

372



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGÓN**

ESTUDIO JURÍDICO DEL DEPÓSITO DE PERSONAS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
DANIEL RAMOS BAUTISTA

ASESOR:
LIC. CECILIA LICONA VITE

MÉXICO

2002.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTUDIO JURÍDICO DEL DEPÓSITO DE PERSONAS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTOS PREVIOS

Págs.

1.1	Familia.....	1
1.2	Matrimonio.....	2
1.3	Divorcio.....	3
1.4	Filiación.....	10
1.5	Menores de edad.....	11
1.6	Patria potestad.....	15
1.7	Tutela.....	18
1.8	Huérfanos, expósitos y abandonados.....	22
1.9	Maltrato infantil.....	23
1.10	Violencia infantil.....	24
1.11	Medidas provisionales.....	25
1.12	Demanda.....	26
1.13	Denuncia.....	27
1.14	Querrela.....	28
1.15	Definición de persona.....	30

CAPÍTULO SEGUNDO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1	Derecho Antiguo.....	32
2.2	Derecho Romano.....	34
2.3	Derecho Canónico.....	37
2.4	Derecho Francés.....	40
2.5	Derecho Español.....	43
2.6	Derecho Argentino.....	45
2.7	Derecho Mexicano.....	47
2.7.1	México Prehispánico.....	47
2.7.2	México Colonial.....	48
2.7.3	México Independiente.....	49
2.7.3.1	Código Civil de 1870.....	49
2.7.3.2	Código Civil de 1884.....	51
2.7.3.3	Ley de Divorcio de diciembre de 1914.....	52
2.7.3.4	Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.....	53
2.7.3.5	Código Civil para el Distrito Federal de 1928.....	53
2.7.3.6	Código de Procedimientos Civiles de 1932.....	56
2.7.3.7	El depósito de persona en las demás entidades federativas de la República mexicana.....	57

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO TERCERO. ANÁLISIS JURÍDICO DEL DEPÓSITO JUDICIAL DE PERSONA

3.1	Nociones preliminares.	61
3.2	Depósito de persona.	63
3.3	Utilidad y fines del depósito judicial de persona.	65
3.4	Autoridad facultada para conocer del depósito judicial de personas.	66
3.5	Análisis al párrafo segundo del artículo cuarto, así como, el once, Trece, párrafo segundo del artículo catorce y dieciséis, todos de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.	69
3.6	Responsables del depósito.	71
3.6.1	Personas a quienes se deposita.	72
3.7	Procedimiento de depósito de personas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.	74
3.7.1	Las pruebas en el depósito de personas.	77
3.7.2	Dificultad de valorar pruebas.	80
3.8	Otras medidas precautorias que deben acompañar al depósito de persona.	81
3.9	Duración del depósito de persona.	83
3.10	Separación de personas como acto prejudicial.	84
3.11	Definición de guarda y custodia.	86
3.12	Comparación o diferencia entre Depósito de persona, Guarda Y Custodia.	91
3.13	La necesidad de reformar el actual Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en materia de depósito judicial de persona.	92
	CONCLUSIONES	95
	BIBLIOGRAFÍA.....	98
	LEGISLACIÓN.....	101

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

La familia ha sido definida como la célula fundamental de la sociedad. Es precisamente en el seno familiar en donde los seres, que forman parte de ese núcleo humano, deben encontrar la solidaridad y la protección que les permitan desenvolverse de manera sana y equilibrada ante la sociedad en su conjunto.

Los individuos unidos por vínculos de parentesco, matrimonio o concubinato y que comparten un espacio común comparten lo que generalmente se conoce como hogar, concepto que desde luego es más amplio y profundo que el de vivienda, que se refiere meramente al techo que cobija a un núcleo humano.

Sin embargo, los miembros de la familia en casos muy frecuentes lejos de contar con la seguridad, apoyo, el respeto y afecto, se ven expuestos a constantes maltratos y vejaciones que vulneran profundamente sus más elementales derechos humanos.

Ahora bien, es importante señalar que los malos tratos se relaciona en forma directa con la relación de poder: fuerte y débil. Así los grupos más débiles resultan los más agredidos.

En el caso de la familia, son los menores, ancianos, incapacitados y las mujeres quienes más sufren los agravios y se ven expuestos al fenómeno conocido como el maltrato o violencia familiar, problema muy relacionado con la práctica de lo que en México conocemos como machismo.

Este maltrato físico, psicológico y emocional, suele darse por parte de uno o algunos de los miembros del núcleo familiar, siendo lo peor del asunto que muchas mujeres aceptan este maltrato ya sea por ignorancia o como una forma de convivencia normal, lamentándose, si acaso, la mala suerte de haberles tocado maridos golpeadores o agresivos, pero resignándose, con una mal entendida abnegación, los abusos y vejaciones.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Siendo la familia un asunto de interés público, puesto que lo que ocurra en su interior pasa a ser responsabilidad del Estado, éste, a lo largo de la historia, ha buscado proteger a los integrantes del núcleo y, por ende, ha determinado la creación de instituciones como el depósito de personas.

En este trabajo de tesis, precisamente abordo el análisis del depósito de persona en tres capítulos, en los que realizo un estudio amplio acerca de dicha institución.

En el capítulo primero, me ocupo de exponer conceptos previos, a saber: familia, matrimonio, divorcio, filiación, minoría de edad e incapacidad, patria potestad, tutela, huérfanos expósitos y abandonados, maltrato infantil, medidas provisionales, demanda, denuncia, querrela y definición de persona.

En el capítulo segundo presento el desarrollo histórico de la figura del depósito de persona, y su evolución en México hasta la actualidad, así como la evolución que ha tenido dentro de legislaciones Extranjeras, mismas que han inspirado a la nuestra.

Por último en el capítulo tercero analizo la regulación de la figura en estudio en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y la manera en que puede ser solicitado por un cónyuge, y vierto mi opinión de ser una institución en desuso, por lo que también presento una propuesta de reforma a dicho ordenamiento jurídico.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

EL PRESENTE TRABAJO DE TESIS LO DEDICO:

A DIOS: POR EL DON DE LA VIDA QUE ME PROPORCIONO...

A MIS PADRES : MARGARITO RAMOS PALACIOS Y MATILDE BAUTISTA MARTÍNEZ, QUIENES CON CARÍÑO, ESFUERZO, DEDICACIÓN Y EJEMPLO, ME HAN BRINDADO LA OPORTUNIDAD DE SER ÚTIL A LA SOCIEDAD...

A MIS HERMANOS: GUADALUPE, MERCED, BEATRIZ, DAVID, EFRAÍN, EMMANUEL Y BENJAMÍN, QUIENES SIEMPRE HAN CREÍDO EN MI Y HE CONTADO CON SU APOYO Y RESPALDO...

A JUAN CARLOS ARCINIEGA GARCÍA, POR SU APOYO INCONDICIONAL Y SER UN EXCELENTE AMIGO...

A TODAS LAS PERSONAS QUE DE MANERA DIRECTA E INDIRECTA SIEMPRE ME HAN APOYADO Y ANIMADO A SEGUIR ADELANTE ...

A LA LICENCIADA CECILIA LICONA VITE, QUIEN CON SU ENORME SAPIENCIA, ME GUIÓ CON PACIENCIA Y ESmero EN LA REALIZACIÓN DE ESTE TRABAJO PARA ELLA MI MAYOR AGRADECIMIENTO RESPETO Y ADMIRACIÓN ...

A MI JURADO LICENCIADOS: HILDA DÍAZ HERRERA, EDITH ALICIA GONZÁLEZ MARTÍNEZ, ENRIQUE MÁRQUEZ JUÁREZ Y JESÚS ENRIQUE LANDEROS CAMARENA, POR OTORGARME LA OPORTUNIDAD DE OPTAR A SER PROFESIONISTA...

A MIS PROFESORES POR HABERME OTORGADO LA LUZ DEL CONOCIMIENTO EL CUAL ME HA PERMITIDO LLEGAR HASTA ESTE MOMENTO...

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES CAMPÚS ARAGÓN, QUIEN ME ACOGIÓ COMO UN HIJO Y ME FORMO PARA SERVIR A LA SOCIEDAD BRINDÁNDOME LOS CONOCIMIENTOS NECESARIOS PARA CONVERTIRME EN PROFESIONISTA...

A TODOS USTEDES MI ETERNA GRATITUD... GRACIAS

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTOS PREVIOS

1.1 FAMILIA.

La palabra familia tiene una connotación restringida, a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo un mismo techo. En este sentido se puede hablar de familia doméstica por lo que se amplía de manera que pueden quedar comprendidos en ella el cónyuge del hijo o de la hija y de los descendientes inmediatos de estos (nietos) aunque no vivan en la misma casa.

Las nociones de parentesco, solidaridad y afecto son una constante a través de las diversas etapas del desarrollo de la familia,

En presencia del fenómeno biológico, de la necesidad del cuidado y protección de la prole, así como de la costumbre social, el derecho estructura y organiza a la familia para lograr su estabilidad y su unidad institucional por medio del matrimonio, creando un conjunto de normas alrededor de los cónyuges; ha establecido un complejo de relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos que disciplinan la filiación y ha dado unidad de dirección al grupo familiar por medio del ejercicio de la patria potestad para permitir a los padres el cumplimiento del deber de proteger y educar a sus hijos. Estos son los instrumentos jurídicos que proporcionan a la familia, en su moderna concepción, la organización, unidad y permanencia que requiere ese grupo social primario.

La familia, en su forma evolucionada, se ha presentado unida a la institución del matrimonio que atribuye estabilidad al grupo formado como consecuencia de la reproducción del hombre y la mujer, aunque no se niega la posibilidad de que como un hecho existe y ha existido la familia fuera de matrimonio. En este caso se trata de un grupo familiar constituido en manera irregular fundada en la filiación; es decir, en las relaciones jurídicas entre padres e hijos sin que desde el punto de vista del derecho surjan relaciones familiares de los progenitores entre sí. Las que existan o puedan existir entre ellos, son de otra naturaleza, generalmente puramente afectivas y de consecuencias económicas.

¹. Del latín familia. En sentido muy amplio, la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere. Esta noción por su propia vaguedad y su amplitud, no tiene efectos jurídicos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De allí podemos concluir que la familia está constituida por el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común (sentido amplio) y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tienen como fuente el matrimonio y la filiación matrimonial o extramatrimonial.

Por otro lado, el hogar, como una comunidad doméstica que implica comunidad de vida de los miembros de la familia, presenta graves síntomas de disolución o cuando menos de una profunda transformación. La casa de la familia está dejando de existir como una unidad económica y espiritual y con ello se han relajado los lazos de solidaridad y ayuda mutua entre sus componentes que forman el sustento de la organización familiar para el cumplimiento de los fines de ésta.

1.2 MATRIMONIO.

"Del latín *matrimonium*, son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores".²

De ahí que se pueda afirmar que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.

En la doctrina se han elaborado varias teorías en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio. Tres de ellas se derivan de las acepciones señaladas -acto jurídico, institución y estado general de vida- además se habla de: matrimonio-contrato, matrimonio-contrato de adhesión, matrimonio acto jurídico condición y matrimonio-acto de poder estatal.

En cuanto a la capacidad para contraer matrimonio el artículo 148 Código Civil, establece que para contraer nupcias el varón y la mujer necesita haber cumplido dieciséis años. Las dispensas de edad sólo se darán por el Juez de lo Familiar del Distrito Federal. El artículo referido que a la letra dice:

Artículo 148 *Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.*

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto, la tutela; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

Los efectos que produce la celebración del matrimonio son de tres tipos: a) entre consortes, b) en relación a los hijos, y c) en relación a los bienes.

2. Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*. Editorial Porrúa, México, 1995 (14ª ed.), p. 567.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Los primeros están integrados por el conjunto de deberes y derechos irrenunciables permanentes, recíprocos de contenido ético jurídico. Estos deberes son: de fidelidad, de cohabitación y de asistencia.

Los efectos del matrimonio en relación a los hijos han sido clasificados en dos rubros.

a) Para atribuirles la calidad de hijos habidos en matrimonio según lo dispone el artículo 324 Código Civil.

Artículo 324 Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

Los hijos nacidos dentro del matrimonio; y

II. los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

b) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

Los efectos en relación a los bienes comprenden tres aspectos: las donaciones antenuptiales, las donaciones entre consortes y las capitulaciones matrimoniales.

1.3 DIVORCIO.

La palabra divorcio proviene del latín "*Divortium*, que significa disolución del matrimonio. La forma sustantiva del antiguo *divertiere*, es separarse (*direiteración*), *voltere*, dar de vueltas."³

Jurídicamente divorcio significa "Extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso."⁴

Dice Planiol que el divorcio:

es la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos producía, ya sea respecto a ellos o a los terceros. La disolución del matrimonio supone la validez de éste. El matrimonio nulo no se disuelve; al reconocerse su nulidad se reconoce al mismo tiempo que nunca ha producido efectos, o bien, que los que había producido, si únicamente era anulable, se extinguen retroactivamente.⁵

Edgardo Peniche, manifiesta que el divorcio "es la disolución del vínculo que une a los cónyuges, dejándolos en aptitud de contraer nuevo matrimonio".⁶

³ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano, Derecho de familia*, México, Editorial Porrúa S.A., 1993, Tomo II, p. 383.

⁴ De Pina, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, México, Editorial Porrúa S.A., 1963, (3ª ed.), p. 340.

⁵ Planiol, Marcel & Georges, Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*, Traducción José M.ª Cajica Jr, Divorcio, filiación e incapacidades, Editorial Cárdenas, Puebla, 1991, Tomo 1, (2ª ed.), p. 454.

⁶ Peniche López, Edgardo, *Introducción al Derecho y lecciones de derecho civil*, Editorial Porrúa, México, 1995, (23ª ed.), p. 116.

Moto Salazar dice "divorcio es la disolución del vínculo legal del matrimonio, en vida de los esposos, por virtud de una resolución de la autoridad judicial".⁷

El maestro Magallón Ibarra, menciona respecto del divorcio: "Es el rompimiento y disolución del vínculo conyugal que une válidamente a una pareja que, mediante una sentencia, deja a sus partes en aptitud de contraer legalmente un nuevo matrimonio".⁸

En la actualidad nuestro Código civil para el Distrito Federal, manifiesta en su artículo 266 respecto del divorcio que:

Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro....

Existen dos posibilidades de divorcio la separación de cuerpos y el divorcio vincular o divorcio propiamente dicho.

La separación de cuerpos es la forma de divorcio que ha sido sustentada por la Iglesia católica (*divortium quoad torum et mensam*), teniendo la finalidad de autorizar la separación de los cónyuges en cuanto a los cuerpos, es decir, a no hacer vida en común manteniendo el vínculo jurídico del matrimonio (corporal pero no sacramental).

Esta figura fue regulada en algunos países del Viejo Continente en los cuales la Iglesia ejercía fuerte influencia.

En la separación de cuerpos no se da una disolución del vínculo matrimonial sino simplemente se relaja el vínculo en cuanto a sus efectos, manteniendo unidos a los cónyuges; es decir, se suspende el deber de cohabitación y el débito conyugal, quedando subsistentes los demás derechos y obligaciones creados por el vínculo jurídico del matrimonio, tales como el deber de fidelidad, socorro, ayuda mutua.

"La separación de cuerpos difiere del divorcio en que no disuelve el matrimonio; sólo afloja el vínculo. Ambos esposos permanecen casados; pero viven separadamente subsistiendo todas las obligaciones nacidas del matrimonio, excepto las que se refieren a la vida en común".⁹ "En el divorcio por separación de cuerpos, el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias".¹⁰ "La separación de cuerpos derecho reconocido a los dos esposos, por sentencia judicial, para no hacer vida en común".¹¹

En México, la separación de cuerpos fue introducida con la Conquista, manteniéndose dicha institución como única e inalterable hasta principios de siglo XX.

⁷ Moto Salazar, Efraín, *Elementos de derecho*, Editorial Porrúa, México, 1996, (41ª e d.), p. 174.

⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil, Atributos de las personas*, Editorial, Porrúa S. A., México, 1985, Tomo III, p. 365.

⁹ Planiol, Marcel, & Ripert, Georges. *Tratado elemental de derecho civil*, Introducción, Familia, Matrimonio, Trad. José M. Cajica Jr., Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Puebla, 1991, (Tomo II, 2ª ed.), p. 86.

¹⁰ Soto Álvarez, Clemente, *Prontuario de introducción al estudio del derecho, y nociones de derecho civil*, México, Editorial Limusa, 1975, p. 112.

¹¹ Bonnecase, Julián, *Elementos de derecho civil*, México, Editorial Cárdenas, Trad., José M. Cajica Jr. 1985, p. 560.

En 1928 a partir de la expedición del Código Civil, se regula en el artículo 277, la suspensión de la obligación de cohabitar por un tiempo determinado, a saber:

Artículo 277. El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Este precepto plasma el fundamento por el cual uno de los cónyuges puede optar, ya sea por la suspensión de la obligación de cohabitar con su cónyuge, fundado en las fracciones VI o VII del artículo 267, o pedir el divorcio fundándose en las mismas causales. Las cuales textualmente disponen:

Artículo 267. Son causales de divorcio....

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

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

También, para el caso de divorcio, se prevé, que al admitirse la demanda, o antes si hubiere urgencia y mientras dure el juicio, se procederá a la separación de los cónyuges, disposición jurídica que se encuentra regulada por lo establecido el artículo 282 del Código Civil que refiere:

Artículo 282. Después de presentada la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictaran las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

I. La separación de los cónyuges....

Así mismo, para el caso de divorcio por mutuo consentimiento se prevé en el artículo 275 del Código Civil¹² que:

Artículo 275. Mientras se decrete el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges.

Para el caso de que uno de los cónyuges intente pedir la separación el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal lo reglamenta en los artículos 205 y 212.

Artículo 205. El que intente demandar o denunciar o querrellarse contra su cónyuge, puede solicitar su separación al Juez de lo Familiar.

¹² En lo sucesivo emplearemos la abreviatura Código Civil, legislación civil o simplemente CC., para referirnos al Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 212. *En la misma resolución ordenará la notificación al otro cónyuge previéndole que se abstenga de impedir la separación o causar molestias a su cónyuge, bajo el apercibimiento de proceder en su contra en los términos a que hubiera lugar. El Juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, decretará quién de los cónyuges permanecerá en el domicilio conyugal.*

Por lo que respecta a la clasificación del divorcio vincular o divorcio propiamente dicho, el artículo 266 dice que:

Artículo 266....

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

El divorcio por común acuerdo¹³, a que hace referencia el artículo 272, es comúnmente llamado divorcio administrativo porque debe ser declarado por el Juez del Registro Civil, y no por la intervención de la autoridad judicial, es decir, se decreta por una autoridad administrativa, si los cónyuges reúnen los requisitos establecidos por el artículo 272 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que menciona:

Artículo 272. *Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.*

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

El divorcio voluntario de tipo judicial es cuando no se reúnen los requisitos del divorcio administrativo previsto en el artículo 272 del Código Civil; por lo que tiene la característica de que debe ser decretado por resolución judicial, para lo cual los cónyuges deben acudir ante un Juez de lo Familiar, con su solicitud de divorcio acompañada del convenio en el que fijen los puntos que exige el artículo 273 del Código Civil y que son por su texto:

¹³ El divorcio por mutuo consentimiento es definido por Sara Montero Duhalt como: "La disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges. Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia*. México, Editorial Porrúa S.A., 1990, (4ª ed.), p. 254.

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

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

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

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

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

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

VI. la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidar, exhibiendo para ese efecto el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y

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

Este procedimiento comprende las dos juntas que respectivamente exigen los artículos 675 y 676 del Código Adjetivo, en ellas se ratificará y reiterará la voluntad de ambos consortes de divorciarse.

El divorcio necesario está señalado por las fracciones 1 a XXI del artículo 267 del Código Civil¹⁴.

Este tipo de divorcio la doctrina lo divide a su vez en: divorcio sanción y divorcio remedio. El divorcio sanción se encuentra previsto por las causales que señalan un acto ilícito o los actos cometidos en contra de la naturaleza del matrimonio. El divorcio remedio, es instituido como una protección del cónyuge sano o de los hijos, contra de enfermedades incurables, contagiosa o hereditaria, o por padecer trastorno mental, del otro cónyuge

¹⁴ El Código Civil para el Distrito Federal con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 25 de mayo del 2000, establece en el texto del artículo 267.

Artículo 267. Son causales de divorcio:

I El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

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

III La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;

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

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

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

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

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

IX La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos;

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

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

XII La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, la doctrina ha clasificado el divorcio vincular, en: divorcio necesario y divorcio voluntario. El divorcio necesario, está limitado en nuestra legislación a ciertos casos, mismos que se encuentran regulados por las causales señaladas en las fracciones I a XXI del artículo 267, que por sus características podemos clasificar, en: a) Por delitos cometidos por uno de los cónyuges en contra del otro, b) por delitos cometidos en contra de los hijos, o de uno de los cónyuges en contra de terceros, artículo 267, c) Por actos inmorales o infamantes ejecutados por el marido o por la mujer, con el fin de corromper a los hijos, así como tolerar su corrupción, d) Por el incumplimiento de obligaciones fundamentales del matrimonio, e) Por actos contrarios al estado matrimonial de los cónyuges, para el caso de abandono de hogar, de malos tratos o injurias, en las cuales son situaciones más o menos permanentes que han vuelto difícil la vida conyugal y ponen en peligro físico, psíquico o moral de la familia. Por

enfermedad o vicios enumerados en las fracciones VI, VII, XV, XIX y XX, del artículo 267 del Código Civil.

Los efectos que genera el divorcio en relación con los cónyuges, están dados, en principio, en que los cónyuges recobran su capacidad para contraer matrimonio, y en que el conjunto de derechos, deberes y obligaciones generados por el matrimonio, una vez decretado el divorcio se extinguen de plano; subsistiendo como excepción la obligación de proporcionar alimentos al cónyuge que no dio causa al divorcio, según lo dispone el artículo 288 del Código Civil, así como, conservar lo recibido y reclamar lo prometido por su consorte (artículo 286).

En relación con los hijos, una vez separados los cónyuges, pueden mantener todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, o en su caso, perderla, suspenderla o limitarla, quedando subsistentes las demás obligaciones hacia sus hijos.

1.4 FILIACIÓN

Del latín *filatio-onis*, de *filius*, hijo, la filiación que es la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole.

Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo.

Planiol define la filiación como "la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados".¹⁵

La filiación, partiendo de un hecho biológico, imprime estabilidad a la relación paterno filial, que sobrepasa la vida individual y contribuye a formar el núcleo social primario de la familia a través de un complejo de relaciones jurídicas que nacen del estado civil o estado de familia.

La filiación clasifica en consanguínea y adoptiva. La primera derivada de la procreación, mientras que la segunda proviene de un acto jurídico: la adopción.

Es importante distinguir entre la filiación que nace dentro de matrimonio y la que se origina fuera de él.

La distinción entre hijos nacidos de matrimonio e hijos nacidos fuera de matrimonio, se refleja únicamente respecto al diverso modo de probar la filiación según se trate de hijos de matrimonio o de hijos habidos fuera de matrimonio y no hay otros efectos. Probada la maternidad de una mujer casada queda al mismo tiempo probada la paternidad del marido. Al paso que el hijo nacido fuera del matrimonio debe probar su filiación ya paterna, ya materna, bien por el reconocimiento que de él hagan uno u otro de los progenitores o por una sentencia judicial que declare qué persona es su padre o su madre. Así pues, en tanto que en los hijos habidos en matrimonio, la filiación paterna y materna es conjunta y requiere reconocimiento sin pronunciamiento judicial alguno, la filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio puede no coexistir respecto de cualquiera de los progenitores (el padre o la madre) y requiere el reconocimiento de uno u otro o de ambos o una sentencia judicial que declare la paternidad o la maternidad.

Esto quiere decir que a la prueba de la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonio se aplica el principio rector conforme al cual se presume que el marido de la mujer casada es el padre de la persona que esta ha dado a luz.

¹⁵ Planiol, Marcel, & Ripert, Georges. Tomo 1, Ob. cit. p. 106.

El artículo 324 dispone:

Artículo 324 Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

Los hijos nacidos dentro del matrimonio; y

II. los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento y con la identidad de la persona que pretende ser aquella a que se refiere esa partida. La filiación matrimonial puede probarse por medio de la posesión de estado, si no existen actas o fueren estas defectuosas o falsas. Para probar los elementos de la posesión de estado (nombre trato y fama) son admisibles toda clase de pruebas, pero la testimonial deberá apoyarse en un principio de prueba por escrito.

Tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio, la filiación sólo quedará establecida por medio del reconocimiento voluntario o por la sentencia judicial que declare la paternidad o la maternidad. El reconocimiento que pretenda hacer un menor de edad requiere del consentimiento de quienes ejercen sobre él la patria potestad, o la tutela, o a falta de una y otra se necesita la autorización judicial. Se requiere además que quien reconoce a un hijo, tenga la edad exigida para contraer matrimonio más la edad del hijo que va a ser reconocido.

1.5 MENORES DE EDAD

Del latín *minor natus* referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano, sino digno de protección, pues esta última voz proviene a su vez de *pupus* que significa niño y que se confunde con la amplia acepción romana del hijo de familia sujeto a patria potestad o tutela. Desde el punto de vista biológico se llama menor a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena, y desde el punto de vista jurídico es la persona que por la carencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad. La ley restringe la capacidad del menor dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan.

Los infantes, etimológicamente debieron ser en su origen los que no sabían hablar, comprendían a los menores de siete años, que fueron considerados como incapaces totales para la proyección de sus actos.

Con el fin de ordenar la compleja regulación dada a los menores, procede su ubicación dentro de las más importantes disciplinas legales.

Así observamos que en el aspecto sustantivo civil, el artículo 646 del Código Civil señala:

Artículo 646 La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos

Artículo 647 El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Por lo que contrario sensu, cabe entender que la minoridad abarca desde el nacimiento viable hasta los dieciocho años cumplidos es decir, a la hora cero del día siguiente en que se vence dicho plazo.

Este mismo ordenamiento citado indica que la menor edad constituye una restricción a la personalidad jurídica, "pero que los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes". Artículo 23 que dice:

Artículo 23 *La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significa menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.*

Por lo que se confirma que los hijos menores de edad no emancipados, se encuentran bajo la patria potestad de sus ascendientes hábiles y en defecto de dicha sujeción estarán sometidos a tutela, en la inteligencia de que para el ejercicio de ambas instituciones en materia de guarda y educación, se respetarán las modalidades previstas por este Código

Así podemos entender que no obstante la aparente incapacidad del menor, ésta sólo es relativa, pues si bien cabe declarar la nulidad de los actos de administración ejecutados y de los contratos que celebre sin la autorización de su representante y sin su consulta personal cuando fuere mayor de dieciséis años y goce de discernimiento, la administración de los bienes que el pupilo adquiera con su trabajo le corresponde directamente a él y no a su representante.

Por otra parte se faculta al menor desde los referidos 16 años para testar para designar tutor de sus herederos, para solicitar la declaración de su estado de minoridad ante el juez competente, para proponer a su propio tutor dativo y a su curador, para elegir carrera u oficio y, en general, para denunciar las irregularidades en que se considere víctima, siempre que no se trate de obligaciones en que haya sido perito o hubiere actuado dolosa mente apareciendo como mayor de edad.

También se concede a los menores de dieciséis años, el derecho para contraer matrimonio con la asistencia de sus representantes, pedir la suplencia del juez para obtener el referido consentimiento, para celebrar capitulaciones dentro de su régimen matrimonial, para reconocer hijos y en fin para objetar la adopción que de ellos quisiere hacer cualquier persona.

En cuanto a la responsabilidad de los menores por la comisión de actos ilícitos, toca a sus ascendientes, tutores y encargados, aunque fueren transitorios como los directores de escuelas y talleres, cubrir los daños y perjuicios que aquellos causen, siempre que se hallen bajo un efectivo control de dichos representantes, quedando al arbitrio del juzgador determinar las providencias conducentes en el caso de una supuesta irresponsabilidad a su vez, de dichos representantes, ya que el menor no debe quedar definitivamente exonerado sobre todo si es solvente.

La minoridad se extingue por la llegada ordinaria de la mayoría de edad por la habilitación eventual que produce, la emancipación a causa de matrimonio.

