fueran onerosas, estarían fuera del alcance de las clases medias y populares que son las que configuran el gran por ciento de nuestra población.

Otra norma igualitaria consiste en el derecho que tienen ambos cónyuges de desempeñar cualquier actividad excepto las que dañan la moral o la estructura de la familia. En este caso, cualquiera de los dos puede oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate, y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición (artículo 169 Código Civil). En lo relativo a este artículo, la decisión del juez no tiene ninguna fuerza obligatoria, pues el incumplimiento de la decisión judicial respectiva, no da causa de divorcio como si se configura la causal en el desacato a la decisión judicial de que nos hablan los artículos 164 y 168 del Código Civil, en el hipotético caso de que hubieren concurrido los cónyuges al arbitrio judicial.

La verdad es que, en todas estas cuestiones que significan la comunidad de vida, si no existe el mutuo acuerdo entre marido y mujer, se darán cualquiera de estas dos circunstancias: la imposición de hecho de una voluntad

sobre la otra, con la consiguiente frustración de quien resulte sojuzgado, o la desarmonía originada por dos distintas posiciones, opuestas entre sí y que conducen lentamente a la quiebra del matrimonio. Una vez más expresamos que, en la intimidad de la vida conyugal y del hogar, el derecho es inoperante, ya sea a través de sus normas o de la intervención judicial.

Con respecto al manejo a los bienes propios de cada uno de los cónyuges, ambos son libres para administrar, contratar, disponer y ejercer las acciones y excepciones que les correspondan, sin intervención de su pareja. Solamente si son menores de edad, necesitarán autorización judicial para actos de dominio con respecto a sus bienes.

Existe en el código una norma que ya debió ser derogada por la limitación de ejercicio que impone a las personas en razón de su estado de casados, nos referimos al artículo 174 del Código Civil, que a la letra dice:

Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración.

La redacción de este artículo corresponde a las reformas que tuvieron lugar en diciembre de 1974, con motivo de la celebración en México del Año Internacional de la Mujer, en 1975, Decretado por la Organización de Naciones Unidas, en la cual se obligaban los países firmantes, México entre ellos, a eliminar de sus leyes todos los principios discriminatorios de la mujer.

Antes de la reforma, el citado artículo expresaba que: "La mujer necesitaba autorización para contratar con su marido, excepto cuando el contrato fuese el de mandato". Esta norma contenía un supuesto sentido protector hacia la mujer en contra de su marido, para evitar que éste pudiera lesionar el patrimonio de la misma cuando estaban casados bajo el régimen de separación de bienes,

pues, cuando el mismo era el de sociedad conyugal, el marido era el administrador legal. Y decimos supuesta protección, porque se permitía a la mujer realizar el contrato de mandato, simplemente así, el de mandato, no como dice actualmente el mencionado artículo "mandato para pleitos y cobranzas y actos de administración". La otra clase de mandato que existe es para actos de dominio y, si el mismo estaba permitido, mediante ese contrato realizarlo entre marido y mujer, ésta le otorgaba plenas facultades a su cónyuge para disponer libremente de sus bienes ¿Fue sin error involuntario, aunque grave del legislador, dejar esta norma?, o ¿Fue simplemente una argucia para aparentar proteger a la mujer, dejando sin embargo la oportunidad al marido de manejar a su antojo los bienes de su esposa?

Lo cierto es que el legislador de 1974, cambió sólo la redacción del artículo de marras extendiendo la necesidad de la autorización judicial para contratar entre cónyuges, a ambos. Bien, la cuestión es idéntica; un contrato es una relación jurídica entre dos sujetos y si uno necesita autorización para contratar, el otro también está limitado en razón de la misma autorización. Decir que los dos necesitan de autorización es decir exactamente lo mismo.

Lo indebido de esta norma es que limita la capacidad de ejercicio de los casados sin ninguna razón aparente, o es que todavía se quiere proteger a un cónyuge contra el otro? La norma es absurda, pues los mayores de edad tienen plena capacidad de ejercicio, la cual no debe ser limitada en razón de su estado civil.

En el mismo sentido limitativo de la voluntad de los cónyuges está redactado el artículo 175 del Código Civil, que a la letra dice:

"También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el

otro obtenga su libertad. La autorización, en los casos a que se refieren éste y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges”.

Cabe preguntar ¿Cuáles son los elementos que normarán el criterio del juez cuando ambos cónyuges van a solicitar la autorización?, ¿No podrán éstos exponerle cuantas razones les parezcan convenientes (verdaderas o falsas) para obtener la misma? La obtención de tal autorización no redundará mas que en perjuicio de los consortes, por la actividad y el tiempo que tienen que dedicar a esa diligencia, a más de saturación de las actividades del juez, y por ende, retraso en la administración de justicia que “debe ser expedita” de acuerdo con el artículo 17 constitucional.

En resumen, esas normas innecesarias, indebidas y estorbosas deben ser derogadas.

Por último, la prescripción no corre entre consortes, aunque el marido y la mujer, durante el matrimonio, puedan ejercitar los derechos y acciones que tengan uno contra el otro (artículo 177 Código Civil).

## **D. 2. Consecuencias jurídicas en cuanto a los hijos.**

Los hijos de mujer casada tienen la calidad de hijos de matrimonio. El matrimonio subsecuente de los padres que ya han procreado tiene por objeto legitimar a los hijos habidos antes del matrimonio. Estas son las consecuencias, que trae el matrimonio con respecto a los hijos de pareja casada.

Estas consecuencias con respecto a los hijos tuvieron importancia en el pasado en nuestro derecho, y todavía en algunos órdenes jurídicos (España, por ejemplo), la sigue teniendo en virtud del diferente tratamiento que la ley da a los hijos en razón de su origen. México ha eliminado la desigualdad de trato con

motivo de la filiación matrimonial o habida fuera del matrimonio. Una vez establecida la filiación, los hijos son simplemente hijos, sin ningún calificativo de legítimos, naturales, espurios, etc., usuales en otras épocas. Si mantiene la distinción única de "matrimoniales" o "habidos fuera de matrimonio" es derivada de la distinta manera como surge la filiación. Por razón de matrimonio, los hijos habidos durante la vigencia del estado matrimonial y hasta trescientos días después de extinguido el mismo, nacen con paternidad cierta: el marido de la madre es el padre de los hijos que la misma dé a luz.

Para que se establezca la paternidad de los hijos habidos fuera de matrimonio se necesita una de las dos formas legales siguientes: reconocimiento voluntario de parte del padre, o imputación forzosa de paternidad impuesta por sentencia en un juicio de investigación de la paternidad.

### **D. 3. Consecuencias jurídicas en cuanto a los bienes de los cónyuges.**

Se expresó en su oportunidad que el matrimonio tenía por objeto establecer una comunidad de vida total y permanente entre los cónyuges.

Las consecuencias jurídicas que surgen por esta comunidad de vida son de dos órdenes: personales y patrimoniales.

#### **Regímenes patrimoniales del matrimonio.**

Estos regímenes son dos en nuestro derecho: separación de bienes y sociedad conyugal. De la combinación de ambos puede surgir un régimen mixto: parte de los bienes en sociedad conyugal y la otra parte con bienes propios de cada uno de los dos esposos, o de sólo uno de ellos.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio toman el nombre en nuestro derecho de Capitulaciones Matrimoniales, expresión castiza con la que se designa al contrato de matrimonio con respecto a los bienes.

### **Sociedad conyugal.**

Regulada en el Código Civil en los artículos 183 a 206 del Código Civil inclusive se entiende por tal el régimen patrimonial mediante el cual los cónyuges son dueños en común de los bienes incluidos dentro de la sociedad conyugal. La misma puede ser total o parcial. Será total cuando estén comprendidos dentro de la sociedad todos los bienes presentes y futuros de los consortes, así como los productos de los mismos. Será parcial cuando se establezca distinción entre las clases de bienes que entrarán a la sociedad, segregando algunos de ellos, igual con respecto a los productos.

Señala el artículo 184 del Código Civil, que "la sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él. Puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los bienes futuros que adquieran los consortes".

Cuando los bienes que aporte alguno o ambos cónyuges sean de carácter inmueble o bienes muebles de los llamados preciosos, deberán constar las capitulaciones en escritura pública para que surtan efectos con respecto a terceros. La constitución de la sociedad conyugal significa auténticamente una transmisión de bienes, no a la sociedad conyugal, que no es una persona jurídica, sino al otro cónyuge en un cincuenta por ciento. En razón de ello, todos los bienes que requieran para su transmisión de escritura pública, será necesario otorgarla en esta forma al realizar la sociedad conyugal.

Al iniciar la regulación de la sociedad conyugal, el artículo 183 del Código Civil, estipula que "la sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones

matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones del contrato de sociedad”.

### **Separación de bienes (artículos 207 a 218 del Código Civil).**

La separación de bienes puede ser pactada con anterioridad al matrimonio o durante el mismo, por convenio entre los consortes, o por sentencia judicial que declare extinguida la sociedad conyugal.

Al igual que la sociedad conyugal, puede incluir tanto los bienes presentes como los futuros de cada uno de los cónyuges, así como sus productos. Si no se incluyen todos los bienes y sus productos, la separación será parcial y habrá que crear la sociedad conyugal con los bienes restantes de acuerdo con los requisitos exigidos al respecto.

Los cónyuges pueden libremente cambiar, durante su matrimonio el régimen de separación de bienes por el de sociedad conyugal, debiendo al respecto cumplir con todos los requerimientos legales que exige la constitución de la misma y, si uno o los dos cónyuges fueren menores requieren del consentimiento de las personas que lo otorgaron para su matrimonio.

Cuando durante el matrimonio se cambie el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes, se necesitará levantar escritura pública si los bienes son inmuebles.

Una norma totalmente innecesaria es la que consigna el artículo 211 del Código Civil:

“Las capitulaciones que establezcan separación de bienes, siempre contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio, y nota especificada de las deudas que al casarse tenga

cada consorte." ¿Supuso el legislador que, al establecer la comunidad de vida derivada del matrimonio podría haber confusión respecto a la propiedad de los bienes pertenecientes a cada uno de los consortes?

En el régimen de separación de bienes pudiera darse el caso de que los cónyuges recibieran en común ciertos bienes a título gratuito (donaciones, herencias o legados), o por don de la fortuna. Si esto sucede mientras se hace la división, los bienes serán administrados por ambos, o por uno de ellos de acuerdo con el otro; el administrador será considerado como mandatario (artículo 215 del Código Civil).

El usufructo legal derivado del ejercicio de la patria potestad que en común ejerzan los cónyuges, será dividido entre ellos por partes iguales.

Prohíbe la ley que entre cónyuges se cobren retribuciones, ni honorarios de ninguna clase por los servicios, consejería o asistencia que se prestaren (artículo 216 del Código Civil), aunque sí serán responsables recíprocamente de los daños y perjuicios que se causaren por dolo, culpa o negligencia (artículo 218 del Código Civil ).

#### **D. 4. CONSECUENCIAS SOCIALES DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FAMILIARES DE LOS PADRES Y DE LOS HIJOS.**

El incumplimiento de las obligaciones familiares, trae como consecuencia la desintegración de la familia, manifestándose jurídicamente en el Divorcio, Pérdida de la Patria Potestad; así como en la pérdida de derechos de familia.

En este capítulo estudiaremos el divorcio como parte de las consecuencias sociales del incumplimiento de las obligaciones familiares.

El divorcio, es la forma legal de extinguir el matrimonio válido sólo puede ser decretado por autoridad competente, en base a las causas específicamente señaladas en la ley; tiene como consecuencia directa desvincular a los cónyuges dejándolos en libertad de contraer un nuevo matrimonio válido.

La separación produce las siguientes consecuencias jurídicas:

- a) Extingue el deber de cohabitación y el débito conyugal.
- b) Persisten los demás derechos deberes del matrimonio: fidelidad, ayuda mutua, patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal y su administración conforme a lo pactado, salvo que la causa sea enajenación mental y que el administrador haya sido el enfermo.
- c) Custodia de los hijos por el cónyuge sano (artículo 238 fracción III del Código Civil. ).

