



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

---

---

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
“ARAGÓN”

“PROBLEMÁTICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y SUS  
EFECTOS JURÍDICOS DURANTE Y DESPUÉS DEL  
DIVORCIO NECESARIO EN EL DISTRITO FEDERAL”

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A :**  
**LETICIA OSORIO GONZÁLEZ**

**ASESOR: LIC. ALEJANDRO ARTURO RANGEL CANSINO**



**MÉXICO**

**2006**



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.

# *Agradecimientos*

*A Dios, por permitirme existir  
y darme la oportunidad de  
ser madre y Profesionista.*

*A la memoria de mi Papá  
Nicolás Isauro Osorio, por su infinito amor,  
ejemplo y por su esfuerzo para darme un camino  
de bien, a quién le brindo mis triunfos. Y por que su  
esencia siempre está en nuestra familia.*

*A mi Mamá Salustia González, por darme la  
vida, por su amor, sus desvelos, sus oraciones y por el  
apoyo que siempre me brindo en mis días de estudiante.*

*A mi esposo Javier Dionicio Trujillo  
con gran admiración por su paciencia, ayuda,  
comprensión y amor, durante mis estudios, a  
quien también le debo haber llegado a esta meta.*

*A mis hijos Yara y Oswaldo, por que son la luz de  
mi camino y por que siempre me brindan una sonrisa  
de aliento, para luchar por ser mejor.*

*A mis suegros Mary y Eustacio, por su  
apoyo y su cariño incondicional, por que en los  
momentos más difíciles siempre han estado presentes.*

*Con cariño a mis hermanos:  
Mario, Rocío, Benjamín, Marisol,  
Lucina, Armando y Vero.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México  
en especial a la FES Aragón, por haberme  
dado la oportunidad de estudiar y capacitarme en  
la carrera de Licenciado en Derecho.*

*A mi Asesor,  
Lic. Alejandro A. Rangel Cansino  
por su valiosa colaboración al dirigirme  
este trabajo de Tesis.*

*A los Profesores,  
Lic. Eduardo Tepalt, Lic. Alejandro A. Rangel,  
Lic. Laura Vázquez, Lic. Javier Arpeitia y  
Lic. Alejandro Corral, por su tiempo  
al revisar este trabajo de Tesis.*

# PROBLEMÁTICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y SUS EFECTOS JURÍDICOS DURANTE Y DESPUÉS DEL DIVORCIO NECESARIO EN EL DISTRITO FEDERAL.

INTRODUCCIÓN . . . . .	I
------------------------	---

## CAPÍTULO I LA FAMILIA

1.1 Concepto de familia . . . . .	2
1.1.1 Concepto Etimológico . . . . .	5
1.1.2 Concepto Biológico . . . . .	5
1.1.3 Concepto Sociológico . . . . .	6
1.1.4 Concepto Jurídico . . . . .	7
1.2 Evolución de la familia . . . . .	9
1.3 Naturaleza Jurídica de la familia . . . . .	13
1.4 Clasificación de la familia . . . . .	15
1.4.1 Clases de la familia . . . . .	17
1.4.2 Familia de derecho y familia de hecho . . . . .	19
1.5 Estructuras familiares en México . . . . .	19
1.6 Importancia de la familia . . . . .	23
1.7 El Derecho de la familia . . . . .	23
1.7.1 Naturaleza Jurídica del derecho de familia . . . . .	25
1.7.2 Autonomía del derecho de familia . . . . .	27
1.7.3 Características del Derecho de familia . . . . .	29
1.7.4 Instituciones del derecho de familia . . . . .	30
1.7.5 Contenido del Derecho de familia . . . . .	31
1.7.6 Definición y personalidad jurídica de la familia . . . . .	32
1.7.6.1 La unidad familiar . . . . .	33

1.7.7 Estado de familia . . . . .	34
1.8 Los derechos de la familia . . . . .	36
1.8.1 Los deberes familiares . . . . .	38
1.8.2 Renuncia de los derechos familiares . . . . .	38

## **CAPÍTULO II**

### **EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO**

2.1 Concepto de matrimonio . . . . .	40
2.1.1 Concepto Etimológico . . . . .	40
2.1.2 Concepto Canónico . . . . .	43
2.1.3 Concepto Sociológico . . . . .	46
2.1.4 Definiciones de matrimonio . . . . .	47
2.2 Naturaleza jurídica del matrimonio . . . . .	48
2.3 Evolución del matrimonio . . . . .	53
2.4 El matrimonio en México . . . . .	58
2.4.1 Requisitos para contraer matrimonio en el Distrito Federal . . . . .	59
2.4.1.1 Requisitos de fondo . . . . .	59
2.4.1.2 Requisitos de forma . . . . .	65
2.5 Efectos en cuanto a los bienes . . . . .	70
2.5.1 Regimenes patrimoniales . . . . .	72
2.6 Efectos en cuanto a los hijos . . . . .	75
2.7 Extinción del matrimonio . . . . .	76
2.7.1 Concepto de divorcio . . . . .	76
2.7.2 Antecedentes del divorcio . . . . .	78
2.8 El divorcio en México . . . . .	85
2.8.1 Formas de divorciarse . . . . .	90
2.8.1.1 Divorcio Administrativo . . . . .	90
2.8.1.2 Divorcio voluntario . . . . .	91
2.8.1.3 Divorcio Necesario . . . . .	93

2.8.1.4 La extinción de la acción de divorcio . . . . .	98
2.9 Efectos durante el procedimiento del divorcio . . . . .	98
2.10 Efectos jurídicos del divorcio . . . . .	99

### **CAPITULO III**

## **LA GUARDA Y CUSTODIA Y SUS EFECTOS JURÍDICOS DE PADRES DIVORCIADOS**

3.1 Concepto de la Patria Potestad . . . . .	104
3.1.1 Sujetos activos y pasivos de la Patria Potestad . . . . .	108
3.2 Concepto de Guarda y Custodia . . . . .	110
3.3 Su regulación en el Código Civil para el Distrito Federal . . . . .	111
3.4 Problemas de la Guarda y Custodia en relación a los hijos y a los padres . . . . .	116
3.5 Problemas de incumplimiento . . . . .	122
3.6 La Autoridad judicial familiar y su indiferencia ante las consecuencias . . . . .	127
3.7 El Ministerio Público . . . . .	128
Propuestas . . . . .	129
Conclusiones . . . . .	133
Bibliografía . . . . .	136

## INTRODUCCIÓN

Una relación de pareja se finca en el amor y en el compromiso, en la tolerancia mutua, en la satisfacción sexual, etc. Dada la importancia que tiene la familia en nuestra sociedad como base principal de la misma, es primordial conservarla; observando las obligaciones y derechos que de ella emanan. Por tal motivo en nuestro primer capítulo abordamos las distintas acepciones que le han dado a la misma y su evolución desde sus inicios hasta la actualidad.

En el desempeño de la relación matrimonial existen, además, otros componentes que si se varían o alteran, pueden concluir en una separación.

En nuestro segundo capítulo nos avocamos a hablar del matrimonio, sus antecedentes y su evolución desde que comienza a surgir dicha institución hasta nuestros días. Y tomando en consideración que es la institución jurídica más importante del derecho de familia y el cual se puede definir como un acto jurídico por el cual un hombre y una mujer establecen una unión voluntaria que la ley protege y que no se puede romper a voluntad por cualquiera de las partes si no bajo las condiciones y preceptos que marca la propia ley. Así mismo es importante destacar que cuando comienzan a surgir las desavenencias dentro del matrimonio se empieza a fracturar la estructura del núcleo familiar hasta llegar a otra etapa importante el Divorcio.

Por regla general un divorcio es nocivo porque devuelve a los cónyuges a su soledad inicial, pero bajo el signo del fracaso, y porque produce un estado de indefensión de los hijos, a quienes se les priva de cuidados, atención y cariño de sus progenitores. La amargura de los padres, además, puede envenenar a los hijos hasta hacerles disminuir el respeto que sienten por ellos.

Muchos matrimonios, cuando la pareja ya no mantiene una comunicación y respeto mutuos, pueden caer en la indiferencia, el egoísmo y la anarquía, que traen como consecuencia graves daños a la familia, especialmente a los hijos. Como efecto inmediato de dicha conducta, la pareja puede presentar cuadros de agresión personal, ya sea física o moral. Ante el evidente alejamiento afectivo de una o las dos partes, debe admitirse que la pareja está en la presencia de un divorcio de hecho, mas no de derecho.

Las parejas que viven juntas sin ningún lazo de afecto, comunicación o entendimiento, viven divorciadas en su vida diaria, aunque no tengan un papel que les identifique como tales. Esta calidad la tienen desde el momento en que no pueden integrarse y mantener vivo el vínculo familiar, y desde que han fracasado en su compromiso de mantener unida a la pareja; sin embargo, no toda separación es en sí negativa: la separación es en muchos casos benéfica para la pareja y para toda la familia. Una separación a tiempo, razonada y razonable, puede mantener la relación de los padres en un espacio sano y adecuado para el desarrollo de los hijos, para que éstos entiendan y analicen que los padres adoptaron dicha determinación como solución a sus conflictos personales, sin que ello signifique menoscabar el cariño y afecto hacia ellos ni que tal separación concluya en divorcio.

En el tercer capítulo abordamos la problemática de la Guarda y Custodia surgida durante y después del divorcio necesario con respecto a los hijos así como los cambios que surgen entre los cónyuges desde que inician las desavenencias hasta que terminan; toda vez que se crea una alteración psicológica para todo el núcleo familiar; principalmente en los menores de edad toda vez que ellos son los primeros en resentir las consecuencias de dichos problemas; asimismo se vuelve más difícil cuando sus padres se separan y comienzan el trámite del divorcio y no pueden ponerse de acuerdo en cuanto a las visitas de los menores o cuando éstas son irregulares o se incumple con la sentencia pronunciada por el Juez Familiar y dejan de ver a cualquiera de sus padres o familiares con quien ellos estaban acostumbrados a convivir.

No olvidemos que el núcleo familiar ya está desintegrado con la separación de los padres, sin importar si el padre o la madre tienen la guarda o custodia de los menores, o cual de ellos ha sido el más culpable.

Es incuestionable que el medio influye de modo notable en el desarrollo de los hijos y en su propia conducta. Un hogar que sólo ofrece a sus miembros situaciones de conducta irregular, de desavenencia, conflictos y problemas diversos, en realidad no ofrece alternativas adecuadas para su mejor desenvolvimiento. Los hijos de familias conflictivas se encontrarán cada vez más inmersos en situaciones altamente complejas que inciden en la autodestrucción de toda la familia. Debemos destacar algunos de los aspectos en que los padres y los hijos se encuentran cuando conviven en un hogar conflictivo:

- a) Problemas de carácter económico grave;
- b) juventud e inexperiencia de la pareja;
- c) una relación de concubinato, sin soporte legal sólido que auspicia que en cualquier momento se dé la separación de la pareja;
- d) prejuicios religiosos y sociales;
- e) falta de afecto y cariño hacia los hijos;
- f) falta de atención y seguimiento del desarrollo del menor;
- g) falta de comunicación entre los miembros de la familia, particularmente entre la pareja, entre ésta y sus hijos, especialmente en la adolescencia;
- h) falta de respeto, afecto y consideración;

i) diferencias sobre su concepto de sexualidad, etc.

Este estudio visualiza la problemática que surge de la guarda y custodia para plasmar el ejercicio de sus funciones nutritivas y normativas post-separación conyugales. Alude por tanto, a la infravaloración que afecta fundamentalmente a los padres tras la pérdida parcial y/o total de sus derechos, como consecuencia de las secuelas disociadoras, que proceden del actual marco jurídico que ampara a la guarda y custodia monoparental y asimismo, de las manipulaciones perversas orientadas a obtener la guarda y custodia de sus hijos, que confluyen en verdaderas parentectomías, cuyo objetivo final es la obstrucción del vínculo afectivo paterno-filial.

Asimismo, a reflexionar respecto de las consecuencias que tiene los hijos en la separación de sus padres, y la indiferencia de los mismos y de las autoridades para pretender resolver el problema que sufren los hijos y los padres durante y después del divorcio

# CAPÍTULO I.

## LA FAMILIA.

A efecto de comprender la importancia de la familia en todas y cada una de las culturas principalmente en la nuestra es importante destacar el origen referente a que el hombre es considerado un Ser Supremo ya que es él, quien establece su propio destino, evolucionando y creando o modificando Instituciones que lo regulen.

Referente a este Ser Supremo nos dice el Maestro Enrique Suárez Gil:

“En esta época y en la venidera, el hombre y la mujer buscarán la concordia como producto del desenvolvimiento social. Así nace una nueva proyección, en la que el ser humano se organiza para integrarse lo mejor posible con la sociedad, el Estado, la religión, la filosofía, las ciencias, las técnicas, artes, etc., recibiendo una interrelación de la naturaleza, de la sociedad y de los demás seres humanos, que buscamos hacer de este mundo un mundo mejor, más humano y seguro para todos los seres.”<sup>1</sup>

Analizando lo que refiere el Maestro Enrique Suárez Gil, estamos de acuerdo con él ya que efectivamente el hombre crea y modifica Instituciones tal como es el caso de la Institución más antigua denominada La Familia.

A efecto de tener las bases y elementos que nos permitan analizar la importancia de la unión familiar durante el divorcio, y poder visualizar la

---

<sup>1</sup> SUÁREZ GIL, Enrique. *La Teoría Integral del Derecho*. Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., México 1988 p. 272.

problemática existente, estableceremos la concepción y definición del término de familia en sus diversas acepciones.

### **1.1 Concepto de familia.**

La familia es la base de toda sociedad ya que desde las épocas más antiguas se considero un verdadero núcleo social., a través de ella la comunidad prepara a sus integrantes para la mejor adaptación a la sociedad.

Lato sensu, la familia es el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción.

Los romanos tenían varias acepciones de la palabra familia: como nos lo expresa el maestro Manuel Jesús García Garrido y que son las siguientes:

“La palabra familia se refiere también a un grupo de personas unidas por un derecho de relación especial o por un derecho común del parentesco. Por el derecho de una relación especial llamamos familia al conjunto de personas que están bajo una misma potestad, sujetas a ella por nacimiento o por un acto de derecho, como el cabeza de familia, la madre de familia, el hijo y la hija de familia y los sucesivos, como nietos, nietas, etc. Se llama padre (o cabeza) de familia al que tiene dominio en la casa, y se le llama así propiamente aunque no tenga hijo, pues el término no es solo de relación personal, sino de posición de derecho; también podemos llamar cabeza de familia al que es pupilo.

...Por el derecho común (parentesco) llamamos familia a la de todos los agnados, por que, aunque la familia al morir el cabeza de familia, todos tienen sus propias familias, sin embargo, todos los que estaban sometidos a la misma potestad

se pueden llamar propiamente de su familia, pues proceden de la misma casa o estirpe.”<sup>2</sup>

De las anteriores acepciones se desprende que la familia romana era evidentemente patriarcal ya que el parentesco se continuaba por línea masculina únicamente.

El maestro Hernán Gómez Piedrahita define a la familia como: “Familia a las varias personas que, por naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno.”<sup>3</sup>

La maestra Sara Montero Duhalt la define como: “La familia es el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre- mujer.”<sup>4</sup>

De la definición anterior debemos aclarar, que no sólo la unión del hombre y la mujer esporádica o temporal, constituyen una familia; si bien es cierto nuestra legislación reconoce al concubinato, no es cierto que una relación sexual esporádica o pasajera constituya una familia, excepto de que a través de ella surja la procreación que entable relaciones entre madre e hijo solamente pues para que a una pareja pueda considerarse por sí sola como familia, se requieren de dos elementos agregados a la unión sexual: la permanencia más o menos prolongada y la cohabitación.

La familia tradicional esta compuesta por un padre, una madre y los hijos, que viven todos juntos en forma permanente en una casa llamada hogar conyugal y funcionan como una unidad de vida.

---

<sup>2</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Derecho Privado Romano. 4ª edición. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, España 1989 p. 689.

<sup>3</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Derecho de Familia. Editorial Temis. Santa Fe. Bogotá, Colombia. 1992 p. 3.

<sup>4</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. México. 4ª edición, Editorial Porrúa, México 1990 p. 2.

En toda familia deben imperar, leyes, reglas, costumbres, confianza, diálogo, moral, educación y religión, que unen más a las familias, gobernándolas y regulando su conducta para que vivan ordenadas y organizadas.

La familia surge de la unión de un hombre y una mujer, lo cual da origen a un reconocimiento jurídico que se traduce como consecuencia jurídica entre los cónyuges y el surgimiento del parentesco, de lo cual se desprende que la familia es la relación que existe entre un grupo de seres humanos a los que la ley reconoce con tal calidad, aunque hay situaciones de hecho que no son consideradas tal es el caso de los hijos que no son reconocidos por sus padres, de tal forma que no existe la relación de padre e hijo jurídicamente., pero si existe desde el punto de vista biológico y es precisamente por estas situaciones que la familia requiere del reconocimiento jurídico para su protección.

Es por ello que para que sea una familia propiamente dicha, debe estar basada en la Institución del Matrimonio, ya que la unión libre o el concubinato no reúnen las características de un matrimonio formal y legal toda vez que el matrimonio es el fundamento de la familia, se deben observar, realizar y respetar todos los requisitos, formalidades y procedimientos que establezca la ley.

Del mismo modo la maestra Alicia Elena Pérez Duarte nos dice que “La familia tiene una extraordinaria capacidad de resistencia frente a los avatares de la historia y de su propia evolución. Las estructuras varían, pero el principio fundamental subsiste: la familia es el grupo primario en donde hombres y mujeres encuentran los satisfactores básicos a sus necesidades.”<sup>5</sup>

De esta manera el término familia tiene diversas acepciones como podemos ver, ya que su significado dependerá del ángulo que sea enfocado desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de su evolución histórico-social, o bien

---

<sup>5</sup> PÉREZ DUARTE y N, Alicia Elena. *Derecho de Familia*. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 1990 p. 8.

en razón de sus efectos, entendiéndose estos como derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros.

### **1.1.1 Concepto Etimológico:**

La palabra familia procede de la voz “famulia”, por derivación de “famulus”, palabra que procede del osco “famel” que significa “siervo” y posiblemente del sánscrito vama, hogar o habitación; por lo que se entendió como; el conjunto de personas y esclavos que habitaban con el dueño de casa.

### **1.1.2 Concepto Biológico:**

Desde este ángulo se entiende a la familia como un grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin limitación.

Dentro de este concepto cabe hacer mención que todos los seres vivos son impulsados por dos instintos fundamentales que son la conservación y la reproducción. Los humanos, como seres vivos y bisexuados, cumplen con este instinto de reproducción creando con ello a la familia. En este sentido lo refiere la maestra Sara Montero al manifestar que: “De la unión sexual de hombre-mujer surge la procreación, los hijos.

Consecuentemente, son dos los factores de carácter biológico que crean la familia, a saber: la unión sexual y la procreación.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit., p. 2.

La familia como un hecho biológico involucra todos aquellos que, están vinculados por lazos de sangre, es decir que desciendan unos de otros o de un progenitor común.

### **1.1.3 Concepto Sociológico:**

Desde esta perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

De este concepto nos habla el autor Gustavo A. Bossert, al señalar que “permite aludir sin límites a la familia integrada por todos los individuos vinculados por el matrimonio y el parentesco. Sin embargo, la sociología se interesa primordialmente por el estudio de la familia nuclear, es decir, la integrada por el padre, la madre y los hijos, cuando están bajo la esfera de autoridad de los progenitores, por edad y convivencia. Es en relación a esta familia nuclear que se efectúan los análisis destinados a formular planes de alcance y beneficio social, ya que es ese grupo familiar, sociológicamente hablando, el verdadero núcleo de la sociedad al que se alude cuando se hace referencia a la familia.”<sup>7</sup>

En este enfoque diremos que la familia es la institución social básica. Se habla de Institución ya que tiene un objeto y un fin, que son la procreación y la ayuda mutua principalmente. Siendo que la familia constituye la célula de la sociedad, la base de un ordenamiento social, donde se forma al individuo con las normas básicas de comportamiento y se desarrollan y transmiten sentimientos de solidaridad, normas de comportamiento de acuerdo a las normas morales de buena conducta.

---

<sup>7</sup> BOSSERT, Gustavo A. Manual de Derecho de Familia. 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989 p. 5.

También se ha definido por los sociólogos como una serie de funciones propias de este grupo familiar que se repiten prácticamente en todas las comunidades. Dentro de ellas esta la procreación y la crianza, la satisfacción de necesidades físicas y afectivas, la socialización o formación de la personalidad de los miembros de la familia.

#### **1.1.4 Concepto Jurídico:**

En un sentido amplio la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio en la filiación y en el parentesco.

Este concepto atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocida como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros. Aunque se basa en los conceptos biológicos y sociológicos en nuestro derecho el concepto jurídico de familia sólo contempla a la pareja, sus descendientes y ascendientes, y cuando descienden del mismo progenitor incluyendo a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado.

**La familia en el Código Civil:** Es importante destacar que las relaciones jurídico familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia. Se acepta que en materia familiar, además de las obligaciones que tienen un contenido patrimonial-económico, se encuentran los “deberes” que tienen una naturaleza diversa, y se señalan algunos al expresar que los miembros de la familia deben observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíproco en el desarrollo de sus relaciones familiares. Las relaciones interpersonales y jurídicas surgen “entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato” (Art. 138 Quintus CC). Entre los parientes

se destaca la filiación, como la relación existente entre los progenitores y los hijos, que forman “el núcleo social primario de la familia” (Art. 338 CC). Posteriormente se señala que el Matrimonio es la “Unión libre de un hombre y una mujer” (Art. 146 CC). La familia en nuestra legislación, responde a la naturaleza propia del matrimonio y de la familia.

“Por lo que hace a nuestro derecho constituye a la familia los cónyuges, los concubinos, los parientes en línea recta ascendente y descendente sin limitación de grado, ya sean surgidos dentro o fuera del matrimonio, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines y el adoptante y el adoptado entre sí.”<sup>8</sup> Y están protegidas por la propia ley.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal contiene el Título cuarto Bis que se titula “de la Familia”, que tiene por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, que son personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, cuyas relaciones jurídicas se constituyen por deberes, derechos y obligaciones familiares.

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

Para el desarrollo de la familia y su protección, no se requiere de su existencia jurídica, basta su reconocimiento como institución natural de contenido ético así observamos su protección en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 4 y 16 que a la letra dicen:

“ARTÍCULO 4º.-... El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia.

---

<sup>8</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit., p. 9.

...Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.”

“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 del procedimiento.”

## 1.2 Evolución de la familia.

a).- El origen de la familia.