Incapacidad derivado del latín *incapax*, que no tiene capacidad o aptitud para una cosa. En este sentido, incapacidad es la ausencia de capacidad. La capacidad se ha definido como la "aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí mismo" (capacidad de goce la primera, y de ejercicio la segunda). De esta manera, la incapacidad a su vez, será incapacidad de goce o de ejercicio. La primera consistirá en la ineptitud del sujeto de ser titular de derechos y obligaciones, y la incapacidad de ejercicio en la ineptitud del sujeto de poder actuar por sí mismo en la vida jurídica. Por ser la capacidad de goce la característica por excelencia de la calidad de persona en derecho, se le identifica y define en los mismos términos que la personalidad descritos en el artículo 22 del Código en cita

Artículo 22 *La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.*

Un principio general de derecho establece que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. En esta virtud, todos los sujetos de derecho son en principio capaces de goce y de ejercicio; capacidad es una y otra que sólo pueden ser restringidas cuando exista una norma que así lo establezca. Como la capacidad de goce es múltiple (abarca todos los derechos contenidos en un orden jurídico determinado), la incapacidad de goce se establece a través de normas prohibitivas, siempre en razón de determinadas circunstancias particulares de los sujetos en su relación con otros. Las únicas normas prohibitivas genéricas son las que establece el legislador en razón del orden público normalmente contenidas en el ordenamiento penal que tipifica como delitos ciertas conductas (el delito no es más que la relación de una conducta prohibida en derecho).

Todas las demás incapacidades de goce, que no son otra cosa que normas prohibitivas, están en razón directa de la situación peculiar que guardan los individuos en sus relaciones jurídicas con otros, o en su peculiar situación de extranjería.

La incapacidad de ejercicio (técnicamente, la auténtica incapacidad), consiste en la ineptitud del sujeto de poder actuar por sí mismo en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones. El factor determinante para establecer la incapacidad, consiste en la limitación psíquica del individuo para poder decidir por sí la conducta debida y conveniente. Lleva implícita la incapacidad de ejercicio y su correspondiente figura la representación, un sentido ético de protección social a los que no pueden manejar por sí mismos su vida jurídica y: personal, el artículo 450 del Código Civil establece la incapacidad de ejercicio de la siguiente forma:

Artículo 450 *Tiene incapacidad natural y legal:*

I *Los menores de edad;*

II. *Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismo o por algún medio que la supla.*

La mayor edad se adquiere en nuestro derecho al cumplir los dieciocho años (Artículo 646 ya visto del Código en cita). En relación con la edad y la incapacidad de ejercicio existe otra figura jurídica llamada emancipación, que consiste en una etapa transitoria entre la minoría y la mayoría de edad. Se emancipan por matrimonio los menores de edad. El matrimonio extingue la patria potestad o la tutela a que estaban sujetos los menores de edad, adquieren una capacidad de ejercicio limitada por tres restricciones: para contraer matrimonio (si vuelven a casarse siendo todavía menores de edad), para manejar o gravar sus bienes raíces, para los negocios judiciales por lo que siempre necesitará de un tutor según lo dispone el artículo 643 del Código Civil.

Artículo 643. El emancipado tiene libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor de edad:

- I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.**
- II. DE un tutor para negocios judiciales.**

La prodigalidad, como causa de incapacidad, no la regula el Código Civil en forma expresa. sin embargo, establece ciertas restricciones a la capacidad del pródigo: esta se desprende del Artículo 441 del ordenamiento en cita que establece:

Artículo 441 Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancia de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso.

La declaración de incapacidad sólo puede ser mediante declaración judicial en un juicio de interdicción. La privación de capacidad de ejercicio a una persona persigue cuatro efectos fundamentales: 1) declarar quien es incapaz y que, por ello, no puede actuar por sí mismo en la vida jurídica; 2) imponer la sanción de nulidad a los efectos de los actos realizados por los incapaces; 3) dotar a los incapaces de un representante legal que pueda actuar en su nombre, y 4) proteger a la persona y los bienes de los incapaces.

La incapacidad. Terminará con la extinción de la causa que la produjo. El solo transcurso del tiempo hace que el menor de edad adquiera la capacidad de ejercicio al alcanzar la señalada por la ley para la mayoría de edad. La incapacidad de los mayores de edad se extinguirá también cuando termine la causa que la provocó. Con excepción de las causas señaladas en la fracción II del artículo 450. ya enunciado del ordenamiento sustantivo indicado como son situaciones de hipo evolución mental irreversible, las demás causas pueden ser superadas mediante el tratamiento médico adecuado. Terminada la incapacidad de los mayores de edad se requiere otra sentencia judicial, que así lo declare, para que el incapacitado recobre el ejercicio de sus derechos como persona plenamente capaz de manejar su persona y sus bienes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.6 PATRIA POTESTAD

La patria potestad es una Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes.

Galindo Garfias expresa que "es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados... no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y la maternidad"¹⁶.

La doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza de la patria potestad. Algunos la definen como una institución, otros como una potestad y otros como una función. Lo importante, independientemente de su naturaleza, es el objetivo de la misma: la asistencia, cuidado y protección de los menores no emancipados.

Es una institución que tiene su base u origen en la filiación, en la relación padres-hijos, ascendiente-descendiente.

El Código Civil no define este concepto, simplemente establece que los hijos menores de edad están sujetos a ella mientras exista algún ascendiente que deba ejercerla y que su ejercicio recae sobre la persona y los bienes de los hijos, según lo establecen los artículos 412 a 413 del Código Civil:

Artículo 412 Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria Potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la ley.

Artículo 413 La patria Potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impongan las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

El ejercicio de la patria potestad recae en primer lugar en el padre y la madre, a falta de ellos en los abuelos en el orden que determine el juez de lo familiar tomando en cuenta las circunstancias del caso, de acuerdo con los artículos 414 y 420:

Artículo 414 La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

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

¹⁶ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil primer curso*. Parte General, Persona, Familia, Editorial Porrúa, México 1995. (14ª ed.), p. 656.

Tratándose de hijos habidos fuera de matrimonio en tanto los padres vivan juntos, ambos ejercerán la patria potestad; si viven separados deben convenir sobre el ejercicio de la guarda y custodia, a falta de convenio el juez de lo familiar decidirá según lo disponen los artículos 380, 381, 416, 417 y 418 del Código Sustantivo;

Artículo 380 Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre el interés superior del menor.

Artículo 381 Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público.

Artículo 416 En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrá convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y se conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Artículo 417 Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Solo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

Artículo 418 Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial.

Tratándose de hijos adoptivos sólo los padres adoptivos ejercerán la patria potestad, según lo establece el artículo 419 del ordenamiento en cita:

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

Las personas que ejercen esta potestad o custodia tienen obligación de "educar convenientemente" al menor sujeto a ella y de observar una conducta que le sirva de buen ejemplo; y tienen la facultad de corregirlos cuando sea necesario, siendo lo más importante mantener su seguridad y estabilidad, artículos 422 y 423 del mismo Código:

Artículo 422 *A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplan con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.*

Artículo 423 *Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan 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.

Estas obligaciones y facultades son limitadas, ya que no implican el maltrato de menores sea éste físico o mental. Los Consejos Locales de Tutela, el Ministerio Público y el Juez de lo Familiar, en su caso, pueden vigilar el exacto cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de facultades derivados de la patria potestad. También pueden ser auxiliares del ejercicio de la patria potestad mediante el uso de amonestaciones y correctivos.

El ejercicio de la patria potestad puede terminarse, perderse, suspenderse o excusarse.

Termina en tres casos: a) con la muerte de los que deben ejercerla; b) con la emancipación del menor derivada del matrimonio, y c) con la mayoría de edad de quien está sujeto a ella según lo dispone el artículo 443 de este ordenamiento:

Artículo 443 *La patria potestad se acaba:*

- I. con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;*
- II. Con la emancipación, derivada del matrimonio.*
- III. Por la mayor de edad del hijo.*
- IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.*

El ejercicio de la patria potestad se pierde: cuando el que la ejerce es condenado expresamente a esa pérdida, cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; el cónyuge culpable en los casos de divorcio; por los malos tratos del menor y abandono de los deberes de quien la ejerce, y por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos artículo 444 CC.

Artículo 444 *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 hicieren de sus hijos;*
- VI.** *Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses;*
- VII.** *Cuando el que 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.*

La patria potestad se suspende porque el que la ejerce sea declarado judicialmente incapaz o ausente o por una sentencia que expresamente la suspenda de acuerdo con el artículo 447 de este mismo código:

Artículo 447 *la patria Potestad se suspende;*

- 1** *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.*

Finalmente, quien debe ejercer la patria potestad puede excusarse cuando tenga sesenta años cumplidos o no pueda atender debidamente a su desempeño por su habitual mal estado de salud Artículo 448 de Este ordenamiento.

Artículo 448 *La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, puede excusarse:*

- 1** *Cuando tenga sesenta años cumplidos;*
- II.** *Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.*

1.7 TUTELA

Del latín tutela, que a su vez deriva del verbo *tueor* que significa preservar, sostener, defender o socorrer. En consecuencia da una idea de protección. En su más amplia acepción quiere decir, el mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesaria en su beneficio tal protección.

En orden al derecho civil cabe restringir el concepto a los llamados incapacitados de ejercicio, bien sean menores de edad o mayores interdictados, cuando aquellos requieren una suplencia de la patria potestad o una extensión de la misma.

La tutela, es una función social que la ley impone a las personas aptas para proteger a menores de edad y mayores incapaces, generalmente no sujetos a patria potestad, en la realización de los actos de su vida jurídica.

Personas sujetas a tutela. Ante todo conviene señalar que la integración de estos tipos de sujetos exige una declaración formal anticipada del estado de incapacidad, teniendo en cuenta las circunstancias que privan en el pupilo para establecer la pauta y la medida de la actuación del tutor respectivo.

1) Menores de edad. Entre las personas beneficiarias principalmente de dicha institución, se encuentran los menores de edad según lo establece la fracción I del artículo 450:

Artículo 450 Tiene incapacidad natural y legal:
1 Los menores de edad;

2 Mayores de edad a que se refiere la fracción II del artículo 450.

Artículo 450 Tiene incapacidad natural y legal:

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismo o por algún medio que la supla.

Las tutelas se clasifican por la forma de su constitución, por su contenido, y por sus términos de duración. Las primeras son las testamentarias, legítimas y dativas.

1) Testamentaria. Se establece mediante una declaración de última voluntad, hecha por el ascendiente supérstite o adoptante del sujeto sobre quien ejerce la patria potestad, o por el testador que deje bienes a un incapacitado, limitándose en este último caso a la administración de dichos bienes.

2) Legítima. La tutela legítima se confiere por orden de inmediato parentesco, a los colaterales hasta el cuarto grado, únicamente cuando no se haya prevenido la testamentaria y no haya quien ejerza la patria potestad sobre el incapacitado. Toca al juez la elección en caso de pluralidad de aspirantes, salvo que el menor, que hubiere cumplido dieciséis años, la haya hecho con anterioridad.

3) Dativa. La tutela dativa es otorgada al arbitrio del juez competente, seleccionándose el presunto titular de una lista formada por el Consejo Local de Tutelas, en los supuestos de que no procedan la testamentaria y la legítima o se trate de asuntos judiciales del menor emancipado. No obstante, se concede al mayor de dieciséis años de edad la posibilidad de hacer dicha elección, facultándose al juez para reprobear la mencionada elección con audiencia del Consejo Local.

Organismos tutelares.

1) El tutor. No obstante que nuestra ley civil indica que la tutela se desempeña por el tutor con intervención de otros órganos, corresponde a aquél ser, únicamente, el centro de las funciones

respectivas, pues en el convergen los derechos y obligaciones de su régimen legal, manteniéndose el principio de indivisibilidad y unidad del poder.

Solo pueden ser tutores las personas físicas con capacidad plena y sin impedimento o excusa legal (que las haga inhábiles mediante declaración judicial). Por excepción, se faculta a las instituciones de crédito para desempeñar el cargo, pero es evidente que dicha guarda se constreñirá a la administración y disposición de bienes, pues el cuidado personal del pupilo debe ser ejercido por una persona física que, en todo caso, actuaría como delegado o representante permanente.

La designación del tutor requiere darse a conocer formalmente a la persona nominada a fin de que manifieste si acepta y presta, en su caso, las garantías necesarias para que el juez proceda al discernimiento respectivo que lo autorice a desempeñar el cargo. Para que pueda discernirse el cargo se requiere que el tutor previamente asegure las responsabilidades en que pudiere incurrir, conforme a lo dispuesto por el artículo 519 de este código:

Artículo 519 *El tutor, antes de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo. Esta caución consistirá:*

I *En hipoteca o prenda;*

II *En fianza.*

III. *En cualquier otro medio suficiente autorizado por la ley.*

La garantía prendaria que preste el tutor se constituirá depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; a falta de ella se depositarán en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad.

Corresponde al tutor ejercer una asistencia directa sobre el pupilo, y no sólo de control sino también de orientación en sus actividades ordinarias, de manera que tratándose de la tutela definitiva y ordinaria, la guarda personal es la principal atribución a su cargo. El incapacitado goza de un domicilio especial que es el de su tutor, de tal manera que aún por lo que se refiere a sus actos personalísimos, allí se le considera que reside habitualmente junto con su tutor. El tutor representará al incapacitado en juicio y fuera de el y en todos sus actos civiles con excepción de los estrictamente personales, entre los que se incluyen el matrimonio, el reconocimiento de hijos y el otorgamiento y revocación del testamento.

El inventario de los bienes del incapacitado deberá formularse por el tutor, solemne y circunstanciadamente, con intervención del curador y del mismo pupilo si éste goza de discernimiento y el mayor de dieciséis años de edad. Se llevará a cabo dentro del término que el juez fije y el cual nunca pasará de los seis meses siguientes a la fecha en que haya entrado en funciones, según lo dispone el artículo 537 fracción III

Artículo 537 *El tutor está obligado:*

III. *A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad;*

El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses;

La administración de los bienes pupilares se llevará a cabo según la importancia económica del acto por ejecutarse, de manera que si el tutor ejecuta libremente algunos actos, otros requieren la obtención anticipada de permisos judiciales y otros le son terminantemente prohibidos. El tutor está obligado a rendir información de sus actos como cualquier persona que administre, y cuando ésta hubiese desempeñado tal actividad, rendirá asimismo las cuentas que procedan por la gestión desarrollada.

Al fenecer la tutela, el tutor está obligado a entregar al pupilo los bienes bajo su cuidado, conforme al resultado de la cuenta general aprobada, sin demora en la resolución de dicha cuenta, retrase la restitución procedente para la posesión y administración ordinaria de aquellos bienes. Ello está previsto en los artículos 607 y 608 código civil:

Artículo 607 *El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada.*

Artículo 608 *La obligación de entregar los bienes no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas. La entrega debe ser hecha durante el mes siguiente a la terminación de la tutela; cuando los bienes sean muy cuantiosos o estuvieren ubicados en diversos lugares, el juez puede fijar un término prudente para su conclusión, pero, en todo caso, deberá comenzar en el plazo antes señalado.*

El tutor es responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al incapacitado tanto por el incorrecto desempeño de su cargo, como por rehusar o renunciar injustificadamente al desempeño del mismo. Es tan complicada la función del tutor que no obstante su naturaleza de cargo público y obligatorio, la ley reconoce expresamente la facultad de recibir una retribución por sus servicios con cargo a los bienes del tutorado.

Los tutores no pueden ser removidos ni separados del desempeño de su encargo, sin que sean previamente oídos y vencidos en juicio. Por lo tanto, aunque la remoción implica una separación, se trata de distintas situaciones, sobre todo porque aquella implica una suspensión definitiva y ésta puede ser provisional o temporal.

2) El curador. Mediante la curatela se establece un vigilante al tutor para la protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a sustituir a aquél en sus funciones defensivas cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y su pupilo.

3) El juez familiar. La extraordinaria intervención que concede nuestra ley al juez familiar en los asuntos relativos a la tutela, hace dudar que más que un sistema mixto de organización derivado de la reunión de los sistemas de consejo de familia y de autoridad, estemos dentro de un sistema de este último tipo. En efecto, la concentración en el juez familiar de todos los poderes de dirección, vigilancia, decisión y autorización requeridos para el desempeño de los más importantes actos de la tutela, colocan al tutor en calidad de un subordinado en un mero auxiliar de la administración de justicia para la protección de incapaces. La ley establece responsabilidad para el juez que no cumpla con las disposiciones legales relativas a la tutela.

4) Consejo Local de Tutelas. Es un órgano de vigilancia e información para cumplir lo dispuesto por la ley en relación a la guarda de personas y bienes de personas físicas que, no estando sujetas a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismas.

5) Ministerio Público. Dentro de las funciones que corresponden al Ministerio Público local como institución dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, encargada de velar por el cumplimiento y la aplicación estricta de las leyes, resalta su intervención en materia tutelar por tratarse esta de una materia de interés público.

6) Los familiares del pupilo y terceros relacionados. La ley impone a los familiares y terceros relacionados con el pupilo, un régimen de vigilancia fundado en el concepto de solidaridad hacia la protección del débil.

La tutela termina como función, por la muerte del pupilo, por la desaparición de la incapacidad y por la reposición del pupilo dentro de la patria potestad. Como cargo, cesa la tutela cuando se trata del simple cambio de tutor, pues persiste bajo el desempeño de otra persona que sustituye al titular precedente. Se pierde el cargo de tutor por defunción del tutor, destitución declarada judicialmente, y por renuncia o excusa superveniente.

1.8 HUÉRFANOS, EXPÓSITOS Y ABANDONADOS.

Debemos entender por huérfanos, al menor de edad que carece de padre y madre o de uno de ellos, por muerte de sus progenitores o por serle desconocidos.

Expósitos son los menores de padres desconocidos, entendiéndose el expósito como quien es echado o abandonado por sus padres en un hospital, casa particular o en algún paraje público o privado.

Si la calidad del huérfano auténtico es sensible, alcanza su grado extremo cuando se trata de huérfanos con padres, por haberlos abandonado éstos al nacer aquellos; o por dejación posterior del hogar, por culpa de uno de los progenitores o por recíprocas faltas o desavenencias insuperables.

Abandonados son los menores que son dejados por los padres al nacer aquellos en un hospital, casa particular o en algún paraje público o privado pero del cual se conocen a los progenitores.

Para los abandonados y los expósitos, la ley establece en que estos quedarán bajo la tutela de quien los haya acogido teniendo los derechos y obligaciones de un tutor, así mismo define estas figuras en su artículo 492 del Código Civil que explica:

Artículo 492 *La ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores.*

Se considera expósitos al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no puede determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado.

El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor; si éste tiene bienes, el juez decidirá sobre la administración de los mismos.

En todos los casos, quien haya acogido a un menor, deberá dar aviso al Ministerio Público dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Los responsables de los huérfanos, expósitos o abandonados, serán quienes los hayan acogido pudiendo ser cualquier persona la cual tendrá que dar aviso al Ministerio Público, y si es una institución ésta se encargará de desempeñar la tutela. Esto de acuerdo con el artículo 493 del Código Civil que a la letra dice:

Artículo 493 Los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas, donde se reciban expósitos o abandonados, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos de la institución. En este caso no es necesario el discernimiento del cargo.

1.9 MALTRATO INFANTIL.

Por maltrato infantil debemos entender toda acción u omisión que dañe o ponga en peligro la vida, la salud, la integridad física, moral, psíquica o intelectual de una persona menor de dieciocho años de edad.

Los artículos 323 Quáter y Quintus se refiere a una forma común de maltrato: la violencia familiar.

*Artículo 323 Quáter . por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.
La educación o formación del menor no será en ninguna caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.*

Artículo 323 Quintus también se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que éste sujete a su custodia, guarda protección educación instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan en la misma casa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El maltrato infantil, específicamente, ha sido considerado por el derecho civil como una causal de pérdida de la patria potestad, en caso de que el mismo adquiera una entidad tal que entrañe peligro para bienes jurídicos tutelados por el derecho, como son la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, artículo 444 fracción III;

Artículo 444 La patria potestad se pierde por resolución judicial:

...

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

1.10 VIOLENCIA FAMILIAR.

La expresión violencia proviene del latín, *Violentia*, y se refiere al comportamiento intimidatorio que se manifiesta por la coacción física o la moral, (y ésta se manifiesta por las amenazas en términos generales).

La violencia familiar es un acto destructivo y deshumanizante de las sociedades. constituye el abuso del poder realizado generalmente por el hombre en la vida diaria de algunas personas. la cual destruye la armonía familiar la solidaridad y provoca el desánimo, el miedo y apatía; generalmente existen individuos y condiciones personales, culturales, materiales y económicas que le dan sentido a la violencia.

Ola Mendi Torres Patricia señala:

La violencia familiar implica el uso de la fuerza, constituyéndose en un método posible para la resolución de conflictos interpersonales, como un intento de doblegar la voluntad del otro, de anularlo, precisamente en su calidad de otro, para que la conducta violenta sea posible, tiene que darse una condición: la existencia de un desequilibrio de poder, que puede estar definido culturalmente, por el contexto, o producido por maniobras interpersonales de control de la relación.¹⁷

Con el propósito de eliminar el fenómeno social de la violencia familiar. mismo que atenta en contra de la estructura de la familia. resulta indispensable combatirla en todas sus formas dado que este fenómeno se da dentro de la habitación o por quienes forman parte de la familia al usar la fuerza física o moral de forma reiterada en contra de un miembro de la misma familia.

En nuestra legislación se ha definido a la violencia familiar de la siguiente manera:

La violencia familiar es definida por el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 343 Bis como:

Artículo 343 Bis. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones.

¹⁷ Ola Mendi Torres , Patricia, Compiladora *La lucha contra la violencia hacia la mujer*, Legislación, Políticas y Compromisos de México, publicaciones UNIFEM , México 1997 p. 15.

Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que haga uso de la fuerza física o moral, o que incurra en la omisión grave.

La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para forma alguna de maltrato...

El código civil para el distrito federal en sus artículos 323 Quáter y 323 Quintus, enuncia:

Artículo 323 Quáter . Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

La educación o formación del menor no será en ninguna caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.

Artículo 323 Quintus también se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que éste sujeta a su custodia, guarda protección educación instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan en la misma casa.

Las definiciones legales de violencia familiar es acertadamente genérica y queda librada al prudente arbitrio judicial la evaluación de los hechos en cada caso concreto, dado que el agresor y agredido son familiares, parientes en mayor o menor grado, o cónyuges o concubinarios y los parientes de estos. Los textos que se comentan aluden a la violencia, es decir al uso de la fuerza física o moral en contra de la integridad física psíquica o ambas de uno de los miembros de la familia, por lo que la evaluación de dicha conducta debe ser valorada por el libre arbitrio judicial.

1.11 MEDIDAS PROVISIONALES

Las medidas provisionales calificadas también como providencias o medidas precautorias son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.

Dichas medidas pueden tomarse tanto con anterioridad a la iniciación del proceso como durante toda la tramitación del mismo en tanto se dicta la sentencia firme que le ponga fin, o cuando termina definitivamente el juicio por alguna otra causa y por ello la confusión que se ha producido en el derecho procesal mexicano ante los medios preparatorios y las medidas cautelares, en virtud de que varios de los primeros que se regulan como tales en nuestros códigos procesales civiles y en el de comercio, no son sino medidas precautorias anticipadas. Para realizar un breve examen de tales instrumentos es preciso hacer una sistematización de los mismos tomando en cuenta las ramas de enjuiciamiento en las cuales se aplican.

La medida provisionales pueden concederse, cuando exista urgencia por considerarse inminente la ejecución de los actos que se reclamen y los perjuicios que puedan ocasionar al solicitante del amparo sean notorios, el juez federal puede ordenar en forma discrecional la paralización de tales actos en tanto se tramita el incidente respecto del cual se decidirá sobre la medida, y esta providencia se denomina suspensión provisional

1.12 DEMANDA.

Proviene del latín *demandare* (de y mando), cuyo significado, distinto al actual, se traduce en "confiar", "poner a buen seguro", "remitir".

La demanda es el acto procesal por el cual una persona, que se constituye por el mismo en parte actora o demandante, formula su pretensión -expresando la causa o causas en que intente fundarse- ante el órgano jurisdiccional, y con el cual inicia un proceso y solicita una sentencia favorable a su pretensión.

La demanda es el acto fundamental con el que la parte actora inicia el ejercicio de la acción y plantea concretamente su pretensión ante el juzgador.

Concedido por el Estado el poder de acudir a los tribunales de justicia para formular pretensiones (derecho de acción), el particular puede reclamar cualquier bien de la vida, frente a otro sujeto distinto, de un órgano jurisdiccional (pretensión procesal), iniciando para ello, mediante un acto específico (demanda), el correspondiente proceso, el cual tendrá como objeto aquella pretensión.

Derecho procesal civil. Por regla, la demanda debe ser formulada por escrito y en ella se deben expresar todos los elementos que señala el artículo 255 del Código Procedimientos Civiles, los cuales conciernen a los sujetos, al objeto del proceso y al procedimiento mismo que se inicia.

Artículo 255 Toda contienda judicial principiará por demanda, en la cual se expresarán:

I El tribunal ante el que se promueve;

II El nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones;

III El nombre del demandado y su domicilio;

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

V Los hechos en que el actor funde se petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos.

Así mismo debe numerar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión.

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

VII El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez, y

VII La firma del actor, o de su representante legítimo. Si no supiere o no pudiere firmar, pondrá su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por último, por lo que concierne al procedimiento mismo que se inicia, en la demanda se debe señalar: 1) la clase de juicio que se trata de iniciar, es decir, la vía procesal en la que se promueve, y 2) los puntos petitorios, es decir, el resumen de las peticiones específicas que se formulan al juez con relación a la admisión de la demanda y al trámite que deberá dársele posteriormente.

Desde el punto de vista del documento en el que se contiene la demanda, se pueden distinguir cuatro grandes partes de ésta, a saber: 1) el proemio, que contiene los datos de identificación del juicio: sujetos del proceso, vía procesal, objeto u objetos reclamados y valor de lo demandado; 2) los hechos, es decir, la enumeración y narración sucinta de los hechos en que pretende fundarse el actor; 3) el derecho, o sea la indicación de los preceptos legales o principios jurídicos aplicables, a juicio del actor, y 4) los puntos petitorios.

Por excepción, el Código de Procedimientos Civiles permite que la demanda se presente verbalmente o "por comparecencia personal", en los juicios sobre controversias familiares, ante los juzgados de lo familiar y en los juicios de mínima cuantía ante los juzgados mixtos de paz.

Las consecuencias de la presentación de la demanda son las siguientes: 1) prevenir el juicio a favor del juez que lo hace; 2) sujetar al emplazado a seguir el juicio que lo emplazó, siendo competente al tiempo de la citación, aunque después deje de serlo con relación al demandado porque éste cambie de domicilio, o por otro motivo legal; 3) Obligar al demandado a contestar ante el juez que lo emplazó, salvo siempre el derecho de provocar la incompetencia; 4) Producir todas la consecuencia de la interpelación judicial si por otros medios no se hubiere constituido ya en la mora el obligado; 5) Originar el interés legal en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos.

1.13 DENUNCIA

Del verbo denunciar, que proviene del latín *denuntiare*, el cual significa "hacer saber", "remitir un mensaje".

La expresión denuncia tiene varios significados. El más amplio y difundido es el que la entiende como un acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley o los reglamentos para tales hechos.

La denuncia, es una participación de hecho que pueden constituir delito, formulada ante el órgano de la acusación, por persona determinada e identificada, pero a diferencia de la simple denuncia, debe tratarse de un supuesto delito perseguible a petición del ofendido y debe ser hecha precisamente por éste o su representante legal.

Además de este significado preciso de la expresión denuncia dentro del derecho procesal penal, también tiene uno similar en el derecho disciplinario de los funcionarios judiciales, donde se le utiliza como medio para poner en conocimiento del órgano sancionador las posibles faltas oficiales en que incurran dichos funcionarios.

En el derecho procesal civil, la denuncia es entendida como una actitud del demandado que consiste en solicitar al juzgador que haga del conocimiento de un tercero el juicio que se ha iniciado con la demanda, y lo llame a participar en él, para que la sentencia que se llegue a dictar pueda adquirirla. En su caso, la autoridad de la cosa juzgada frente a dicho tercero llamado a juicio. También se alude a la denuncia de un intestado, para designar la forma de iniciación del juicio sucesorio *ab intestato*, manifestando el fallecimiento de una persona sin dejar testamento y acompañando los documentos que acrediten su parentesco con el denunciante.

En el derecho procesal penal, la denuncia de hechos probablemente delictivos puede ser formulada de manera verbal o por escrito, ante el Ministerio Público o la policía judicial. Cuando la denuncia se presente verbalmente, se hará constar en el acta que levantará el funcionario que la reciba. En ambos casos, deberá contener la firma o la huella digital del denunciante y su domicilio; y el funcionario que la reciba, deberá requerir al denunciante para que se conduzca bajo protesta de decir verdad.