La persistencia de ciertos deberes entre los cónyuges separados judicialmente presenta una peculiar problemática jurídica que analizaremos de inmediato.

a) El deber de fidelidad. El divorcio separación extingue el débito sexual entre los cónyuges; obliga en consecuencia a ambos a una forzada castidad legal. El cónyuge que entabla relaciones sexuales con tercero, comete el delito de adulterio.

b) Paternidad y filiación: El hijo de la mujer casada y separada judicialmente, que nazca dentro de los trescientos días contados a partir de la orden judicial de separación , se reputa hijo de matrimonio con certeza de paternidad ( artículo 324, fracción II del Código Civil). Si el hijo nace después de transcurridos trescientos días de la orden judicial de separación, nacerá también

con paternidad cierta con respecto al marido de su madre; pero en este caso la ley permite al marido desconocer a este hijo en base al artículo 327 del Código Civil, que señala:

El marido podrá desconocer al hijo después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de este, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

Esta regla es genérica para todos los casos de separación que prevé el Código y que opera en toda demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio como medida provisional, de acuerdo con los artículos 272 y 282 del Código Civil.. Más la presunción de paternidad a que hemos hecho referencia funciona con más firmeza en el caso de la separación judicial como forma de divorcio que no extingue el deber de fidelidad que se deben los cónyuges aunque vivan separados.

c) La ayuda recíproca. El divorcio separación no extingue el deber de ayuda recíproca como lo expresa el artículo 323 del Código Civil al tenor siguiente:

El cónyuge que se haya separado del otro sigue obligado a cumplir con los gastos a que se refiere el artículo 164 del Código Civil. En tal virtud , el que no haya dado lugar a ese hecho, podrá pedir al Juez de los Familiar de su residencia, que obligue al otro a que le ministre los gastos por el tiempo que dure la separación en la misma proporción en que lo venía haciendo hasta antes de aquella, así como también satisfaga los adeudos contraídos en los términos del artículo anterior.

Si dicha proporción no se pudiere determinar, el Juez según las circunstancias del caso, fijará la suma mensual correspondiente y dictará las

medidas necesarias para asegurar su entrega y de lo que ha dejado de cubrir desde que se separó.<sup>31</sup>

Una vez que la sentencia que decreta el divorcio causa ejecutoria se inician las consecuencias que trae consigo la disolución del matrimonio. Estas consecuencias tienen una triple naturaleza: en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a los bienes de los mismos y en cuanto a sus hijos que a continuación se detallan:

a) En las personas de los cónyuges.

El efecto directo del divorcio es la extinción del vínculo conyugal. Los antes cónyuges dejan de serlo y adquieren su libertad para contraer un nuevo matrimonio válido. El cónyuge declarado inocente puede contraer un nuevo matrimonio de inmediato; la cónyuge inocente deberá esperar trescientos días para volver a casarse.

Este plazo de trescientos días empezará a contarse a partir de la fecha en que el Juez ordenó la separación judicial, o sea, al admitir la demanda o antes si hubo urgencia en la separación. El plazo de trescientos días que pide la ley con respecto a la mujer que quiere contraer un subsecuente matrimonio tiene por objeto evitar la confusión de paternidad con respecto al hijo que la mujer pueda dar a luz en los plazos que la propia ley señala para imputar certeza de paternidad al marido (180 días después de celebrado el matrimonio y dentro de los 300 días posteriores a la extinción de matrimonio por muerte del marido o de la separación judicial en casos de divorcio o nulidad de matrimonio).

En cuanto al, o a la cónyuge culpable, la ley impone como sanción dos años de espera para poder contraer nuevo matrimonio válido.

---

31 Cf. Montoro Duhal, Sara Op. Cit. Págs. 219 y 220.

b) En cuanto a los bienes de los cónyuges.

El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido a su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho (artículo 286 del Código Civil).

El divorcio disuelve la sociedad conyugal, por ello, ejecutorizado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con respecto a los hijos (artículo 287 del Código Civil).

El cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos otorgados por el culpable, mismos que serán fijados por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica.

El cónyuge culpable nunca tendrá derecho a alimentos por parte del otro. Si ambos son declarados culpables, ninguno podrá exigir alimentos al otro.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito (artículo 288 del Código Civil).

La redacción del artículo 288 del Código Civil, de fecha (27-XII-83). Suprimió la reforma al artículo, la duración de la obligación de alimentos condicionada a que el cónyuge inocente no contrajera nuevas nupcias. Es correcta, a nuestro parecer, la modificación a esa norma, pues el derecho a alimentos cualquiera que sea su fuente, debe estar supeditado a los dos factores de la necesidad del que recibe y a la capacidad del que los otorga.

En casos de divorcio se da con gran frecuencia que el cónyuge que durante el matrimonio se dedicaba a las labores del hogar ( normalmente la cónyuge), no tenga de momento bienes propios ni capacidad para trabajar en forma remunerada. Los alimentos, en estas circunstancias , deben ser otorgados por el tiempo suficiente para que el cónyuge inocente se capacite para el trabajo. Debería establecerse también, creemos , la obligación de pasar alimentos al cónyuge que se quede con la custodia de los hijos, pues el cuidado de los mismos requiere de buena parte del tiempo laboral del progenitor.

c) En cuanto a los hijos.

Antes de las reformas al Código Civil (27-XII-83), la ley imponía como sanción al cónyuge culpable, la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, o la suspensión de la misma mientras viviera el cónyuge inocente. En forma enumerativa indicaba el artículo 283 del Código Civil las causas por las cuales se perdía o suspendía la patria potestad.

La redacción del artículo 283 del Código Civil antes mencionado, es la siguiente:

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 relacionado 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 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.

La derogación del artículo que señalaba la pérdida o suspensión de la patria potestad derivada de las causas de divorcio nos parece totalmente acertada, pues

los efectos del divorcio no deben recaer en las relaciones de padres e hijos. Los que se divorcian son los cónyuges, no los padres de sus hijos. Un individuo(a) puede ser mal cónyuge, adúltero, etc., pero puede ser al mismo tiempo un progenitor (a) responsable y amoroso al que no debe privársele de la patria potestad que implica el interés en todo lo que se refiere a la formación y contacto con el hijo.

Por otro lado no nos parece conveniente darle al juez las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación cuando existe todo un capítulo en el Código relativo a estas cuestiones.

El legislador debió limitar, pensamos, las amplísimas facultades del juzgador en razón de las disposiciones del propio Código en esa materia (artículos 444 y 447 del Código Civil). No dudamos que existan jueces de lo familiar que al mismo tiempo que sabios y peritos en materia familiar, sean de gran calidad humana, honestos, buenos psicólogos, etc.; pero, lamentablemente, esta conjunción de virtudes no es la regla general en los seres humanos, así sean jueces de lo familiar. Estos funcionarios deben tener indudablemente, un margen de arbitrio discrecional al tomar sus decisiones; pero es preferible, cuando hay norma establecida en una materia, atenerse en principio a ella.

Por otro lado, el artículo 283 del Código Civil sí limita al juez a seguir el orden establecido por la ley en la designación de la patria potestad y paradójicamente, la norma a la que remite (artículo 414 del Código Civil), es la que señala una discriminación a los abuelos maternos al ponerles en segundo lugar respecto a los paternos en el ejercicio de la patria potestad. ¿Por qué han de ser primero unos abuelos forzosamente antes que otros? En esta materia sí se debió señalar la discrecionalidad del juez para decidir cuál de los abuelos o de la pareja de los mismos es la más conveniente para el ejercicio para el ejercicio de la patria potestad.

El padre o la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos. Están obligados, en proporción a sus bienes e ingresos, a contribuir a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad (artículo 287 del Código Civil).

Esta limitación de los alimentos que deben los padres a sus hijos en razón de la mayoría de edad nos parece que consigna una injusticia para los hijos de los divorciados, que ya han sufrido la desintegración de su hogar y que son los que más necesitan de apoyo de sus padres, aunque vivan separados de ellos.

La parte final del artículo 287 del Código Civil debiera ser derogada, pues va contra el principio general de que los alimentos surgen en razón de la necesidad de que los recibe y de la capacidad del que los debe, y de que los primeros obligados a proporcionarlos son los padres a sus hijos y viceversa. El tribunal máximo así interpreta y aplica el principio mencionado con respecto a los hijos de los divorciados, pese a lo expresado en la parte final del artículo 287 del Código Civil, que, insistimos, debe desaparecer, pues el derecho sustantivo no debe consignar discriminaciones injustas.

Con respecto a la limitación para proporcionar alimentos en razón de edad, el Código Civil tiene norma expresa: el artículo 306 de este ordenamiento, señala el límite de la mayoría de edad en la obligación que tienen los colaterales solamente (hermanos, tíos, sobrinos, primos), de alimentar a sus parientes.

Y en cuanto a la obligación de ambos progenitores de contribuir a la subsistencia y educación de los hijos, creemos que el cónyuge que tiene la custodia de los mismos, está cumpliendo en buena parte su carga económica con el tiempo y el esfuerzo que significa la atención y cuidado de los hijos; de esta manera, el progenitor que no tiene esta tarea permanente a su cargo, debiera contribuir con una mayor asignación de aporte económico en dinero o su

equivalente. Norma especial debiera consignarse en el Código con respecto a esta manera de distribuirse la carga económica ambos progenitores.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Cfr. Baquero Rojas, Edgard. Op. Cit. Págs. 171 y 172

### CAPITULO III. PATRIA POTESTAD.

#### A. DEFINICION.

En opinión de Antonio de Ibarrola: "Viene esta expresión del latín *patrius, a, um*, lo relativo al padre, y *potestas*, potestad". Nuestro código actual, que desarrolla en tres capítulos (título octavo de su libro primero) todo lo relativo a la institución, se abstiene de definirla.

Recordemos las palabras bien elocuentes de Ulpiano "*Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habet...* (Es llamado padre de familia quien tiene en casa el dominio, y ese apelativo le es dado aun cuando carezca de descendencia...)"<sup>33</sup>

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

Podríamos 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

---

<sup>33</sup> D.ors. A. y otros. El Digesto de Justiniano. Tomo XI. Libros 37-50. Editorial Aranzadi, pág. 862.

que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc. Cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad, ella pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumben, sin embargo, debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para, "sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan, suprimirles o restringirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende, como puede ser la privación de la guarda y custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre alguna cuestión relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etc."<sup>34</sup>

Terribles eran en Roma los efectos de la patria potestad, durante mucho tiempo el pater familias pudo matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas alieni iuris como podía romper, destruir, abandonar las cosas que les pertenecían; podía venderlas, y hasta el tiempo de Cicerón, darlas en prenda. Hasta Augusto, el hijo de familia podía ser objeto de un robo; en la economía primitiva se confundían el poder de disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas, porque el uno y el otro tenían un valor pecuniario. Esta potestad, fuere cual fuese la edad de los alieni iuris, no se extinguía más que por la muerte o la capitis diminutio que priva el pater-familias de su calidad de sui iuris; pero más adelante la conducta del pater-familias fue sometida a la apreciación del Censor y se fueron imponiendo a la autoridad de aquél restricciones cada vez más importantes.

Las Doce Tablas hacían libre al hijo objeto de tres mancipaciones sucesivas. La Ley Julia De adulteriis quitó al marido el derecho de vida y muerte sobre la mujer, se privó al padre del derecho de entregar como prenda a los hijos, la jurisdicción doméstica quedó reducida a un derecho de corrección, se prohibió la venta de los hijos, salvo en los casos de extrema necesidad.

---

34 Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia. Editorial Porrúa México 1988. 4ª Edición. pág. 440 y 441.

La familia, o domus, era originariamente el grupo de personas y de cosas sobre las que un pater-familias ejercía un poder; manus designaba el poder sobre la mujer casada; la patria potestad significó la que se ejercía sobre los descendientes por línea de varón; potestas dominica el dominio sobre los esclavos y dominium el que se ejercía sobre las cosas, no hay que deducir de la institución la ausencia de todo afecto y de todo sentimiento moral en las relaciones entre padres e hijos.

Así como a pesar de la manus, era moralmente elevado el concepto de matrimonio ya que desde los tiempos más remotos, la misma elevación moral reguló la conducta del padre para con sus hijos, no obstante el poder absoluto que el derecho concedía al primero, adquiriendo la patria potestad por la procreación, por la legitimación y por la adopción.