GÉNESIS.- El origen de la familia se remota a tiempos inmemoriales, ya que no existe prueba plena científica que demuestre la evolución materialista de la misma. Para la religión católica, se remota a la creación de la primera pareja en el paraíso terrenal y a su descendencia. En las Sagradas escrituras nos habla de la familia patriarcal y que es la más adoptada, ante la carencia de pruebas que la desvirtúen como familia primigenia.

Existen dos teorías que tratan de explicar el origen de la familia y que son la materialista y la espiritualista de las cuales nos refiere el maestro Hernán Gómez Piedrahita los rasgos distintivos de cada una de ellas.

**Teoría materialista.-** En un principio, la humanidad vivió en promiscuidad sexual y se inventó el incesto.

a) La familia consanguínea. Todos los grupos conyugales se clasificaban por generaciones; todos los abuelos y abuelas son marido y mujer entre sí; lo mismo sucede con los hijos; los de éstos forman el tercer círculo de cónyuges comunes y los bisnietos de los primeros, el círculo cuarto. En esta forma los únicos excluidos

de los deberes conyugales entre sí, son los ascendientes con los descendientes. No existe actualmente vestigio de esta familia.

b) Familia punalúa. Se les llamó así por que cuanto cierto número de hermanas carnales o más lejanas, eran mujeres comunes de sus maridos comunes, de los cuales se excluían, sin embargo, a sus propios hermanos. Esos maridos no se llamaban entre sí hermanos, sino “punalúa”, que es tanto como decir compañero, o asociado, o socio. También cuándo un grupo de hermanos uterinos se unían con un cierto número de mujeres, de las cuales se excluían sus hermanas, esa mujeres se llamaban entre sí punalúa. El rasgo característico era la comunidad recíproca de maridos y mujeres en un determinado círculo familiar, del cuál se excluían en un principio los hermanos carnales y posteriormente los colaterales. Por lo tanto, si el primer progreso de la familia era la exclusión de los padres y los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fue la exclusión de los hermanos. En este período se formó la gens. La línea materna marca la descendencia.

c) La familia sindiásmica. Dentro del progreso de la familia, se pasa de la punalúa a la sindiásmica, caracterizada por un círculo más restringido en las relaciones sexuales, excluyendo ya a parientes lejanos. La mujer lucha por abolir la obligación de pertenecer a muchos hombres y solamente tener un solo marido. Se simula, por tanto, el matrimonio por raptó, a fin de pagar a los dioses la no aceptación de ser de varios hombres. Luego aparece el matrimonio por compra, que tiene el mismo fundamento. El matrimonio es fácilmente disoluble, manteniéndose para el hombre el derecho a la poligamia. El adulterio en la mujer se castiga severamente y se le exige la más estricta fidelidad. Con el matrimonio sindiásmico, frente a la verdadera madre, surgía ya el verdadero padre. Correspondía, por tanto, al hombre procurar los alimentos y los instrumentos de trabajo; entre tanto, la mujer conservaba los enseres domésticos.

“Por esta época surge la familia patriarcal, cuya característica era el sometimiento de un grupo de personas libres o no, al poder paterno.... La familia romana era el prototipo de esta organización patriarcal.”<sup>9</sup>

d) La familia Monogámica. En esta se establecen los lazos conyugales más duraderos y no pueden ser disueltos por el solo deseo de alguno de los cónyuges, pero se permite al hombre repudiar a la mujer por infidelidad. Ya que se constituye esta familia mediante la unión exclusiva de un hombre y una mujer. La monogamia parece ser la más usual de la creación de la familia en la mayor parte de los pueblos. En la mayor parte de países del mundo contemporáneo registran a la monogamia como la única forma legal y moral de constitución de la familia. Así lo refiere Sara Montero Duhalt al manifestar:

“La familia patriarcal monogámica es no sólo el antecedente de la familia moderna, si no su propio modelo. ...Este sistema tuvo sus más profundas características en la cultura romana, tanto durante la República, como en el esplendor del imperio y en su decadencia.”<sup>10</sup> Durante la época medieval que estuvo influenciada por el cristianismo reafirmo la institución patriarcal, la cual es aplicada en Occidente y en Oriente. Característica de esta institución es la que se establecía en Roma con la figura del paterfamilias, que era el jefe supremo de los numerosos miembros que constituían la familia e incluso tenía el poder de vida o muerte sobre los mismos.

Con el transcurso del tiempo este tipo de familia ha sufrido cambios y limitaciones, tan es así que en la época actual existe desintegración familiar por la ruptura del matrimonio a través del divorcio. Al respecto nos dice la maestra Sara Montero: “La crisis actual de la desintegración familiar por ruptura de los matrimonios a través del divorcio, no es más que la manifestación de la inconformidad por parte de la mujer hacia los resabios del poder marital y patriarcal. La sociedad

---

<sup>9</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Op. cit., pp. 14 y 15.

<sup>10</sup> MONTERO DUHALT, Sara, Op cit., p. 7.

contemporánea debe organizarse en base a nuevos patrones de convivencia a nivel familiar: padres-hijos y cónyuges entre sí, en el que rijan principios de respeto mutuo, colaboración, igualdad y reciprocidad en derechos y deberes. Una sociedad sana solamente podrá surgir si la célula social, la familia, se sustenta en lazos de afecto y armonía, mismos que solo pueden darse en relaciones de coordinación entre sus miembros y no de suprasubordinación, que son los imperantes en la organización patriarcal.

La monogamia es la manifestación patente de la madurez de los individuos y de las sociedades que la consagran.”<sup>11</sup>

**Teoría Espiritualista.-** La familia es el vínculo religioso más importante. De sus principales conclusiones nos habla el maestro Hernán Gómez Piedrahita.

1. La familia se fundamenta en la religión, pero aceptando esta como la creencia en las fuerzas naturales: la tempestad, el sol, la luna, el rayo, la noche, etc. (animismo).
2. El culto a los muertos unía a los integrantes del grupo familiar en ceremonias muy reservadas.
3. El principio de la familia antigua no fue solamente la generación.
4. Tampoco es el principio de la familia el afecto natural, puesto que en las sociedades romanas y griegas, bien poco contaba este sentimiento.
5. La autoridad paterna y marital se derivan de la religión y por ello se excluye que la familia no surgió de esta autoridad.
6. La unión de los miembros de la familia antigua era la religión del hogar y el culto a los antepasados, lo que la hace más compacta en esta vida y en la otra.
7. La familia antigua era más una asociación religiosa que natural y por ello la mujer no era incluida sino cuando la ceremonia sagrada del matrimonio la iniciaba en el culto; el hijo no lo será tampoco, si renuncia al culto o se emancipa.

---

<sup>11</sup> Ídem. pp. 7 y 8.

8. El adoptado es hijo, aunque no tenga vínculos de sangre, si es aceptado en la comunidad del culto.
9. El derecho de herencia se regulaba no por el parentesco, sino por el grado de participación en el culto.

No fue, indudablemente, la religión la creadora de la familia, pero sí fue la que le dio sus reglas y de ahí resulta que la familia tuviese tan diferente constitución de la que hubiere tenido si únicamente los sentimientos naturales hubiesen tomado parte en su formación.”<sup>12</sup>

Influencia del cristianismo en la familia.- El cristianismo mediante el contenido de la doctrina le dio dignidad y respeto al núcleo familiar, a sus miembros e impuso la necesaria protección del Estado a la familia, transformando profundamente el concepto de familia, el cual nos fue legado por el derecho romano, dándole un contenido ético y humanizando las relaciones entre los miembros que la integran. Se le dio al matrimonio el carácter sacramental, y se estableció la indisolubilidad del vínculo, se proclamó la igualdad de los cónyuges ante los derechos y obligaciones, se mitigó la rudeza de la antigua potestad marital y de la patria potestad.

### **1.3 Naturaleza jurídica de la familia.**

Muchos autores han tratado de explicar la naturaleza jurídica de la familia aunque no se ponen de acuerdo en el sentido que deba dársele a la misma, por lo que el maestro Gómez Piedrahita nos dice al respecto que “la familia no es una persona jurídica puesto que, como tal, no tiene representante legal, ni puede adquirir ningún tipo de obligación. Los miembros de la familia adquieren individualmente las responsabilidades propias, y no se les exige su cumplimiento en representación de una familia, sino como personas particulares. En conclusión debemos aceptar que

---

<sup>12</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Op. cit., pp. 15 y 16.

la familia es una institución social y que el Estado, al reglamentarla en sus diferentes aspectos, no la está creando, sino reconociendo su verdadera importancia social como organismo primigenio del Estado, sin el cual le es imposible a este sustituir.”<sup>13</sup>

Desde el punto de vista sociológico, la familia es una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social como base en pautas estables de la sociedad.

La función del derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros (cónyuges, hijos, parientes) deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cauce de las pautas socialmente institucionalizadas. Esto no significa que el derecho debe regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar. Puede haber comportamientos basados en las costumbres, las tradiciones, que la ley no contempla, y otros quedan libres a la espontaneidad o a la conciencia y que obedecen a concepciones éticas o morales, o incluso religiosas, de los miembros de la familia.

Desde esta perspectiva el maestro Gustavo A. Bossert nos expresa su desacuerdo con la naturaleza jurídica de la familia al manifestar que: “carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia. No tiene asidero pretender, p. Ej., que constituye una persona jurídica, pues no existe norma de la que pueda derivarse que la familia, como tal, sea titular de derechos y deberes. Tampoco la familia constituye un organismo jurídico, como lo pretendió inicialmente Cicu en Italia, en el cual se pueda advertir una interdependencia a un interés superior, un poder familiar, que, a semejanza del poder estatal, trasciende en una estructura autoritaria. Esta concepción, impregnada de tal contenido ideológico, a servido y sirve a los sistemas políticos que mantienen una permanente injerencia

---

<sup>13</sup> Ídem. pp. 9 y 10.

en la vida interior de la familia y se hace de ésta un ámbito en que sus miembros -en particular, los padres- actúan como delegados del poder estatal.”<sup>14</sup>

Sobre la naturaleza jurídica en algunos países como Italia se sostuvo que es una persona jurídica, en cambio en Francia se estableció que era una persona moral.

Analizando ambos criterios encontramos que no puede ser una persona moral toda vez que carece de capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y de un órgano de dirección y de representación. Y por lo que respecta a la persona jurídica tampoco encuadra en ella toda vez que entre los miembros que la conforman no hay derechos individuales, sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación que la propia ley establece.

Se considera a la familia como una institución jurídica, social, permanente y natural.

#### **1.4 Clasificación de la familia.**

La familia puede estar constituida de diversas formas dependiendo de la cultura, la clase social, la época o el lugar, a que nos referimos, sin embargo las formas más comunes de integración del núcleo familiar en relación a los miembros que la componen y a los cuales nos referimos son:

**Familias paternas:** Como un primer grupo de familia podemos señalar aquellas que se originan del matrimonio como la forma moral y legal de constitución. También se encuentran las familias constituidas por el concubinato y las constituidas por la relación libre que no tengan las características del concubinato en los

---

<sup>14</sup> BOSSERT, Gustavo A, Op. cit., p. 8.

términos establecidos por nuestra Legislación. Por último dentro de este grupo podemos señalar las familias constituidas por adopción en los casos en que el marido y la mujer o los concubinos, adoptan en términos legales a uno o más menores. En estas familias están presentes ambos progenitores o ambos adoptantes. Las familias señaladas, pueden constituir familias amplias o nucleares, tomando en cuenta el número de miembros, el parentesco próximo o lejano que los una y el hecho de si trabaja uno o ambos padres.

**Familias unipaternales:** Con este término calificamos a las familias que se constituyen o que se integran por un solo padre o madre, de las cuales señalamos las siguientes: Las familias constituidas por la madre soltera, que son excesivas en nuestro país y que en nuestra época parece no ser motivo de rechazo por nuestra sociedad. Las constituidas por padres o madres abandonados; en estas el origen fue el matrimonio o el concubinato, pero alguno de los que integraron esa relación conyugal se separó, abandonando al otro y a sus hijos. Familias de divorciados o las originadas por consecuencia de la nulidad del matrimonio, en la que solo uno de los padres tenga la custodia de los hijos habidos en el matrimonio. Estas son las familias que están integradas solamente por uno de los padres e hijos; aún cuando el progenitor que no conserve la custodia tiene el derecho de visita, no constituye propiamente, un miembro de la familia. La familia de los viudos se origina por la convivencia conyugal y los hijos habidos, pero por la muerte de alguno de los consortes se transforma y continúa como familia “unipaternal”. Familia de adoptados, este caso se da cuando un hombre o una mujer solteros, adopta a uno o varios menores, lo que es posible en nuestra legislación en el artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal. Es una familia de un adulto y de un menor de edad que origina relaciones paternofiliales.

**Familias multifiliales:** Con este término se denomina a aquellas familias que se integran por divorciados con hijos, y que forman las llamadas familias ensambladas. Esta situación se va haciendo cada vez más frecuente debido a la

proliferación de divorcios. El primer fracaso no constituye una imposibilidad de una vida sana y prometedor y, consecuentemente, muchos divorciados tienden a formar otra familia. Nuestra Legislación no establece ningún parentesco entre los hijos de los consortes divorciados vueltos a casar, el parentesco de “afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y viceversa” (Art. 294 CC). Es decir se excluye de la afinidad esta relación que se establece necesariamente entre los hijos de ambos consortes, que no son hermanos, ni medios hermanos, y que sin embargo debe de existir entre ellos algún parentesco generado por la ley, por no existir de consanguinidad.

**Familias parentales:** Con este nombre se entiende y se agrupa a los parientes, no descendientes unos de otros y que sin embargo constituyen una familia por ser parientes. Su característica es que se integran por ser parientes que no descienden unos de otros. Dentro de estas familias podemos considerar las siguientes: familias “sobrinos-tíos”, “familias de primos”, familias “compadres-ahijados”, (Parentesco religioso espiritual); y cualquier otra combinación que entre parientes se establezca.

De lo anterior se desprende que la familia puede estar constituida de diferentes formas dependiendo de diversos factores como son: la cultura, la clase social, la época o el espacio geográfico.

#### **1.4.1 Clases de familias.**

a) Familia en sentido amplio. Es el conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o del parentesco. Desde este punto de vista, constituyen una familia las personas que tienen relaciones jurídicas de orden familiar, comprendiendo por lo tanto las conyugales, las paterno-filiales y las parentales.

b) Familia en sentido restringido. Es el grupo de personas que están unidas por vínculos paterno-filiales y sometidos a la autoridad de los jefes del hogar. Comprenden a los cónyuges y a los hijos que están aun bajo la potestad, puesto que los que se han casado constituyen una nueva familia. En esta encontramos también la familia nuclear, o elemental, simple o básica.

c) Familia en sentido intermedio. Es el grupo de personas que viven en una casa, bajo la autoridad de quien tenga el gobierno familiar, sin que importen vínculos de sangre o jurídicos.

d) Otras categorías de familias. La sociología ha distinguido también:

1. La familia compuesta, o sea aquella formada por familias nucleares o por partes de esta. Sería el caso de la madre viuda que convive con hijos casados y sus nietos, o también la formada por un hombre que tiene tres mujeres y sus respectivos hijos.

2. La familia conjunta. Es la que se presenta cuando dos o más parientes por línea directa y del mismo sexo, junto con sus cónyuges y descendientes, comparten una misma vivienda y están sujetos a una misma autoridad o cabeza de familia. Como ejemplo de este punto de vista hablamos de cuando los padres, sus hijos casados y sus esposas de estos con sus hijos, habita bajo las órdenes del padre o madre, en una misma casa.

3. Familia extensa. Es una familia conjunta cuyos miembros no viven en la misma habitación u hogar, sino separados, comúnmente como vecinos.

4. Familia Agraria. (La que se dedica a la explotación del campo). Generalmente los campesinos y sus hijos explotan la tierra en común.

5. Familia burguesa. Es aquella constituida por comerciantes, industriales o profesionales que explotan en conjunto estas actividades.

6. Familia proletaria. Es la constituida por trabajadores sin rango. Como serían obreros, policías, etc.

### **1.4.2 Familia de derecho y familia de hecho.**

La familia de derecho es la que tiene como base el matrimonio; la de hecho es la que surge al margen de éste. Se les conoce como matrimonial y extramatrimonial.

Antes de la revolución francesa la única familia aceptada por la ley era la legítima o matrimonial. Los revolucionarios reconocieron la existencia de una familia natural al lado de la legítima.

Para algunos autores la familia es la que nace del matrimonio y que no existe en derecho la familia natural, como tampoco la adoptiva es verdadera familia. Es este contexto el maestro Hernán Gómez Piedrahita considera:

“Inapropiada la expresión familia legítima o ilegítima para indicar que esté o no basada en el matrimonio, porque tanto la una como la otra están regidas por el derecho y a sus normas debemos darles cumplimiento. En cuanto a la familia adoptiva este tipo de familia surgida de la institución de la adopción, se ubica propiamente dentro del concepto de familia de derecho.”<sup>15</sup>

### **1.5 Estructuras familiares en México.**

a) Caracterización. Existen dos grupos sociales por un lado la familia nuclear que está formada por la pareja de adultos y los (las) hijos (hijas), si los hay. Y por otro lado la familia extensa que es un grupo difuso que comprende a todos (as) los (as) parientes consanguíneos (as) o afines.

Existe gran dificultad para establecer una característica absoluta e éste grupo

---

<sup>15</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Op. cit., p. 7.

familiar en México por la gran diferencia que existe entre las poblaciones rurales y aquellas urbanas, por el grado de desarrollo económico y las costumbres sociales existentes en las distintas regiones del país.

En las zonas urbanas de nuestro país, así como casi en todo el mundo occidental, las características de las familias se han ido transformando sobre todo por que ya no existe una clara división del trabajo dentro del núcleo familiar.

Se puede afirmar que existe una tendencia observable, tanto en el sector urbano como en el rural, aunque en este último es menos evidente. Dicha tendencia es dar a la mujer y a la niñez un lugar específico que durante mucho tiempo se les ha negado y es el resultado inicial de las luchas feministas, por un lado, y, por otro, el reconocimiento que la mujer empieza a tener como parte de la población económicamente activa.

La familia nuclear mexicana es un grupo primitivo institucionalizado, cuyo ideal esta en la conjunción de la relación primaria afectiva, voluntaria y racional de sus miembros y en el sentido trascendente de las funciones familiares como institución social.

En los centros urbanos la familia se constituye por la pareja o por el padre, la madre y los hijos, que en ella el sustento está a cargo de los adultos; que cumple con las funciones tradicionales de sexualidad, procreación, socialización y cooperación y además las de afecto y autodeterminación o formación socio-cultural.

En las zonas rurales es mucho más difícil caracterizar a la familia actual ya que varían los tipos dependiendo de la religión, procedencia étnica y caracteres culturales.

Por lo general se trata de familias extensas, la autoridad es ejercida

generalmente por el padre, quién toma tanto las decisiones económicas como las estrictamente familiares, sin embargo la madre toma decisiones en los asuntos familiares, y en especial sobre la salud de los (las) hijos (as), debido a que normalmente se encuentra sola, las relaciones entre los parientes adoptan características de un clan.

La familia proletaria, subproletaria, de clase media y acomodada tienen en común que las relaciones se dan principalmente a través del parentesco ya sea consanguíneo, civil o ritual.

b) Parentesco. El estudio del parentesco no es otra cosa que el análisis de lo que hombres y mujeres hacen con actividades básicas de su vida: apareamiento, gestación, paternidad o maternidad, asociación, fraternidad, etc.

Nuestro derecho reconoce sólo tres tipos de parentesco: el consanguíneo, el de afinidad y el civil (Artículo 292 en adelante CC).

Existe el parentesco por consanguinidad entre personas que descienden de un mismo tronco, no solamente de un mismo progenitor.

De este parentesco surge la obligación alimentaria; derechos a la sucesión legítima; el establecimiento de una tutela legítima; el surgimiento de impedimentos para realizar ciertos actos jurídicos entre parientes consanguíneos; la existencia de atenuantes y agravantes de responsabilidad civil y penal.

El parentesco por afinidad es el vínculo o relación jurídica que surge como efecto del matrimonio, entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Debemos aclarar que entre las dos familias no existe ningún tipo de parentesco.

Las consecuencias de este parentesco son muy pocas. La más importante es que existe para contraer matrimonio entre afines.

El parentesco civil es el que nace por virtud de la adopción entre el adoptante y el adoptado y sólo entre ellos.

Sus consecuencias jurídicas son las que existen entre un padre o una madre e hijos con la diferencia, que es un vínculo que puede ser revocado.

Las definiciones normativas, desconocen la existencia de un parentesco ritual o compadrazgo que es una fuente de relación de fuerte arraigo en nuestro país tanto en los grupos indígenas como entre el resto de la población, sobre todo por influencia de costumbres religiosas.

El parentesco como institución jurídica está organizado en líneas y grados. Nuestro Código Civil define cada concepto estableciendo que cada generación forma un grado y la serie de grados constituyen una línea de parentesco. El grado es la o las generaciones que hay entre un pariente y otro, y líneas es el conjunto de generaciones. Existen dos tipos de líneas: la paterna y la materna. La determinación de estos grados o líneas es importante en materia de sucesiones, tutela legítima y alimentos.

La ley establece la existencia de dos tipos de líneas: la recta y la transversal. La primera está compuesta por las generaciones que descienden unas de otras y puede ser ascendente (padres, abuelos o bisabuelos) y descendentes (hijos, nietos, bisnietos). La segunda está compuesta por la serie de grados o generaciones que procede de un progenitor o tronco común sin descender unas de otras y pueden ser iguales o desiguales dependiendo de las generaciones que tengan entre sí dos respecto del tronco común (hermanos, sobrinos, tíos).

La línea recta tiene efectos jurídicos reconocidos sin limitación de grado y la colateral, generalmente, hasta el cuarto grado.

## **1.6 Importancia de la familia.**

La familia como ya mencionamos con anterioridad es la base de la sociedad, ya que es ahí donde se forman los individuos y donde también se les transmiten los valores, las tradiciones, las normas de conducta y morales, es por eso de que depende de esta institución que existan o no buenos valores y matrimonios.

La familia tiene gran trascendencia tanta para las personas que la integran toda vez que es la formación de su personalidad, la influencia de todo su medio ambiente, se ven características físicas principales y fundamentales para la existencia del individuo frente a las demás comunidades con las que convive. Es por ello que el seno familiar es donde se realiza la formación personal del individuo. Y como la trascendencia reflejada en el Estado.

## **1.7 El Derecho de familia.**

El profesor Gómez Piedrahita Hernán define el derecho de familia como:

“El conjunto de normas expedidas por el Estado, que regulen en su integridad los aspectos personales y patrimoniales resultantes del vínculo familiar, así como sus efectos legales en relación a terceros.”<sup>16</sup>

Analizando este concepto el profesor Gómez Piedrahita nos afirma que es un conjunto de normas; puesto que el Derecho de Familia está integrado por

---

<sup>16</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Op. cit., p. 18.

multiplicidad de disposiciones que regulan el matrimonio, la filiación, el parentesco, el patrimonio familiar, las guardas, etc.