La denuncia debe limitarse a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente. El funcionario que reciba la denuncia debe prevenir al denunciante para que ajuste su denuncia a esta exigencia, e informarle sobre la trascendencia jurídica del acto que realiza, las penas en que incurrirán quienes se conducen con falsedad ante las autoridades y las modalidades del procedimiento.

1.14 QUERRELLA

Querrela es la acusación ante juez o tribunal competente, con que se ejecutan en forma solemne y como parte en el proceso la acción penal contra los responsables de un delito.

Para la iniciación del procedimiento penal, y consecuentemente para que pueda darse válidamente el proceso, en el plano doctrinal y en el estrictamente legal se ha señalado la necesidad ineludible de ciertos elementos que le den vida; ello implicará la consideración de los presupuestos procesales, de las condiciones objetivas de punibilidad, de las cuestiones prejudiciales y de los requisitos de procedibilidad.

El trámite normal, ordinario, en relación a la mayoría de los delitos contenidos en la parte especial del ordenamiento jurídico punitivo, sería el de la denuncia, ante el Ministerio Público, situación que obliga a proceder de oficio a la investigación de los delitos denunciados, pero hay algunas infracciones que requieren para su persecución el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad, o que quede superado algún obstáculo procesal que impida la iniciación del procedimiento o la prosecución del mismo.

Los presupuestos procesales se sintetizan en los siguientes: a) la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal; b) la legítima constitución del juez, y c) la intervención, la asistencia y eventualmente la representación del imputado en los casos y con las formalidades preceptuadas en la ley.

En las condiciones, para que se dé el proceso, resultan indispensables: a) un órgano de la jurisdicción penal, legítimamente constituido; b) una "jurisdicción penal genérica", sea o no competente para el concreto supuesto fáctico; c) una relación jurídico penal de carácter sustantivo; d) la presencia del Ministerio Público, y e) la intervención de la defensa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En función de todo lo anterior, cabe deducir la necesidad de todo un conjunto de antecedentes jurídicos, previamente exigibles, para la realización del proceso. Así: sin el acto o hecho material sustantivo penal, sin el órgano acusatorio, sin el organismo jurisdiccional y sin la actuación de la defensa, no es dable la concepción procesal, ya que, aunque se produzca el factor delictivo, al no integrarse la relación jurídico procesal no habla proceso.

Puede detectarse una cierta identidad entre dichas condiciones objetivas de punibilidad y las denominadas cuestiones prejudiciales, que quedarían conceptualizadas como cuestiones de derecho, cuya resolución es presentada como antecedente, lógico y jurídico, de la estricta problemática sustantiva penal, objeto del proceso, y que atañen a una relación, de naturaleza particular y debatida, y muestran su similitud con los requisitos de procedibilidad.

En sustancia, puede hablarse de aspectos diversos de una misma cuestión, porque cuando nos referimos a las condiciones objetivas de punibilidad estamos utilizando la perspectiva penal sustantiva en general, y cuando aludimos a las cuestiones prejudiciales, el enfoque se avoca al conocimiento del punto de vista procesal en estricto sensu, enlazando todo ello con los requisitos de procedibilidad como condiciones que han de ser cumplidas, en cuanto trámite previo para proceder contra quien ha infringido una específica norma penal sustantiva.

El preámbulo expuesto resulta necesario, o al menos conveniente, para entrar, directamente ya, a lo relativo a la querrela.

La querrela se ubica dentro de las condiciones objetivas de punibilidad, en otras ocasiones se le confiere el carácter de verdadero instituto procesal. Persiste, por tanto, la doble vertiente de significancia lingüística. Y en el derecho mexicano los requisitos de procedibilidad son: la querrela, la excitativa y la autorización.

La querrela, entre los requisitos de procedibilidad, es uno de los más interesantes, especialmente por su sugerente problemática. En una conceptualización generalizadora, más que nada descriptiva, la querrela es una facultad del ofendido por el delito para hacerlo llegar al conocimiento de las autoridades y dar su consentimiento para que sea perseguido.

En los delitos perseguidos exclusivamente a instancia de parte, no solamente el agraviado, sino también su representante legítimo, cuando lo consideren pertinente harán conocer al Ministerio Público la ejecución del evento delictivo, con la finalidad de que éste sea perseguido, aunque siempre será necesaria la expresión de voluntad del titular del derecho.

En el proceso penal mexicano, sólo el Ministerio Público, ya sea federal o local, según su respectiva esfera jurídica, puede iniciar el juicio criminal propiamente dicho, a través de la consignación, que equivale a la demanda en las restantes ramas del enjuiciamiento.

Sólo se admite la participación del ofendido o de sus causahabientes tratándose de la reparación del daño y de la responsabilidad del propio inculpado exclusivamente en cuanto otorga el perdón tratándose de los delitos perseguibles a instancia de parte o de querrela necesaria.

29

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La querrela, como ha quedado oportunamente indicado, tiene una doble proyección: sustantiva (bajo el aspecto de condición objetiva de punibilidad), y estrictamente procesal (donde toma la configuración de requisito de procedibilidad).

En el plano sustantivo, puede ser estimada como una manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito dirigida a solicitar el castigo del mismo. Bajo esta conceptualización queda en estrecha conexión con el perdón, en cuanto derecho.

El fundamento de la institución jurídica de la querrela reside en una doble exigencia: a) en ciertos eventos típicos, por su escasa relevancia social y comunitaria, la ley permite al sujeto pasivo del delito (es decir, al titular del bien o bienes jurídicamente tutelados), una determinación volitiva en orden a la misma ilicitud, o de la oportunidad o no de poner en movimiento a la maquinaria judicial, y b) en otros delitos, éstos sí de mayor trascendencia socio-comunitaria como el estupro, abuso de confianza, la ley remite a la volición del sujeto pasivo del delito la elección o no de la vía judicial.

La razón, en este segundo supuesto, es que la utilización de la vía judicial podría, provocar al mismo ofendido un daño mayor que la posible reparación o satisfacción judicial.

De todas formas, los dos supuestos vienen a desembocar en el principio de la subordinación del interés público al particular, subordinación producida, o por la conveniencia para el Estado de atender al interés particular frente a un interés público, o por lo tenue del interés público.

Desde luego, la regla general es la persecución de oficio, mientras que la perseguibilidad mediante la querrela constituye la excepción, consecuentemente, la querrela solamente procede en los casos expresamente previstos por la ley; códigos o leyes especiales.

En referencia al contenido, la querrela contendrá: a) una relación verbal o por escrito de los hechos, y b) la ratificación, ante la autoridad correspondiente, del presentador de la misma.

Estará válidamente interpuesta, debidamente formulada, cuando sea presentada por la parte ofendida independientemente de que sea menor de edad.

La querrela presentada por los legítimos representantes será válida, porque la normatividad procesal lo autoriza, sin embargo, en las querrelas presentadas por personas físicas será suficiente un poder con excepción de los casos de rapto, estupro o adulterio.

Por último, el derecho de querrela se extingue: a) por muerte del agraviado; b) por perdón; c) por consentimiento; d) por muerte del responsable, y e) por prescripción.

1.15 DEFINICIÓN DE PERSONA.

Es ilustrativo recurrir a la raíz etimológica y al sentido que en el arte dramático, tiene la palabra persona. En el teatro griego, los actores para interpretar y caracterizar al personaje al que deban vida en la comedia o en la tragedia, usaban una máscara dotada de un cierto aditamento que les permitía hacer oír su voz en el foro (En latín *per. sonare*, que se relaciona en castellano con las palabras personaje, persona, personalidad).

El concepto de persona en su acepción común, denota al ser humano, que significa "Individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo."¹⁸ Designan a los seres humanos, su connotación ofrece una diferencia: en tanto que con el sustantivo "hombre" propiamente se particulariza la especie en un individuo determinado como perteneciente a la humanidad, con la voz persona, se quiere decir algo más, se apunta de manera más clara y con mayor énfasis a la dignidad del ser humano, porque alude implícitamente al hombre en cuanto está dotado de libertad para proponerse a sí mismo fines y para decidir la dirección de su conducta, con vista a la realización de tales fines; en suma como un ser responsable ante sí mismo y ante los demás, de su propia conducta.

Por lo que podemos decir que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir y que debe cumplirlo por propia determinación, aquel ser que tiene un su fin en sí mismo, y que, precisamente por eso posee dignidad.

Al derecho sólo le interesa una porción de la conducta del hombre, y es aquella parte de la conducta que el derecho toma en cuenta, para derivar de ella consecuencias jurídicas. Por lo que en este sentido, se dice que persona, es el sujeto de derechos y obligaciones.

Jurídicamente la doctrina ha definido a la persona como "un sujeto de derechos y obligaciones, esto es el ente al que el orden jurídico confiere la capacidad para que le puedan ser imputadas las consecuencias del derecho"¹⁹

Así el ser humano, para actuar en el derecho, adquiere la calidad de persona, sujeto de las relaciones jurídicas; para intervenir como sujeto de derechos y obligaciones, en la medida en que los fines que se propone realizar (ya comprar, ya vender, ya adoptar un hijo, ya hacer un testamento, etc.) merecen la tutela, la protección y garantía del ordenamiento jurídico.

En el Código Civil se encuentran reguladas las personas, dentro de el Título Primero, disponiendo al respecto en el artículo 22

Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.

Sin embargo el ser humano no puede ser considerado únicamente como un ente jurídico, porque los seres humanos; "Son sujetos de derechos y obligaciones y aun cuando su capacidad jurídica pueda ser limitada, atendiendo a diversas circunstancias, estas limitaciones no pueden ser de tal grado que anulen la personalidad."²⁰

18 Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.* p.545

19 Baqueiro Rojas, Edgar y Buen Rostro Báez, Rosalía, *Derecho Civil Introducción y Personas*, México, Editorial Harla, 1995, p. 133.

²⁰ *Ibidem* p. 141.

CAPÍTULO SEGUNDO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1 DERECHO ANTIGUO.

Los más antiguos testimonios de la historia de la humanidad hablan de alguna manera del divorcio; primordialmente una de las causas generadora estaba dada por los malos tratos o, como actualmente se conoce, por sevicia, jurídicamente hablando, siendo esta figura el punto de partida de nuestro estudio para conocer con claridad cómo, a través del tiempo, se da el depósito judicial de persona, y cómo esta figura fue conocida en los diferentes ordenes jurídicos de la antigüedad

Para entrar a nuestro estudio es necesario decir, que en algunos pueblos de la antigüedad fue practicado y regulado el divorcio por malos tratamientos, el cual se resolvía en formas diferentes y con consecuencias sociales, políticas y morales trascendentes.

Ahora bien, se sabe que uno de los pueblos que practicó y reguló al divorcio fue el pueblo Persa, en el que predominó el poder absoluto del hombre sobre la mujer y sus bienes; siendo este el rasgo característico de la familia persa: así mismo, era aceptada la práctica de la poligamia —aunque en forma muy restringida, aun en la actualidad se sigue manteniendo dicha costumbre— por lo que estuvieron acentuados los malos tratos hacia la mujer por razones como el compartir al marido con otras mujeres.

El hombre tenía el derecho de repudiar a la esposa en el momento que así lo quisiera, llegando incluso a permitírsele el derecho de vida y muerte sobre la mujer y sus hijos.

El pueblo Hebreo, dentro de sus textos sagrados, permite conocer con exactitud sus leyes, costumbres y prácticas. Por lo que es de mencionar que entre los Hebreos aceptan la práctica de la poligamia: además, aun hoy existe el derecho del esposo de repudiar a su cónyuge, situación regulada en el libro sagrado hebreo llamado Deuteronomio,²¹ dentro del Capítulo 24, Versos 1 a 4, el cual dice textualmente que:

Si un hombre toma una mujer, casándose con ella, y resulta que ella luego no le agrada porque ha hallado en ella algo vergonzoso, le escribirá un libelo de repudio, y entregándose en la mano la despedirá de su casa. Y salida de su casa, podrá casarse con otro marido...

²¹ Sagrada Biblia, Ediciones Paulinas, (XIX edición).

Exige dicha ley que el marido entregue a la mujer carta de repudio en su propia mano, siendo este un derecho exclusivo del hombre. Posteriormente, en el mismo sentido se admitió el derecho de la mujer de obligar al marido a repudiarla cuando había causas graves imputables a él, tales como, sevicias, enfermedad contagiosa y también para el caso de impotencia sexual.

Estas causales favorables a la mujer se encuentran reguladas dentro Capítulo 22, Versos 28 y 29, de dicha Ley.

Por otra parte, en las primeras épocas de Grecia se desconocía totalmente el divorcio; sin embargo, con el paso del tiempo fue acogido y pasó a ser un acontecimiento diario según los poemas épicos de Homero; al parecer se encontraba difundida la poligamia y el derecho de repudiar a la esposa aunque sin excesos.

La Ley Ática da vida y regula el divorcio en Grecia. Así mismo, en esta cultura el marido podía repudiar a su mujer cuando él así lo quisiera, sin tener motivo alguno para ello, pero estaba obligado a devolver a la mujer a la casa de su padre con su dote. El devolver a la mujer a casa de sus padres no podemos considerarlo como un depósito porque en esos tiempos no se consideraba así.

El procedimiento del divorcio era simplemente la entrega del marido a la mujer un libelo de repudio; en cambio, la mujer debía solicitar el divorcio ante el Arconte²², si la mujer solicitaba el divorcio para el caso de malos tratamientos, podía reclamar que el marido le retribuyera la dote, que le pagaran intereses y alimentos.²³

Las leyes de Atenas, decretaron la pública infamia contra el celibato. En el mismo día de la boda, la mujer debía entregar al esposo la dote, la que en un comienzo fue limitada para evitar la acumulación de dos fortunas. En caso de separación o muerte sin hijos se debía restituir la dote a la mujer o a sus padres.

Esta podía pedir el divorcio por crueldad o excesos del marido, pero la efectividad de su derecho quedaba limitada por su falta de libertad para salir del hogar y recurrir al Arconte a entablar la demanda, por la dificultad de la prueba, y por que, en todo caso los hijos quedaban con el marido.²⁴

En Esparta no se permitía la poligamia, pero sí el repudio sin forma alguna de juicio por causa de esterilidad, malos tratos o por el menor desvío.

En Babilonia, el Código de Hammurabi, reconocía el repudio para el hombre, sin embargo, para el caso de mal trato y de divorcio en general debía el esposo devolver a la mujer la dote y en caso de que hubiere hijos darles tierras en usufructo.

²² Era la autoridad encargada de dirimir controversias de la sociedad en general.

²³ Montero Duhall, Sara, Op. cit, p. 409.

²⁴ Belluscio Augusto, Cesar, Manual de derecho de familia, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1981. Tomo II, p. 917

Al respecto Sara Montero Duhalt señala que:

El repudio fue la forma usual de romper el matrimonio en las culturas inscritas en la historia antigua: Babilonia, China, India, Israel, Egipto, etc. Se permitió siempre como un derecho exclusivo del varón de repudiar a su mujer por causas diversas como el adulterio, la esterilidad, torpeza, impudicia, vida licenciosa, etc., y ocasionalmente como un derecho de la mujer por causa casi única del mal trato del marido.²⁵

Como podrá observarse la única de las causas que podía hacer valer la mujer en estos pueblos era el mal trato recibido por parte de su cónyuge, sin embargo, este derecho de la mujer era un derecho limitado porque le asistía a ella solicitar el divorcio, teniendo que intervenir un tercero para hacerlo valer.

En los pueblos anteriormente citados **no aparece el depósito de persona**, sin embargo, las sevicias en estos pueblos fue un mal que tuvo que ser atacado poco a poco primeramente con el divorcio y, posteriormente, con la figura del depósito como lo veremos más adelante.

El derecho musulmán, se permitía la disolución del vínculo en vida de los esposos por cuatro formas: por repudio del hombre, por divorcio obligatorio para ambos, por el mutuo consentimiento y el consensual retribuido. El divorcio era obligatorio por las causas de impotencia, enfermedad que hiciera peligrosa la cohabitación, por adulterio, o por no cumplirse ciertas condiciones del contrato, como no pagarle la dote al marido o no administrar éste los alimentos a la mujer.

2..2 DERECHO ROMANO.

Roma, sobre cuyo derecho y costumbres tanto se ha podido investigar y escribir por la abundante documentación que existe de este pueblo; es fundamental destacar que el matrimonio romano tuvo un carácter rigurosamente monogámico y patriarcal. Durante la monarquía no existía prácticamente el divorcio.

Al comienzo de la República con la relajación de las costumbres y principios morales se dio el divorcio originándose éste, por el contacto del pueblo romano con la civilización Griega lo que originó el cambio de las costumbres y la reorganización familiar lo que dio paso a la regulación del divorcio, el cual tenía lugar en diferentes formas dependiendo de si el matrimonio se había celebrado *cum manum* o *sine manus* y de si se había celebrado con la formalidad de la *confarreatio*, por *coemptio* o por el simple *usus*. El primero se disolvía por la *disfarreatio* y el segundo por *remancipatio*, que equivalía realmente a un repudio.

Se conoció también el divorcio por mutuo consentimiento llamado divorcio *bona gratia*, así como el repudio unilateral tanto del hombre como de la mujer *repudium sine nulla cauda*, sin intervención de la autoridad y con repercusiones económicas en perjuicio del que repudiaba. Sin embargo, dentro del divorcio también:

²⁵ *Ibidem.*

Influyeron en este las facultades que tenía la patria potestad ejercida por el jefe de la familia, con lo cual se le permitía el derecho de romper, por su única voluntad, el matrimonio del hijo que le estuviera sometido a su autoridad. Como este privilegio se mantuvo durante largo tiempo, correspondió a Antonino el Píadoso y a Marco Aurelio, el hacer cesar ese abuso de autoridad.²⁶

Desde los tiempos de Antonino Pío se otorgó una excepción a favor de la madre, para que mediando una justa causa, pudiera retener al hijo. Una excepción análoga se dio en beneficio del marido contra el pater familias que conservase la patria potestad sobre la hija casada.²⁷

Esta patria potestad de la hija casada no terminaba si esta se divorciaba de su cónyuge, más aun ésta regresa a la casa del Pater familia conjuntamente con la dote si la causa del divorcio fue el mal trato por parte del marido, así mismo, con la excepción que tenía la mujer podía a su vez retener a su lado a su hijo si existía una justa causa, siendo esta principalmente los malos tratos hacia ella o con su hijo, integrándose la mujer con su hijo a su familia originaria. Con el matrimonio *sine connubio* se reemplaza entonces las justas nupcias por lo que el padre ya no tiene autoridad paterna sobre los hijos que contraen matrimonio.

A finales de la República y a principios del Imperio, al haberse relajado las costumbres de los romanos, podía la mujer con mayor frecuencia provocar el divorcio y éste podía ser de dos maneras a saber, primeramente por *Bona gratia* que era el divorcio en donde concurría la voluntad conjunta de los esposos, esto es, era una disolución en la que operaba el mutuo consentimiento, y por repudio, este divorcio operaba por la voluntad unilateral de uno sólo de los esposos, aunque no existiera justa causa para ello.

La excepción a este privilegio fue por disposición de la *Lex Julia et Papia*, la cual prohíbe a la mujer que se divorcie de su patrón sin el consentimiento de éste, so pena de la pérdida del *connubium* a quien lo hiciera, aunque éste se fundase en los malos tratos por parte de su cónyuge o patrón.

La *Lex Julia de adulteris*, emitida por Augusto, determina que el divorcio debía notificarse al otro cónyuge de forma verbal o por escrito por medio de un ciudadano romano y ante siete testigos. El caso más común que conmovió al pueblo romano fue el repudio de Cesar a Pompeya diciendo que la mujer del Cesar no debía tolerar ni la sombra de una sospecha, concluyendo este suceso con el repudio de Cesar a Pompeya. Por otro lado, en esta época la mujer podía hacer llegar el libelo de repudio fundándose en los malos tratos.

Siglos más tarde y con la conversión de los emperadores romanos al cristianismo, el divorcio no desapareció de las costumbre de la sociedad romana; sin embargo, la ley dificulta y restringe al divorcio, para lo cual precisa las causas.

²⁶ Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*. Digesto, ley 1, De Divortium, XXIV, 2, Traducido de la 9ª Edición francesa por José Fernández González, Editorial Saturnino Calleja, Madrid, p. 109

²⁷ Iglesias, Juan, *Derecho romano instituciones de derecho privado*, Barcelona España, Editorial Ariel S.A., 1979, (6ª ed.), p. 533.

En la época en la que Justiniano se convierte en emperador Romano de Oriente existían cuatro clases de divorcio a saber:

a. Por mutuo consentimiento;

b. Por culpa de uno de los cónyuges demandando en los casos tipificados en la ley.

c. Sin mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio.

d. El divorcio Bona gratia, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero si fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio.²⁸

En esta última clase, los malos tratos, sevicias del parte del marido hacia la mujer y sus hijos, podían invocarse como circunstancias que hacían inútil la continuación del matrimonio.

Justiniano expide una radical serie de reformas en materia de divorcio, siendo, la primera, del año de 525 dC., mediante la Novela 22; y, la segunda, del año 542 dC., en la Novela 117. La Novela 22, determina algunas causas de divorcio, entre ellas se encuentra el que, si uno de los esposos ingresara en la vida monástica. "El ingreso en el claustro para vivir en castidad se considera causa de divorcio."²⁹ esta causa no produce la disolución del matrimonio *Sui iuris*, sino que es necesario el repudio una vez transcurrido los cinco años.

A partir de Justiniano aparece regulada la figura jurídica del depósito de persona, sin embargo, esta tiene su origen en el ámbito penal; para el caso de adulterio cometido por parte de la mujer, a saber:

El esposo podía intentar en su contra una acción penal, cuyo resultado era encerrarla en un monasterio por aplicación de una novela (134, 11,) de Justiniano: si al cabo de dos años, su marido no consentía en que volviese con él, era rapada y permanecía en el convento durante toda su vida.³⁰

Esta internación en un convento trala para la mujer la pérdida de todos los bienes que se transmitían a sus hijos o descendientes, y a falta de éstos, al monasterio en el que hubiera ingresado.

Para el año 542, Justiniano emite nuevas disposiciones referentes al divorcio. En la novela 117, regula el divorcio unilateral y restringe las causas por las que se puede producir el divorcio *bona gratia*. En esta novela se ve plasmada la influencia de la iglesia en materia de divorcio, siendo estas los antecedentes de los tribunales eclesiásticos que aparecieron en la Edad Media.

²⁸ Margadant, Floris Guillermo, *Derecho privado romano*, México, Editorial Porrúa S. A. 1990, p. 212

²⁹ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, T., 1, Op. cit., p. 87

³⁰ Ruiz Fernández, Eduardo, *El divorcio en roma*, Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid, España, 1992, (2ª ed.), p. 148.

En esta Novela 117 Justiniano dispone:

La mujer que se divorciaba de su marido sin causa era enviada a un monasterio para el resto de su vida, y el marido en ese caso, se quedaba con la dote y conservaba la donación ante nuptia. Si existían hijos en el matrimonio, el monasterio se quedaba con la tercera parte de la fortuna personal de la mujer; no teniendo hijos ni padre, con las dos terceras partes.³¹

Esta medida era exclusiva para la mujer, ya que con respecto al marido que se divorciaba, solamente tenía que devolver la dote recibida y perdía la donación ante nuptial, así como una parte de su fortuna personal, equivalente a un tercio de la donación esponsalicia.

Años más tarde, en el año 556, Justiniano con influencia de la iglesia decidió, "Que la pena de reclusión en un monasterio se aplicase al marido y a la mujer si habían realizado el divorcio sin causa; pero los esposos podían librarse de tal pena si se reconciliaban antes de su entrada en el monasterio."³²

Bajo el Imperio de Justiniano y siendo influenciado por el Obispo Palagio, se construye el primer monasterio penal para albergar a las mujeres responsables del divorcio. Esta es la primera forma de depósito se dio en la antigüedad, misma y que fue retomada en Francia.

2.3 DERECHO CANÓNICO.

Este tiene como característica principal el no permitir el rompimiento del vínculo matrimonial. En el Antiguo Testamento encontramos como libro histórico el Deuteronomio, que es la clasificación Judía del libro de leyes, dentro del cual existe la ley del mosaico que es el segundo discurso que Moisés dirigió a todo Israel, conocido como el libelo de repudio:

Si un hombre toma una mujer, casándose con ella, y resulta que ella luego no le agrada porque ha hallado en ella algo vergonzoso, le escribirá un libelo de repudio, y entregándose en la mano la despedirá de su casa. Y salida de su casa, podrá casarse con otro marido. Si también el segundo marido concibe aversión a ella, y le escribe un libelo de repudio, y poniéndoselo en la mano la despide de su casa, o si muere el segundo marido que la tomó por mujer; entonces su primer marido que la había despedido no podrá volver a tomarla por su mujer, después que fue amancillada; porque esto es abominable ante Yahvé... Capítulo 24, Versos 1 a 4.

Sin embargo, este mismo derecho fue otorgado a la mujer según consta en el Capítulo 22, Versos 28 y 29, donde la mujer puede obligar al marido a repudiarla cuando exista causa grave imputable a él, tales como las sevicias, enfermedades contagiosas o impotencia sexual.

³¹ *Ibidem.*

³² Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil, Derecho de Familia*, México, Editorial Porrúa S.A., 1988, Tomo III, p. 359.

En el Nuevo Testamento encontramos lo expuesto por lo el Apóstol Mateo en donde relata la interrogante de los Fariseos a Jesús, ¿Es lícito repudiar a la propia mujer por cualquier causa? a lo cual contesta Jesús: "No leisteis que quien creó desde el principio varón y hembra los hizo, y dijo: a causa de esto abandonará el hombre al padre y a la madre y se unirá a su mujer y serán los dos una sola carne... (Génesis 1, 27; 2, 14)."

A la respuesta, los doctores de la ley replicaron ¿Por qué?, entonces, mandó Moisés dar libelo de repudio y despedirla, a lo cual contesta "Moisés, por vuestra dureza de corazón, os concedió el repudio a vuestras mujeres, más en el principio no fue así." (5: 32 y 33)

Este mismo evangelista dentro del sermón de la montaña trata también el tema del repudio, en el que especifica lo relativo a la dureza de los corazones agrega: "Yo os digo, quien repudia a su mujer salvo el caso de adulterio y se casa con otra, comete adulterio, y el que se casa con una repudiada, comete adulterio (19: 9)

Marcos quien narra: "Quien repudia a su mujer y desposa a otra, comete adulterio contra ella; y si ella, repudiando a su marido desposa a otro, comete adulterio." (10: 11,12). Lucas dice: "Quien repudia a su mujer y desposa a otra, comete adulterio; y quien desposa a una repudiada del marido, comete adulterio." También, el apóstol San Pablo habla de este tema al dirigirse la primera Epístola a los Corintios en la que escribía: "A los casados mando, no yo sino el Señor, que la mujer no se separe del marido – y si se separa permanezca sin casarse o se reconcilie con el marido – y que el marido no repudie a su mujer." (7: 10 – 11), y agrega en los versos 12 – 13: "Si cualquier hermano cristiano tiene la mujer no creyente y ella tiene ha bien cohabitar con el, no la repudie; y una mujer que tiene el marido no creyente y éste tiene a bien cohabitar con ella, no la despida al marido.... Pero si el cónyuge no creyente se separa, sepárese; no quede esclavizado el hermano cristiano o la hermana en las casos mencionados.

La doctrina cristiana no admitía el divorcio ni aun en el caso de adulterio, según los testimonios de Marcos, Pablo y Lucas, por lo que respecta a Mateo escribe que para el caso de adulterio se podrá dar el divorcio:

Se ha resuelto esta dificultad mediante el método acostumbrado de considerar aquella restricción como interpola, suponiendo que en el texto de Mateo se habría añadido esa frase a las palabras de Jesús para satisfacer las exigencias de los Judíos convertidos a cristianos, quienes no habrían estado dispuestos a renunciar al divorcio en caso de infidelidad de la mujer.³³

Sin embargo, la doctrina canónica pontificia ha sostenido siempre la indisolubilidad del vínculo conyugal, por lo que limita el divorcio a la separación de techo, de mesa y de habitación (*tori, mensae et habitationalis*), como un rompimiento de la vida común quedando subsistente el vínculo conyugal.

³³ *Ibidem.*, p. 359.

Convocado por Pablo III y culminado con Pío IV, se llevó a cabo el Concilio Ecuménico de Trento en los años de 1545 a 1563. Este concilio Ecuménico busca corregir los abusos denunciados por los protestantes y a su vez se ratificó el carácter sacramental del matrimonio y se contrarrestan las ideas de los protestantes mediante la determinación de si es o no válido el divorcio entre católicos y no católicos, surgiendo de este Concilio el canon 1141 que enuncia "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte."³⁴

Así mismo este Concilio dice que existe excepción a esta regla y será cuando el matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizados. El primer caso lo enuncia el canon 1142 y dice:

El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y la otra que no lo está; se disuelve tanto por la disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne, como por dispensa concedida por la sede apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga.³⁵

Dentro de estas causales se da la de los malos tratos.