Por lo que hace a la patria potestad germánica, "en ella la familia (Sippe, el linaje), presenta un tipo más reducido, casi de carácter militar. Al casarse, el marido adquiere una potestad que se llama Munt sobre la mujer y los hijos de ésta. La patria potestad se parece algo a la romana. La ejerce solamente el padre; éste tiene una facultad de corrección que puede llegar hasta la pena de muerte; por ejemplo, si el padre sorprende bajo el techo paterno en adulterio a su hija, puede "hacer de ella lo que quiera", la hija no puede contraer matrimonio sin consentimiento del padre, quien puede venderla, el contacto con los romanos descompuso en cierto modo esta organización de la familia hasta el punto de que, en pueblos germanos se estableció el divorcio".<sup>35</sup>

La Iglesia que enseña el mismo catecismo a todos sus fieles cualquiera que sea su origen, estableció sus principios sobre la familia, los hizo penetrar en las leyes, y después sustituyó éstas con su propia ley, por el simple consentimiento de hombres y mujer se estableció el matrimonio para toda la vida.

---

<sup>35</sup> Cf Ibarrola, Antonio de. Op. Cit. pág. 441 y 442.

Se suprimió el divorcio, que a veces se castigó con la excomunión." Todavía a principios de siglo la iglesia católica excomulgaba a sus fieles por el solo hecho de haberse divorciado.

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, éste es el espíritu que perdura en los códigos civilizados modernos.

Veamos nuestra ley:

- a) "En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición" (artículo 411 del Código Civil).
- b) "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal". (artículo 413 del Código Civil). "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente" (artículo 421 del Código Civil).
- c) "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esa obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda" (artículo 422 del Código Civil). El artículo 423 del Código Civil, mejoró el texto anterior a esa fecha estableciendo: "Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad

que tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Las autoridades en caso necesario auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.”

En tales antecedentes se obliga al padre a educar convenientemente a su hijo y se le otorga la facultad en su caso de corregirlo y castigarlo templada y mesuradamente. Cuenta en tales casos con la ayuda de la autoridad.

Todo lo anterior nos recuerda el texto de las Partidas, que adoptaron en nuestra historia una posición de templanza, a pesar de la general tendencia hacia el Derecho romano, porque, no obstante de que extendía la potestad a “sus hijos y sobre sus nietos, o sobre todos los otros de su linaje que descienden de ellos, por la línea derecha que son nacidos del casamiento derecho”<sup>36</sup>, establecía “que una de las cuatro razones porque pueden constreñir el padre que saque de su poder a su hijo es cuando el padre castiga al hijo, muy cruelmente, y sin aquella piedad que debe aver segund natura. Ca el castigamiento debe ser con mesura e con piedad... Mas porque y ha algunos dellos crueles, e tan desmesurados en fazer esto, que los fieren mal con piedra o con palo, o con cosa dura, defendemos que lo no fagan assi”.<sup>37</sup>

## **B. SUS ALCANCES.**

Con una norma de carácter totalmente ético, inicia el legislador la regulación de esta figura, norma que transcribimos, artículo 411 del Código Civil: “En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición”. No sólo la ética de todos los tiempos y lugares, sino todo sistema religioso, recoge esta máxima: el deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes. Así el

---

<sup>36</sup> Cf Ibarra, Antonio de. Op. Cit. pág. 442.

<sup>37</sup> Ibarra, Antonio de. Op. Cit. pág. 443.

decálogo cristiano señala en su cuarto mandamiento: "Honrarás a tu padre y a tu madre". Este es, por tanto, el deber supremo de los hijos que recoge la ley aunque el mismo es, a todas luces, un principio de carácter incoercible. Máxima, por otro lado, no derivada de la patria potestad, sino de la calidad de hijo, de la filiación misma, no importando la edad, el estado o condición de los mismos.

El segundo deber que señala la ley de no dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente. Así el sujeto a patria potestad debe vivir en el lugar que le designen quienes la ejercen, que normalmente es la misma habitación de unos y otros. Debemos señalar que los menores de edad tienen domicilio legal y éste es el de los que ejercen la patria potestad o la tutela.

Los demás derechos y obligaciones de los sujetos a patria potestad son los correlativos a los deberes y facultades de quienes la ejercen.

### **Derechos y obligaciones de quienes ejercen la patria potestad.**

Estos derechos y obligaciones tienen un doble carácter: respecto a la persona de los descendientes y respecto a sus bienes.

#### **Respecto a la persona de los menores.**

- a) Representación legal,
- b) Designación de domicilio,
- c) Educación, corrección y ejemplaridad,
- d) Nombramiento de tutor testamentario.

#### **a) Representación legal.**

Como los menores de edad son incapaces de ejercicio, actuarán en su nombre los que ejercen la patria potestad. Por ello “el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez” (artículo 424 del Código Civil). Esta última parte del artículo 424, transcrito se aplica particularmente en el caso de que los que ejercen la patria potestad nieguen su consentimiento para que el menor de edad contraiga matrimonio.

#### **b) Designación de domicilio.**

Los padres o abuelos en su caso tienen el derecho-deber de custodiar al menor, de vivir con él, y en este sentido está el deber de los últimos de no dejar la casa donde viven con quienes ejercen la patria potestad. “Estos últimos pueden también encargar la custodia de sus descendientes menores a terceras personas, parientes o extraños o centros de educación, tanto dentro del país como en el extranjero. La custodia pues, es un derecho que puede cumplirse personalmente o por intermediación, con la única limitación de que debe ser siempre en interés del menor.”<sup>38</sup>

#### **c) Educación, corrección y ejemplaridad.**

La ley señala que, a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente, el deber de educación es parte de los alimentos.

En el capítulo relativo a esta materia, se determina que la educación mínima debe ser la primaria y la preparación para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse a sí mismo, existe la obligación de proporcionarle

---

38 Cf. Morozzo Duñast, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México. 1985. Pág. 445 y 446.

los medios para que adquiriera algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. Normalmente coincide en un mismo sujeto el ejercicio de la patria potestad y el deber de alimentos con respecto al menor; pero no tienen que ser forzosamente concomitantes.

En ciertas ocasiones, por ejemplo, el o los progenitores que sustentan la patria potestad pueden tener muy limitados sus recursos de manera de no poder proporcionar alimentos a sus hijos, si existen otros parientes en el orden que señala la ley, a los abuelos, hermanos mayores, tíos, etc., con la suficiente capacidad para proporcionar los alimentos, recaerá en ellos esta obligación, sin que ello implique la pérdida de la patria potestad de quien la ejerce y no tiene capacidad alimentaria.

Un ejemplo: una madre que enviude y que quede con uno o varios hijos menores y el caudal hereditario del padre haya sido nulo o insuficiente; si los abuelos de una u otra línea tienen recursos, deberán proporcionar los alimentos necesarios a los nietos. En este caso la madre continuará con el ejercicio de la patria potestad y con la obligación de educar a sus hijos "convenientemente", para lo cual el deudor alimentario proporcionará los recursos necesarios.

El deber de educar implica forzosamente la conducta correctiva. La ley señala escuetamente esta facultad en el artículo 423 del Código Civil: "...los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos..." Anteriormente el mismo artículo señalaba: "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente".

Por reforma de diciembre de 1974 se suprimió la facultad de castigar; pues con gran frecuencia los padres abusaban de esta facultad imponiendo castigos corporales a sus hijos que implicaban auténticas lesiones, si las mismas tardaban en sanar menos de quince días no configuraban el delito de lesiones si

se habían efectuado en el ejercicio del derecho de castigar (artículo 294 Código Penal.)

Era realmente la autorización legal a la bárbara costumbre de maltratar físicamente a los menores de edad aunque el maltrato a los menores sigue siendo por desgracia una práctica generalizada y que se da en todos los niveles socio culturales, a pesar de las reformas en el Código Penal respecto de violencia familiar.

Suprimida la facultad de castigar que otorgaba anteriormente el Código Civil en el ejercicio de la patria potestad, las lesiones que los padres o abuelos infieran a sus hijos o nietos ya no corresponderán al ejercicio de un derecho, sino la comisión de un delito.

Derogado el artículo 294 del Código Penal, lo relativo a las lesiones infringidas por los que ejercen la patria potestad quedó de la siguiente manera, artículo 295 Código Penal:

Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación de aquellos derechos.

El derecho a castigar ha sido cambiado en el texto del artículo 423 del Código Civil, obligando a los que ejercen la patria potestad o tengan menores bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos y la obligación de "observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo." La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código.

Encomiable reforma, si tenemos en cuenta que nada es mayormente educativo que el buen ejemplo.

Para el cumplimiento del deber de educación la ley prevé los medios de obligar a quien no cumpla con esta obligación permitiendo que se denuncien estas omisiones a los Consejos locales de Tutelas para que éstas a su vez lo comuniquen al Ministerio Público que deberá promover lo que corresponda (artículo 422 del Código Civil). Lo que corresponda será según el caso, amonestar o apercibir a quien no cumple esta obligación, por el juez de lo familiar, o suspenderlo en el ejercicio de la patria potestad o inclusive hacerlo perder tal derecho.

Por otro lado, los padres o abuelos podrán pedir el auxilio de las autoridades para que les presten su apoyo en el ejercicio de educar y corregir, a través de las amonestaciones y correctivos necesarios (artículo 423 in fine).

#### **d) Derecho a nombrar tutor testamentario.**

Efectos de la patria potestad respecto de los bienes del menor.

Estos efectos son dobles: a) Administración de los bienes del menor, y b) usufructo legal.

a).- Administración de los bienes del menor:

Tanto respecto a la administración como al usufructo legal se tiene que distinguir entre los bienes del menor "que pueden ser de dos clases: 1ª Bienes que adquiere por su trabajo; 2ª Bienes obtenidos por cualquier otro concepto. Los bienes de la primera clase, o sea los que obtiene el menor por medio de su trabajo, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo. En consecuencia,

con respecto a estos bienes, los que ejercen la patria potestad no tendrán ninguna injerencia".<sup>39</sup>

Los bienes que obtenga el menor por cualquier otro título (herencias, legados, donaciones, azares de la fortuna), pertenecen en propiedad al menor, pero su administración corresponde a los que ejercen la patria potestad. Cuando la misma es compartida por la pareja de padres, abuelos o adoptantes, será administrador uno de los dos, decidido de común acuerdo por ambos; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Como el que ejerce la patria potestad es el representante legal del menor y su administrador, representará a su hijo en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, sino es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Los que ejercen la patria potestad, como simples administradores de los bienes, no tienen facultades para actos de dominio, por ello no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, solamente por causas de absoluta necesidad o de evidente beneficio podrán realizar estos actos previa autorización judicial.

Cuando esta autorización sea concedida, el juez deberá tomar las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca a favor del menor, a este efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial.

---

<sup>39</sup> Cf. Montero Duhal, Sara. Op. Cit. págs. 447 y 448.

**ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA**

Otras limitaciones en el derecho de administrar los bienes que tienen los que ejercen la patria potestad son las siguientes: no podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; no podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotee en la plaza el día de la venta; no podrán hacer donación de los bienes de los hijos, ni perdonar deudas en favor del menor; no pueden dar fianza en representación de los bienes de los hijos.

Con respecto a todas estas limitaciones que tienen los que ejercen la administración en el ejercicio de la patria potestad, la ley faculta a cualquier persona interesada, o al propio menor si ya tiene catorce años, con intervención del ministerio público en todo caso, a recurrir al juez competente para impedir que por la mala administración, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Cuando exista un interés contrapuesto entre los que ejercen la patria potestad y los menores sujetos a la misma, se les nombrará un tutor dativo a estos últimos, para que los represente en juicio.

Los que ejercen la administración tienen obligación de dar cuentas de la misma; la ley no señala plazo para esta obligación: por ello debe entenderse que se pedirá a petición de parte interesada, y siempre, al terminar el ejercicio de la patria potestad.

Una vez que los hijos se emancipen (cuando contraen matrimonio antes de la mayoría de edad), o cuando alcancen la misma, los que ejercen la patria potestad les entregarán todos los bienes y los frutos que les pertenezcan.

b) usufructo legal.

El usufructo de los bienes del menor obtenidos por cualquier causa, excepto el propio trabajo, pertenecen por mitades al menor y a los que ejercen la patria potestad, sin embargo, si los hijos obtienen bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

Los réditos o rentas que produzcan esa clase de bienes antes de que se inicie la patria potestad, pertenecerán al menor.

Como los que ejercen la patria potestad son normalmente los mismos obligados a dar alimentos a sus hijos menores, el importe de dichos alimentos se reducirá de la mitad del usufructo a que tienen derecho los primeros, y si esta parte no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad.

El usufructo de la mitad de los bienes del sujeto a patria potestad lleva consigo las mismas obligaciones que tienen los usufructuarios por cualquier otro título: hacer un inventario y avalúo de los bienes antes de entrar en el disfrute de los mismos, no alterar su forma ni sustancia, usarlos para el objeto para el que están destinados, devolverlos cuando se extinga el derecho, etc., etc.