Expedidas por el Estado: por que los ordenamientos jurídicos en materia de familia deben nacer o por voluntad del legislador (leyes) o mediante el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para que las profiera. Cuando hablamos de Estado nos referimos a una autoridad competente para legislar.

Estas normas regulan en su integridad los aspectos personales o patrimoniales de los miembros de la familia.

Otra definición sobre este concepto es el que nos proporciona la Maestra Montero Duhalt: “Es el conjunto de normas jurídicas del derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público.”<sup>17</sup>

Otra definición que encontramos es la del maestro Gustavo A. Bossert., el cuál nos establece: “El derecho de familia está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares. Como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad integran el derecho civil.”<sup>18</sup>

El Derecho de Familia está contenido básicamente en el Código Civil. El derecho de familia parte del Derecho Civil, pero no puede considerarse como derecho público, ya que las relaciones familiares no vinculan a los sujetos con el Estado como sujetos de derecho público. Se trata de relaciones entre las personas, derivadas del vínculo conyugal o de su parentesco., aunque numerosas relaciones familiares estén determinadas por normas de orden público.

---

<sup>17</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit., p. 24.

<sup>18</sup> BOSSERT, Gustavo A. Op. cit., p. 8.

El orden público en el derecho privado, tiene por función principal limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas.

Como podemos ver cada autor define de una forma distinta al derecho de familia pero coinciden que deriva del Derecho privado y que es de interés público y surgen de las relaciones familiares aunque existe cierta discrepancia en torno a este tema por que aunque se ha tratado de establecer un marco jurídico tripartita en el cual están contemplados el derecho público, el derecho privado y el derecho social, aún así no esta dentro de esta nueva rama denominada derecho social.

### **1.7.1 Naturaleza jurídica del derecho de familia.**

Sobre este tema nos habla el profesor Hernán Gómez Piedrahita el cuál nos dice que se han realizado cinco teorías que son las siguientes:

a) El derecho de familia es parte del derecho público. Esta tesis ha sido sostenida por JELLINEK,... su fundamento reside en el desplazamiento que el Estado hace de la autonomía de la voluntad para exigir el cumplimiento de los poderes y funciones en relación con el régimen familiar. El Estado asume las funciones y desplaza a los particulares en la dirección y manejo de la familia, señala la clase de educación, interviene en los conflictos, etc.

b) El derecho de familia es una tercera rama del derecho. Tradicionalmente el derecho se ha dividido en derecho público y privado. El profesor de la Universidad de Bolonia, ANTONIO CICU, en una de sus obras, afirmó la tripartición del derecho, ubicando el de familia como una tercera rama. CICU había definido la familia como un organismo y las relaciones familiares como de interdependencia de un interés superior, o sea el interés familiar. Hace luego la distinción entre derecho privado

(voluntad libre) y derecho público (interés del Estado). Después de un análisis de la bipartición del derecho, concluye que el de familia, por tener por tener un carácter orgánico determinado por un interés superior al individual, que no es otro que el interés familiar, diferente del que tiene también el Estado y también del derecho personal, constituye una tercera rama...

c) El derecho de familia forma parte del derecho social.... En el derecho social, el sujeto es la sociedad, representada en los diferentes entes colectivos mediante los cuales opera: sindicatos, asociaciones, corporaciones sin ánimo de lucro, etc. Por la naturaleza de la relación, se está frente a una reciprocidad y cuando se ejerce un derecho se cumple un deber siendo recíproca la exigibilidad...

d) El derecho de familia debe ubicarse de acuerdo a cada legislación. La sostiene y expone el profesor mexicano José Barroso, quien afirma que la solución hay que buscarla en cada legislación y realidad nacional. Considera que si bien el derecho de familia en los países comunistas es un derecho autónomo, no lo es en otros donde hace parte del derecho privado. Su desvinculación se daría si existen códigos de familia, procedimientos propios y tribunales especializados.

e) El derecho de familia hace parte del derecho privado o civil. El derecho de familia aún hace parte del derecho privado, así tenga características propias que se informan en la moral, en la ley natural o en el concepto social de familiar.”<sup>19</sup>

Como conclusión nos dice el maestro Hernán que para él “el derecho de familia hace parte del derecho privado, así contenga principios muy especiales que los separen en algunos casos del derecho civil.”<sup>20</sup>

Para la maestra Sara Montero Duhalt la naturaleza jurídica de la familia se encuentra dentro del “derecho privado es lo debido, pese a que en este derecho no vemos funcionar a la autonomía de la voluntad como pilar de sus principios.

---

<sup>19</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Op. cit., pp. 21 y 22.

<sup>20</sup> Ídem p. 23.

Pero es derecho privado por que rige relaciones de los particulares entre sí, como simples particulares.”<sup>21</sup>

El Estado está interesado en que la célula social, la familia se integre y consolide sobre bases sólidas y profundamente éticas, de allí que las normas jurídicas que deben regirla son protectoras del núcleo, imperativas e irrenunciables.

### **1.7.2 Autonomía del derecho de familia.**

Para que una ciencia jurídica pueda denominarse como autónoma, es necesario que reúna ciertas características de extensión, de interés propio, de instituciones peculiares y diferentes a las otras ramas del derecho que tenga materia y perfiles propios que la determinen como particular e independiente, es decir, autónoma.

Se ha analizado el derecho de familia bajo los siguientes criterios para determinar si es o no autónomo.

a) Criterio legislativo. Significa que la materia familiar se independiza del viejo tronco de la rama civil, creando sus propios códigos y elaborando leyes aisladas sobre materia familiar o códigos completos de derecho de familia.

Por lo que hace a México fue el pionero en la materia al elaborar en 1917 la Ley Sobre Relaciones Familiares, que derogó la parte relativa del Código Civil de 1884 vigente en esa fecha. Al entrar en vigor el código de 1932, volvió a incorporarse la materia familiar dentro de su postulado y así ha permanecido.

b) Criterio científico. Debido al interés que ha surgido de la problemática de las relaciones familiares han existido innumerables estudios de filósofos, moralistas,

---

<sup>21</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit., p.28.

sociólogos, especialistas en la medicina física y mental, pedagogos y humanistas en general. La literatura abarca temas relativos a las crisis de valores en el mundo contemporáneo y su reflejo en las relaciones familiares, dados estos estudios plasmados en libros, artículos, medios de difusión como radio, cine, televisión, nos hablan de una auténtica autonomía del derecho de familia en materia científica.

c) Criterio didáctico. Las escuelas y facultades de derecho en todo el mundo incluyen en su programa el curso de derecho de familia ya sea dentro del derecho civil o bien en forma independiente. Instituciones públicas o privadas organizan cursos o conferencias relativas a la familia y a sus instituciones jurídicas y administrativas. Por lo que existe autonomía de carácter didáctico en esta materia.

d) Criterio jurisdiccional. Consiste en que existan juzgados y tribunales especializados en problemas de derecho de familia. En el Distrito Federal se publicó el 18 de Marzo de 1971 en el Diario Oficial de la Federación la creación de los juzgados de lo Familiar, misma que entró en vigor el 18 de junio de 1971. La importancia trascendental radica en la importancia de resolver los conflictos familiares.

Lo ideal estribaría en que en los juzgados de lo familiar existiera el auxilio y asesoría de otros especialistas como psicólogos, médicos, trabajadores sociales, ya que podrían evitar en numerosos casos desastres entre ellos el mayor: el rompimiento de las relaciones familiares.

Una vez analizados estos criterios para establecer que una rama jurídica es autónoma podemos concluir que los mismos se dan en el derecho de familia.

Por lo que respecta al Distrito Federal, sólo falta completar la total autonomía con la creación de un Código de Familia.

### 1.7.3 Características del derecho de familia.

Las principales características son:

a) Constituye una normativa nacional o nacionalista, pues la política legislativa exige que se considere la idiosincrasia de cada pueblo.

b) Existe y vale en proyección del grupo.

La sociedad, a través del derecho de familia, pretende tutelar del mejor modo posible a juicio del legislador, intereses que van más allá del estrictamente individual de los miembros de cada familia, y que se vinculan con los intereses del grupo familiar.

c) Contiene normas que no son coercibles, están influidas por la moral, la religión, la costumbre es decir tiene su base en preceptos éticos reconocidos por la ley, cuyo cumplimiento depende más de la conciencia del individuo que de normas coactivas.

d) Asigna un papel preponderante al orden público y no permite el libre juego de la autonomía de la voluntad.

El derecho de familia tiene como características propias la presencia de numerosas normas de orden público que no están sujetas a modificación de los particulares.

e) Regula situaciones que, en su mayoría son indisponibles. De esta característica genérica se deducen otras como la inenajenabilidad, la irrenunciabilidad, la intransmisibilidad por causa de muerte, etc.

f) Importancia de lo personalísimo, de lo intuitu personae.

g) Los vínculos del derecho de familia se basan principalmente en deberes, obligaciones, cargas que en derechos, atributos y facultades. El sujeto puede hacer lo que debe hacer.

h) Regula estados personales y patrimoniales es decir “estados familiares”. Los estados familiares personales pueden subsistir sin los patrimoniales, pero la inversa no es posible.

El Estado interviene en actos de emplazamiento en el estado de familia, como por ejemplo el Registro Civil en la celebración del matrimonio, o la intervención de jueces para la realización de actos vinculados con el patrimonio de los menores, o el emplazamiento de divorcio.

En esta rama del derecho es necesario el auxilio de otras disciplinas, tales como la psicología, las evaluaciones que realizan asistentes sociales, cuando se trata de conflictos personales en los que hay que establecer la convivencia de determinados sujetos.

#### **1.7.4 Instituciones del derecho de familia.**

Las instituciones primordiales del derecho de familia son: el matrimonio, la filiación y el parentesco. En relación directa con el matrimonio surgen las figuras de regímenes patrimoniales del matrimonio, la nulidad de matrimonio y el divorcio. En relación a la filiación se regula la patria potestad, el reconocimiento de paternidad y la adopción. Y por lo que se refiere al parentesco y demás lazos familiares se encuentran la obligación alimentaria, la tutela legítima, el patrimonio de familia y la sucesión legítima.

### 1.7.5 Contenido del derecho de familia.

La familia y su organización son de interés público es por ello que son objeto de estudio de diversas disciplinas como son la psicología, sociología, entre otras.

El derecho de familia es la rama particular del derecho que regula las relaciones familiares; las relaciones de los sujetos que mantienen entre sí el vínculo de unión sexual (matrimonio o concubinato), o del parentesco consanguíneo, por afinidad o por adopción. Estas relaciones en conjunto forman el derecho de familia cuando son recogidas y reguladas por el Estado.

Para la maestra Sara Montero Duhalt es “el contenido del derecho de familia está formado por las normas jurídicas que regulan la constitución, la organización y disolución de las relaciones familiares, surgidas éstas por el matrimonio, concubinato o parentesco.”<sup>22</sup>

a) Constitución de la familia. La familia surge de la unión sexual y de la procreación. La unión sexual se enmarcan jurídicamente dentro del matrimonio y excepcionalmente en el concubinato, siendo por tal solo tres instituciones jurídicas relativas a la constitución de la familia: el matrimonio (y el concubinato), la filiación y el parentesco.

b) Organización de la familia. Una vez que surgen los lazos entre los sujetos que son familiares entre sí el derecho de familia les determina los derechos y deberes entre los ligados por razón del matrimonio (o concubinato), filiación o parentesco.

Los derechos y deberes recíprocos entre los diversos familiares son: alimentos, ayuda moral, representación legal (patria potestad y tutela legítima), y sucesión legítima. Existen también ciertas restricciones o prohibiciones a

---

<sup>22</sup> MONTERO DUHALT, Sara, op. cit., p. 32.

consecuencia del vínculo familiar y que son: para contraer matrimonio, para intervenir en determinados actos jurídicos de los familiares, así como atenuantes y agravantes en materia penal.

c) Disolución de la familia. Es el rompimiento de los lazos de familia entre los individuos que estaban previamente ligados entre sí. La relación familiar se extingue con la nulidad del matrimonio, el divorcio, la impugnación de la paternidad o de la filiación, revocación de la adopción. Existen casos en que solo pueden ser extinguidos con la muerte como son: la filiación materna habida dentro o fuera del matrimonio; la filiación paterna matrimonial; la filiación paterna habida fuera del matrimonio cuando vences los plazos en los cuales puede ser impugnada, el parentesco por consanguinidad en todas sus líneas y grados. Realmente los únicos lazos que pueden romperse voluntariamente son aquellos que surgieron de la voluntad de las partes son el matrimonio y la adopción. El parentesco natural es para toda la vida y se extingue únicamente con la muerte, este parentesco lo tiene el sujeto con sus progenitores, abuelos, tíos hermanos, sobrinos y primos.

### **1.7.6 Definición y personalidad jurídica de la familia.**

Desde el punto de vista sociológico la familia es la célula social y se entiende por tal a la pareja humana sola o con los hijos que han procreado o que viven juntos.

Difícilmente se establece un concepto jurídico de la familia, toda vez que es muy extenso, por lo que diversos estudiosos al referirse a ella, lo hacen en el sentido del conjunto de individuos unidos entre sí por lazos familiares.

Algunos ordenamientos han intentado establecer la definición de familia, así el Código de Tlaxcala de 31 de agosto de 1976 con entrada en vigor el 20 de

noviembre del propio año, define a la familia en el artículo 27, segundo párrafo, de la siguiente manera: “La familia la forman las personas que estando unidas por matrimonio o concubinato o por lazos de parentesco de consanguinidad, de afinidad o civil, habitan en una misma casa y tengan (sic) por ley o voluntariamente, unidad en la administración del hogar. No se limita este código a definir a la familia, si no que, en el artículo 721, le otorga personalidad jurídica: Limitativamente este código reconoce personalidad jurídica a los siguientes grupos: familia... Posteriormente agrega: la representación de estos grupos estará a cargo de quien designe la ley, (o) de quien designen los componentes del grupo por mayoría (Art. 722).”<sup>23</sup>

#### **1.7.6.1 La unidad familiar.**

La unidad familiar significa estabilidad y armonía, así no exista convivencia entre los miembros de la familia.

La unidad familiar puede provenir de la convivencia del grupo y tratándose del fundado en el matrimonio, de aquel en el que no había ruptura de ninguna especie.

No se trata solo de una unión de afectos y sentimientos, unidad espiritual; ni su función se limita exclusivamente a la igualdad de los cónyuges; la unidad tiene una relevancia jurídica tanto en el momento fisiológico como en el patológico de la vida familiar, mientras exista una unidad, así sea “materialmente separada”, que deba perseguir la función a que está destinada.

“La unidad se convierte en el más genuino instrumento para la actuación del respeto, pleno e integral, de la personalidad de los cónyuges y de la prole; es el

---

<sup>23</sup> MONTERO DUHALT, Sara, op. cit., p. 35

fundamento en que debe inspirarse para una interpretación moderna de la exigencia y de la tutela del sujeto en el ámbito de la comunidad familiar.”<sup>24</sup>

### **1.7.7 Estado de familia.**

Todo individuo corresponde un status en razón de su edad, país de nacimiento, religión, etc.

Por lo que a todo individuo le corresponde un estado de familia determinado por vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas, o aun por la ausencia total de tales vínculos, como ocurre en el caso de los solteros. Este estado implica, un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos atribuidos a las personas que forman parte de una familia.

El estado de familia es un atributo de personas de existencia visible, que resulta inherente de la persona misma, por tanto es inalienable e irrenunciable.

Siendo inherente de la personalidad, por ser un atributo de ella, el estado de familia reúne las siguientes características.

a) Universalidad. El estado de familia, abarca todas las relaciones familiares. Por lo que no solo se limita a las relaciones determinadas por filiación, si no las que comprenden el matrimonio, la adopción y el parentesco.

b) Unidad. El estado de familia de una persona comprende la totalidad de los vínculos jurídicos, que lo ligan con otras, ya sea de origen matrimonial o extramatrimonial.

c) Indivisibilidad. La persona ostenta el mismo estado de familia frente a todos.

---

<sup>24</sup> PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Manual de Derecho Civil. Personas, Familia y Derecho de Menores*. 3ª edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1997. p. 181.

d) Oponibilidad. El estado de familia puede ser opuesto frente a otros, y permite la actuación en sede judicial para hacerlo valer, así como para ejercer los derechos que de él derivan, ante quien pretendiera desconocerlos.

e) Estabilidad o Permanencia. La estabilidad del estado de familia, no significa que no pueda cambiarse por otro, pues puede terminar. Así el estado de casado, puede transformarse en estado de divorciado.

f) Inalienabilidad. El sujeto estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio. No puede ser modificado ni alterado, ni cedido por su titular. No puede ser transmitido por voluntad de éste a terceros. No es renunciable.

El titular no puede transar sobre su estado de familia.

g) Imprescriptibilidad. El estado de familia no es prescriptible, de manera que el simple transcurso del tiempo no altera el estado de familia ni tampoco el derecho de obtener el emplazamiento.

Como podemos ver el estado de familia es inherente a las personas y no puede ser transmitido ni ejercido por ninguna otra persona que no sea titular, por lo que al tener todo individuo un estado de familia, adquiere derechos y obligaciones que los que la integran.

## **1.8 Los derechos de la familia.**

Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia (Art. 138 Quáter. CC).

**Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato. (Art. 138 Quintus CC).**

Los derechos subjetivos familiares son, de acuerdo a la caracterización de la doctrina, poderes–deberes o derechos–funciones. Es decir son facultades que, al ejercerse, implican unos deberes en particular y no unas prerrogativas absolutas para su titular.

Así, por ejemplo, un padre separado tiene derecho de visitar a sus menores hijos, siempre y cuando no estorbe en el desarrollo de estos ni los perjudique.

Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares. (Art. 138 Sextus CC).

Hay derechos subjetivos de carácter moral como son: asistencia, ayuda mutua, lealtad, convivencia y representación legal (a través de las instituciones de la patria potestad y de la tutela legítima).

Derechos subjetivos familiares de contenido patrimonial, como el derecho a los alimentos, regímenes económicos, donaciones, usufructo legal, patrimonio de familia y sucesión legítima.

En nuestra ley como en la constitución consagran derechos subjetivos familiares.

Del conjunto de normas constitucionales vigente, puede deducirse el grupo de derechos familiares más importantes, cuyo desarrollo positivo corresponde a la ley:

1. Derecho a la organización y desarrollo de la familia. (Art.4º Constitucional).
2. Derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. (Art. 4º Constitucional).
3. Derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. (Art. 4º Constitucional).
4. Derecho a recibir como miembro de la familia, la protección integral por parte del Estado y de la Sociedad. (Art. 4º Constitucional).
5. Derecho a recibir educación preescolar, primaria y secundaria. (Art. 3º Constitucional).
6. Derecho a la salud. (Art. 4º Constitucional).
7. Derecho de los menores de edad. (Art. 4º Constitucional).

Son derechos fundamentales de los niños y las niñas: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor de sus padres, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física y moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos que consagran la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por México.

### **1.8.1 Los deberes familiares.**

Algunos autores consideran que no pueden asimilarse deberes y obligaciones, por el valor y el objeto.

Los deberes familiares son ajenos a la valoración y apreciación pecuniaria y conciernen a conductas permanentes y cotidianas, de la comunidad de la vida; las obligaciones, en cambio, deben reportar ventajas patrimoniales y comprenden actos aislados.

Los deberes familiares puros son personalísimos e intransferibles y gozan, en virtud de principios como igualdad, de una característica importantísima, a saber, la reciprocidad.

Por ello el derecho familiar puro no existe, derechos individuales que habiliten, en forma absoluta, la existencia de un sujeto obligado que, a su vez, no participe activamente en la situación jurídica concreta.

En este criterio podemos citar el derecho de visitas en el cuál deben cuidarse los intereses de los padres y de los hijos menores al regular este derecho. Es decir que la visita es un derecho del cual son titulares “conjuntos” tanto los padres como los hijos. Es recíproco por que quien se supondría obligado (el hijo) es a la vez titular del derecho.

### **1.8.2 Renuncia de los derechos familiares.**

No son renunciables los poderes familiares y tampoco las atribuciones inherentes a estos, por que tales poderes son creados por la ley y subsisten independientemente de la voluntad del investido con ellos, ya que no se crean para servicio o utilidad de este, sino para un fin superior; el padre, el marido, el tutor, no pueden despojarse de los poderes que les corresponden, por que le son atribuidos para servir a un interés que trasciende del suyo propio.

En algunos casos excepcionales se autoriza la renuncia, como por ejemplo ocurre con la acción de desconocimiento de la paternidad, de nulidad de matrimonio, acción de separación personal de los cónyuges.

En algunas ocasiones puede confundirse la renuncia de un derecho con su falta de ejercicio voluntario y prolongado por ejemplo: los alimentos.

## **CAPÍTULO II**

### **EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO.**

#### **2.1 Concepto de matrimonio.**

El matrimonio es la institución jurídica más importante de todas, ya que por medio de éste la familia encuentra una adecuada organización social. A través del matrimonio surgen una serie de deberes y obligaciones sancionadas por la ley.

El Matrimonio desde un punto de vista forma un vínculo, evidentemente que también establece el estado civil de la persona y por supuesto esto justifica que a través de los tiempos, sea concebido como una institución.

El Matrimonio como institución natural, representa la unión de un hombre y una mujer en términos de las creencias de la forma y formalidades que la propia sociedad impone a esta unión.

El matrimonio es una Institución natural y por ello conlleva la unión de un hombre y una mujer y así poder hacer una vida juntos, procrear hijos, llevando a cabo todas las formalidades que el matrimonio requiere.

#### **2.1.1 Concepto Etimológico.**

La palabra matrimonio deriva de la voz latina *matrimonium*, que significa “carga de la madre”.

En base a este concepto podemos considerar que la madre es la que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar.

“El matrimonio.- En el Digesto de Justiniano...

El matrimonio es la unión de hombre y mujer en total consorcio de vida y comunicación del derecho divino y humano.

... Justiniano proporciona otra definición en sus Instituciones:

<<Las nupcias o matrimonio consisten en la unión del hombre y de la mujer que lleva aparejada la vida en común>><sup>25</sup>

El matrimonio ha evolucionado al igual que todas las instituciones familiares romanas. Las tres grandes fases que pueden señalarse son:

1ª Época primitiva cuando la estructura de la familia descansa sobre una base religiosa, que hace a la mujer participe de los “sacra” del marido y proscribire el celibato y el adulterio para que la falta de descendencia legítima no extinga el culto doméstico y se rompa la serie de los descendientes, quedando excluidos los antepasados de la felicidad de ultratumba.

2ª Época de fines de la República, en la que cobra auge la infidelidad conyugal, las esposas envenenan a sus maridos y la moral, en general, se corrompe, produciéndose una grave crisis de la nupcialidad y la natalidad, contra la que se origina en el siglo II a. de J.C. una reacción, que se continúa en el tiempo de César al hacer éste una distribución de terrenos, sin acudir al sistema de sorteo, entre veinte mil ciudadanos, padres de más de tres hijos, y que culminan con las leyendas caducarias de Augusto.

---

<sup>25</sup>HERNÁNDEZ TEJERO Jorge, Francisco. *Lecciones de Derecho Romano*. 5ª edición. Universidad de Madrid Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones. Madrid, España. 1989 p. 289.

3ª Época del Derecho romano cristiano. En éste último período las ideas cristianas de superioridad del celibato sobre el estado de casado determinan la desaparición de los castigos de orden patrimonial que establecían las leyes caducarias y el matrimonio, elevado por Jesucristo a la condición de Sacramento, es tomado en cuenta como tal por el Derecho.”<sup>26</sup>

Existen diversos conceptos de matrimonio por lo que es muy difícil establecer un concepto unitario de matrimonio y expresar su definición, ya que cada definición va de acuerdo a la doctrina, cultura y legislación de cada lugar.

Otra concepción del matrimonio es la clásica mencionada por el maestro Manuel Jesús García Garrido y en la cual nos describe el concepto creado por Modestino y cuya definición es la siguiente: “El matrimonio es la unión del hombre y mujer en comunidad plena de vida y en comunicación del derecho divino y humano.

Modestino, 1 reg. D. 23.2.1.”<sup>27</sup>

La definición de Modestino refleja la concepción social que los juristas tenían sobre el matrimonio, se avocan principalmente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y la filiación. El matrimonio se considera por los prudentes como un hecho social, que para tener relevancia jurídica debe ser conforme al derecho (*iustum matrimonium* o *iustae nuptiae*) o a la ley (*legitimum matrimonium*).

Así desde la antigüedad la familia patriarcal se distinguía por que aunque la mujer estaba sometida a la manus del marido, gozaba de la más alta consideración social como la digna compañera de su esposo. En los tiempos primitivos la mujer formaba con el marido una unidad de bienes y de cultos, en una plena unión de voluntades.

---

<sup>26</sup> HERNÁNDEZ TEJERO Jorge, Francisco. Op Cit. pp. 289 y 290.

<sup>27</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Op. Cit. p. 723.

La maestra Sara Montero, lo define como:

“Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.”<sup>28</sup>

Este concepto se ubica dentro de nuestro derecho positivo. No tiene validez universal ya que han existido y siguen existiendo pueblos en los cuales el matrimonio es poligámico. Y en cuanto a lo de distinto sexo también es inaplicable ya que en la actualidad existen matrimonios homosexuales.

Así mismo la maestra Sara Montero nos explica un nuevo concepto que ella denomina como “genérico” y el cual a la letra dice lo siguiente:

“Matrimonio: Forma legal de constituir la familia a través de la unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el derecho.”<sup>29</sup>

### **2.1.2 Concepto Canónico.**

El diccionario de Derecho Canónico nos lo define de la siguiente forma: “MATRIMONIO (Matrimonium). Etimológicamente, *matris munium* resalta la función maternal de la mujer...

... El M es la primera y más importante de las instituciones jurídicas privadas. La relación establecida sobre la convivencia total, mutua y recíproca del varón y la mujer (M), de padres e hijos (familia) aparece históricamente como una institución socio-jurídica primigenia y como la base de toda comunidad de vida. Obedece a

---

<sup>28</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. p. 97.

<sup>29</sup> Ídem. p.98.

una exigencia natural-racional que inspira el contrato jurídico más antiguo de la historia de los pueblos. Aparece desde el principio revestido de carácter sagrado y religioso.

Una definición real y esencial, directa y expresa de Matrimonio no se encuentra en el Codex. En derecho toda definición resulta peligrosa. Una definición indirecta la da el cn. 1055, 1: <<El M es la alianza por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenada por una misma índole natural al bien de los de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, alianza elevada por Cristo Nuestro Señor a la unidad del sacramento entre los bautizados>>. En esta definición se excluyen los dos elementos que permiten la célebre distinción, exclusivamente metodológica de *M in fieri*, en su realizarse (alianza–contrato) y *M in facto esse*, M realizado (institución). El *M in fieri*, destacando el elemento que le da el ser, la causa eficiente, se aproxima a la noción contrato. ...Es claro que no hay M concreto y existencial sin la causa eficiente que le da el ser como existencia, como esencia existente, pero la esencia misma del M (causa formal) procede de Dios, Autor del M.

...Puede entonces definirse el Matrimonio *in fieri*: es el contrato bilateral, formal, consensual entre personas jurídicamente hábiles, que surge del consentimiento legítimamente manifestado, por el cual, ambas partes, varón y mujer, constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural a su propio bien y a la generación y educación de la prole.

...Refiriéndonos al M específicamente canónico tenemos que añadir que se trata de consorcio indisoluble y exclusivo que, entre bautizados, ha sido elevado por Jesucristo a la dignidad del sacramento.

...El M como institución jurídica es estudiado científicamente por el Derecho. Este derecho matrimonial puede ser considerado bajo dos aspectos

complementarios, objetivo y subjetivo. Derecho matrimonial objetivo: el conjunto de leyes o simplemente propuestas por la Iglesia (derecho divino positivo y natural) o positivamente impuestas por ella (derecho eclesiástico) en uso de su autoridad, que tiene por objeto regular no sólo lo que afecta a la sustancia misma del M, sino también todo aquello que se refiere a su integridad o complemento. Derecho matrimonial subjetivo: el conjunto de facultades de obrar derivadas del derecho subjetivo: el conjunto de facultades de obrar derivadas del derecho objetivo.”<sup>30</sup>

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.

De acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal, se ha establecido que el Matrimonio ya no es un Contrato Civil, sino que ahora prevalece la idea de que es una unión natural, en términos de lo señalado por el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal que establece lo siguiente:

“Matrimonio es la unión libre de un hombre y una Mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige. (Art. 146 CC).”

El matrimonio es una Institución natural y por ello conlleva la unión de un hombre y una mujer y así poder hacer una vida juntos, procrear hijos, llevando a cabo todas las formalidades que el matrimonio requiere.

---

<sup>30</sup> CORRAL SALVADOR Carlos (director) Orteaga Embil José Ma. Diccionario de Derecho Canónico. Universidad Pontificia Comillas Edit. Tecnos S.A. Madrid, España 1989. pp. 386-388.

### 2.1.3 Concepto Sociológico.

Desde el punto de vista sociológico, “constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. Es evidente que el matrimonio trasciende como una institución social, ya que está gobernado por normas institucionalizadas, en cuanto a marido, mujer y también los hijos conceptualizan posiciones sociales o roles que la sociedad reconoce, respeta, y de algún modo organiza. El matrimonio es desde este punto de vista, tributario de la noción sociológica, que a su vez incorpora también los componentes éticos y culturales que denotan el modo en que cada sociedad, en un tiempo o época dada, considera legítima la unión intersexual.”<sup>31</sup>

Desde este punto de vista, puede distinguirse el matrimonio de todas las demás uniones entre un hombre y una mujer no institucionalizadas, como las concubinarias, en las que si bien existe el trato intersexual, puede existir convivencia estable, fidelidad, y apariencia matrimonial, lo cierto es que carecen de las condiciones establecidas por la ley para ser consideradas como un matrimonio.

Los sociólogos definen al matrimonio como: “una relación estable de cohabitación sexual y domiciliar, entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad como una institución domiciliar y educativa de la prole que pueda surgir”.<sup>32</sup>

Ingrid Brena Sesma: “El matrimonio, es la unión de un hombre y una mujer con el propósito de formar una unidad de vida en la cual ambos se comprometen a prestarse ayuda mutua, solidaridad y afecto, cumpliendo con las solemnidades señaladas por la ley.”<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> BOSSERT, Gustavo A. Op. cit. p. 51.

<sup>32</sup> PÉREZ DUARTE y N. Alicia Elena. Op. cit. p. 20.

<sup>33</sup> BRENA SESMA, Ingrid. Derechos del Hombre y la Mujer Divorciados. Cámara de Diputados. LVIII Legislatura. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 3.

### 2.1.4 Definiciones de matrimonio.

Parra Benítez Jorge: “Para Colombia en su artículo 113 del CC, el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”<sup>34</sup>

Montero Duhalt Sara: “Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.”<sup>35</sup>

Bossert, Gustavo: “El Matrimonio: Concepto.- Sabemos que el derecho de familia institucionaliza el reconocimiento de las dos relaciones biológicas básicas que dan origen a la familia: la unión intersexual, es decir la unión de un hombre y una mujer, y la procreación, a través de la cual se constituye la relación entre padres e hijos. Ambas a su vez, dan origen de las relaciones que determina el parentesco.”<sup>36</sup>

Gómez Piedrahita Hernán: “Tiene su origen en la palabra sánscrita *mātar*, en el latín *mater* o en la voz indoeuropea *ma* y en hebreo *am*, que indica amor, amarse. Es decir, el matrimonio equivale a la unión de un hombre y una mujer con fines de procreación y protección de la madre y de los hijos.”<sup>37</sup>

“Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”. (Art. 146 CC).

---

<sup>34</sup> PARRA BENÍTEZ, Jorge. Op. cit. p. 198.

<sup>35</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 97.

<sup>36</sup> BOSSERT, Gustavo. Op. Cit. p. 51.

<sup>37</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Op. cit. p. 50.

García Garrido Manuel de Jesús: “El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer en comunidad plena de vida y en comunicación del derecho divino y humano. Modestino, 1 reg. D. 23.2.1.”<sup>38</sup>

Salvador Carlos Corral: Canon 1055, “el matrimonio es la alianza por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenada por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, alianza elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.”<sup>39</sup>

## **2.2 Naturaleza jurídica del matrimonio.**

“A la figura del matrimonio, se le han atribuido distintas naturalezas jurídicas: como acto jurídico de muy diversa clase; como contrato con características especiales; como estado civil; como institución, como sacramento. Ninguna de estas figuras determina en forma exclusiva el carácter del matrimonio y, mucho menos, son excluyentes unas de otras; más bien se complementan. El matrimonio es indudablemente un acto jurídico bilateral, es un contrato de muy especial naturaleza; una vez realizado atribuye a los consortes un estado civil particular, mismo que esta regido por la institución jurídica del matrimonio. Para el derecho canónico es un sacramento.”<sup>40</sup>

Por lo que respecta al punto de vista y postura de la autora es aceptable toda vez que existen distintos enfoques encaminados a encontrar la verdadera naturaleza jurídica por lo que analizaremos cada uno de ellos.

a). “Matrimonio como Acto Jurídico. ... Es la manifestación de voluntad sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas. El matrimonio

---

<sup>38</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel de Jesús. Op. cit. p. 723.

<sup>39</sup> CARLOS CORRAL, Salvador Op. cit. p. 386.

<sup>40</sup> MONTERO DUHALT Sara. Op. cit. p.111.

es un acto jurídico por que surge de la voluntad de las partes que lo contraen, y una vez realizado produce consecuencias jurídicas previamente establecidas en la ley.”<sup>41</sup>

Por lo que respecta a que tipo de acto jurídico pertenece; algunos autores manifiestan que es un acto jurídico bilateral, toda vez que basta con la voluntad de los que van a contraer el matrimonio para que este se celebre y estén de acuerdo con las consecuencias jurídicas para ambos consortes.

Otro punto de vista es que es un acto plurilateral ya que la simple manifestación de voluntad de quienes pretenden contraer matrimonio no es suficiente toda vez que debe ir acompañada forzosamente de la manifestación de la voluntad de la autoridad competente (juez del Registro Civil) como elemento de existencia de ese acto jurídico; por consiguiente la sola manifestación de los contrayentes es insuficiente para que se realice el acto jurídico matrimonio.

b). “Matrimonio como Contrato. El matrimonio es forzosamente un contrato porque crea entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas.

Algunos autores niegan que el matrimonio sea un contrato toda vez que los contratos se refieren fundamentalmente al aspecto patrimonial de las relaciones jurídicas, y el matrimonio es esencialmente productor de relaciones personales de carácter moral, no patrimonial.

... El matrimonio es un contrato solemne de derecho de familia y de interés público que hace surgir entre los que lo contraen el estado civil de casados con todos los derechos y obligaciones determinados por el orden jurídico a través de las instituciones del mismo nombre.”<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Ídem. p. 113.

<sup>42</sup> Ídem. p. 113.

c) El Matrimonio como Estado. Esto se refiere a los que contraen matrimonio cambian su estado civil anterior por el de casados. El matrimonio tiene como característica la permanencia y es precisamente por esta figura que se adquiere el estado civil. “El estado civil de casados es la situación de los consortes frente a la familia y frente a la sociedad. Este estado civil solo puede cambiarse mediante las formas de extinción del matrimonio que son: la muerte, la nulidad o el divorcio. Mientras no se den cualquiera de estos tres supuestos: muerte de un cónyuge o sentencia que cause ejecutoria que declare la nulidad o el divorcio, no extingue el estado de casado que tiene un sujeto.”<sup>43</sup>

d) El Matrimonio como Institución Jurídica. Desde este punto de vista diremos que Institución “... es un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público. ...El matrimonio está regulado como un todo orgánico en la parte correspondiente de Código Civil (Título V, capítulo primero del Libro Primero), y en lo relativo a las actas del Registro Civil (Título IV, capítulo segundo del Libro Primero). En esa normas se establecen los diferentes aspectos del matrimonio: requisitos para contraerlo y derechos y deberes derivados del mismo, que surgen con la independencia de la voluntad de los sujetos, emanados directamente de la ley en forma imperativa. Los requisitos para contraer matrimonio deben ser forzosamente cumplidos y si por alguna circunstancia no se cumplen, el matrimonio estará afectado de nulidad, ya sea absoluta o relativa y, en algunos casos excepción, el incumplimiento de ciertos requisitos se declarará que es <<ilícito pero no nulo>>.”<sup>44</sup>

Una vez celebrado el matrimonio, nacen para los cónyuges, independientemente de su voluntad, derechos y deberes recíprocos derivados directamente de la ley, por que el matrimonio es una auténtica institución jurídica en la que la voluntad de los sujetos es inoperante en ese sentido.

---

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Ídem. p.114.

El matrimonio no es rescindible por incumplimiento; únicamente dará lugar a la acción de divorcio, cuando la conducta de alguno de los cónyuges, en incumplimiento de los deberes matrimoniales sea la causal de divorcio.

e). El Matrimonio como Sacramento en el Derecho Canónico. “El matrimonio para el derecho canónico fue siempre un contrato de carácter natural regulado por la ética cristiana y elevado a la categoría de sacramento en el siglo XVI por el Concilio de Trento (1545-1563). El Código de Derecho Canónico establece en el canon 1012: <<Cristo nuestro señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados. Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento>>. El canon siguiente (1013) establece los fines del matrimonio: <<La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio. La ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia es su fin secundario>>.”<sup>45</sup>

Los países de ascendencia cristiana regularon el matrimonio desde el punto de vista religioso, de manera que el mismo fue considerado como sacramento y como vínculo indisoluble hasta que surgió la reforma protestante.

“El matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.”<sup>46</sup>

Otro enfoque de análisis que hacen diversos autores es el matrimonio como acto jurídico, y el matrimonio como relación jurídica.

Como acto jurídico el matrimonio es un contrato y que, particularmente entre bautizados, es un sacramento que se constituye a través del contrato matrimonial

---

<sup>45</sup> Ídem. p. 115.

<sup>46</sup> Ídem. pp.15 y16.

válido. Los deberes y derechos se imponen a los cónyuges por la ley y estos no pueden alterarlos, modificarlos, restringirlos, o acaso ampliarlos.

Esta concepción contractual destaca la función esencial de la libre y plena voluntad de los contrayentes que constituye el vínculo.

“Se considera que el matrimonio, como acto jurídico, responde a la libre voluntad del hombre y mujer, pero a la vez la libre voluntad trasciende a la relación jurídica matrimonial, considerando también que esta relación jurídica está gobernada o debiera estarlo en la mayor medida posible, por la autonomía de la voluntad que, entonces les permite a los cónyuges, si fracasan en su unión, rescindirla o disolverla, del mismo modo que pueden las partes de un contrato rescindirlo o revocarlo de acuerdo con las normas generales. Para la doctrina contractualista clásica la idea del matrimonio como contrato civil condujera a autorizar la disolución del vínculo matrimonial con suficiente fundamento en el distracto de los esposos.”<sup>47</sup>

En las doctrinas italiana, alemana y española se impone la tendencia al referirse al matrimonio como un contrato de derecho familiar, distinguiéndose entre el hecho contractual entre sí, acto jurídico matrimonial que se agota en un libre intercambio de consentimiento, y la disciplina de la relación contractual, es decir, su regulación, que no queda librada de los dictados de la autonomía de la voluntad ni puede ser rescindida, ni puede estar sujeta a modalidades, por que en definitiva esa disciplina, esa regulación, viene determinada por la ley que establece con precisión los deberes y los derechos irrenunciables y recíprocos de los cónyuges.

En conclusión a estas debemos establecer que las relaciones jurídicas matrimoniales se constituyen a partir de un acto jurídico matrimonial.

En resumen en cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, podemos decir que la misma es múltiple, toda vez que por matrimonio se entiende el acto jurídico,

---

<sup>47</sup> BOSSERT, Gustavo A. Op. cit. p. 57.

como contrato solemne de derecho de familia y de interés público. Matrimonio es la ceremonia misma que da nacimiento al mismo. Matrimonio es el estado civil de los casados. Matrimonio es una institución cuando la contemplamos como un conjunto de normas de carácter imperativo que regulan un todo orgánico (el estado de casados) y que persiguen una finalidad de interés público; y por último para el derecho canónico y para los sistemas jurídicos que aceptan el mismo como regulador de la vida familiar de los sujetos, el matrimonio es un sacramento, entendido por tal, un contrato natural al que la Iglesia considera de carácter sagrado e indisoluble en vida de los cónyuges.

### **2.3 Evolución del matrimonio.**

En la evolución del Matrimonio, encontramos varios momentos difíciles que nos demuestran los actuales conceptos que tenemos del matrimonio.

La evolución del matrimonio a través de la historia nos da un panorama en el cual desde tiempos ancestrales se manifestaba la desigualdad del trato entre las personas de ambos sexos, el predominio del varón y el sojuzgamiento de la mujer.

Es difícil definir como evolucionó el matrimonio en tiempos remotos toda vez que no contamos con datos auténticos de lo que sucedió, por lo que estudiosos antropólogos y sociólogos entre otros han tomado en consideración las formas actuales de grupos étnicos que han permanecido al margen de la civilización (La Polinesia, lugares de América, de África o de Asia muy apartados de los demás pueblos), o simplemente elaboran teorías basadas en los poquísimos vestigios que ese han encontrado en pueblos primitivos y en suposiciones de cómo vivieron esas arcaicas culturas.

La teoría tradicional acerca del comportamiento sexual de los primeros

humanos nos habla de una total promiscuidad en la que los hombres no dejan de guiar más que por su instinto, el que satisfacen cuando surge y con la pareja que este a la mano.

Podemos notar en tiempos remotos la mujer era utilizada como objeto sexual de satisfacción. Oscuros son los orígenes de la prepotencia masculina ya es hasta el presente siglo en donde empieza despertarse la conciencia femenina.

El matrimonio ha sido, en su forma tradicional la institución más falazmente opresora de la condición femenina, revestido con términos culturales de seducción (la tradición, la moral, los convencionalismos, la “gloria” de la maternidad, la protección del fuerte al débil, el amor romántico, la dulzura del servicio a los demás, el ser el ángel del hogar, etc., etc.) a el aspiran conciente o inconscientemente todas las jóvenes. Y el resultado final en la mayoría, es la frustración (reconocida pero con frecuencia negada, pero totalmente cierta) en la vida de las parejas.

#### Teoría Tradicional sobre la Evolución del Matrimonio.

Esta teoría se distingue en varias etapas, que estuvieron presentes en varias culturas. Que son las siguientes: La primitiva promiscuidad sexual, el matrimonio por grupos que asume a su vez variantes, el matrimonio por raptos, el matrimonio por compra, el matrimonio consensual, el matrimonio solemne, el matrimonio canónico y el matrimonio civil.

La Maestra Sara Montero Duhalt, considera que existen cinco grandes etapas en la **evolución histórica del matrimonio.**

- 1°. Primitiva promiscuidad.
- 2°. Relaciones sexuales por grupos.
- 3°. Matrimonio por raptos.

4°. Matrimonio por compra.

5°. Matrimonio consensual.”<sup>48</sup>

Para tener una mejor visión al respecto explicaremos brevemente en que consistía y como se constituyó cada una de las diferentes etapas del matrimonio.

El primer antecedente que se tiene, es decir la **primitiva promiscuidad o etapa de salvajismo**, es en la cual el humano se comportó seguramente guiado solamente por sus instintos primarios: la búsqueda del alimento para la sobrevivencia y el instinto reproductor para continuidad de la especie. El humano cumplía con las exigencias de la naturaleza sin más trabas que las impuestas por la misma. La lucha feroz del hombre por sobrevivir en situación de desventaja con otras especies animales mucho más fuertes, hizo desarrollar forzosamente su habilidad y astucia, y con ello su intelecto. Al desarrollar su inteligencia, pudo dominar a los demás animales y a las propias fuerzas de la naturaleza. En esta etapa el parentesco se establece únicamente por línea materna.

Surge posteriormente el **matrimonio por grupos**, llamado también **cenogamia** consiste en la relación sexual establecida entre un grupo de hombres con determinado grupo de mujeres en el cuál todos son cónyuges en común. La relación sexual se entable únicamente entre los miembros del grupo matrimonial, así como una primitiva regulación de derechos y deberes en razón de la convivencia grupal. Estaba estrictamente prohibido el ayuntamiento sexual; es pues aparentemente, el parentesco consanguíneo la primera restricción moral, convertida en tabú, en prohibición. En razón de esta prohibición los varones miembros de una tribu tienen que buscar mujeres fuera de la misma y viceversa, las mujeres no pueden casarse con los varones de su familia extensa. De allí surge la llamada exogamia que consiste precisamente en la relación sexual con miembros de tribus diferentes a los de la propia.

---

<sup>48</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 100.

Mas tarde al aparecer el **matrimonio por raptó** en donde se considero a las mujeres de los vencidos como parte del botín de guerra de los vencedores, el matrimonio por captura es ya un primer paso hacia la monogamia. El raptor se casa únicamente con la raptada y la considera objeto de su propiedad, puesto que fue su botín y como tal, le exige fidelidad y obediencia plena, castigándose terriblemente sus faltas al respecto; no sucede lo propio con el hombre, quien es libre por ser el conquistador y puede ser impunemente infiel. Derivada de la exclusividad sexual que tiene el hombre sobre la mujer raptada, los hijos de ésta tendrán paternidad cierta; el hombre se siente seguro de su paternidad y en base a ella, sus hijos serán sus herederos legítimos. Surge por vez primera el parentesco por línea paterna y el régimen patriarcal.

Una forma más avanzada la encontramos en la cuarta etapa que a través de la evolución histórica el matrimonio ha tenido; y hablamos del **matrimonio por compra**, en el que las mujeres son objeto de propiedad, por tanto están dentro del comercio. El esposo adquiriría un derecho de propiedad sobre la mujer, y al igual que en la anterior; ésta y los hijos estaban sometidos al padre, que tenia la potestad absoluta, y la filiación se reglamento en función de la paternidad. El precio llegó a significar la legitimación del matrimonio y daba firmeza y realce al honor de la mujer. Una situación totalmente inversa al matrimonio por compra lo encontramos en el sistema de la dote, tal usual en el reciente pasado y todavía acostumbrada en muchas sociedades. Consiste la misma en las cantidades de dinero o bienes que el padre u otros familiares entregan al novio como contribución por las cargas que le significarán el sostenimiento del nuevo hogar. Como quiera que sea por compra, por intercambio, por servicios, por regalos o por dote todas estas formas de matrimonio implican que a la mujer se le considerara objeto con un valor determinado.

Por ultimo haremos una breve referencia acerca del **matrimonio consensual**, que consiste en la unión matrimonial de un hombre y una mujer derivada únicamente de su libre consentimiento. El matrimonio consensual puede

entenderse también como una forma de unión que no requiere de ciertas formas específicas y normalmente solemnes para que el mismo tenga validez. Como ejemplo de matrimonios consensuales, tenemos **el matrimonio romano**, el cual era considerado un hecho natural, un estado de vida cuando se presentaban los dos elementos esenciales del mismo: la comunidad de vida (*deductio*) y la comunidad espiritual ( *affectio maritales*); **el matrimonio canónico** en el cual los propios contrayentes son quienes manifiestan su voluntad de unirse en matrimonio, y la presencia de la autoridad eclesiástica tiene únicamente el papel de testigo de calidad; **el matrimonio civil moderno** es considerado un acto solemne. Consiste en la solemnidad en que forzosamente tiene que realizarse frente al juez del Registro Civil, en que éste preguntará a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y, ante la respuesta afirmativa de ambos, declarar en nombre de la ley y de la sociedad que los contrayentes han quedado unidos en legítimo matrimonio. Acto seguido se levantará el acta y será firmada por los consortes y el juez cuando menos.

“El matrimonio consensual moderno o Common law marriage es aquel creado por el mutuo consentimiento de las partes contrayentes, y cuya validez no depende de ceremonia alguna, bien sea de tipo civil o religioso.”<sup>49</sup>

El Estado de Nueva York en 1809 afirmó “para que exista matrimonio no es necesaria la celebración del mismo”. “Un contrato de matrimonio celebrado per verba praesenti equivale a un matrimonio formal, y es tan válido como si se hubiese perfeccionado en facie ecclesiae.”<sup>50</sup>

## 2.4 El matrimonio en México.

En la época prehispánica el matrimonio lo resolvían los parientes de los futuros esposos, los que no podían intervenir en su decisión. Los arreglos para la

---

<sup>49</sup> Ídem. P. 109

<sup>50</sup> Ibidem.

boda los hacían las ancianas y nunca los familiares del contrayente; por costumbre se contestaba en forma negativa la primera vez, pero se otorgaba el consentimiento cuando, se insistía en la solicitud.

La familia azteca, fundó organización bajo el régimen patriarcal; el padre era el encargado de criar y mantener a sus hijos, darles buenos consejos y buenos ejemplos. Se practicaba la poligamia pero solo una se consideraba legítima.

En la Colonia se realizaba el matrimonio conforme al sacramento ante el eclesiástico. La clase indígena fue relegada y marginada, se le dejaba vivir de acuerdo a sus costumbres, pero cumpliendo con las disposiciones referentes al matrimonio como sacramento que debía bendecir un sacerdote.

En el México Independiente aparecieron las primeras leyes que reglamentaban la institución del matrimonio, considerándolo como un contrato exclusivamente civil. Sólo se permitía la separación de cuerpos, sin la posibilidad de contraer nuevas nupcias.

#### **2.4.1 Requisitos para contraer matrimonio en el Distrito Federal.**

“Artículo 148 CC.- 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 por imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.”

El matrimonio, como todo acto jurídico, esta compuesto por elementos: de fondo y de forma que son esenciales para que surja a la vida jurídica y para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a la nulidad.

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

#### **2.4.1.1 Requisitos de fondo.**

Los requisitos de fondo son aquellas características que afectan a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de realizar un matrimonio válido.

El matrimonio por ser un acto civil de gran importancia esta revestido de diversas formalidades. De tal manera, que la condición indispensable por la cual se realiza es sin lugar a dudas, el de la perpetuación de la especie, esto es el inicio de la procreación biológica y las bases de la descendencia.

Los requisitos de fondo para que éstos se realicen son los mismos para la celebración del acto matrimonial, y son:

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

**Diferencia de sexo.** El matrimonio es un acto jurídico que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer. Se dice que uno de los objetos específicos del matrimonio consiste en la creación de derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, resulta evidente que la identidad sexual en los consortes, originaría un obstáculo insuperable de carácter legal.

Así en nuestro sistema social y jurídico no caben las especulaciones sobre la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la procreación ha sido considerada como uno de los fines principales del matrimonio.

**Pubertad legal.** Se debe entender por pubertad la aptitud para la relación sexual y la procreación, y por pubertad legal, la edad mínima que fija el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 148 (16 años), para poder celebrar el matrimonio, considerando que ya se tienen la aptitud física para la procreación.

Si la institución matrimonial tiene como fin y objetivo de llevar una vida juntos y la posibilidad de procreación, es de entenderse, que nuestra legislación deba por fuerza de proteger esa circunstancia, esto es, que en la institución del matrimonio exista la procreación, de tal manera, que ambos tengan 16 años es suficiente y apta para que estos puedan ser púber, y estén en la posibilidad de procrear.

Los sujetos deberán tener capacidad para contraer matrimonio, es decir que en principio sólo los mayores de edad podrán celebrarlo, sin embargo esta circunstancia puede ser dispensable y pueden contraer matrimonio los menores de edad pero mayores de dieciséis años, siempre y cuando se obtenga el consentimiento conforme a lo establecido en el artículo 148 del Código Civil.

El objetivo del matrimonio es lograr la procreación de la especie, entonces para crear la institución del matrimonio se requiere ser púber.

La pubertad significa, que tanto el hombre como la mujer, esta en aptitud de procrear, la mujer en el momento en que empieza a ser púber y comienzan sus ciclos menstruales, es aquí en donde el óvulo alcanza su madurez, y esta en aptitud de ser fecundado. Por otro lado, el hombre en el momento en que logra la eyaculación, en ese instante, logra la fecundación del óvulo y con esto crear un ser humano.

Los objetivos de la institución matrimonial, deben llegar a cumplirse suficientemente de ahí, que la pubertad, sea uno de los principales requisitos que para tanto el hombre como la mujer puedan contraer matrimonio, de esta manera encontraremos como la edad se constituirá como uno de los principales requisitos que otorgan la posibilidad de contraer matrimonio.

**Autorización familiar (padres, tutores) o suplencia por la autoridad judicial o administrativa.** Desde tiempos pasados, el matrimonio ha sido considerado de interés familiar y se ha requerido de la conformidad de la familia para su celebración, incluso entre los mayores de edad.

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

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

1. De quien ejerza la patria potestad
2. De quien ejerza la tutela
3. Del juez de lo familiar, a falta del tutor.

**Consentimiento de los contrayentes.** En nuestro tiempo y dentro de nuestra cultura el matrimonio no se concibe sin el consentimiento de los contrayentes, pues se trata de un acto jurídico que, por lo mismo requiere de la manifestación de la libre

voluntad, certeza y capacidad de los contrayentes; esto es, de la manifestación de la voluntad libre de todo vicio para que pueda válidamente expresarse.

El consentimiento será de los dos, como personas que se entregan y se aceptan; se dan y se reciben como personas.

El consentimiento es el acuerdo de voluntades de los contrayentes.

La voluntad es la exteriorización del parecer de una persona respecto de determinado acto, así en el matrimonio, la voluntad que ha de conformar el consentimiento se da en dos etapas, como lo refiere la autora Sara Montero Duhalt:

“Es la doble voluntad que se manifiesta en dos momentos: en la solicitud de matrimonio que se presenta ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los pretendientes; segundo momento: en la ceremonia misma de la boda, al contestar **sí** a la pregunta del Juez en el sentido de si acepta como cónyuge a la persona con quien se va a casar. Es en este segundo momento que se configura realmente el consentimiento.”<sup>51</sup>

Por su parte al referirse al consentimiento el autor Parra Benítez Jorge señala:

“El consentimiento es la manifestación de adhesión al acto que se celebrará, es esencial y de su existencia dependerá la del acto realizado desde un ángulo jurídico.”<sup>52</sup>

Por su parte el autor Gómez Piedrahita Hernán nos dice al respecto:

---

<sup>51</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 122.

<sup>52</sup> PARRA BENÍTEZ, Jorge. Op. cit. p.199

“El consentimiento matrimonial debe ser puro, es decir, sin condición o modalidad alguna. Las partes deben manifestar su deseo y mutuo consentimiento de casarse, sin más requisitos.”<sup>53</sup>

### **Ausencia de Impedimentos.**

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

Debemos de mencionar que antes, los contrayentes debían estar libres de enfermedad contagiosa, hereditaria, incurable o mortal, sin embargo conforme a las reformas de 29 de mayo de 2000, si los cónyuges saben de este tipo de padecimientos y desean celebrar de todas formas el matrimonio lo podrán hacer, tal y como lo establece el artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 156.- Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

- I. La falta de edad requerida por la Ley;
- II. La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo familiar en sus respectivos casos;
- III. El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
- IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
- V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;
- VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer

---

<sup>53</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán Op. cit. p. 79

matrimonio con el que quede libre;

VII. La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;

VIII. La impotencia incurable para la cópula;

IX. Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria;

X. Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

(Art. 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.”)

XI. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer; y

XII. El parentesco civil extendido hasta los ascendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.

En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consaguinidad en línea colateral desigual.

La fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro cónyuge.

La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento

de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.”

### **2.4.1.2 Requisitos de forma.**

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

Las diversas formalidades que reviste la institución matrimonial ante el juez del registro civil, son de vital importancia pero también se deben de tomar en cuenta la documentación que se pide en las oficinas del registro civil.

#### **Previos a la celebración.**

Los trámites previos a la celebración del matrimonio. Consisten básicamente en satisfacer los requisitos que corresponden a la solicitud que deben presentar los interesados ante el Juez del Registro Civil (artículo 97) y en la que manifiestan:

- a).- Sus nombres, edad, domicilio y ocupación;
- b).- Los de sus padres;
- c).- Que no tienen impedimento para casarse, y
- d).- Que es su voluntad unirse en matrimonio.

A la solicitud deberán acompañar los documentos previstos en el artículo 98 del Código Civil para el Distrito Federal.

**“Artículo 98.** Al escrito a que se refiere el artículo anterior, se acompañará:

I. El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto sea notorio que son menores de dieciséis años;

II. La constancia de que prestan su consentimiento para que el matrimonio se celebre, las personas a que se refieren los artículos 149, 150 y 151;

III. La declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse. Si no hubiere dos testigos que conozcan a ambos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos;

IV. Un certificado suscrito por médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen una enfermedad crónica e incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria.

Para los indigentes tienen obligación de expedir gratuitamente este certificado los médicos encargados de los servicios de sanidad de carácter oficial;

V. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio ni aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse en convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el Oficial del Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado.

Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuese necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañara un testimonio de esa escritura;

VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente;

VII. Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.”

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

En el matrimonio religioso, así como en otros sistemas jurídicos, se hace necesario dar publicidad a la celebración a efecto de que cualquiera que sepa de un impedimento, lo dé a conocer con ello especialmente los casos de bigamia, que la clandestinidad del acto podría proporcionar.

### **Propios de la celebración.**

En nuestro Código Civil del Distrito Federal, se establece que la celebración del matrimonio se dará ante la presencia del Juez del Registro Civil, en términos de lo dispuesto por el artículo 102 que dispone:

“Artículo 102.- En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44.

Acto continuo, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, les hará saber los derechos y obligaciones legales que contraen con el matrimonio para posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad”.

El acto de la celebración está rodeado de formalidades análogas a la misma.

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

- a) Los pretendientes o su apoderado especial.
- b) Los padres o tutores, si se trata del matrimonio de menores.

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

- a) Leerá en voz alta la solicitud y los documentos que la acompañan;
- b) Les hará saber a los contrayentes los derechos y obligaciones que contraen con el matrimonio.
- c) Preguntará a cada contrayente, si es su voluntad unirse en matrimonio;
- d) En caso afirmativo, declararlos casados en nombre de la ley y de la sociedad.

3. El juez, posteriormente:

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

**“Artículo 103.** Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

II.- Si son mayores o menores de edad;

III.- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;

IV.- En su caso, el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, la tutela o las autoridades que deban suplirlo;

V.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

VI.- La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la Ley y la sociedad;

VII.- La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;

VIII.- Derogado;

IX.- Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.”

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

El estado de casados implica la aplicación imperativa de una serie de deberes y derechos recíprocos entre los cónyuges que podemos analizar desde dos puntos de vista que son:

## **2.5 Efectos en cuanto a los bienes.**

Las consecuencias jurídicas patrimoniales o económicas presentan diversos aspectos: las cargas económicas que trae consigo la vida en común en el hogar; las donaciones antenuptiales, las donaciones entre consortes y los regímenes patrimoniales que establezcan los cónyuges con respecto a sus bienes propios.

El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer que llevan como principal propósito el integrar una comunidad conyugal de vida; pero como toda comunidad

requiere de bienes, dentro de la legislación se ha tomado en consideración el régimen matrimonial de bienes para reglamentarlo, según época y lugar.

a). Donaciones antenuptiales.- Están reguladas en el Código Civil en sus artículos 219 a 231 inclusive.

“Artículo 219.- Son donaciones antenuptiales:

I. Las realizadas antes del matrimonio entre los futuros cónyuges, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado; y

II. Las que un tercero hace a algunos o ambos de los futuros cónyuges, en consideración al matrimonio.”

Las donaciones antenuptiales son una especie del género contrato de donación, llamadas por el Código donaciones comunes, y reguladas en los artículos 2332 a 2383.

“Artículo 2332.- Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.”

Las donaciones antenuptiales que hace un cónyuge al otro no podrán exceder en su conjunto de la sexta parte de los bienes del donante.

Las donaciones que haga un extraño serán inoficiosas en los términos que fueren las comunes.

Las donaciones antenuptiales no necesitan aceptación expresa, ni se revocan por sobrevenir hijos al donante. Si no llegare a realizarse el matrimonio en virtud del cual se hicieron las donaciones, estas quedarán sin efecto.

b). Donaciones entre consortes.- Se llaman así las que se hacen un cónyuge a otro durante la vigencia del matrimonio.

Serán válidas si no son contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes a recibir alimentos. Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas por los donantes mientras subsista el matrimonio.

Las donaciones entre consortes solamente pueden tener lugar cuando el matrimonio está regido por el sistema de separación de bienes.

c). Regímenes patrimoniales del matrimonio.- Estos regímenes son dos en nuestra legislación establecidos: separación de bienes y Sociedad conyugal.

### **2.5.1 Regímenes patrimoniales.**

Por régimen patrimonial del matrimonio debemos entender el conjunto de normas que regulan todos los asuntos pecuniarios, propiedad, administración y disposición de los bienes de los cónyuges, así como los derechos y obligaciones que al respecto se generen entre ellos, y entre los cónyuges y terceros, tanto al momento de celebrarse el matrimonio, mientras dure y cuando llegare a disolverse.

Se encuentra regulada en el Código Civil en los artículos 178 a 206 Bis inclusive.

Se entiende por tal régimen patrimonial mediante el cuál los cónyuges son dueños en común de los bienes incluidos dentro de la sociedad conyugal. La misma puede ser total o parcial. Será total cuando estén comprendidos dentro de la sociedad todos los bienes presentes y futuros de los consortes, así como los

productos de los mismos. Será parcial cuando establezca distinción entre las clases de bienes que entrarán a la sociedad.

A continuación analizaremos los regímenes patrimoniales contemplados por nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal los cuales están enunciados en el artículo 178 mismo que nos señala dos tipos de regímenes patrimoniales: Sociedad Conyugal y Separación de Bienes.

### **Sociedad Conyugal.**

Señala el artículo 184 CC que “la sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante éste y podrán comprender, entre otros los bienes de que sean dueños los otorgantes al formarla.”

La constitución de la sociedad conyugal significa auténticamente una transmisión de bienes, no a la sociedad conyugal, que no es una persona jurídica, sino al otro cónyuge en un cincuenta por ciento.

Al iniciar la regulación de la sociedad conyugal, el artículo 183 CC estipula que “La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones generales de la sociedad conyugal.

Los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario.”

Los requisitos para constituir la sociedad conyugal están establecidos en el artículo 189, al tenor siguiente:

“Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

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

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

III. Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas, o únicamente de las que contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;

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

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

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

VII. La declaración acerca de que si ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan;

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

IX. La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna; y

X. Las bases para liquidar la sociedad.”

Analizando el artículo transcrito podemos destacar que los bienes pueden integrar la sociedad conyugal desde diferentes puntos de vista:

a) Bienes presentes de los consortes y los productos de los mismos. Con respecto ellos se deben enumerar cuales entran dentro de la sociedad, en que proporción de los mismos y si sus productos pertenecerán o no a la misma. Si los bienes son inmuebles tendrán que otorgarse las capitulaciones en escritura pública.

b) Bienes futuros y sus productos. Éstos se clasifican a su vez, en bienes provenientes del trabajo de cada uno de los cónyuges, y los obtenidos por otros conceptos. Deberá de especificarse cuales de estos bienes entrarán, lo mismo con respecto a los productos de una y otra clase.

En conclusión de este concepto decimos que es el conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí ya en sus relaciones con los terceros.

### **Separación de bienes. (Art. 207 a 217)**

“Artículo 207.- Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también de los que adquieran después.”

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

Al igual que en la sociedad conyugal puede incluir tanto los bienes presentes como los bienes futuros de cada uno de los cónyuges, así como sus productos, la separación será parcial y habrá que crear la sociedad conyugal con los bienes restantes de acuerdo a los requisitos exigidos al respecto.

Los cónyuges pueden libremente cambiar el régimen de separación de bienes por el de sociedad conyugal, debiendo cumplir con los requisitos establecidos por la ley.

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

## **2.6 Efectos en cuanto a los hijos.**

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

En México se ha eliminado la desigualdad de trato con motivo de la filiación matrimonial o habida fuera del matrimonio. Una vez establecida la filiación, los hijos son simplemente hijos, sin ningún calificativo de legítimos, naturales, espúreos, etc.

Por razón del matrimonio los hijos habidos durante la vigencia del matrimonio y hasta trescientos días después de extinguido el mismo, nacen con paternidad cierta: el marido de la madre es el padre de los hijos que la misma dé a luz.

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

## **2.7 Extinción del matrimonio.**

Son tres las formas legales de extinción del matrimonio: la muerte de uno de los cónyuges, la nulidad y el divorcio.

### **2.7.1 Concepto de divorcio.**

Es la forma de disolución del estado matrimonial; entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su conciliación.

El divorcio al igual que el matrimonio es una institución reconocida universalmente, que ha sido un medio de extinción del matrimonio, dando fin a situaciones conyugales incompatibles que van en contra de los fines del matrimonio; también es considerado como un mal necesario para evitar males mayores e injusticias innecesarias.

“La palabra divorcio deriva de la voz latina *divortium* que significa separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes. Divorcio es la antítesis de matrimonio. Matrimonio significa unión, comunidad, encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo: con-yugal. Divorcio es el rompimiento del vínculo, de la unión. Seguir sendas diferentes los que antes marchaban por el mismo camino.”<sup>54</sup>

Desde sus orígenes latinos el término divorcio implica el significado de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente y en el medio jurídico, por divorcio debamos de entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad competente.

---

<sup>54</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 196.

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

Analicemos algunos conceptos de diversos autores.

Gómez Piedrahita Hernán: “El Divorcio es el rompimiento o destrucción del vínculo matrimonial por sentencia de Juez Competente o por mutuo acuerdo ante notario cuando legalmente la separación de cuerpos perdura más de dos años.”<sup>55</sup>

Bossert, Gustavo A.: “Se denomina Divorcio vincular, pues, a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial.”<sup>56</sup>

Montero Duhalt, Sara: “Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.”<sup>57</sup>

Pallares Eduardo: “El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros.”<sup>58</sup>

Brena Sesma Ingrid: “Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, fundada en las causales previstas por la ley, y decretada por autoridad competente, la cual permite a los mismos contraer otro.”<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Op. cit. p. 109.

<sup>56</sup> BOSSERT, Gustavo A. Op. cit. p. 264.

<sup>57</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 196.

<sup>58</sup> PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 6ª edición. Editorial Porrúa, S. A. México. 1991 p. 36.

<sup>59</sup> BRENA SESMA, Ingrid. Op. cit. p. 5

## **2.7.2 Antecedentes del Divorcio.**

### **A).- Antecedentes históricos del divorcio.**

El divorcio toma diversas formas y produce efectos, diversos dependiendo de cada cultura en particular, pero siempre ha estado presente en todos los ordenes jurídicos.

#### **a).- Pueblos de la historia antigua.**

Los más antiguos testimonios de la historia de la humanidad hablan de alguna forma del divorcio.

Se permitió como un derecho exclusivo del varón de repudiar a su mujer por causas diversas como el adulterio, la esterilidad, la torpeza, impudicia, vida licenciosa, etc., y ocasionalmente como un derecho de la mujer por la causa casi única del maltrato del marido.

El repudio fue la forma más usual de romper el matrimonio en las culturas inscritas en la historia antigua: Babilonia, China, India, Israel, Egipto, etc.

EL DIVORCIO EN LA BIBLIA.- En el Antiguo Testamento existe un pasaje en el Deuteronomio (XXIV-I) en el que el marido podía entregar a su consorte un libelo de repudio para despacharla a su casa por torpezas de la mujer tales como: la sospecha de adulterio, la impudicia, las costumbres licenciosas.

La repudiación tenía que ser con la manifestación expresa de la voluntad del marido mediante un documento escrito que debía contener fecha, lugar, nombre de las partes y sus antecesores inmediatos; debiendo establecer que abandonaba a su mujer y que la repudiaba libremente dándole la libertad de casarse con otro.

El marido perdía lo que había donado al suegro por concepto de compra; pero si la repudiación era por falta de virginidad, tenía derecho a que se le restituyera el precio de la compra. Ya que se consideraba que había comprado un objeto usado.

La legislación hebrea concedió a la mujer el derecho de repudiar al marido, basado en el adulterio, por ser maltratada, o por que el marido fuera perezoso, o no diera cumplimiento a los deberes conyugales.

El divorcio fue condenado en los textos del Nuevo Testamento en términos generales: “Según San Marcos, a la pregunta de unos fariseos sobre si es lícito al marido repudiar a la mujer, Jesús dijo: ¿Qué os mandó Moisés?, y ellos contestaron: Moisés permitió repudiarla, precediendo escritura legal y repudio. Replicó Jesús, “En vista de la dureza de vuestro corazón, os dejo mandado eso”. Pero más adelante aclara: “cualquiera que rechazase a su mujer y tomare otra, comete adulterio contra ella y si la mujer se aparta de su marido y se casa con otro es adúltera”. (San Mateo X, 2-12).

ISRAEL.- El divorcio era admitido, aún contra la voluntad del marido en caso de adulterio.

El adulterio de la mujer se castigaba con pena de muerte, el del marido únicamente si era sorprendido con mujer casada; en los demás casos quedaba impune.

Regulaban diversas causales; algunas servían a ambos, tales como la esterilidad de la mujer y la impotencia del hombre, a los diez años de matrimonio, enfermedad insoportable (epilepsia), o contagiosa (lepra), cambio de religión o ausencia.

Las causales para la mujer eran: Si el marido no cumplía sus deberes conyugales, si llevaba vida desarreglada, si maltrataba a la mujer.

Las causales para el hombre eran: No encontrar en la mujer las cualidades que pensaba que tenía, adulterio cuando no era condenada a muerte, negativa de la mujer a consumar el matrimonio, pasearse con la cabeza o el brazo descubierto, dar al marido comida fermentada, permitirse bromas con un joven, no ser virgen al casarse.

BABILONIA.- En el Código de Hammurabi se reconocía el repudio para el hombre, pero debía devolver la dote a su mujer y en caso de que hubiera hijos le tenía que dar tierras en usufructo.

El Xend-Avesta señalaba que si la mujer no había tenido hijos después de nueve años de casada, el marido tenía el derecho de repudiarla.

PERSIA.- El divorcio era desconocido, pero la repudiación podía operar si la mujer no lograba darle un hijo a su marido durante los primeros nueve años de convivencia.

CHINA.- La repudiación era poco frecuente. Reconocían el divorcio para el hombre cuando la mujer tenía muy malas cualidades, como esterilidad, impudicia, falta de consideración y respeto debido al suegro o suegra, charlatanería, robo, mal carácter o enfermedad incurable.

INDIA.- Las Leyes de Manú admitían el repudio a la mujer en caso de que fuera estéril a los ocho años de matrimonio, que todos los hijos murieran en la minoría de edad, que hubiera engendrado solamente mujeres, si bebía licores, que padeciera enfermedad incurable, que fuera pródiga, si hablaba con dureza al marido, podía ser repudiada de inmediato.

Por su parte la mujer podía repudiar a su marido si fuera un criminal, impotente, atacado por la lepra, o tuviera ausencia prolongada en naciones extranjeras.

DERECHO MUSULMÁN.- El matrimonio podía disolverse de cuatro maneras en vida de los cónyuges: repudio de hombre, divorcio obligatorio para ambos, el mutuo consentimiento, y el divorcio consensual retribuido.

El marido podía repudiar a la mujer por adulterio o indocilidad de la misma.

El divorcio era obligatorio bajo los siguientes casos: impotencia, enfermedad que hiciera peligrosa la cohabitación, incumplimiento de las condiciones del contrato de matrimonio como no pagar la dote al marido y no suministrar éste alimentos a la mujer; el adulterio.

GRECIA.- Cualquiera de los esposos tenía la facultad de pedir la disolución del matrimonio. El marido daba un libelo de repudio como en Judea. La mujer solicitaba sentencia del arconte.

Eran causas de divorcio: el adulterio, la esterilidad, los malos tratamientos. El marido podía devolver o abandonar a la mujer aún sin razón, pero en este caso ella podía reclamar que se le restituyera la dote o que se le pagaran intereses o alimentos.

#### **b).- Derecho romano.**

Desde los orígenes de Roma el divorcio fue conocido y regulado jurídicamente. Tenía lugar en diferente forma si el matrimonio había sido celebrado cum manus o sine manus, es decir quedando la mujer bajo la potestad del marido en el primer caso, o libre de ella en el segundo.

En el matrimonio cum manus, el divorcio consistía en un derecho de repudio por parte del marido.

Si el matrimonio había sido celebrado en forma solemne por medio de la *confarreatio*, se disolvía por la *disfarreatio* en la que se necesitaban también ciertas formalidades, como el hacer una ofrenda a Júpiter, dios tutelar del matrimonio, acompañada de expresiones verbales. El sacerdote podía negarse a officiar en la *disfarreatio* cuando no existiere alguna de las causas de divorcio reconocidas por el derecho sacro.

“El matrimonio celebrado por *coemptio* (compra de la mujer), se disolvía por la *remancipatio*, otra especie de venta a semejanza de una *manumissium*, forma de salir de la esclavitud.

En el matrimonio celebrado *sine manus* el derecho de disolver el vínculo era recíproco y asumía a su vez dos formas: el divorcio *bona gratia* que no requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el mutuo consentimiento, llamado también *divortium comuni consensu*. Requería darle carácter de seriedad y notoriedad a la intención de divorciarse a través de una declaración expresa. La segunda forma era el repudio sin causa *repudium sine nulla causa* por la sola voluntad de cualquiera de los esposos y sin la intervención del magistrado o sacerdote y sin necesitarse el consentimiento de la otra parte. Las consecuencias de la repudiación eran un tanto semejantes, para ambos consortes. La mujer que repudiaba perdía su dote y las donaciones matrimoniales. Si era el marido perdía el derecho a la dote y las donaciones, cuando éstas no existían tenían que darle a la mujer la cuarta parte de su patrimonio.

Bajo el Imperio de Justiniano, se reconocían cuatro tipos de divorcio: 1) el mutuo consentimiento, suprimido posteriormente; 2) a petición de un cónyuge invocando una causa legal; 3) la voluntad unilateral y sin causa legal con sanción para el cónyuge demandante, y 4) el *bona gratia* que se fundaba en la impotencia, la cautividad prolongada o el voto de castidad.

Las causas de divorcio eran para el hombre las siguientes: a) Que la mujer hubiera encubierto algún crimen contra la seguridad del estado; b) Adulterio probado de la mujer; c) Atentado contra la vida del marido; d) Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos; e) Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo; y f) Asistencia de la mujer a espectáculos públicos (banquetes o circo) sin permiso del marido.

Las causales para la mujer: a) La alta traición oculta del marido; b) Atentado contra la vida de la mujer; c) Tentativa de prostituirla; d) Falsa acusación de adulterio; e) Locura, y e) Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella en el mismo pueblo.

El siguiente emperador, Justiniano, tuvo que restablecer el divorcio por mutuo consentimiento por exigirlo así la opinión pública, ya que esta forma se encontraba arraigada profundamente en el espíritu del pueblo romano.

A partir de Constantino, en el siglo III en que empezó a difundirse el cristianismo, el divorcio se hizo más difícil, aunque no fue suprimido. El cónyuge que repudiaba tenía que precisar las causas legítimas de repudiación.”<sup>60</sup>

### **c) Derecho Canónico.**

Tiene como característica la indisolubilidad del matrimonio, por considerarlo un sacramento perpetuo. Al respecto el canon 1118 declara: El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte.

Considera solamente ciertas formas de disolver el matrimonio y que son: el matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizados.

---

<sup>60</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. pp. 205- 207.

El derecho canónico regula el llamado divorcio-separación. Que consiste en la separación de lecho, mesa y habitación con persistencia del vínculo. Las causas para pedir la separación son varias, entre ellas el adulterio (canon 1129), el separarse un cónyuge de los principios católicos, llevar vida de vituperio o ignominia, y la sevicia (canon 1131).

## **2.8 El divorcio en México.**

### a) Derecho Precortesiano.

Se conoce muy poco de la organización jurídica de los pueblos que habitaban el actual territorio de nuestro país antes de la llegada de los españoles. Estos pueblos tenían culturas y civilizaciones varias, y estaban unidos entre sí por estrechas ligas étnicas o sociales.

Entre ellos ejerció una hegemonía severa el pueblo de los aztecas. El vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, por que se tratara de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, o por que hubiera causas que ameritaran la disolución.

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.

Las causas del divorcio eran variadas. El marido podía exigirlo en caso en que la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, sufriera una larga enfermedad o fuera estéril.

La mujer a su vez, tenía las siguientes causas: que 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. El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes, y ambos divorciados podían contraer nuevo matrimonio, salvo entre ellos mismos.

El divorcio no era frecuente ni bien visto entre los aztecas.

#### b) Derecho Colonial.

En México colonial en materia de divorcio rigió el derecho canónico. El único divorcio admitido por esta legislación, es el llamado divorcio separación que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge.

#### c) México Independiente.

Consumada la independencia en 1921, el Estado requería de una organización política propia. Debido a ello todos los esfuerzos legislativos tendieron a la creación de las normas jurídicas básicas que dieron como resultado la primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

La materia privada siguió siendo regulada por el viejo derecho español, fundamentalmente por las partidas.

Los primeros intentos surgieron a nivel de las entidades federativas que dieron como resultado la creación de Códigos Civiles o proyectos de los mismos, a nivel local.

En cuanto al Distrito y Territorios Federales, hubo que esperar hasta 1879 para que surgiera el primer Código Civil.

En 1884 entró en vigor el segundo Código Civil. En el Código Civil de 1884 conservó en el artículo 155 la indisolubilidad del matrimonio del Código Civil de 1870,

la cual para aquel entonces había sido elevada desde 1874 a rango constitucional. Por lo que el divorcio no era más que la suspensión temporal o indefinida de algunas obligaciones civiles que nacen del matrimonio, dejando íntegras otras, así como el vínculo creado por éste; es decir, el divorcio produce la separación de los cónyuges, que les exime de llevar vida en común. Fue por esta situación que a finales del siglo pasado se trató de introducir en México el divorcio vincular sin obtener ningún éxito.

En las Leyes de Reforma se establecía que el matrimonio civil no se disolvía más que por la muerte de alguno de los cónyuges.

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

Las diversas Comisiones de la Cámara de Diputados a las que pasó para estudio tal iniciativa, calificaron de inconstitucional dicha fracción, removiendo así el principal obstáculo legal para el divorcio vincular y propusieron la derogación no solo de esa fracción IX, sino de otras fracciones más del propio artículo 23 de la Ley Orgánica de 14 de diciembre de 1874, por estimar que la declaratoria de indisolubilidad del matrimonio no era de la competencia de la Federación, como lo había arrogado indebidamente esa fracción, sino que tal asunto era de competencia de los Estados.

Contra semejante dictamen se pronunció el Diputado Agustín Arroyo de Anda, argumentando que a la Federación y no a los Estados incumbía estructurar al matrimonio en cuanto contrato civil y señalar sus características esenciales de

monogámico e indisoluble, como existía en las costumbres del pueblo para el que se legislaba y se hallaba definido, lo mismo en las leyes antiguas que en la legislación moderna.

Uno de los grupos armados que se levantaron en aquella época, el jefaturado por Venustiano Carranza, publicó el 2 de enero de 1915 en *El Constitucionalista*, que aparecía en Veracruz con el nombre de Periódico Oficial de la Federación, un “Decreto del 29 de diciembre de 1914” que inopinadamente y de una plumada reformó la mencionada fracción IX del artículo 23 de la Ley del 14 de diciembre de 1874 Reglamentaria de las Adiciones y Reformas de la Constitución Federal aprobadas por el gobierno del Presidente Sebastián Lerdo de Tejada.

Fue extraña esta reforma, ya que nada tenía que ver por las reformas políticas anunciadas por el primitivo Plan de Guadalupe, ni tampoco con las reformas propuestas en materia social por el mismo Carranza en su discurso del 24 de septiembre de 1913 pronunciado en Hermosillo, cuando reveló los verdaderos propósitos de la revolución.

La única razón de esta intempestiva e inesperada reforma ha sido descubierta en el hecho de que uno de los más poderosos ministros de Carranza pretendía divorciarse de su esposa para unirse a otra mujer.

“La intempestiva reforma de Carranza se presentó con el siguiente texto:

Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.”<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> SÁNCHEZ MEDAL, Ramón *El Divorcio Opcional*. Segunda edición reelaborada. Editorial Porrúa. México, 1999. pp. 8 y 9.

Poco más de un mes después, “el 12 de febrero de 1915, el mismo periódico El Constitucionalista de Veracruz, publicó otro Decreto de fecha 29 de enero de 1915 por el que Carranza reformó diversos artículos del Código civil en lo concerniente al divorcio, expresando como considerando las siguientes razones:

Que modificada por Decreto del 29 de diciembre de 1914, la fracción IX del artículo 23 de la ley del 14 de diciembre de 1874, la cual establecía que el matrimonio legítimamente contraído sólo podía disolverse por la muerte de uno de los consortes; habiéndose establecido, por virtud de dicha reforma, que el matrimonio puede disolverse durante la vida de los cónyuges por mutuo y libre consentimiento de las partes o por las causales graves que determinaren las leyes locales, quedando hábiles los consortes para contraer una nueva unión legítima, se hace preciso proceder desde luego a hacer en el Código Civil del Distrito Federal y Territorios, las modificaciones consiguientes, para que pueda hacerse efectiva la reforma mencionada....”<sup>62</sup>

Vino después la Ley sobre Relaciones Familiares expedida también por Venustiano Carranza el 9 de abril de 1917, que en lo referente al divorcio reprodujo en lo general las reformas antes indicadas que estableció el decreto de 1915.

Tampoco fue debatida ni impugnada ante la opinión pública esta nueva Ley, ya que las censuras a tal ordenamiento se hicieron aparecer hasta varias décadas después de su promulgación. Las críticas a esta Ley se formularon muy tardíamente, cuando ya ni siquiera estaba en vigor dicho ordenamiento.

El Código Civil de 1928.

Años más tarde apareció el proyecto del Código Civil de 1928 y puesto a la discusión de la opinión pública, pero sus preceptos no fueron objetados en lo concerniente al divorcio por ninguno de los jurisconsultos que emitieron sus

---

<sup>62</sup> Ídem. pp. 13 y 14.

opiniones sobre otros temas del proyecto, al ser sometido éste al estudio de diversas Comisiones de la Barra Mexicana de Abogados.

Es así como quedó establecido en México el Divorcio.

### **2.8.1 Formas de divorciarse.**

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

Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclame ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales.

#### **2.8.1.1 Divorcio administrativo.**

El artículo 272 del Código Civil, contiene las disposiciones relativas del divorcio ante el Juez del Registro Civil. Y que a la letra establece: “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 este embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolo, 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.”

De lo anterior se deriva que los consortes deben presentarse personalmente; es decir, no podrán actuar mediante representantes, por tratarse este caso de divorcio de un acto personalísimo no admite representación alguna.

El papel del juez, se limita a comprobar que se presenten los documentos necesarios, identificar a los consortes, y levantar el acta con la solicitud de divorcio, citando a los cónyuges, para que la ratifiquen a los quince días. Es decir, no hace esfuerzo alguno para avenirlos o buscar la permanencia del matrimonio.

Debemos tomar en cuenta, que lo único que considera esencial el artículo que se comenta, es que los cónyuges sean mayores, que no tuvieren hijos o que si los hay sean mayores de edad y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges, y que hubieren liquidado la sociedad conyugal.

### **2.8.1.2 Divorcio voluntario.**

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

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

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

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

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

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

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

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

Intervienen en el proceso como partes del mismo los cónyuges. El Ministerio Público que participa para velar por los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores e interdictos, y también para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

El Artículo 674 del Código de Procedimientos Civiles nos señala los documentos que deben presentar los consortes y consisten en el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil, copia certificada del acta de matrimonio, y del nacimiento de los hijos menores.

### 2.8.1.3 Divorcio necesario.

Es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada en la ley.

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

Las causas del divorcio siempre han sido específicamente determinadas, y por ello se le denomina divorcio causal o necesario. El orden jurídico sólo ha considerado como causas de divorcio aquellas que por su gravedad impiden la normal convivencia de la pareja. Todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de allí que en todo juicio haya generalmente un cónyuge inocente (el actor) y uno culpable (el demandado).

Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal, por ejemplo uno demanda por abandono y el otro contrademanda por injurias o sevicia; ambos pueden ser culpables e inocentes según la causal invocada.

El Código Civil para el Distrito Federal es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni emplearse por analogía ni por mayoría de razón.

**Limitación de las causas:** Según este principio, sólo son causas de divorcio, necesario las que limitativamente enuncia el artículo 267 del Código Civil. Este principio se deriva de que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el

interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y el Estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causas del divorcio.

### **Causas del Divorcio Necesario.**

Las causas que enumera el artículo 267 son las siguientes, expresadas en forma sintética, no textual:

I.- El adulterio 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 hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;

III.- La propuesta de alguno de los cónyuges de prostituir al otro.

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

V.- Los actos inmorales con el fin de corromper a los hijos.

VI.- Ciertas enfermedades lesivas para la salud del cónyuge sano o de los hijos, y la impotencia sexual irreversible.

VII.- La enajenación mental incurable.

VIII.- La separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses.

IX.- La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya dado causa a la separación.

X.- La declaración de ausencia o la presunción de muerte.

XI.- La sevicia, las amenazas y las injurias graves.

XII.- El incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio.

XIII.- La acusación calumniosa de delito penado con más de dos años de prisión.

XIV.- La comisión de un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

XV.- El alcoholismo o el hábito de juego.

XVI.- Cometer contra el cónyuge un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

XVII.- La violencia familiar en contra de su cónyuge o de sus hijos.

XVIII.- El incumplimiento a las disposiciones administrativas tendientes a corregir los actos de violencia familiar.

XIX.- La drogadicción.

XX.- Emplear métodos de fecundación asistida sin consentimiento del cónyuge.

XXI.- Impedir uno de los cónyuges al otro que desempeñe una actividad lícita.

### **Procedimiento de Divorcio Necesario.**

Para que proceda un divorcio necesario se requieren los siguientes supuestos:

- 1) Existencia de un matrimonio válido.
- 2) Acción ante juez competente.
- 3) Expresión de causa específicamente determinada en la ley.
- 4) Legitimación procesal.
- 5) Tiempo hábil.
- 6) Que no haya habido perdón.
- 7) Formalidades procesales.

- 1) Existencia de un matrimonio válido.

Este requisito se cumple con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio cuya disolución se solicita a través de la demanda de divorcio.

- 2) Acción ante Juez Competente.

El divorcio es una controversia de orden familiar. Por ello es competente en materia de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal (Art. 156 CPC) Y en el caso de divorcio por abandono de hogar, el domicilio del cónyuge abandonado (Art. 156 fracción XII CPC).

Cuando no existe domicilio conyugal por que la separación de los cónyuges haya sido tiempo atrás, es competente para conocer del juicio, el juez del domicilio del demandado (Art. 156 fracción IV CPC).

### 3) Expresión de causa específicamente determinada.

Las causas en nuestro sistema de divorcio, son de carácter limitativo y no ejemplificativo; cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse una en otras, ni ser ampliadas por analogía ni por mayoría de razón. Las causas que se invoquen deben forzosamente ajustarse a las señaladas a las veintiún causas que se analizaron anteriormente. (Art. 267 fracciones I a XXI CC).

La causa no tiene que ser única, pueden invocarse dos o más causales al mismo tiempo; pero todas y cada una de ellas específicamente determinadas entre sí.

### 4) Legitimación Procesal.

La acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges. Es una acción personalísima, entendiéndose por tal que sólo puede ser iniciada y continuada por los cónyuges hasta obtener sentencia. En consecuencia ningún tercero puede ejercitar la acción de divorcio.

“El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda” (Art. 278 CC).

En cuanto a la capacidad de las partes para actuar, el cónyuge menor de edad puede asumir en el juicio de divorcio tanto el papel de actor como de demandado, pero en ambos casos se le nombrará un tutor dativo. Así lo exige el Art. 643. “El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: II De un tutor para negocios judiciales”.

El tutor en este caso no funciona como representante legal del menor. Se limitará a asistir, a aconsejar al cónyuge menor en la secuela del procedimiento judicial.

#### 5) Tiempo hábil.

La acción del divorcio necesario puede ser iniciada en cualquier momento del matrimonio, pero siempre dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a noticia del cónyuge ofendido los hechos en que funde la demanda (Art. 278 CC).

En el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267 del Código Civil, el plazo de caducidad es de dos años.

Cuando la causa de divorcio es permanente, de las llamadas de “tracto sucesivo”, como v.gr. el abandono de hogar, las enfermedades, no existe término de caducidad, en cualquier momento puede solicitarse el divorcio en razón de que la causa sigue vigente.

#### 6) Que no haya habido Perdón.

La reconciliación y el perdón tácito o expreso son causas de extinción de la acción de divorcio. La reconciliación presupone perdón mutuo de culpas reales o probables, y pone fin de común acuerdo el estado de desavenencia. El perdón presupone culpa de alguno de los cónyuges, y de forma unilateral el inocente

perdona el agravio, ya sea con palabras, por escrito o con actos que de manera tácita hagan suponer el perdón de la falta. La reanudación de la vida en común es la forma más frecuente de reconciliación o perdón.

No puede intentarse un nuevo juicio por las causas perdonadas, pero sí por otras de la misma naturaleza.

Así lo expresa textualmente el artículo 280 CC: “La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. Para tal efecto los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar.”

#### 7) Formalidades Procesales.

El juicio de divorcio debe llevarse con todas las formalidades de carácter procesal que exige el Código de la materia. Es un juicio de carácter ordinario, regido por los artículos 255 a 429 inclusive del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, juicio que se tramita a través de diversas etapas procesales.

#### **2.8.1.4 La extinción de la acción del divorcio.**

La muerte de cualquiera de los cónyuges culpable o inocente, pone fin a la acción, se haya iniciado o no el juicio de divorcio.

No puede intentarse un nuevo juicio por las causas perdonadas, pero sí por otras de la misma naturaleza.

## 2.9 Efectos durante el procedimiento del divorcio.

### MEDIDAS PROVISIONALES.

Los efectos del divorcio se han dividido en: provisionales y definitivos.

1) Se consideran **efectos provisionales** aquellas medidas que decreta el juez mientras dura el juicio de divorcio, y pueden agruparse según afecten a: los cónyuges, sus hijos, o sus bienes.

Al admitirse la demanda, o antes, si hubiere urgencia se dictará provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

2) Respecto a los **cónyuges**, el juez deberá decretar su separación, señalar y asegurar los alimentos que deberá dar el deudor alimentista, tanto al cónyuge como a los hijos. Separar a los cónyuges alimentos que se deban tanto a un cónyuge como a los hijos;

3) Respecto **a los bienes**. El Juez dictará las medidas conducentes que estime convenientes para evitar que los cónyuges se causen perjuicios en sus bienes;

4) Las precautorias en caso de que la mujer esté embarazada;

5) Respecto **a los hijos**. El cuidado de los hijos estará a cargo de la persona que de común acuerdo hubieren asignado los cónyuges, pudiendo ser uno de ellos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos. El Juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo, resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre. (Art. 282 fracción V).

## 2.10 Efectos jurídicos del divorcio.

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

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

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

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

**En cuanto a los hijos.** Respecto a este apartado nos habla el actual artículo 283 del CC. Y que al respecto nos dice: “La sentencia que se pronuncie, fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo

relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y las niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación.

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.” (GODF 06/09/04).

Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad (Art. 287 CC).

**En cuanto a los bienes.** El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho. (Art. 286 CC).

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

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

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

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

#### Liquidación del régimen de sociedad conyugal:

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

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

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

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

En el caso de existir pérdidas, éstas se dividirán igual que las utilidades.

Una vez que hemos estudiado los diversos tipos de divorcio debemos establecer el compromiso y responsabilidad que como abogados tenemos para salvaguardar el interés de la familia.

El matrimonio y la familia, como células básicas de la sociedad, son de orden público y en la medida que se integren será más fuerte, próspero y dinámico el país. Corresponde a todos procurar la protección para la permanencia y promoción del matrimonio e integración de la familia.

Es nuestra responsabilidad procurar la integración familiar en beneficio de México, al ser conscientes de que muchas de las carencias y problemas que observamos en la sociedad pueden evitarse y superarse al lograr una vida familiar sana, donde los valores humanos se enseñen. La vida familiar y conyugal no puede incrementarse mediante decretos. A los familiares y a los cónyuges corresponde la vivencia de los valores familiares y conyugales para su integración como pareja y como miembros de una familia.

Esto conlleva a la necesidad de contar con instituciones e instrumentos que promuevan la integración familiar conyugal. Corresponde a la comunidad, es decir, a todos, procurarla según nuestros medios.

## **CAPÍTULO III**

### **LA GUARDA Y CUSTODIA Y SUS EFECTOS JURÍDICOS DE PADRES DIVORCIADOS.**

#### **1.1 Concepto de Patria Potestad.**

“Es una institución que se presenta como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación esté clara y legalmente establecida. Para cumplir con estos fines tiene un conjunto de deberes y derechos instrumentados a través de la norma jurídica.

Su ejercicio y cumplimiento recae en la persona de los ascendientes padre-madre, abuelos y abuelas tanto por línea paterna como por línea materna -. Se refiere tanto a la persona de la menor o del menor como a sus bienes, y tiene el objetivo de facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que padre y madre tienen sobre sus hijos e hijas.

No se trata de una potestad del padre sobre los hijos o las hijas, sino del conjunto de facultades y deberes que tienen tanto el padre como la madre en función de la atención que se deben a sus hijos o hijas.”<sup>63</sup>

“Es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y los bienes de sus ascendientes menores de edad.”<sup>64</sup>

El nombre de Patria Potestad persiste en la mayoría de legislaciones vigentes, es más por tradición más no por el espíritu de la propia institución que si

---

<sup>63</sup> PÉREZ DUARTE Y N.; Alicia Elena. Op. cit. p. 61.

<sup>64</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 339.

lo analizamos encontraremos que patria potestad significó el poder del padre, y los datos históricos confirman que efectivamente, su organización familiar se sustentaba sobre el poder del padre, que era ejercitado no sólo sobre sus ascendientes, si no sobre todo el grupo, normalmente extenso, que componía en otros tiempos el núcleo familiar.

Actualmente la patria potestad, dejó de ser “patria”, toda vez que no es exclusivamente del padre, sino compartida por igual con la madre, o en ocasiones exclusiva de ella, o ejercitada por los otros ascendientes, por parejas o por uno sólo de los abuelos o abuelas. Tampoco es “potestad”, que significa poder. Esta institución no otorga poder, si no se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con respecto a los ascendientes. Aunque se ha tratado de cambiar el nombre a esta institución, no se ha logrado unificar, por lo que sigue denominándose “Patria Potestad” aunque diste mucho de su significado.

(A) Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación, alineación parental encaminada a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor. (Art. 411 CC) (GODF 06/09/04).

Se dice que este conjunto de facultades y deberes tienen un contenido de orden natural, derivado de la procreación; el contenido afectivo, derivado del nexo que se establece en razón de este parentesco tan próximo; un carácter ético, derivado del deber moral que tienen padre y madre para atender los intereses de sus hijos (as) y de éstos para respetar y obedecer a aquéllos, y un contenido social, representado por la tarea que deben cumplir los progenitores en la socialización de los hijos e hijas. El ejercicio de la patria potestad está sujeto en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que dicten las autoridades en los términos de la Ley.

Características.

Estas son las siguientes:

a) Es un cargo de interés público.

La actitud de proteger, velar, educar y mirar por el interés y el bienestar de los hijos es en buena medida derivada de la naturaleza misma. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable. La mayor parte de los progenitores, los padres, y sobre todo las madres. Asumen su responsabilidad como tales en forma no sólo espontánea, sino amorosamente entregada al bienestar del hijo.

La patria potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a sí mismos.

b) Irrenunciable.

En el artículo 448 del CC determina que “la patria potestad no es renunciable”. De acuerdo con el texto del artículo 6° del propio ordenamiento “solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público. La Patria Potestad tiene una profunda trascendencia en el interés público, de allí que textualmente se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir una persona.

c) Intransferible.

La patria potestad como otras relaciones de familia son de carácter personalísimo, no pueden por ello ser objeto de comercio, ni transferencia por

ningún título oneroso ni gratuito. Salvo en el caso especial de la patria potestad, solamente permite una forma de transmisión derivada de la figura de la adopción.

d) Imprescriptible.

La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción. La persona que esta obligada a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para entrar a su ejercicio. La propia ley señala el orden: primero los padres, uno de los dos a falta o imposibilidad del otro; después los abuelos en el orden que determine en última instancia el Juez de lo Familiar.

e) Temporal.

Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello, dura tanto como la minoridad de los hijos. El máximo plazo del ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son los dieciocho años, tal y como establece el artículo 646 del Código Civil.

f) Excusable.

La ley permite únicamente dos causas por las cuales se puede excusar una persona de ejercer la patria potestad. Estas circunstancias son: 1) cuando se tienen sesenta años cumplidos, y 2) cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda atender debidamente a su desempeño (art. 448). La excusa es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber.

### **3.1.1. Sujetos activos y pasivos de la Patria Potestad.**

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

Los sujetos activos de la patria potestad son: los padres conjuntamente, o solamente la madre, o sólo el padre; los abuelos tanto paternos como maternas unos u otros, o sólo de cada pareja.

Los sujetos pasivos son únicamente los hijos o nietos menores de edad. Nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad.

El Código Civil, señala que existen seis causas por las cuales se suspende el ejercicio de la patria potestad, expresadas en forma sintética, no textual:

- 1.- Por incapacidad;
- 2.- Por la ausencia declarada en forma;
- 3.- 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, produzca efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor;
- 4.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;
- 5.- Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consaguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado;
- 6.- Por no permitir que se lleve a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.

Y su pérdida se da por siete causas específicas (artículo 444 CC) las cuales se enuncian de forma sintética no textual y son:

- 1.- Por condena expresa a la pérdida de su ejercicio;
- 2.- En los casos de divorcio, cuando se pronuncie Sentencia Definitiva en la cual se fije todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes

a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso;

- 3.- En el caso de violencia familiar en contra del menor;
- 4.- El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días;
- 5.- El abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;
- 6.- Por delito doloso en la persona o bienes de los hijos, por la cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;
- 7.- Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.

Por lo que respecta a la terminación de la Patria Potestad se da bajo cinco causas. (Art. 443 CC) expresadas en forma sintética no textual:

- 1.- Por muerte de la persona que la ejerce, sino hay otra persona en quien recaiga;
- 2.- Por emancipación derivada del matrimonio;
- 3.- Por la mayoría de edad del hijo;
- 4.- Con la adopción del hijo;
- 5.- Cuando el que ejerce la patria potestad de un menor lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social, para ser dado en adopción.

La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación (Art. 444 Bis), tomando en cuenta lo que dispone el Código Civil; el artículo 283 del código en comento nos dice que la sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y de la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de estos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación.

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

### **3.2. Concepto de Guarda y Custodia.**

Al respecto daremos algunas definiciones de lo que se entiende por guarda y custodia, y así tenemos las siguientes:

El maestro Iván Lagunas establece lo siguiente: “Las palabras guardar y custodiar proceden, respectivamente del germanesco *wardum*, que significa cuidar, y del latín *custos*, derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también quiere decir cuidar. Por guarda de los hijos se entiende en el lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia.”<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. Editorial UNAM-Porrúa, México 2000 p. 1840.

El jurisconsulto Mario Magallón la define de la siguiente manera: "Acción de conservar guardar o defender. Persona que tiene a su cargo la conservación de una cosa o la custodia de una persona. Acción de guardar con cuidado o vigilancia."<sup>66</sup>

D' Antonio Daniel Hugo la define como: "el deber de los padres de tener a sus hijos en su compañía, y doctrinalmente se le denomina deber de convivencia o unidad de domicilio."<sup>67</sup>

Podemos decir, que la guarda y custodia consiste en el derecho que tiene los padres de cuidar y conservar la convivencia con sus hijos de manera continúa, teniendo para ello los deberes y obligaciones establecidos por la ley.

### **3.3 Su regulación el Código Civil para el Distrito Federal.**

El Código Civil, establece en su "artículo 411. En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

(A) Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación, alineación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor."

CAPÍTULO I. De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos.

---

<sup>66</sup> MAGALLON IBARRA Mario, Compendio de términos de derecho civil, Editorial Porrúa, México 2004 p. 266.

<sup>67</sup> D' ANTONIO Daniel Hugo, Derecho de Menores. Tercera Edición, Editorial Astreas, Buenos Aires Argentina, 1986 p. 225.

“Artículo 412. Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban 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 guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman 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.”

“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 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán 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 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. Sólo 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.

(A) El Juez de lo Familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores, previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia con los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.”

“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.”

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

“Artículo 420. Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en 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.”

“Artículo 421. Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.”

“Artículo 422. A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Quando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen 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.”

“Artículo 424. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez.”

“Artículo 425. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.”

“Artículo 426. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.”

“Artículo 427. La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.”

“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 instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso.”

“Artículo 442. Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.”

### **3.4 Problemas de la guarda y custodia en relación a los hijos y a los padres.**

El primer efecto que produce el divorcio en relación a los cónyuges, es la disolución del vínculo matrimonial; en segundo término es la capacidad para contraer matrimonio según lo dispone el artículo 289 del Código Civil.

En relación a la sentencia el Juez podrá condenar a base a lo dispuesto por el artículo 288 que establece:

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

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

En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.

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

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

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

En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.”

En consecuencia del divorcio el Juez Familiar en la sentencia tendrá que ordenar al Juez del Registro Civil se realice la inscripción correspondiente en el acta de matrimonio según lo ordena el artículo 291 que reza:

“Artículo 291. Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el Juez de lo Familiar, bajo su más estricta responsabilidad, remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta de divorcio, haga la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto, y además, para que publique un extracto de la resolución durante quince días, en las tablas destinadas al efecto.”

Sabemos bien, que dentro y después del divorcio existen un sin fin de problemas que ocasiona el mismo, situaciones que derivan en relación a los excónyuges, a los hijos y a los bienes. Estos problemas en muchas ocasiones sólo los tratamos desde el punto de vista jurídico, como lo puede ser la guarda y

custodia, el calendario de visitas, los alimentos a favor de los hijos o del cónyuge inocente, cómo se liquidara la sociedad conyugal, etc. Además existen otro tipo de problemas que desde el punto de vista jurídico han quedado fuera y tal es el caso del estado psicológico y social en el que se encuentran los divorciados y los hijos.

Llega a suceder que algunos matrimonios, al ser concientes de que su unión ya no puede prolongarse, se preguntan qué es lo que deben de hacer y sobre todo, lo que no deben de hacer antes de separarse. Hemos conocido a algunos que se encuentran en tal situación, esas parejas buscan una solución que evite los procedimientos jurídicos dramáticos y el engranaje de la competencia de acusaciones, cuyo objetivo es hacer “ganar” el juicio de divorcio. Las cuestiones que ellos se plantean se refieren esencialmente a los medios que pueden evitarse a ellos mismos y a los hijos de una separación traumática y emprender el camino equivocado.

Algunas de esas cuestiones presentan puntos de incidencia jurídicos y exigen consejos previos de un licenciado en derecho. Tenemos por ejemplo en este caso lo referente a la guarda y custodia. Pero una vez que se ha obtenido la información jurídica, es necesario no soslayar la cuestión psicológica y social subyacente. De no ser así, se corre el riesgo de privilegiar los aspectos insustanciales y superfluos de la disputa, los cuales no hacen sino complicar más adelante el manejo de la guarda y custodia. Por ello es necesario que los que quieran divorciarse reconozcan la realidad de su conflicto y las causas reales de su desacuerdo.

En esas situaciones de separación, sea ésta inminente o cuando recién se ha llevado a cabo, la tensión es a menudo muy fuerte y las manifestaciones emocionales pueden surgir con brusquedad durante una conversación. Puede tratarse de cólera o de una tristeza violenta. La práctica de las cuestiones individuales permite pensar que la expresión de las emociones posee un carácter catártico, por tanto, es necesario dejarles libre el paso, si no es que alentarlas.

Cuando los dos miembros de la pareja se encuentran presentes en el momento de la conversación, sucede exactamente lo contrario. En efecto, cuando se expresa la cólera, ésta, por lo general se dirige hacia el otro. Quien la exterioriza puede sentirse liberado por ello, pero el que la recibe puede sentirse profundamente lastimado. En consecuencia, es deseable canalizar esas manifestaciones emocionales que casi siempre desembocan en un callejón sin salida y que bloquean cualquier progreso. Prestémosle atención a la utilización de ciertas palabras a las que recurren los divorciados para calificar su sufrimiento frente a la situación del otro. Ellos pueden hablar de “mentiras”, de “falta de respeto”, de “traición”, etc. Esas palabras son fuertes porque traducen la fuerza de las emociones, pero también suena como una condenación de aquel que es el blanco de semejante discurso. Se trata de términos que es necesario no dejar pasar nunca sin reflexionar sobre su significado concreto para ambos, con el fin de despojarlos de su poder destructivo. Tal reflexión también le permite a quien pronuncio esas palabras encontrar los términos precisos con los cuales puede significar su desconcierto en medio de determinadas circunstancias, así como hacerle entender a la otra parte que su percepción de los acontecimientos puede diferir de la suya.

Es así que los problemas emocionales o psicológicos que ocasiona el divorcio son muchos, aunque siempre existen hay quien los reconoce y otros no, y es necesario tomarlos en cuenta dentro del procedimiento y después de él.

En relación al desenvolvimiento social de los divorciados, éste también va a tener problemas, en virtud de que si los divorciados tienen algún problema psicológico ocasionado durante el matrimonio y por el divorcio, estos necesariamente repercuten en el desarrollo social del individuo.

En muchas ocasiones los padres en el momento de la separación logran llegar a un acuerdo sobre la custodia y los alimentos de sus hijos y que hacen que el Juez encargado de las cuestiones suscriba dicho acuerdo. Algunos padres proceden

así incluso sin tomar realmente en cuenta la opinión del Juez por lo que se refiere a la posibilidad de la distribución, más o menos flexible y equitativa, del papel de cada uno de ellos ha desempeñar en relación con los hijos. Sin embargo cuando los padres no han logrado ponerse de acuerdo sobre el rol que habrán de desempeñar en la vida de sus hijos, sobre el que será su lugar de residencia fija y sobre la forma en que habrán de verificarse los encuentros entre los hijos y el progenitor que no comparte con ellos su vida cotidiana, entonces no tendrán mas remedio que acatar la decisión del juzgador al respecto. Cuando se presenta la anterior situación, cada uno reclama que los hijos vivan con él y que sea el otro progenitor quien entregue la contribución que le corresponda para los alimentos de los hijos. En estos casos, la decisión del Juez posiblemente sea considerada como una victoria por el progenitor al que se le asigna la custodia del hijo, en tanto que será vista como un fracaso e incluso como una merma de autoridad, por el progenitor al que se le negó. A partir de ese momento, los papeles se dividen entre un padre custodio y uno visitante. El primer término califica al cónyuge que ha obtenido la custodia y que con ello siente reafirmado su papel parental; el segundo, al cónyuge que desearía ser algo más que visitante, como tanto otros que son ajenos a la familia, en virtud de que esa designación expresa de manera simbólica el debilitamiento de su papel parental.

Podemos afirmar, de manera tanto esquemática, que este progenitor custodio es el que tiene el poder y que, en consecuencia, está en sus manos abusar o no de ese poder, sabemos asimismo, que estadísticamente suele ser la mujer a quien se le asigna la custodia, dado que en 80% de los casos los hijos se le confían a la madre, en tanto que sólo el 10% de los casos se le confían al padre y en un 10% restante a un tercero. Como resulta comprensible, tal desproporción es motivo de un sinnúmero de alegatos en contra, cuyas diversas posturas pueden resumirse como sigue:

1. “Es injusto, que a las madres se les conceda esa ventaja de manera sistemática”, afirman los padres.

2. “Es lo único que se nos deja”, dicen las madres, quienes han padecido la preeminencia social del varón.

3. “Nosotros no favorecemos a nadie”, afirman los jueces, quienes argumentan que, de hecho, la mayor parte de los padres no reclaman la custodia, cuando la reclaman, no la obtienen porque se considera que los niños pequeños tienen más necesidad de la madre que del padre.

No nos inmiscuiremos en este debate, debido a que nuestro objetivo se cifra en proporcionarles a los especialistas los medios que les permitan comprender y actuar en función de la situación específica que a cada caso corresponde. Restablecer el equilibrio entre los papeles asignados resulta más equitativo sólo en apariencia, pues en realidad no conseguirá modificar un ápice las difusiones que se presenten.

Las dificultades de las que es responsable el progenitor al que se le ha asignado la custodia representa otras tantas trabas para el libre ejercicio del derecho de visita del otro progenitor o, por lo menos, deforman de diversa manera el objetivo de la visitas. Es importante recalcar que tanto las trabas como las deformaciones consecuentes a menudo conducen a la interrupción de la relación entre el hijo y uno de los padres.

Los especialistas que se ocupan de los niños tienden a dirigir su mirada, en primer lugar, a los padres. De este modo, cuando un niño es tratado por toda una serie de psicoanalistas, uno tras otro, sin que su situación experimente cambio alguno, no es raro escuchar que es la madre la que hace fracasar las psicoterapias, incluso antes de haberse interrogado sobre la pertinencia de las indicaciones y sobre las motivaciones reales del niño para seguir este tipo de terapia.

En las circunstancias del divorcio, el hijo es considerado como víctima pasiva o fuera del juego. Lo que no impide que el sea poco activo o responsable. Y lo

mismo sucede cuando se trata de las disfunciones parentales que sigue el divorcio. Algunos niños parecen estar alienados por la voluntad de uno de los padres, en tanto que otros, a pesar de las dificultades con que se topan, manifiestan cierta independencia y pueden llegar a ser autónomos. Así pues estas dos situaciones establecen dos evoluciones psicológicas de los niños: desde los niños que por lo menos son prisioneros de un papel que se les obliga a desempeñar, hasta la de aquellos que viven en la más completa sumisión. Es así que existen hijos a los se le ha denominado el hijo “niño”, “adulto”, “mensajero”, “terapeuta”, “estorbo”, “vengador”, “dividido” y “objeto”. Denominaciones a las que se han hecho acreedores por el divorcio de sus padres y los problemas que ellos siguen teniendo después del divorcio, y que indiscutiblemente alteran su estado emocional y social sano.

Con el fin de que puedan comprenderse mejor las consecuencias de la separación de sus padres en el niño, nos parece que es necesario redituvar a este último en las relaciones con su familia, toda vez que ésta se encuentra asimismo integrada en una sociedad determinada. Los vínculos que se crean entre el niño y sus padres prefiguran las relaciones que habrán de establecer entre él y los demás miembros del grupo social al que pertenece. El niño se inscribe en una red de relaciones, en la cual se le asigna su lugar en el seno de la sociedad. El desarrollo psicológico del niño no puede dissociarse del desarrollo del individuo social que él es desde el momento de su nacimiento.

### **3.5 Problemas de incumplimiento.**

Los hijos sufren de modo muy especial las consecuencias de la separación o divorcio de sus progenitores, e incluso en ocasiones se creen en parte culpables de lo sucedido. Además, si el proceso no es de mutuo acuerdo, son a menudo considerados como un bien más a repartir. Según la ley, ni la separación ni el

divorcio eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos. Por tanto, si no hay acuerdo entre ambos cónyuges, el juez adoptará las disposiciones adecuadas para garantizar el cuidado y la educación de los niños. También es labor del juez determinar la contribución de cada progenitor para la manutención del menor, y aprobar las medidas para que los hijos padezcan en la menor medida posible las consecuencias económicas de la separación o divorcio de sus padres. Si en el domicilio familiar hay hijos mayores de edad o emancipados que carecen de ingresos propios, el juez fijará asimismo el importe de su pensión de alimentos.

El progenitor que no haya conseguido la custodia de los hijos menores o incapacitados, gozará del derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y disfrutar de su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución.

Es así que los problemas que se derivan por incumplimiento a la sentencia o al acuerdo de divorcio influyen notoriamente en los menores que están en guarda y custodia de alguno de sus padres. Comúnmente el incumplimiento se da por diferentes causas; ya sea por que el padre no deposita los alimentos y en consecuencia la madre no le deja ver al menor; porque a la madre no le parece que conviva con los familiares del padre; por el temor de que lo sustraiga del domicilio y no lo regrese. Y en consecuencia el padre dice: si no me deja ver a mi hijo no le doy alimentos; si no lo puedo sacar del domicilio mejor no lo voy a ver, no voy a estar ahí encerrado con su familia. En fin son muchos los argumentos que tienen los padres para no dar cumplimiento a lo emitido por sentencia. Pero no se ponen a recapacitar que ambos utilizan a los hijos como un medio sólo para satisfacer sus posturas y no se dan cuenta el daño que le ocasionan a los hijos y a ellos mismos. Y hasta cuándo seguirán llevando ese modo de vida.

En el ámbito jurídico, se tiene los medios necesarios para solicitar se cumplan con las determinaciones judiciales, ya sea en una vía familiar o penal, pero esta no es la solución, toda vez que la lucha que se dan entre los padres se refleja irremediabilmente en los hijos, si ellos, por decirlo así, son el meollo del asunto porque no buscan su bienestar. Esto resulta un problema trascendental para la familia y para la sociedad.

A diferencia del derecho de visita (ahora incardinado en el deber de velar por los menores), la guarda y custodia de los hijos por sus progenitores implica que existe convivencia entre padre e hijo. Por tanto, si la custodia es compartida por ambos cónyuges, ello significa ineludiblemente que también comparten la convivencia con los menores, aunque en este caso de forma separada y a tiempo parcial

#### **“1.-Custodia Monoparental**

El concepto custodio involucra poder (98.75%), deteriora las relaciones entre ex cónyuges (97.50 %) y margina a la paternidad activa y afectiva en un (95.00%) producto del costumbrismo legal (95.00%), lo que provoca la muerte virtual del padre en un (93.75%). Esto en consideración a que los Tribunales de Menores no han sido permeados por los cambios socioculturales (92.50%) y a su vez, la práctica jurídica no considera competente el rol del padre (90.00%) y el Derecho no registra la índole afectiva de la paternidad actual. (90.00%). A su vez, el protagonismo femenino (85.00 %) y la valoración sociocultural de la maternidad (85.00%), son hechos que evidencian la reducción de la autoestima del no custodio (84.81 %), escinden la relación coparental previa existente en el matrimonio (83.75%), lo que desnivela y establece diferencias entre los roles parentales (75.00 %), aspecto que traducen una paternidad en tránsito (61.25 %) y una paternidad casual (56.25%).

## **Inestabilidad de la Custodia Monoparental.**

Contextualmente, los factores que disocian al niño en un modelo monoparental son los siguientes:

1. Acentuado apego del progenitor conviviente con sus hijos. Los peligros que se corren son el aislamiento y encierro de los hijos y la primacía de las funciones nutritivas (contención emocional) por sobre las normativas (imposición de límites) pudiendo llevar a graves perturbaciones. Usandivaras, C. (1986).

2. Mezcla de identidades. El hijo queda expuesto al peligro de tener que responder al sueño de unicidad del progenitor y de compartir sus carencias. Ferrari, J. (1999).

3. Situaciones de violencia verbal o física hacia el niño.

4. Pérdida apoyo social de uno de los progenitores

5. Estado discordia por conflicto interparental

6. Ausencia contenedora afectiva del padre

7. Complejo paterno negativo que consiste en una falta de estructuras internas: ideas confusas, dificultades para fijarse metas, tomar decisiones, reconocer lo que le conviene e identificar sus propias necesidades. Gasparino, J. (2000).

8. Pérdida de una de las figuras centrales de apego. Miguel, R. y Vargas, R. (2001).

9. Secuelas del Síndrome de Alienación Parental

10. La identificación como movimiento profundo que empuja al niño para ser como el padre del mismo sexo, requiere, que ese progenitor no se encuentre desvanecido, rechazado, condenado o prohibido por el otro, si no, no hay modelo posible para el niño y su proyección de futuro se bloquea. Ferrari, J. (1999)

## **El Niño de la Paternidad No Custodia.**

En consideración a lo expuesto, la investigación constata que el hijo de la paternidad no custodia opera como:

1. Objeto-fianza (vía de lucro como pasaporte a la libertad y acceso al dinero). Se constituye en la prolongación del yo del progenitor custodio, el cual no considera sus demandas.

2. Se infravalora a la infancia al instrumentalizarla afectivamente, provocando daño psicológico al niño, a través de diversos comportamiento alienadores:

- Secuestros físicos y abducción psicológica a través de las maniobras persuasivas (estrategias perversas de desvinculación).
- Incumplimientos legales.
- Cambios de residencia.
- Extorsión en el contacto directo y regular del padre con el hijo
- Virtuales acusaciones de abuso sexual (a través del de fraude y del engaño).

Todos estos aspectos, denigran a la figura paterna y conllevan a su ausencia. Según algunos autores, esta retirada, provoca en el hijo una fuerte ansiedad de separación, porque pierde una de sus figuras centrales de apego y genera un complejo negativo paterno. En este sentido los efectos nocivos del abuso psicosocial replican en el niño en las siguientes áreas:

### **Conducta Infantil.**

- Según Bone, M. & Walsh, M. (1999), para sobrevivir al efecto alienante, los hijos se convierten en astutos manipuladores y en expertos prematuros para descifrar el ambiente emocional. Este comportamiento es inducido por seguir la

directiva del alienador que conlleva la elección de un progenitor, y actúa sobre la emoción más fundamental del ser humano, el miedo a ser abandonado.

### **Interés Superior del Niño.**

- Afectan el interés superior del niño, porque causan verdaderas parentectomías, porque muchas veces los progenitores son injustamente excluidos del hogar conyugal, produciendo en los niños distrés, angustia, depresión, síndrome de alienación parental y la creencia errónea de que no los quieren.

- Inducen a menores no abusados sexualmente, a creer que sí lo fueron, mediante la construcción de memorias o pseudo memorias. Muchas veces psiquiatras y psicólogos, -aún involuntariamente-, generan una verdadera criminogénesis de falsos abusos sexuales y sus nefastas consecuencias. De Gregorio, B. H (2002).<sup>68</sup>

### **3.6 La autoridad judicial familiar y su indiferencia ante las consecuencias.**

Los jueces son siempre el blanco de dos críticas que se contraponen entre sí: para unos, ellos son demasiado flexible, en tanto que para otros son demasiado estrictos. En la esfera de las disfunciones familiares vinculadas a la separación, se les acusa sobre todo de tener una postura ideológica. Para las asociaciones de padres, los jueces de asuntos familiares están de parte de las mujeres, que se les confían los hijos en un 80% de los casos; para algunas feministas, ellos todavía no han logrado percatarse cabalmente de lo que sufren las mujeres y refuerzan la supremacía de una sociedad masculina. No son esas críticas la que formularemos aquí. Los Jueces juzgan en función de las leyes y de los hechos que se les presentan los que son responsables ante ellos. En virtud de que son seres humanos, se encuentran necesariamente influidos por sus creencias personales,

---

<sup>68</sup> STEFFEN CAZERES, Guiselía. Coparentalidad Post Separación Conyugal: un Paradigma de Tuición Compartida. Chileno. Santiago, Chile. Mayo 2003. p. 96.

pero ello queda siempre circunscrito en los límites de la ley. Siempre será posible mejorar este aspecto de las cosas, si bien nunca se alcanzará la perfección en tal esfera.

Más sin embargo, en este punto me refiero a la indiferencia judicial después de divorcio, en razón de qué es lo que sucede después de tener una sentencia ejecutoriada, para el caso, de que alguna de las partes no cumpla con la resolución definitiva, se promoverá lo conducente para informar al Juez las circunstancias de incumplimiento y se apliquen los medios idóneos para buscar su cumplimiento. Todo esto desde el punto de vista jurídico, pero qué es lo que sucede con el estado emocional de los divorciados y de sus hijos, esto al Juez ya no le interesa, el cumplió al dictar una sentencia conforme a derecho, su resolución definitiva no contempla el tratamiento psicológico obligatorio de los divorciados y de los hijos, los cuales se encuentran inmersos en gran cantidad de problemas de tal índole, no se preocupa por buscar su readaptación, como lo hace el derecho penal, Tal es el caso de que los divorciados comprendan su realidad, puedan formar otra familia más sana no con los problemas que acarrea, el hijo o los hijos puedan asimilar la separación de sus padres, a la larga verlos con otra pareja, tener más hermanos, etc. Problemas que la ley no prevé y en consecuencia el Juez no aplica. Más sin embargo, son tópicos que tenemos que tomar en cuenta, para evitar violencia familiar, drogadicción, alcoholismo, machismo, feminismo, delincuencia, etc. Y situación, que desde el punto de vista jurídico no hemos contemplado y que nos ayudaría a prever los problemas mencionados y crear núcleos familiares más sanos y productivos para la sociedad.

### **3.7 El Ministerio Público.**

La función del Ministerio Público, resulta de suma importancia en relación a los menores, ya que este debe velar por los intereses de éstos, y primordialmente

por su adecuado desarrollo físico y emocional. Hecho que no acontece de manera eficiente y eficaz. Lo anterior se sustenta, en que el representante social durante el procedimiento de divorcio se avoca a que se cumplan los alimentos y se garanticen. Sin embargo, la atención institucional del menor debe ir más allá, es decir, cuidar por su desarrollo físico y psicológico, teniendo una participación más sobresaliente, proponiendo inmediatamente de inicio del juicio estudios psicológicos y físicos para los menores, para que en su momento se puedan determinar las circunstancias de la guarda y custodia y el calendario de visitas y que se realicen en los lugares propicios. Y como es sabido, la participación del Ministerio Público en los casos de divorcio se limita durante el procedimiento y después qué sucede. Se desliga de asunto al ser concluido y la esencia de su intervención pasa a segundo término. Entonces luego, qué sucede con los menores en su integridad física y emocional.

Claro que no toda la culpa es del representante social, en virtud de que la legislación de manera tajante limita su participación a la instancia judicial y no le da mayores facultades para darle continuidad a su intervención en relación a los menores.

### **3.8. Propuestas.**

La problemática de la guarda y custodia, no radica exclusivamente en una resolución judicial, ni en disposiciones normativas que pretenden solucionar problemas en otras áreas como es la penal, como acontece con las más recientes reformas. El problema debe ser tratado desde sus cimientos, como lo es la familia y su integración formal que es el matrimonio, es así que consideramos las siguientes propuestas.

1. La necesidad de estudios psicológicos y físicos a los contrayentes.
2. Para el caso de divorcio, previo a su tramitación, someterse a estudios

físicos y psicológicos. Primero por parte del demandante y en su caso si tiene en su momento la guarda y custodia de sus hijos; segundo en el momento de presentar la demanda se deben exhibir dichos estudios, previa realización por peritos del tribunal o que se acredite que se están realizando, Tercero al dictar la admisión y ordenar se emplace al demandado se presente ante las instancias señaladas por el juzgado a realizarse los estudios físicos y psicológicos, en su caso a presentar a los menores a dichos estudios. Por obvio de circunstancias es posible que no se los realicen de inmediato, pero debe acreditar haberse presentado a las instancias señaladas para iniciar el trámite. Asimismo es factible que dichos estudios se realicen durante la secuela procedimental y que de ninguna manera los autos pasaran a sentencia hasta que dichos estudios no obren en autos, para el efecto de que el juzgador tenga mayores elementos para decidir sobre la guarda y custodia de los menores

3. Que en el informe que dicten los peritos, se determine el lapso en que deben seguir en tratamiento las partes y los menores. En virtud de que para buscar un saneamiento emocional no basta un par de sesiones, sino que se debe buscar la alternativa psicológica durante y después del procedimiento.

4. Se le de mayor participación al Ministerio Público a efecto de que le de seguimiento a los tratamientos psicológicos señalados y al cumplimiento de las resoluciones sentenciadas por el juzgador.

5. Acudir de manera obligatoria con el mediador familiar, ya que este pudiera dar soluciones adecuadas a los problemas que se le presenten.

6. En estricto sentido, lo que se busca como primera solución es conservar a la institución matrimonial como medio integrador de la familia; segunda no consentir divorcios a diestra y siniestra, tercero cuidar el sano desarrollo de los menores ya que estos son los creadores de las futuras familias y si no ponemos énfasis en ellos vamos a seguir creando infinidad de problemas.

Las propuestas están orientadas a diversos ámbitos:

### **Ámbito Judicial.**

- Integración de un equipo multidisciplinario con especialistas en la dinámica familiar, que cumpliría la función de coordinador institucional para, orientar a la familia en crisis; aportar al Juzgador, elementos que le posibiliten una mirada más amplia e integral del problema relacionado con el impedimento del contacto y obstrucción del vínculo paterno-filial.

- Sanciones. De persistir la conducta dolosa con respecto al impedimento del vínculo, recomiendan la aplicación de castigos severos al progenitor custodio.

- Tipificar como delito las falsas acusaciones de abuso sexual.

- Normar los cambios de residencia del progenitor custodio.

- Erradicar los conceptos de guarda y custodia. Si ambos conceptos reflejan un conjunto de derechos y obligaciones de los padres con sus hijos, es la antípoda de tal argumentación, el configurar al padre no conviviente como un simple visitador de su hijo.

- Otorgar carácter legal a la entrega de informes clínicos y diagnósticos, emanados desde los diversos centros de salud. La ley debería normativizar sanciones a las instituciones y/ o profesionales que entorpezcan este trámite judicial.

### **Ámbito Familiar.**

- Instituir la obligatoriedad de la Mediación Familiar.

- Funcionamiento activo de los Tribunales de la Familia.

- Fundar un Sitio Transicional que permita la recogida y reintegro de los menores.

- Ordenar terapia familiar integral en casos de obstrucción severa del vínculo.

- Ordenar terapia orientada a los niños víctimas de alienación parental (mediana y severa).

- **Ámbito familiar**, desarrollar esquemas interventivos para reconstituir la trama vincular del matrimonio en crisis y en el quiebre post separación conyugal.

- **Ámbito educativo**, la propuesta se orienta a la naturaleza socializadora del profesor y encaminada a otorgar apoyo emocional al hijo de la familia rota; a transmitir el modelo coparental y a recepcionar la presencia permanente del padre no custodio en el colegio.

### **Difusión.**

Campaña de comunicación y de sensibilización multimedia, orientada a destacar la legitimidad respecto de la presencia y del rol de ambas figuras parentales post-separación conyugal y el tránsito de la paternidad tradicional a la contemporánea.

## CONCLUSIONES.

**PRIMERA.** La importancia de la familia estriba en el hecho, de que es el núcleo de toda sociedad. Su aspecto formal en la mayoría de las ocasiones se traduce en el matrimonio, él cual es y seguirá siendo un punto fundamental para el desarrollo de la familia.

**SEGUNDA.** Si bien es cierto que el matrimonio es parte fundamental de la familia, no podemos dejar de destacar que actualmente atraviesa por una gran crisis. Lo anterior a diferentes factores como: la crisis económica, problemas sociales, culturales, ideológicos, matrimonios contraídos por personas muy jóvenes, etc. Lo que nos ha llevado a que esta institución se desenvuelva en infinidad de problemas.

**TERCERA.** Como consecuencia de los problemas familiares que acarrea el matrimonio, éste ha llegado a un grado exagerado de divorcios, los cuales se solicitan con gran prontitud después del matrimonio. Existen casos en que después de la celebración matrimonial y de la placentera fiesta, al siguiente día deciden separarse. Situación, que podríamos decir, que si así lo convienen los cónyuges, es mejor, que vivir algo que no quieren, pero el problema estriba en el caso de que existan hijos, empieza la lucha por ver quien se queda con la guarda y custodia antes de proceder a una instancia judicial para disolver el vínculo matrimonial.

**CUARTA.** El Divorcio, que para algunos es un mal necesario, tiene como consecuencia una infinidad de problemas durante y después de ejecutoriado. Y más si en el mismo se plantea la guarda y custodia de los hijos. Los cuales son el punto de disputa, donde las partes y sus asesores jurídicos actúan visceralmente para

obtener un premio, que es que les concedan definitivamente la guarda y custodia de los menores y en los términos que ellos plantean. Oponiendo cantidad de trabas hasta para el calendario de visitas, aunque se tengan algunas determinaciones judiciales.

**QUINTA.** La guarda y custodia de los hijos en nuestro sistema jurídico ha caído en más que una disputa legal en una lucha de poder, así como en un manipuleo psicológico sobre los hijos de quien la tiene o la pretende tener. Lo anterior nos ha llevado a que los menores sean sólo un medio de presión para ejercerlo en contra de la otra parte y por lo tanto es importante establecer el papel que juegan los menores y qué sucede con su desarrollo físico y emocional. Y algo más a quién le deben de interesar. Al respecto consideramos, que estamos frente un problema muy grande, ya que se ha dejado a los menores en estado de abandono como jurídico y social. Es el caso de que debemos preocuparnos por ellos, porque la tramitación del divorcio y su resolución implican muchos problemas emocionales y sociales al respecto. Su relación parental se ve afectada de gran manera y no se tiene la experiencia para saber que hacer y mucho menos quien le asista para tratar de afrontar sus problemas. Es por ello, que considero que los padres y las autoridades deben tomar cartas en el asunto de manera eficiente y eficaz para buscarle solución a los problemas que se presentan en la guarda y custodia y así seguir evitando que estos menores que posteriormente serán adultos y pretenderán formar una familia no caigan en los mismos vicios que su progenitores.

**SEXTA.** Es necesario tomar conciencia no sólo de resguardar a la familia rota, sino que, esencialmente tutelar la validez de la relación paterno-filial post-separación conyugal, en base al irrestricto respeto del interés superior del Niño, lo que implica considerarlo como un sujeto jurídico de derecho pleno y no un objeto de proceso.

**SÉPTIMA.** Si bien es cierto, coparentalidad y guarda y custodia compartida

contienen en la práctica el implícito de la presencia y función de ambos padres, la diferencia se establece desde la perspectiva legal, dado que la guarda y custodia debe ser normada jurídicamente para ejercer íntegramente la coparentalidad, de lo contrario se convierte en un modelo utópico, ajeno a la realidad estigmatizante que vivencian muchos miles de padres en situación similar post-separación conyugal.

En este contexto, el Derecho de Familia, debe someterse a una revisión integral, a efecto de normar en concordancia con las cifras que arroja esta investigación y que demandan una nueva regulación legal en la participación íntegra y en propiedad, del padre separado de sus hijos post-separación conyugal. Esto implica la consideración de los atributos, condiciones y contribuciones de la paternidad contemporánea, aspectos que requieren la presencia indestructible de la figura paternal. En este mismo lineamiento, la guarda y custodia compartida, es un imperativo de la familia contemporánea, para amplificar la maduración cultural que vivencia el padre, para fortalecer la experiencia nutricia del paternaje, para contener su presencia en la labor cotidiana del su rol paternal, para afiatar el investimento afectivo mutuo que conforma la paternidad en alianza con los hijos, eje de una relación humana que debe ser sostenida en el tiempo y anclada en los deberes y derechos que preservan la red social del parentesco intra e intergeneracional.

El corolario de este estudio, conduce al problema esencial, el hijo tiene el derecho a crecer con un vínculo sano e integral protagonizado por sus dos padres, para historiar su propia familia, perfil que se plasma en la tuición compartida, paradigma que coincide con el interés superior del niño.

## Bibliografía.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. “Derecho de Familia y Sucesiones.” Primera edición, Editorial Oxford, México 1990.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar. “Derecho Civil.” Editorial Harla, México. 1997.

Y SÁNCHEZ, Manuel. “La Controversia del Orden Familiar, Tesis Discrepantes.” Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

BOSSERT, Gustavo A. “Manual de Derecho de Familia.” 2ª edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1989.

BRENA SESMA, Ingrid. “Derechos del Hombre y la Mujer Divorciados.” Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

CASTAN TOBEÑAS, José. “La Crisis del Matrimonio.” Editorial Rehus, Madrid, España. 1980.

CORRAL SALVADOR, Carlos (director). Orteaga Embil, José Ma. “Diccionario de Derecho Canónico.” Universidad Pontificia Comillas. Madrid, España, Editorial Tecnos, 1989. Pp. 386,387 y 388.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. “La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares.” 6ª edición. Editorial Porrúa, México 2001.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. “La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales.” 5ª edición, Editorial Porrúa, México 2000.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. "Derecho de Menores." 3ª Edición. Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina. 1986.

D'ORS, Álvaro. "Derecho Privado Romano." Universidad de Navarra, Pamplona España. 1989.

DE IBARROLA, Antonio. "Derecho de Familia." 2ª Edición. Editorial Porrúa. México. 1981.

DE PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA. "Diccionario de Derecho." 29ª Edición, Editorial Porrúa, México. 2000.

DE PINA, Rafael. "Derecho Civil Mexicano." Editorial Porrúa. México. 1960.

ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense." Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México. 1993.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. "Derecho Privado Romano; Acciones, Casos, Instituciones." 4ª Edición, Editorial Dykinson S.L. Madrid, España 1989.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho." 53ª Edición. Editorial Porrúa. México 2002.

GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. "Derecho de Familia." Editorial Temis. Santa Fe. Bogotá, Colombia. 1992.

GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. "Régimen Patrimonial del Matrimonio." Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1968.

HERNÁNDEZ TEJERO, Jorge, Francisco. "Lecciones de Derecho Romano." 5ª Edición. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, España 1989.

MAGALLÓN IBARRA, Mario. “Compendio de Términos de Derecho Civil.” Editorial Porrúa. México. 2004.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge M. “El Matrimonio, Sacramento, Contrato, Institución.” Editorial Tipográfica Editorial Mexicana México. 1989.

MAZEUD HENRI, León. “Lecciones de Derecho Civil.” Parte Cuarta. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, Argentina. 1965.

MAZEUD HENRI, León. “Lecciones de Derecho Civil.” Parte Primera Volumen IV. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, Argentina. 1959.

MONTERO DUHALT, Sara. “Derecho de Familia.” 4ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1990.

ORIZABA MONROY, Salvador. “Matrimonio y Divorcio, Efectos Jurídicos.” Editorial Pac, S.A. de C.V. 2ª Edición. México. 2001.

PALLARES, Eduardo. “El Divorcio en México.” 6ª edición. Editorial Porrúa, México. 1991.

PARRA BENÍTEZ, Jorge. “Manual de Derecho Civil. Personas, Familia y Derecho de Menores.” 3ª Edición, Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1997.

PÉREZ DUARTE y N., Alicia Elena. “Derecho de Familia.” Universidad Nacional Autónoma de México. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1990.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano.” Tomo II Derecho de Familia, Décima Edición, Editorial Porrúa, México. 2003.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Compendio de Derecho Civil I. Introducción, Personas y Familia.” Editorial Porrúa. 2ª Edición. México 1975.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano." Tomo II. Editorial Porrúa. México. 1962.

SANCHEZ MEDAL, Ramón. "El Divorcio Opcional." 2ª edición reelaborada, Editorial Porrúa. México. 1999.

SUÁREZ GIL, Enrique. "La Teoría Integral del Derecho." Editorial Cajica, S.A. México 1988.

### **OTRAS FUENTES**

WITKER VELÁZQUEZ, Jorge y otro. "Metodología Jurídica." 2ª Edición. Editorial Mc. Graw Hill, México. 2002.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas." 7ª Edición. Editorial Porrúa. México. 1999.

### **LEGISLACIÓN**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.