La segunda forma de disolver el matrimonio es de acuerdo al llamado privilegio Paulino, mismo que tiene su origen en la primera Epístola a los Corintios que dice: "...Si cualquier hermano cristiano tiene la mujer no creyente y ella tiene a bien cohabitar con él, no la repudie; y una mujer que tiene el marido no creyente y éste tiene a bien cohabitar con ella, no despida al marido... pero si el cónyuge no creyente se separa, sepárese, no queda esclavizado el hermano cristiano o la hermana, en los casos mencionados... (7; 12, 15). Y se encuentra regulado en el canon 1120 que dice:

Canon 1120. El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio Paulino. Este privilegio no tiene aplicación en el matrimonio que se ha celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cultos entre una parte bautizada y otra que no lo está.³⁶

El derecho canónico ha considerado que el divorcio es posible entre no creyentes y los que se casen con personas de otro culto, y estos si quieren pueden contraer nuevo matrimonio, para el caso de los creyentes ha dejado claro que el único divorcio que acepta es el de separación de cuerpos siendo la separación del lecho, mesa y habitación; las causales para solicitar la separación de cuerpos son diversas, entre ellas el adulterio a que hace referencia el canon 1129, llevar vida de vituperio y las sevicia que enuncia el canon 1131.

³⁶ *Ibidem*.

³⁴ Código de Derecho Canónico, Ediciones Editorial Universidad de Navarra, S. A, Pamplona, España, Edición anotada, 5ª ed.

³⁵ *Ibidem*.

Para el caso de la sevicia, o de poner a uno de los cónyuges en grave peligro espiritual o corporal o hacerle demasiado dura la vida en común (canon 1153), el divorcio lo puede pedir el cónyuge inocente a la Sede Apostólica, la cual según el caso auxiliara al solicitante y realizara los trámites para la obtención de la separación y reintegrara a la persona junto con sus menores hijos a la habitación de sus progenitores o familiares; los principios antes referidos han permanecido invariables a través del Código de Derecho Canónico de 1917, dictado bajo el pontificado Benedicto XV.

2.4 DERECHO FRANCÉS.

Louis Josserand afirma que: "La historia del divorcio es en Francia, la historia de la religión católica y más especialmente de las relaciones del Estado con la Iglesia."³⁷

Por lo que podemos afirmar que el pueblo francés por muchos siglos siguió la doctrina católica la cual defendía la indisolubilidad del matrimonio, dándole a éste un carácter sacramental y al mismo tiempo de acuerdo de voluntades entre los futuros esposos. Solo era posible la separación de cuerpos.

El antecedente más remoto de divorcio en Francia es el Cartulario de Carlo Magno, del año 789; sin embargo, el divorcio no fue admitido formalmente hasta el siglo XVIII, bajo el reinado de Luis XIV y apoyado por las ideas filosóficas de Jacobo Rousseau y Voltairé quienes afirmaban su necesidad.

En el antiguo derecho francés solamente la mujer podía demandar la separación, en esta forma la protegía la ley contra la fuerza bruta o contra los abusos de la autoridad de su marido; las causas que le permitían demandar la separación no eran determinadas, y se dejaban al arbitrio y a la prudencia de los jueces, Marcel Planiol señala que: "Las causas más comunes eran los malos tratos del marido para la mujer".³⁸

En cuanto al marido, éste contaba con fuerza y autoridad, motivo por el cual nunca se consideró necesario protegerlo de la misma forma que a la mujer, además que el varón siempre tenía a su favor la potestad marital por lo que se le negaba el derecho de pedir la separación, sin embargo, en el caso de adulterio cometido por parte de la mujer, en vez de solicitarle el divorcio, "Podía intentar en su contra una acción penal, cuyo resultado era encerrarla en un monasterio por aplicación de una novela de Justiniano: si al cabo de dos años, su marido no consentía en que volviese con él, era rapada y permanecía en el convento durante toda su vida".³⁹ Resultando esto, un depósito y sólo era para el caso de adulterio, y una vez que la mujer se encontraba depositada en el convento, de forma definitiva, perdía su dote y los bienes que le había asignado su marido para viudez así como los beneficios de sus capitulaciones matrimoniales.

³⁷ Cit. por. Magallón Op. cit., p. 356.

³⁸ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Tomo 1, p. 87.

³⁹ *Ibidem*.

Con la promulgación de la Constitución Francesa de 1791, el matrimonio secularizado sale del derecho canónico, por lo que se instituye por primera vez el divorcio vincular, mediante la Ley de 20 de diciembre de 1792, con el razonamiento de que los; "Cónyuges han sido libres para unirse; deben ser libres para separarse. Por tanto se admite el divorcio no sólo por causas determinadas, también por mutuo consentimiento; porque los contratantes pueden destruir siempre por su acuerdo el contrato que su acuerdo hubiere formado".⁴⁰ Dentro de las causales de divorcio se encuentran las sevicias y los malos tratos entre otras.

Con el decreto del 4 y 9 floreal del año I, se permitió que en el registro civil se decretara el divorcio con la sola comparecencia del que lo solicitó y con dos testigos que afirmen que los cónyuges han mantenido vida separadas por más de seis meses. Este decreto fue derogado por el decreto 15 de termidor del año III.

Después de la Revolución Francesa bajo el mando de Napoleón Bonaparte, en el año de 1804, los redactores del Código civil reglamentan más estrictamente al divorcio, instituyendo por primera vez el divorcio sanción, en donde se dictara el divorcio solamente si el cónyuge inocente comprueba una culpa grave cometida por parte de su cónyuge, así mismo se restablece la separación de cuerpos en donde el esposo en contra de quien se pronuncio la separación de cuerpos podrá posteriormente solicitar el divorcio.

El artículo 236 de este código Napoleón se refería a la necesidad de que la interposición de la demanda de divorcio fuese hecha personalmente por el esposo demandante ante el mismo juez o el presidente del tribunal, o si no podía concurrir debía justificar su enfermedad con el certificado de dos médicos dos oficiales de sanidad, en cuyo caso el magistrado se trasladaba a la casa del cónyuge actor, para recibir personalmente la demanda, en la cual se daba el depósito de personas, y se señalaba el domicilio propuesto para tal efecto.

Por otra parte, el artículo 241 hablaba acerca de; "la residencia designada es obligatoria para la mujer, quien debe justificar que vive en ella cuantas veces se le requiera", e incurria en una doble sanción si violaba esa obligación de residir, perdía el derecho a la prestación alimentaria durante el curso del juicio y podía declarársele caduca en sus derechos para continuar el juicio si era actora.

En esta ley se mantiene el divorcio por mutuo consentimiento, sin embargo, éste se ve limitado por una triple reiteración de la voluntad de los cónyuges que se hará de trimestre en trimestre, así como por el consentimiento de los cónyuges, debido a la necesidad de un acuerdo acerca de la guarda y educación de los hijos, a los cuales se les designara la mitad de la fortuna de cada uno de los padres.

El divorcio fue suprimido por la ley del 8 de mayo de 1816 bajo los argumentos de "la necesidad de la indisolubilidad del matrimonio, en virtud de la obligación de los esposos de educar a sus hijos".⁴¹

⁴⁰ Mazaud, Henri León, & Jean Mazaud, *Lecciones de derecho civil*, 1ª parte, Vol. III, La familia, organización de la familia disolución y disgregación de la familia, Ediciones Jurídicas Europa, América, Buenos Aires, Argentina 1959, traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, p. 378.

⁴¹ Bonnetcase, Julien, *Op. cit.*, p. 553.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sin embargo, se mantuvo en esta ley la concepción del matrimonio contrato, lo cual influyó, a su vez, sobre el restablecimiento del divorcio vincular en Francia.

La ley Naquet, de 27 de Julio de 1884, restablece parcialmente el divorcio de la ley de 1792 a excepción del divorcio por incompatibilidad de caracteres, enuncia como causales de divorcio el adulterio, el abandono del domicilio conyugal, y los excesos, sevicias o injurias graves cometidas por un cónyuge en contra de otro.

Con la ley del 18 de abril de 1886, se disminuyeron los términos contemplados por el Código Civil de 1804 y se facilita el procedimiento, trayendo consigo la multiplicación de divorcios, principalmente invocando las injurias graves y sevicias cometidas de un cónyuge hacia el otro.

A partir de las reformas de 18 de abril de 1886, desaparece totalmente el texto anterior para dar paso a una disposición nueva con lo que se modifica el artículo 236, quedando de la siguiente manera: "El juez puede autorizar al esposo demandante a residir separadamente, indicando, si se trata de la mujer, el sitio de la residencia provisoria.", esta disposición se complementaba con el artículo 241, que disponía: "Que la mujer debía encontrarse en su residencia de la casa indicada, tantas veces como fuese requerida y en caso contrario debía justificar su ausencia, bajo el apercibimiento de que el marido pudiese suspender las prestaciones alimentarias y si la mujer era actora en el pleito, caduca la prosecución del mismo".

Este artículo no jugaba ningún papel cuando la mujer abandonaba la residencia designada para volver al domicilio conyugal.

Con la reforma al artículo 236 del Código de Napoleón, la jurisprudencia francesa se orientó en el sentido de que la mujer se quede en el domicilio conyugal y se ordene la exclusión del marido, y que a éste, no se le permita que vuelva al hogar, así como, tampoco se saque a la mujer de dicho domicilio al menos durante el procedimiento.

Con la reforma del 18 de febrero de 1938 se modificó nuevamente el artículo 236 del código de Napoleón, para disponer lo siguiente: "1. El juez puede autorizar al esposo demandante a residir separadamente; 2. Abroga totalmente el artículo 241."

Con esta reforma al artículo 236 y la abrogación del artículo 241; se extingue también en este derecho el depósito, por lo que el actor o la actora pueden solicitar por ese sólo hecho la autorización para residir separadamente. Quien acciona es el titular del derecho, por lo que parecería que si la mujer es demandada no podrá separarse del domicilio conyugal, pues ésta no es la titular del derecho al momento de accionar el órgano jurisdiccional, y se vería obligada a cohabitar en el domicilio conyugal durante la tramitación del divorcio, situación que no es así, porque si en efecto esta reforma al artículo 236, habla del titular del derecho es quien acciona es obvio que la contraparte puede solicitar la autorización para residir separadamente y excluir al marido del domicilio en la reconvencción.

Por otro lado la abrogación del artículo 241 es el decaimiento absoluto del deber de la mujer de permanecer en la casa indicada y el derecho del marido de suspenderle alimentos y las litis expensas frente a la trasgresión de aquel deber, así como la preclusión a la actitud procesal donde la actora es la mujer.

Con la reforma anteriormente referida del artículo 236, se señala "la exclusión que de uno de los cónyuges del domicilio conyugal" durante el procedimiento de divorcio. El cambio significativo que tuvo es la sustitución de la palabra depósito por la de exclusión, lo que implica una medida que contiene dos componentes distintos a saber: se subordina a la continuidad de un conflicto de divorcio, ya que si el procedimiento no continua la medida no tiene razón de ser, y la medida siempre será provisional, por lo tanto puede ser modificada, complementada o suspendida cuando las circunstancias cambien.

A partir de esta reforma la jurisprudencia francesa se orientó en el sentido que la mujer permanezca en el domicilio conyugal y se ordene la exclusión del marido, fundándose para ello en el artículo 236, que hace referencia al demandante. Tanto la mujer como el marido, podrían dejar el domicilio conyugal para lo cual deberá obtener autorización del juez. El tribunal puede obligar a salir al marido del domicilio conyugal.

Con el fin de frenar el sin número de divorcios que a diario se daban en la sociedad francesa, la ley del 2 de abril de 1941 enuncia el carácter de divorcio sanción, y limita las causales del mismo, incrementa las sanciones para el cónyuge culpable, obstaculiza la conversión de separación de cuerpos a divorcio, y mantiene las reformas hechas al artículo 236, para salvaguardar los intereses de los cónyuges, dichas reformas se mantuvieron vigentes aún en las reformas de 1975.

2.5 DERECHO ESPAÑOL.

En España Don Víctor Covian manifiesta que:

Existe una nueva rama originada en un distinto objeto del contrato o acto y que se relaciona con el depósito de las personas, para su guarda y cuidado. Es el que constituye por la autoridad competente, bajo la custodia y responsabilidad de una persona abandonada en beneficio de las necesidades de amparo y protección por cualquier circunstancia.⁴²

En España la Real Cédula de 12 de julio de 1564, inspirada en el resultado dogmático del Concilio de Trento, y por ende, mantenedor de la indisolubilidad del matrimonio, fue la parte regidora del matrimonio, hasta la ley de enjuiciamiento civil de 1881, la cual especificaba dentro de su artículo 1278, que: "Sólo los jueces civiles ordinarios pueden decretar los depósitos de personas."

Esta ley manifestaba la procedencia del depósito en los siguientes casos: 1º De mujer casada, por demanda de divorcio, o querrela de amancebamiento, o acción de nulidad de matrimonio (Art. 1881 a 1897), 2º De mujer casada, contra la cual haya intentado su marido demanda de divorcio o querrela de adulterio, o la acción de nulidad de matrimonio (Art. 1898 a 1900 de la misma ley); 3º De mujer soltera que habiendo cumplido veinte años de edad, trate de contraer matrimonio contra el consejo y consentimiento de sus padres o abuelos (Art. 1901 a 1909 de la ley de enjuiciamiento civil, y 321 del Código español); 4º De los hijos de familia pupilos o incapacitados que sean maltratados por sus padres, tutores o curadores, u obligados por los mismos a ejecutar actos reprobados por las leyes (Art. 1880 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y 5º De los huérfanos que hubieren quedado abandonados

⁴² Enciclopedia Jurídica Española, Nota de Don Víctor Covian, Barcelona, Tomo X, p. 876.

por la muerte, ausencia indefinida en país ignorado o imposibilidad legal o física de la persona que los tuviere a su cargo (Art. 1915 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Dentro del derecho español el más frecuente era el depósito de la mujer casada. En este país se habla advertido ya la problemática de las desavenencias conyugales para lo que crearon:

*La fórmula de la caución de Non offendendo, mediante la cual el cónyuge masculino podía evitar la separación provisional y el depósito de la mujer en el caso de plantearse demanda sobre divorcio o nulidad del matrimonio. Pero el recurso no logró una materialización en la práctica, y las leyes terminaron por imponer el depósito de la mujer casada, como medio más ajustado a las realidades de la vida cotidiana.*⁴³

También, la legislación española reconocía dos tipos de depósito de persona, el primero de estos era el provisional, que sobreviene como consecuencia de la simple iniciación de la demanda de divorcio, nulidad o querrela, y que cesa automáticamente si la interesada no acredita haber promovido la acción en que se funda; y el segundo que era el depósito definitivo o permanente, que se perfecciona y perdura cumplidos los requisitos anteriores.

Al respecto se establecían diferencias procesales existentes en los casos en que sea la mujer o el marido se proponga incoar la demanda que da lugar al pedido de depósito. En el caso de que sea la mujer quien ha planteado demanda de divorcio, querrela de amancebamiento contra su cónyuge o acción de nulidad matrimonial, el depósito sólo podrá decretarse a instancia suya, así mismo, existe una distinción entre el depósito provisional y el definitivo; en el primero, la ley asigna al marido la facultad de tomar participación en el incidente, ya que todavía no existen motivos para sospechar de su culpabilidad; en el segundo caso, el cónyuge que se presume culpable carece de toda injerencia y será la mujer quien designe depositario (artículos 1881 al 1884, 1890 al 1896 de la ley de enjuiciamiento civil).

Sin embargo, si el marido es el demandante, no prosperará el depósito, si la acción principal no ha prosperado, para el caso de adulterio de la mujer si el esposo no solicita el depósito, la mujer podrá solicitarlo, en este caso el marido actor en el incidente, podría proponer el depositario (artículo 1899 de la ley de enjuiciamiento civil).

En el derecho español los efectos del depósito eran básicos como la separación física entre los cónyuges que por circunstancias determinadas han interrumpido las relaciones conyugales y terminando la armonía del hogar, el cónyuge está obligado a pasarle alimentos, entregarle sus ropas y demás pertenencias que use diariamente. El depósito, termina al quedar resuelto el problema principal, sin embargo si aun después de la disolución del vínculo matrimonial el juez considera prudente dejarlo existente éste quedará para la protección física y social de los depositados.

Posteriormente fue derogada la normatividad del divorcio y se restableció por corto tiempo con la constitución de 1931, cambio el sistema y permitió la disolución del vínculo matrimonial mediante la ley del 2 de mayo de 1931, misma que duró pocos años pues fue derogada con la ley del 23 de septiembre de 1939.

⁴² *Ibidem*, p. 831 y 832.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A raíz de la constitución ecuménica de 1978, y con fundamento en ella, el acuerdo del Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos del 3 de enero de 1979, reconoce eficacia a los matrimonios civiles y canónicos, siendo el divorcio posible en el matrimonio civil.

Otro fundamento está contenido en la Ley Orgánica de 5 de julio de 1980, sobre normas relativas a la libertad religiosa, que establece, entre otras cosas, que las creencias religiosas no permiten desigualdad o discriminación ante la ley, permaneciendo así inalterable e indisoluble el matrimonio hasta la excepción de la ley de 1981, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determino el procedimientos a seguir en las causas de nulidad, separación de cuerpos y divorcio. Este ordenamiento dentro de su Capítulo VII, De la Separación, en su artículo 82, establece como : "Son causas de separación: 1º El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

2.6 DERECHO ARGENTINO.

Argentina al igual que la mayoría de los países de América tuvo gran influencia Europea, principalmente francesa. Este país siguió en cuanto al divorcio lo sostenido por la Iglesia católica, es decir la indisolubilidad del matrimonio y solo admitía la separación de cuerpos que fue la única forma de divorcio hasta la ley 14.237, Ley del Matrimonio Civil, que en su artículo 205, se encontraba el inciso del depósito de persona en donde el derecho obligaba a la mujer a permanecer en el hogar conyugal o al deber de ella de salir del mismo, para ser depositada en casa honesta.

El Código de Procedimientos Civiles y Comercial, de la provincia de Buenos Aires, fue sancionado el 21 de diciembre de 1905, en donde, se incorporó el procedimiento, para el depósito de personas, dentro del Capítulo I, Título XXIII, regulando este procedimiento los artículos 812 a 819.

Por otro lado también en el Código de la provincia de Mendoza para el procedimiento, promulgada el 7 de noviembre de 1953, hace referencia al depósito de personas.

El artículo 812 de la primera de estas leyes da una enumeración de causas por las que podrá decretarse el depósito "1º De mujer casada que haya intentado o contra quien se intente demanda de divorcio, nulidad de matrimonio o querrela de adulterio; 2º De mujer menor de edad que hubiere de contraer matrimonio contra la voluntad de sus padres, tutores o curadores; 3º De menores o incapaces que sean maltratados por sus padres, tutores o curadores, o inducidos a actos reprobados por la ley o por la moral; 4º De menores o incapaces sin representante legal. Así mismo, se establece que el depósito de personas solo podrá ser decretado por el juez de primera instancia del domicilio de la persona que haya de ser depositada.

Puede ser solicitado el depósito de persona, en el caso de la mujer casada o que pretenda contraer matrimonio, según lo dispone el artículo 814 de esta ley "Puede ser solicitado por ella misma o por otra persona a su ruego. Es decir, que aun siendo menor queda autorizada la mujer para solicitar su depósito al juez de su domicilio, e incluso previendo el caso de que es imposible su libertad para hacerlo, puede en su nombre y a su ruego realizarlo otra persona, para el caso de depósito de los menores o incapaces podrá ser denunciado por cualquier persona, y aun decretado de oficio, cuando al juez le constare la necesidad de verificarlo.

En la mayoría de las veces se trata de situaciones graves cuya solución apremia, en virtud de los peligros que tienen las personas que buscan el depósito, por lo que su tramitación tiene una substanciación breve y sumarisima, toda vez que sólo se trata de que el juez se informe de los hechos invocados, esto es por medios de dos testigos que pondrán al tanto de los hechos al juez y así mismo sobre la idoneidad de la persona y habitación propuesta para el depósito y el juez podrá decidir sin conocimiento de las personas a quien en definitiva ha de confiar el cuidado y la atención del depositado. En tal sentido, el artículo 815 del Código de Procedimientos de la provincia de Buenos Aires, señala que el juez puede hacer o no el decreto del depósito, en caso de no ser otorgado éste puede el solicitante apelar al respecto.

Esta negativa de depósito se da según la consideración del juez pues muchas veces so pretexto de depósito se encubre una situación que pretende mucho más, como puede ser la de sustraer sin razón valedera a algún menor o incapaz de la esfera de actuación familiar, o dar viso de legalidad a un hecho de violencia manifiestamente arbitrario, consumado ya, cuando no, poniéndose a cubierto de la responsabilidad proveniente de una conducta incorrecta y a veces hasta ilícita.

Por otra parte ese mismo artículo 815, señala que "El juez decretará el depósito o no, procurando el acuerdo de la mujer y el marido, padre o tutor, respecto de la casa en que deba aquél verificarse." Con esto se pretende que la persona en donde habitará la depositada no tenga problemas así como tampoco las partes, por lo que el juez procurará este acuerdo, ya que así evitan motivos que mantienen y fomentan un clima más hostil, que ya no tiene razón de ser una vez emplazada la cuestión ante el tribunal.

Para el caso de negativa a decretar el depósito el artículo 818, textualmente dice: "Será apelable en relación dentro de tres días pero ante la cámara en turno."

Es decir el auto que recayere sobre el depósito es apelable y no sólo la resolución que ordene el depósito; por lo que el recurso se abre para las partes, conceda o deniegue el depósito. Solo que para el caso que lo conceda u ordene, la resolución que hiciere lugar al depósito será apelable al solo efecto devolutivo.

En cuanto a los efectos personales, el depósito sobrelleva necesariamente; que el juez ordene la entrega de ropas y muebles de uso común de la persona depositada, esto esta prescrito en el artículo 817 del código de procedimientos civiles de la provincia de Buenos Aires, esto se da porque en la mayoría de las ocasiones no se entregaban, o se resistían a entregarlas.

Con la reforma de 1968, de la ley 2393, el artículo 68, hacia referencia al depósito de la mujer casada en casa honesta dentro de los límites de la jurisdicción del juzgado, por lo que esta norma preveía que la mujer saliera del domicilio conyugal requiriéndosele al juez su depósito en casa honesta, esta facultad de solicitar el depósito incumbía tanto a la mujer como al marido, ya que el artículo se limitaba a decir a instancia de parte y la petición era procedente fuera la mujer la actora o la demandada en el juicio de divorcio.

La jurisprudencia a este respecto unificó sus criterios en el sentido de que "El juez determinara cuál de los dos esposos debía retirarse del hogar conyugal sin que exista derecho de preferencia de ninguno de los dos para permanecer en él, debiendo resolver la cuestión según las particularidades de cada caso."⁴⁴

En nueva redacción del artículo 68, ordena: el juez decidirá si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal.

2.7 DERECHO MEXICANO

2.7.1 MÉXICO PREHISPÁNICO.

Poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos que habitaban nuestro territorio antes de la llegada de los Españoles; estos pueblos tenían cultura y civilización variada de uno a otro pueblo, como ejemplo de esto tenemos que entre los Mixtecas y en Michoacán se daba el matrimonio temporal, que podía disolverse por el hombre en cualquier momento.

Entre los aztecas: "El vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, ya sea porque se tratara de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, ya porque hubiera causas que dieran origen a la disolución."⁴⁵

Dentro de este pueblo solamente procedía el divorcio por fallo judicial; dictado por los jueces, la solicitud de separación no era aceptada fácilmente por los jueces, trataban de dificultarla en todo lo posible. "El hombre que repudiaba a su mujer sin fallo judicial, debía sufrir el castigo vergonzoso de chamuscarle el pelo." La decisión judicial no autorizaba la separación, sino que autorizaba al solicitante para hacerlo que a bien tuviere, por lo que se ve la oposición al divorcio.

Dentro de este pueblo los motivos de separación eran muy amplios: el marido podía exigir el divorcio en caso de que la mujer se mostrara pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, así como, por intemperancia de carácter. Como consecuencia de la separación, los hijos eran atribuidos al esposo y las hijas a la esposa y la parte culpable perdía la mitad de sus bienes.

Entre los Otomíes podían separarse después de la primera noche; de igual manera en Michoacán, el matrimonio podía ser disuelto por incompatibilidad de caracteres; pero no antes de haberse rechazado la demanda de divorcio varias veces, así como, también los padres podían quitar a la hija del marido, en caso de que se negara a vivir con ella o la maltratase.

⁴⁴ Lagomarsino, R. A. Carlos, *Juicio de divorcio procesos civiles*, Buenos Aires Argentina, Edit. Abelardo Perrot, 1983, p. 345

⁴⁵ Montero Duhalt, Sara, *Ob. Cit.*, p. 208.

El divorcio requería para su validez y para que produjera efectos de rompimiento del vínculo, que la autoridad judicial lo autorizara y que el que pidiera la autorización se separara efectivamente de su cónyuge. En estos pueblos las causales de divorcio eran variadas, el marido podía exigirlo en caso de que la mujer fuese pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, sufriera una larga enfermedad o fuera estéril.

Por otro lado la mujer podía solicitar el divorcio si el marido no pudiera mantener a ella o a los hijos, o que la maltratara físicamente.

Realizada la separación, los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre, con excepción de que si el divorcio había sido pedido por maltrato físico, en este caso el cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes. Además de que el divorcio no fue bien visto, los jueces se resistían a otorgarlo cuando se presentaba uno de los cónyuges a solicitarlo, lo otorgaban solamente después de numerosas y reiteradas gestiones, una vez otorgado le daban la libertad a la parte que lo solicitaba para hacer lo que quisiera, cuando ambos cónyuges lo solicitaban los jueces buscaban por todos los medios de reconciliarlos, sino lo conseguían los despachaban rudamente dándoles su tácita autorización para el divorcio, estos podían contraer nuevo matrimonio.

En el México prehispánico no existió el depósito de persona.

2.7.2 MÉXICO COLONIAL

Con la llegada de los españoles a territorio mexicano, la organización jurídica cambió drásticamente, pues impusieron la legislación española, y fueron creadas algunas leyes para regir todas las colonias de la Corona Española, dentro de las cuales tenemos las Leyes de Toro, La Nueva y La Novísima Recopilación, y supletoriamente el Ordenamiento de Alcalá, Las Siete Partidas, El Fuero Real y El Fuero Juzgo; como en todas las colonias de la Corona Española, Las Leyes de Indias y La Real Ordenanza de Intendentes.

Como hemos mencionado, los españoles no conocieron el divorcio vincular sino hasta la expedición de la Ley de Julio de 1981 —a excepción de un breve período durante la República de Franco 1932 a 1939—, sin embargo, en México rigió el derecho canónico, por lo que el único divorcio permitido fue el divorcio separación, y sólo que fuese con justa causa, como por ejemplo, el adulterio de uno de los cónyuges o las vicicias que hicieran la vida en común demasiado difícil o imposible.

Como se vio anteriormente el derecho canónico reconoció dos casos de excepción en donde podía ser disuelto el vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges como son en el caso del matrimonio rato no consumado y en el caso de matrimonio contraído entre personas no bautizadas, las cuales podían ser disueltas por el privilegio paulino.

Como hemos visto en el México Colonial **tampoco se regulo la figura Jurídica del depósito de personas**

2.7.3 MÉXICO INDEPENDIENTE.

Una vez consumada la independencia de México, en el año de 1821, el Estado requería una organización política propia, dándose a la tarea los legisladores de crear las normas básicas que trajeron como resultado la primera Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el año de 1824, sin embargo, no sucediendo lo mismo con el derecho privado, pues siguieron rigiendo la Ley de las Siete Partidas del derecho Español, en este contexto en algunos estados se empezó a trabajar sobre un código propio para regular el derecho privado, proyectos a nivel local de las entidades federativas, tales como el Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827, proyecto de Código Civil del Estado de Jalisco de 1833, la Ley del Matrimonio Civil de 1859 —Esta ley es importante por que desconoce al matrimonio como sacramento y le da el carácter de un acto regido por las leyes civiles—. el Código Civil Corona del Estado de Veracruz de 1868, Código Civil del Estado de México de 1870. Todas estas legislaciones en materia de divorcio tienen en común el haber establecido un solo tipo de divorcio a semejanza del derecho canónico: el divorcio separación que no extingue el vínculo matrimonial, sano solamente el deber de cohabitar.