Se exceptúa el deber de otorgar fianza pues el legislador concede crédito a los que ejercen la patria potestad (padres o abuelos) por la justificada suposición de que a estas personas les mueve normalmente el afecto y el interés hacia sus descendientes más que el suyo propio. Sin embargo, la ley exige que se otorgue garantía en los tres siguientes casos: 1º Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra, o estén concursados; 2º Cuando contraigan nuevas nupcias y 3º Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

"Puede renunciarse al derecho a la mitad del usufructo, haciéndolo constar por escrito, o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda, la renuncia del usufructo hecha en favor del hijo o nieto, se considerará como donación".<sup>40</sup>

### **C) SUS LIMITACIONES.**

Estas son las siguientes: a) Es un cargo de interés público, b) Irrenunciable, c) Intransferible, d) Imprescriptible, e) Temporal, f) Excusable.

Cargo de interés público.

La actitud de proteger, velar, educar y mirar por el interés y el bienestar de los hijos es en buena medida derivada de la naturaleza misma. La mayor parte de los progenitores, los padres y, sobre todo las madres, asume sus responsabilidades como tales en forma no sólo espontánea, sino amorosamente entregada al bienestar del hijo. La protección a los críos es en buena medida natural, forma parte del instinto de conservación extendido ya no sólo al individuo sino a la especie misma.

La vida es el valor por excelencia, sustento de todos los demás que configuran el sentido de la existencia humana. El derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección a los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público.

La patria potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a sí mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable.

---

<sup>40</sup> Cfr. Montero Dubatlé, Sara. Op. Cit. págs. 449 y 450.

### Irrenunciable.

Expresamente el artículo 448 del Código Civil determina que "la patria potestad no es renunciable". De acuerdo con el texto del artículo 6° del propio ordenamiento "sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público". La patria potestad tiene un significado interés público, de allí que textualmente se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo.

La irresponsabilidad de los progenitores con sus hijos, muy extendida con respecto a los padres de los hijos que nacen fuera del matrimonio y que dejan toda la carga a la madre, misma que precariamente puede cumplir con ella, es uno de los mayores males que padece la humanidad, origen de gran parte de las torpezas y aberraciones en la conducta de las personas y que repercuten inevitablemente en la conflictiva social característica de nuestro mundo.

### Intransferible.

Casi todas las relaciones de carácter familiar son de carácter personalísimo, no pueden por ello ser objeto de comercio, no pueden transferirse por ningún título oneroso ni gratuito. Tal es la patria potestad que solamente permite una forma de transmisión derivada de la figura de la adopción.

Cuando un menor de edad está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen (padres o abuelos) dan su consentimiento para que el hijo o nieto sea dado en adopción, transmiten a través de este acto el ejercicio de la patria potestad, que pasa a los padres adoptantes. Fuera de este "acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la ley y ser acordada por el juez de lo familiar, no existe otra forma de transmitir la patria potestad, que pasa a los

padres adoptantes. En el caso de que quien la ejerce muera o se imposibilite para cumplirla, la ley señala expresamente qué sujetos deben asumirla".<sup>41</sup>

#### Imprescriptible.

La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para entrar a su ejercicio. Lo propio sucede con aquel sujeto que, sin ser padre o madre o ascendiente, protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo, este cargo. El mismo sólo corresponde a quien la ley señala: padres o abuelos, nadie más, y entre éstos también debe seguirse el orden que la propia ley señala: primero los padres, o uno de los dos a falta o por imposibilidad del otro; después los abuelos en el orden que determine en última instancia el Juez de lo Familiar.

#### Temporal.

Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello, dura tanto como la minoridad de los hijos, o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría. El máximo plazo del ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son dieciocho años en que empieza la mayoría de edad de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil.

#### Excusable.

La ley permite que, en ciertas circunstancias, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma, se excusen de cumplirla. Estas circunstancias son dos: 1º Cuando se tienen sesenta años cumplidos, y 2º

---

<sup>41</sup> Montero Duñán, Sara. Op. Cit. pág. 343.

Cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda atender debidamente a su desempeño (artículo 448 del Código Civil).

Esta norma es totalmente justa, pues el ejercicio de la patria potestad implica el cumplimiento de una serie de deberes que pueden resultar sumamente fatigosos para las personas agotadas por la edad o por la mala salud.

“Cuando quien la ejerce o deba de ejercerla se encuentra en estas condiciones, pueden excusarse de cumplir ante el juez de lo familiar quien determinará quién debe entrar en el cargo si existe alguna de las personas que señala la ley como obligadas al respecto (padres o abuelos); o si esto no es posible, se le nombrará tutor legítimo o dativo”.<sup>42</sup>

La excusa, de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber. Quiere decir que los padres o abuelos, aunque rebasen la edad de sesenta años o su salud sea habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente.

## **D. PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.**

### **D.1. Causas de la pérdida de la patria potestad.**

Si comparamos la actual institución de la patria potestad con la institución romana, encontramos las siguientes diferencias:

**Patria potestad romana**

**Patria potestad moderna**

---

<sup>42</sup> Montero Duhal, Sara. Op. Cit. pág. 344.

1. Estaba estatuida en beneficio del grupo familiar representado por el pater familias.

2. Era facultad del pater familias, o sea del varón de mayor edad, y nunca de la mujer.

3. Era perpetua mientras viviera el pater familias, independientemente de la edad del hijo.

4. Los bienes que obtenía el alieni juris correspondían al pater familias; él carecía de bienes propios.

5. La patria potestad era renunciable; el pater podía renunciar a ella.

6. La ejercía el más viejo de los progenitores sobre los hijos y nietos, excluyendo al progenitor inmediato.

1. Se establece en beneficio del menor.

2. Es facultad de la pareja, si viven juntos o están casados. Si viven separados o no se ponen de acuerdo, será uno u otro atendiendo a la resolución del juez.

3. Se limita a la menor edad del hijo y termina con la emancipación por el matrimonio del menor.

4. Los bienes que obtienen los hijos por cualquier título, tanto los ganados con su trabajo como los adquiridos por dones de la fortuna (herencias, donaciones, loterías), les pertenecen en propiedad. Se diferencian sólo en cuanto a la administración de los mismos, de los primeros, la propiedad, sus frutos y la administración, corresponden de forma exclusiva al hijo, y de los segundos la propiedad es del hijo pero la administración corresponde al padre.

5. La patria potestad es irrenunciable.

6. La ejercen los padres y sólo en ausencia de ellos pueden ejercerla los abuelos.

“La patria potestad se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período”.<sup>43</sup>

Son sujetos activos de la patria potestad, los ascendientes: padre y madre y, a falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la ley o el juez familiar, atendiendo a la conveniencia del menor, son sujetos pasivos los descendientes, menores de 18 años no emancipados.

Esto significa que el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos recae sobre el padre y la madre, y sólo por muerte de alguno o por haber incurrido en la pérdida de la misma, pasa al otro. A falta de los padres la ejercerán los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

En el caso de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad corresponde al que reconozca al hijo en primer lugar, si los dos padres lo reconocen simultáneamente, como lo establezcan de común acuerdo. Si se suscita controversia, el juez de lo familiar resolverá lo más conveniente para el menor. En caso de adopción, sólo el adoptante puede ejercer la patria potestad.

---

43 Baquero Rojas, Edgard. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla, México 1990. Pág. 185 y 186.

Se entiende por sujeto activo quien debe desempeñar el cargo, y sujeto pasivo aquél sobre quien se cumple.

Los sujetos activos de la patria potestad son: los padres conjuntamente, o solamente la madre, o sólo el padre; los abuelos como ascendientes en segundo grado previa determinación judicial.

Los sujetos pasivos son únicamente los hijos o nietos menores de edad. Nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad. Y si los menores no tienen padres o abuelos, tampoco estarán sujetos a patria potestad; se les nombrará tutor.

La ley determina cómo se cumplirá con la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, y cuando los mismos son habidos fuera de él.

En el primer caso, cuando el hijo es de matrimonio ejercerán la patria potestad en el siguiente orden: 1ª El padre y la madre conjuntamente, a falta de uno de los dos, la ejercerá el que quede; 2ª Los ascendientes en segundo grado previa autorización judicial (artículo 414 del Código Civil ). Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, el que queda continuará en el ejercicio de ese derecho (artículo 420 del Código Civil).

Con respecto al orden establecido por el artículo 414 del Código Civil para entrar en el ejercicio de la patria potestad.

Los abuelos como ascendientes en segundo grado y ante la idoneidad de ambas parejas de abuelos, debiera ser el juez quien determinara a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad por falta o imposibilidad de ambos padres, y teniendo siempre en cuenta el interés y bienestar de los nietos, quienes debieran también ser escuchados en sus preferencias si ya están en uso de razón (a los siete años más o menos).

Para los hijos habidos fuera de matrimonio la ley establece lo siguiente: Si ambos progenitores han reconocido y viven juntos, ejercerán conjuntamente la patria potestad. Si sólo uno ha reconocido o por cualquier circunstancia deja de ejercerla alguno de los dos padres que ha reconocido, la ejercerá el otro. Si los hijos nacidos fuera de matrimonio no han sido reconocidos por ninguno de los progenitores y si no ha habido sentencia que establezca la filiación, los hijos se considerarán de padres desconocidos, y se les proveerá de tutor dativo.

En el caso del hijo adoptivo, la patria potestad la ejercerá únicamente la persona o personas que lo adopten (artículo 419 del Código Civil). Señalamos anteriormente que la patria potestad sólo se transmite cuando se da en adopción a un menor que está bajo la patria potestad. En el caso de que el adoptado sea un menor que no estaba bajo la patria potestad de nadie, entrarán a ejercerla quienes lo adopten. No habrá transmisión, sino creación de la patria potestad.

La patria potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva por razones naturales o por sentencia que declare la pérdida de la patria potestad; en este último caso, se extingue totalmente para el que la ejerce, pero si existen otras personas de las mencionadas por la ley (padres o abuelos), que puedan ejercerla, entonces el menor seguirá sujeto a esta institución, pero a cargo de otra persona.

#### a) Suspensión de la patria potestad.

Por cuatro causas puede suspenderse temporalmente el ejercicio de la patria potestad:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y

IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Estas cuatro causas de suspensión pueden extinguirse en un momento dado; el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio; el ausente regresa, y al sancionado se le extingue su condena. En estos casos se requerirá también la intervención judicial para que declare que a quien se le había suspendido en su derecho, ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad.

b) Pérdida de la patria potestad.

Artículo 444 del Código Civil establece que la patria potestad se pierde por resolución judicial:

I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;

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

III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida;

IV. El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad;

V. Por la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos;

VI. Por el abandono que el padre o la madre hicieron de los hijos por más de seis meses;

VII. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y

VIII. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave.

Ahora bien, una vez perdida la patria potestad respecto de un menor, el juez en todo caso deberá determinar cuál es el hogar más conveniente para garantizar el adecuado desarrollo físico, moral y educativo de los menores.

Ya que lo que se pretende es velar por los intereses del menor, teniendo como expectativa fundamental que los abuelos del mismo pueden ejercer ese derecho de patria potestad, a falta de ambos padres del menor.

La casuística del artículo 444 del Código Civil parece innecesaria. Bastaría con declarar que la patria potestad se pierde, a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores. En esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas, independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos.

c) limitación del ejercicio de la patria potestad.

La patria potestad podrá ser limitada cuando la persona que este en ejercicio de ésta incurre en conductas de violencia familiar, en contra de las personas sobre quien la ejerza, ahora bien, una limitación en el ejercicio de ese derecho tiene efectos suspensivos, estos no son definitivos, ya que el juez en todo tiempo podrá modificar su determinación tomando en cuenta las nuevas circunstancias del caso.

Esto se estableció en el artículo 444 bis del Código Civil, 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.

Lo anterior, 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 así mismo, 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 los 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.

#### d) Extinción de la patria potestad.

La patria potestad termina totalmente, tanto para el que la ejerce, como para el sujeto pasivo, en los siguientes casos:

1. Con la muerte del que la ejerce, si ya no hay otra persona en quien recaiga.
2. Con la emancipación derivada del matrimonio.
3. Por mayoría de edad del hijo.

Como la ley señala limitativamente las personas que pueden ejercer la patria potestad: los dos progenitores y los cuatro abuelos, por parejas o en forma unitaria alguno de ellos, cuando ya no exista ninguna de estas seis personas, nadie más la podrá ejercer, aunque el hijo siga siendo un menor de edad. En este caso, se le nombrará un tutor.

La emancipación por matrimonio significa que el menor de edad que se casa, sale de la patria potestad. Si su matrimonio se extingue persistiendo la

minoría de edad del cónyuge, no regresará a la patria potestad, sino que se le considera emancipado.

La mayoría de edad extingue los efectos de la patria potestad, pues la misma es exclusiva para los menores de edad. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Si la persona que llega a la mayoría de edad está dentro de las circunstancias que señala el artículo 450 del Código Civil como determinantes de la incapacidad de las personas, tendrá que sujetársele a un juicio de interdicción en el que, por sentencia que cause ejecutoria, se le declare incapaz y, derivada de la misma se le proveerá de tutor.

## **D.2. Efectos familiares y sociales del ejercicio indebido de la patria potestad.**

Preocupante es hoy al respecto el ambiente de nuestro México. Duro el aspecto mundial. Aquí, como en ninguna otra parte, ha de cristalizar la comunidad de amor en las funciones de la familia.

En los grados primitivos de cultura, correspondía más o menos exclusivamente a la familia la función de protección de cada uno de sus miembros. La comunidad familiar se protegía a sí misma por la unión de sus componentes, no sólo contra los accidentes de la naturaleza y los animales feroces, sino también contra los hombres, puesto que le era preciso tomarse la justicia por su mano. Una de las formas de esta acción protectora en las sociedades primitivas era la venganza familiar u homicidio para saldar una deuda de sangre. Todos los miembros de la familia, con inclusión de los parientes que no vivían con ella, se sentían obligados a tomar venganza del ataque efectuado contra uno de sus componentes. En tales condiciones, es natural que cada familia procurase tener la mayor fuerza posible. Cuanto más hijos, especialmente si eran varones, mayor eficacia en la función protectora.

Si el Estado moderno ha asumido hoy, restándoselo a la familia, una importante parte de la función protectora mediante el derecho, la policía y la justicia, de todos modos, también hoy la familia vela por la vida y el honor de sus miembros.

Y nosotros creemos que, como expresa Häring, si dentro de la familia raramente hemos de dedicar hoy nuestro esfuerzo a proteger a los niños contra animales salvajes, no son menores los peligros que acarrearán las influencias inmorales, especialmente de la prensa, el cine y la televisión.

El Distrito Federal ocupa el cuarto lugar de criminalidad en el mundo. Tenemos un robo cada 48 minutos; una estafa o un fraude cada 9 horas; un abuso de confianza cada 10; un rapto o una violación cada 10 y un daño en propiedad ajena cada 7 horas, aunque lo más abundante es el número de asesinatos en asaltos y robos, o lesiones en atracos a mano armada. La plétora urbana es cada vez mayor, es opresiva. Terrible es la desproporción entre riqueza y miseria. Hay un alto índice de impunidad y corrupción de las autoridades judiciales; una falta de integridad moral que se nota en prácticamente todos los niveles de la existencia urbana y nacional.

Los padres comienzan a educar al niño desde que éste nace y comienza a su vez a educar a sus padres. Fue el primer hogar de Cristo el útero que le ofrendó su maravillosa madre; al nacer recibió sobre su cabeza la triple corona de los órganos femeninos. Educó a sus padres naciendo en la pobreza, en el desamparo; pronto iba a ser perseguido por Herodes el Grande. Cuando llegó a plenitud de los tiempos, envió Dios a su hijo, nacido de mujer, nacido bajo la ley. "Y dio a luz a su hijo primogénito", dice Lucas. La casi perfecta película de Franco Zeffirelli, un prodigio de plasticidad y ambientación para la TV mundial, falla en el momento del parto, y presenta a la niña madre retorciéndose sobre la paja sucia del suelo de la cueva. María dio a luz sin dolor "sobrenatural y milagrosamente, como el rayo de sol pasa por un cristal sin romperlo ni mancharlo." Da a sus padres espléndidas lecciones sobre la difícil virtud de la humanidad", dice San Agustín, tan artista como buen teólogo. Fray Luis de Granada, maestro del buen decir castellano: "...ella sin dolor, sin pesadumbre, sin corrupción y mengua de su pureza, vio delante de sí, salido de sus entrañas, más limpio y más resplandeciente que el mismo sol, al bien y remedio del mundo, titiritando de frío y que ya con sus lágrimas comenzaba a hacer el oficio de redentor. Hace Bonsuelf hincapié en el párrafo: "...los animales del campo tienen su guarida, pero el Hijo del Hombre no tiene dónde reclinar su cabeza".<sup>44</sup>

---

44 Cfr. Barrón, Antonio de. Op. Cit. pág. 442.

Y la educación del niño comienza desde su concepción. Más bien, como dicen muchos filósofos, muchas generaciones antes de que llegue al mundo. Pocos años transcurren y el niño se dirige a lo desconocido con la avidez del hambriento. Siempre seguirá siendo el 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. La fuerza más poderosa para la formación de los valores morales es la religión, por las actitudes que despierta y los valores que establece. Siente el niño necesidad de seguridad y de amor.

La televisión, ventana mágica abierta sobre el universo, puede servir al niño para bien o para mal, según el uso que los padres deban darle. Cada que nace un niño surge la interrogación: ¿qué será de él? Exige la misma respuesta: este niño será lo que sus padres le ayuden a ser. Y 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".<sup>45</sup>

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

---

45 Cf. Barrola, Antonio de. Op. Cit. pág. 443.

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.

Una de las mayores prohibiciones que conoce el Derecho es la que impide a los padres abandonar a sus hijos, se toleró en Francia desde el año de 1811 la existencia de tornos en todos los hospicios y casa de beneficencia, donde los padres podían depositar al niño sin darse a conocer. Se suprimieron luego los tornos, pero no la facultad de los padres de enviar a su hijo a la oficina de niños abandonados del servicio de asistencia social, sin obligarlos a revelar su identidad: exige tan solo la ley francesa que se invite a toda madre a conservar a su niño, que se le den a conocer cuántas facilidades existen para educarlo. Se hace todo lo posible para prevenir abortos e infanticidios, y se han establecido beneméritos hospitales públicos obligados a recibir a mujeres encinta que soliciten dar a luz en forma secreta. El líder sindical Fidel Velázquez declaró (8 jul. 1984) que "no existe, ni ha existido nunca discrepancia, y menos de carácter dogmático, entre la Iglesia Católica y el movimiento obrero: la Iglesia se opone al aborto y nosotros no estamos de acuerdo con ese procedimiento como solución para frenar la natalidad".<sup>46</sup>

Notemos que los esposos, por el solo hecho del matrimonio, contraen la obligación de alimentar, cuidar y educar a sus hijos. A diferencia de México, existe en Francia la costumbre de dotar a la hija que se casa, obligación que es por otra parte tan sólo una costumbre, diríamos, una obligación natural. Nuestro código Penal (artículo 336) aplica sanción corporal y privación de derechos de familia "al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia...". Este artículo está comentado cuidadosamente por Raúl Carrancá Trujillo en su excelente libro Código Penal Anotado.<sup>47</sup>

---

46 Baqueiro rojas, Edgard. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México 1990. Pág. 185 y 186

47 Carranca y Trujillo Raúl y otro. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. México. 1989. pag. 798 y 799.

El delito consiste en la falta de cumplimiento de las obligaciones primarias de orden económico nacidas del matrimonio: por ello es impropia la denominación que se da al delito llamado abandono de hogar en el artículo 337 Código Penal, más ajustada sería, a juicio de Carrancá, la de “abandono de las obligaciones económicas matrimoniales”. Mejor que abandono, digamos elusión.

Es objeto jurídico del delito nada menos que la vida humana. Delito doloso, de peligro individual concreto y efectivo debido realmente a las circunstancias. El delito se consuma por el hecho de no aportar el numerario requerido para la subsistencia del cónyuge y de los hijos. Es un delito permanente y de tracto sucesivo. No es configurable la tentativa.

El delito de abandono de hogar sólo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores, la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el Juez de la causa designe un tutor especial para los efectos de este artículo, pues se trata de un delito de querrela necesaria.

Hagamos empero la reserva de que, no por consentimiento del ofendido dejan de existir los elementos integrantes del dolo. En el activo, la dañada intención subsiste sin variantes; pues si el consentimiento fuere causa de inculpabilidad, sería tanto como que los particulares quedaran autorizados a delinquir impunemente.

La instrucción que deben ver los 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.

Si 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, están

ligados íntima y necesariamente: la persona encargada de la instrucción del niño tendrá un papel decisivo sobre su educación.

El derecho de educar a los hijos, es una prerrogativa esencial en los países que respetan la libertad individual, en los términos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 26, inciso 3): "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

El corolario necesario es el de dejarles la posibilidad, de hecho y de derecho, de elegir los maestros a los cuales ha de confiarse la instrucción y la educación de los niños. La elección de religión es una prerrogativa que no puede quedar separada de la educación.

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, infligidos 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 de 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.

En el antiguo Derecho francés, el padre podía hacer encarcelar a su hijo sin dar la menor explicación; pero los abusos cometidos llegaron a un grado tal que los parlamentos, apoyados por el Rey, reaccionaron. Por un decreto de

reglamento, el Parlamento de París decidió el 9 de marzo de 1673 que el padre no podía hacer encarcelar a un hijo mayor de 25 años, sin una carta sellada expedida por el Rey, quien ejercía así su control.

En resumen, la encarcelación dio siempre lugar a gravísimos abusos, pues el derecho a llevarla a efecto era ejercitado en la mayoría de los casos por padres indignos, muy mediocres como educadores. Por otra parte, la cárcel significaba para el menor un terrible aumento de corrupción, mezclado, como quedaba, con otros detenidos por gran cantidad de delitos. Por ello las autoridades desde hace siglos han luchado contra ese derecho de encarcelación.

El bien grave problema que se presenta en nuestros días es aquél a que están expuestos los niños mexicanos en las escuelas, quién 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 nuestra autoridad sanitaria, 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.

Recordemos los versos de Alfredo de Musset. " La circulación que se permite en nuestra patria de revistas pornográficas, altamente nocivas y virulentas en todos sentidos viene a causar a nuestra infancia daños la mayor parte de las veces irreparable".<sup>48</sup>

Los padres gozan de la prerrogativa de pedir auxilio, por lo que hace a la educación de los niños, a toda clase de personas de relieve, médicos, pedagogos, educadores, sacerdotes y autoridades. Claro que habrá delitos del

---

48 Cit. Ibarrola, Antonio de. Op. Cit. pág. 445

menor que hayan de perseguirse de oficio. Nuestras antiguas correccionales trataron siempre en esos casos graves de reencaminar al niño por el buen camino.

Interesantes son los párrafos que nos recuerdan que la palabra corrección nos llegó del latín *correctio*. Es reprensión 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, legitimados, naturales, reconocidos y adoptivos, en tanto no estén emancipados, y autoriza a aquéllos para que, en apoyo de su potestad, pidan auxilio a la autoridad gubernativa, que deberá otorgarlo.

La justificación de considerar “el delito del padre que se excede en sus prerrogativas como sin circunstancias agravantes, cuando la regla normal impone que la concurrencia de la de parentesco lo hagan reputar no sólo agravado, sino calificado, se enlaza con el problema del abuso del derecho de corrección o, en otros términos, del abuso de los medios de corrección”.<sup>49</sup>

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 qué decir de los secuestros y tomas de rehenes! ¿El mismo Santo Padre Paulo VI insistió en ofrecer su propia persona para que las tomas de rehenes no se repitieran!

En nuestra Ciudad, en que la plétora urbana es cada día mayor y más opresiva, la misma se convierte en algo de lo más desquiciante en todos sentidos. Causas: la desproporción entre la riqueza y la miseria, un alto índice de impunidad y corrupción de las autoridades judiciales, el escaso nivel cultural de la población y las angustias derivadas del estilo de vida que en la gran concentración urbana se percibe. Por todas partes miseria, desorientación, incultura y facilidades para el

---

49 Cfr Ibarrola, Antonio de. Op. Cit. pág. 447.

desbordamiento de todas las concupiscencias, desde las normas éticas, forcejeo de las generaciones jóvenes para poder cumplir con su destino. Y todo ello es imposible de remediar mientras el ser humano, en cuanto tal, no cambie.