2.7.3.1 CÓDIGO CIVIL DE 1870.

Dentro de los ordenamientos que rigieron en México, tenemos, el Código Civil de 1870, que dentro de su Capítulo V, regula lo relativo al divorcio. En este Código se parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y, como consecuencia lógica de dicha indisolubilidad, no se admite el divorcio vincular. Importante es resaltar que dentro de este ordenamiento el predominio del marido era definitivo: "La mujer debe vivir con el marido." (Art.199 c. c.); el domicilio de la mujer casada, sino está legalmente separada de su marido es el de éste (Art.32 c. c.). "El marido debe proteger a la mujer, ésta debe obedecer a su esposo, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes" (Art. 201 c. c.). Como podemos observar el marido era favorecido por la ley.

Dentro de las causales de divorcio, habla una discriminación contra la esposa. El artículo respectivo señaló, seis causas de divorcio —en realidad separación de cuerpos—, cuatro de las cuales constituían delitos, de las restantes, la sevicia podía constituir delito, pero aun en el supuesto de no llegar a este grado, se le consideró como causa de divorcio.

Siendo la única posibilidad de divorcio en vida de los cónyuges, la separación de cuerpos, la cual se admitía dentro de los artículos 150 y 126, pero dejaba subsistente el vínculo del matrimonio y sólo hacía cesar la obligación de la cohabitación.

Los artículos del citado Código de 1870 disponían:

Artículo 239. *El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende algunas de las obligaciones civiles, que se expresaran en los artículos relativos de este código.*

Artículo 240. *Son causa legítimas de divorcio:*

- 1º "El adulterio de uno de los cónyuges;
- 2º La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;
- 3º La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal;
- 4º El conato del marido y de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción;
- 5º El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años;
- 6º La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél;
- 7º La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

La sevicia son los malos tratos de alguno de los cónyuges hacia el otro cónyuge, haciendo inducir sospechas fundadas de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza, que hacen sumamente difícil o imposible la unión conyugal. Esta causal la tenía que solicitar el cónyuge inocente, sin embargo, como este ordenamiento se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio, una serie de trabas y formalidades. Al efecto, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales, al finalizar el plazo de cada una de ellas, el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intentaba en la última audiencia su reconciliación, antes de pronunciar sentencia definitiva.

Este Código de 1870, además señalaba como condición *sine qua non*, para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubiere transcurrido dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente, por lo cual el cónyuge que pretende el divorcio por sevicia tenía que apegarse a lo enunciado en los artículos siguientes:

Artículo 248. *Los cónyuges que pidan de conformidad su separación del lecho y habitación, acompañarán a su demanda una escritura que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de separación.*

Artículo 250. *La separación no puede pedirse sino pasados dos años de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, y no citará a nueva junta hasta después de tres meses.*

Dentro del arreglo provisorio el juez hacía referencia al lecho y habitación que cada uno de los cónyuges debía habitar durante el procedimiento y si fuese la causal 6ª de divorcio también exhortaba al cónyuge para que no molestase ni agrediese al otro, así como se manifestaba el término que duraría la separación la cual no podía exceder de tres años, siguiendo el procedimiento según lo que enunciaría el artículo 251.

Pasados los tres meses, sólo a petición de alguno de los cónyuges, citará el juez otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión; y si ésta no se lograre, dejará pasar otros tres meses. (Artículo 252). Vencido este segundo plazo, si alguno de los cónyuges pidiera que se determine sobre la separación, el juez decretará ésta, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente.

Sin embargo, este no era el fin del procedimiento por que como hemos visto con anterioridad el arreglo provisorio era de separación por tres años únicamente como lo enuncia el artículo 257.

La sentencia que a prueba la separación, fijaba el plazo que deba durar con tal que no excederá de tres años (artículo 258). Si pasado ese término los consortes insisten en la separación, el juez procedería como estaba prevenido en los artículos 248 a 257, duplicando todos los plazos fijados (artículo 259); lo mismo se haría si concluido el término de la segunda separación, insistieran en ella los consortes; pero en esta vez no se duplicarían ya los plazos. Lo dispuesto en este artículo se observaría siempre que concluido el término de una separación, los consortes insistieran en el divorcio.

Por otro lado el artículo 284, señalaba que:

Artículo 284 *Al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:*

I. Separar a los cónyuges en todo caso;

II. Depositar en casa de persona de buenas costumbres a la mujer si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidere el depósito. La casa que para esto se designe será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya;...

Este código de 1870 siguió los mismos lineamientos establecidos en los Códigos de países como Francia y Argentina, los cuales para este tiempo contaban con una disposición en el sentido de practicar el depósito de personas.

2. 7. 3. 2 CÓDIGO CIVIL DE 1884.

El código civil de 1884, al igual que su predecesor de 1870, mantiene como única alternativa la separación de cuerpos, no aceptando el divorcio vincular, es decir, subsistía el vínculo matrimonial y sólo suspendía alguna de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio. Este Código en general reprodujo en forma general los preceptos del Código anterior en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y sus formalidades, sin embargo nos encontramos ante el hecho indiscutible de haber reducido notablemente los trámites necesarios para la consecución del divorcio, siendo más fácil la separación de cuerpos, reglamentándose en los artículos 233, en el cual la separación no puede pedirse sino pasados dos años después de la celebración del matrimonio.

Dicho ordenamiento señalaba que presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en la que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, con audiencia del ministerio público y cuidando que no se violen los derechos de los hijos o de un tercero (artículo 234). Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a petición de cualquiera de los cónyuges, el juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si esta no se lograre, decretará la separación, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente, y mandará a escritura pública el convenio a que se refiere el artículo anterior.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por otro lado, el Código Civil en el artículo 266 enuncia que:

Artículo 266. *Al admitir la demanda de divorcio (separación), ó antes si hubiere urgencia se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:*

1º. *Separar a los cónyuges en todo caso;*

2º. *Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito la casa que para esto se designe, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio, no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a sollicitud suya; etcétera.*

2. 7. 3. 3 LEY DE DIVORCIO DE DICIEMBRE DE 1914.

Antes de comenzar el estudio de esta Ley de 29 de Diciembre de 1914, la cual fue publicada el 2 de enero de 1915, es menester aclarar la terminología para evitar confusiones. Algunas legislaciones extranjeras y la misma legislación mexicana anterior a esta ley, entienden por divorcio la separación de los cónyuges sin romper el vínculo matrimonial. En cambio, a partir de esta ley, en México se denomina divorcio vincular a la disolución del vínculo matrimonial que deja a los divorciados en posibilidad de contraer otro matrimonio legítimo. De aquí en adelante tomaremos el término divorcio refiriéndonos a divorcio vincular, manifestándolo así, pues es la terminología habitual en la actualidad.

Esta ley fue publicada en el Periódico Oficial de la Federación que se editaba en la ciudad de Veracruz, sede del entonces primer Jefe del Ejército Constitucionalista. Con esta ley modificó la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de Diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal, decretadas el 25 de diciembre de 1873, que reformó la legislación, y concretamente el Código Civil, introduciendo el divorcio vincular, o sea el divorcio que disuelve el vínculo matrimonial y deja opcional también la separación de cuerpos que no disuelve el vínculo convalidado. Ella reconoce el divorcio sanción, el remedio y el por mutuo consentimiento.

Con el propósito de hacer efectivas las decisiones de la Ley del Divorcio de 1914, el 29 de enero de 1915, el entonces Presidente de la República Venustiano Carranza, expidió un nuevo decreto, que reformó los artículos 155, 226 al 256 y otras disposiciones del Código civil de 1884; quedando de la siguiente manera:

Artículo 155. *El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen en sociedad legítima para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida;*

Artículo 266. *"El divorcio es la disolución legal del vínculo del matrimonio, y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.*

2. 7. 3 . 4 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

La ley sobre Relaciones Familiares fue expedida en Palacio Nacional el 9 de abril de 1917, en esta ley se establecía en el artículo 75 que: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges divorciados en aptitud de contraer otro." Por otro lado el artículo 76 disponía doce causales para obtener el divorcio, agregándose en el artículo 79, la nulidad de matrimonio y el matrimonio fallido.

El artículo 93 enunciaba que:

Artículo 93 *Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras duren los procedimientos judiciales, las disposiciones siguientes:*

1. *Separar a los cónyuges en todo caso;*

II. *Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al III. divorcio y el marido pidiere el depósito.*

La casa que para esto se designe, será designada por el juez, si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya;

IV. *Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 94, 95 y 96;*

V. *señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre; dictar las medidas conducentes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer;*

VI. *Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a las mujeres que quedan encinta".*

Estos artículos vienen hacer el artículo 267 Francés al 271 con algunas variantes.

2.7.3.5 CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928.

Este Código fue expedido el treinta de agosto de 1928, entrando en vigor en el Distrito Federal desde el 2 de octubre de 1932, en que se regula el divorcio en los artículos 266 a 291 inclusive, originalmente se conservaron muchas disposiciones de los anteriores Códigos de 1870, 1884, de la Ley del Divorcio de 1914, y de la Ley de Relaciones Familiares de 1917. En el se mantiene el divorcio que rompe el vínculo conyugal y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Este código en su origen aporta cambios importantes como el artículo 2º en que se consigna que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna.⁴⁶ Sin embargo se mantuvo el depósito de personas dentro de sus numerales, además de disponer en su artículo 266, "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Por su parte el artículo 267 del mismo ordenamiento, señalaba las causales que dan origen al divorcio, siendo importante comentar la enunciada en la fracción XI, que referida a las sevicias, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para sus hijos. En esta disposición se encuentran tres componentes concurrentes que abarcan los elementos para el depósito de personas a saber:

*La primera de ellas abarca desde los malos tratos hasta la crueldad excesiva. La amenaza es el amago o anuncio de un mal injustificado en la persona, familia bienes honra de la otra y su ámbito desborda este aspecto estrictamente civil. Por su parte las injurias graves deben tenerse como la expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menos precio de otra persona.*⁴⁷

La causal de sevicias a lo largo de la historia de la humanidad siempre ha existido y en nuestro ordenamiento civil de 1870, estaba prevista, pero solamente como malos tratos; ampliándose en el Código Civil de 1884, y con los mismos elementos que existen en el código vigente: malos tratos, amenazas e injurias graves.

Fundado en las sevicias principalmente, el artículo 262 del Código Civil, originalmente establecía en su redacción que:

Artículo 262. Al admitirse la demanda de divorcio, el juez decidirá, entre las providencias siguientes:

I. Separar a los cónyuges en todo caso;

II. Depositar en casa de persona de buenas costumbres a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer; ésta no se depositará sino a solicitud suya;

III. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos.

⁴⁶ Con la reforma publicada en la Gaceta oficial el 25 de mayo de 2000; mismo que entro en vigor a partir del 1º de junio del mismo año, el texto del artículo 2º es el siguiente: " la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho cualquiera que sea la naturaleza de éstos".

⁴⁷ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Op. cit.*, p. 394 y 395.

Sin embargo, si no se obtenía ese acuerdo, el cónyuge que pedía el divorcio debía proponer la persona en cuyo poder habrían de quedar provisionalmente los hijos. El juez previo el procedimiento que marcaba el Código de Procedimientos Civiles, resolvía esta cuestión. En este sentido, siguiendo el criterio de este ordenamiento, los hijos menores de cinco años (actualmente la edad es de doce años), debían quedar en poder de la madre, a no ser que ésta se dedicare al lenocinio, a la prostitución, hubiere adquirido el hábito de la embriaguez o alguna enfermedad contagiosa o conducta que pusiere en peligro la salud o la moralidad del menor.

También el juez debía designar la casa donde debía vivir la mujer durante la tramitación del divorcio, y prevenir al marido se abstuviera de molestar a la mujer y a los hijos cuando éstos no quedasen bajo su cuidado y durante el procedimiento de divorcio.

Con las reformas de fecha 25 de mayo de 2000, al artículo 267 se reacomodaron las fracciones XIX Y XX; quedando actualmente ubicadas en las fracciones XVII Y XVIII. Estas fracciones ampliaron las causales de divorcio, la fracción XVII nos habla de "Las conductas de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código."

La fracción XVIII indica: "El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar; "Esta tiene relación con la ley para la asistencia y prevención de la violencia intra familiar. Las autoridades administrativas pueden emitir resoluciones y su incumplimiento puede ser causal de divorcio.

Por lo que se refiere a la primera de estas dos adiciones los actos que constituyen la violencia " pueden considerarse dentro de la amplitud de los conceptos de injurias o sevicias a las que se refiere la fracción XI del artículo 267. Sabido es que los tribunales han ido ampliando los casos, para abarcar, dentro de estos conceptos múltiples actos de contenido variable, no previstos en la ley en forma casuística, presentándose la conducta como acto ilícito, será difícil clasificarla como injuria o sevicia por un lado, o violencia familiar por el otro. Otro problema en la aplicación de esta causal es que tratándose de violencia, por naturaleza, ésta debe ser "reiterada". Si la conducta se repite, aunque sea distintos los actos dejara de considerarse con injuria, no obstante que puede repetirse la agresión que se estime como injuria"⁴⁸

Esta reflexión me parece apegada a lo emitido por la Suprema Corte, en donde la:

SEVICIAS SON, la expresión acción, el acto, la conducta siempre que implique vejación, menosprecio, ultraje ofensa, y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen constituir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben

⁴⁸ Chávez Asencio, Manuel F. Y Hernández Barros, Julio A.. *La Violencia Intra familiar en la legislación Mexicana*, Porrúa S. A. México, 1999 p. 56

los cónyuges que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que profieren o ejecutan, para humillar y desprestigiar al ofendido. ⁴⁹

O la que se refiere a la sevicia que se refiere a la crueldad excesiva. " la sevicia como causal de divorcio es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que puede ser tolerado"⁵⁰

2.7.3.6 EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1932.

El Código de Procedimientos Civiles de 1932, deroga al publicado el 15 de mayo de 1884. Cabe recordar que para la vigencia de este último, el divorcio era una simple separación de cuerpos. sin embargo para la vigencia del publicado el 21 de septiembre de 1932, el procedimiento en relación al depósito se encuentra reglamentado según lo establecido dentro del capítulo III Separación de personas como acto prejudicial. El artículo 209 dice: "Presentada la solicitud, el juez sin más trámite, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, resolverá sobre su procedencia y si la concediere, dictará las disposiciones pertinentes para que se efectuó materialmente el depósito atendiendo a las circunstancias de cada en particular".

Por otro lado el artículo 211. dice: "En la resolución se señalará el término que dispondrá el solicitante para presentar la demanda o la acusación, que podrá ser hasta quince días hábiles contados a partir del día siguiente de efectuada la separación. A juicio del juez, podrá concederse por una sola vez una prórroga por igual término". El juez analizará las circunstancias personales del solicitante, y en la misma resolución ordenará se notifique al otro cónyuge, a quien apercibirá para que en caso de no presentar la demanda o querrela dentro del plazo que se conceda, cesarán los efectos de la separación, así como que deberá regresar al domicilio conyugal dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento de dicho plazo.

Es importante destacar que cuando el juez decreta una medida provisional, lo hace solamente con base en los argumentos que hubiere expuesto la persona que solicite el depósito, así como en la valoración de las probanzas que hubiere ofrecido, principalmente las declaraciones vertidas por los testigos a quien les consten los hechos en los que funde su petición, por lo que, en consecuencia, muy conveniente será que al promover el incidente de inconformidad, se ofrezca la prueba testimonial de dos o más personas, para desvirtuar los hechos invocados por la peticionaria, ya que los testimonios ofrecidos por ésta carecerán de todo valor por no haber tenido oportunidad el incidentista de intervenir en el momento en que aquellos declararon, en tanto que con base en las declaraciones de los testigos propuestos en dicho incidente el Juez podrá revocar o modificar las medidas que hubiere dictado con anterioridad.

⁴⁹ Quinta época. Suplemento de 1965. amparo directo 6345/ 1950. Laura Bandera Araiza de Arce. 5 votos. Tomo CXXVII. Amparo directo 1868/1955. Amalia de la Cerda de Garza. 5 votos. Amparo directo 6655/1957. Guillermo Ortega Becerra. Sexta Época, volumen XX, Cuarta Parte, p. 120. Amparo directo 1319/1953. moisés González Navarro. 5 votos. Sexta época, Volumen XX, Cuarta parte, p. 96. Amparo Directo 1851/1961. Pedro A.. Velásquez. Unanimidad de 4 votos. Sexta época, volumen LII, Cuarta parte, p. 117. jurisprudencia 165, sexta época p. 512. volumen, tercera Sala cuarta parte Apéndice 1917-19/5. Jurisprudencia 156, p. 499 (Ediciones Mayo, Actualización I, Civil, Tesis 1091, p522 y actualización IV, No 1016, p. 522).

⁵⁰. Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil, Derecho de Familia*, Edit., Porrúa S.A., Mexico 1988 Tomo III, p. 410.

Ahora bien, como en este precepto no se concede recurso alguno contra la resolución que recaiga al incidente de inconformidad, la parte afectada podrá impugnar mediante el juicio de amparo indirecto, fundamentándose en la fracción IV del artículo 114 de la ley de amparo.

El artículo 217. Si el juez que decretó la separación no fuere el que deba conocer del negocio principal, remitirá las diligencias practicadas al que fuere competente, quien confirmará, en todo caso, la decisión dictada con motivo de la separación, siguiendo el juicio su curso legal.

Este precepto es utilizado solamente en los casos urgentes, cuando por la gravedad del asunto la persona que pretenda demandar o querrellarse en contra de su cónyuge, tema por su vida, y por ello no pueda esperar a que la Oficialía de Partes Común remita su solicitud al juez competente, en cuyo caso, podrá ocurrir ante cualquier juez del Tribunal Superior de Justicia, a acreditar la necesidad de la urgencia, ofrecer sus pruebas y señalar el domicilio en donde permanecerá en depósito, pudiendo presentar la solicitud en forma verbal o escrita, si el juez aprueba la separación solicitada, entregará al solicitante una copia certificada del auto correspondiente y acto seguido, remitirá las constancias y demás actuaciones ante él practicadas, a la referida Oficialía, quien designará al juzgador de lo familiar en donde deba continuarse la tramitación, quien podrá confirmar o revocar el depósito de uno de los cónyuges.

2.7.3.7 EL DEPÓSITO DE PERSONA EN LAS DEMÁS ENTIDADES FEDERATIVAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA

La figura del depósito de persona se encuentra regulada en algunos códigos adjetivos de las entidades federativas, quedan fuera de comentario los Códigos de Baja California y Nayarit que son iguales al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Por lo que atañe al resto, acontece que el de Veracruz, prevé el depósito o guarda de personas con carácter prejudicial en su artículo 158; en Guerrero, el artículo 221, hace referencia al depósito igualmente con carácter prejudicial:

Chiapas al igual que los anteriores en su artículo 221; en Hidalgo la separación de personas constituye los actos preparatorios según lo previsto en su artículo 212; Sonora lo regula en su artículo 213; Coahuila en el artículo 214; Chihuahua, regula el depósito de personas en su artículo 210; el depósito de personas se prevé en el artículo 205 del Código de Oaxaca; Durango lo regula en su artículo 214; Tabasco el depósito de personas como medida prejudicial se encuentra regulada en el artículo 213; en Querétaro en su artículo 205; Morelos el depósito y separación de personas se regula en el artículo 199; Tamaulipas en su artículo 429 prevé el depósito de la mujer casada, y las medidas judiciales se encuentran en el artículo 431. el Título Séptimo que se refiere a las providencias precautorias (incluye los alimentos provisionales) y el carácter precautorio aparece previsto en el artículo 437 segundo párrafo, al exigir que si la providencia se pide antes del proceso, la demanda deberá intentarse dentro del plazo que fije el Juez, el cual no excederá de cinco días como en el de Puebla. Desde luego el código adjetivo de Nuevo León regula el depósito de persona como acto prejudicial en el artículo 176.

El Código Procedimientos Civiles de Michoacán regula el depósito de personas en dos partes, primero como acto prejudicial, y luego como jurisdicción voluntaria, en el sentido enunciado primeramente. La cuestión prejudicial se determina en el artículo 311 y en el artículo 318 en la jurisdicción voluntaria. El depósito puede decretarse oficiosamente tratándose de menores o inhabilitados que se hallen sujetos a patria potestad o a tutela y que sean maltratados o reciban ejemplos perniciosos, o sean obligados a realizar actos reprobados por las leyes. Se agregan los supuestos de huérfanos e inhabilitados que queden en abandono, y de la mujer menor que pretenda contraer matrimonio y debiere acudir ante autoridad competente para suplir el consentimiento de sus padres. Según el artículo 1274. tal depósito se convierte en acto prejudicial sólo respecto de la menor que desee contraer matrimonio, pues el artículo 1283 manda intimar al solicitante para que presente la orden de la autoridad política dentro del plazo prudente, cesando el depósito en caso contrario al tenor del artículo 1284. respecto de las providencias precautorias, su carácter prejudicial se encuentra en el artículo 282 que ordena presentar la demanda dentro de tres días, so pena de ser revocada como manda el precepto 283.

En Jalisco la figura en estudio se encuentra en el artículo 262. En Yucatán, el depósito de persona no forma parte de jurisdicción voluntaria y se encuentra reulado en el precepto 156. Campeche lo regula en el artículo 254. El Estado de México regula el depósito de persona en el artículo 560 como acto prejudicial, y en San Luis Potosí, se regula en el artículo 209

Así mismo cabe señalar los supuestos de la legislación sustantiva de algunas entidades federativas que prevén el depósito de mujer casada en los casos de divorcio necesario. El código civil de Tabasco en su artículo 282 dice "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

1. Separar a los cónyuges en todo caso;

II. Depositar en casa de persona de buenas costumbres a la mujer, si se dice que ésta ha dado casa al divorcio, y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destinará será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer esta no se depositará sino a solicitud suya;

El Estado de México en su Código Civil sustantivo en su artículo 266 señala " Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

1. Separar a los cónyuges en todo caso;

II. Proceder por cuanto a depósito o separación de los cónyuges en los términos que establezca el código de procedimientos civiles del Estado.

Nuevo León es otro Estado que en su ordenamiento sustantivo en su artículo 282 expone: "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

1. Separar a los cónyuges en todo caso;

II. Depositar en casa de persona de buenas costumbres a la mujer, si se dice que ésta ha dado casa al divorcio, y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destinará será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer esta no se depositará sino a solicitud suya;"

El Estado de Baja California hace referencia a esta figura en su artículo 279 "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

1. Separar a los cónyuges en todo caso;

II. Proceder por cuánto a depósito o separación de los cónyuges, en los términos del capítulo III, título V, del código de procedimientos civiles del Estado;"

En el Distrito Federal, el Código Civil señala:

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

1. *La separación de los cónyuges. El Juez de lo familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés de la familia y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y así mismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a qué esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia;*

La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos a que se refiere las fracciones VII y IX del artículo 267 de este Código.

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

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

VII. *En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las cuales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvo guardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:*

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

Este precepto enumera las medidas provisionales que el juez debe tomar y solo serán mientras dure el procedimiento de divorcio a excepción que considere necesario se amplié después de decretado el divorcio, estas medidas serán para los casos en donde las personas que se encuentran en peligro tanto físico, psicológico o moral, sin ser únicamente los males que se puedan mencionar dado que dentro de fracción XI del artículo 276 se encuentran una serie de causas o formas en que puede encuadrar a esta causal.

Aunado a lo anterior también podemos mencionar que el juez podrá determinar las medidas necesarias para evitar la violencia hacia uno de los cónyuges o los hijos por lo que surge el cuestionamiento si las restricciones que puede hacer el juez son violatorias da alguna garantía para la parte a la que se limita, esta limitación puede consistir en: ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar; la prohibición al cónyuge demandando de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados; prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

Por lo que respecta a la salida demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar, esta restricción se hará dependiendo de la causal de divorcio y con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, la salida del hogar conyugal obedece a la necesidad de hacer cesar la cohabitación entre ellos, a la no agravación de las causales de divorcio, a la no producción de hechos irreparables y para favorecer el interés de los menores. Sin embargo, para algunos casos es infructuoso el que salga el cónyuge de la casa en que habitan, por lo que para mayor seguridad y en caso de tener posibilidades es mejor separarse del hogar junto con sus menores hijos y radicar en compañía de otras persona.

Por lo que respecta a la prohibición al cónyuge demandando de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados, así como prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente, ésta se da para la protección y evitar daño o actos de violencia en contra de algún miembro del núcleo familiar. Esta restricción no violenta el libre tránsito de la persona a la que se limitó ya que se trata de una medida provisional, limitada a la duración del proceso y solo para caso de urgencia.

Finalmente, para terminar este capítulo debe señalar que realizamos en las entidades federativas donde se regula el depósito de personas de la que concluimos que en ninguna de dichas entidades, en los últimos dos años, se presento solicitud de depósito de persona.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO III. ANÁLISIS JURÍDICO DEL DEPÓSITO JUDICIAL DE PERSONA

3.1 NOCIONES PRELIMINARES.

La palabra depósito proviene del latín *depositum* que deriva a su vez de *deponere*. Pueden ser objeto de depósito en general, y especialmente de depósito judicial, tanto los bienes muebles como los inmuebles, los títulos, valores, efectos de comercio y demás documentos. El depósito de cosas es un contrato que puede ser de naturaleza mercantil o civil.

El depósito es mercantil si las cosas depositadas son objeto de comercio, o si se hace a consecuencia de una operación mercantil de acuerdo con el artículo 332 del Código de Comercio. Con estos elementos podría intentarse definir el depósito mercantil como el contrato en virtud del cual una de las partes, llamada depositante entrega a la otra, llamada depositario, algún bien, quedando obligado a devolver tal bien u otro equivalente, cuando el bien entregado es objeto de comercio o bien cuando el contrato se celebra a consecuencia de una operación mercantil.

El depósito se clasifica en regular e irregular. El primero es aquel en que el depositante hace entrega del bien, sin transferir el derecho de propiedad ni de uso, y el depositario queda obligado a restituir el mismo bien. En tanto el depósito irregular, el depositante transfiere la propiedad del bien, y el depositario queda obligado a restituir otro de la misma especie y calidad.

El depósito regular es el contrato en virtud del cual el depositante hace entrega al depositario algún bien, quedando éste obligado a conservarlo según lo reciba y a devolverlo en cuanto lo solicite el depositante.

El depósito irregular que reconoce la ley general de títulos y operaciones de crédito es el depósito bancario.

En cuanto al depósito civil, éste es definido en el Código Civil en su artículo 2516 de la siguiente manera;

Artículo 2516. *El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante.*

El elemento fundamental en el contrato de depósito es que el depositario se obliga custodiar para restituir. La obligación de custodiar es la característica fundamental del depósito. Este contrato puede revestir carácter judicial, mas en este caso recibe el nombre de secuestro.

A la luz del artículo 2517 del Código Civil en cita, el depósito es oneroso pero puede ser gratuito:

Artículo 2517. Salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, la cual se arreglará a los términos del contrato, y, en su defecto, a los usos del lugar en que se constituya el depósito.

Podrían ser objeto de depósito todas las cosas susceptibles de ser trasladadas, es decir las cosas muebles de acuerdo con la semántica de la voz *depositum*, formada con la preposición que denota relación de lugar, alejamiento, y *pono*, colocar o sea cambiar de lugar.

La capacidad que se exige a las partes en el contrato de depósito es la capacidad general para contratar.

Las obligaciones del depositario son la de guardar la cosa depositada; restituirla cuando se la pida el depositario aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiese llegado. La restitución debe hacerse con todos sus productos y accesorios; si el objeto ha sido recibido cerrado, se restituirá en la misma forma. El objeto debe restituirse al depositante o a su causahabientes o a la persona designada por éstos y debe hacerse en el lugar señalado siendo a cargo del mismo los gastos de la entrega.

El depósito mercantil y el civil tienen elementos comunes, a saber: a) son contratos; b) las partes son depositante y depositario; c) el depositante hace entrega de algún bien y d) el depositario está obligado a la devolución. Sin embargo, existen diferencias de importancia, según al hacerse la entrega se transfiere la propiedad (depósito irregular) o no (depósito regular).

Distinto del depósito de bienes es el del tema de esta tesis: el llamado depósito de personas en nuestro derecho, regulado en el Capítulo III del Título V del Código de Procedimientos Civiles para El Distrito Federal, hasta antes de la reforma legislativa publicada en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974, bajo la denominación Separación o depósito de personas como acto prejudicial.

Debido a dicha reforma, se suprimió de dicho epígrafe la palabra depósito y se modificó la redacción de los artículos 205 al 217 y se derogaron los artículos 218 y 219 de dicho ordenamiento en todo lo que se consideró necesario para mantener la providencia cautelar de separación de los cónyuges en los casos litigiosos ente ellos y para hacer desaparecer la institución del depósito de la mujer y de sus hijos y la figura del depositario judicial correspondiente.