Menester es pues, no vivir sino en el marco de la moral eterna, dada por Dios, y no al conjuro de las idolatrías favorables a una moral de circunstancias, una moral revolucionaria, una moral de partido o una moral en la que el lucro, la violencia institucionalizada, el poder, el simple placer, el dinero o cualesquiera otro de los sustitutos del Creador pretendan llenar la vida del ser humano.

Cuando ello no ocurre, sobrevienen los descarríos: desde el cometido por el infeliz raterillo hasta los grandes atropellos políticos que generan esclavitud cívica, mentira, demagogia y excesos en los que la libertad, el bienestar y aun el decoro de los hombres se ven atentados hasta llegarse al servilismo más abyecto.

**CAPITULO IV.**  
**LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DERIVADA DE LA COMISION DEL**  
**DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO, EN CONTRA DE ALGUN CONYUGE O**  
**CONCUBINO.**

**A. EL DELITO, VISTO A TRAVES DEL SISTEMA PENAL MEXICANO**

Los artículos 14 y 16 Constitucionales, consagran el principio de legalidad y el régimen de derecho que impera en nuestro país.

El principio de legalidad, "ordena que todo acto de molestia y de privación de derechos de los gobernados, para ser constitucionalmente valido y lícito en sus efectos, requiere estar en ley como atribución del órgano del Estado y como obligación del particular."<sup>50</sup>

Al respecto de lo anterior, la Corte ha determinado lo siguiente:

***"GARANTIA DE LEGALIDAD. QUE DEBE ENTENDERSE POR. La Constitución Federal, entre las garantías que consagra a favor del gobernado, incluye la de legalidad, la que debe entenderse como la satisfacción que todo acto de autoridad ha de realizarse conforme al texto expreso de la ley, a su espíritu o interpretación jurídica; esta garantía forma parte de la genérica de seguridad jurídica que tiene como finalidad que, al gobernado se proporcionen los elementos necesarios para que esté en aptitud de defender sus derechos, bien ante la propia autoridad judicial por medio de las acciones que las leyes respectivas establezcan; así, para satisfacer el principio de seguridad jurídica la Constitución establece las garantías de audiencia, de***

---

<sup>50</sup> Mancilla Ovando Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito. Editorial Porrúa. 2ª Edición. México. 1994. Pág. 19

*fundamentación y motivación, las formalidades del acto autoritario, y las de legalidad”.*<sup>51</sup>

Del criterio antes mencionado, se destaca que para no violar la garantía de legalidad consagrada en la constitución, el acto de autoridad en materia penal debe de ser realizado, con estricto apego a la ley, de esta manera la autoridad al momento de emitir su acto debe fundarlo y motivarlo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado dicha obligación de las autoridades al establecer en jurisprudencia:

**“FUNDAMENTACION Y MOTIVACION”.** *De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también debe señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”.*<sup>52</sup>

Por lo anterior explicado, podemos concluir que la garantía de legalidad impone a las autoridades la obligación de realizar únicamente los actos que se encuentren expresamente facultados para ello de acuerdo a la competencia que existe en la ley, y de la misma forma que realicen dichos actos, conforme lo que establece la ley.

---

<sup>51</sup> Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XI. Enero. pág. 263.

<sup>52</sup> Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1965. Tercera Parte. pág. 636.

Así lo ha determinado la Suprema Corte de justicia de la Nación; al tenor de la siguiente jurisprudencia:

***“AUTORIDADES.*** *Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite.*<sup>53</sup>

Esto es que solo cuando se surtan las hipótesis contenidas en las normas jurídicas y numerales que funden dichos actos o determinaciones, y que a su vez expliquen el por que consideran que dichos preceptos son aplicables al caso en concreto, así da cumplimiento a esta garantía.

Este principio jurídico, caracteriza nuestro régimen de derecho, dándole la naturaleza de sistema jurídico legalista.

En el sentido de que todo acto de autoridad, y por tanto, toda resolución judicial, aunque no sea sentencia definitiva, debe fundarse en la norma jurídica aplicable.

La ley como única fuente del derecho, es la que da derechos y obligaciones, los actos ejercitados durante la vigencia de la ley, a partir del momento de su promulgación, son constitucionalmente validos y lícitos, por esta razón lo no legislado integra el espacio de libertad de los particulares.

La ley es obligatoria desde el momento de su promulgación, así lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación al tenor de la siguientes tesis jurisprudencial:

***“PROMULGACIÓN DE LEYES. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE ESTE ACTO.*** *La Suprema Corte ha*

---

53 Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1975. Octava Parte Jurisprudencia Común al Pleno y a las Salas. pag. 89.

*establecido jurisprudencialmente que los requisitos de fundamentación y motivación de una ley se satisfacen cuando es expedida por el Congreso constitucionalmente facultado para ello y se refiere a relaciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas (Apéndice 1988, Primera Parte, página 131, jurisprudencia 68). El acto de promulgación de la ley forma parte del proceso legislativo que culmina con su vigencia y, por ende, para el cumplimiento de los requisitos de fundamentación y motivación requiere que provenga de la autoridad competente para ordenar la publicación y circulación de la ley a fin de que pueda ser obedecida (fundamentación), ya que ha cumplido con las formalidades exigidas para ello (motivación); sin que sea necesario, para la satisfacción de tales requisitos, que en el texto del acto promulgatorio se citen los preceptos legales que facultan al Poder Ejecutivo Federal o Estatal para realizar tal acto, ni las razones que lo llevaron a concluir, tanto que se cumplieron las formalidades exigidas para la expedición de la ley como que la misma no es violatoria de derechos fundamentales, ya que tal cita y razonamiento en el acto mismo de autoridad no se requiere tratándose de actos legislativos".<sup>54</sup>*

El acto de promulgación de la ley forma parte del proceso legislativo que culmina con su vigencia y, por ende, para el cumplimiento de los requisitos de fundamentación y motivación requiere que provenga de la autoridad competente para ordenar la publicación y circulación de la ley a fin de que pueda ser obedecida, ya que ha cumplido con las formalidades exigidas para ello, las leyes son constitucionalmente válidas.

---

<sup>54</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo V. Junio de 1997. pág. 182.

De acuerdo con el artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal, delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Delito es todo acto humano que va contra la ley, encuadrándolos por acción u omisión y en determinados casos como una comisión por omisión.

En nuestro régimen de derecho, delito es la conducta que la ley le brinda esa categoría.

Clasificación legal del delito "es la que aparece en la ley, por eso es legal; aquí, los delitos se clasifican tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado."<sup>55</sup>

Como hemos venido sosteniendo a través de este capítulo, lo no legislado conforma el espacio de libertad de los gobernados, toda vez, que la ley limita las atribuciones de las autoridades, determinándose constitucionalmente las esferas jurídicas de los gobernados y de los gobernantes.

## **B. LA PENA A TRAVES DEL SISTEMA PENAL MEXICANO.**

La pena "es cualquier castigo o corrección impuesta a alguno por superior precepto, a causa del daño que voluntariamente hizo con deliberación o malicia".<sup>56</sup>

Pena es la privación, restricción o pérdida de derechos, impuesta en contra del responsable de la comisión de un delito, en virtud de un mandamiento judicial, en el que se cumplan las formalidades del procedimiento y que se

---

<sup>55</sup> López Belancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa. 5ª Edición. México. 1998. pág. 294.

<sup>56</sup> Escribhe Joaquín. Diccionario de la Lengua Castellana. Librería de la Rosa y Bouret. Paris. 1862. pág. 938.

encuentre debidamente fundado y motivado, con las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Determinado un delito, sólo debe aplicársele la pena que fija la ley, en virtud, de que el artículo 14 constitucional prohíbe imponer pena alguna por simple analogía y una por mayoría de razón si no está decretada en una ley aplicable exactamente al delito de que se trata, anterior a él, y vigente cuando se cometa.

Al respecto de lo anterior, la corte ha determinado lo siguiente:

***“PENAS. Se prohíbe imponer pena alguna por simple analogía y una por mayoría de razón si no está decretada en una ley aplicable exactamente al delito de que se trata, anterior a él, y vigente cuando se cometa”.***<sup>57</sup>

Toda vez, que en nuestra legislación, la imposición de las penas esta a cargo de la autoridad judicial, siempre que la conducta desplegada por el hombre se encuentre descrita como delito en ley, adoptando el principio romano “NULLA PENA SINE LEGE”.

Es aplicable al caso concreto, la siguiente tesis jurisprudencial:

***“NULLA PENA SINE LEGE. La imposición de penas sin ninguna base legal, por no existir disposición alguna que castigue el acto por el cual se imponen, o sin que el acto que les da origen este exactamente comprendido en las disposiciones legales que lo castiguen, importa una violación de los artículos 14, 16 y 21 constitucionales”.***<sup>58</sup>

57 Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo VIII. pág. 990.

58 Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo VI. pág. 638.

Nuestro sistema penal mexicano, faculta al Ministerio Público, de modo exclusivo, el ejercicio de la acción penal, y a los tribunales la función exclusiva de imponer las penas que procedan.

Obsérvese, el Ministerio Público exitara al órgano jurisdiccional, ejercitando la acción penal por los hechos que se consideran son constitutivos de delito, el juez que reciba dicha consignación, determinara si los hechos consignados son o no, constitutivos de delito.

El artículo 21 constitucional establece la diferencia que existe entre pena y sanción, toda vez, que determina que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, y las sanciones podrán ser impuestas única y exclusivamente por la autoridad administrativa, por motivo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las cuales pueden consistir en multa o arresto.

Las penas que la autoridad judicial puede aplicar se encuentran descritas en el artículo 24 del Código Penal, siempre que hayan sido satisfechos los requisitos establecidos por los artículos 14, 16 y 21 de nuestra Ley Fundamental.

Esto significa que para que la Autoridad Judicial pueda aplicar las penas y medidas de seguridad, contempladas en el libro primero, título segundo, Capítulo I. Penas y medidas de seguridad, contempladas en el artículo que más adelante se transcribe debe de seguirse un juicio con todas las formalidades del procedimiento.

*" ARTÍCULO 24. Las penas y medidas de seguridad son:*

*1. Prisión.*

*2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.*

*3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.*

*4. Confinamiento.*

*5. Prohibición de ir a lugar determinado.*

*6. Sanción pecuniaria.*

*7. (Derogado).*

*8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.*

*9. Amonestación.*

*10. Apercibimiento.*

*11. Caución de no ofender.*

*12. Suspensión o privación de derechos.*

*13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.*

*14. Publicación especial de sentencia.*

15. *Vigilancia de la autoridad.*

16. *Suspensión o disolución de sociedades.*

17. *Medidas tutelares para menores.*

18. *Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.”*

### **C. EL DOLO VISTO A TRAVES DEL SISTEMA PENAL MEXICANO.**

La ley establece en el artículo 9 del Código Penal, como dolo la conducta humana desplegada en la comisión de un hecho que la ley señala como delito, que conozca los elementos del tipo penal, o prevea como posible el resultado típico, quiera o acepte la realización del hecho.

Por dolo debemos entender como el conocimiento y previsión del resultado ilícito, de la conducta desplegada por el hombre.

Así lo ha determinado la suprema Corte de Justicia de la Nación, el tenor de la siguiente tesis jurisprudencial:

**“DOLO EN MATERIA PENAL.** *Dolo es, en materia penal, el conocimiento que del carácter delictuoso de un hecho, tiene el agente que lo ejecuta”.*<sup>59</sup>

---

59 Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo XXXIII. pág. 278.

El dolo penal se haya constituido por dos elementos, a saber: el conocimiento que tiene una persona de que un hecho o una omisión son delictuosos, y la voluntad de infringir la Ley Penal.

Según Muñoz Conde y de lo cual estamos total mente de acuerdo, "La falta de ese conocimiento, cualquiera que sea su causa u origen, determinara la ausencia del dolo y con ello la imposibilidad de imponer la pena correspondiente a la realización dolosa del delito en cuestión."<sup>60</sup>

Desde un punto de vista lógico, no hay que objetar a esa teoría que se comporta de un modo coherente con las premisas de las que parte, la concepción del dolo en su aspecto intelectual, como el conocimiento de los hechos fundamentadores de la pena y la significación delictiva de su acción.

En cuanto al primero y tratándose del delito de peculado, es claro que el empleado que ha sido admitido en su empleo, mediante severos requisitos legales, no puede ignorar que el dinero que se le entregaba, solo podía utilizarse para los fines de su cargo, esto es, para verificar los pagos correspondientes; y con relación al segundo elemento, es evidente que el hecho de haber consumado la sustracción, revela, por si mismo, la voluntad de perpetrarla.

#### **D. HOMICIDIO**

El homicidio, es el delito típicamente ofensivo de la vida humana, e implica la más negra estrella de la constelación penal, no se puede cometer un delito más grave contra un ser humano, que el homicidio pues le arrebatara el primero y más preciado de los bienes, que es la vida.

---

60 Muñoz Conde Francisco. El Error en el Derecho Penal. Editorial Tirant Lo Blanch. España Valencia. 1989. pág. 25

Es una verdad evidente que sin la vida no se puede disfrutar de ningún otro bien o satisfacer un interés.

El artículo 302 del Código Penal nos determina que comete el delito de homicidio el que prive de la vida a otro.

Ahora bien, podemos definir al homicidio como la privación de la vida de un hombre por otro.

#### **D.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE HOMICIDIO.**

Los elementos constitutivos del delito, o los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo, son aquellos supuestos descritos en la norma jurídica, satisfecha la hipótesis legal por actos materiales que la configuren, producen la obligación y la pena para sancionarle.

En el caso a estudio los elementos del delito de Homicidio, son:

- 1.- La acción u omisión de la conducta desplegada que quien prive de la vida a otro.
- 2.- La violación de la hipótesis legal que consagra el delito de homicidio en el artículo 302 del Código Penal.
- 3.- La realización del hecho descrito por la ley como delito, que se traduce en la materialización del homicidio.
- 4.- Determinar quien es el autor del homicidio y el grado de responsabilidad penal que le corresponde por virtud de la naturaleza de ellas.

5.- La determinación de que ley será aplicada al responsable del delito de homicidio.

6.- La responsabilidad penal que le corresponde al autor del homicidio, mediante juicio en el que se cumplan todas las formalidades del procedimiento.

Seguendo la Teoría Legalista del Delito, la autoridad judicial deberá de estudiar en un juicio penal al momento de dictar sentencia, y que reúna todas las formalidades del procedimiento que se siga en contra de un procesado por el delito de homicidio, lo siguiente:

- a) Que la conducta desplegada sea delito en la ley.
- b) Determinar quien es el autor de la conducta en base a las pruebas aportadas en el proceso y la responsabilidad que le corresponde por el delito.
- c) El estudio en base a las pruebas si ha prescrito el delito o si opera en favor del inculpado alguna excluyente de responsabilidad.
- d) Se determine la pena por la comisión del delito, dentro del mínimo y máximo que la ley prevé para castigar al delincuente, con base en su peligrosidad.

Los elementos del delito de homicidio, que sean señalado con anterioridad, integran la descripción de la conducta o hecho delictivo.

## D.2. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DELITO DE HOMICIDIO.

Corresponde al Ministerio Público acreditar si la conducta es delito en términos de ley, toda vez, que a la representación social le corresponde el ejercicio de la acción penal, tal y como lo establece el artículo 21 constitucional.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado la siguiente tesis jurisprudencial:

***“ACCION PENAL, PROCEDENCIA DE LA.*** *El ejercicio de la acción penal, como facultad exclusiva del Ministerio Público, se apoya en supuestos definidos como la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, por lo que si en esa fase indagatoria falta alguno de los elementos en mención, es obvio que no la ejerza el representante social o también porque aparecieran algunas de las consecuencias, tales como ausencia de conducta o hecho delictuoso; falta de intervención delictuosa por parte de una persona determinada a quien se ha tenido como indiciado; imposibilidad de recabar pruebas, por obstáculo material insuperable; extinción de la responsabilidad penal; o, existencia de una circunstancia excluyente de responsabilidad penal; por consiguiente, al existir algunas de estas consecuencias, es obvio que el Ministerio Público está imposibilitado para ejercer la acción penal, siendo evidente que el juicio de amparo no pueda analizar tales cuestiones ni obligar al Ministerio Público a que ejerza la acción penal,*

*porque ello contravendría el contenido del artículo 21 de la Constitución General de la República”.*<sup>61</sup>

La responsabilidad del inculpado, debe quedar plenamente acreditada, por lo que si en la fase indagatoria falta este elemento, es obvio que no la ejerza el representante social o también porque aparecieran algunas de las consecuencias, tales como ausencia de conducta o hecho delictuoso; falta de intervención delictuosa por parte de una persona determinada a quien se ha tenido como indiciado; imposibilidad de recabar pruebas, por obstáculo material insuperable; extinción de la responsabilidad penal; o, existencia de una circunstancia excluyente de responsabilidad penal.

Las pruebas en el expediente deben acreditar quien es el autor de la conducta, y el tipo de conducta realizada, que permitirá determinar el grado de responsabilidad penal que se deberá imponer al acusado.

Así lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación al tenor de la siguiente tesis jurisprudencial:

***“RESPONSABILIDAD PENAL. Todo acto jurídico tiene las siguientes características: puede ser constitutivo del delito, modificativo del tipo penal, agravante del contenido del injusto típico o excluyente del mismo, esto es, del hecho de poner en peligro o de la lesión de un interés protegido por el Derecho. Ahora bien, es bien sabido conforme al Derecho material que el delito ante todo, es acción típica, antijurídica y culpable, cuando no concurre una causa excluyente de incriminación. Desde este punto de vista cabe decir que cuando una conducta determina con su acción la lesión al***

---

<sup>61</sup> Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo I Segunda Parte I, pág. 40.

*bien jurídico, esto es, a la integridad corporal o a la privación de la vida de la parte lesa, tal comportamiento se subsume en un tipo penal; pero no es esto suficiente; un juicio de valor por parte del juez del conocimiento, sino que debe contemplarlo en orden al dolo que matizó tal comportamiento y, por lo mismo, a las circunstancias especiales, ya tengan el carácter de agravantes o atenuantes que puedan modificar el juicio de valor, por parte del Juez a quo".<sup>62</sup>*

Probado en el proceso penal que la conducta es delito en la ley y que el autor de ella es el inculpado, deberá analizarse si es factible fincar responsabilidad penal al delincuente.

---

<sup>62</sup> Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo CXXII, pág. 115.

## **E. ANALISIS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DERIVADA DE LA COMISION DEL DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO, EN CONTRA DE UN CONYUGE Y CONCUBINO.**

En el presente trabajo hemos estudiado, el fenómeno de violencia familiar, que atraviesa todas las capas de la sociedad, las variantes que existen se muestran en la exteriorización y notoriedad de los hechos violentos, que se reflejan con mayor visibilidad en los sectores populares y su mas intenso ocultamiento en los estratos medios o altos, diferencia esta que se conecta con la particular combinación de los supuestos que operan en cada sector social.

Por lo tanto, la agresión es producto de la rigidez en los roles, es decir, las funciones no cambian en armonía con la movilidad del contexto; permanecen rígidas y fijas, de esta manera, las diversas crisis familiares no son resueltas dentro de un proceso de crecimiento de la familia a través, de la superación de etapas, sino que se convierten en motivos detonantes de estallidos de violencia.

En este contexto, que el hombre golpee o que la mujer provoque, constituyen hechos intranscendentes frente a una situación muchas veces necesaria para las parejas de la demostración de superioridad que existe entre estas.

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

La ayuda mutua entre consortes debe manifestarse no solamente en el terreno económico, sino también, de manera preeminente, en el terreno moral y

afectivo. Mas estos aspectos escapan a la legislación. No puede ordenarse ni exigirse coercitivamente que los esposos se amen, se respeten, sean leales, indulgentes, corteses, amables entre sí. Y esas son precisamente las conductas que implican en esencia el estado de casados.

En el derecho de familia vemos manifestarse constantemente esta impotencia del derecho. Los familiares (cónyuges, padres-hijos, hermanos entre sí, cuando menos), debieran amarse, respetarse y comprenderse. Pero éstas son esferas pertenecientes a la moral, a la afectividad, a la buena crianza, a las cuales no alcanza el orden jurídico.

Lo único que le cabe al derecho, ante la ausencia de esas conductas positivas entre familiares es, en muy limitados casos, extinguir los lazos familiares (divorcio, solamente o imponer sanciones o pérdida de derechos como la pérdida de la patria potestad por ejemplo); pues los parientes consanguíneos lo son para toda la vida pese a sus conductas aberrantes o desnaturalizadas en ciertos casos.

La línea recta (derecha, justa, exacta) es, al mismo tiempo que dirección, la mejor dirección, la más corta, la más adecuada, la más rápida, la más fructífera; y esto por igual en geometría que en ingeniería, arquitectura, gobierno, educación, administración de justicia: bien entendido que lo más económico, lo más acertado y justo, el camino más derecho, en cualquiera de estos órdenes, no es siempre la rigidez sistemática y el llevar las cosas a punta de lanza o a rajatabla, sino que lo es muchas veces el rodeo, la flexibilidad, la contemporización y, en suma, cierto grado de sinuosidad. Bien a menudo concluye y oímos decir que no hay atajo sin trabajo.

Ahora bien, en capítulos anteriores se definió al derecho, como el sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica.

La sociedad puede considerarse como un caso especial de tales operaciones del sistema social allí donde pueda determinarse el ámbito de tal relación. La sociedad es aquel sistema social que institucionaliza las relaciones fundamentales y básicas.

Consecuentemente, la sociedad puede concebirse como el sistema de todos los sistemas sociales (pasados, presentes y futuros) que dirige y regula por sí mismo la evolución social.

Nos referimos indudablemente a la familia, ya que podemos afirmar que no hay hombre sin familia, y que ésta es la agrupación más elemental, pero al mismo tiempo la más sólida de toda la sociedad.

Podemos aún añadir otro elemento necesario al concepto de familia: una cierta estabilidad en la convivencia. Para que exista la familia se necesita que la convivencia entre parientes próximos sea estable, que sus componentes no la consideren como transitoria a corto plazo, sino que tenga una permanencia.

Se concluye, la familia, es aquel grupo de personas que por su naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno; es sinónimo de conjuntos unidos entre sí por vínculos jurídicos o naturales, como son el parentesco y el matrimonio, o como la agrupación de personas cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz; comprenden a los padres y a los hijos.

La patria potestad se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y

gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período.

Antes de entrar al estudio, materia del presente trabajo recepcional es importante destacar, que no debe tomarse en cuenta, con el carácter de agravante, el ataque o amenaza que significa el delito contra la sociedad, puesto que precisamente ese ataque o esa amenaza es lo que recoge la norma de derecho objetivo para establecer, no solo la existencia de dicho delito, sino la penalidad que el legislador estima conveniente.

El presente trabajo recepcional, tiene como objeto la reforma al artículo 323 del Código Penal para el Distrito Federal, adicionando como pena la pérdida de la patria potestad, cuando el cuerpo del delito de homicidio en razón del parentesco o relación descritos en el artículo en mención, estén plenamente acreditados, en sentencia ejecutoriada, en razón, de las reformas realizadas en cuestión de violencia familiar, a efecto de evitar la afectación de los menores en cuanto a su seguridad y moralidad.

El Título Decimonoveno, Capítulo IV del Código Penal, establece que comete el delito de Homicidio en razón del parentesco o relación, en su artículo 323, "Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que refieren los Capítulos II y III anteriores".

Obsérvese, el artículo antes transcrito, contiene una sanción mayor al delito de homicidio simple, ya que el reproche penal es mayor cuando se trata de parientes íntimos; la ley recoge el sentir social que condena duramente el ataque

inferido a los integrantes del núcleo más cercano, en el cual habría una suerte de alevosía básica cuando se quita la vida o se lesiona a quien espera encontrar en dicho ámbito el mayor amparo.

De acuerdo a nuestro sistema penal, en los casos de homicidio en razón del parentesco o relación, se determina como penalidad prisión de 10 a 40 años de prisión.

Véase, en la segunda parte de dicho precepto, existe una atenuante, que es el desconocimiento de dicho parentesco o relación, el cual se sancionara al infractor, como si se tratara de un homicidio simple intencional, pena que va de 8 a 20 años de prisión.

Centraremos nuestro estudio, al homicidio cometido por un cónyuge o concubino, en relación a la patria potestad que ejerce el agresor sobre los menos hijos habidos en dicha relación, cuando quede acreditado el cuerpo del delito, así como el grado de responsabilidad penal del reo en sentencia ejecutoriada y que este compurgando la pena impuesta.

En el presente trabajo, se trata de proteger en forma integral y real a los menores, ya que la adición a dicho artículo, se refiere a la globalización de la ley, de protección al menor, que tanto sean preocupado los legisladores, en razón directa a la interrelación de los mismos en el grupo social al cual pertenecen.