Subsiste, sin embargo, hasta el presente el depósito de personas, a favor de los menores de edad o incapacitados que se encuentren sujetos a la patria potestad, en los casos previstos en el artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles, asimismo, subsiste el depósito de la mujer casada en las legislaciones de diversas entidades federativas de la República Mexicana.

Como hemos visto el depósito es una figura jurídica que a través del tiempo siempre ha existido de una u otra forma, esta figura se encuentra tanto en materia mercantil como la civil, y de la materia civil se desprende el depósito de persona que es el eje fundamental de la presente investigación.

3.2 DEPÓSITO DE PERSONA.

El Código Civil, en su reforma del 25 de mayo de 2000, mantiene la posibilidad de separación de los cónyuges la guarda de menores como medidas provisionales, en su artículo 282 Fracciones I y V, que textualmente dicen:

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

i. La separación de los cónyuges...

V. Poner al cuidado de persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo se uno de estos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos...

Así mismo, este ordenamiento nos remite al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual en su artículo 953 hace referencia específica a las medidas provisionales sobre depósito de persona, alimentos y menores; medidas provisionales que deberán observar lo dispuesto en el Título Quinto, Actos prejudiciales, Capítulo Tercero, Separación de persona como acto prejudicial, que por su numeral son los preceptos 205 al 217.

El depósito judicial de persona respecto de cónyuge tiene las siguientes características:

a). Es un contrato unilateral, porque al momento de su formación sólo surgen obligaciones a cargo del depositado a encontrarse en un lugar determinado y hay una limitación para el otro cónyuge de no acercarse no molestar. b). Es gratuito porque el cónyuge que solicita el depósito también manifiesta el lugar donde habitará.⁵¹

De este tipo de depósito de persona no existe retribución de servicios por la custodia, porque el cargo de depositario civilmente hablando resulta meramente accidental, a diferencia del depósito de cosas (civil o mercantil antes visto), por lo que es preciso manifestar que el depósito de personas es una rama originada en un distinto objeto del contrato o del acto donde se destina a las personas que necesitan por situaciones extremas, amparo y protección de la justicia.

⁵¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VII, p. 822.

En la Nueva Enciclopedia Jurídica, menciona que el depósito de persona:

*Es aquel acto de jurisdicción voluntaria, referente al derecho de familia, que tiene por objeto sustraer del domicilio legal a las mujeres, casadas, o solteras, y a los hijos que, encontrándose en determinados casos, pueden ver afectada su libertad de continuar viviendo en el domicilio de sus maridos, padres o tutores.*⁵²

Por su parte, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, define que:

*Es el medió de solucionar la situación de desamparo en que puede encontrarse un menor o incapaz, que consiste en su internación en una institución pública o en un particular, con carácter precario, hasta tanto se solucione el problema de fondo con el nombramiento de un tutor o curador.*⁵³

Por otra parte, Eduardo Pallares manifiesta que el depósito de persona:

*Se lleva a cabo mediante una diligencia judicial que tiene por objeto poner a una persona bajo la guarda o custodia de otra. Tiene lugar como acto preparatorio de un juicio civil ... y tratándose de menores que se encuentran en ciertas circunstancias.*⁵⁴

Julio López del Carril manifiesta:

*Depósito significa, allí, no tanto residencia, sino el hecho real de que la mujer ha de quedar en un lugar determinado, sin poder abandonar ese lugar, ... Depositario puede tomarse en el sentido de responsable de la honestidad de la casa donde se halla depositada la mujer, pero no puede ejercer sobre ella ningún mandato, ninguna responsabilidad puede serle imputada, ni tan siquiera puede existir un nombramiento de depositario en una corriente jurídica de respeto a la personalidad humana.*⁵⁵

Hablar de depósito de personas no es hablar de depósito en el sentido técnico-jurídico de la palabra, pues sólo la enunciación del depósito en el sentido civil o mercantil, convertirla a la persona en cosa mueble, afectando así la personalidad humana.

En México nuestros más alto Tribunal se ha dado a la tarea de crear un diccionario para legisladores, jueces y juristas en general en donde encontramos claramente la definición de lo que es un depósito de personas:

⁵² Nueva enciclopedia jurídica, Barcelona, tomo X

⁵³ Diccionario de derecho procesal civil. DE Pina Vara, México 1981 (10ª ed.).

⁵⁴ Pallares, Eduardo, Diccionario de derecho procesal civil, Edit. Porrúa, México 1996, (25ª ed.), p.324

⁵⁵ López del Carril, Julio, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abelardo-Perrot, p. 276.

Poner a alguien en lugar donde pueda manifestar libremente su voluntad, habiéndole sacado el Juez competente de la parte de donde se temía que le hicieran violencia⁵⁶.

Sin embargo, cabe aclarar el Código de Procedimientos Civiles en su artículo, 65 fracción III, párrafo 6º manifiesta:

Artículo 65. Los tribunales tendrán una Oficialía de Partes Común y su propia Oficialía de Partes.

La primera de estas tendrá las siguientes atribuciones:

III.....

Las primeras diligencias en materia de depósito de personas y demás cuestiones de derecho familiar, o cualquiera otras que a juicio del Juez fueren de indole tan perentoria y urgentes que su dilación dé motivo fundado para temer que se causen perjuicios a los interesados, podrán acordarse y en su caso proceder a la ejecución que se ordene por cualquiera de los Jueces ante quienes se solicite....

3.3 UTILIDAD Y FINES DEL DEPÓSITO JUDICIAL DE PERSONAS.

El depósito judicial de personas es una figura jurídica de importancia y trascendencia social, desde el momento de su surgimiento hasta la actualidad. Tiene su origen en el procedimiento de divorcio, como una medida que se aplicaba respecto de la mujer, básicamente, extendiéndose después a menores e incapacitados necesitados de protección.

La figura del depósito tiene como utilidad la protección a la integridad de las personas tanto física, psíquica y moral como resultado básicamente, de la interposición de una demanda denuncia o querrela, en donde los fines son evitar todas las posibles reacciones violentas al enterarse de la existencia de un procedimiento en su contra promovido por su cónyuge, por lo que el depósito de personas podrá emitirse por el juez en primera instancia dentro de un juicio de divorcio o distinto a el como alimentos o controversias del orden familiar como una medida prejudicial.

A este respecto transcribo la tesis siguiente;

ALIMENTOS, DEPÓSITO DE PERSONAS EN LOS JUICIOS DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). El artículo 158 del Código de procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz, si es aplicable a la medida provisional del depósito de persona cuando se tramita un juicio para obtener la ministración de alimentos, porque dicho precepto claramente dispone que tanto " en los casos previstos por el artículo 156, y en todo aquél en que alguno de los cónyuges intenten demandar o acusar al otro, podrá dictarse provisionalmente el depósito o guarda del cónyuge que este en el caso ser protegido física o moralmente de acuerdo con la

⁵⁶ Diccionario para juristas ediciones mayo volumen III

ley". Por consiguiente la separación del hogar de uno de los cónyuges o de sus hijos puede válidamente decretarla el juez con carácter provisional cuando se intenta una demanda de alimentos o cualquiera otra en contra del consorte responsable de una supuesta conducta indebida o ilegal, por que la intención del legislador y de la ley radican en la protección que dicho funcionario judicial considere oportuno decretar dadas las peculiaridades del caso, para evitar las consecuencias que se podrían provocar al cónyuge demandante y a sus hijos, con una posible reacción violenta del reo al enterarse de la existencia de un juicio promovido en su contra por su cónyuge e hijos. Por lo tanto la separación, si puede ser dictada por el juzgador de primera instancia en juicios distintos al del divorcio, por que esta medida de acuerdo con su objeto no es exclusiva del divorcio. Además, no es requisito indispensable que la medida provisional de separación o de depósito de personas se intente en escrito anterior y separado al de la demanda que inicio el juicio en lo principal, esto es, al escrito en que se plantea el fondo de las cuestiones debatidas, estos casos comúnmente son de divorcio alimentos o controversias suscitadas dentro del orden familiar, porque esta protección a pesar de estimarse como medida prejudicial, esto es que puede pedirse antes del inicio del juicio principal también debe considerarse que ningún obstáculo legal puede encontrarse para que dicha medida sea solicitada en la demanda del juicio respectivo pues lo que importa en estos casos, es la protección a la integridad de la persona tanto física psíquica y moralmente por los resultados negativos que puede crear una reacción de represalia por parte del demandado.⁵⁷

El maestro Eduardo Pallares manifiesta que el depósito es de suma importancia y utilidad. En cuanto su procedimiento señala lo siguiente:

*El procedimiento que se lleva a cabo mediante una diligencia judicial que tiene por objeto poner a una persona bajo la guarda o custodia de otra. Tiene lugar como acto preparatorio de un juicio civil... tratándose de menores que se encuentran en las circunstancias de peligro.*⁵⁸

3.4 AUTORIDAD FACULTADA PARA CONOCER DEL DEPÓSITO JUDICIAL DE PERSONA

El Estado debe tener una injerencia continua en lo referente al derecho de familia resolviendo las controversias que implica el mantener una vida en común, su papel es el de proteger los intereses de el grupo familiar, y es al Estado a quien le corresponde el trabajo de supervisar, restringir, ampliar, modificar o revocar poderes familiares.

De ahí que el Estado representado por un Juez del Registro Civil participa en la constitución de la unión matrimonial, nada de extraño tiene que el Estado mediante un Juez de lo Familiar o en su caso un Juez del Registro Civil, intervenga en la disolución del vínculo matrimonial, y este tenga que llevarse a cabo ante este funcionario del Estado, y que no tenga validez alguna la disolución matrimonial, sino se autoriza mediante una resolución judicial o administrativa.

⁵⁷ Amparo directo 1320/74, Jaime Licona Cevallos. 3 de marzo de 1975, Suprema Corte De Justicia De La Nación, Semanario Judicial de la Federación, séptima Época, tercera Sala, Tomo 75 cuarta parte, página 14

⁵⁸ Pallares, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Editorial Porrúa, 1999, (Vigésima quinta ed.), p. 236.

Asimismo, el Estado dentro de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en su artículo 48 dispone:

Artículo 48. Son jueces de primera instancia:

III. Los jueces de lo familiar...

Así también dispone dentro del artículo 52 de la misma ley:

Artículo 52. Los jueces de lo familiar conocerán:

II. De los juicios contenciosos relativos al matrimonio; que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones de las actas del registro civil; que afecten el parentesco, a los alimentos, a la paternidad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte, y que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dentro del Capítulo Segundo da las reglas para la fijación de la competencia, en el artículo 156 puntualiza:

Artículo 156. Es juez competente:

XI Para decidir las diferencias conyugales y los juicios de nulidad del matrimonio, lo es el del domicilio conyugal;

XII En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono del hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado;

La excepción a lo antes expuesto se encuentra establecida en el artículo 65, fracción tercera, párrafo quinto, del Código Adjetivo para el Distrito Federal, alude que:

Artículo 65. los tribunales tendrán una oficialía de partes común y su propia oficialía de partes.
III...

Las primeras diligencias en materia de depósito de personas y demás cuestiones de derecho familiar, o cualquiera otras que, a juicio del juez, fueren de índole tan perentoria y urgente que su dilación dé motivo fundado para temer que se causen perjuicios a los interesados, podrán acordarse y en su caso proceder a la ejecución que se ordene por cualquiera de los jueces ante quien se solicite.

A este respecto Pallares manifiesta que:

Solo los jueces de primera instancia son compatibles para decretar el depósito. Por excepción, lo serán los menores y de paz, cuando por circunstancias especiales aquellos no puedan practicarlo pero en este caso, tan luego como se efectúe la diligencia se remitirán los autos al competente de primera instancia.⁵⁹

Por lo que atañe a la autoridad que debe conocer del depósito de persona es necesario manifestar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado:

59 *Ibidem*, p. 236

DEPÓSITO DE PERSONA. ES JUEZ COMPETENTE EL DEL DOMICILIO CONYUGAL (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). Promovido un juicio para que se deposite a la actora en la casa que ésta indica, y a la vez se resuelvan las diferencias surgidas entre los cónyuges respecto al ejercicio de la patria potestad de sus menores hijos si de las constancias en autos aparece que, antes de promover tal juicio, la actora fue requerida judicialmente por el demandado para que se fuera a vivir al nuevo domicilio que estableció, sin que lo hubiera hecho de acuerdo con los artículos 195 y 156, fracción XI, de los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas y del Distrito Federal y territorios, respectivamente, en relación con el artículo 32 del Código Federal de Procedimientos Civiles, es competente para conocer del juicio, no el del lugar en el que se hizo la promoción de depósito de persona y para que se resolvieran las diferencias conyugales, sino el del lugar en el que se estableció el nuevo domicilio conyugal.⁶⁰

Para el caso a que se refiere el Código de Procedimientos Civiles en su Capítulo III. Separación de personas como acto prejudicial, el artículo 206 en su texto refiere:

Artículo 206. Sólo los jueces de lo Familiar pueden decretar la separación de que habla el artículo anterior, a no ser que por circunstancias especiales no pueda ocurrirse al juez competente, pues entonces el juez del lugar podrá decretar la separación provisionalmente, remitiendo las diligencias al competente.

Por lo que la autoridad competente siempre será un juez de primera instancia.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 217 del mismo Código el cual puntualiza:

Artículo 217. Si el juez que decretó la separación no fuere el que deba conocer del negocio principal, remitirá las diligencias practicadas al que fuere competente, quien confirmará, en su caso, la decisión dictada con motivo de la separación, siguiendo el juicio su curso legal.

Este precepto deberá aplicarse solamente a los casos de extrema urgencia y que por la gravedad del asunto la persona que pretenda demandar o querrellarse en contra de su cónyuge, tema por su vida o la de sus hijos, y que por ello no pueda esperar a que la oficialía de partes común remita su solicitud al Juez competente del Tribunal Superior de Justicia, al acreditar la necesidad de urgencia, ofrecer sus pruebas y señalar el domicilio en donde permanecerá en depósito, pudiendo presentar la solicitud en forma verbal o escrita, según lo dispone el artículo 207 de este Código.

Si el juez aprueba el depósito solicitado, entregará al solicitante una copia certificada del auto correspondiente y, en seguida, remitirá las constancias y demás actuaciones ante él practicadas, a la referida oficialía, quien designará al juzgado de lo familiar en donde deba continuarse la tramitación, quien podrá confirmar o revocar el depósito.

⁶⁰ Competencia Civil 114/65. Entre los Jueces Segundo del Ramo Civil de Tampico, Estado de Tamaulipas y cuarto de lo Civil de esta Ciudad de México 5 de Agosto de 1970. Suprema Corte de la Nación. Semanario Judicial de la Federación, Séptima época, Tercera sala, Tomo 20 Cuarta parte, p. 29

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.5. ANÁLISIS AL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO CUARTO, ASÍ COMO, EL ONCE, PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO CATORCE Y DIECISÉIS CONSTITUCIONAL.

El artículo cuarto constitucional, en el párrafo segundo habla de la igualdad entre el hombre y la mujer "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia." La igualdad debe ser tomada en sentido formal, porque en su esencia física hay diferencias entre el hombre y la mujer. Por esta razón en algunos casos, y bajo algunas circunstancias, existen artículos que favorecen a la mujer. Precisamente, el depósito de persona es una figura que, plasmada en nuestras legislación, muestra la tendencia a proteger al débil: mujer, menor de edad e incapacitado.

Es importante destacar que el depósito de la mujer casada, previsto en algunas legislaciones de las entidades federativas, es anticonstitucional cuando se ordena contra su voluntad, porque tal depósito constituiría una privación de la libertad que violaría los artículos 11, 14 y 16 de la constitución. Se quebranta el artículo 11 al restringirse la libertad de tránsito. Dice la disposición constitucional " que el ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad penal o civil etc.". Ahora bien, el depósito de la mujer, regulado en esas legislaciones no entra en la hipótesis de responsabilidad civil o criminal.

Para no violar el precepto constitucional juzgamos que el depósito de mujer casada únicamente deberá ser decretado en esas entidades federativas cuando la misma mujer lo solicite y demuestre que su dilatación y urgencia sea tan perentoria que no pueda dejarse para otro momento, porque el depósito debe ser decretado toda vez que tiene como finalidad la protección jurídica del solicitante, y para asegurar su exacto cumplimiento y que no esté afectado de nulidad por falta de algún requisito, solamente la mujer puede instarlo. A este respecto se ha pronunciado nuestro máximo tribunal en la siguiente ejecutoria;

DEPÓSITO DE PERSONAS. *Las normas reguladoras del depósito de personas están inspiradas en la protección jurídica del solicitante, mediante la intervención personal del juez para asegurar su exacto cumplimiento de las medidas que éste adopte, por lo que la nulidad de que pudiera adolecer la diligencia respectiva, no puede ser invocada sino por el mismo promovente, que es a quien puede ocasionar perjuicios a la falta de algún requisito.*⁶¹

Por otro lado, se constituye una contravención al artículo 14 constitucional, desde el momento que un cónyuge solicite a una autoridad judicial el depósito de su consorte. Dado que si la autoridad responsable lo decreta contra la voluntad del que será depositado sería arbitraria porque siendo una medida precautoria que se dicta antes de cualquier procedimiento y sin que medie sentencia firme que haga suponer la viabilidad de tal determinación, esto será contrario a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 14 el cual apunta:

⁶¹ Amparo directo 6089/56. Alberto Torres Ibarra, Suprema Corte De Justicia De La Nación, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, tercera Sala, Tomo cuarta parte I, página 89.

Artículo 14 ...

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho....

Tomando en consideración que este precepto constitucional, no contiene un principio de carácter absoluto, deberá aceptar la excepción de la imperiosa necesidad de los actos prejudiciales como lo es el depósito de persona en donde, por ejemplo la mujer misma solicite su depósito y que esta determinación se encuentra destinada a producir efectos jurídicos dentro de un juicio, y su eficacia y subsistencia dependan en todo de la resolución que ponga fin al litigio, tal como lo ha considerado la suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis subsiguiente:

DEPÓSITO DE PERSONAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN QUE REGLAMENTA EL. El segundo párrafo del artículo 14 constitucional no contiene un principio de carácter absoluto. Sufre varias restricciones, a través de distintos procedimientos, entre ellos el que se refiere al depósito de personas como acto prejudicial, al secuestro de los bienes en el juicio ejecutivo y en los embargos precautorios, etc. En todos esos procedimientos existe una afectación de los derechos del particular que se origina antes de haberse concluido el juicio correspondiente, pero no por esto son inconstitucionales puesto que en ninguno de ellos se impide que el particular afectado tenga completa libertad para defenderse, después de que el acto prejudicial ha cumplido su función jurídica de asegurar la satisfacción de los intereses que van a cuestionarse en el juicio relativo. La Jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia número 839 del novísimo Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, consigna: El depósito de personas como acto prejudicial, está destinado a producir efectos jurídicos dentro de un juicio, y su eficacia y subsistencia dependen en todo de la resolución que ponga fin al litigio. Así se desprende del contenido de los artículos 176 y 179 del Código de Procedimientos civiles del Estado de Nuevo León. El depósito de personas como acto prejudicial responde a la conveniencia de autorizar legalmente la separación material de los cónyuges, cuando uno de éstos intenta demandar o acusar al otro; pero también a la necesidad de proteger la persona e intereses de los hijos menores de edad y del cónyuge que promueva el depósito, en peligro por la situación de desavenencia surgida. Así la ley cuida de establecer que solo los jueces de primera instancia pueden decretar el depósito de persona, que en el procedimiento relativo deberá proceder con toda rapidez, y que "la casa donde se deposita la mujer casada será en todo caso designada por el Juez y debe ser el depositario persona de notoria honorabilidad y buenas costumbres", de acuerdo con el artículo 174 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, Ahora bien, la convivencia y necesidad de que se habla no se produce cuando la mujer vive separada de su marido, es decir, cuando la separación de hecho entre los cónyuges comprende un espacio de tiempo bastante para considerar que no existe motivo alguno de que la ley sancione como acto prejudicial la separación de hecho que ya prevalece, pues en este caso la mujer no necesita de la protección que hubiere significado su depósito. Pero cuando la ausencia de la mujer del hogar, es transitoria y muchas veces es impuesta por diversas circunstancias, indudablemente que esta facultada para tutelar sus intereses y el de sus hijos promoviendo el depósito como acto prejudicial. La consideración en contrario

significaría propiciar situaciones injustas e ilegales. Por lo tanto no puede estimarse que el depósito de persona sea inconstitucional y que se viole el párrafo segundo del artículo 14 constitucional.⁶²

Se vulnera el artículo 16 constitucional, desde el momento que solicite un cónyuge el depósito de su consorte, porque sólo se podrá privar de la libertad contra la voluntad de una persona mediante una orden de aprehensión por denuncia, acusación o querrela de un delito que amerite pena corporal.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de su procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan, probable la responsabilidad del indicado...

3.6 RESPONSABLES DEL DEPÓSITO

La elección de las personas responsables del depósito en caso del cónyuge serán sugeridas por la persona que solicita el depósito, pudiendo ser sus padres, parientes mas cercanos o próximos o un tercero, y se le hará saber al juez para que de forma rápida, si no encuentra inconveniente decrete el depósito, y tome las medidas pertinentes para evitar que tanto la persona como los hijos que estén bajo su cuidado sean molestados, trasladándolos personalmente el juez a la casa donde habitará en compañía de persona de buenas costumbres.

Nuestro máximo tribunal ha emitido la siguiente tesis jurisprudencial;

DEPÓSITO O GUARDA DE PERSONAS, DOMICILIO EN EL CUAL DEBE SER DECRETADO (Legislación del Estado de Veracruz). El artículo 158 del Código de procedimientos Civiles, prevé que para el caso en que alguno de los cónyuges intente demandar o acusar al otro, podrá provisionalmente dictarse el depósito o guarda del cónyuge que esté en el caso de ser protegido física o moralmente.- Por su parte, el artículo 161 del propio ordenamiento, establece que la casa o institución en que deba constituirse el depósito será en todo caso, sugerido por la promovente, y designado por el juez, y el depositario deberá ser persona honorable, de buenas costumbres é idónea para la seguridad y guarda del depositado. Atenta a la finalidad de las diligencias en estudio, se concluye que si bien es facultad del juez designar la casa o institución en que deba constituirse el depósito, el inmueble en que se constituya éste debe ser

⁶² Revisión de Amparo 3744/55 Bernabé Rodríguez González. 25 de octubre de 1956. cinco votos. Ponente Hilario Medina. Suprema Corte De Justicia De La Nación. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tercera sala, Tomo CXXX, página 316.

por regla general diverso al del domicilio conyugal, puesto que el objeto de la medida es evitar las fricciones existentes entre los cónyuges por su seguridad personal y moral, en tanto dure la controversia judicial correspondiente, salvo que éstos acordaran que fuera precisamente el domicilio conyugal, aceptando uno de ellos separarse de aquél para evitar fricciones--⁶³.

Por otro lado, el artículo 212 del Código de Procedimientos Civiles a la letra dice:

Artículo 212. *En la misma resolución ordenará la notificación al otro cónyuge, previniéndole que se abstenga de impedir la separación o causar molestia a su cónyuge bajo apercibimiento de proceder en su contra en los términos que hubiere lugar.*

El juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, decretará quién de los cónyuges permanecerá en el domicilio conyugal.

Este último párrafo de este artículo en relación con la tesis que antecede alude que necesariamente debe haber un acuerdo para que sirva la casa a uno de los cónyuges, en todo caso a la cónyuge y sus hijos que se encuentren depositados, este acuerdo en la realidad no es posible dada las circunstancias de extremo peligro que hacen posible el depósito de persona.

3.6.1 PERSONAS A QUIENES SE DEPOSITA.

La persona que se deposita por regla general, es la mujer y solo en el caso, y por circunstancias que la pongan en peligro o a sus hijos, y esto, además, será un acto preparatorio de un juicio o cuando se intente demandar o denunciar o querrellarse contra su cónyuge.

En caso de divorcio, cuando los desposados tengan hijos menores se pondrán éstos al cuidado de las personas que ellos designen de común acuerdo, y a falta de este acuerdo el juez resolverá, en todo caso, que los hijos menores de 12 años quedaran al cuidado de la madre, salvo peligro grave para su normal desarrollo. El Código Civil en su artículo 282 a la letra dice:

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

1. la separación de los cónyuges. El juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge...

⁶³ Amparo Revisión 68/92. Juan Ramón Hernández. 10 de abril de 1992 unanimidad de votos. Suprema Corte De Justicia De La Nación, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, tercera sala, Tomo XIV Agosto de 1994, tesis VII. C. 17 c , p. 603.

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

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

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

VII. en los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

- a) Ordenar la salida del Cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.**
- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.**

Dadas las circunstancias que hemos venido enunciado en un obvio de repeticiones es claro que no podrá haber acuerdo sobre los menores hijos por lo que al momento de ser depositada la cónyuge también serán depositados los hijos.

Sirviendo de apoyo para este criterio lo emitido por nuestro máximo tribunal en su tesis Jurisprudencial que expresa;

DIVORCIO HIJOS MENORES QUE QUEDAN AL CUIDADO DE LA MADRE, EN CASO DE El artículo 213 del Código de procedimientos Civiles del Distrito Federal, que dispone que los hijos menores de siete años, a falta de acuerdo entre los consortes, quedarán al cuidado de la madre, se refiere sólo al depósito de personas como acto prejudicial, pues de conformidad con el artículo 260 del Código Civil de la misma entidad, en los casos de nulidad de matrimonio y aún tratándose de divorcio, los hijos que deben mantenerse al cuidado de la madre, son los menores de cinco años.⁶⁴

De igual forma podrán ser depositados los hijos, huérfanos o incapacitados que sean maltratados por sus padres o tutores o que reciban de éstos ejemplos perniciosos, o que sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes; o los huérfanos o incapacitados que se encuentren en abandono; o el menor de edad que desee contraer matrimonio en contra de la voluntad de sus padres y para tal caso necesite suplir dicho consentimiento, esto de acuerdo con las disposiciones relativas a otros actos de jurisdicción voluntaria que en el artículo 939 del Código Adjetivo expone:

⁶⁴ Amparo civil directo 9095/42. Frías de Pérez Socorro. 14 de octubre de 1943. unanimidad de votos. Suprema Corte De Justicia De La Nación, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tercera sala, Tomo LXXVIII, página 1033.

Artículo 939. Podrá decretarse el depósito: de menores o incapacitados que se hallen sujetos a la patria potestad o a la tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores, o reciban de éstos ejemplos perniciosos, a juicio del juez, o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes; de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren

El menor de edad que deseando contraer matrimonio necesite acudir a la autoridad competente para suplir el consentimiento de sus padres, puede solicitar al juez determine sobre su custodia.

En ambos casos no son necesarias formalidades de ninguna clase, asentándose solamente en una o más actas de las diligencias del día.

Así mismo el o los hijos podrán ser depositados, cuando se ha perdido la patria potestad de conformidad con lo preceptuado por el artículo 444 del código civil;

Artículo 444 La patria potestad se pierde por resolución judicial:

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

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

Esto en relación a lo especificado en el artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles;

Artículo 923. El que pretenda adoptar deberá acreditar los requisitos señalados por el artículo 390 del Código Civil debiéndose observar lo siguiente:

III. Si hubieran transcurrido menos de seis meses de la exposición o el abandono, se decretará el depósito de quien se pretenda adoptar con el presunto adoptante, entre tanto se consuma dicho plazo....

De los artículos antes enunciados podemos ver que el menor o incapaz tiene el derecho legítimamente de ser tutelado o protegido mediante su depósito. La procedencia de la medida es una cuestión que atañe a circunstancias diversas como son maltrato, ejemplos perniciosos, el desamparo o abandono, la orfandad, o la necesidad de suplir el consentimiento de los padres para que el menor de edad pueda contraer matrimonio. Estas circunstancias deben ser consideradas como de interés público dado que los problemas de familia son de interés público.

3.7 PROCEDIMIENTO DE DEPÓSITO JUDICIAL DE PERSONAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Entendamos por proceso la serie de actos del juez y de las partes y aun de terceros encaminados a la realización del derecho objetivo. El procedimiento es la forma exterior del proceso, la manera de cómo las leyes regula actividades

procesales. El proceso iniciará con el escrito inicial con que el actor, basado en un interés legítimo, pide la intervención de los órganos judiciales para la aplicación de una norma a un caso concreto. Este debe presentarse, según el artículo 65 del Código de Procedimientos Civiles, en la oficialía de partes común de los Juzgados del ramo. El escrito por el cual se inicie un procedimiento deberá ser remitido a el juzgado que resolverá la controversia.

El procedimiento de depósito solicitado por una de las partes en conflicto se da mediante una diligencia judicial, siendo ésta, frecuentemente, siempre un acto preparatorio de un procedimiento civil de divorcio necesario, con el objeto de poner a una persona en un lugar determinado donde pueda manifestar libremente su voluntad, habiéndole sacado el juez competente del lugar donde se temía que sufriera violencia o estuviera en peligro físico o moral.

Sin embargo, debido a que el depósito de persona se da como un acto prejudicial, es decir, antes de plantear el juicio principal, mediante un escrito o de forma verbal, la demandante hace del conocimiento a la autoridad de su situación, para que su solicitud sea desahogada inmediatamente. Es decir en la vía incidental, sin que para este caso sea aplicado en su totalidad el procedimiento del incidente. Dadas las circunstancias, solo con la comparecencia de la solicitante del depósito y sus testigos se podrá decretar el depósito sin que medie escrito de contraparte o prueba en contra. Esto de conformidad al artículo 207 de la ley Adjetiva que menciona:

Artículo 207. La solicitud puede ser escrita o verbal, en la que se señalará las causas en que se funda, el domicilio para su habitación, la existencia de hijos menores y las demás circunstancias del caso.

Esta solicitud en términos del artículo 65 de la ley adjetiva, puede ser tan perentoria que cualquiera de los jueces ante quienes se soliciten podrán acordarlo y, en su caso proceder a su ejecución, en donde la solicitante tiene hasta quince días para entablar formal demanda según el artículo 211.

Artículo 211. En la resolución se señalará el término de que dispondrá el solicitante para presentar la demanda o la acusación, que podrá ser hasta quince días hábiles contados a partir del día siguiente de efectuada la separación. A juicio del juez podrá concederse por una sola vez una prórroga por igual término.

Dentro de la misma resolución que decrete el depósito de persona, se ordenará la notificación al otro consorte, conforme al artículo 212:

Artículo 212. En la misma resolución ordenará la notificación al otro cónyuge previéndole que se abstenga de impedir la separación o causar molestias a su cónyuge, bajo apercibimiento de proceder en su contra en los términos a que hubiere lugar.

El juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, decretará quién de los cónyuges permanecerá en el domicilio conyugal.

La prevención a que se refiere la parte final de este artículo tiene relación con los cónyuges y con los menores, pues al impedir la separación debe darse de conformidad al artículo 213 del Código Procedimientos en relación con el artículo 282 del Código Civil Fracciones V y VI que describen:

Artículo 213. *El juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el artículo 303 y 311 Quáter del Código Civil, las propuestas de los Cónyuges, si las hubiere y lo dispuesto en las fracciones V y VI del artículo 282, del mismo Código Civil.*

Los artículos 303 y 311 hablan de los alimentos. Las fracciones V y VI del artículo 282 exponen:

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

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

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

Para el caso de inconformidad del cónyuge contraparte podrá aprovechar lo dispuesto por el artículo 88 del Código Procedimientos Civiles como incidente de oposición:

Artículo 88. *Los incidentes se tramitarán cualquiera que sea su naturaleza, con un escrito de cada parte, y tres días para resolver. Si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse....*

El incidente de oposición será para el caso de inconformidad del consorte que considere le cause algún problema el acto prejudicial, y en cuya resolución no admitirá recurso alguno, de conformidad con el artículo 214 del Código Adjetivo.

Artículo 214. *La inconformidad de alguno de los cónyuges sobre la resolución o disposición decretada, se deberá hacer por medio de un incidente, cuya resolución no admitirá recurso alguno.*

Para el caso que el cónyuge que solicita el depósito de persona no demande o se querelle en contra de su consorte en el término ya establecido, cesarán los efectos de la separación, quedando obligado a reincorporarse en el domicilio dentro de las veinticuatro horas. Esto de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 215:

Artículo 215. *Si al vencimiento del plazo concedido no se acredita al juez que se ha presentado la demanda, la denuncia o la querrela, cesarán los efectos de la separación, quedando obligado el cónyuge a regresar al domicilio conyugal dentro de las veinticuatro horas.*

Con la reforma del 30 de diciembre de 1997, el artículo 208 cambia. Pero estas reformas que a mi parecer fue desafortunada porque trajo dos situaciones, la primera cuando, sin haber violencia se solicita la separación, en cuyo caso el juez podrá (no dice deberá) practicar las diligencias que a su juicio sean necesarias antes de dictar la resolución. La segunda se da cuando hay violencia, en este supuesto el juez tomará en cuenta los dictámenes, informes y opiniones que hubieren realizado las instituciones públicas o privadas dedicadas a atender asuntos de esta índole, es aquí donde se presenta la confusión. Porque el juez está obligado a requerir esos dictámenes, informes u opiniones, en consecuencia no podrá dictar su resolución sin tener a la vista esos documentos, por lo que al no poder dictaminar sus resoluciones y si se trata de medidas de emergencia, que no admite demora, ¿qué actitud tomara el juez ante tal situación?

Conviene señalar respecto del procedimiento de depósito con las reformas antes referidas, que el artículo 216 del Código en cita permite también a la concubina y concubinario ejercer el derecho de procedimiento de separación judicial, que en estos artículos se consigna.

Por otro lado el artículo 939 en donde no se ve lo relacionado a la separación de personas como acto prejudicial, dispone:

Artículo 939. Podrá decretarse el depósito: de menores o incapacitados que se hallen sujetos a la patria potestad o tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores, o reciban de éstos ejemplos perniciosos, a juicio del juez o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes; de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren.

El menor de edad que deseando contraer matrimonio necesite acudir a la autoridad competente para suplir el consentimiento de sus padres, puede solicitar al juez determine sobre su custodia.

En ambos casos no son necesarias formalidades de ninguna clase, asentándose en una o más actas las diligencias del día.

3.7.1 LAS PRUEBAS EN EL DEPÓSITO DE PERSONA.

La prueba es uno de los elementos más importantes que no pueden faltar dentro de un procedimiento jurídico, este elemento da la pauta para que un juez pueda valorar el proceso y emitir una sentencia apegada a derecho.

La prueba en un sentido estrictamente gramatical;

La palabra prueba expresa la acción y efecto de probar, y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.⁶⁵

⁶⁵ De Pina Vara, Rafael, Castillo Larañaga, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Editorial Porrúa S. A. 1985, (17ª ed.), p. 273.

Por lo que en este sentido constituye la base o fundamento del concepto científico de la prueba, por lo que la prueba se dirige al juez, y no así al contrario, dada la necesidad de colocar a la autoridad judicial en situación de poder formular un fallo sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados, puesto que debe juzgar en base a los elementos probatorios con los que cuente, por lo que las pruebas constituyen la parte fundamental del derecho procesal.

Los tratadistas han establecido dos grandes categorías: pruebas propiamente dichas y presunciones, la definición nos la da el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es su artículo 379 que expone;

Artículo 379. Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana.

Por otra parte el mismo Código en su artículo 380 nos explica cuando se dan la presunción humana y la legal al decir;

Artículo 380. Hay presunción legal cuando la ley establece expresamente y cuando la consecuencia nace inmediatamente y directamente de la ley; hay presunción humana cuando de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquél.

Las pruebas pueden ser directas e indirectas, se llaman directas cuando por ellas, sin interferencias de ninguna clase, se demuestra la realidad o certeza de los hechos, son indirectas cuando sirven para demostrar la verdad de un hecho, pero recayendo en o por mediación de otros con el que esta íntimamente relacionado.

También se clasifican en reales las pruebas cuando el conocimiento se adquiere por la inspección o análisis de un hecho material; personales si conducen a la certeza mediante el testimonio humano.

A este respecto el depósito de personas debe ser fundamentado principalmente con pruebas testimoniales, porque aunque no se encuentra plasmado el tipo de dentro del artículo 210 enuncia;

Artículo 210. El juez podrá variar las disposiciones decretadas cuando exista causa justa que lo amerite o en vista de lo que los cónyuges, de común acuerdo o individualmente le soliciten, si lo estima pertinente según las circunstancias del caso.

Es importante tener en cuenta que cuando el juez decreta una medida prejudicial lo hace con base en los argumentos que hubiere expuesto la persona que solicite el acto prejudicial, así como en la valoración de las probanzas que hubiere ofrecido, principalmente en las declaraciones vertidas por los testigos a quienes les consten los hechos en que funde su petición, o actas informativas, por lo que, en consecuencia, muy conveniente sería que la contra parte que intente modificar dicho acto prejudicial promueva el incidente de inconformidad a que se refiere el artículo 214, y ofrezca la prueba testimonial de dos o más personas, para desvirtuar los hechos invocados por la peticionaria del acto prejudicial, ya que los testimonios ofrecidos por ésta carecerán de todo valor, por no haber tenido oportunidad el incidentista de intervenir en el momento en que aquellos declararon, de conformidad con

el artículo 361 del Código en cita que habla que los testigos serán interrogados primero por el promovente y des pues por los demás colitigantes, en tanto que con base en las declaraciones de los testigos propuestos en dicho incidente el juez podrá revocar o modificar las medidas que hubiere dictado con anterioridad.

Ahora bien si el artículo 214 del Código Adjetivo enuncia que no se admitirá recurso alguno en contra del incidente de inconformidad a la medida prejudicial, y si es cierto que la parte afectada podrá impugnar la resolución mediante el juicio de amparo indirecto, fundándose en la fracción IV del artículo 114 de la ley de Amparo también es cierto que esta posibilidad ha sido resuelta por nuestro máximo tribunal dela siguiente manera:

SEPARACIÓN DE PERSONAS. CUANDO SE RECLAMA COMO ACTO PREJUDICIAL Y NO COMO ANTECEDENTE DEL JUICIO YA INSTAURADO, CONSTITUYE UN ACTO EMITIDO FUERA DE JUICIO IMPUGNABLE EN AMPARO INDIRECTO... Los actos judiciales son aquellos que anteceden o preceden al juicio; eso es, los que tienden a asegurar una situación de hecho o de derecho, con anterioridad a la presentación de la demanda y al establecimiento de la relación jurídica procesal. La separación de personas como acto prejudicial tiende o responde a la conveniencia de autorizar legalmente la separación material de los cónyuges cuando uno de éstos intente demandar, querellarse o denunciar al otro, y también a la necesidad de proteger la persona e intereses de los hijos menores de edad y del cónyuge que promueva el depósito, en peligro por la situación de desavenencia surgida. Por tanto, la separación de personas como acto prejudicial no forma parte por sí sola y desde luego del futuro del juicio, ni subsistencia o insubsistencia, eficacia o ineficacia dependerá de lo que en definitiva se resuelva en el juicio, pues éste al momento de decretarse la separación, constituye un acto futuro y de realización incierta. Así resulta incorrecto estimar que al impugnar la separación de personas como acto prejudicial, se actualice la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el 114, fracción IV (interpretado a contrario sensu), ambos de la ley de amparo, ya que tales preceptos contemplan la hipótesis de improcedencia del amparo indirecto contra actos en el juicio (no fuera de él) que no tenga sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación.⁶⁷

Tratándose de depósito de personas la prueba idónea es la testimonial porque conocen los hechos que las partes deben probar, sin embargo es común que se presenten a declarar personas que en la realidad no tengan conocimiento de los hechos y que aun protestados para que se conduzcan con verdad, testifiquen para favorecer a los intereses de la parte que los presenta como tal, de tal suerte que siendo eminentemente circunstancias que apremian se decrete el depósito sin tener pleno conocimiento de las acontecimientos reales en donde se demuestre la extrema necesidad del depósito o simplemente quieren sustraerse la mujer y los hijos con fines distintos a los que tutela esta figura jurídica del depósito (los fines distintos pueden ser la sustracción de los menores para sacarlos de la ciudad o del país, el impedir la convivencia de los hijos con el padre, entre otros). De lo viciados que puedan estar los testigos se presenta una gran dificultad para que el Juez pueda valora correctamente.

⁶⁷. Revisión Amparo 1599/94 David Gonzáles, 13 de noviembre de 1995. unanimidad de votos Suprema Corte de Justicia De La Nación, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Pleno, Tomo II, diciembre de 1995, página 263.

3.7.2 DIFICULTAD DE VALORAR PRUEBAS.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el capítulo VII del título sexto, bajo la rúbrica "Del valor de las pruebas", sienta diversas normas de apreciación del material probatorio acerca de cuya trascendencia sólo basta decir que si bien su valoración debe hacerse de acuerdo con el expresado el artículo 402, este precepto no tiene un carácter absoluto, pues contiene una regla no muy específica como es la experiencia.

Artículo 402 *Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgado, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.*

A este respecto es preciso decir que la valorización de las pruebas aportadas en un juicio, cualquiera que sea su naturaleza, cuando por el conjunto de las actuaciones adquiere el juzgador convicción diversa de los hechos debatidos, ni jurídica ni racionalmente puede dejar de ser un elemento esencial en la elevada función de impartir justicia.

La valorización del resultado de la práctica de las pruebas, debe quedar al arbitrio del juzgador.

Es menester señalar que dentro del procedimiento las pruebas deben tener una carga, es decir la necesidad de desarrollar una determinada actividad, dentro del proceso, si se quiere obtener un resultado favorable, y supone el peligro de ser vencido, si no se obra con la atinencia necesaria, según las circunstancias del caso, por lo que la carga de la prueba representa el gravamen que recae sobre las partes de facilitar el material probatorio necesario al juez para formar su convicción sobre los hechos alegados por las mismas.

La carga de la prueba se concreta en la necesidad de observar una determinada diligencia en el proceso para evitar una resolución desfavorable. Constituye una facultad de las partes, que ejercitan en su propio interés, y no un deber.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contiene disposiciones precisas respecto a la distribución de la carga de la prueba. Según el artículo 281 explica:

Artículo 281. *Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones.*

Esto es que el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el demandado los de sus excepciones según lo establece el artículo 282:

Artículo 282. *El que niega sólo estará obligado a probar:*

I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;

II. Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

III. Cuando se desconozca la capacidad;

IV. Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción.

Sin embargo, los actos prejudiciales, como hemos mencionado, son realizados antes de entablar el inicio de un procedimiento, y sirven para garantizar un procedimiento de terminación incierta y en donde la falta de estos actos pueden traer consecuencias irreparables, de ahí la necesidad del juzgador de valorar las pruebas aportadas por los que entablarán un procedimiento.

El depósito de personas tiene elementos prioritarios y como ha quedado establecido la prueba idónea es la testimonial, sin embargo es común que se presenten a declarar personas que en la realidad no tengan conocimiento de los hechos y que aun protestados para que se conduzcan con verdad, testifiquen para favorecer a los intereses de la parte que los presenta como tal, de tal suerte que, siendo eminentemente circunstancias que apremian, se decrete el depósito sin tener pleno conocimiento de las acontecimientos reales en donde se demuestre la extrema necesidad del depósito o simplemente quieren sustraerse la mujer y los hijos con fines distintos a los que tutela la figura jurídica del depósito de persona. Los fines distintos pueden ser la sustracción de los menores para sacarlos de la ciudad o de el país, el impedir la convivencia de los hijos con el padre entre otros. De lo viciados que puedan estar los testigos se presenta una gran dificultad para que el Juez pueda valora correctamente.

3.8 OTRAS MEDIDAS PRECAUTORIAS QUE DEBEN ACOMPAÑAR AL DEPÓSITO DE PERSONA.

Las medidas precautorias son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.

Este es uno de los aspectos esenciales del proceso, ya que el plazo inevitable --que en la práctica llega a convertirse, frecuentemente, en una dilación a veces considerable por el enorme rezago que padecen nuestros tribunales--, por el cual se prolonga el procedimiento hasta la resolución definitiva de la controversia hace indispensable la utilización de estas medidas precautorias para evitar que se haga inútil la sentencia de fondo, y por el contrario, lograr que la misma tenga eficacia práctica.

Dichas medidas pueden tomarse tanto con anterioridad a la iniciación del proceso como durante toda la tramitación del mismo en tanto se dicta la sentencia firme que le ponga fin, o cuando termina definitivamente el juicio por alguna otra causa.

Las medidas cautelares en el juicio de divorcio contencioso, puede dividirse en dos clases: las que conciernen a la personas de los cónyuges y las que conciernen a la persona de sus hijos.

La primera medida consiste en separar a los cónyuges. Aunque aparentemente no presenta dificultad tanto de hecho como de derecho:

Cuando la esposa demanda el divorcio, habrá necesidad en algunos casos, de vencer la resistencia del marido que se lleve a cabo la separación, sobre todo si se trata de esposos irascibles, que acostumbran hacer gala del machismo y son capaces de llegar a medidas extremas, sea para impedir el divorcio o para que la esposa vaya a vivir lejos de ellos.

También se puede presentar el problema de que no haya personas que estén dispuestas a recibir en depósito a la mujer o que falte para el gasto de su sostenimiento.

En vista de esta dificultad y otras análogas a ellas, el propio Art.282 del Código Civil, en sus fracciones I, V, VI y VII da la facultad al juez para constituir el depósito judicial de la esposa, en los términos que previene el capítulo relativo al depósito de las personas como medio preparatorio del juicio, aunque en este caso ya se esté tramitando el divorcio.

Las medidas precautorias, en relación con los hijos, pueden darse en diversas situaciones: dentro de las medidas prejudiciales o por otros acontecimientos:

Dentro de las mediadas prejudiciales el artículo 207 de la ley procesal, previene que en la solicitud se deberá mencionar "la existencia de hijos" si los hay. Debe el juez, por lo tanto, decidir con quién quedan los hijos en custodia, y tomar las medidas pertinentes. El juez determinará la situación de los hijos, tomando en cuenta los elementos que señala el artículo 213 del Código de Procedimientos Civiles, el juez deberá tomar en cuenta las obligaciones del cónyuge hacia los hijos en materia de alimentos para su debido aseguramiento en términos de los artículos 303 y 311 Quater, y la propuesta del cónyuge para el cuidado de los hijos, propuesta que valorará el juez y resolverá lo conducente, según lo dispone el artículo 282 Fracción V y VI, del Código sustantivo. Cabe citar que los menores de doce años quedarán bajo el cuidado de la madre, si no hay inconveniente en términos Artículo 238 fracción V del Código en cita. Consecuentemente, el juzgador debe armonizar ambas disposiciones.

Otras situaciones pueden presentarse por conflictos que hagan necesaria la separación de los menores, situaciones previstas en la ley a saber: a) En relación a los padres y tutores por maltrato, porque reciban de éstos malos ejemplos, o sean obligados por ellos acometer actos reprobados por las leyes, en cuyo supuesto se tramitará en términos del artículo 939 del Código Adjetivo; b) en caso de violencia familiar también se tomarán en cuenta las medidas para la protección de los menores, dentro de las cuales está la separación de cualquier familiar que habite en el mismo techo (942 del Código de Procedimientos Civiles. y 323 Ter Código Civil.).

Cuando se trate de menores que no puedan estar con sus progenitores, deberán ser confiados a otra persona. Esta puede ser, por ejemplo en la relación paterno filial, el otro progenitor o los abuelos; en caso de imposibilidad siguiendo lo previsto por el artículo 904, fracción III del Código de Procedimientos Civiles, que considero aplicable por analogía por tratarse de tutor interino, es decir temporal, se confiará el menor a " persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a los que sean parientes o amigos del (menor) o de sus padres". Cuando la separación sea permanente y no hay quien ejerza la patria potestad, se nombrará tutor.

3.9 DURACIÓN DEL DEPÓSITO DE PERSONAS.

Siendo el depósito judicial de persona un acto eminentemente prejudicial y que no puede ser decretado en otro tiempo que no sea antes de dar inicio a un procedimiento civil, éste según el Código de procedimientos Civiles en su numeral 211, expone;

Artículo 211. *En la resolución se señalará el término de que dispondrá el solicitante para presentar la demanda o la acusación, que podrá ser hasta de quince días hábiles contados a partir del día siguiente de efectuada la separación. A juicio del Juez, podrá concederse por una sola vez una prórroga por igual término.*

Para señalar el término a que se refiere este artículo, el Juez analizará las circunstancias personales del solicitante, y en la misma resolución ordenará se notifique al otro cónyuge, a quien apercibirá en los términos previstos por el artículo 212, del código en cita, así mismo al solicitante lo apercibirá para que en caso de no presentar la demanda o querrela dentro del plazo que se le conceda, cesarán los efectos de la separación, así como que deberá de regresar al domicilio conyugal dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento de dicho plazo.

Sin embargo, para el caso que el cónyuge depositado si entable formal demanda o querrela contra su cónyuge, ésta surtirá efectos hasta que la sentencia la modifique, la extinga o la renueve según en tiempo que lo considere necesario.

Para el caso de la mujer que solicitó el acto prejudicial del depósito, y le fue otorgado, y en donde el juez le fijó un término de veinticuatro horas para el caso de vencido dicho plazo de denunciar o querrellarse sin que lo haya hecho, en este caso su cónyuge tendrá que solicitarle la reincorporación al domicilio conyugal y para el caso en que no se reincorpore, empezará a correr el término de seis meses para que éste pueda solicitar el divorcio, de la causal de los seis meses a que hace referencia el artículo 267, en su fracción VIII. Esto de acuerdo con la tesis jurisprudencial siguiente:

DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE DEPÓSITO JUDICIAL DECRETADO EN JUICIO ANTERIOR. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). *En los casos de depósito judicial de cualquiera de los cónyuges, decretado en un anterior juicio de divorcio, para que proceda la causal prevista en la fracción VI del artículo 454 del Código Civil del Estado de Puebla, la autoridad del orden común deba exigir la comprobación de que, con posterioridad a la separación forzosa, que se llevo a cabo de acuerdo con la ley, provocada por el anterior juicio de divorcio, se estableció nuevamente el hogar conyugal y se requirió al cónyuge abandonante a reincorporarse a él, ya que si no se probó la citada reincorporación, ni se hizo el aludido requerimiento a dicho cónyuge, no puede considerarse que este haya abandonado su domicilio conyugal.⁶⁸*

⁶⁸ Amparo directo 109/92. Asunción Reyna Jiménez Rojas. 1 de octubre de 1992. unanimidad de votos. Suprema Corte De Justicia De La Nación, Semanario Judicial de la Federación, octava Época, tribunales colegiados de circuito, Tomo XI- enero. página 246.

3.10 SEPARACIÓN DE PERSONAS COMO ACTO PREJUDICIAL.

El maestro Eduardo Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, cita a Escriche, diciendo que éste define en general el acto como " una acción, un hecho, una operación, una diligencia, un medio de obrar, un hecho, un procedimiento, ya de una autoridad o de un particular" ⁶⁹. Por lo que podemos definir al "Acto" desde el punto de vista procesal, como la acción o hecho emanado de un particular o del órgano jurisdiccional y que tiene como consecuencia inmediata, la preparación o definición de una relación procesal.

Respecto al concepto de prejudicial, el propio Eduardo Pallares, lo define como "La cuestión que debe de ser tratada y resuelta antes de lo principal" ⁷⁰

Por otro lado Carlos Arellano García, al referirse al concepto de lo prejudicial, señala " Lo prejudicial, lleva el prefijo pre, cuyo significado es el de una preposición inseparable que denota antelación, prioridad, anterioridad. Se refiere a lo que ocurre con anterioridad. Cuando el prefijo pre va vinculado a lo judicial, se alude a lo que ocurre antes del juicio, antes de lo que perteneciente a la justicia, antes de que inicie el proceso en el se hace desempeño de la función Jurisdiccional antes de que el juicio se inicie" ⁷¹

Como se puede observar de los conceptos transcritos se desprende que el procedimiento o acto prejudicial es la antesala de un procedimiento. Por consecuencia estimo que serán actos prejudiciales todos aquellos que se realicen con anterioridad de que se inicie el juicio.

Eduardo Pallares señala: "Actos prejudiciales, son las diligencias que se llevan a cabo para preparar debidamente el juicio...", y además el mismo autor sostiene " ...a los actos prejudiciales también se les llama actos preparatorios" ⁷²

De lo anterior se desprende que para dicho autor, el término prejudicial es sinónimo de preparatorio, lo cual considero equivoco, ya que en mi opinión, el acto preparatorio constituye uno de los tipos de actos prejudiciales, pero este no es lo mismo, respecto a los actos prejudiciales encontramos a los que tienen como finalidad primordial el garantizar la conservación de un derecho como el caso de las diligencias de consignación o el de garantizar el ejercicio del derecho que se tiene, como el caso de las providencias precautorias. Dicho de otra manera, el acto prejudicial es el género, mientras que el preparatorio es la especie, de lo anterior se desprende que los actos prejudiciales, son las acciones o conductas procedimentales que emanan de los particulares o de los órganos jurisdiccionales, antes de que el juicio principal sea entablado, y cuya finalidad es la de preparar, conservar o asegurar el ejercicio de un derecho.

69 Pallares. Ob. Cit. p. 60 y 61

70 *Ibidem*

71 Arellano García, Carlos, *Derecho procesal civil*, México, Editorial Porrúa, S. A. 1981, (2ª ed.), p. 11.

72 Pallares. Ob. Cit. p. 66.

El maestro Arellano García enuncia los fundamentos de los actos prejudiciales al decir:

Podemos afirmar que, el fundamento de los actos prejudiciales es doble: el fundamento inmediato está en una disposición legal que autoriza. El fundamento mediato está en una razón lógica que respalda su procedencia... si faltare el fundamento legal el promovente de los actos prejudiciales no conseguiría su objetivo. Si faltare el fundamento mediato, habría razón para que la disposición legal que autoriza el acto prejudicial se derogara.⁷³

Dado lo anterior, existen dos tipos de fundamento: el inmediato y el mediato; pero este autor no especifica cuáles son los preceptos legales que constituyen al primero ni tampoco da un ejemplo del segundo, ya que únicamente se concreta a citar la consecuencia que podía surgir si faltare alguno de los fundamentos.

Por lo que al hacer una revisión minuciosa de nuestro ordenamiento procesal civil, nos percatamos que el artículo 79 relativo a las actuaciones enuncia:

Artículo 79. Las resoluciones son:

II. Determinaciones que se ejecuten provisoriamente y que se llaman autos provisionales;

IV. Resoluciones que preparan el conocimiento y decisión del negocio ordenando admitiendo o desechando pruebas, y se llaman autos preparatorios;

Considero que este precepto, en las fracciones transcritas puede constituir entre otros, el fundamento inmediato a que hace referencia el Doctor Arellano García.

Para explicar nuestra anterior opinión, haremos referencia a lo manifestado por Rafael de Pina, que al dar el concepto de acto prejudicial señala:

Todos estos actos tienen como finalidad la preparación bien del juicio en general, bien de juicios determinados. Unos facilitan el correcto planteamiento de la cuestión del órgano jurisdiccional competente para resolver; otros tienden a la formación del órgano mismo; otros garantizan la libertad del demandante, otros aseguran la eficacia futura de las sentencias.⁷⁴

Por lo tanto nos atrevemos a sostener que el órgano jurisdiccional, fundándose en las fracciones II y IV del artículo 79, podrá dictar un auto provisional, que prevea a juicio con la finalidad de preparar, conservar o garantizar el ejercicio de un derecho, lo que viene a constituir un acto prejudicial.

Los actos prejudiciales pueden decretarse en dos etapas del procedimiento a saber:

⁷³ Arellano. *Ob. Cit.* p.13 y 14.

⁷⁴ De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de derecho*, México Editorial Porrúa, S.A., 1981, (10º ed.), p. 54

1º. Antes de entablar la demanda supuesto que la naturaleza jurídica de la providencia sería de un acto prejudicial.

2º. Con posterioridad a la presentación de la demanda, la naturaleza jurídica de la providencia, en este segundo caso, no sería la de un acto prejudicial sino de un acto judicial propiamente dicho, ya que las providencias se decretan dentro del juicio.

Como acto prejudicial, quien Intente demandar, denunciar o querrellarse contra su cónyuge, está facultado para solicitar la separación judicial.

A este respecto nuestro máximo tribunal ha votado y sancionado unánimemente la siguiente tesis de jurisprudencia:

SEPARACIÓN DE PERSONAS, CUANDO SE RECLAMA COMO ACTO PREJUDICIAL Y NO COMO ANTECEDENTE DEL JUICIO YA INSTAURADO, CONSTITUYE UN ACTO EMITIDO FUERA DE JUICIO IMPUGNABLE EN AMPARO INDIRECTO. Los actos prejudiciales son aquellos que anteceden o preceden al juicio; eso es, los que tienden a asegurar una situación de hecho o de derecho, con anterioridad a la presentación de la demanda y al establecimiento de la relación jurídica procesal. La separación de personas como acto prejudicial tiende o responde a la conveniencia de autorizar legalmente la separación material de los cónyuges cuando uno de éstos intente demandar, querrellarse o denunciar al otro, y también a la necesidad de proteger la persona e intereses de los hijos menores de edad y del cónyuge que promueva el depósito, en peligro por la situación de desavenencia surgida. Por tanto, la separación de personas como acto prejudicial no forma parte por sí sola y desde luego del futuro juicio, ni subsistencia o insubsistencia, eficacia o ineficacia dependerá de lo que en definitiva se resuelva en el juicio, pues éste al momento de decretarse la separación, constituye un acto futuro y de realización incierta.⁷⁵

3.11 DEFINICIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA

Etimológicamente las palabras "guardar" y "custodiar" proceden respectivamente, de la voz germana *wardon* que significa cuidar, y del latín *custos* derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también quiere decir cuidar.

⁷⁵ Revisión Amparo 1599/94 David Valderrama Gonzáles, 13 de noviembre de 1995. unanimidad de votos. Suprema Corte De Justicia De La Nación, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Pleno, Tomo II, diciembre de 1995, página 263.

Por "guarda de los hijos" se entiende en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia.

La figura de la guarda y custodia se encuentra implícita dentro de la patria potestad entendiéndose a ésta como: "Un conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados".⁷⁶

Es decir, "La patria potestad se encuentra integrada por diversos derechos deberes que tienen los padres: la guarda, la educación, la corrección, la vigilancia, la asistencia espiritual y material y la representación legal."⁷⁷ Esto lo establece el artículo 416 del Código Civil.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustenta en la tesis de jurisprudencia respecto de que:

*la existencia de la guarda material de la persona del hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor y constituye una prerrogativa de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades.*⁷⁶

Es de observarse que, al menos en su origen, esta figura implicaba la obligación de conservar en calidad de depósito la persona de los descendientes inmediatos conforme a instrucciones precisas.

En el Código Civil y en el Código de Procedimientos Civiles ambos para el Distrito Federal, quedan vestigios de que se daba a la guarda de hijos un carácter similar al de depósito judicial de persona, para fijar una nueva situación de ellos dentro del proceso correspondiente; pero ante las críticas que representaba, se consideró como una aberración jurídica considerar a las personas como cosas,

Por extensión se llama, además "guardador de hijos", a la condición de hecho en que se coloca aquella persona que acoge bajo su dependencia habitual a un menor sin que hubiese quien ejerza la patria potestad sobre él y no tenga designado tutor.

En esta última acepción se refiere a los menores que sin estar unidos por vínculos familiares o legales, se incorporan con carácter estable al núcleo familiar, manteniendo relaciones domésticas con el jefe del mismo, de suerte que éste viene a ejercer una potestad de hecho sobre el incapaz, que a su vez origina deberes genéricos, materiales y morales para con el que por cualquier causa, se halla bajo su cuidado y bajo su protección.

76 Belluscio Augusto, Cesar, *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1981, Tomo II, p. 237.

77 Lagomorsino A. R., Carlos & Salerao V., Marcelo. *Enciclopedia de derecho de familia*, Argentina, Editorial Universidad, 1992, Tomo II, p. 123

78 Amparo directo 4029/67. Apéndice al Semanario Judicial de la federación. febrero de 1969. Tercera Sala. Séptima Época., Informe del presidente de la Tercera Sala.

En algunas legislaciones, como el Código Civil Chileno, se reglamenta con el nombre de guarda a la tutela, y en otras, se le confunde con la llamada tutela de hecho o falsa, en la que el tutor, careciendo de título, actúa como tal, en cambio el Código Civil Colombiano, le atribuye obligaciones y responsabilidades del verdadero tutor, sin perjuicio de no comprometer al pupilo sino en cuanto sus actos reporten ventaja.

En forma similar nuestro orden legal habla de guarda y custodia, que deben entenderse como sinónimos pero que refieren exclusivamente al cuidado que los padres deben a los hijos de forma intensa y profunda por desprenderse de las relaciones paterno-filiales.

El derecho regula y reglamenta la guarda y custodia para un correcto ejercicio, no encontrando ningún problema cuando los padre viven juntos en un domicilio con sus hijos; por el contrario, el problema inicia cuando los padres están en un procedimiento de divorcio, separación de hecho o nulidad de matrimonio, porque a falta de acuerdo de los padres se tiene que otorgar judicialmente, según se desprende del artículo 283 del Código Civil.

La guarda y custodia de los menores que se otorga a uno de los padres, para el caso previsto en el artículo 282, Fracción V del Código Civil, correspondiéndole al otro, el vigilar que se lleve a cabo y se cumpla con la misma, facultad que se deriva de lo preceptuado en los artículos 285 y 416 del Código Civil, de ahí que radique la importancia de poder definirla.

Ahora bien, el concepto de guarda, contiene en algunas legislaciones dos nociones, por un lado está, "El derecho de tenencia o retención del menor, y por otro lado, la constatación en virtud de la cual la educación de un menor parece inseparable de la presencia cercana de el que deba ocupar la tenencia del menor."⁷⁹

De esta definición, se puede advertir que el derecho de tenencia y de retención son sumamente importantes y en algunos casos los menores son considerados verdadero "Botín", en donde la autoridad está limitada para hacer cumplir plenamente su resolución.

Por lo que respecta a la figura de la tenencia en el derecho argentino: "Esta importa un desmembramiento del ejercicio de la patria potestad en cuanto a la atribución de algunas de las facultades y deberes que comprende aquella, sujeta a la vigilancia o contralor de quien ostenta el ejercicio de la patria potestad."⁸⁰

La tenencia contiene una serie de elementos que se traducen en los derechos funciones, que a su vez contienen las obligaciones y derechos que tiene el padre que la ejerce con relación a sus hijos, tales como el criarlos, vivir en un mismo hogar, alimentarlos, vestirlos, educarlos, proveerles instrucción, y las limitaciones y deberes inherentes a los hijos. Esto le corresponde a uno sólo de los padres después de la disolución del vínculo matrimonial y, al otro le corresponde la vigilancia de que éste cumpla con esta obligación, por lo que la tenencia del menor es el elemento material de la guarda, que como se ha mencionado consiste la tenencia principalmente, en tener consigo al menor que se halla bajo la guarda y custodia, sujetos al conjunto de derechos, deberes y obligaciones de la patria potestad.

79 López del Carril, Julio J. *Op. cit.*, p. 280 y 281.

80 *Ibidem*.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La tenencia señala Julio López del Carril, tiene dos etapas a saber, en primer lugar, la tenencia provisoria y; la segunda mal llamada definitiva.

La definitiva no es tal, porque el principio de la tenencia es su transitoriedad. Es que se halla sujeta a su modificación cuando el principio fundamental en materia de tenencia es el "interés del menor", que así lo aconseje. Toda decisión no causa estado.⁸¹

Aplicando a nuestro derecho, esto último, podemos ver que el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles manifiesta:

Artículo 94. Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción.

Por lo que el tema de la tenencia resulta de suma importancia para nuestro estudio, ya que en el existe un elemento superior que es el velar por los intereses que como persona tiene el menor y que el derecho tutela.

Dado lo anterior podemos decir que existen diversos tipos de guarda a saber: a) La guarda originaria, que corresponde a los padres; b) La derivada, ésta surge de la ley y la ejerce quien cumple con los requisitos para tener la tutela de un menor; c) Delegada, ésta es la que los padres dejan a otro individuo, desmembrada de la patria potestad, para la educación del menor; d. La de hecho, en la que los progenitores no la otorgan, pero una persona por propia decisión la toma, por lo que adquiere las obligaciones como la delegada.

Una vez señaladas las formas en que la guarda se origina, la que nos atañe para nuestro estudio es la guarda derivada, y puede ser judicial o administrativa. La judicial la otorga un Juez de lo Familiar, en virtud de sus facultades jurisdiccionales que la ley le confieren, para el caso de atribuir la guarda a uno de los padres separados.

El derecho de guarda de hijos resulta, por tanto, una función especial cuya esencia reside en potestades y deberes correlativos que confiere la naturaleza dentro del compromiso humanístico de solidaridad social, o la ley al poner en mano de personas extrañas a los padres, la persona de sus vástagos en forma inmediata, temporal, confidencial y restituible.

Cabría clasificar la guarda de los hijos como, general y especial, según se derive del ejercicio de una facultad natural o legal que imponga al titular la obligación de custodiarlos, o porque derive del mandato expreso conferido por el titular del derecho para establecer dicha custodia eventualmente. En el primer caso, estaremos en presencia de una atención ilimitada, mientras que en el segundo caso, el control de la guarda es restringirla a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada.

81. *Ibidem*, p. 282.

No obstante, la persona que ejerce la guarda siempre deberá actuar con plenitud de facultades en el ejercicio de sus derechos y obligaciones, mientras no le sean expresamente prohibidas por quien le confirió el cargo o por la ley.

Así mismo, existen en la guarda otras divisiones, las cuales pueden ser la provisional y la definitiva, conforme al lapso que dure la guarda, la natural o judicial y, la única o múltiple que no requieren explicación.

El medio usual de constituir la guarda de los hijos, es la de hacer constar por escrito en un convenio homologado ante el Juez de lo Familiar por vía de jurisdicción voluntaria, de forma incidental o en un juicio de controversia del orden familiar, en el que intervendrá necesariamente el Ministerio Público para el caso de menores. Esta forma se sugiere en diversas disposiciones legales que facultan a los padres con anticipación a la decisión judicial para convenir sobre la custodia de los hijos, sobre todo cuando se trata de hijos habidos fuera de matrimonio, y uno de los padre que va a separarse la solicita.

La guarda de los hijos se constituye desde que se establece por los interesados la patria potestad o la tutela si su ejercicio exclusivo depende de ellas; pero bien puede ser instituida por el Juez de lo Familiar en los casos de procedimientos de divorcio o de nulidad de matrimonio, por ejemplo.

La guarda puede ser modificada de común acuerdo por los padres o por el juez, según se generen nuevas circunstancias que así lo reclamen, según lo dispone el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles.

La guarda se extingue por muerte de los afectados, por vencimiento del plazo prefijado; por haber concluido el ejercicio de la patria potestad o tutela que le dio origen y, por resolución judicial dictada, y en la cual se acredite la inconveniencia de la medida.

Nuestro Código Civil se refiere a la guarda o custodia de los hijos o incapaces en las siguientes disposiciones:

En el artículo 259 del Código Civil, a propósito de los efectos de la sentencia de nulidad de matrimonio, cuando se deja a los progenitores la posibilidad de proponer el cuidado y la custodia de los hijos; de no tener acuerdo entre ellos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso.

En el artículo 273, cuando en el divorcio voluntario por vía judicial, en el convenio respectivo se hace designación de persona que se haga cargo de los hijos;

En el artículo 378, cuando faculta a la persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de niño y que ha satisfecho posesión de estado, para no entregar al niño a su cuidado sino por sentencia ejecutoria;

En el artículo 380, cuando previene la facultad judicial de resolver si el padre y la madre, que vivan separados, no se ponen de acuerdo sobre cual de los dos ejercerá la guarda y custodia siempre que hubieren reconocido al hijo al mismo tiempo;

En el artículo 381, cuando admite el derecho de los padres para ejercer la custodia, conforme al orden del reconocimiento del hijo;

En el artículo 413, cuando indica que el ejercicio de la patria potestad se sujeta en cuanto a la guarda de menores, a las modalidades precisadas con anterioridad;

En el artículo 423, cuando faculta a los que ejercen la patria potestad para corregir a los hijos bajo su custodia;

En el artículo 444, cuando fija como causa de la pérdida de la patria potestad, la exposición o el abandono que hagan los padres de sus hijos, relacionado con el artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles, que dispone el depósito de los referidos menores en la vía de jurisdicción voluntaria;

En el artículo 1922, cuando dispone que ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

3.12 COMPARACIÓN Y DIFERENCIA ENTRE DEPÓSITO DE PERSONA, GUARDA Y CUSTODIA

Como hemos visto en los puntos que anteceden el depósito de persona y la guarda y custodia, tienen un fin común que es la protección de las personas por parte de un órgano del Estado, instituciones o personas encargados para ello y sólo por tiempo determinado.

El depósito de persona tiene por objeto el hacer valer una medida provisional pertinente, según lo establecen los artículos 282 del Código Civil y 65, fracción III párrafo sexto, del Código de Procedimientos Civiles. Este último precepto dispone: "Las primeras diligencias en materia de depósito de personas y demás cuestiones de derecho familiar, o cualquiera otras que, a juicio del Juez, fueren de índole tan perentoria y urgente que su dilación dé motivo fundado para temer que se causen perjuicios a los interesados, podrán acordarse y en su caso proceder a la ejecución que se ordene por cualquiera de los Jueces ante quien se solicite.", (esto es, antes o al iniciar el juicio de divorcio.)

El depósito de persona contiene una limitación a uno de los cónyuges, traduciéndose esta por lo dispuesto en el artículo 282 fracción VII, que es "La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como, las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar...". Este precepto salvaguarda los intereses de la persona depositada teniendo su entera capacidad para manifestar voluntad libremente y hacer una vida normal con su familia, sin que quede sujeta al cuidado de persona cierta.

El depósito de personas concluye por diversas causas como son, la muerte de la persona que está bajo depósito, la no interposición de demanda de divorcio, por sentencia de divorcio, por adopción, y por determinación judicial.

Por otro lado, la guarda y custodia se inicia por una controversia la cual puede ser alimentaria, de divorcio (excepto en caso de divorcio voluntario), o de actos de violencia intra familiar, teniendo como fin primordial el proteger los intereses del individuo, para lo cual, se designará cuál de los progenitores es el más apto para desempeñar la guarda y custodia, pudiendo ser también, un tercero.

Dentro del ejercicio de la guarda y custodia que tiene uno de los padres, éste puede sustraer o no a los menores, es decir, para el caso de cambiar el lugar que sirve de domicilio, sin afectar que ambos progenitores sigan sujetos a cumplir con los deberes que derivan de la patria potestad, aun cuando uno de ellos no ejerza la guarda y custodia de los hijos, principio consagrado por el artículo 417 del Código Civil.

La guarda y custodia por su parte, resulta también temporal, siempre que se ajuste a los supuestos previstos en los artículos 416 del Código Civil y 94 del Código de Procedimientos Civiles.

3.13 LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE DEPÓSITO DE PERSONA.

Me permito hacer una serie de propuestas para reformar el actual Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,

a. Como primer punto propongo que desaparezca el depósito de persona de nuestro actual Código de procedimientos civiles vigente para el Distrito Federal, dado que esta figura jurídica se encuentra en nuestra legislación como letra muerta al no tener aplicación real. Aunado a que atenta contra la dignidad de las personas, principalmente de las mujeres y de los hijos.

b. Una vez derogada la figura del depósito de personas, queda la separación de personas como acto prejudicial que cumple con las expectativas que en un principio tenía el depósito de persona.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo tanto la guarda de los hijos resultará una función especial cuya esencia reside en potestades y deberes correlativos que confiere la ley al poner en manos de personas extrañas a los padres, las personas de sus vástagos en forma inmediata, temporal, confidencial y restituible. Por lo que la guarda ya sea general o especial, según derive del ejercicio de una facultad natural o legal que impone al titular la obligación de custodiarlos, o porque derive del mandato expreso conferido por el titular del derecho para establecer dicha custodia eventualmente.

Para el primero de estos casos estaremos en presencia de una atención ilimitada, mientras que la segunda el control se restringe a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada, dicha guarda deberá ser la sustituida de la figura del depósito de persona, y la guarda y custodia buscará protegerlos física y espiritualmente y procurar en la satisfacción de todas sus necesidades.

Sin embargo, la sola determinación de sacar la figura del depósito de persona, no tiene fuerza para cambiar la conducta individual o social, por lo que la norma fundamental es educativa, tendiente a lograr la aceptación de las personas para evitar las medidas coercitivas. Estas medidas coercitivas se podrán evitar en la medida en que se promuevan programas educativos para evitar el maltrato familiar, esto no solamente entre los niños sino también entre los padres y familiares.

Fomentar campañas publicitarias encaminadas a sensibilizar y a concienciar a la población cómo prevenir y combatir la violencia tanto física como moral que se da dentro del núcleo familiar. Promover acciones y programas de protección social a los receptores del maltrato familiar.

Promover se proporcione debida atención a los agredidos, y rehabilitar a los agresores, en las diversas instituciones que consigna la ley.

Como se puede observar la legislación debe crear una nueva cultura familiar, enfrentando el problema que hoy se presenta como uno de los más graves, y que lleva a una verdadera desintegración familiar.

c. Con relación al depósito de los menores considero que esta figura al desaparecer podrá cumplir con estas expectativas la guarda y custodia, misma que como hemos visto se encuentra en vigencia y su aplicación es correcta.

Las modificaciones a los artículos podrán ser de la siguiente manera:

Del capítulo II, De las actuaciones y resoluciones judiciales;

Artículo 65, los tribunales tendrán una oficialía de partes común y su propia oficialía de partes

La primera de estas tendrá las siguientes atribuciones

III ... párrafo sexto; las primeras diligencias en materia de separación de personas como acto prejudicial, guarda y custodia de menores, violencia familiar y demás cuestiones de derecho familiar, o cualquier otras que, a juicio del juez, fueren de índole tan perentoria y urgente que su dilación dé motivo fundado para temer que se causen perjuicios a los interesados, podrán acordarse y en su caso proceder a la ejecución que se ordene por cualquiera de los jueces ante quienes lo soliciten...

Del capítulo IV, De la adopción;

Artículo 932, El que pretenda adoptar deberá acreditar los requisitos señalados por el artículo 390 del Código Civil, debiéndose observar lo siguiente:

III " Si hubiere transcurrido menos de seis meses de la exposición o abandono, se decretará la guarda y custodia de quien se pretenda adoptar con el presunto adoptante, entre tanto se consuma dicho plazo."

Del capítulo VII, Disposiciones relativas a otros actos de jurisdicción voluntaria.

Artículo 939, "Podrá decretarse la guarda y custodia: de menores o incapacitados que se hallen sujetos a la patria potestad o a tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores. o reciban de éstos ejemplos perniciosos, a juicio del juez, o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes; de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren....

Del título decimosexto, De las controversias del orden familiar, en su capítulo único.

Artículo 953, " la recusación no podrá impedir que el juez adopte las medidas provisionales sobre los actos prejudiciales, alimentos y guarda y custodia de menores"

CONCLUSIONES.

- PRIMERA. El depósito de persona es una institución aplicable cuando algunos de los miembros del núcleo familiar se encuentra en peligro físico o emocional, producido por otro miembro de la misma familia, y donde predomina la niña. Injurias, vejaciones malos tratos, y se hace imprescindible el resguardo de la persona.
- SEGUNDA. Históricamente el depósito de persona nace con los malos tratos de un cónyuge hacia el otro, y por la necesidad de salvaguardar la consorte que, dada su condición humana, necesita protección, misma que es proporcionada por el Estado mediante dicha figura.
- TERCERA. El depósito de persona en el derecho Romano se aplica como una sanción a la mujer que ha cometido adulterio, ampliándose posteriormente al otro consorte.
- CUARTA. El depósito de persona significa no tanto la residencia, sino el hecho real de que la persona ha quedado en un lugar determinado, y el depositario es responsable de la honestidad de la casa donde se haya la persona depositada, pero no puede ejercer sobre ella ninguna responsabilidad, ni tan siquiera se le puede dar el nombramiento de depositario, por respeto a la dignidad humana.
- QUINTA. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal acepta el depósito de persona para los casos en donde la mujer pretenda divorciarse, querellarse en contra de su marido, los menores o incapacitados fuesen maltratados o reciban ejemplos perniciosos por sus padres o tutores, huérfanos o incapacitados que queden abandonados por muerte o ausencia, así como los menores de edad que deseen contraer matrimonio y necesiten suplir el consentimiento de los padres.
- SEXTA. En algunas entidades federativas se regula el depósito de persona en los Códigos Civiles tal es el caso de Tabasco, Estado de México, Nuevo León y Baja California, en donde se prevé el depósito de la mujer casada. Los Códigos de Procedimientos Civiles de la mayoría de las entidades federativas regulan el depósito de persona, como acto prejudicial para el caso de divorcio denuncia o querrela y como jurisdicción voluntaria para los casos de menores incapacitados que se hayan sujetos a patria potestad o a tutela y que sean maltratados, se trate de huérfanos abandonados y menor de edad que pretenda contraer matrimonio y requiere de consentimiento.

- SÉPTIMA.** El depósito de persona una figura jurídica que ha caído en desuso dada la falta de conocimiento que se tiene sobre ella.
- OCTAVA.** El depósito de persona afecta directamente la dignidad humana pues es para las cosas, no así las personas que no pueden ser objeto de depósito.
- NOVENA.** Siendo las sevicias, los malos tratos, las vejaciones una constante en nuestra sociedad, los integrantes de la familia deber seguir siendo protegidos por el Estado, por lo que la figura que esta acorde para suplir al depósito de persona es la separación o la guarda y custodia que en los términos que el depósito de persona se encuentra contemplado en el Código de Procedimientos Civiles.
- DÉCIMA.** Nuestro ordenamiento legal debe cumplir con las necesidades de nuestra actual sociedad por lo que debe ser modificado en algunos de sus preceptos para darle vigencia a lo preceptuado, quedando en lugar de depósito de persona (respecto de menores), la figura jurídica de la separación, o Guarda y Custodia esta última tratándose de menores de edad, como a quedado plasmado a lo largo de la investigación se encuentra en vigencia y su aplicación es correcta.

DÉCIMA PRIMERA. Me permito hacer una serie de propuestas para reformar el actual Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,

Propongo que desaparezca el depósito de persona de nuestro actual Código de procedimientos civiles vigente para el Distrito Federal, dado que esta figura jurídica se encuentra en nuestra legislación como letra muerta al no tener aplicación real. Aunado a que atenta contra la dignidad de las personas, principalmente de las mujeres y de los hijos.

DÉCIMA SEGUNDA. Una vez derogada la figura del depósito de personas, queda la separación de personas como acto prejudicial que cumple con las expectativas que en un principio tenía el depósito de persona.

Con relación al depósito de los menores considero que esta figura al desaparecer podrá cumplir con estas expectativas la guarda y custodia, misma que como hemos visto se encuentra en vigencia y su aplicación es correcta.

Las modificaciones a los artículos de la legislación civil adjetiva podrán ser de la siguiente manera:

Del capítulo II, De las actuaciones y resoluciones judiciales;

Artículo 65, los tribunales tendrán una oficialia de partes común y su propia oficialia de partes

La primera de estas tendrá las siguientes atribuciones

III ... párrafo sexto; las primeras diligencias en materia de separación de personas como acto prejudicial, guarda y custodia de menores, violencia familiar y demás cuestiones de derecho familiar, o cualquier otras que, a juicio del juez, fueren de índole tan perentoria y urgente que su dilación dé motivo fundado para temer que se causen perjuicios a los interesados, podrán acordarse y en su caso proceder a la ejecución que se ordene por cualquiera de los jueces ante quienes lo soliciten...

Del capítulo IV, De la adopción;

Artículo 932, El que pretenda adoptar deberá acreditar los requisitos señalados por el artículo 390 del Código Civil, debiéndose observar lo siguiente:

III Si hubiere transcurrido menos de seis meses de la exposición o abandono, se decretará la guarda y custodia de quien se pretenda adoptar con el presunto adoptante, entre tanto se consuma dicho plazo.

Del capítulo VII, Disposiciones relativas a otros actos de jurisdicción voluntaria

Artículo 939, Podrá decretarse la guarda y custodia: de menores o incapacitados que se hallen sujetos a la patria potestad o a tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores, o reciban de éstos ejemplos perniciosos, a juicio del juez, o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes; de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren....

Del título decimosexto, De las controversias del orden familiar, en su capítulo único

Artículo 953, La recusación no podrá impedir que el juez adopte las medidas provisionales sobre los actos prejudiciales, alimentos y guarda y custodia de menores

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO GARCÍA, Carlos, Derecho procesal civil, México, Editorial Porrúa. S. A., 1981, (2ª ed).

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUEN ROSTRO Báez Rosalla, Derecho civil introducción y personas, México, Editorial Harla, 1995.

BELLUSCIO AUGUSTO, Cesar, Manual de derecho de familia, Buenos aires Argentina. Editorial Depalma, 1981, Tomo II.

BONNECASE, Julián, Elementos de derecho civil, México, Editorial Cárdenas, Traductor José María Cajica Jr., 1985.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Y. Hernández Barros, Julio A., La violencia intra familiar en la legislación mexicana, México, Editorial Porrúa, 1999.

DE IBARROLA, Antonio, Derecho de familia, México, Editorial Porrúa S.A. 1993, (4ª ed.).

DE PINA VARA, Rafael, Castillo Larrañaga José, Instituciones de derecho procesal civil, México, Editorial Porrúa S. A., 1985.

DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, Editorial Porrúa S. A., 1963 (3ª ed.).

DE PINA, Rafael, Diccionario de derecho mexicano, México, Editorial Porrúa S.A., 1981, (10ª ed.).

Diccionario para juristas, Mayo Ediciones, , Volumen 1, México, 1989, Tomo III.

Enciclopedia jurídica omeba., tomo VII.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho civil parte general personas. familia, México, Editorial Porrúa, 1999, (18ª ed.).

IGLESIAS Juan, Derecho romano instituciones de derecho privado, Barcelona. España, Editorial Ariel S. A., 1979, (6ª ed.).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LAGOMORSINO A. R. Carlos, Juicios de divorcio procesos civiles, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abelardo Perrot, 1983.

LAGOMORSINO A. R. Carlos, Salereo V. Marcelo, Enciclopedia de derecho de familia, Argentina, Editorial Universidad, 1992.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, Derecho de familia, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abelardo Perrot, 1980.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de derecho civil, Atributos de las Personas, México, Editorial Porrúa S. A., 1985, Tomo III.

MARGADANT, F. Guillermo, Derecho privado romano, México, Editorial Porrúa S. A., 1990.

MAZEAUD, Henri Léon, & Juan Mazeaud, Lecciones de derecho civil, Volumen III, La familia, Organización de la Familia Disolución y Disgregación de la Familia, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa América, 1959.

MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, México, Editorial Porrúa S. A., 1990.

MOTO SALAZAR, Efraín, Elementos de derecho civil, México, Editorial Porrúa S. A., 1996, (41ª ed.).

Nueva enciclopedia jurídica española, Barcelona España 1992, Tomo X.

OLA MENDI TORRES Patricia, Compiladora, La lucha contra la violencia, Legislación, Política Públicas y Compromisos de México, Publicaciones UNIFEM., 1997.

PALLARES, Eduardo, Diccionario de derecho procesal civil, México, Editorial Porrúa, 1996, (25ª ed.).

PENICHE LÓPEZ, Edgardo, Introducción al derecho y lecciones de derecho civil, México, Editorial Porrúa, 1995.

PÉREZ DUARTE, Alicia, Derecho de familia, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, Colección Popular 503, 1995.

PETIT, Eugene, Tratado elemental de derecho romano, Digesto ley 1, 9ª Edición, Madrid, Editorial Saturnino Calleja, 1978.

PLANIOL Marcel, & RIPERT George, Tratado elemental de derecho civil, Divorcio, Filiación e Incapacitados, traducción José Mª Cajica Jr. México, Editorial Cárdenas, 1991, Tomo 1, (2ª ed.).

PLANIOL Marcel, & RIPERT George, Tratado elemental de derecho civil, Introducción, Familia, Matrimonio, traducción José M^o Cajica Jr., México, Editorial Cárdenas, 1991, Tomo II, (2^a ed.).

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho mexicano, derecho de familia, México, Editorial Porrúa S. A., 1993, Tomo II.

RUIZ FERNÁNDEZ, Eduardo, El divorcio en roma, Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid España, 1992, (2^a ed.).

SOTO ÁLVAREZ, Clemente, Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil, México, Editorial Limusa, 1975.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el estado Libre y Soberano de Baja California.

Código de Derecho Canónico.

Código Civil para el Distrito Federal,

Código Civil para el estado Libre y Soberano de Estado de México.

Código Civil para el estado Libre y Soberano de Hidalgo.

Código Civil para el estado Libre y Soberano de Nuevo León.

Código Civil para el estado Libre y Soberano de Tabasco.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Baja California.

Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Campeche.

Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Coahuila.

Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Chiapas.

Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Durango.

Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Estado de México.

Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Guerrero.

Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Hidalgo.

Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Jalisco.

Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Michoacán.
Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Morelos.
Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Nayarit.
Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Nuevo León.
Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Oaxaca.
Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Puebla.
Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Querétaro.
Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Tabasco.
Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Tamaulipas.
Código de Procedimientos Civiles del estado Libre y Soberano de Yucatán.