La materia es formativa, el sujeto es el niño y el joven y se encuentran en juego su futuro y el de la sociedad. Toda vez que lo que se pretende evitar es la mala influencia, en cuanto, a su formación, educación y valores morales, previniendo la creación de un futuro delincuente.

Ahora bien, el ejercicio de la patria potestad sobre un menor, no solamente se refiere a su sostenimiento, administración de bienes, sino al cuidado,

educación así como asistirlo personalmente, vigilando su sano desarrollo tanto físico como mental.

Por lo que, resultaría por demás imposible el ejercicio de la patria potestad sobre un menor, cuando una persona haya sido condenada a la pérdida de su libertad, a nadie escapa que la moralidad en las mentes infantiles puede verse afectada, no únicamente por la transformación psicológica que se opera en el pensamiento de los niños por la interpretación que le den a lo que ven y oyen y no están en posibilidades de entender, por el poco desarrollo de su discernimiento.

La afectación puede venir también, indudablemente, de la influencia perniciosa que puede ejercer en el desarrollo mental de las criaturas una persona mayor que no ha sabido, querido o podido mantenerse dentro de los límites de comportamiento general que exige la sociedad, en la vida libre de relación humana, influencia que desde luego resulta más peligrosa cuando esa persona ha sido privada de su libertad.

En esa virtud, se deberá aplicar como pena, la privación de los derechos de familia, cuando el sujeto activo, incurra el delito que hemos venido analizando, ya que a la sociedad incumbe desarrollo normal de la moralidad de los menores, dictando una disposición a todas luces preventiva, en cuanto que no se quiso esperar a que se presentaran en los hijos los síntomas de una afectación, para proceder a contener la causa que la originó, sino que quiere separar de inmediato toda posible causa de alteración.

Facultades concedidas con la finalidad de que el padre y/o la madre del menor cumplan con los deberes que la propia patria potestad impone, con características de interés público, ya que se les debe dar la calidad de funciones sociales (derechos y deberes a la vez); entendiéndose que la sentencia condenatoria que priva de la libertad a una persona deberá de condenar a la

perdida de las atribuciones originadas por la patria potestad, al sujeto activo que cometa dicho delito.

Esta declaración de perdida de la patria potestad, debe considerarse como definitiva, toda vez que la legislación civil, no establece la perdida o suspensión temporal de este derecho cuando se incurra en un homicidio en razón del parentesco o relación, sin que ello implique la pérdida de las obligaciones que dicho sujeto activo tiene sobre el menor ni los derechos que éste pueda hacer valer contra aquel.

Es de observarse que el legislador concedió tanta importancia a las conductas de violencia familiar en que incurriesen los ascendientes o descendientes, en relación con los menores que fue omiso en cuanto a legislar cuando se cometa un homicidio doloso en contra de algún cónyuge o concubino, sobre la perdida de la patria potestad, en virtud de que constituyen hechos de notoria peligrosidad para la moralidad de los hijos, independientemente de que éstos se llegaran o no a enterar, y que su influencia en ellos no solamente debe evitarse, sino prohibirse.

Como hemos señalado en los capítulos anteriores la patria potestad, la ejercen sobre los menores los padres; cuando faltara alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro; y los ascendientes en segundo grado, según lo determine el juez de lo familiar.

En el caso a estudio, y ante el homicidio cometido por algún cónyuge o concubino, el sujeto activo de dicho ilícito será el que tenga a su cargo la patria potestad, la cual como hemos venido sosteniendo él mismo no puede ejercerla, por lo que ejercicio de la patria potestad queda a cargo de los ascendientes en segundo grado (ABUELOS), toda vez que el que puede ejercer dicho derecho ha sido condenado a la perdida de la patria potestad, como pena por el ilícito en que incurrió.

La condena impuesta al sujeto activo, consistente en la pérdida de la patria potestad, deberá ser definitiva, es decir, que ya no puede ser modificada o revocada, esto deberá de decretarse como cosa juzgada, dicha condena será el documento base de la acción de pérdida de la patria potestad, por los ascendientes en segundo grado, ante un juez de lo familiar que es el competente para declarar la pérdida de ese derecho, ya que únicamente la sentencia en materia penal será de efectos declarativos, que se materializaran hasta en tanto el Juez de lo Familiar, declare mediante sentencia ejecutoriada la pérdida de la patria potestad.

Obsérvese, los ascendientes que soliciten la intervención judicial para la pérdida de la patria potestad, ante el Juez de lo Familiar, deberá de fundar los hechos de su demanda, en base a la sentencia penal en donde se decrete la pérdida de ese derecho, así como a la afectación moral del menor, previniendo la creación de un futuro delincuente.

Ya que el Juez de lo Familiar, es el competente, para atender sobre todos los asuntos concernientes a la familia, vigilando en el caso aquí a estudio, todo lo concerniente a la seguridad, tanto física como moral de los menores, por lo que deberá declarar judicialmente la pérdida de la patria potestad, cuando sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 444 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal.

Por todo lo anterior, se deberá adicionarse como pena al artículo 323 del Código Penal para el Distrito Federal, la pérdida de la patria potestad, para el sujeto activo en la comisión del delito de homicidio en razón del parentesco o relación, cuando el delito es cometido contra algún cónyuge o concubino, debiendo de quedar de la siguiente manera:

**Artículo 323, "Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que refieren los Capítulos II y III anteriores.**

**Cuando el delito se cometa en contra de algún cónyuge, concubina o concubinario, además de la pena impuesta en el párrafo anterior, en su primera parte, se le impondrá como pena la pérdida de la patria potestad".**

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La globalización de las normas protectoras de los menores, que tanto se han preocupado los legisladores, al estudiar las conductas sociales creando normas jurídicas, que eviten o prevengan los actos de violencia familiar, ha escapado la afectación moral en las mentes infantiles, cuando estos actos se suscitan entre los padres.

**SEGUNDA.-** Los menores de edad son los integrantes de la familia más vulnerables, tanto física, mental y moralmente, por lo que los legisladores al crear las normas protectoras para estos, pretenden evitar la mala influencia, en cuanto, a su formación, educación y valores morales, previniendo la creación de un futuro delincuente.

**TERCERA.-** En el Derecho de Familia, vemos manifestarse constantemente la impotencia del derecho, ya que los familiares que deberían amarse, cuidarse, respetarse y comprenderse, no siempre tienen ese tipo de conductas pertenecientes a la moral, a la afectividad, a la buena crianza, a las cuales no alcanza el orden jurídico, lo único que le cabe al derecho, ante la ausencia de esas conductas positivas entre familiares es en muy limitados casos, extinguir los lazos familiares (DIVORCIO, solamente o imponer sanciones o pérdida de derechos como LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, por ejemplo), pues los parientes consanguíneos los son para toda la vida, pese a sus conductas aberrantes o desnaturalizadas en ciertos casos.

**CUARTA.-** Los núcleos familiares, que por su naturaleza o por derecho están sujetas, a cierta estabilidad de convivencia permanente, con una moralidad más o menos ajustada al modelo cultural vigente, no escapan a las conductas de violencia familiar, por lo que es importante, prevenir las mismas para que se desenvuelvan dentro de la moralidad con la que se han desarrollado.

**QUINTA.-** 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. La fuerza más poderosa para la formación de los valores morales es la religión, por las actitudes que despierta y los valores que establece.

**SEXTA.-** La vida es el valor por excelencia, sustento de todos los demás que configuran el sentido de la existencia humana. El derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección a los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público.

Si un niño vive en un ambiente de críticas, aprende a condenar; si vive 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 vive 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 vive en un ambiente de aprobación, aprende a quererse; si vive en uno de aceptación y de amistad, aprende a encontrar amor en el mundo.

Ahora bien, el ejercicio de la patria potestad sobre un menor, no solamente se refiere a su sostenimiento, administración de bienes, sino al cuidado, educación así como asistirlo personalmente, vigilando su sano desarrollo tanto físico como mental.

**SEPTIMA.-** El fenómeno de violencia familiar, que atraviesa todas las capas de la sociedad, las variantes que existen se muestran en la exteriorización y notoriedad de los hechos violentos, que se reflejan con mayor visibilidad en los sectores populares y su mas intenso ocultamiento en los estratos medios o altos,

diferencia esta que se conecta con la particular combinación de los supuestos que operan en cada sector social.

**OCTAVA.-** La afectación sobre los menores, puede venir también, indudablemente, de la influencia perniciosa que puede ejercer en el desarrollo mental de las criaturas una persona mayor que no ha sabido, querido o podido mantenerse dentro de los límites de comportamiento general que exige la sociedad, en la vida libre de relación humana, influencia que desde luego resulta más peligrosa cuando esa persona ha sido privada de su libertad.

Por lo que resultaría por demás imposible el ejercicio de la patria potestad sobre un menor, cuando una persona haya sido condenada a la pérdida de su libertad, a nadie escapa que la moralidad en las mentes infantiles puede verse afectada, no únicamente por la transformación psicológica que se opera en el pensamiento de los niños por la interpretación que le den a lo que ven y oyen y no están en posibilidades de entender, por el poco desarrollo de su discernimiento.

**NOVENA.-** Se concluye, en virtud, de que la legislación penal es omisa respecto a salvaguardar el bienestar físico, mental y moral de los menores se deberá aplicar como pena, la privación de los derechos de familia, en el caso particular la pérdida de la patria potestad, cuando el sujeto activo, incurra en el delito de homicidio en razón del parentesco o relación, en contra de algún cónyuge o concubino, ya que a la sociedad incumbe desarrollo normal de la moralidad de los menores, dictando una disposición a todas luces preventiva, en cuanto a que no se quiere esperar a que se presentaran en los hijos los síntomas de una afectación, para proceder a contener la causa que la originó, sino que se pretende separar de inmediato toda posible causa de alteración.

**DECIMA.-** Razón por la que se propone se adicione al artículo 323 del Código Penal para el Distrito Federal, la pérdida de la patria potestad en la forma y términos establecido en el inciso E), del capítulo IV de este trabajo.

## BIBLIOGRAFIA

- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1985.
- Baqueiro Rojas, Edgard. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México 1990.
- Bonafante, Pietro. Historia del Derecho Romano. De. Revista de Derecho Privado. Madrid, España 1944. Vol. I.
- Bonet Ramón, Francisco. Derecho Civil. Tomo I. Editorial Bosh. Barcelona, España. 1948.
- Carranca y Trujillo Raúl y otro. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. México. 1989.
- Comte, Augusto. Curso de Filosofía Positiva. Traducción Editorial De palma. Buenos Aires, Argentina, 1976.
- D'ors. A. y otros. El Digesto de Justiniano. Tomo III. Libros 37-50. Editorial Aranzadi.
- Del Vecchio, Giorgio. Filosofía del Derecho. Traducción de Recaséns Siches, Tomo I, Barcelona, España 1935.
- Dorado Montero, Juan. "Derecho". Enciclopedia Jurídica Española. Tomo X, Editorial Bosh. Barcelona, España. 1948.
- Durkheim, Emilio. Las Reglas del Método Sociológico. Editorial Pleyade, Buenos Aires, 1970.
- Escriche Joaquín. Diccionario de la Lengua Castellana. Librería de la Rosa y Bouret. París. 1862.
- Grosman P. Cecilia, Mesterman Silvia, Adamo. T. María. Violencia en la Familia. Editorial Universidad, Buenos Aires. 1992.
- Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México 1988. 4ª Edición.
- Lacruz Berdejo, José Luis. En Gran Enciclopedia Rialp. Familia II. Tomo IX. Editorial Rialp, S.A. Madrid, España. 1972.
- López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa. 5º Edición. México. 1998.

- Luño Peña, Enrique. Derecho Natural. Editorial Bosh. Barcelona, España. 1947.
- Mancilla Ovando Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito. Editorial Porrúa. 2° Edición. México. 1994.
- Mommsen, Teodoro. Historia de Roma, Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina 1960.
- Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México. 1985.
- Muñoz Conde Francisco. El Error en el Derecho Penal. Editorial Tirant Lo Blanch. España Valencia. 1989.
- Parsons, Thomas. El Sistema Social. Traducción De. Revista de Occidente. Madrid, España 1966.
- Sancho Izquierdo, Miguel. Tratado elemental de Filosofía del Derecho y Principios de Derecho Natural, Editorial Revs. Madrid, España. 1950.
- Semanario Judicial de la Federación.
- Sohm, Rodolfo. Instituciones de Derecho Romano. Historia y Sistema. Gráfica Panamericana. S. de R.L. México. 1951.

## **LEGISLACION**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Código Penal para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal