

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO.

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

CAMPUS ACATLÁN.

**“PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 4.204 DEL
CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO, RELATIVO
AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.”**

ASESOR: LIC. JOSÉ JORGE SERVÍN BECERRA.

ALUMNA: VÁZQUEZ MIRANDA MAYTE.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE

PÁG.

INTRODUCCIÓN.	1
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO FAMILIA

1.1. La Familia en la Antigüedad.....	4
1.1.1. Roma.	7
1.1.2. Grecia.	12
1.1.3. Israel.	17
1.1.4. México.	20
1.2. Concepto y Naturaleza Jurídica.....	28
1.3. Condiciones Sociales.	35
1.4. Constitución de la Familia.	39

CAPÍTULO SEGUNDO MATRIMONIO

2.1. Antecedentes y Naturaleza Jurídica.	40
2.2. Concepto y Requisitos	50
2.3. Derechos y Obligaciones del Matrimonio.....	58
2.4. Concubinato.	59
2.5. Fines del Matrimonio.	64

CAPÍTULO TERCERO DIVORCIO

3.1. Antecedentes y Naturaleza Jurídica.	66
3.2. Concepto.	71
3.3. Clases de Divorcio.	72
3.3.1. Divorcio administrativo.	72
3.3.2. Divorcio voluntario	75
3.3.3. Divorcio necesario.	80

**CAPÍTULO CUARTO
PATRIA POTESTAD**

4.1. Antecedentes y Naturaleza Jurídica.....	91
4.2. Concepto.	100
4.3. Efectos de la Patria Potestad.	103
4.3.1. Sujetos.	104
4.3.2. Derechos y Obligaciones del menor sujeto a Patria Potestad.	106
4.3.3. Derechos y Obligaciones de los que ejercen la Patria Potestad.	108
4.3.4. Efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes.....	110
4.3.5. Extinción.	114
4.4. Estudio comparativo respecto a “quien deberá ejercer la patria potestad a falta de ambos padres”, de los Códigos Civiles del:	118
4.4.1. Código Civil para el Distrito Federal	118
4.4.2. Códigos Familiar para el Estado de Hidalgo.	119
4.5. Artículo Primero párrafo tercero y Artículo Cuarto primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	127
4.6. Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación.	133
4.7. Propuesta de Reforma al artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México.	143
CONCLUSIONES.	150
BIBLIOGRAFÍA.	156

INTRODUCCIÓN

Es importante señalar que la familia ha sido y será siempre un ente primordial para el mantenimiento de nuestra vida en sociedad, y que el buen funcionamiento de esta institución dará como resultado la capacidad a nivel personal de desarrollarse de manera óptima y aceptable ante la gente que nos rodea, y por lo tanto creo que es importante tener bases sólidas de nuestra persona en cuestión de educación, no tan solo la que se nos proporciona en las instituciones encargadas para ello, sino también en el hogar en donde crecemos y nos desarrollamos, y por lo tanto tal derecho u obligación les corresponde a los padres de familia.

Existe la posibilidad de que los padres no puedan cumplir con el ejercicio de la patria potestad que la ley les concede derivado de distintas circunstancias, previendo el legislador dicha situación y delegando este derecho o facultad a los ascendientes (abuelos) para cumplir con este in.

En la presente tesis se analizara esta situación derivada del artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México, relacionado con las personas que ejercerán la patria potestad a falta de ambos padres de familia, y se establecerá así también un análisis jurídico comparativo respecto de los artículos relacionados con este tema de las algunas legislaciones de la materia como lo son el Código Civil para el Distrito Federal y el Código Familiar para el Estado de Hidalgo.

Considere importante hablar de la familia y eso se relaciona con las diferentes figuras jurídicas existentes como lo son el matrimonio, concubinato y el divorcio, ya que de estas se condolida la figura jurídica llamada patria potestad, se apreciara el como se inicio la vida en sociedad y por lo tanto el origen de dichas figuras. Mismas que a través de los tiempos han cambiado por las necesidades y costumbres actuales, figuras jurídicas que el legislador debe de considerar de real importancia al reformar una ley.

Asimismo considere importante hablar de los artículos primero párrafo tercero y cuarto primer párrafo de nuestra carta magna, ya que el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México y que es mi tema a tratar se relaciona con dichos preceptos, ya que a mi parecer es anticonstitucional porque establece un orden de preferencia en relación a quien de los abuelos maternos de los paternos deben ejercer la patria potestad del o los menores sujetos a ella, resultando importante para el legislador no la persona o personas por quien sean, sino por el ser parte de la familia de la madre o del padre, es decir estableciendo una preferencia de género, es indiscutible que hombres y mujeres somos iguales ante la ley, y que por lo tanto no debe existir ningún tipo de discriminación en relación al género, partiendo de la idea que al hablar del género se habla de un conjunto de seres con características comunes y/o la clase a que pertenecen las cosas o personas es decir masculino - femenino, y por lo tanto al hablar del género hablamos de hombre y mujer.

Así también se analizara la ley federal para prevenir y sancionar la discriminación, ya que la presente ley tiene por objeto regular legislativamente lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo primero de la Constitución mexicana, como es la lucha contra la discriminación, que a su vez representa una especie concreta del valor de la igualdad.

Al hablar de la figura jurídica de la patria potestad hablaremos de las obligaciones y derechos que parten de esta, tanto para los menores sujetos a ella como para la persona o personas que la ejercen.

Partiendo de lo anterior es indiscutible que la familia es una fuente importante para mantener una vida en sociedad estable, acorde a los principios establecidos tanto legal como culturalmente y si existe una familia con bases sólidas dará como resultado personas útiles para el desarrollo de la vida en sociedad, es entonces que el legislador debe preocuparse por cuidar y seleccionar quienes serán las personas adecuadas para brindar a los hijos pertenecientes a estas familias, el mayor beneficio tanto físico como emocional y debe ser una tarea importante facultar a la autoridad para que se cumpla con dicho fin, teniendo como principio el beneficio del menor en todos sus aspectos

Es por lo anterior que considere importante realizar una propuesta de reforma al artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México, relativo al ejercicio de la patria potestad, a falta de ambos padres de familia, ya que lo importante como lo he reiterado es el beneficio de los menores de edad sujetos a la patria potestad, y por lo tanto la importancia de cuidar quienes serán las personas adecuadas para desempeñar dicho cargo y que debe ser el juez de la materia el encargado de que se cumpla con dicho fin, considerando todas y cada una de las circunstancias que se le presenten y no establecer un orden de personas, ya sea por la supuesta idea de que existe un lazo mas fuerte con la familia materna por generalidad y no considerar la excepción que como lo sabemos se da en nuestra sociedad.

CAPITULO PRIMERO

F A M I L I A

1.1. La Familia en la Antigüedad

Se considera que la familia como institución humana es la mas antigua, incluso anterior al mismo hombre y al derecho, es importante mencionar que entre los antropoides se dio una unión mas o menos duradera a partir del contacto sexual entre macho y hembra; estos grupos primitivos se fundaron en el hecho biológico de la generación, prestándose únicamente protección entre ellos mismos, es decir entre los miembros del grupo.

“Es solo en el grupo humano, donde la intervención de elementos culturales, tales como la religión, la moral y el derecho; la familia adquiere permanencia y solidez”. (1)

El ser humano como tal, tiene una capacidad de pensar y de hacer llegar sus pensamientos a los demás miembros del grupo, por tal razón crea dioses instituciones de derecho, y todos aquellos elementos culturales y científicos, de los cuales carecen otros grupos, sin esta capacidad pensante, que los caracterizan, y con la cual lleva a cabo en conjunto todos y cada uno de sus fines primordiales y logra así la permanencia y estabilidad en primer lugar de su familia, y en segundo término con la sociedad de la cual es parte.

(1) GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Derecho Civil, Primer curso, parte general, Personas, Familia”. Editorial Porrúa, S.A. Décima cuarta edición, México 2004, p. 245.

Cabe hacer la observación de que entre los antropoides al no existir elementos culturales dentro de sus grupos, estos no tienen ninguna solidez pues la permanencia del grupo es más relativa.

Con la aparición de los grupos humanos nómadas (clanes o tribus) la familia se constituye por un varón, una o mas mujeres y su prole, dándose

casos donde los parientes entran a la familia a cambio de protección del jefe y así colabora en las labores del pastoreo y caza, labores en la que se funda básicamente su economía, observándose en esta familia primitiva ya una organización aunque rudimentaria.

Asimismo, la misma relación social que se produce entre estos grupos humanos nómadas o primitivos, así como las necesidades que surgen entre ellos da como consecuencia la transformación de su economía misma que ya no esta solamente sujeta al pastoreo y caza, sino también al cultivo de la tierra, es decir surge la agricultura, y con ello dichas tribus nómadas o primitivas se vuelven de alguna manera independientes y se transforman en grupos sedentarios, fundando su economía en la agricultura, y modificando con ello su comportamiento.

En estos nuevos grupos los lazos se consolidan porque además de la motivación biológica o económica, nace de alguna manera la religión. Los miembros del clan se consideran parientes por el hecho que creen descender de un antepasado común, al cual prestan adoración, ya sea animal o planta (tótem).

En estos tiempos “El matrimonio se realizaba exogámicamente, los varones de un grupo se casaban con las mujeres de otro, estando prohibido el matrimonio entre los miembros del mismo clan”. (2)

Desde este momento la moral en este sentido va a jugar un papel preponderante, ya que se prohíbe el matrimonio entre los miembros del mismo clan y empieza a trazar las directrices que regirán posteriormente la vida del ser humano dentro de un marco de moralidad y respeto.

Con la transformación de los grupos primitivos a los sedentarios, es en este momento que la mujer adquiere importancia y es trascendente para los miembros del grupo, ya que para recolectar alimentos, así como para conservar el fuego requiere la fabricación de utensilios y recipientes,

actividades que primordialmente ella lleva a cabo, así como el cuidado y aprendizaje de los hijos.

“Otro de los cambios secundarios fue trabajo especialmente del hombre y consistía la utilización de los animales para el arado y el carro de ruedas así como el molino de viento y barco de velas, para la producción agrícola y transporte. Es entonces que el hombre reemplaza a la mujer; por consecuencia, el hombre al dedicarse a la ganadería y a la agricultura se asienta en un solo lugar, dejan de ser nómada, originándose con ello la familia patriarcal. Así en un comienzo los integrantes de la familia educaban integralmente a sus hijos, misma educación que no era muy compleja, les

(2) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op cit. p. 249.

enseñaban los medios básicos para integrarse a la sociedad productiva, ya fuera la agricultura, la recolección, herrería, etc. Por lo anterior la familia era el centro de producción y sus integrantes estaban en función de ella. Además la familia era el centro religioso y político”. (3)

Así pues y en base a lo anterior mencionaremos como se constituyo la familia en:

1.1.1. Roma

En Roma la política jugo un papel importante dentro de la sociedad, por lo tanto la familia se encontraba sometida a las reglas establecidas por los grupos que se encargaban de dichas funciones.

“La familia esta organizada en Roma sobre la base del patriarcado, misma forma que conocieron otros pueblos de la antigüedad como los hebreos, los persas, los galos. De aquí que el papel paterfamilias fuera el principal y de ahí también que la madre ocupara un lugar completamente secundario. Por su misma constitución la familia se desarrollaba exclusivamente por vía de los

varones; la mujer al casarse salía de su familia civil para pasar a formar parte de la familia del marido”. (4)

(3) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op cit. p. 249.

(4) BRAVO GONZÁLEZ Agustín y Beatriz Bravo Valdés, “Primer Curso de Derecho Romano”, Editorial Pax, México 2004, p. 139.

“En el derecho común llamamos familia a todos los *agnados*, pues aunque haya muerto el paterfamilias, cada uno de ellos tendrá familia, pues los que estuvieron bajo su potestad se llaman con rectitud de su misma familia, pues salieron de la misma casa y gente”, Podemos pues, considerar a la familia civil como a las personas colocadas bajo la autoridad de un jefe único y que están ligados por la *agnatia*.

En el mismo fragmento se dice: “se llama paterfamilias aquel que tiene el señorío en su casa, y se le designa correctamente con este nombre aunque no tenga hijo, pues el termino no es solo de relación personal, sino de posición de derecho...” Es paterfamilias el varón que es *sui iuris* cualquiera que sea su edad y este vocablo connota que puede ser titular de un patrimonio que tiene o puede tener a otras personas bajo su potestad. En su *domus* - casa - era dueño absoluto de sus actos, era el soberano que impartiría justicia a los suyos y el sacerdote que ofrecía los sacrificios de los antepasados.

El jefe de familia tiene bajo su potestad a sus hijos y demás descendientes sobre los cuales ejercerá la *patria potestas*. También se encuentran bajo su potestad su esposa si la tiene *in manu*, sus esclavos y a una persona libre cuando la tiene *in mancipium*.

Compartiendo el hogar con paterfamilias, pero desempeñando un lugar secundario, tenemos a la materfamilias, que es la que vive honradamente, pues se distingue de otras mujeres por sus costumbres, y lo mismo da que sea casada o no lo sea, pues ni el matrimonio ni el nacimiento hacen a una mujer de familia, sino las buenas costumbres”. (5)

(5) BRAVO GONZÁLEZ Agustín y Beatriz Bravo Valdés, Óp cit. p. 140.

“Refieren los sociólogos que las más antiguas sociedades vivieron en la promiscuidad y que por este motivo el parentesco no podía determinarse más

que por línea materna, lo que da lugar al dominio exclusivo de la mujer sobre sus descendientes, produciéndose la ginecocracia. Posteriormente el matriarcado va declinando paulatinamente y va surgiendo el patriarcado, lo que acontece en un estado más avanzado de civilización, cuando se pudo inferir que la causa del nacimiento fue un acto que se efectúa meses atrás, entonces el parentesco ya pudo ser regulado por la paterna.

Al hablar de la evolución de la familia romana: hablamos del *agnatio* y *cognatio*. Es decir del parentesco. Parentesco viene de *parens*, *parentis*, el padre o la madre, el abuelo u otro ascendiente de quien se desciende. Los romanos entendían el parentesco en dos sentidos: el parentesco del derecho civil y el natural; cuando concurren ambos derechos, se contrae un parentesco natural y civil a la vez. Se entiende por parentesco natural el que deriva de las mujeres, cuando tienen hijos ilegítimos; participa el parentesco de ambos derechos – natural y civil – cuando deriva de un matrimonio legítimo. El parentesco natural se llama simplemente así, o también se le denomina *cognatio*, y el civil es designado corrientemente *agnación*, que es el que viene por línea del varón”. (6)

“La *agnatio* es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna, pues del paterfamilias dependía la composición de la familia, siendo libre de cambiarla a su arbitrio. En efecto, podía emancipar a sus hijos, darlos en adopción; además, podía hacer ingresar a extraños en su familia mediante la adrogación y la adopción. Podemos decir que la estructura toda de la familia

(6) BRAVO GONZÁLEZ Agustín y Beatriz Bravo Valdés, Op cit. p. 141.

civil romana está organizada en beneficio del paterfamilias, sin tomar en cuenta el interés de las demás personas sujetas a su autoridad.

La *cognatio* es el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras en línea directa o que descienden de un autor común, sin distinción de sexo. Este el parentesco natural o de la sangre, aceptado desde Justiniano y al que el pretor principió a reconocer derechos oponiéndolo al parentesco civil.

En un fragmento de Paulo se dice que son también *cognados* los que la ley de las Doce Tablas llama *agnados*, pero éstos lo son por vía paterna y

dentro de la misma familia, en tanto los parientes por vía femenina se denominan sólo *cognados*. Así pues, entre *agnados* y *cognados* hay la misma relación que entre el género y la especie: el *agnado* es también *cognado*, pero el *cognado* no es siempre *agnado*, pues la *agnación* civil y la *cognación* es natural". (7)

“La palabra familia aplicada a las personas, se emplea en derecho romano en dos sentidos contrarios.

Hablaremos de los dos:

1.- En el sentido propio se entiende por familia o domus la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único.

La familia comprende, pues el paterfamilias, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y la mujer *in manu*, que está en condición análoga a la de una hija (*loco filiale*).

La constitución de la familia romana, así entendida, esta caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre o del

(7) BRAVO GONZÁLEZ Agustín y Beatriz Bravo Valdés, Op cit. p. 142.

abuelo paterno. Dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, el jefe de familia arregla a su manera la composición: puede excluir a sus descendientes por la emancipación puede también, por la adopción, hacer ingresar algún extranjero. Su poder se extiende hasta las cosas; todas sus adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único, sobre el cual ejerce él solo toda su vida los derechos del propietario. En fin, el paterfamilias cumple como sacerdote de dioses domésticos, la *sacra privata*, las ceremonias del culto privado, que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos.

Esta organización, que tiene por base la preeminencia del padre, y donde la madre no juega ningún papel, es del tiempo del origen de Roma, habiendo quedado intacta durante varios siglos. Se modifico muy lentamente, sobre todo en el Bajo Imperio, donde la autoridad del jefe llegó a ser menos absoluta.

2.- El paterfamilias y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, o *su manus*, están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado *agnatio*.

Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos *sui juris*, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias o *domus*, que entre los miembros de las cuales están formados. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma familia civil; he aquí otro sentido de la palabra familia, en cuyo caso, que es mas común, la familia se compone de *agnados*, es decir del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil". (8)

(8) PETIT Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Tercera Edición, Editorial Nacional México, 2005, p. 112

El matrimonio romano se halla integrado por dos hechos esenciales; uno físico, la conjunción del hombre con la mujer que se entiende como una unión o unidad de vida; el otro elemento, intencional o psíquico, vivifica el material o corporal, el *animus* es el requisito que integra o completa el *corpus*, este elemento espiritual es el *affectio maritalis*, la intención de quererse por marido y mujer, de crear y mantener la vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal.

Al igual que en Grecia, también Roma se obligaba a casar a las jóvenes, imponiendo a los célibes determinadas penas si no lo hacían.

1.1.2. Grecia

En la época heroica la sociedad Aquea, en teoría el padre ejerce el poder supremo, puede tomar cuantas concubinas quiera y ofrecerlas a sus huéspedes y puede también disponer de sus hijos como el quiera puede matarlos, mutilarlos, sacrificarlos, arrojar de su casa a las personas *alieni iuris* como podía romper, destruir abandonar las cosas que les pertenecían. Podía venderlas y hasta el tiempo de Cicerón, darlas en prenda. En la economía primitiva se confundían el poder de disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas, porque el uno y el otro tenían un valor pecuniario. Esta

potestad , fuere cual fuese la edad del *alient iuris*, no se extinguía más que por la muerte o la *capitis deminutio* que priva al pater familias de su calidad de *sui iuris*; Esa omnipotencia paterna no significa empero, que fuese aquella necesariamente una sociedad brutal, sino que únicamente la organización del Estado era harto rudimentaria para poder garantizar el orden social, por lo que la familia, para asentar ese orden social, precisaba gozar de aquellos poderes de los que mas tarde habría de apropiarse el Estado gracias a la nacionalización del derecho de matar, y más adelante la conducta pater familias fue sometida a la apreciación del Censor y se fueron imponiendo a la autoridad de aquél restricciones cada vez más importantes.

Las doce tablas hacían libre al hijo objeto de tres mancipaciones sucesivas.

La ley Julia De adulteriis quitó al marido el derecho de vida y muerte sobre la mujer. Se privó al padre del derecho de entregar como prenda a los hijos, la jurisdicción domestica quedó reducida a un derecho de corrección.

Se prohibió la venta de los hijos. Salvo en los casos de extrema necesidad.

A medida que progresa la organización social, la autoridad paterna y la unidad de la familia disminuyen y crece la libertad y el individualismo.

En los tiempos homéricos la estructura patriarcal, en relación a la posición de la mujer es muy superior a la que se tuvo en la Grecia de Pericles.

El matrimonio tenia lugar por compra, el novio le pagaba al padre de la novia, el precio correspondiente en bueyes o su equivalente: y así también el padre de la novia entregaba al novio una dote. La ceremonia, tiene un carácter familiar y religioso, acompañada de banquetes, danzas y la novia iba por la ciudad a la luz de las antorchas, escuchándose cantos nupciales y jóvenes detrás de ella danzaban y sonaban entre ellos flautas y citaras.

“La familia homérica aparece como una institución vigorosa en la que abundan las esposas ejemplares y los hijos fieles, las mujeres no tan solo cumplían su función de madre sino que realizaban además diversos quehaceres, moliendo grano, cargando la lana, hilando, tejiendo y bordando, no cocinaban ya que esta era tarea propia de los hombres, la mujer además

del alumbramiento y crianza de los hijos, curaba sus heridas, sosegaba sus querellas y enseñaba los usos y la moral y las tradiciones de la tribu. Posteriormente se dictaron leyes, se limitaron las dotes buscando un matrimonio que se realizara por afecto entre los cónyuges y para la educación de los hijos.

La Atenas clásica permite las relaciones extramatrimoniales, las mujeres respetables debían de ir castas al matrimonio, sin embargo los hombres solteros una vez pasada la edad de los efevos, pocas eran las trabas morales que se oponían a sus deseos, se realizaban festividades que servían como válvulas de seguridad para el apetito carnal de las gentes, esta licencia sexual se aceptaba en la creencia de que podía observarse mas fielmente la monogamia. Se reconocía oficialmente la prostitución y gravaba un impuesto a quienes la ejercían, era considerada una profesión de gran éxito, con diversas categorías o especialidades. Conocidas eran las cortesanas griegas de las que habla Sófocles y Platón.

Los griegos conocieron el amor romántico, pero muy raramente a causa del matrimonio.”⁽⁹⁾

(9) CHAVEZ ASECIO, Manuel F., “La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”. Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 2003, p. 33.

Poco a poco se va separando el amor tierno y sentimental del erótico y llegaron a considerar el amor romántico como una especie de posesión o locura y se reina de quienes pensaran en él como una guía certera para la elección del cónyuge. El matrimonio se negociaba por medio de los parientes o casamenteros profesionales que le restaban importancia al amor, y no así a la dote, el padre entregaba a su hija como aporte al matrimonio, dinero, ropa joyas y a veces esclavos, que seguían siendo de su propiedad durante el matrimonio y que los podía conservar en caso de separación, lo que desanimaba al esposo de divorciarse y en caso de que el padre no pudiera darle la dote los parientes reunían una cantidad con ese fin, De esta forma el

matrimonio por compra en tiempos homéricos se invirtió en la Grecia de Pericles.

“La mujer tenía que comprar a su amo. El griego por consiguiente no se casaba por amor, ni por gozar del matrimonio, sino para perpetuarse así mismo y al Estado por medio de una mujer convenientemente dotada. Las leyes prohibían permanecer solteros; pero en tiempos de Pericles, las leyes no siempre se hacían cumplir y, en los que siguieron la soltería creció a tal punto que vino a constituir uno de los más serios problemas de Atenas, quienes se decidían a casarse lo hacían usualmente hacia los treinta y con esposas que no excedieran mucho de los quince. “no está bien que se casen dos jóvenes - dice un personaje de Eurípides-, porque el vigor del hombre dura mucho tiempo, mientras que la sazón florida de la belleza femenina es efímera.

Hecha la elección y aceptada la dote, tiene lugar en el domicilio del padre de la novia la celebración de solemnes esponsales debiendo intervenir testigos, no siendo necesaria la presencia de la desposada. Sin estos desponsorios formales no había unión valedera para el derecho ateniense, y ellos venían a hacer como el primer acto del complejo rito matrimonial. El segundo acto consistía en una fiesta en casa de la novia.” (10)

“Así mismo el marido podía tomar, además de su esposa una concubina, para la diaria salud de nuestro cuerpo y esposas para darnos legítima descendencia y para que sean fieles custodios de nuestros hogares”. (11)

Las leyes de Dragón autorizaban el concubinato y después de la expedición de Sicilia del año 415, habiendo disminuido el número de ciudadanos a causa de la guerra, muchas jóvenes no podían encontrar marido, y ante tal situación las leyes permitieron los matrimonios dobles.

El adulterio únicamente se estimaba como causa de divorcio cuando lo cometía la mujer; en este caso la costumbre imponía repudiarla, el derecho castigaba a la adúltera y al adúlterador con la pena de muerte.

Para el hombre, el divorcio era cosa sencilla, pudiendo repudiar a su mujer en cualquier momento sin necesidad de declarar el motivo. La esterilización era razón suficiente de divorcio, puesto que el objeto del matrimonio consistía en tener hijos. Cuando el marido era estéril, la ley permitía, y la opinión pública lo aconsejaba, buscar ayuda de un pariente, en

(10) CHAVEZ ASECIO, Manuel F., Op cit. p. 34.

(11) CHAVEZ ASECIO, Manuel F., Op cit. p. 35.

cuyo caso el hijo que naciera se estimaba hijo del marido; la mujer no podía abandonar libremente a su esposo, pero sí podía solicitar la concesión del divorcio fundándose en la crueldad o los excesos de su cónyuge. También se autorizaba por mutuo disenso, el que se expresaba por medio de una declaración formal ante el arconte. En caso de separación, los hijos continuaban en poder del marido, y de esto se desprende que, por lo que hace a las relaciones sexuales, las costumbres y las leyes de Atenas revelaban un origen masculino y significaba un retroceso de matiz oriental respecto a la sociedad de la Edad Homérica.

1.1.3. Israel

“La revelación y la ciencia señalan al Asia como la cuna de la humanidad. La sagrada Biblia nos enseña los orígenes de la sociedad familiar y la división de los pueblos en dos grupos: hijos de Dios, los descendientes de Set, e hijos de los hombres, los descendientes de Caín, ambos hijos de Adán.

En el Génesis se descubre la unión monogámica, indisoluble, creada por Dios que no puede romperse, pues sería como cortar en dos la misma carne viva.

Entre los primeros, la sociedad doméstica fue una prolongación de la paradisíaca vida observada por la primera pareja después del pecado original, siendo la característica de la unión conyugal la unidad, indisolubilidad, santidad, mutuo auxilio y recíprocas prestaciones. Nos enseña el Génesis que

Noé y sus hijos, que fueron los últimos representantes de aquella privilegiada raza, no tienen más que una esposa cuando entran en el arca. Los hijos de los hombres, mucho antes de ocurrir una catástrofe, habían vulnerado la ley divina, quebrantando la unidad del vínculo; y así vemos a Lamec, hijo de Matusalén, desdiente de Caín (*Génesis IV, 19*), casado con dos mujeres a un tiempo, y a quien Tertuliano señala como el primer violador conyugal.

La organización doméstica del pueblo judío, trazada por Dios en el Código revelado, contiene con precisión los deberes y derechos de los padres, esposos e hijos. El matrimonio tiene un carácter religioso, y de él se derivan los derechos de naturaleza civil; procedente las oraciones de los padres y de las circunstancias para traer las bendiciones de Dios sobre los esposos (*Génesis XXIV, 60; Rut IV, 11, 16*); los hijos eran considerados como bendición del matrimonio, y eran tenidos en tan alta estima que aun antes de nacer eran considerados personas”. (12)

“Refiéranse los deberes de los padres principalmente a la educación de los hijos a quienes deberían de enseñarles un oficio útil y necesario para la vida, siendo obligación de la madre tener a las hijas al cuidado de la casa y sus menesteres. El padre es el rey y señor; la madre su compañera y consejera; los hijos y domésticos, el elemento sometido; pero todos coparticipan en la adquisición y aprovechamiento de los bienes de la familia.

Después del diluvio, la familia se degradó con la poligamia y el divorcio.

(12) DE IBARROLA Antonio, “Derecho de Familia”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2005, p. 83.

De este se hizo tan prodigo abuso que una simple carta de despido, dice Drach (*Del divorcio en la Sinagoga, 16*), tenía la propiedad de disolver el vínculo conyugal. La mujer repudiada dos veces, no podía contraer matrimonio con el marido, porque era una abominación a los ojos de Yahvé (*Deuter, XXIV, 1 y ss.*). la mujer no podía repudiar al marido, pues es una adquisición del hombre. La ley de Moisés no reconoce el divorcio, y aunque es lícito al hombre repudiar y separa de su lado a la mujer, el Señor no mira con agrado el repudio”. (13)

“En cuanto a los bienes del matrimonio, se descubre en primer lugar la ayuda mutua que se antepone a la creación, hombre y mujer se completan mutuamente y cada uno enriquece al otro con sus propias aportaciones.

En la época de la instalación en el Canaán, la familia media se orienta hacia la bigamia (tiempo de los reyes y jueces), las numerosas mujeres de los reyes se la antigua alianza es estrictamente histórica.

Posteriormente la influencia de los pueblos vecinos, especialmente los asiros, hizo que se generalizara el divorcio entre los hogares menos fervientes del pueblo. El divorcio se justificaba con el libelo del repudio. La mujer podía ser repudiada sin culpa alguna, por parte de ella. También ella podía solicitar el divorcio, pero la única condición era que el marido fuere infiel a ella.

(13) DE IBARROLA Antonio, Op cit. p. 84

Posteriormente con el redescubrimiento de la ley en el año 662 A. C. y la publicación del Deuteronomio vinieron a recordar costumbres mas severa, en este libro se encuentran textos que tratan de restringir el divorcio, se encuentran esfuerzos para estrechar más lazos familiares y nos dice “es la familia donde se deben enseñar las leyes”. (14)

“En realidad, el matrimonio era considerado por los hijos de Israel como un acto sagrado. La fórmula que ha de pronunciar el novio es: Ya estás santificada. Empero observemos la oración jaculatoria que hallamos en los libros de oraciones diarias para uso de los actuales hebreos, quienes dicen a Dios: “Te doy las gracias por no haberme hecho mujer”. (15)

1.1.4. México

Para entrar al estudio de la familia en México hablaremos primeramente de la cultura nahua.

“La base de la sociedad era la plebe (*los macehualli*), de donde salían a la postre agricultores y guerreros. Entre los aztecas la comunidad, no el

(14) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., “La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”. Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 2003, p. 39.

(15) DE IBARROLA Antonio, “Derecho de Familia”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2005, p. 86

individuo, era la propietaria de la tierra, y la mayor parte de las decisiones eran tomadas por voto popular. La casa (*calli*), se convertía en *calpaulli* (casa grande). A nadie se le daba título de la tierra que trabajaba, solo se permitía hacerla reproducir. El conjunto de familias formaba un clan.

El *calpulli* era, entre los aztecas, la unidad fundamental de su organización político-social: en el mandaba el *capulle*, (jefe de barrio), a quien ayudaban los *calpixqui*, (recaudadores) y miembros de la policía. Un consejo se hallaba al frente del estado (*el tlatocan*), que era presidido por el *cihuacóatl*, integrado por los *calpulleques*, delegados de los barrios (que eran 20), y por los principales sacerdotes. Gozaban de atribuciones administrativas y judiciales. Se reunían cada 12 días y, en pleno, cada 80. La figura del *cihuacóatl* fue opacándose luego ante la del jefe militar más aguerrido y victorioso (*tlacatecuhtli*) que pronto obtuvo máxima autoridad religiosa, administrativa, judicial y militar. Elegido en un principio por él pueblo, lo fue luego el tlatocan, y finalmente sólo por cuatro electores.

“Hácenos notar LEON PORTILLA que el adjetivo nahuatl abarcaba toda una cultura con una filosofía propia, y por lo tanto, no fue nunca pueblo degenerado.

La base de la familia nahua era el matrimonio al que tenía en muy alto concepto era un acto exclusivamente religioso: carecía de toda validez cuando

no se celebraba de acuerdo con la ceremonias del ritual, en sus solemnidades intervenían únicamente los parientes cercanos y los amigos íntimos de los contrayentes”. (16)

(16) DE IBARROLA Antonio, Op cit. p. 105

“Vemos así como el matrimonio estuvo siempre supeditado a determinadas reglas. La promiscuidad absoluta, tal como se conciben algunos sociólogos dados a la utopía, nunca existió entre ellos.

Entre los aztecas se confirma la existencia de un clan, agrupación de individuos parientes entre sí, porque suponen descender de un antepasado común, el que puede ser un animal, una planta, un mineral y a veces, hasta un fenómeno de la naturaleza. El antepasado legendario se llama Tótem.

No podían en un principio los varones de un clan casarse con las mujeres del mismo: disminuirían el poder mágico del tótem: habían de contraer matrimonio con miembros de otro clan. Resultaban así los clanes siempre exogámicos.

Pierde la mujer su primacía, que le hemos visto asumir en el seno del clan exogámico, y la familia pasa del matriarcado al patriarcado. Paulatinamente se sustituye la endogamia a la exogamia: los miembros de un mismo clan, varones y mujeres, que antes tenían prohibición de unirse en matrimonio, podrán hacerlo en lo sucesivo. La escasez de medios de subsistencia determina el paso de la familia poligámica a la monogamia. Siempre fue la poligamia derecho reservado a los pudientes y a quienes se distinguían en los campos de batalla”. (17)

“Distinguese en la familia nahua el matrimonio como una unión definitiva, el provisional y el concubinato. En los tres existían

(17) DE IBARROLA Antonio, Op cit. p. 106 y 107.

impedimentos legales: se prohíben las relaciones entre parientes en línea recta, en línea colateral igual, en línea colateral desigual hasta el tercer grado, con excepción del varón con la hija de su hermana materna; por afinidad, entre

padrastrros y entenados y concubinas del padre con el hijo. Permítase el matrimonio entre cuñados. Los cónyuges divorciados no podían volver a contraer matrimonio entre sí, so pena de muerte: la razón de ello permanece obscura.

El matrimonio celebrado con el ritual acostumbrado produce una unión definitiva: recibe la mujer el nombre de *cihuatlantli*. En el provisional, sujeto a la condición resolutoria del nacimiento de un hijo, la mujer tlacallacahuilli, si daba a la luz un niño, exigían los padres al marido provisional que la dejase o contrajese nupcias con ella, haciéndose de este modo definitivamente la unión sin ceremonias, motivada muchas veces por la falta de recursos económicos de la clase popular para costear los gastos de la fiesta, y se legitima cuando se celebra la ceremonia nupcial. En este caso recibe la mujer el nombre de *temecáhu*. El adulterio, ya se trate del cometido en el matrimonio o de simple infidelidad de quienes viven en concubinato, es castigado con la pena de muerte.

La posición de la mujer nahua dentro del matrimonio nunca fue de inferioridad frente al varón. Si bien éste era el jefe de la familia, ella podía poseer bienes, celebrar contratos y acudir a los tribunales en solicitud de justicia, sin necesidad de autorización de su cónyuge.

Solo existía una esposa legitima y era aquella con la cual el hombre se había casado observando todas las ceremonias, pero también había un número indefinido de concubinas oficiales que tenían su sitio en el hogar, había un número indefinido de concubinas oficiales que tenían su sitio en el hogar, y cuyo estatuto social no era en manera alguna objeto de burlas o desprecio.

La poligamia debió haberse practicado entre las tribus sedentarias del valle central (que habían sido toltecas), y se introdujo cada vez más en las costumbres, a medida que se elevaba el nivel de vida, sobre todo entre la clase dirigente y los soberanos.

En relación a los bienes del matrimonio, parece haber existido sólo el sistema de la separación. Al efecto, en el momento de la celebración de la ceremonia del matrimonio, se hacía un inventario de lo aportado por cada uno de los cónyuges. La lista se hacía, se asentaba en un documento que quedaba en poder de los padres de ambos y que servía para restituir a cada uno lo propio, en caso de divorcio”. (18)

En relación a la **patria potestad** era el hombre el jefe de familia; pero en derecho, estaba en igualdad de circunstancias con su mujer. El hombre educaba y castigaba a los hijos varones, la mujer a las niñas. Ambos podían amonestar a sus hijos.

“La patria potestad era muy amplia. El padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos.

(18) DE IBARROLA Antonio, Op cit. p. 108.

También estaba facultado para casar a sus hijos, y el matrimonio que se celebraba sin el consentimiento del padre era tenido como ignomioso.

Eran los nahuas muy estrictos: podían reprender con azotes, con punzamientos, con aplicación de humo de chile en el rostro de los mal educados, y con una incisión pequeña en el labio de los mentirosos.

Los hijos de los nobles, de los ricos y de la clase media vivían en la casa de sus padres hasta los 15 años. A los 15 años eran entregados al *calmecac* o *tepochcalli*, según la promesa que se hubiera hecho el día de la imposición del nombre. *Tepochtli* era el adolescente, *calli* su casa”. (19)

“En caso de muerte del padre, el hermano de éste podía ejercer todos los derechos de la patria potestad, siempre y cuando casara con la viuda, se ignora sí, en caso de ausencia de este requisito, los abuelos podían suplir a los faltantes. No se ve que los huérfanos acudiesen a los abuelos se especial, sino a cualquier pariente para que los sustentara, quien indudablemente adquiriría la tutoría de los menores. Esta última institución era de gran responsabilidad: la mala disposición de los bienes encomendados hacia el autor merecedor de la pena de horca.

Si moría la mujer durante el parto, su destino quedaba asimilado al de un guerrero muerto en combate o sacrificio” (20)

Ya en el México Independiente, en esta época la iglesia tenía dominio absoluto sobre las cuestiones del matrimonio y fue únicamente de su competencia. Hasta las leyes de reforma.

(19) DE IBARROLA Antonio, Op cit. p. 109.

(20) DE IBARROLA Antonio, Op cit. p. 111.

“La jurisdicción de la Iglesia, sobre el matrimonio fue definida por el Concilio de Trento el condenar varias posiciones que negaban dicha jurisdicción bien en lo que se refiere a la regulación del ius connubii (establecer impedimento) bien en lo que atañe a la función judicial (causas matrimoniales). De modo explícito el Concilio definió: a) la potestad de la Iglesia para constituir impedimentos dirimentes y dispensar de ellos; b) la competencia para juzgar causas matrimoniales. De este modo implícito quedó definido –entre otras cosas- que la Iglesia posee jurisdicción por derecho propio, no por concesión de las autoridades civiles.

La iglesia por lo tanto tenía competencia cuando ambas personas estuvieran bautizadas, y aun cuando una de ellas no lo estuviera, solo bastaba que uno de ellos lo fuera. Ante tal situación el Estado creó una teoría sobre el matrimonio y lo consideró como un contrato, y por lo tanto el Estado tiene intervención, mencionando que la esencia del matrimonio está basada por la libertad de los contrayentes y entonces al existir un acuerdo de voluntades existe por lo tanto un contrato entre los interesados.

De manera posterior se crea la ley de septiembre de 1792, la cual afirma que el matrimonio es un contrato en virtud del acuerdo de voluntades que este lleva implícito, y así mismo menciona el divorcio por mutuo consentimiento.

México no escapó de las ideas liberales y desacralizadoras que consideraron al matrimonio como un contrato civil. Cuando Ignacio Comonfort renuncia a la Presidencia de la República, Benito Juárez, quien en ese tiempo era Presidente de la Suprema Corte, lo sustituyó por ministerio de ley, y posteriormente, dio las leyes de Reforma”. (21)

(21) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., "La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares". Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 2003, p. 57 y 58.

"La iglesia estaba excluida de conocer respecto al contrato de matrimonio y en agosto de 1859 algunos obispos realizaron una pastoral al clero y a los fieles de toda la República, en la que expresaban "Que todos los legisladores civiles del mundo jamás podrán despojar a la Iglesia de la mas mínima de la facultades que recibió de Jesucristo; que entre estas facultades está contenida la de conocer y arreglar el matrimonio Sacramento; que solamente éste y ningún otro es válido entre los católicos; que el que éstos contraigan contra la prescripción de la Iglesia será ilícito..." que será un verdadero concubinato por más que lo declaren válidos las leyes civiles.

Ante tal situación el gobierno de Juárez, expide en 4 de diciembre de 1860 una ley sobre la libertad de los cultos como una medida de tolerancia; y entre otras cosas señalaba Y que cualquier persona podría pertenecer a la misma, que la autoridad de la Iglesia era pura y absolutamente espiritual, sin coacción alguna de otra clase y por consecuencia en el orden civil no podría intervenir en asuntos puramente religiosos, ni en los actos religiosos concernientes al matrimonio, y reiteraba que el contrato denominado matrimonio quedaría sometido a las leyes; y aquel matrimonio que no cumpliera con la formalidades descritas en la ley seria nulo y por consecuencia no podría producir efecto alguno.

Durante la intervención francesa, y durante la época de Maximiliano, el Estado mantuvo su competencia en relación al matrimonio, reconociendo la competencia de la Iglesia en cuanto los matrimonios entre bautizados, y como solución a esta situación se considero obligatorio los dos matrimonios, es decir tanto civil como el religioso.

Es importante observar que nuevamente la Iglesia jugaba un papel importante, e intervenía de alguna forma en dichos actos.

Ante la derrota de Maximiliano y restaurada la República de Benito Juárez, el 5 de diciembre de 1867, se revalidaron los actos del estado civil realizados en el Imperio". (22)

1.2. Concepto y Naturaleza Jurídica

Como se ha mencionado anteriormente, y durante el paso del tiempo desde el inicio de las culturas primitivas, y las múltiples transformaciones que se han dado en estas, el hombre se ha organizado en grupos, mismos que han dado lugar a la estructuración de varios tipos de familia, que siempre han tenido como objetivo o función primordial cubrir intereses económicos, sociales, políticos, así como los religiosos y los jurídicos. Por lo anterior es que con el tiempo se han dado diversas definiciones de familia; sin embargo, lo que no se puede cambiar es la concepción de que es ésta el origen de la organización social.

“La etimología del vocablo familia. (*Roma, Germanos, España*). Según una respetable mayoría de los escritores procede la palabra familia del grupo de los *famuli* (*del osco famel*, según unos; *femes* según otros, y según entender de Taparelli y De Greef, de *fames*, hambre. Famulos son los que moran con el señor de la casa, y según anota Breal, en *osco faamat* significa

(22) CHAVEZ ASECIO, Manuel F., Op cit. p. 61 y 62.

habita, tal vez del sanscrito vama, hogar, habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (*servi*), llamando, pues la familia y familia al conjunto de todos ellos”. (23)

“CONCEPTO JURÍDICO.- la familia desde el punto de vista jurídico, es el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre, matrimonio o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones.

CONCEPTO.- es una agrupación de personas que se encuentran unidas por lazos de sangre o por lazos que crea la ley.” (24)

Así, la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en la familia que hace.

“De esta manera, el término familia tiene diversas acepciones, ya que su significado dependerá del ángulo en el cual se coloque el estudioso para

(23) DE IBARROLA Antonio, “Derecho de Familia”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2005, p. 2.

(24) PEREZ CONTRERAS María De Montserrat, “Derechos de los padres y de los hijos”, Cámara de Diputados, UNAM, p. 5.

reflexionar científicamente sobre ella como la Institución y así conocerla. En este sentido el concepto de familia no será el mismo si esta enfocada desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de su evolución histórico social, o bien en razón de sus efectos, entendidos estos como derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros”. (25)

“El primer enfoque nos coloca frente a un concepto biológico de la de la familia que, desde este ángulo, deberá de entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación.

La familia como hecho biológico, involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre si lazos de sangre.

La segunda perspectiva nos enfrenta en un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares. En algunos casos, como el de las sociedades llamadas industriales su organización ha correspondido a la estructura de la denominada “familia

nuclear”, que se encuentra compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. Estos, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva y, aunque vivan separadas, se encuentran engranadas, de forma típica, en redes alargadas de familiares de diversas partes. En otros casos, como sigue ocurriendo en las comunidades

(25) BAQUEIRO ROJAS Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, “Derecho de familia y sucesiones”, Editorial Harla, México, 2000, p. 7.

agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del pater. En estas circunstancias, es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada “familia en sentido extenso”. Los integrantes de este tipo de familia no siempre estuvieron unidos por vínculos de sangre y matrimonio, como fue el caso de los siervos y clientes que vivieron bajo el mismo techo, por ejemplo la familia romana.

“De aquí que los conceptos biológico y sociológico de la familia no siempre, coincidan, puesto que el primero la define como la institución formada por el padre, la madre y los hijos de ambos; mas en otras ocasiones, los parientes lejanos que se les agregaban. En cambio el concepto sociológico es la institución social vinculada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

El tercer enfoque nos sitúa ante un concepto que no siempre ha reflejado al, modelo biológico ni al modelo sociológico; es decir, el concepto y/o naturaleza jurídica, pues este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos, efectos esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Así, desde la perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, porque entre sus miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen partes de la familia sus descendientes, aunque lleguen a

faltar los progenitores. Sin embargo, no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidas por ley hasta determinado grado o distancia. Así en línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral el parentesco y sus efectos sólo se extiende hasta el cuarto grado, como lo considera nuestro derecho civil vigente. Es necesario aclarar que no siempre ha sido así, pues en otros tiempos y en otros lugares el parentesco biológico produjo y produce efectos jurídicos a mayores distancias y grados”.

(26)

Derivado de lo anterior se puede decir que la Familia se origina de la unión de dos adultos que viven juntos, de los hijos que procrean, y del reconocimiento que hagan otros miembros de la sociedad y/o la ley acerca de tal unión.

Teniendo su origen en uniones jurídicamente reconocidas o en parejas de derecho (matrimonio), o en uniones que nacen de parejas de hecho (concubinato), y las que se estructuran a partir de uno solo de los padres como sostén y pilar, (padres solteros).

Es importante analizar a la familia desde el punto de vista jurídico es decir el DERECHO DE FAMILIA. Primeramente “La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como ordenamiento supremo que establece los derechos o garantías fundamentales de todo mexicano contiene en su

(26) BAQUEIRO ROJAS Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, Op cit. p. 8.

artículo 4º, disposiciones que protegen a la familia. En primer término, en su párrafo segundo, establece, respecto de la pareja, que tanto el hombre y la mujer deber ser iguales ante la ley, esto implica en el aspecto legislativo (igualdad en la ley), como en el aspecto práctico (social y culturalmente) ejemplo en el trabajo o en la familia.

En la segunda parte del mismo párrafo establece que la ley debe proteger la organización y desarrollo de la familia.

En su párrafo tercero que es derecho de cada persona el elegir de forma libre sobre el número y espaciamento de sus hijos o métodos de reproducción asistida.

En sus párrafos quinto y sexto se establece el derecho de toda familia a tener una vivienda digna.

Afirmando que la ley se encargará de crear los mecanismos necesarios para que así sea, y la obligación del Estado para establecer los medios que garanticen el derecho a la salud. La constitución de cada Estado contiene disposiciones similares respecto a la protección de la familia.

Finalmente dicho artículo señala como obligación de los padres o quien ejerza la custodia o tutela de un menor, de proveer a éstos de todo lo necesario para la satisfacción de sus necesidades, así como la protección y procuración de su salud física y psicológica.

Después de la Constitución, la legislación secundaria que va a regular las relaciones entre los miembros de la familia es principalmente el Código Civil de cada entidad federativa, en los títulos relativos al matrimonio, divorcio, al parentesco, alimentos, paternidad, filiación, adopción, a la patria potestad, así como a la tutela; se encargará de determinar la organización, vida y disolución de la familia, así como los derechos y obligaciones que derivan de ella y su término.

El derecho de familia reconoce, en sentido estricto, tres fuentes jurídicamente reconocidas:

= Las familias que nacen de la unión de personas del sexo opuesto, ejemplo el matrimonio y el concubinato.

= Las familias que tiene como origen la procreación, es decir los vínculos de parentesco que surgen entre padres e hijos, y de estos con los parientes de sus progenitores, sean nacidos dentro o fuera del matrimonio. En los casos de familias de madres solteras y en que los hijos no fueron reconocidos por el

padre, los vínculos se crean con respecto a la madre y sus parientes jurídicamente, y respecto al padre y su parentela naturalmente.

= Las familias que tienen su origen en la Constitución que hace de ellas la ley, y no por nexos sanguíneos, ejemplo aquellos vínculos que se crean semejantes a los naturales entre el adoptante y adoptado.

Las leyes regulan en el Estado de la familia, aspectos como son la educación, la asistencia material y la espiritual, la paternidad, las obligaciones alimentarias, la patria potestad, la custodia, el respeto al derecho de convivencia, la herencia, la tutela, y el patrimonio de familia, fundamentalmente; estableciendo derechos e imponiendo obligaciones, derivado del matrimonio, concubinato, de la procreación o de la adopción, esto es la filiación.

CONCEPTO DE DERECHO DE FAMILIA.- Podemos definirlo como un conjunto de disposiciones jurídicas que regulan los aspectos biológicos y sociales que resultan de la unión entre personas de sexos opuestos a través de instituciones como el matrimonio y el concubinato, y la resultante procreación entre ellos, así como las consecuencias de la adopción y de la filiación.

PARTES EN EL DERECHO DE FAMILIA.- Son todas aquellas personas que de alguna manera tienen responsabilidad, de conformidad con la ley, para con otros sujetos y que se encuentran ligados entre si por la filiación (padres e hijos), por algún tipo de parentesco o por la ley (adopción y tutela). Así mismo es importante mencionar que existen otros sujetos que son nombrados en circunstancias especiales, como son los tutores (quienes actúan en nombre y representación de los incapaces), es decir los menores que no se encuentran sujetos a la patria potestad de sus padres u algún pariente de acuerdo con la ley, o de adultos que sufren de alguna discapacidad de orden mental o intelectual". (27)

1.3. Condiciones Sociales

Es importante mencionar que la familia es precisamente el lugar donde el hombre aprende valores humanos, sociales, morales, culturales e incluso religiosos, y con base a ellos a relacionarse. Es decir, es el lugar

(27) PEREZ CONTRERAS María De Montserrat, "Derechos de los padres y de los hijos", Cámara de Diputados, UNAM, p. 8.

donde el ser humano se desarrolla tanto físico como psicológico, afectiva y socialmente. Es así que a través de este núcleo son cubiertas las necesidades materiales y económicas del individuo hasta que es capaz de satisfacerlas por él mismo.

Se puede afirmar que la institución de la familia, ha tenido como base y fundamento jurídico el matrimonio y ahora también el concubinato, la filiación y el ejercicio de la patria potestad, instituciones que surgen como consecuencia de la procreación. Mientras estos cuatro factores se presentan y existen en la conformación y vida de las familias, éstas adquieren estabilidad y cumplen en forma eficaz la función social que les corresponde, la cual consiste en proveer a sus miembros de lo indispensable para un desarrollo humano pleno e integral, que les permita tener una vida satisfactoria. Por lo anterior y por la naturaleza de las relaciones que se dan en el núcleo familiar a través del tiempo, siempre ha sido necesario regularlas mediante diferentes documentos legislativos como por ejemplo la ley de relaciones familiares, el código civil de 1884 o actualmente nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, en los respectivos códigos de cada entidad federativa.

Como se ha dicho la familia es una de las instituciones que ha trascendido a través de los años, misma que ha sufrido infinidad de cambios debido a la transformación de los intereses de la sociedad y su evolución tanto científica, económica, moral, política, etc., cambios que han dado la pauta para

el tipo de familia que hoy se presenta en la actualidad. Ya que como primeramente se menciona la familia se dedicaba a la caza y a la recolección, posteriormente a la producción agricultura, ganadería y el transporte; por consecuencia, el hombre al dedicarse a la ganadería y a la agricultura se asienta en un solo lugar, originándose con ello la familia patriarcal. Así en un comienzo los integrantes de la familia educaban a sus hijos totalmente les enseñaban los medios básicos para integrarse a la sociedad productiva, ya fuera la agricultura, la recolección, herrería, etc. Por lo anterior la familia era el centro de producción y sus integrantes estaban en función de ella.

Los tiempos en la actualidad han cambiado de manera rotunda, primeramente la formación y educación ya no se limita exclusivamente a la familia.

Los hijos asisten a escuelas mismas en donde reciben formación y educación, así como también de las amistades o grupos sociales con los cuales se relaciona, así como la función de los padres es proporcionar a la familia todo lo necesario, para su debido desarrollo físico y social, y a consecuencia de esto pasan menor tiempo con los hijos, dejándolos en guarderías a una mas temprana edad, la familia se integra a una sociedad de consumo, trabaja fuera de casa, y existe mayor cantidad de mujeres que trabajan, las familias numerosas, tiende a desaparecer, en la actualidad ya no se requieren familias numerosas para producir, mas bien los problemas que se plantean son los de una paternidad responsable y una planeación familiar, además de que el sostén de la familia es mas difícil, la falta de empleos, medios necesarios para proveer de lo indispensable a los miembros de familia ha dado consigo los cambios que ahora se presentan.

Por lo anterior los roles en la familia han cambiado, así como su forma de organizarse, el tener que realizar los trabajos fuera de la casa, y en ocasiones trabajar ambos padres, para el abastecimiento de los productos de primera necesidad como lo son el vestido y el alimento; Por

medio de la compra, hacen que cambie la familia dejando de ser autosuficiente. Así mismo la familia deja de ser el centro político y religioso. Además surgen otros problemas dentro de las familias y que dan como resultado familias incompletas derivado de la ausencia del padre mismo que tal vez se encuentra trabajando, o simplemente no fue responsable de asumir el papel de padre. Derivado de lo anterior la mujer forma su propia familia asumiendo su responsabilidad de padre y madre conjuntamente, tal vez sola o con ayuda de su familia como sus padres, hermanos, etc.; esta es una de tantas situaciones que se presentan en la actualidad, derivándose con ello diferentes tipos de organización de la familia, mismos que analizaremos más adelante y por tanto los roles cambian.

Es importante mencionar que las condiciones en las que se desenvolvía la sociedad mexicana en décadas atrás, eran totalmente diferentes a las que prevalecen en la actualidad y derivado de ello, surgen nuevas situaciones y por lo tanto necesidades que el legislador debe tener presentes a efecto de proteger a la familia y los miembros que la integran.

1.4. Constitución de la Familia

La familia como se mencionó anteriormente tiene diferentes formas de organización que son las siguientes:

- A) FAMILIA NUCLEAR.- Que puede estar formada por el esposo y la esposa; por ambos padres y los hijos,

- B) FAMILIA EXTENSA.- Que se forma por varias familias que tiene parentesco entre ellas, y que habitan en el mismo domicilio.

De lo anterior podemos concluir que al formarse la familia se crean vínculos sociales, culturales, religiosos y jurídicos entre sus miembros en virtud de la consanguinidad o de la ley.

CAPÍTULO SEGUNDO

MATRIMONIO

2.1 Antecedentes y Naturaleza Jurídica

Se ha dicho que el matrimonio es la base fundamental y constitución de la familia. Al mencionar en el capítulo anterior el surgimiento de la familia en la antigüedad, no podemos dejar de hablar del matrimonio, ya que como se menciona con la aparición de grupos sociales se crean lazos, mismos que se consolidan por la motivación biológica o económica, y de alguna manera las creencias y costumbres que dan origen a la religión.

“En Roma, el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos; de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la de un estado de vida de la pareja, al que el Estado otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio: solo era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja”. (28)

“Para el romano *Nuptiae, matrimonium*, son la mayor parte de las veces expresiones genéricas, que indicaban la unión del hombre y de la mujer en una comunidad indivisible, y que podían aplicarse a todos los

(28) BAQUEIRO ROJAS Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, “Derecho de familia y sucesiones”, Editorial Harla, México, 2000, p.37.

matrimonios aun a los extranjeros (O II, 79). Pero los jurisconsultos cuando deseaban designar especialmente al matrimonio conforme al derecho de los romanos, tenían gran cuidado de hablar de *justae nuptiae, justum matrimonium*. De las justas nupcias emanaban la patria potestad, el parentesco civil (*agnatio*), los derechos de familia; en una palabra, constituían el único matrimonio de derecho civil. La mujer tomaba el nombre de *uxor*, el esposo de

vir. Llama Ulpiano *uxor injusta* a quien esta casada, mas no conforme las reglas especiales del derecho civil romano”. (29)

“Las relaciones entre un hombre y una concubina (*concubinatus*), no constituían un delito; las leyes las permitían, hasta las reglamentaban; eran frecuentes, pero nada tenían de honorable especialmente para la mujer. En cuanto a la unión de esclavos (*contubernium*), abandonada por completo a la naturaleza, no producía más que los lazos naturales.

El matrimonio se encuentra por doquier colocado indistintivamente bajo una protección superior, y acompañado de invocaciones a la Divinidad; así que, entre los romanos, los dioses del paganismo intervenían en su celebración, y cuando la religión cristiana se convirtió en religión de Estado, no pudo dejar de santificarlo con sus ceremonias; pero, en todos los tiempos, todavía bajo Justiniano, esta intervención fue puramente religiosa, sin carácter legal; el matrimonio no fue considerado mas que como un contrato civil, y tiempo paso antes de que la iglesia reivindicara su exclusiva jurisdicción sobre el matrimonio, ya convertido por Cristo en sacramento. El matrimonio no estaba sujeto a ninguna solemnidad. Los romanos no habían erigido su celebración en acto público en que hubiere de intervenir la

(29) DE IBARROLA Antonio, “Derecho de Familia”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2005, p. 152.

sociedad; dejaron por completo este contrato dentro de la clase y categoría de los actos privados”. (30)

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

Con el cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la iglesia y el registro de la ceremonia en actas

parroquiales, con lo que el matrimonio adquiere una forma determinada de celebración, que permitió distinguir claramente la unión matrimonial de otras uniones como el concubinato. Pero no obstante que la celebración se hizo indispensable para que hubiera matrimonio – como lo estableció el Concilio de Trento – la iglesia siguió distinguiendo el simple matrimonio celebrado (rito) del matrimonio consumado por la unión real de los cónyuges. Así dabase el caso de que no obstante de haberse celebrado el matrimonio, no hubiera tal por no existir la relación sexual, circunstancia que lo colocaba como matrimonio *ratum vel no consumatum*.

A partir de las peculiaridades de esta evolución. Carlo Jemolo hace una distinción entre matrimonios constituidos y matrimonios celebrados. Para él, los matrimonios constituidos son aquellas uniones que conforman un

(30) DE IBARROLA Antonio, Op cit. p. 153

género de vida, independientemente de ser precedidos o no por una ceremonia, y son matrimonios celebrados las uniones precedidas por ceremonias creadoras del vínculo, sin que sea necesario, para que existan los derechos y deberes consiguientes, que a la celebración siga una relación carnal en la pareja o un estado de convivencia.

Para algunos países que la adoptaron, esta distinción entre dos tipos de matrimonio hizo prevalecer el matrimonio celebrado desde el Concilio de Trento, un sistema de legislación civil. Tal fue el caso de España – y consecuentemente de sus colonias – en virtud de un decreto de Felipe II y, para otras naciones, el reconocimiento de efectos del matrimonio religioso como el caso de Italia, al mismo tiempo la celebración laica.

Con la Revolución Francesa, por primera vez se efectúa la laicización del matrimonio, de modo que el único matrimonio válido es el celebrado ante la iglesia o bien ante los funcionarios del Estado Civil”. (31)

“El matrimonio ya en el México Independiente, con la Revolución Francesa y la Constitución de 1791, considera al matrimonio como un contrato civil. De manera posterior se crea la ley de septiembre de 1792, la cual afirma

que el matrimonio es un contrato en virtud del acuerdo de voluntades que este lleva implícito, y así mismo menciona el divorcio por mutuo consentimiento.

La jurisdicción de la Iglesia, sobre el matrimonio fue definida por el “Concilio de Trento el condenar varias posiciones que negaban dicha jurisdicción, bien en lo que se refiere a la regulación del *ius connubii*

(31) BAQUEIRO ROJAS Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, “Derecho de familia y sucesiones”, Editorial Harla, México, 2000, p. 37 y 38.

(establecer impedimento) bien en lo que atañe a la función judicial (causas matrimoniales)”. De modo explícito el Concilio definió: a) la potestad a la Iglesia para constituir impedimentos dirimentes y dispensar de ellos; b) la competencia para juzgar causas matrimoniales. De este modo implícito quedó definido –entre otras cosas- que la Iglesia posee jurisdicción por derecho propio, no por concesión de las autoridades civiles”. (32)

Antes de la promulgación de la Constitución Política de 1857, se publica la Ley Orgánica del Registro Civil del 27 de enero de ese mismo año. En esta ley se aprecia que aun la iglesia tiene competencia en conocer sobre el matrimonio, previniendo la inscripción en el Registro del Estado Civil.

Posteriormente surge la ley de matrimonio civil del 23 de julio de 1859, la iglesia ya no tiene competencia en relación al matrimonio y estableció en su artículo primero que “el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil”, y bastara que los contrayentes expresen libremente la voluntad de unirse en matrimonio y los que contraigan dicho matrimonio conforme a lo que establece dicha ley, podrán gozar de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les concedan. Y así mismo se decía que dicha unión solo podría realizarle entre un hombre y una mujer y la bigamia y la poligamia estaban prohibidas.

Como se ha dicho la familia es la base de la sociedad y el matrimonio la institución natural de la que esta emana.

(32) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., "La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares". Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 2003, p. 57.

Se ha dicho que el matrimonio es la base fundamental y constitución de la familia, ya que este da origen a la relación paterno filial, legítima. Sin embargo en la actualidad el derecho mexicano se ha modificado y se ha adoptado el criterio de que la familia también esta fundada en el parentesco por consanguinidad, y especialmente en las relaciones que dan origen a la filiación tanto matrimonial como extramatrimonial, la cual en ocasiones da origen al concubinato.

Así es entonces que la regulación jurídica del parentesco, de los alimentos, del nombre del domicilio, de los derechos y obligaciones de los hijos, del sistema hereditario en la sucesión legítima, de la patria potestad y de la tutela, la ley no hace distinción alguna, respecto de hijos naturales como legítimos, sino que se equipara para todos los efectos legales en las distintas situaciones a esa clase de descendientes, todo ello, con la única finalidad de proteger a los menores y a las madres. Ya que el legislador puede desconocer que en la actualidad existen uniones naturales o extramatrimoniales, dentro de estas el concubinato.

Lo anterior no significa minar las bases de la sociedad ni del Estado, y mucho menos fomentar uniones libres o concubinatos, pues el matrimonio sigue siendo la base primordial y fundamental de la familia. Tan es así que la regulación del matrimonio es extensa y en cambio en relación al concubinato solo se observan artículos aislados.

El estudio sobre el matrimonio y la familia debe referirse muy especialmente la pareja humana, haciendo mención que es difícil precisar su origen, y se puede decir que la institución del matrimonio, se debe quizás a reglas de convivencia que aparecieron en sociedades mas avanzadas dentro de un contexto social que requería la permanencia de la pareja, el autocontrol derivado de las reglas de convivencia trajo consigo una capacidad de amor no solo madre-hijo igualmente presente en los animales, sino también el amor

entre varón y mujer y entre miembros del mismo sexo, que facilitó la forma cada vez mayor de grupos familiares. Y de no haber existido este autocontrol inicial y orden moral de la vida familiar primitiva no hubiera sido posible la civilización.

En el código civil se socializa el derecho de familia disponiendo que las normas reguladoras de las relaciones jurídico familiares son de orden público e irrenunciables, se prevé que las disposiciones relativas a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización, así como el desarrollo integral de sus miembros, basado en el respeto a su dignidad; las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia. Estas relaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos derivados del matrimonio, parentesco o concubinato.

Se puede decir que la naturaleza jurídica del matrimonio se refiere al acto de su constitución, es decir el acto por el cual se celebra y al estado matrimonial que se genera.

El matrimonio crea un estado de vida que origina deberes, derechos y obligaciones. Para comprenderlo desde el punto de vista jurídico es necesario analizarlo y es preciso determinar su naturaleza jurídica, y esta se refiere al acto de su constitución, es decir el acto por el cual se celebra y al estado matrimonial que se genera.

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

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

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

Esta circunstancia ha llevado a concluir que el matrimonio es un acuerdo de voluntades y por lo tanto, constituye un contrato”. (33)

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

(33) CHAVEZ ASECIO, Manuel F., Op cit. p. 40.

“En México, la promulgación y publicación de leyes como la del 27 de enero de 1857, que establecía para toda la República el registro del estado civil, y la de 27 de julio de 1859 sobre el matrimonio, le dieron por primera vez el carácter de acto laico, totalmente ajeno a la autoridad eclesiástica, y lo denominaron contrato, concepción con la que paso a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. De igual manera en el Código Civil para el Distrito Federal de 1870 se reglamenta el matrimonio y se le instituye con carácter inminentemente contractual, laico y civil.

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

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

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

- a) León Dugin, quien sostiene que el matrimonio constituye un acto jurídico, condición; es acto jurídico porque es una declaración de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos. Es condición en tanto resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos y deberes que no pueden ser alterados por las partes.
- b) Antonio Cicu, quien manifiesta que el matrimonio no es un contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea; para que exista el matrimonio se requiere que esta sea declarado por el oficial del Registro Civil. Por lo tanto, aunque haya acuerdo de los interesados este no es suficiente puesto que sin el oficial del Registro Civil no hay matrimonio. Así el matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del Estado.
- c) Houry y Bonnacase, por su parte, sostienen que el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración.

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

- a) Es un acto solemne.
- b) Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado.
- c) Es un acto que para su constitución requiere de la declaración de un juez del Registro Civil.
- d) En el, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que solo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.
- e) Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.

- f) Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados. ⁽³⁴⁾

Partiendo de la importancia del matrimonio, debemos decir que comporta un hecho social que consiste en que un varón y una mujer viven como cónyuges. Sin embargo este hecho social no es esencialmente el matrimonio, ya que requiere el vínculo jurídico. Es necesario detectar la esencia jurídica del matrimonio, sin separarlo de la realidad social; no son factores desvinculados la realidad social y lo jurídico, son dos elementos que harán entender lo que es el matrimonio.

Es por lo anterior que es interesante conocer la relación jurídica de la matrimonio, determinar su naturaleza, que es lo que lo constituye, cuando se entiende celebrado para poder derivar una serie de conclusiones en relación a los efectos jurídicos del matrimonio, sus deberes, derechos y obligaciones.

2.3. Concepto y Requisitos

Durante mucho tiempo se considero que el matrimonio era la base de la familia; sin embargo la realidad es que la familia se funda en el parentesco de sangre, por afinidad o civil (adopción), haya o no matrimonio de por medio.

(34) CHAVEZ ASECIO, Manuel F., Op cit. p. 40

El Estado puede intervenir para mantener, organizar y proteger a la familia mediante un orden jurídico en el que se establece como condición contraer matrimonio en los términos de ley (código civil o familiar).

Maria De Monserrat Pérez Contreras, en su libro de derecho de los Padres y los hijos nos da el siguiente concepto de MATRIMONIO y nos dice que: “el matrimonio es un Estado de Derecho que faculta a los consortes para hacer valer todas las disposiciones de carácter familiar ante la autoridad judicial “.

Antonio de Ibarrola en su libro de Derecho de Familia nos dice que Matrimonio, atendiendo a su significación etimológica, significa carga, gravamen o cuidado de la madre; viene pues, de *matris* y *manium*, carga o cuidado de la madre mas que del padre. Notemos como matrimonio quiere decir tanto en romance como oficio de madre. El matrimonio es un instituto jurídico pero acaso de mayor importancia para todas las demás instituciones de derecho privado, porque forma o constituye el fundamento de la sociedad civil, y representa a su vez la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho.

BAQUEIRO Rojas Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, en su libro de Derecho de familia y sucesiones; nos menciona que para entender al que problema de la definición del matrimonio, es necesario tener presente que este termino implica fundamentalmente dos acepciones:

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

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

Si consideramos que del acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisociables e integrantes de una sola institución que es el matrimonio, en términos generales este puede definirse como el acto jurídico complejo, estatal, tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

El Código Civil del Estado de México, en su Libro Cuarto, Del Derecho Familiar, Título Primero Del Matrimonio. Capítulo Primero; nos da el concepto de matrimonio, precisamente en su artículo 4.1. y nos dice: “el matrimonio es una institución de carácter publico e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia“.

De lo anterior se puede definir que el matrimonio es la unión voluntaria entre un hombre y una mujer jurídicamente válido, mismo que genera una serie de derechos y obligaciones entre ambos.

Podemos decir que el matrimonio requiere de una serie de requisitos para su celebración, Antonio de Ibarrola en su libro de Derecho de Familia nos dice en relación a los requisitos para contraer matrimonio lo siguiente;

Hay un principio que campea a lo largo del Derecho. La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción. Podríamos aquí repetir las mismas palabras del c. 1058; Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se los prohíbe.

Son capaces de contraer matrimonio, quienes no tienen impedimento legal alguno.

“El consentimiento matrimonial el poder creador del matrimonio, dice Knecht.

El consentimiento matrimonial de los contrayentes declarado en forma legal, crea un matrimonio entre personas capaces de éste y de aquel jurídicamente.

La causa efficiens del matrimonio es el consentimiento matrimonial de los contrayentes, manifestado externamente y hecho presencia. Este consentimiento tiene que ser manifestado recíprocamente por ambas partes.

Ni el derecho romano, ni tampoco el judaico, griego y el de otros pueblos de la antigüedad, requerían una forma obligatoria de la manifestación del consentimiento. Igualmente el Derecho Canónico Primitivo le bastaba con que la voluntad de los contrayentes de celebrar un matrimonio se manifestara recíprocamente en cualquier forma. La primera vez que se exigió una forma de la declaración del consentimiento fue en Concilio de Trento. Y en conexión con lo allí establecido, el código exige que el consentimiento matrimonial sea manifestado en forma legal, legitime manifestatus, para que pueda crear un matrimonio válido. Con este precepto, que prescribe una forma obligatoria, recibe la celebración del matrimonio el carácter de un acto formal de derecho canónico. Para éste “El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir. El consentimiento

matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio.

Tanto el Derecho civil como en Derecho canónico el matrimonio es un negocio jurídico de singular especie, y, como tal, precisa una concreta declaración de voluntad, cuya naturaleza exige la forma de contrato. Por eso su perfección depende del mutuo acuerdo de los contrayentes. Y es de tal modo esencial e indispensable el consentimiento para la perfección del matrimonio, que de un lado, ningún poder terreno puede suplir y, por otro, en el momento que es prestado por personas jurídicamente capaces en la forma prescrita, el matrimonio recibe su ser substancial con todos sus efectos y consecuencias”.

Estudemos los requisitos que debe de llenar el consentimiento matrimonial:

- A) Debe de provenir de personas jurídicamente capaces (*personae iure hábiles*). No pueden expresar su consentimiento quienes carecen del uso de razón, mientras permanecen en ese estado: ni los incapaces, ni los enfermos mentales en estado de inconsciencia, ni los hipnotizados, ni los embriagados, privados de sentido, y estos últimos también en el caso de que el estado de embriaguez tuvieran la voluntad de casarse. En segundo lugar deben tenerse por personas jurídicamente incapaces aquellas entre las cuales existe algún impedimento. El impedimento dirimente inhabilita a la persona para contraer matrimonio válidamente.
- B) El consentimiento matrimonial tiene que ser manifestado exteriormente, y aceptado por palabras y signos.
- C) La declaración del matrimonio tiene que ser seria, por ambas partes, es decir, la voluntad sincera de casarse con la otra persona. La sola afirmación de querer contraer matrimonio, si no corresponde a una plena libertad en el fuero interno, no es válida. Sin embargo, muchas veces no le quedara a la parte, dada la dificultad de la prueba, mas recurso que consentir seriamente en el matrimonio, ya de hecho contraído, a lo que en conciencia esta obligado con respecto a la parte inocente.

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

E) Tiene que ser ordenada a la esencia y contenido del matrimonio. El contrato matrimonial tiene un contenido jurídicamente necesario (*ius cogens*), del cual las partes nada puede excluir. Ningún contrayente puede tener en la celebración del matrimonio, aunque solo sea para consigo mismo, una intención en contradicción con la esencia de la institución. A la esencia del matrimonio como comunidad de vida y de cuerpo, pertenece la indisolubilidad del vínculo y la recíproca transmisión de derechos sobre el cuerpo; en tanto que alguien en la celebración del matrimonio tuviere una intención inconciliable con estos caracteres, carecería del serio consentimiento matrimonial, necesario para la producción del matrimonio.

Si en la declaración del consentimiento matrimonial tiene alguien intención de no unirse de por vida o no permitir a la otra parte la relación sexual, es nula la unión celebrada a causa de que este propósito es inconciliable con la esencia del matrimonio, con su indisolubilidad, con el *ius in corpus*; si, por el contrario, tiene la voluntad seria de celebrar verdadero matrimonio, pero piensa al propio tiempo que no cumplirá todos los deberes inherentes al mismo (por ejemplo que no guardara a la fidelidad matrimonial e impedirá en lo posible la procreación), es válido el matrimonio. Estos pensamientos y planes inmorales no contradicen directamente la esencia del matrimonio, ni su indisolubilidad, ni el *ius in corpus*, puesto que el matrimonio que en Derecho canónico no puede existir sin la indisolubilidad (*sacramentum*), pero sí con la infidelidad (*fides*) y sin la procreación (*proles*).

Y así, desde el momento en que los contrayentes hayan expresado en la forma prescrita su recíproco consentimiento matrimonial, existe el matrimonio con todos sus derechos y deberes. La copula ulterior solo sirve para robustecer en derecho canónico su indisolubilidad absoluta. Por consiguiente el momento de la realización del matrimonio es el de la declaración del consentimiento, y no el de copula, que no pertenece a la esencia del matrimonio, sino solo a su integridad.

En relación a lo anterior se puede decir que pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe y son capaces de contraer matrimonio quienes no tienen impedimento alguno. El artículo 4.7 del Código Civil del Estado de México nos menciona sobre esto que: “Son impedimentos para contraer matrimonio:

- I La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;
- II La falta de consentimiento de quienes legalmente deben otorgarlo;
- III El parentesco por consanguinidad sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente; en segundo grado en línea colateral y el de tercer grado colateral, siempre que no se haya obtenido dispensa;
- IV El parentesco de afinidad que hubiere en línea recta, sin limitación alguna;
- V El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado;
- VI El atentado contra la vida de alguno de los casados, judicialmente comprobado, para contraer matrimonio con el que quede libre;
- VII La violencia para obtener el consentimiento para celebrar el matrimonio. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre los sujetos activo y pasivo, mientras éste no sea restituido a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;
- VIII La embriaguez habitual y el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia;

IX La impotencia incurable para la cópula, la bisexualidad; las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias. No serán impedimentos cuando sean aceptadas por el otro contrayente;

X Trastornos mentales, aunque haya espacios de lucidez;

XI El matrimonio subsistente de alguno de los contrayentes”.

Uno de los requisitos importantes del matrimonio es el consentimiento entre los consortes.

2.4. Derechos y Obligaciones del Matrimonio

Como se ha dicho el matrimonio asegura la estabilidad, la permanencia y la seguridad jurídica indispensables para la adecuada convivencia e integración de los cónyuges, para la procreación y educación de los hijos. Estas son sus finalidades naturales universalmente reconocidas.

Mismas finalidades que para tener el debido cumplimiento. La ley nos establece una serie de derechos y obligaciones que deben cumplir los cónyuges, y nos dice el Código Civil del Estado de México en su artículo 4.16 que:

“Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir en los fines del matrimonio, a socorrerse y respetarse”.

Y entre estos derechos y obligaciones nos dice que los cónyuges deben:

- Establecer un domicilio conyugal o común.
- Ayudarse mutuamente.
- Decidir de forma libre y de común acuerdo el número y espaciamiento de sus hijos.
- Contribuir económicamente ambos al sostenimiento del hogar y de los alimentos,

- Tener y ejercer en el hogar, bajo las condiciones de igualdad, las mismas consideraciones y autoridad.
- Decidir, de mutuo acuerdo a la forma en que se organizará su hogar, la forma en que desean educar a sus hijos, así como la administración de los bienes, sean estos propios o que formen parte de la sociedad conyugal y los que sean de sus hijos, en caso de tenerlos,
- Realizar cualquier actividad, siempre que no dañe la moral y la estructura de la familia.
- Evitar actos de violencia intrafamiliar.
- Heredarse recíprocamente, y el derecho a recibir la parte legítima que les corresponde en la sucesión del cónyuge fallecido.

2.5. Concubinato

Al lado de la unión matrimonial, que es el acto y estado jurídicamente reconocido por el derecho como generador de efectos no solo respecto de la pareja y de los hijos, sino también en relación con otros parientes, se han dado y existen actualmente otras uniones mas o menos permanentes que se asemejan al matrimonio, pero a las cuales el derecho no les ha concedido efectos, o bien se le ha otorgado en términos muy limitados. Una unión con estas características es el concubinato, por el cual podemos entender la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales.

“La denominación de concubinato nace en el derecho romano para designar a la unión de una pareja cuyos miembros viven como esposos, pero que por falta del connubium o debido a consideraciones políticas no podían o no querían celebrar *justae nuptiae*.

En el derecho romano al concubinato se le reconocieron ciertos efectos sucesorios para la concubina y los hijos de tal unión. Estos nacían *sui juris*, ya que el concubinato no creaba parentesco con el padre. Asimismo, se le llegó a considerar como un matrimonio de rango inferior, *inaequale conjugium*, en el que no debía haber *affectios maritales*, pues al no requerirse de formalidad

alguna para constituir el matrimonio sine manus, lo único que lo distinguió de este en los últimos tiempos fue la intención.

En el derecho canónico se desconoce todo efecto al concubinato, (excepto respecto de los hijos a los que mejora su situación en relación con el padre) y se declara pecaminoso. Para este derecho, solo producirá efectos la unión celebrada ante la iglesia.

En el antiguo derecho español, la unión conocida como concubinato se denominaba barragania y fue reglamentada por Alfonso X, El Sabio, en las Siete Partidas. Debido a la frecuencia con que se presentaban estas uniones irregulares, aun de personas casadas, o cuando las partes eran de condición social diferente, en las siete partidas se fijaron los requisitos, que hasta ahora se aceptan, para que tales uniones se califiquen de concubinato y produzcan efectos jurídicos. Tales requisitos son:

- a) Solo debe haber una concubina y desde luego un solo concubino.
- b) Ninguno de los dos debe de estar casado, ni existir impedimento entre ellos para casarse.
- c) La unión debe ser permanente.
- d) Deben tener status de casados, esto es, tratarse como tales y ser reconocidos en su comunidad como si fueran esposos.

En todos los sistemas en que se han reconocido algunos efectos al concubinato, estos han sido menores que los del matrimonio y solo algunos sistemas los equiparan al considerar al concubinato como un matrimonio de hecho, otorgándole los mismos efectos” ⁽³⁵⁾

Respecto del concubinato entonces podemos decir que son uniones de hecho mismas que al igual que el matrimonio deben cumplir con los requisitos que establece la ley, para ser consideradas como concubinato, y solo así se podrán ejercer determinadas acciones y recursos legales, para los integrantes de la pareja, como son la solicitud de alimentos, de algunos derechos sucesorios y la protección contra actos de violencia intrafamiliar.

“María De Montserrat Pérez Contreras en su libro de derecho de los Padres y los hijos nos da el siguiente concepto de CONCUBINATO y nos dice que es: “la unión de un solo hombre con una sola mujer que no tienen

impedimento legal para casarse y que viven como si fueran matrimonio en forma constante por un periodo no menor de cinco años, o menor si han tenido hijos". (36)

Se puede decir que la finalidad del concubinato, es la que tienen un hombre y una mujer de formar una familia, así como en el matrimonio y

(35) BAQUEIRO ROJAS Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, "Derecho de familia y sucesiones", Editorial Harla, México, 2000, p.121 y 122.

mantener por lo tanto un estado de vida permanente reconocido por la sociedad pero que no está sancionado por el orden jurídico, esto es que la voluntad de vivir juntos no se manifiesta ante el Juez del Registro Civil.

Asimismo y atendiendo al artículo 4º, de la Constitución y de conformidad con el artículo 4.6 del Código Civil para el Estado de México, todos los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio son iguales para el hombre y la mujer, independientemente de quien sostenga el hogar o de la cantidad que aporten.

En el concubinato no existe régimen de bienes, pero se equiparará a la separación de bienes ya que cada uno entra al concubinato con bienes propios y adquiere bienes con sus respectivos nombres conservando tanto la propiedad como la administración; también se consideran propios de cada concubino los salarios, sueldos, ganancias por servicios personales, profesionales, comerciales o industriales

Así también con el concubinato se crean una serie de derechos y obligaciones mismos que el derecho reconoce como lo son:

- Vivir juntos públicamente por cuando menos cinco años o haber tenido hijos.
- Tener un domicilio en común.
- Ayudarse mutuamente.

- Tener derecho a los alimentos en vida de los concubinos, a semejanza de los cónyuges entres sí, así como derecho a recibir alimentos por testamento inoficioso.
- Decidir de forma libre y de común acuerdo el número y espaciamiento de sus hijos.
- Contribuir económicamente ambos al sostenimiento del hogar
- Tener y ejercer en el hogar, bajo las condiciones de igualdad, las mismas consideraciones y autoridad.
- Decidir, de mutuo acuerdo, la forma en que se organizará su hogar, la forma en que desean educar a sus hijos, así como la administración de los bienes, y los que sean de sus hijos, en caso de tenerlos.
- Tener la presunción de paternidad y el reconocimiento de los hijos nacidos del concubinato.
- Realizar cualquier actividad, siempre que no dañe la moral y la estructura de la familia.
- Evitar actos de violencia intrafamiliar.
- La concubina y el concubino tiene derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que se cumpla con los requisitos de tiempo o hayan tenido hijos.
- Derecho a recibir la parte legítima que les corresponde en la sucesión del concubino fallecido.

Independientemente de que dicho acto no está sancionado por el orden jurídico, esto es que la voluntad de vivir juntos no se manifiesta ante el Juez del Registro Civil, se crean varios efectos jurídicos en caso de separación de ambas partes, y que son los siguientes:

- Se podrá demandar ante autoridad judicial la solicitud de alimentos para los hijos y para el ex cónyuge, atendiendo a las capacidades económicas de quien los proporcione.
- La mujer tendrá derecho a los alimentos por el mismo tiempo que duró el concubinato, siempre que no tenga ingresos suficientes, no contraiga matrimonio o se una en concubinato.

- El mismo derecho tiene el hombre, siempre que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes o no se case nuevamente o se una en concubinato.
- Ambos padres conservaran la patria potestad, en caso de tener hijos.
- Se podrá demandar ante autoridad judicial la solicitud de alimentos para los hijos y para el ex cónyuge, atendiendo a las capacidades económicas de quien los proporcione. En el convenio de divorcio se establecerá quien de los cónyuges conservara la custodia, las condiciones de las visitas y los alimentos para los hijos y el ex cónyuge.

2.6. Fines del Matrimonio

El matrimonio tiene es la común finalidad que tienen un hombre y una mujer de formar una familia y mantener un estado de vida permanente, reconocido por la sociedad y sancionado por el Juez del Registro Civil para todos los efectos legales a que haya lugar

Se puede decir que el objeto del matrimonio es fundar una familia, establecer comunidad de vida permanente entre un hombre y una mujer, y la ayuda mutua.

Es importante mencionar que en el matrimonio existen dos tipos de régimen que consisten en la sociedad conyugal y la separación de bienes, primeramente la:

A) SOCIEDAD CONYUGAL.- es el régimen mediante el cual la pareja comparte sus bienes y la forma en como serán administrados, de los cuales sean dueños al momento de formarla, así como también futuros que se adquieren durante el matrimonio, esta se establece mediante capitulaciones, información que será proporcionada en las oficinas del Registro Civil, y podrá constituirse antes o durante el matrimonio.

La terminación de la sociedad puede darse por disolución del vínculo matrimonial a antes del mismo, si así lo acuerdan los esposos, por sentencia que declare la presunción de la muerte de uno de los cónyuges o por cualquier razón que lo justifique a consideración del juez. Y la forma de liquidarla será mediante un inventario.

Dentro de la sociedad no quedan incluidos los bienes relativos al lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes.

B) SEPARACION DE BIENES.- es el régimen mediante el cual la pareja establece la separación de los bienes de que sean dueños, antes de formarla, así como también los frutos que se adquieren durante el matrimonio, y por lo tanto que cada uno de ellos se encargara de administrarlos estableciéndolo por medio de capitulaciones.

CAPÍTULO TERCERO

DIVORCIO

3.1. Antecedentes y Naturaleza Jurídica

El divorcio es la forma más conocida por el público no especializado en materias jurídicas, de poner fin al contrato de matrimonio y para tratar el tema el Código Civil para el Estado de México dedica sus artículos 4.88 al 4.110.

El divorcio como se establece en el Código Civil, es una figura relativamente nueva, pues antiguamente no existía como ahora se le conoce, sino que básicamente se hablaba de la figura de la repudiación, como lo contemplaban los griegos y que derivaba de ciertos factores y en donde uno de estos era el adulterio mismo que únicamente se estimaba como causa de divorcio cuando lo cometía la mujer; en este caso la costumbre imponía repudiarla, el derecho castigaba a la adúltera y al adúlterador con la pena de muerte.

“Para el hombre, el divorcio era cosa sencilla, pudiendo repudiar a su mujer en cualquier momento sin necesidad de declarar el motivo. La esterilización era razón suficiente de divorcio, puesto que el objeto del matrimonio consistía en tener hijos. Cuando el marido era estéril, la ley permitía, y la opinión pública lo aconsejaba, buscar ayuda de un pariente, en cuyo caso el hijo que naciera se estimaba hijo del marido; la mujer no podía abandonar libremente a su esposo, pero sí podía solicitar la concesión del divorcio fundándose en la crueldad o los excesos de su cónyuge. También se autorizaba por mutuo disenso, el que se expresaba por medio de una declaración formal ante el arconte.

Por otro lado en Israel Moisés no reconoce el divorcio y aunque es lícito al hombre repudiar y las causas de este repudio estaban reguladas por el capricho del marido, y separar de su lado a su mujer, decía el Señor no mira

con agrado el repudio. Posteriormente con la influencia de los pueblos vecinos, especialmente los asiros, hizo que se generalizara el divorcio entre los hogares menos fervientes del pueblo. El divorcio se justificaba con el libelo del repudio. La mujer podía ser repudiada sin culpa alguna, por parte de ella. También ella podía solicitar el divorcio (repudio), pero la única a condición de que el marido fuere infiel a ella.

Posteriormente con el redescubrimiento de la ley en el año 662 A. C. y la publicación del Deuteronomio vinieron a recordar costumbres mas severa, en este libro se encuentran textos que tratan de restringir el divorcio (repudio), se encuentran esfuerzos para estrechar más lazos familiares y nos dice “es la familia donde se deben enseñar las leyes”. (36)

“Al hablar del divorcio en México y con el surgimiento de la ley de matrimonio civil del 23 de julio de 1859, y ya que la iglesia ya no tiene competencia en relación al matrimonio se contemplo la figura del divorcio, pero dicha separación era temporal y no dejaba a los divorciados libres para contraer matrimonio con otra persona.

(36) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., “La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”. Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 2003, p. 39.

Según queda dicho, la ley que estableció en México el divorcio en cuanto al vínculo fue la expedida en el Puerto de Veracruz por el primer jefe del Ejercito Constitucionalista, C. Venustiano Carranza, el día 12 de abril de 1917.

Antes de ella solo se autorizaba por el Estado, el divorcio en cuanto al lecho y a la habitación que dejaba vivo el matrimonio y no permitía a los divorciados contraer otro nuevo”.

“La naturaleza jurídica del divorcio en cuanto al vínculo (o absoluto).

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 la relación a los cónyuges como respecto de terceros”. (37)

El divorcio disuelve el vinculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, por lo tanto, en si mismo, el divorcio consiste en la

ruptura del vínculo conyugal, pero ésta sólo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia ley determina.

En consecuencia, produce, dos efectos: el de la mencionada ruptura, y el de otorgar a los cónyuges la facultad de poder contraer nuevo matrimonio. Ninguno de ellos existía en la legislación anterior a la Ley de Relaciones Familiares, que fue la primera que autorizó el divorcio en cuanto al vínculo.

El divorcio es una figura que no tiene una naturaleza jurídica propia, sino que corresponde según el tipo de divorcio, a dos diferentes figuras de la

(37) PALLARES Eduardo, "El Divorcio en México", Editorial Porrúa S.A., Sexta Edición, México 2000, p. 35 y 36.

teoría de las obligaciones, de las que se analizan al hacer el estudio de formas de "extinguir las obligaciones". Ya que el divorcio por mutuo consentimiento, y el divorcio judicial voluntario, tienen la naturaleza jurídica de una revocación y en cambio el divorcio judicial necesario o por controversia, obedece a la figura jurídica de la rescisión.

Para entender esto podemos decir que la revocación es una forma de extinguir las obligaciones y Ernesto Gutiérrez González y González nos da la siguiente definición:

" Es un acto jurídico unilateral, o bilateral por medio del cual se pone fin a otro acto jurídico anterior, unilateral o bilateral, plenamente válido, por razones de conveniencia y oportunidad catalogadas subjetivamente por una sola parte, o bien apreciadas en forma objetiva por ambas, según sea el caso"

(38)

Teniendo como características:

- Puede ser unilateral o bilateral.
- Puede operar respecto de actos unilaterales o bilaterales
- El acto que va a ser revocado, es un acto plenamente existente y válido, es decir no está viciado.

- Se diferencia de la rescisión, en que ésta siempre surge como motivo de un hecho ilícito, de un acto bilateral.

(38) GUTIÉRREZ GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ Ernesto, "La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares", Editorial Porrúa, S.A., México 2004, p. 39.

- En la revocación cuando es de un acto bilateral, éste se desarrolla como un acto normal, que solo va a tener su fin, porque una de las partes, considera por razones de oportunidad, que debe dejar de existir, o bien porque ambas partes así lo deciden.

- En cambio en la rescisión, el acto que se va a rescindir, lo es porque una de las partes lo incumplió ilícitamente.

- La resolución por revocación del contrato de matrimonio es un acto solemne, es solemne porque es un acto convencional del divorcio que se conoce como "por mutuo consentimiento", implica que las partes hagan un convenio para ponerle fin al contrato de matrimonio, y es un convenio, ya que va a poner fin a derechos y obligaciones.

- La función de crear y transferir es del contrato, y modificar y extinguir es del convenio en sentido estricto, y aquí el "divorcio por mutuo consentimiento" pone fin al contrato de matrimonio.

Pero ese, convenio que hacen los cónyuges, no va a existir con el solo consentimiento y el objeto, sino requiere de una forma "solemne" que va a ser la comparecencia ante un funcionario público del Estado, y la homologación que hace éste del referido convenio, dándole así la "forma solemne".

Así pues debemos entender por rescisión según Ernesto Gutiérrez González y González nos da la siguiente definición:

"Es un acto jurídico unilateral, por el cual se pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho - *ipso jure* -, sin necesidad de declaración judicial, a otro bilateral plenamente valido por incumplimiento culpable en este, imputable a una de las partes". (39)

Uno de esos casos en que no se puede rescindir de pleno derecho el acto jurídico bilateral, es el contrato de matrimonio, en que por ser un contrato solemne, si requiere de la intervención del Estado para darlo por rescindido. Podemos decir que al solicitar el divorcio la base de la demanda es precisamente a la figura jurídica de la rescisión, pues cuando un cónyuge demanda la terminación fundándose en alguna de esas causales previstas en el artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México, es porque hay de por medio un hecho ilícito de su cónyuge, que incumplió con culpa, el contrato de matrimonio, y en ese caso el juez de lo civil en materia familiar, al constatar el ilícito, declara la rescisión del contrato, y le pone fin, decretando el divorcio, rescisión. Y es exactamente eso lo que se llama divorcio necesario.

3.2. Concepto

El DIVORCIO existe cuando los cónyuges deciden terminar con el vínculo matrimonial que los une y que una vez disuelto les permite a volver a contraer nupcias. Surge de un grave conflicto conyugal provocado por uno o ambos consortes, por el cual deciden terminar con el lazo matrimonial que los mantiene unidos.

(39) DE IBARROLA Antonio, Op cit. p. 39 y 40.

Artículo 4.88 del Código Civil para el Estado de México, nos menciona que “el divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer nupcias”.

3.3. Clases de Divorcio

Existen diferentes clases de divorcio que son:

- a) el divorcio administrativo, o decretado por el Estado a través de un funcionario de su órgano administrativo o ejecutivo

b) el divorcio judicial, o decretado por el Estado a través de un funcionario de su órgano judicial y en donde se contemplan:

- el divorcio voluntario y
- el divorcio necesario

El Código Civil para el Estado de México nos menciona las clases de divorcio en su artículo 4.88 y nos dice “El divorcio se clasifica en necesario y voluntario...”

3.3.1. Divorcio administrativo

Este clase de divorcio su tramite es muy rápido y sencillo, pues resulta suficiente para que se decrete la disolución del contrato de matrimonio, por el Estado sin necesidad de un juicio, sino solo a través de que el Oficial (juez) del Registro Civil y en donde el cual el juez constate que reúne los requisitos que establece la ley. Y se puede decir que es el derecho de los cónyuges de poder acudir ante el Oficial del Registro Civil, de su domicilio a solicitar la disolución del vínculo matrimonial, siempre que se cumplan con los requisitos estipulados por la ley y que son los siguientes:

- sean mayores de edad,
- no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela
- hubieren liquidado la sociedad conyugal, si la había.

El artículo 4.105 del Código Civil para el Estado de México, nos habla del divorcio administrativo y nos dice: “cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela y hubieren liquidado la sociedad conyugal, si la había podrán ocurrir personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar del domicilio, comprobándose que son casados, mayores de edad y manifestando su voluntad de divorciarse.

“El oficial del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud del divorcio, y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación el Oficial del Registro Civil los declarara divorciados, levantando el acta correspondiente en la del matrimonio anterior”. (40)

(40) PALLARES Eduardo, “El Divorcio en México”, Editorial Porrúa S.A., Sexta Edición, México 2000, p. 39.

“Cuando comparecen por primera vez los cónyuges, levanta un acta en la que hace constar su comparecencia y la declaración de voluntad de querer divorciarse. Si están cumplidos los demás requisitos, los cita para que comparezcan dentro de quince días, a ratificar su voluntad de divorciarse, hecho lo cual, los declara divorciados y procede a anotar la disolución del vínculo conyugal en el acta respectiva de matrimonio.

En realidad, sus funciones en este caso son semejantes, pero no iguales a las de un notario, porque se reducen a hacer constar dichos actos y a declarar el divorcio. Da fe de la voluntad de los cónyuges, y por medio de un acto de declaración de voluntad no obra como notario, sino ejercitando una potestad que le otorga el Estado, disuelve el matrimonio”. (41)

Los efectos del DIVORCIO ADMINISTRATIVO son los siguientes:

- La disolución del vínculo matrimonial.
- Los cónyuges pueden volverse a casar un año después de dictada la sentencia de divorcio.
- En relación a los bienes y en caso de existir de la sociedad conyugal, deben de liquidar esta de común acuerdo o como lo estipulan las capitulaciones matrimoniales, antes de la solicitud ante el oficial del Registro Civil.

El divorcio administrativo no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela o no han liquidado la sociedad conyugal, en este caso se hará la denuncia penal correspondiente. Artículo. 4.107 del Código Civil para el Estado de México

(41) PALLARES Eduardo, Op cit. p. 40.

“El papel pasivo del oficial civil en esta clase de divorcios, se explica porque, no habiendo hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el Estado carecen de interés en que el vínculo conyugal subsista y consideran al divorcio como la rescisión de un contrato”. (42)

3.3.2. Divorcio voluntario

“El divorcio voluntario o mutuo consentimiento, también denominado divorcio por mutuo disenso, tiene siempre en el fondo una causa que ha ocasionado la ruptura de la relación conyugal, pero que los esposos no quieren expresar o ventilar en público.

Este divorcio solo requiere de la manifestación del mutuo acuerdo de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial sin necesidad de exponer la causa o razón que los mueve a hacerlo.

En términos generales, por divorcio voluntario deberemos de entender:

La forma de disolución del vínculo matrimonial por la que pueden optar los esposos cuando, sin aducir causa específica y reuniendo los requisitos de ley, hayan decidido poner fin al matrimonio”. (43)

Es aquel derecho que tienen ambos cónyuges de solicitar de mutuo acuerdo, la disolución del vínculo matrimonial de ante un juez, por lo tanto es de carácter judicial. Y se requiere de una solicitud ante un juez de lo familiar,

(42) PALLARES Eduardo, Op cit. p. 40.

(43) BAQUEIRO ROJAS Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, “Derecho de familia y sucesiones”, Editorial Harla, México, 2000, p.155.

la cual deberá llevar adjunto un convenio que establezca el domicilio de los cónyuges durante el proceso de divorcio, estableciendo en el mismo quien se quedara con la custodia de los hijos, términos de las visitas para el cónyuge que no conserva la custodia; modo en que se cubra la pensión alimenticia

provisional como definitiva, la forma en que se liquidara la sociedad conyugal cuando se ejecute la sentencia.

“Este un verdadero juicio partiendo de que la jurisdicción voluntaria, se caracteriza porque en ella no hay cuestión entre las partes, en el divorcio voluntario no hay cuestión entre los dos esposos, porque presupone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y en lo concerniente al convenio que someten a la aprobación judicial. Si no la obtienen, el juez no puede decretar el divorcio, porque es condición de fueran este punto, la validez del propio convenio puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y en lo concerniente al convenio que someten a la aprobación judicial. Si no la obtienen, el juez no puede decretar el divorcio, porque es condición de este punto, la validez del propio convenio declarada y reconocida por sentencia firme. Así también existe una cuestión entre las partes, y que lo es dar vista al Ministerio Público, quien debe examinar la validez del convenio y dar su aprobación o negarla. Por tanto, la cuestión entre partes en el divorcio voluntario judicial, no es la disolución del vínculo conyugal, sino la validez del convenio que los esposos someten al dictamen del Ministerio Público y a la aprobación del juez. Este punto contencioso, es la materia propia de dicho juicio, en realidad, la cuestión entre las partes concierne a los intereses económicos, a la educación y ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos, intereses éstos, que afectan directa o indirectamente a la sociedad e incluso al Estado.

El divorcio es procedente por la vía judicial cuando los cónyuges:

- a) falte cualquier requisito para el divorcio administrativo.
- b) Sean menores de edad.
- c) Tengan hijos.
- d) No hayan disuelto la sociedad conyugal de común acuerdo.
- e) Hayan cumplido un año de casados”. (44)

El artículo 4.88 del Código Civil para el Estado de México nos menciona “el divorcio se clasifica en necesario y voluntario... es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por éstos.” Es decir cuando los cónyuges no tienen que

expresar la causa de divorcio sino solo externar la voluntad de divorciarse y formular el convenio del caso.

Por su parte el artículo 4.102 del Código Civil para el Estado de México nos habla del convenio en el divorcio voluntario y nos dice:

Los cónyuges pueden divorciarse voluntariamente ocurriendo ante el juez competente, presentado un convenio en los que se fijen los siguientes puntos:

- I. El domicilio que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento;
- II. La cantidad que por alimentos deba cubrir un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma de hacerlo y la garantía que debe darse para asegurarlos;

(44) BAQUEIRO ROJAS Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, Op cit. p.158.

- III. Si hubiere hijos, la mención de quien deba tener su guardia y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia;
- IV. La determinación del que debe cubrir los alimentos de los hijos así como la forma de pago y su garantía, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio;
- V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.

Es necesario tener presente todos los conceptos que pueden ser materia del convenio, para procurar lo más posible en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos. Es un hecho evidente que no todas las parejas tienen posibilidades económicas para celebrar un convenio que satisfaga todas las exigencias, pero dentro de las posibilidades deberán tenerse en cuenta todos los conceptos enumerados.

El ordenamiento legal deja a los interesados un amplio margen de libertad para fijar los términos y condiciones, pero no pueden decidir con plena autonomía de voluntad, pues deben de tener siempre presentes los principios, directrices o normas fundamentales del Derecho de familia. Desde luego, el límite evidente se orienta a evitar que el pacto sea dañino para los hijos, o perjudicial para alguno de los cónyuges.

Debe de tomarse en cuenta que la patria potestad es irrenunciable y que existen normas que limitan el alcance de lo que se puede convertir en relación con el ejercicio de la patria potestad. Cualquier pacto que exceda de los límites violaría los principios naturales y legales de la institución familiar o conyugal y traería consigo la nulidad que afectaría al convenio. De aquí la importancia del juez, que es responsable de vigilar que dentro de lo pactado en el convenio se satisfagan todas las disposiciones de orden público, interés social y buenas costumbres, en lo que será auxiliado por el Ministerio Público.

Partiendo de lo anterior podemos decir que los efectos que produce el DIVORCIO VOLUNTARIO son los siguientes:

- Disolución del vínculo matrimonial.
- Los cónyuges pueden volverse a casar un año después de dictada la sentencia de divorcio.
- En relación a los bienes se debe liquidar la sociedad conyugal con un 50% para cada parte, o como se estipula en las capitulaciones.
- Ambos padres conservaran la patria potestad, en caso de tener hijos.
- En el convenio de divorcio se establecerá quien de los cónyuges conservará la custodia, las condiciones de las visitas y los alimentos para los hijos y el ex cónyuge.
- Los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia salvo pacto en contrario.

Tanto en el divorcio voluntario judicial o administrativo no podrá pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio. Artículo 4.101 del Código Civil para el Estado de México.

El fundamental principio que debe observarse por las partes, el juez y el representante del ministerio público, es el interés de los hijos que prevalece sobre los progenitores. El rompimiento de una familia y el desequilibrio que trae como consecuencia es responsabilidad de los cónyuges y no de los hijos, consecuentemente, no solo por ser menores de edad, sino también por ser los inocentes del conflicto, merecen toda la protección. El interés del niño no debe de ser valorado sólo en función económica, sino con un amplio sentido en el cual se analicen la edad, sexo de los hijos, la no separación de los hermanos entre sí, los deseos del propio hijo, las necesidades de su educación, las ventajas materiales y factores médicos y psicológicos

3.3.3. Divorcio necesario

Cuando no hay posibilidad del convenio entre los cónyuges para resolver su crisis conyugal y obtener el divorcio voluntario, será necesario resolverlo mediante un juicio ordinario civil. Como resultado, el juez debe de dictar sentencia que declare disuelto el vínculo conyugal y se resuelva sobre la obligación de alimentos que continúa vigente entre divorciados y se proveerá sobre todos los deberes, obligaciones y derechos surgidos de la relación paterno-filial que necesariamente permanecen.

“Dentro del proceso podrán haber, por disposición de ley o por acuerdo entre litigantes, acuerdos sobre algunos aspectos, especialmente en relación con los hijos, que requerirán de resoluciones interlocutorias”. (45)

(45) CHÁVEZ ASENCIO Manuel F., “La familia en el Derecho. Convenios Conyugales y Familiares”. Editorial Porrúa, S.A., Séptima Edición, México 2005. p. 183.

En lo referente a las relaciones paterno filiales, se debe comprender en la demanda lo relativo a la patria potestad para exigir su limitación, suspensión o pérdida, según la gravedad de la causal invocada.

Es posible la terminación del juicio, por reconciliación que significa un convenio que puede involucrar una transacción por la cual los divorciantes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan la controversia.

“Estos convenios durante el juicio, o el que lo termina, son de naturaleza distinta al convenio de divorcio voluntario. En estos la disolución del vínculo conyugal responde a una causal determinada, es decir, a la violación de alguno de los deberes u obligaciones conyugales o filiales que son invocadas en controversia, que debe el juez estudiar, analizar las pruebas y si se encuentra debidamente acreditada la causal, declarar disuelto el vínculo conyugal. A diferencia, en el divorcio voluntario judicial la causal no se exhibe, y será la voluntad de los consortes y el convenio por ellos suscrito, lo único que tome el juez como base para decretar disuelto el vínculo conyugal”. (46)

Se puede decir que el divorcio necesario es aquel derecho que tiene cualquiera de los cónyuges de solicitar la disolución del vínculo matrimonial, ante un juez en virtud de ocurrir alguna de las causales que señala la ley.

Para poder llevarlo a cabo se requiere:

- que exista un matrimonio válido,
- que se señale como causal alguna, de las establecidas por la ley. Artículo 4.89 del Código Civil para el Estado de México.

(46) CHÁVEZ ASECIO Manuel F., Op cit. p.184.

- que se tenga capacidad jurídica,
- que no haya habido perdón por parte del cónyuge ofendido,
- que se acuda ante un juez de lo familiar y presentar la demanda a tiempo.

El artículo 4.88 del Código Civil para el Estado de México nos menciona “el divorcio se clasifica en necesario y voluntario. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama fundado en una o mas de la causales que señala el artículo siguiente...”. Es decir en este tipo de divorcio se tiene

que expresar necesariamente ante el juez civil de lo familiar, mencionando cual es el motivo o causa por el cual se demanda la terminación del contrato de matrimonio y al efecto se deberá de invocar alguna de las que se listan en el artículo 4.90 del Código Civil para el Estado de México y además probarlas en juicio.

El artículo 4.89 del Código Civil para el Estado de México, nos dice “son causas de divorcio necesario:

I El adulterio de uno de los cónyuges;

II Que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el mismo con persona distinta a su cónyuge;

III La propuesta de prostitucion de un cónyuge al otro no cuando el mismo la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitirlo;

IV La bisexualidad manifestada posterior a los seis meses de celebrado el matrimonio;

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

VI Los actos inmorales ejecutados por alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos de ambos, o de uno de ellos, así como la tolerancia de su corrupción;

VII Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria;

VIII Padecer enajenación mental e incurable;

IX La separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

X La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por mas de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda del divorcio;

XI La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan difícil la vida en común;

XII La negativa de los cónyuges de darse alimentos;

XIII La acusación calumniosa por un delito, hecha por un cónyuge contra el otro;

XIV Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión conmutable;

XV Los hábitos de juegos prohibidos o de embriaguez habitual, el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI Haber cometido un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de tercero, siempre que tenga señalada en la ley una pena de prisión que exceda de un año;

XVII El grave o reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos de ambos o de uno de ellos;

XVIII Permitir ser instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge;

XIX La separación de los cónyuges por mas de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos”.

En base a lo anterior podemos decir que el proceso en este tipo de divorcio se tramitara en la vía ordinaria civil, ante un juez de lo familiar que en turno corresponda, lo que sucede con frecuencia es que una vez planteada la demanda de divorcio uno de los cónyuges el cual se le imputen ciertos y determinados hechos al otro, éste al contestar reconvenga también el divorcio por causas que atribuye al cónyuge actor. Sobre esta situación en particular hay un principio de la incompensabilidad de las causales de divorcio. Es decir, no puede excusarse o justificarse al cónyuge que injuria, argumentando malos tratos del otro viceversa, lo que significa que no se autoriza a un cónyuge incumplir sus deberes ni sus obligaciones bajo el supuesto de que el otro no los ha cumplido. En ambos casos existe una actuación antijurídica o ilícita prevista como causal de divorcio, y ambos consortes serán condenados al atribuírseles los respectivos incumplimientos.

Partiendo de lo anterior podemos decir que los efectos que produce el DIVORCIO NECESARIO son los siguientes:

- Disolución del vínculo matrimonial.

- El cónyuge inocente queda en libertad de casarse de forma inmediata si así lo desea.

- La cónyuge inocente deberá esperar 300 días a partir de que se presentó la demanda de divorcio, para volverse a casar, (esto es para evitar problemas de paternidad con respecto a los hijos que nazcan 180 días después del matrimonio o 300 días después de disuelto el matrimonio).

- El cónyuge culpable deberá esperar dos años para poder contraer matrimonio nuevamente.

- En relación a los bienes se debe liquidar la sociedad conyugal con un 50% para cada parte, o como lo acuerden los ex cónyuges siempre que no sea uno

de los consortes quien reciba todas las utilidades o responda por las deudas o pérdidas.

- El cónyuge inocente tiene derecho a que el otro le proporcione alimentos, determinando el juez el monto de los mismos, en relación a la capacidad económica de ambos.

- El cónyuge culpable no tendrá derecho a recibir alimentos; si ambos son declarados culpables, ninguno podrá exigir alimentos del otro.

- El cónyuge inocente tendrá derecho a exigir la reparación en caso de que por motivo del divorcio se hayan originado daños y perjuicios en su patrimonio, económicos y morales como consecuencia de un hecho ilícito

- La patria potestad la conservara siempre el cónyuge inocente.

- Si el padre o a la madre, aunque perdieran la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones para con sus hijos.

Asimismo es importante mencionar que aun cuando no exista el contrato de matrimonio y a efecto de satisfacer las necesidades que surgen de la unión de un hombre y una mujer, los cuales no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran matrimonio, en forma constante por un periodo no menor de cinco años, o menor si han tenido hijos, es decir en CONCUBINATO, independientemente de que dicho acto no esta sancionado por el orden jurídico, esto es que la voluntad de vivir juntos no se manifiesta ante el Juez del Registro Civil, surgen varios efectos en caso de separación, de ambas partes, y que son los siguientes:

EFFECTOS DE LA SEPARACIÓN EN EL CONCUBINATO.

- Se podrá demandar ante autoridad judicial la solicitud de alimentos para los hijos y para el ex cónyuge, atendiendo a las capacidades económicas de quien los proporcione.

- La mujer tendrá derecho a los alimentos por el mismo tiempo que duro el concubinato, siempre que no tenga ingresos suficientes, no contraiga matrimonio o se una en concubinato.

- El mismo derecho tiene el hombre, siempre que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes o no se case nuevamente o se una en concubinato.

- Ambos padres conservaran la patria potestad, en caso de tener hijos.

- Se podrá demandar ante autoridad judicial la solicitud de alimentos para los hijos y para el ex cónyuge, atendiendo a las capacidades económicas de quien los proporcione. En el convenio de divorcio se establecerá quien de los cónyuges conservara la custodia, las condiciones de las visitas y los alimentos para los hijos la ley contempla los supuestos jurídicos, en caso de separación, y que propiamente sería un divorcio de hecho, e independientemente de que dicho acto no esta sancionado por el orden jurídico, esto es que la voluntad de vivir juntos no se manifiesta ante el Juez del Registro Civil, surgen varios efectos en caso de separación de ambas partes, y que son los siguientes

De lo antes expuesto se puede decir que la figura de “El matrimonio es permanente en lo civil e indisoluble en lo religioso; la excepción ante esta, sería el divorcio que disuelve el matrimonio y la excepción confirma la regla. Ya que las instituciones familiares son permanentes por naturaleza, a diferencia de lo transitorio en las relaciones jurídicas de carácter patrimonial-económico. “La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial”. (47)

Las causas de divorcio enunciadas en los Códigos Civiles tanto del Distrito Federal como de los Códigos de los Estados son limitativas, esto se deriva ya que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el interés por conservar dicho vínculo es tan importante para lo sociedad y el Estado, que es por esto que solo en forma limitativa se establecen las causas de divorcio.

Así también es importante mencionar que el proceso de divorcio está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges. Es ilícito por ser el contrario de orden público, como son las normas relativas al matrimonio, y a las buenas costumbres porque las causales de divorcio fundamentalmente van en contra de la moral. El hecho que la conducta de alguno de los cónyuges encuadre dentro de alguna de las causas de divorcio previstas en la ley, se consideran violaciones a los deberes u obligaciones conyugales o filiales.

(47) CHÁVEZ ASECIO Manuel F., Op cit. p.185

“El Estado se encuentra ante el problema de si es no conveniente el divorcio en cuanto al vínculo. En la solución del mismo, hay que tener en cuenta:

- a) La subsistencia de matrimonios mal avenidos o en los cuales uno de los cónyuges sea indigno de continuar siendo el titular de los derechos, poderes o facultades que derivan del matrimonio, es evidentemente un mal social que es preciso remediar por los pésimos ejemplos que produce, sobre todo respecto de los hijos;
- b) A su vez, el divorcio produce también consecuencias funestas para ellos y trae consigo la disolución de la familia, y el peligro de que se multiplique en los mismos divorcios, y se convierta el matrimonio es una institución de tal manera tan frágil, que solo sirva para permitir a los esposos satisfacer pasiones temporales y dar rienda suelta a sus costumbres disolutas;
- c) También hay tener en cuenta que el instinto sexual y las necesidades a que da nacimiento, son muy poderosos y difíciles de dominar, de tal manera que si no se permite el divorcio en cuanto al vinculo, se obliga a los divorciados a tener relaciones ilícitas fuera del mismo matrimonio.

Como se ve, el problema del divorcio está relacionado con la aptitud de los cónyuges a refrenar sus instintos sexuales, en el mismo matrimonio o fuera de él, cuando están separados. Por lo mismo, es posible afirmar que la evolución de la especie humana no ha alcanzado el grado de moralidad suficiente para soportar la indisolubilidad del matrimonio, por lo que debe de considerarse el divorcio como un mal necesario a fin de evitar otros mayores, e injusticias increíbles.

CAPÍTULO CUARTO

PATRIA POTESTAD

4.1. Antecedentes y Naturaleza Jurídica

“Se mencionara, brevemente, el proceso histórico de la patria potestad y la participación paulatina de la mujer. Para muchos sociólogos es un hecho indiscutible que las sociedades primitivas atravesaron un largo periodo de filiación uterina, en la que la determinación de la parentela se hacía partiendo de la madre, que constituía el centro de la familia. Una de las notas esenciales de la organización uterina sería, según Sydney –Hartlane, la que la autoridad sobre los hijos pertenecía a la madre aunque raramente sería ejercitada por ella. En apoyo de esta tesis acerca de la filiación uterina se aduce el testimonio de Herodoto, Diódoro de Sicilia y Nicolás Damasceno, creyéndose ver confirmada aquella entre los licios, los egipcios, los griegos, y los antiguos germanos, así como evidenciada aún hoy entre algunos pueblos como los naires que no conocen al padre y pertenecen a la madre- los tuaregs- cuya posición entre la tribu fijada por la sangre de la madre y otros de cultura primitiva.

En el derecho hebreo la patria potestad se ejercita predominantemente por el padre con sacrificio de la personalidad de la mujer. La evolución posterior va logrando cierta igualdad. En el Talmud se establece como recapitulación de los deberes de los padres para con los hijos y para consigo mismo, y se dice,” todos los deberes que son necesarios cumplir para con un hijo incumben al padre y no a la madre”.⁽⁴⁸⁾

“La institución de la patria potestad se origina en el derecho romano; el mismo nombre denuncia se origen y su carácter, que ha venido variando a lo largo del tiempo y del cual subsiste exclusivamente el nombre. Consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido solo

por el ascendiente varón de mas edad. Tenia carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía domestica, de donde se origino el termino, ya que era un poder real y efectivo del pater familias (no del padre, y menos de la madre) sobre todos sus descendientes, y se prolongaba por toda la vida de los sujetos.

Se equiparaba a la potestad marital que se tenía respecto a la mujer y era equivalente, en menor grado, a la potestad sobre los esclavos. Se establecía en beneficio del jefe de familia, quien podía rechazarla si así lo convenía; sus facultades abarcaban la persona y los bienes de los hijos, a grado tal que podía venderlos como esclavos si lo hacia fuera de Roma, e incluso condenarlos a muerte. El pater era dueño de todos los bienes que el hijo adquiriría, con un poder absoluto dictatorial". (49)

“Estas características fueron suavizándose a través del tiempo, especialmente con el advenimiento del cristianismo. Cada vez se atendía

(48) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., "La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares". Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 2003, p. 267.

(49) BAQUEIRO ROJAS Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, "Derecho de familia y sucesiones", Editorial Harla, México, 2000, p. 225

mas al interés del hijo, entendiéndose la patria potestad mas como una función obligatoria que como un derecho. Por el sistema de los peculios el hijo pudo tener patrimonio propio y administrar sus propios bienes, hasta convertirse, en nuestros días, en una institución protectora del menor, establecida en provecho de este y en su beneficio. Es ejercida primeramente por ambos padres y a falta de estos por los abuelos, independientemente de su sexo. Tiene carácter transitorio, pues solo dura hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo. No afecta la capacidad de goce del menor y solo limita, en su provecho, su capacidad de ejercicio". (50)

En México, en los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884 la patria potestad se ejerce en primer término, por el padre y después por la madre (art. 392 y 366). Solo por la muerte, interdicción, ausencia del llamado preferentemente, entraría al ejercicio de la patria potestad el que seguía en el

orden establecido en los artículos del Código, después de la muerte seguía el abuelo paterno, después el materno, fue en la ley sobre Relaciones Familiares donde el artículo 241 estableció que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en primer término, y después por los abuelos paternos y por ultimo por ambos abuelos maternos, de tal forma que la patria potestad se ejerce mancomunadamente.

En la actualidad el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 414 nos dice que “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.

(50) BAQUEIRO ROJAS Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, Op cit. p. 225 y 227.

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.

En relación a lo anterior se puede ver con claridad que es importante para la sociedad y por tanto para el legislador la seguridad del menor y es por esto que faculta al juez en conocimiento ha que determine quien debe ejercer la patria potestad, observando las circunstancias de cada caso en específico, para obtener el mejor beneficio para el menor.

Uno de los objetos del contrato de matrimonio, es tratar de perpetuar la especie, y en cumplimiento a ese objeto, viene la multiplicación de la especie, a través del nacimiento de los descendientes. Lo mismo sucede en el contrato de concubinato.

Pero ese fruto del contrato de matrimonio y concubinato, no es el chiste, solamente engendrar descendientes, sino que se crea por la naturaleza y por el Estado, una serie de deberes, tanto morales como jurídicos, respecto de estos, y esos deberes y también algunos derechos, es a lo que se llama patria potestad.

“Patria Potestad deriva de la palabras “*Pater potesta*” que en Derecho romano era la potestad del padre sobre todos los descendientes incapaces por cualquier causa, y siempre sobre las mujeres mientras no contrajeran “*justae nupcias*”, y así mismo sobre la esposa”. (51)

(51) GUTIÉRREZ GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ Ernesto, “La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”, Editorial Porrúa, S.A., México 2004, p 430.

Normalmente al hablar de patria potestad se comprende todas las relaciones paterno filiales, por lo que al investigar su **naturaleza jurídica** se incorpora la totalidad de la relación jurídica paterno- filial; estimo que al hablar de la patria potestad, debemos limitarnos a una parte de la relación jurídica que corresponde a los progenitores y a los abuelos, en suplencia de aquéllos.

“En relación a su naturaleza jurídica podemos encontrar las siguientes opiniones:

a) Institución. Galindo Garfias señala que la patria potestad es “una institución establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él, o de hijos adoptivos”.

También Puig Peña señala que la patria potestad es una institución jurídica; “es decir, el transunto en la ley de la situación de hecho que surge en las relaciones paterno-filiales. La ley la disciplina, y de sus preceptos es posible deducir en todo en donde, por encima de la variedad de sus disposiciones, se descubre la armonía de la institución”.

Se señala también que la patria potestad es una institución necesaria para la cohesión del grupo familiar que comprende tanto la familia conyugal como la originada por el reconocimiento

b) Derechos y deberes. De Pina dice que la “patria potestad se define como el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria”.

“Galindo Garfias nos habla que para lograr esa finalidad “tuitiva que debe ser cumplida a la vez por el padre y la madre, la patria potestad comprende un

conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes que estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere”.

Como conjunto de derechos es definida la patria potestad por Colín y Capitant, al decir que es “el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos mientras son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, alimentación y educación a que están obligados”.

c) Poder. Se hace referencia a la autoridad, y de ella se dice que contiene las relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre los hijos menores. No hay una relación jurídica entre iguales, pues el padre y la madre ejercen una potestad.

Carbonnier dice que “la autoridad paterna está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre, con el objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto en razón de su juventud e inexperiencia”.

Zannoni dice que la patria potestad “contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. Es decir, no se trata de relaciones cuyo objeto presupone la igualdad jurídica de los sujetos por el contrario: los fines que satisfacen, implican que tanto el padre como la madre ejercen una potestad, un poder”.

“Se trata de un poder reconocido por la ley, como medio de actuar el cumplimiento de un deber. En otras palabras, el poder paterno o materno en punto a los fines, no es una mera prerrogativa disponible del padre o de la madre. Ellos deben- están obligados- a ejercerlo; y es más, están obligados a ejercerlo personalmente ya que ese ejercicio es indelegable a terceros”.

Después habla de la relación derecho-deberes, y por último también hace referencia a la función.

Se señala, por otros autores, que la potestad está instituida por un conjunto de poderes, necesarios para que los que ejercen la patria potestad puedan hacer cumplir los deberes que les conciernen respecto a los hijos. “La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas en una situación de oposición, y no

corresponden el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha conferido para el cumplimiento de un deber”.

d) Reconocimiento de la facultad natural. Si tomamos en cuenta que la filiación es un hecho natural, y que hace referencia a la procreación por la cual alguien procrea a otro, y el que procrea tiene mayor edad, conocimientos y posibilidades, la patria potestad debe ser el reconocimiento de una facultad natural del procreador, que se ejerce mientras el procreado necesite de la atención.” Se trata pues a nuestro juicio de un reconocimiento de una facultad natural. No es que los padres tengan la propiedad sobre sus hijos, como sostenían las viejas doctrinas”.

“e) Función. La concepción moderna de la patria potestad la identifican como una función que ejerce el “padre para protección de los hijos. Esta concepción – a la que, como hemos dicho se fue llegando gradualmente – estaba suficientemente propagada, en general, al acaecer la revolución francesa y se impuso a ella, trascendiendo al derecho intermedio. Así se descubre, aunque no lo proclamen expresamente, en los Códigos Civiles que regulan la patria potestad como una función temporal productora de deberes para el padre y limitan las facultades atribuidas a este. Castan Vázquez hace notar que la concepción generalizada en el Derecho moderno de la patria potestad como función coincide con las orientaciones cristianas acerca de este Instituto; que la evolución ha trocado el antiguo poder de un deber.

f) La patria potestad como derecho humano. Estamos analizando la patria potestad dentro de la relación paterno-filial, que implica, fundamentalmente deberes en relación a la persona de los hijos y obligaciones en relación a sus bienes. Desde este ángulo, la patria potestad hace referencia a la relación paterno- filial. Pero podemos contemplarla desde otro punto, desde el punto de vista de la patria potestad como derecho subjetivo al cual ya se refería Cicu, quien puso de “relieve, por un lado, el derecho de reivindicación o mejor de reclamación, que compete al padre contra quien ilegítimamente detenta el poder; y por otro lado, el derecho de ejercitar la patria potestad , o de ser puesto en condiciones de ejercitarla, removiendo los obstáculos que se opongan; en todo caso, el derecho de derecho familiar, inseparablemente ligado a los intereses del hijo, por lo que, al defender el propio derecho, el padre defiende del hijo elevado al interés superior”. (52)

El interés primordial de la patria potestad es la asistencia y el cuidado de los hijos.

Son deberes y obligaciones y derechos atribuidos a los padres, quienes lo cumplen y ejercen como una función propia derivada de la paternidad y la maternidad; no es algo que se impone por la ley. Tampoco considero que sea una delegación de funciones que hace el Estado en la persona de los padres, sino que el Derecho reconociendo la realidad natural de la filiación y el hecho de que alguien tiene que dar protección, guarda, sostenimiento

(52) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., "La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares". Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 2003, p. 269 a 272

y dirigir el grupo familiar, y que esta realidad se deriva de la naturaleza, la asume y la reglamenta para la convivencia de este grupo domestico.

“La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno- filiales, independientemente de que estas nazcan dentro del matrimonio o fuera de el”.

(53)

Las relaciones jurídicas derivadas de la filiación también se atribuyen a los hijos, quienes cumplen sus deberes y ejercen sus derechos como respuesta. Los códigos civiles y familiares no concibe la patria potestad como un poder. Siempre se habla de patria potestad, sin emplear jamás el término de potestad. Se trata, básicamente de obligaciones y también de facultades. Haciendo referencia más bien a una actividad y a un servicio, por lo que puede emplearse el concepto función para destacar la naturaleza jurídica de la patria potestad.

Debemos tomar en cuenta que el concepto de función se usa más el Derecho Público que en el privado. Significa en Derecho Público la acción, hacer un oficio, el empleo de una facultad pero podíamos también entenderla como una actividad dirigida a realizar algún servicio, y en este último sentido debemos tomarla en cuenta.

(53) CHAVEZ ASENCIO Manuel F., Op cit. p. 273.

Por lo tanto, estimo que la patria potestad es una función, de orden público, que dentro de la relación jurídica paterno-filial desempeñan los padres o los abuelos en sustitución de aquéllos, para la custodia, formación integral del menor y administración de sus bienes.

4.2. Concepto

“Del latín “patrius-a-um, paterno, del padre (como cabeza de familia); potestas: poder, potestad.

1) Decía Ulpiano: “páter autem familias appellatur qui in domo dominium habet, tectaque hoc nomine appellatur, uamtib filum non habet...” (Es llamado padre de familia quien tiene en su casa el dominio, y es apelativo le es dado aun carezca de descendencia.

2) Las leyes de Partidas (Ley 1,17, Part. 4) la definen: “La autoridad que las leyes dan al padre sobre la persona y bienes de sus hijos legítimos”.

3) Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes, nos dice el Diccionario Jurídico Mexicano”.

4) Planiol y Ripert expresan: “La patria potestad es el conjunto de los derechos y de las facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores. Dichos derechos y facultades no le son concedidos sino como consecuencia de los pesados deberes que tienen que cumplir y que no tienen otro objeto que hacerles posibles el mantenimiento y la educación del hijo.

5) Ignacio Galindo Garfias escribe: “... es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos de matrimonio, de hijos habidos fuera de el o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).

6) Messineo afirma: “Patria potestad (patria potestad para los romanos) es un conjunto de poderes (a los que corresponden otros tantos deberes) en los cuales actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores y a los adoptantes de proteger; de educar, de instruir al menor de edad no emancipado y de cuidar sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica, y de su consiguiente capacidad de obrar.

7) Estupenda y de fondo, aunque poco técnica, es la definición siguiente: “la sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad”.

8) El artículo 264 del Código Civil argentino es un acierto: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”. (54)

El Código Familiar para el Estado de Hidalgo en su artículo 243.- nos dice por su parte que “La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados por la ley, a los padres y abuelos en relación a sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como sus bienes”.

(54) ZAVALA PÉREZ Diego H, “Derecho Familiar”, Editorial Porrúa S.A., México 2006, p. 313 y 314

En todas las definiciones se habla de los derechos y deberes que ejercen los padres o uno de ellos, y se señala también como una institución de asistencia y protección que tienen una naturaleza especial y un fin determinado. Es evidente que el fundamento de la patria potestad esta en la naturaleza humana que confiere a los padres la misión específica de asistir y formar a sus hijos. Independientemente que el estado la acepte y la regule, la patria potestad esta en la naturaleza propia de las relaciones paterno filiales.

Haremos un breve paréntesis y hablaremos sobre la filiación y podemos decir que es la relación jurídica que existe entre ascendientes y descendientes como es el caso de los padres y los hijos, abuelos y nietos, bisabuelos y

bisnietos, pero en sentido estricto podemos hablar de la relación entre padre e hijo.

Esta relación filial es la que da origen al parentesco, a la patria potestad y a partir del cual se establece una comunidad de carácter familiar que identifica a los grupos dentro de la sociedad. La filiación se comprueba mediante el reconocimiento que hagan los padres de sus hijos.

Con tal fin el padre y/o la madre tienen la obligación de registrar a sus hijos ante el Juez del registro civil dentro de los seis meses a partir de su nacimiento.

Una vez que el juez tenga conocimiento del nacimiento se procederá a realizar las diligencias necesarias con el fin de expedir el acta de nacimiento correspondiente.

En el concubinato, las obligaciones y derechos que nacen de la filiación surten efecto a partir del reconocimiento que se haga de los hijos mediante su registro ante el oficial del Registro Civil, puesto que coexiste un acta de nacimiento es decir de reconocimiento.

De lo anterior se puede decir que:

“La patria potestad es el conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre y a la madre, respecto de sus descendientes en primer grado, incapaces por cualquier causa, para su educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimoniales pecuniarios. La patria potestad, si fallecen la madre y el padre, pasa a las personas que determina la ley, y es irrenunciable, y solo se puede suspender cuando la ley lo determina, y por decisión de un juez civil de lo familiar”. (55)

4.3. Efectos de la Patria Potestad

El Código Civil del Estado de México en su libro cuarto nos habla sobre derecho familiar y el cual en su título séptimo habla específicamente sobre la patria potestad mencionando los efectos de la misma y en donde menciona:

- De los efectos de la patria potestad respecto de la persona (capítulo primero)

(55) GUTIÉRREZ GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ Ernesto, "La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares", Editorial Porrúa, S.A., México 2004, p. 432.

- De los efectos de la patria potestad con respecto a los bienes (capítulo segundo)

Asimismo el Código Civil para el Distrito Federal en su título octavo habla de la patria potestad mencionando así también sus efectos, y que son de igual similitud con el ordenamiento antes invocado

- De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos (capítulo primero)

- De los efectos de la patria potestad con respecto de los bienes del hijo (capítulo segundo)

Partiendo de lo anterior podemos deducir que la patria potestad tiene como efecto directo el surgimiento de una serie de deberes y facultades entre los que la ejercen y los que están sometidos a ella, para entender mejor esto mencionaremos los sujetos que integran la patria potestad.

4.3.1. Sujetos

En el ejercicio de la patria potestad existen dos sujetos uno activo y el otro pasivo. El primero de ellos es quien debe desempeñar el cargo y, el segundo, es sobre quien se cumple dicho cargo.

“La patria potestad es una institución destinada a los menores de edad; están sujetos a ella los menores de edad no emancipados; es temporal, cesa cuando el menor ha dejado de serlo o se emancipa”. (56)

“Los sujetos que tienen el deber de desempeñar el cargo de ejercer la patria potestad son:

A.- El padre y la madre, conjuntamente y la ley les confiere a cada uno el mismo cumulo de facultades para el desempeño de ese deber.

B.- Si solo fallece el padre, o solo fallece la madre, el que sobrevive ejerce la patria potestad.

C.- Si el padre y la madre dejan de vivir juntos en un único y común domicilio, el incapaz vivirá al lado del progenitor que entre ellos acuerden, o el que determine el Juez civil de lo familiar, oyendo al incapaz, de ser el caso.

D.- Si fallece el padre y la madre, o si ambos se vuelven incapaces, la patria potestad la ejercerán los ascendientes en segundo grado (abuela, abuelo) en orden que determine el Juez civil de lo familiar, tomando en consideración cual de esos ascendientes ofrece mejores condiciones de vida al incapaz.

E.- Si se trata de un incapaz adoptado, ejercerá la patria potestad solo el adoptante, y si es adoptado por un hombre y una mujer, ejercerán ambos la potestad”. (57)

(56) ZAVALA PÉREZ Diego H, “Derecho Familiar”, Editorial Porrúa S.A., México 2006, p. 324.

(57) GUTIÉRREZ GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ Ernesto, “La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”, Editorial Porrúa, S.A., México 2004, p. 433.

El Código Civil tanto del Estado de México como el Código Civil del Distrito Federal reconoce como sujetos activos de la patria potestad a los padres, abuelos paternos o maternos y a los adoptantes; y, como sujetos pasivos a los menores de edad no emancipados, nacidos dentro o fuera del matrimonio y a los adoptados; así “los sujetos pasivos son únicamente los hijos o nietos menores de edad, nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad”.

Si bien hemos dicho que la Patria Potestad es un derecho y al mismo tiempo una obligación que tienen los padres para con sus hijos y los bienes de éstos. Y esta no es renunciable y solo podrá negarse esta a los mayores de sesenta años cumplidos o cuando su mal estado habitual les impida ejercerla adecuadamente.

4.3.2. Derechos y Obligaciones del menor sujeto a Patria Potestad

Como lo habíamos mencionado anteriormente el Código Civil del Estado de México en su libro cuarto nos habla sobre el derecho familiar el cual en su título séptimo habla sobre la patria potestad mencionando los efectos de la misma que son:

De los efectos de la patria potestad respecto de la persona (capítulo primero) y donde establece el artículo 4.201 del Código Civil del Estado de México que primeramente uno de los derechos y obligaciones recíprocas para la persona que ejerce la patria potestad como para el menor sujeto a la misma nos menciona:

“Los hijos y sus ascendientes se deben respeto y consideración recíprocamente”.

Así también en el menor tiene la obligación de no dejar la casa en la que fue designada por las personas que ejercen la patria potestad para habitar, sin permiso de ellos.

Se ha dicho que la patria potestad comprende como derecho para el menor la representación legal y la protección integral del menor sujeto en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección (artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México).

Y ante tal representación y protección del menor sujeto a la patria potestad surgen una serie de obligaciones y derechos, tanto para el que lo representa como para el representado.

Dentro de los derechos que tiene el menor sujeto a la patria potestad es como lo habíamos mencionado respeto, cuidado y consideración hacia su persona, así como cuidado de sus bienes si los tuviese, derecho a la educación, derecho a que les sea proporcionado un desenvolvimiento moral, intelectual y físico adecuado, derecho de convivencia con sus descendientes.

En general todo lo concerniente al cuidado e integridad tanto física, como emocional para el debido desenvolvimiento social del menor.

“Los incapacitados que están sujetos a patria potestad tienen capacidad de goce, pero no tienen capacidad de ejercicio, de ahí que precisamente que para poder ejercitar sus derechos, tengan que hacerlo forzosamente y necesariamente por conducto de los que ejercen esa potestad, y tienen su representación.

a) Así, el incapaz para contraer válidamente una obligación o realizar cualquier acto de dominio sobre los bienes pecuniarios de su patrimonio, tiene que hacerlo por medio de la representación que le asiste al o a los que ejercen sobre el, patria potestad.

b) De igual manera no pueden comparecer por si, a juicio, sino que deben hacerlo siempre por conducto de sus representantes, que son los que ejercen sobre el potestad”. (58)

4.3.3. Derechos y Obligaciones de los que ejercen la Patria Potestad

No esta demás mencionar que dentro de los derechos y obligaciones reciprocas existentes entre el que representa y el representado es “respeto y consideración”.

Así también nos encontramos que las personas que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corrección y buena conducta, es decir: “Los que ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos mesuradamente, educarlos convenientemente y la obligación de observar una conducta que les sirva de buen ejemplo. (Artículo 4.207 del Código Civil del Estado de México). Partiendo de dicho precepto podemos decir que los que ejercen la patria potestad tienen la obligación y derecho de:

(58) GUTIÉRREZ GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ Ernesto, Op cit. p. 436.

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

V.- Facultad de corregirlos sin atentar contra su integridad física o psíquica.

VI.- Obligación de observar una buena conducta que sirva de ejemplo a estos

VII.- Así también la o las personas que ejerzan la patria potestad en caso de que el menor sujeto a ella tuviese bienes, tienen los primeros la obligación de administrar los mismos conservando y mejorando dicho patrimonio.

Mismos que no puede enajenar ni gravar, sino por causa de necesidad o de evidente beneficio para el menor, y previa la autorización del Juez competente. Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de un año; hacer remisión de deudas; ni dar fianza en representación de los hijos. (Artículo 4.217).

En caso de que el Juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al

objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta de la manera más segura y conveniente en favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en el Tribunal, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial. (Artículo 4.218).

VIII.- De proporcionar un acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad, evitando actos de manipulación, encaminadas a producir en el menor rencor o rechazo hacia el otro progenitor.

Partiendo de lo anterior se puede observar que los derechos y obligaciones que nacen del ejercicio de la patria potestad es un conjunto de actos tendientes al bienestar del menor sujeto a ella tanto en su persona como en sus bienes si los tuviese.

Así también si se diera el caso de la pérdida de la patria potestad los ascendientes quedan sujetos a todas las obligaciones que tengan para con sus descendientes (Artículo 4.227).

4.3.4. Efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes

“Para saber cual es el efecto de la potestad sobre los bienes patrimoniales pecuniarios del incapacitado, se requiere saber primero como cataloga la ley a esos bienes, y ya después si se puede entender el efecto de la potestad sobre los mismos.

El hecho de que el sujeto a patria potestad sea incapaz, no significa que carezca de capacidad de goce; lo que no tiene, es capacidad de ejercicio, y así entonces, nada impide que tenga un patrimonio pecuniario, a mas de su patrimonio moral”. (59)

La ley contempla dos clases de bienes de los sujetos a patria potestad, el artículo 4.211 del Código Civil del Estado de México nos refiere que los bienes del sujeto a la patria potestad, se dividen en dos clases:

- I. Los que adquiera por su trabajo;
- II. Los que adquiera por cualquiera otro título.

Respecto de los bienes adquiridos por trabajo del sujeto a patria potestad le pertenecen en propiedad, administración y usufructo. (Artículo 4.212). Y respecto de los bienes por cualquier otro título, le pertenecen la nuda propiedad y la mitad del usufructo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Salvo que el testador o donante, en su caso, disponga otra cosa. (Artículo 4.213).

Es decir que los bienes que adquiere por cualquier otro título se refieren a aquellos que en su caso se los hayan donado o deriven de un testamento.

También las personas que ejercen la patria potestad pueden renunciar

(59) GUTIÉRREZ GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ Ernesto, Op cit. p. 437.

a su derecho a la mitad del usufructo, considerándose como donación (artículo 4.213).

En cuanto al usufructo sobre los bienes del sujeto a patria potestad concedido a las personas que la ejercen el artículo 4.219 nos señala que se puede extinguir:

- I. Por la terminación de la patria potestad;
- II. Por renuncia.

“Respecto del Usufructo por disposición de ley, o legal que deriva de los bienes que tuviese el incapaz sujeto a la patria potestad, primeramente el se menciona que: “El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos”.

Pues bien, el único caso que regula este Ordenamiento, en donde el usufructo es establecido por determinación de ley, es el que se contempla en el artículo 430 arriba transcrito, y como se lee en la norma, se establece a favor de los que ejercen la patria potestad, al 50%, de los que generen los bienes del incapaz sujeto a dicha potestad. ⁽⁶⁰⁾

Los sujetos que ejercen la patria potestad tienen la obligación de administrar los bienes en caso de tenerlos del menor sujeto a ella. Teniendo como obligación la de realizar actos tendientes a conservar y mejorar su patrimonio. (Artículo 4.208)

Cuando la patria potestad se ejerza conjuntamente, el administrador será nombrado por mutuo consentimiento, consultando a su cónyuge para realizar

(60) GUTIÉRREZ GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ Ernesto, Op cit. p. 437.

cualquier negocio y requerirá su consentimiento expreso para actos mas importantes. (Artículo 4.209). Lo mismo sucederá cuando se represente al menor en juicio uno de los que ejercen la patria potestad lo representara pero requerirá del consentimiento expreso de su cónyuge para terminarlo y en caso de que la ley lo requiera su autorización. (Artículo 4.210)

Así también el ordenamiento en cita menciona que cuando por la ley o por voluntad de quien ejerce la patria potestad el menor tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes inmuebles (Artículo 4.216).

En relación a los efectos derivados de los bienes en caso que se tuviesen, del menor sujeto a la patria potestad se puede decir que siempre va encaminado al bienestar del mismo, es decir que la obligación o derecho que tenga la persona que ejerza la patria potestad de administrar dichos bienes es con la finalidad realizar actos tendientes al mejoramiento e incremento de dichos bienes, y no menoscabar dicho patrimonio.

Existen también medidas para la administración de bienes del sometido a patria potestad y en este caso los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por mala administración de quienes ejercen, los bienes del menor se derrochen o se disminuyan. Estas medidas se tomarán a instancia de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público, en su caso. (Artículo 4.221).

4.3.5. Extinción

“Finalmente hablaremos sobre las formas de extinción, pérdida, limitación y suspensión de la patria potestad.

En primer lugar, el ejercicio de la patria potestad se acaba por muerte de quien la ejerce, sino hay otra persona en la que recaiga; con la emancipación del menor por matrimonio, o bien por la mayoría de edad del hijo.

En segundo lugar, el ejercicio de la patria potestad se pierde por resolución del juez de lo familiar, cuando el que la ejerce sea condenado expresamente a la pérdida de este derecho, en los casos de divorcio, tomando en cuenta los actos de violencia familiar y las medidas de seguridad necesarias para proteger a los menores de tales actos; cuando las costumbres depravadas, viciosas, los malos tratos y el abandono por parte de quienes ejercen la patria potestad pongan en peligro la salud, la seguridad o la moral del menor, aun cuando estos actos no estuvieran considerados como delitos; por exposición (por ejemplo, cuando se deja en un espacio público a un recién nacido sin ningún dato que pueda revelar su origen o filiación) o por abandono por más de seis meses (por ejemplo, cuando queden solos en una casa al cuidado de otros menores, o cuando los dejen al cuidado de un pariente o de algún conocido y no regresen por ellos); cuando quien la ejerza sea condenado dos o más veces por un delito grave.

En tercer lugar, la patria potestad podrá ser limitada en caso de quien ejerza la patria potestad incurra en las conductas de violencia intrafamiliar contempladas en el Código Civil; y finalmente la patria potestad se suspende por incapacidad de quien debe ejercerla, declarada por un juez; por la declaración de ausencia declarada por un juez y por sentencia condenatoria en la que se condene expresamente de este derecho, al desaparecer alguna de las situaciones anteriores que haya dado causa a la suspensión, se

recuperara el ejercicio de la patria potestad siempre con conocimiento y autorización del juez que declare tal hecho.

Quienes ejerzan la patria potestad y contraigan nuevo matrimonio, conservaran el ejercicio de la misma; sin embargo, el nuevo cónyuge no tendrá derecho sobre los hijos del matrimonio anterior de su esposo o esposa”.⁽⁶¹⁾

El Código Civil del Estado de México señala las circunstancias en que concluye la patria potestad y nos dice en su artículo 4.223.- La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayoría de edad;
- IV. Por la adopción simple.

Así también se dice que la patria potestad se extingue para los padres biológicos cuando hayan dado a sus hijos en adopción.

Asimismo el artículo 4.224 del ordenamiento legal en cita nos menciona que se pierde por sentencia en los siguientes casos:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado por delito doloso grave;
- II. Cuando por las costumbres depravadas de los que ejercen la patria

(61) PEREZ CONTRERAS María De Montserrat, “Derechos de los padres y de los hijos”, Cámara de Diputados. UNAM. 2004, p. 43 y 44.

potestad, malos tratos o abandono de sus deberes alimentarios o de guarda o custodia por más de dos meses y por ello se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aún cuando esos hechos no constituyan delito;

- III. Cuando quienes ejerzan la patria potestad, obliguen a los menores de edad a realizar reiteradamente la mendicidad, trabajo forzado o cualquier otra forma de explotación. En este caso, los menores serán enviados a los albergues de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México y Municipales;

IV. Cuando quien ejerza la patria potestad, acepte ante la autoridad judicial la entrega del menor a las instituciones de asistencia pública o privada legalmente reconocidas, en los términos previstos por el Código Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de México;

V. Cuando los menores se encuentren albergados y abandonados por sus familiares, sin causa justificada por más de dos meses, en las instalaciones de instituciones públicas o privadas;

VI. Cuando el que la ejerza sea condenado a la pérdida de ese derecho; y

VII. Por la exposición que la madre o el padre hiciera de sus hijos.

VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes.

Así también la patria potestad se puede suspender en los siguientes casos:

I. Por declaración de estado de interdicción de quien la ejerce;

II. Por la declaración de ausencia;

III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;

IV. Por sustracción o retención indebida del menor por quien no tenga la custodia.

Así también el ordenamiento en cita nos marca que el ejercicio de la patria potestad no es renunciable pero a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse (artículo 4.226), en los siguientes casos:

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II. Cuando por su mal estado de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

En cuanto a las obligaciones en caso de pérdida de la patria potestad los ascendientes quedan sujetos a todas las obligaciones que tengan para con sus descendientes (Artículo 4.227)

Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a los que a ella estuvieron sujetos, luego que se emancipen o adquieran la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que le pertenecen y tienen obligación de darles cuenta de su administración.

Si existe disminución de los bienes del menor emancipado, por mala administración de la persona de quien ejerció sus derechos, ésta deberá restituir el importe en su totalidad de los daños ocasionados. (Artículo 4.222).

4.4. Estudio comparativo respecto a “quien deberá ejercer la patria potestad a falta de ambos padres”, de los Códigos Civiles del:

Se dice que el derecho civil es una rama del derecho privado que constituye un sistema jurídico coherente, construido alrededor de la persona (personalidad y capacidad), del patrimonio (bienes, contratos, sucesiones) y de la familia (matrimonio, filiación, patria potestad y tutela); instituciones jurídicas que se complementan con los principios fundamentales del derecho objetivo como son la vigencia de la ley en el tiempo y en el espacio, igualdad jurídica de la persona con independencia de su sexo y condición, principios fundamentales de la interpretación de la ley y su aplicación, la fuerza imperativa de las leyes de interés público, entre otros.

En base a lo anterior se realizara un breve análisis respecto de los artículos 414 del Código Civil para el Distrito Federal, artículo 247 del Código Familiar del Estado de Hidalgo, hacia donde van enfocados y su fin y por supuesto el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México.

4.4.1. Código Civil para el Distrito Federal

Primeramente hablaremos del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal el cual nos dice: “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”.

En este artículo el legislador faculta al órgano jurisdiccional por medio de un juez de lo familiar para determinar quien de los ascendientes en segundo grado ejercerá la patria potestad de los menores a falta de ambos padres y por tanto este es decir el (juez) tendrá la decisión de acuerdo a las circunstancias sociales, económicas, morales, culturales, etc., de quien será la persona idónea para ejercerla obviamente atendiendo a las necesidades de los menores, sin atender circunstancias de género es decir no le importa ni establecerá preferencias de que sean los abuelos ya sea maternos o paternos, sino lo que atenderá es quien o quienes son las personas más adecuadas atendiendo a las características antes mencionadas para ejercer dicha potestad, concluyendo que para el legislador lo importante es la integridad tanto física, económica, moral, social y cultural así como emocional del menor, estudiando cada caso en particular y no generalizando ya que cada situación es distinta.

4.4.2. Código Familiar para el Estado de Hidalgo

En relación al artículo 247 del Código Familiar del Estado de Hidalgo nos dice:

“La patria potestad se ejerce por padre y la madre, en su defecto por los abuelos paternos o maternos sin preferencia”.

En este artículo al igual que el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal el legislador no le da preferencia a las personas que tendrán la facultad de ejercer la patria potestad en relación al género, sino que nos establece que “... en defecto de los padres, los abuelos paternos o maternos sin preferencia” la ejercerán, esto atiende a que lo importante es como lo

hemos mencionado el bienestar del menor, atendiendo las circunstancias económicas, sociales, morales, culturales, etc, de quien será la persona idónea para ejercerla, sin atender circunstancias de genero es decir no le importa ni establecerá preferencias de que sean los abuelos ya sea maternos o paternos, sino lo que atenderá es quien o quienes son las personas mas adecuadas atendiendo a las características antes mencionadas para ejercer dicha potestad.

En base a lo anterior observamos en cambio que el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México, nos establece un orden para el ejercicio de la patria potestad primeramente:

- “... I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y la abuela maternos;
- III. Por el abuelo y la abuela paternos.

Tratándose de controversia entre los abuelos, el Juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del menor.

Y observamos que el legislador nos establece una circunstancia de género dando preferencia en la actualidad a los abuelos maternos de los paternos basada en la razón de que existe mayor acercamiento con la familia materna y por ende un mayor interés hacia el menor, generalizando todas las situaciones que en este supuesto (de la persona o personas que ejerzaran la patria potestad) podrían darse y por lo tanto no previendo la excepción es decir que no siempre la familia materna en este caso los abuelos serán las personas mas idóneas y cercanas para ejercer dicha potestad, ya que se dan casos en los que de hecho la misma madre no tiene interés por el o los menores, así como también los abuelos maternos no tienen la capacidad económica, física, y peor aun interés por el beneficio del menor, dándose situaciones en que la familia materna no es o seria el mejor ejemplo para este, repercutiendo por obviedad en su persona, y al hablar de esto no solo es hablar en contra de la familia materna, es el caso que también la familia paterna en este caso los abuelos no sean los mas apropiados para ejercer la patria potestad del menor, atendiendo a las razones antes expuestas.

Basándonos en lo que establece el Código Civil del Estado de México, nos habla de un orden establecido sin prever cada caso en particular sino generalizando cada una de las situaciones, dejando por lo tanto desprotegidos a las excepciones, así mismo en su artículo 4.204 en su último párrafo nos dice que:

“... Tratándose de controversia entre los abuelos, el Juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del menor”.

Obviamente este artículo nos marca la situación establecida en los artículos 414 del Código Civil para el Distrito Federal y el artículo 247 del Código Familiar del Estado de Hidalgo, estableciendo que el Juez decidirá sobre la persona o personas que ejercerán la patria potestad solo en caso de controversia entre los abuelos, pero determinando como precedente un orden de preferencia en relación al género basado en circunstancias de acercamiento e interés hacia el menor, y si mencionamos el género como preferencia es violatorio constitucionalmente así como discriminatorio lo anterior basado en los artículos primero párrafo tercero y cuarto párrafo primero los cuales nos señalan:

Artículo 1.- párrafo tercero:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas.

Artículo 4 – párrafo primero:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

De lo anterior se puede decir que en relación a lo que nos marcan dichos preceptos efectivamente el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de

México, nos establece una desigualdad en relación al género, y por lo tanto discriminatorio al dar prioridad en cuestión de orden, a los abuelos maternos de los paternos para el desempeño del ejercicio de la patria potestad.

Es importante señalar que el Código Civil del Estado de México tiene por objeto como cualquier otro ordenamiento legal regular en territorio estatal los derechos y obligaciones de orden privado concernientes a las personas, a sus bienes y a sus relaciones.

Así también es importante señalar que dicho ordenamiento ha sufrido algunas reformas mencionando primeramente que mediante decreto número 128 la H. "XXXIX" Legislatura del Estado, expidió el Código Civil del Estado de México vigente, publicado en el periódico Oficial "Gaceta del Gobierno" el 29 de diciembre de 1956, el cual entró en vigor el 3 de enero de 1957. Al día de la fecha ha sido reformado, adicionado y derogado en sus disposiciones por esa H. Representación, en trece ocasiones a través de los decretos legislativos correspondientes.

La primera modificación se efectuó por decreto número 22, publicado en el periódico Oficial "Gaceta del Gobierno" el 31 de diciembre de 1963, y la última, por decreto número 33, publicado el 19 de agosto de 1994.

El Código Civil del Estado de México al día de hoy ha estado vigente 45 años 3 meses 26 días. Y resulta ser que en la actualidad en fecha 31 de mayo del 2002 se aprobaron las reformas al Código Civil en cita publicándose en fecha 07 de junio del 2002 y estando vigente en fecha 22 de junio del 2002, basándose dicha reforma en contar con un Código Civil acorde no sólo a los requerimientos actuales, sino también a los futuros, para que se constituya en un eficiente y eficaz instrumento que regule los derechos y obligaciones de orden privado concernientes a las personas, a sus bienes y a sus relaciones.

En la iniciativa se procuró dar un paso adelante sobre el conocimiento de la realidad concreta y material, para profundizar en la realidad formal y en la situación que guarda la legislación vigente con respecto a los elementos conceptuales del universo que pretende normarse.

Y respecto al libro cuarto denominado del Derecho Familiar comprende de los artículos 4.1 al 4.389, consta de once títulos denominados: Del Matrimonio, De los Efectos del Matrimonio en relación con los bienes de los Cónyuges, Del Divorcio, Del Parentesco y los Alimentos, De la Paternidad y Filiación, De la Adopción, De la Patria Potestad, De la Tutela y del Curador, De la Emancipación y de la Mayoría de Edad, De los Ausentes, y del Patrimonio de Familia.

En el capitulo de este libro, se regulan las siguientes materias: requisitos para contraer matrimonio; derechos y obligaciones que nacen del matrimonio; efectos del matrimonio en relación con los bienes del cónyuge; sociedad conyugal; separación de bienes; donaciones antenuptiales; donaciones entre cónyuges; matrimonios nulos; parentesco; alimentos; hijos de matrimonio; filiación; reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio; adopción simple, plena e internacional; efectos de la patria potestad respecto de la persona; modos de acabarse y suspenderse la patria potestad; tutela testamentaria; tutela legítima de los menores, de mayores incapaces y de los expósitos abandonados; tutela dativa y voluntada; personas inhábiles para el desempeño de la tutela; excusas para el desempeño de la tutela; garantías de tutores; cuentas de la tutela; extinción de la tutela, entrega de bienes del tutorado; emancipación; mayoría de edad; medidas provisionales en caso de ausencia; declaración de ausencia; efectos de declaración de ausencia; administración de bienes del ausente casado; y bienes que comprende el patrimonio familiar.

Resultando importante en este caso para nosotros lo referente a la patria potestad, y no es por demás importante señalar que antes de esta reforma el Código Civil en cita nos marcaba en su artículo 396 lo referente al orden para el ejercicio de la patria potestad primeramente:

- “... I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y la abuela paternos;
- III. Por el abuelo y la abuela maternos.

Y que como vemos, dicho orden empieza por los padres y posteriormente por los abuelos paternos y luego por los abuelos maternos, y no es por demás importante mencionar en relación a este artículo el orden como lo vemos en relación a los abuelos es inverso es decir que el legislador daba como prioridad el ejercicio de la patria potestad para los abuelos paternos de los maternos y en la actualidad el legislador al reformar dicho ordenamiento quedando en su lugar el artículo 4.204 no previó como prioridad el beneficio del menor, sino lo que tuvo en consideración lo fue el acercamiento hacia la familia materna estableciéndolo como generalidad y no previendo por lo tanto las excepciones antes ya expuestas, ya que lo importante como lo hemos mencionado en repetidas ocasiones lo es, el beneficio es decir su integridad tanto física como emocional del menor sujeto a la patria potestad .

A continuación se citaran las siguientes jurisprudencias relacionadas con la importancia que tiene el legislador de vigilar el bien tanto físico como emocional del menor sujeto a la patria potestad y que por lo tanto que la prioridad es el bienestar del menor y no establecer un orden de personas para el ejercicio de la misma, sino más bien atender a quien o quienes serían las personas más apropiadas para desempeñar dicho cargo, atendiendo las circunstancias de cada caso en particular:

“PATRIA POTESTAD. EL JUZGADOR, DENTRO DE SU COMPETENCIA, DEBE VIGILAR QUE QUIEN LA EJERCE CUIDE TANTO DE LA INTEGRIDAD FÍSICA, COMO DE LA PSICOLÓGICA Y EMOCIONAL DEL MENOR.

De un análisis detallado y en su conjunto del contenido del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal se advierte, válidamente, que la finalidad primordial del legislador es prevenir y evitar, con la vigilancia del juzgador dentro de su competencia, que se ponga en riesgo la integridad, tanto física como psicológica y emocional del menor, cuando la conducta de quien ejerce la patria potestad pueda comprometer dichos principios en perjuicio del desarrollo integral de aquél”. (62)

“PATRIA POTESTAD, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIENES LA EJERCEN.

La patria potestad es un derecho relativo, concebido y dispuesto en interés del hijo; no del padre. La autoridad judicial deberá intervenir, en su caso, como órgano de control del ejercicio de ese derecho para enderezar la dirección impresa al mismo, aunque no se ponga en duda su mantenimiento, conservando sus prerrogativas o impedir el mal uso de ellas, reprimiéndolas, y, si es posible, previniendo los abusos. "Se velará para que la patria potestad no se aparte de su destino, que es el de servir los intereses del hijo, y, por ejemplo, los tribunales no admitirán que el padre corte toda relación

(62) SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. I.6o.C.300 C Amparo directo 2596/2003. 12 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: César Cárdenas Arroyo. **Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIX, Enero de 2004. Pág. 1579. **Tesis Aislada.**

entre sus hijos con sus abuelos, sin justo motivo, por espíritu de rencor, de malevolencia o de celos; desde este punto de vista y en esta medida, la autoridad judicial conserva su derecho secular de control que le ha permitido poner fin a los abusos y mantener la patria potestad en su papel y en su espíritu" (Josserand. Derecho Civil. Tomo I, Volumen II, páginas 260 y 269)".

(63)

Concluyendo que lo verdaderamente trascendente es el beneficio del menor y que el legislador lo que debe de cuidar es la integridad tanto física como emocional del menor sujeto a la patria potestad y no el de establecer como prioridad un orden de las personas que la ejerzan y que en todo caso es el Juzgador atendiendo a cada caso en particular, quien deberá determinar quien o quienes serán las personas idóneas para ejercer dicha potestad como lo vemos en los artículos 414 del Código Civil para el Distrito Federal y 247 del Código Familiar del Estado de Hidalgo.

4.5. Artículo Primero párrafo tercero y Artículo Cuarto primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En México se ha dado un primer paso importante se reformaron cinco artículos de la Constitución (1, 2, 4, 18 y 115). Se trató de una reforma muy controvertida, producto de un intenso debate nacional que aún continúa abierto.

(63) 5ª Amparo civil directo 8634/50. Zavala Vallado Silvio Arturo. 5 de octubre de 1953. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. El Ministro Rafael Matos Escobedo no intervino, por excusa. **Instancia:** Sala auxiliar. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo CXVIII. Pág. 55. **Tesis Aislada.**

Al margen de las posiciones políticas, aparentemente irreductibles, que distintos grupos han fijado frente a las modificaciones constitucionales, conviene destacar que entre todas ellas hay una a la que no se le ha prestado la atención suficiente y que, sin embargo, tiene una enorme relevancia jurídica por los efectos que habrá de producir en todo el sistema jurídico mexicano. Se trata de la incorporación en la Constitución del derecho fundamental a no ser discriminado. A través de la adición de un tercer párrafo al Artículo 1º de la norma máxima se incorporó, por primera vez en la historia del constitucionalismo mexicano, una cláusula de igualdad formal que establece la prohibición expresa de cualquier forma de discriminación la cual nos dice:

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Sin embargo, a pesar de no ser una fórmula del todo afortunada, se trata de un avance crucial para construir un nuevo paradigma jurídico capaz de producir una transformación cultural que sustituya el modelo social basado en relaciones desiguales y jerárquicas por otro que permita el desarrollo de relaciones autónomas y de autoridad compartida.

El derecho fundamental a no ser discriminado, surgido como un derecho con sustancia propia, apareció recientemente en el derecho contemporáneo. Su origen está íntimamente ligado al desarrollo del Estado social y a la construcción del concepto de igualdad sustancial que en él se desarrolló. Con base en el principio de igualdad sustancial comenzaron a tomarse en cuenta las grandes desigualdades históricas que en los hechos existían entre individuos y grupos. En este sentido, el derecho de no discriminación tiene un sentido protector para las personas a quienes se coloca, por un prejuicio, por costumbre en una situación de desventaja.

Al incluirlo en la Constitución, el Poder Reformador considera que hay ciertos tipos de desigualdades (las explícitamente señaladas en el listado) que son especialmente dañinas y odiosas. La prohibición de discriminar es una prohibición explícita, tanto para los poderes públicos como para los actores privados, de mantener las diferencias históricas que han producido que ciertos grupos se encuentren en posición, no sólo de desigualdad, sino contraria a la dignidad humana.

Partiendo de lo anterior hablaremos del artículo primero precisamente en su párrafo tercero, así como del artículo cuarto párrafo primero los cuales nos señalan:

Artículo 1.- párrafo tercero:

“Queda prohibida todo tipo de discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas”.

Artículo 4.- párrafo primero:

“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

En este caso mencione dichos preceptos legales ya que van acorde a lo que se esta señalando en mi tema y que va encaminado a analizar el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México, el cual nos establece un orden para el ejercicio de la patria potestad primeramente:

- “... I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y la abuela maternos;
- III. Por el abuelo y la abuela paternos.

Tratándose de controversia entre los abuelos, el Juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del menor.”

Y observamos que el legislador nos establece una circunstancia de género misma que considero es anticonstitucional basándome en los artículos constitucionales antes citados ya que los mismos nos dicen que artículo primero párrafo tercero “ queda prohibida todo tipo de discriminación originada por origen étnico o nacional, el género,... o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas”, así como el artículo cuarto párrafo primero el cual nos dice “ El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...”.

Es decir que si la mujer y el hombre son iguales ante la ley y que esta prohibida todo tipo de discriminación originada por el genero, y que el genero consiste en el conjunto de seres con características comunes y/o la clase a que pertenecen las cosas o personas es decir masculino - femenino, y por lo tanto al hablar del género hablamos de hombre y mujer, y que ante la ley estos son iguales, por lo tanto es discriminatorio establecer alguna preferencia en relación a la persona hombre- mujer, y si partimos de lo que nos establece el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México resulta evidente que el legislador nos marca una preferencia en relación al genero ya que da preferencia a los abuelos maternos de los paternos para el ejercicio de la patria potestad, resultando violatorio constitucionalmente.

Y por tanto lo mas apropiado sería que el Juzgador sea directamente la persona que establezca quienes son las personas idóneas a falta de los padres (ya sea abuelos maternos o paternos) para el ejercicio de la misma, atendiendo el bienestar del menor en todas y cada una sus formas es decir tanto físicas como emocionales y lo que de ello deriva, y no establecer un orden derivado de la razón de que existe mayor acercamiento con la familia materna y por ende un mayor interés hacia el menor, generalizando todas las situaciones que en este supuesto (de la persona o personas que ejerzaran la patria potestad) podrían darse y por lo tanto no previendo la excepción es decir, que no siempre la familia materna en este caso los abuelos serian las personas idóneas y cercanas para ejercer dicha potestad.

Y manejarlo directamente es decir que sea el juez de lo familiar quien determine quienes de serían los ascendientes más apropiados para delegar dicha facultad, tomando en cuenta por supuesto las circunstancias de cada caso específico y no generalizarlo en la propia ley, como actualmente lo vemos en el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México .

Es tan importante lo que mencionamos que nuestra propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo contempla como garantía constitucional en su articulo cuarto párrafos sexto, séptimo y octavo, que nos dicen que:

Artículo 4 "...Los niños y las niñas tiene derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Es por lo demás claro que lo importante para el legislador es el sano desarrollo de los menores ya que eso conlleva a una vida plena y estable en sociedad ya que estos niños serán las futuras generaciones que dirijan nuestra vida en sociedad, y si contamos con niños sanos tanto mental como físicamente el resultado será por demás satisfactorio.

A continuación se citaran la siguiente jurisprudencia relacionadas con la importancia que tiene el legislador de vigilar el bien tanto físico como emocional del menor sujeto a la patria potestad, mismo tema que se elevó al rango de garantía constitucional.

“PATRIA POTESTAD, SUS EFECTOS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Toda vez que el artículo 4o. de la Carta Magna, eleva a rango constitucional la institución de la patria potestad, a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación de 18 de marzo de 1980, al precisar el derecho y deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, de modo que al ser ahora distinta la regulación jurídica de la institución de la patria potestad y la del divorcio y específica en cuanto a sus propios fines, por lo que ha de conservarse o perderse en función de las relaciones específicas que medien entre el padre o la madre y sus hijos, y no sólo en función de los conflictos que hayan surgido entre los cónyuges”. (64)

4.6. Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación

La presente ley tiene por objeto regular legislativamente lo dispuesto

(64) PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO. VI.1o.C.28 C Amparo directo 616/99.-Dolores del Carmen López Ramos.-28 de octubre de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Teresa Munguía Sánchez.-Secretario: José Luis González Marañón. **Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XI, Mayo de 2000. Pág. 962. **Tesis Aislada.**

en el párrafo tercero del artículo primero de la Constitución mexicana ya que se refiere a uno de los temas centrales del Estado Constitucional contemporáneo,

como es la lucha contra la discriminación, que a su vez representa una especie concreta del valor de la igualdad.

Fue por medio de la reforma Constitucional publicada el 14 de agosto de 2001 que se incorporo en el texto de la Constitución mexicana una cláusula de no discriminación; a partir de su entrada en vigor (al día siguiente de su publicación) el párrafo tercero de dicho artículo dispone lo siguiente: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, EL GÉNERO, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. “Este es el párrafo que presta sustento a la Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación”.⁽⁶⁵⁾

“De acuerdo con Rodríguez Piñero y Fernández López, son tres los elementos que se suelen encontrar en todos los conceptos jurídicos de discriminación: 1) el tratarse de una desigualdad de tratamiento, consistente en una distinción, exclusión o preferencia; 2) el que esa desigualdad de tratamiento se base precisamente en una de las causas o criterios que señalan las propias normas jurídicas como prohibidos; y 3) que tenga por efecto anular ya sea la igualdad de trato, ya sea la igualdad de oportunidades”.⁽⁶⁶⁾

(65) Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación, Editorial Porrúa S.A., México 2004, p. VIII.

(66) Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación, Op cit. p. X.

“Fernando Rey define a las discriminaciones indirectas por razón de sexo como “aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros respecto del sexo de los que derivan, por la desigual situación fáctica de hombres y mujeres afectados, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo”.⁽⁶⁷⁾

Muchas de las conductas que actualmente son discriminatorias no le eran hasta hace muy poco tiempo; ha sido recientemente que el derecho ha

tomado medidas para impedir que sigan reproduciendo, pero su presencia parece haber sido una constante en los últimos siglos.

El artículo 4 de la Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación, proporciona el concepto de discriminación que le pareció adecuado al legislador; su texto es.

“Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas”. (68)

(67) Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación, Op cit. p. XI.

(68) Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación, Op cit. p. XIV.

El artículo seis de la Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación nos menciona “La interpretación del contenido de esta ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable”.

Se puede decir que el sólo hecho de haber incluido el principio de no discriminación en la Constitución ya ofrece algunas garantías para la protección de los ciudadanos, sin embargo éstas no son suficientes para producir la transformación social y cultural que se requiere en un país donde existen relaciones de dominación muy arraigadas.

Por otra parte, partiendo de la interpretación que se ha realizado del principio de igualdad a partir del surgimiento del Estado social, es necesario que el derecho prevea un conjunto de acciones que ayuden a compensar la situación de desventaja en la que se encuentran millones de personas. A la concepción tradicional de igualdad *de jure* se ha sumado la concepción de la

igualdad *de facto*. Esto significa que el mandato de igualdad incluido en las constituciones actuales no sólo obliga al Estado a garantizar un trato igual hacia todos los individuos; el Estado queda también obligado a corregir las desigualdades social e históricamente reproducidas.

En relación con la aplicación de la ley, es importante decir que, aun cuando todas las autoridades quedan obligadas al cumplimiento de la misma, también es indispensable la creación de un órgano especializado que se ocupe de vigilar su cumplimiento y emprenda las acciones que ayuden a acelerar la transformación cultural. Un órgano capaz de producir información sobre la materia; capaz de llamar a la conciliación entre las partes cuando haya una presunción de discriminación; capaz también de asesorar a las personas que sufran una discriminación sobre las distintas posibilidades que el derecho mexicano le ofrece para protegerse; e incluso capaz de representar a las personas que acudan a un tribunal a defender su derecho a no ser discriminadas.

La Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación pretende ser el instrumento básico para articular los esfuerzos contra la discriminación y en favor de la igualdad de oportunidades. Misma que tiene un vínculo íntimo con el texto constitucional, a partir de la reforma publicada el 14 de agosto de 2001; por una parte, ya que subraya explícitamente que la ley es reglamentaria del Artículo 1º párrafo tercero de la Constitución (Artículo 2º); por otra parte, el Artículo 2º transitorio del decreto de reforma constitucional del 14 de agosto dispone la obligación de adecuar todos los ordenamientos federales y locales que sean necesarios como consecuencia de las nuevas disposiciones constitucionales.

En los países que, como México, arrastran graves desigualdades y situaciones de discriminación estructural es muy importante no sólo tener la posibilidad de actuar en contra de las distintas formas de discriminaciones futuras, sino también contra otras que ya se han verificado y que tienen un efecto continuo sobre personas y grupos en situación de vulnerabilidad. Por esa

razón, el Artículo 5° de Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación pretende aclarar que ciertos tratos preferenciales o diferenciados en favor de tales personas o grupos no deberían considerarse discriminatorios. Se trata de evitar que, en una visión puramente formal del principio de igualdad, se puedan cobijar situaciones de discriminación ya existentes. Algunos de los tratos preferenciales y de las medidas positivas se incluyen en el Capítulo III de dicho ordenamiento

En tanto el Artículo 7° de Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación contiene una “cláusula interpretativa”, que por razón de su contenido puede ser también denominada “cláusula *pro hominem*”. Por medio de ella se trata de evitar que, a partir de una elección interpretativa poco clara, se impida a alguna persona o a un grupo en situación de vulnerabilidad el igual goce de sus derechos fundamentales.

Todo el Capítulo II contiene las medidas necesarias para prevenir la discriminación. Así también se individualizaron las conductas discriminatorias, tanto de autoridades públicas como de particulares, que se consideran las más recurrentes y que producen mayor daño a la población. Por lo tanto, los artículos de este capítulo enumeran una serie de supuestos que, entre otros, constituyen una discriminación en contra de las mujeres, las niñas y los niños, los adultos mayores de sesenta años, las personas con discapacidad, por razón del origen étnico o nacional (particularmente contra la población indígena), por motivos religiosos o por preferencias sexuales. Algunos de esos supuestos aparecen en más de un artículo en virtud de que hay ciertas conductas discriminatorias que alcanzan a muchos grupos en situación de vulnerabilidad.

El Capítulo III contiene una serie de medidas positivas y compensatorias para generar la igualdad de oportunidades. Los artículos de este capítulo versan sobre dos supuestos generales distintos: en primer término se refieren a las medidas que deben tomar las autoridades para generar la igualdad de oportunidades en diversos ámbitos de la vida social (educación, empleo, salud, cultura, etcétera); en segundo lugar, señala las medidas que podrán tomar los

particulares para lograr el mismo objetivo. La separación es pertinente en razón de que, como es obvio, las obligaciones derivadas de la cláusula constitucional de no discriminación no son idénticas para las autoridades y para los particulares.

En diversas fracciones de esos preceptos se encuentran recogidos o desarrollados varios derechos fundamentales (educación, salud, derechos reproductivos, atención a menores, seguridad jurídica, etcétera) cuya conculcación da lugar a fenómenos discriminatorios y supone una vulneración de la igualdad de oportunidades que todos debemos tener en una sociedad democrática.

Los preceptos que señalan las medidas dirigidas a los particulares contienen disposiciones que tienden a promocionar su cumplimiento por medio de incentivos. Considerando que si las técnicas jurídicas puramente sancionadoras o represivas no son tan efectivas e incluso pueden generar problemas mayores de los que se busca solucionar. Es por ello dicha ley considera adecuado incentivar a los particulares a cumplir con la misma y fomentar, dentro de su propio ámbito de intereses y de actividades, la igualdad de oportunidades.

Dicha ley finaliza con cinco disposiciones transitorias que tienen que ver con la implementación del Consejo y con la consabida fórmula de derogación tácita. Es necesario mencionar que dicha derogación tácita no exime al legislador ni a las autoridades administrativas de la obligación de llevar a cabo de forma expresa y clara todas las adecuaciones legales y reglamentarias necesarias para eliminar del ordenamiento jurídico nacional todo tipo de normas discriminatorias. Aunque dichas normas hayan sido derogadas ya desde la entrada en vigor del nuevo párrafo tercero del Artículo 1° de la carta magna, la tarea legislativa de adecuación es necesaria para proteger el valor de la seguridad jurídica y para despejar posibles dudas en torno al alcance la cláusula constitucional de no discriminación.

Los capítulos V al VIII del ordenamiento en cita se refieren al desarrollo orgánico del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, así como a los procedimientos jurídicos que se derivarían como facultades del propio Consejo. Por su importancia, son objeto de análisis en el apartado siguiente.

En México, las políticas públicas emprendidas por el Estado para luchar contra las diversas prácticas discriminatorias que se expresan en la sociedad han sido abordadas de manera fragmentaria.

Lo que se busca con dicho ordenamiento es establecer un ámbito de facultades que fomente en la sociedad una cultura nueva, que prevea situaciones de discriminación y que a través de su acción aliente un cambio en los comportamientos, sin dejar de considerar un catálogo de medidas administrativas que no cabe apreciar como sanciones en su acepción más extendida, sino más bien como acciones para desincentivar cualquier conducta de naturaleza discriminatoria. A partir de la reforma constitucional al Artículo 1º, la importancia del derecho a no ser discriminado sobre la base de la promoción activa del mismo constituye en el presente un deber de la acción del Estado mexicano y no únicamente una tarea a cargo de las instituciones que tienen la responsabilidad de reparar el quebranto del orden normativo.

Se trata de un mecanismo jurisdiccional o casi jurisdiccional para lograr la sanción de conductas discriminatorias, alentando conductas que erradiquen esos comportamientos, a través de acciones de denuncias públicas de quien incurra en ellas, o de un reconocimiento a quien practique la igualdad de oportunidades y de trato. Es una instancia del poder público cuyo eventual ámbito de competencia radica específica y exclusivamente en la lucha contra cualquier forma de discriminación, provenga ésta de abusos de autoridad de las instituciones públicas o de los particulares.

En dicho ordenamiento existe un Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, definiendo cuatro áreas prioritarias para la actuación del mismo: impulsar una robusta reforma cultural en nuestro país, elaborar y difundir estudios y proyectos especializados, proponer y evaluar políticas públicas y

tutelar y promover, en su ámbito de facultades, los derechos fundamentales de los grupos en situación de vulnerabilidad.

La misión fundamental del Consejo consiste en impulsar una reforma vigorosa a la cultura de la sociedad de tal manera que la lucha contra la discriminación no sólo se exprese en las instituciones y normas formales, sino que también sea capaz de transformar los referentes, las costumbres, las tradiciones, los mapas cognoscitivos y las actitudes cotidianas que provocan, en su conjunto, la permanencia de las asimetrías, producto de actos discriminatorios, entre las personas.

Dichas atribuciones se desprenden de la necesidad que tiene la sociedad mexicana de conocer y otorgar visibilidad a las diferentes expresiones del fenómeno discriminatorio. En nuestro país existe un enorme vacío de información sobre los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, así como sobre las causas y las posibles soluciones para enfrentar el fenómeno.

El objetivo central de las facultades concedidas al Consejo es contar con un acervo de investigaciones especializadas que le permitan mantener informada a la sociedad y al conjunto de las instituciones públicas y privadas para poder actuar en consecuencia.

Es importante y no menos relevante que el Consejo realice estudios sobre los ordenamientos jurídicos vigentes y proponga, en su caso, las modificaciones que correspondan. En esta línea de actuación se podría prever que este órgano tenga capacidad para emitir opiniones en relación con los anteproyectos de reforma constitucional y de leyes relacionados con la materia que sean enviados al Congreso de la Unión; así como sobre los proyectos de normas reglamentarias que elaboren las instituciones públicas.

Una de las líneas de trabajo para el presente ordenamiento consistió en la revisión de ordenamientos legales, sobre todo en el terreno de los llamados derechos sociales, con el fin de identificar en ellos contenidos y omisiones de carácter discriminatorio. La justificación que da sentido a esta labor consiste en

constatar que, al aprobarse una legislación antidiscriminatoria de carácter federal en México, se impone la necesidad de una revisión del resto de las leyes y de los reglamentos, nacionales, locales y municipales que regulan la convivencia social en nuestro país, con el fin de no generar contradicciones y disonancias en nuestro sistema jurídico. Ya que ante la existencia de graves inercias discriminatorias en el tejido mismo de nuestro sistema legal y, en particular, en el de derechos sociales de primera importancia que, por lo demás, están asociados con principios de justicia social que todo Estado democrático debería tutelar con suficiencia.

Con el presente ordenamiento se trata de mostrar el tipo de reformas que tendrían que acompañar a la aparición de una legislación federal contra la discriminación en nuestro país y, al hacerlo, se iluminan en alguna medida el terreno de trabajo de investigación jurídica que tendrían que llevar a cabo distintos especialistas e instituciones; entre ellos, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

4.7. Propuesta de Reforma al artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México

De lo anteriormente mencionado en relación a lo que nos establecen los artículos 414 del Código Civil para el Distrito Federal y el artículo 247 del Código Familiar del Estado de Hidalgo, respecto de quien ejerce la patria potestad a falta de ambos padres específicamente, ya que es nuestro tema a tratar, podemos decir que coinciden en que a falta de estos el juez decidirá sobre el ejercicio de la patria potestad tomando en cuenta los intereses del menor, y no como lo establece el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México el cual nos señala que “La Patria Potestad” se ejerce en el siguiente orden:

- I.- Por el padre y por la madre.
- II.- Por el abuelo y por la abuela maternos.
- III.- Por el abuelo y por la abuela paternos.

Tratándose de controversia entre los abuelos, el juez decidirá tomando en cuenta los intereses del menor.”

Así también es importante señalar como se encontraba estipulado dicho precepto antes de la reforma aprobada en fecha 31 de mayo del 2002, publicada en fecha 07 de junio del 2002 y estando vigente en fecha 22 de junio del 2002, y nos señalaba en su artículo 396 que la Patria Potestad sobre los hijos del matrimonio se ejerce:

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y abuela paternos;
- III. Por el abuelo y abuela maternos.

Hablando exclusivamente de hijos nacidos del matrimonio y en su artículo 400 nos habla de hijos reconocidos diciéndonos “a falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido, los demás ascendientes que se refieren las fracciones II y III del artículo 396”, interpretando lo anterior como aquellos hijos nacidos fuera del matrimonio pero reconocidos. Es notorio las reformas hechas en el Código Civil del Estado de México en el año 2002, ya que en la actualidad no nos señala a hijos reconocidos de matrimonio o fuera de este, sino exclusivamente nos señala el orden para ejercerla y en donde también existe una reforma en relación a este orden en sus fracciones I y II ya que nos señalaba primeramente a los abuelos paternos de los maternos para el ejercicio de la patria potestad, es decir se invirtió el orden de los mismos, basándose el legislador que dicha reforma es hecha ya que generalmente existe una relación mas estrecha con la descendencia de la madre del menor sujeto a patria potestad, pero como es bien sabido de dichas generalidades existen excepciones mismas que a mi parecer es importante también contemplarlas y no dejar en el aire, ya que existen ocasiones en que la madre no tiene interés por sus hijos, y mucho menos los abuelos maternos, o bien tal vez el lazo de acercamiento lo tenga el menor con la familia paterna, o bien la conducta de los abuelos maternos no sea la mas apropiada, se dan casos en la actualidad en que verdaderamente la familia materna no tiene interés en el

menor, o que en ocasiones tan solo sea un capricho por tener dicha potestad, hacia la familia paterna de la materna o la inversa no interesándose en el bienestar del menor sino quien gana de la familia de la madre hacia el padre y a la inversa, es indiscutible que la ley no importando estas condiciones da la preferencia en la actualidad al abuelo y abuela maternos, y a mi parecer es discriminatorio dicho precepto actual y anteriormente a la reforma hecha, basándose en el género, anterior ya que la preferencia era para los abuelos paternos por razón tal vez de costumbre, tal vez de donde deriva antiguamente el concepto de patria potestad (ya que se ejercía por el padre, este tenía el poder sobre los hijos); y en relación a como se establece actualmente dicho artículo se baso el legislador en que se diera preferencia a los abuelos maternos de los paternos por razones de acercamiento más estrecho hacia la familia materna.

En la actualidad y derivado de los constantes cambios tanto tecnológicos como sociales, culturales existen familias que se integran comúnmente por ambos padres e hijos, algunas familias integradas solamente por el padre e hijos, así como madre e hijos, es decir papas solteros, que como lo vemos si el hijo vive con el padre únicamente, ya sea por falta de la madre por alguna circunstancia ya sea de muerte o desinterés de la madre, y viserversa en la situación de madre e hijos solamente, es obvio que la cercanía surgirá para la familia con quien conviva el menor, esta situación no la previo el legislador, sino únicamente la generalizo, invirtiendo únicamente papeles de genero y no analizando lo mas conveniente para el menor, lo cual me parece discriminatorio violando lo establecido en el artículo primero párrafo tercero constitucional el cual nos dice que:

Artículo primero párrafo tercero: “Queda prohibida todo tipo de discriminación motivada por origen étnico o nacional, el GÉNERO, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, la preferencias, el estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas”.

Mencionaremos que al hablar de este artículo es en relación la prohibición de la discriminación por género, ya que el artículo 4.14 del Código Civil del Estado de México señala como lo hemos analizado un orden de preferencia de los ascendientes para el ejercicio de la patria potestad, lo cual es anticonstitucional atendiendo dicha garantía ya que como lo establece el artículo cuarto párrafo primero de la constitución “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...”, y por lo tanto discriminatorio ante la ley.

Y por lo tanto lo que se busca el bien del menor sujeto a la patria potestad y si se atiende esto el legislador protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

En relación a lo que menciona el artículo primero párrafo tercero es a que “Queda prohibida todo tipo de discriminación motivada por origen de la ... edad..., las condiciones de salud...”, en nuestro tema en relación a los ascendientes (abuelos) que ejercen la patria potestad a falta de ambos padres, mencionamos establecer la edad y condiciones de salud de estos, ya que primeramente la ley contempla cierta edad para el ejercicio de la misma y también es importante el estado de salud que tengan los abuelos, ya que es circunstancia indispensable para el cuidado del menor, no en sentido discriminatorio sino óptimo para el buen ejercicio de dicha potestad, pensando en los intereses del menor .

Asimismo mencione el artículo cuarto párrafo primero de nuestra carta magna en donde nos dice

“Artículo 4. – párrafo primero:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

En donde sí hablamos de género, hablamos de hombre y mujer mismos que la ley nos dice que son iguales, y al existir discriminación por género, por lo tanto afectaría el buen desarrollo y organización familiar que protege el artículo

cuarto en su párrafo primero de nuestra carta magna y por consecuencia atenta en contra de los intereses del menor en relación a quien ejercerá la patria potestad sobre este, a falta de los padres; ya que es importante no solo estudiar el lazo mas estrecho de la familia ya sea materna o paterna, sino también las condiciones mas convenientes para el menor, sujeto a dicha potestad, y por tal motivo es que propongo una modificación al artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México y considero que dicho precepto legal debe reformarse en relación a sus fracciones II y III, suprimiendo las mismas y que sea un juez de lo familiar quien determine el orden para ejercer la patria potestad a falta de los padres, tomando en cuenta las circunstancias antes mencionadas en cada caso específico y considerando las condiciones biológicas (edad, enfermedad), la moral, la economía, el interés, un adecuado desarrollo social y mental, etcétera y no generalizarlo como lo establece actualmente la ley en cita. Y quedándonos con la idea que nos manejan el código Civil para el Distrito Federal y el Código Familiar para el Estado de Hidalgo.

Código Civil para el Distrito Federal artículo 414 “**...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**”.

Código Familiar del Estado de Hidalgo artículo 247 “**La patria potestad se ejerce por padre y la madre, en su defecto por los abuelos paternos o maternos sin preferencia.**”

Es decir que el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México se maneje de la siguiente manera: “La patria potestad se ejercerá por el padre y por la madre; y a falta de ambos padres ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado, sin preferencia en el orden que lo determine el juez de lo familiar de acuerdo a las circunstancias de cada caso

en particular y tomando siempre en cuenta los intereses del menor sujeto a ésta”.

Asimismo y atendiendo a dicha propuesta tendría el juez la facultad de economizar el tiempo procesal, y a determinar de manera pronta la situación legal del menor sujeto a la patria potestad, de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular, ayudándose de todos los medios necesarios para saber con exactitud quien o quienes serán las personas idóneas para desempeñar esta potestad de manera adecuada, como lo son exámenes psicológicos, estudios socioeconómicos y la comprobación de los mismos, etc., y por lo tanto la estabilidad tanto física como mental, de los menores sujetos a la patria potestad no se vería afectada, ya que como se sabe un proceso legal cualquiera que sea éste, es en toda persona desgastante y como hablamos en este caso en particular, es prioritario el bien del menor para su buen desarrollo y organización familiar.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Puedo decir primeramente que la familia ha existido desde el origen de la humanidad, tal vez constituida de diferente forma a la actual, y que ha sido el motor fundamental para la organización de la vida en sociedad.

SEGUNDA.- A través del tiempo y de acuerdo a las necesidades y creencias de cada cultura, se crearon conductas distintas en relación a la organización de grupos sociales (familias) como se apreció en la presente tesis, y en estas familias cada integrante tenía un rol determinado, que debía de cumplir, y de estos roles surgieron figuras jurídicas, a efecto de que se cumpliera cabalmente el rol que ocupaba cada integrante de la familia, es decir el rol de padre, madre, hijos.

Es importante mencionar lo anterior a efecto de tener en cuenta los cambios que se han dado a lo largo del tiempo, en relación al lugar que ocupaban los integrantes de una familia y cuales eran sus derechos y obligaciones primeramente ante ellos mismos y posteriormente ante la sociedad.

TERCERA.- Para nuestra sociedad en la actualidad es importante proteger esos derechos y hacer cumplir cabalmente las obligaciones y deberes que tiene cada integrante de la familia, es por esto que debe y existe un órgano regulador de dichas conductas, creándose figuras jurídicas como el matrimonio, concubinato, divorcio, patria potestad, etc.

CUARTA.- Así bien y partiendo de una de estas figuras jurídicas como lo es una de ellas la patria potestad y específicamente en relación al ejercicio de esta a falta de ambos padres de familia, que es mi tema a tratar y precisamente sobre el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México, considere importante analizar dicho artículo ya que al compararlo con los artículos 414 del Código del Distrito Federal y 247 del Código Familiar del Estado de Hidalgo, respectivamente pude apreciar que estos dos últimos

ordenamientos, tienen similitud en cuanto a su contenido ya que nos refieren que un juez de lo familiar, es la persona idónea para determinar quien tendrá el cuidado de un menor a falta de ambos padres, y no como lo establece el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México, el cual nos menciona un orden específico de los ascendientes paternos o maternos a falta de ambos padres de familia.

QUINTA.- En los tiempos en los que vivimos actualmente, hemos notado los cambios tanto sociales, como tecnológicos, que se han generado, mismos cambios que han llevado a que la manera en como nos relacionamos sea distinta a décadas atrás, tan solo el rol que tenía la mujer; y como lo vemos en la actualidad, goza de mas derechos, y por lo tanto beneficios a nivel personal, profesional, etc.

Asimismo y derivado de estos cambios la constitución de la familia se han transformado, en lo que llamamos (familias nucleares y familia extensa) y por lo tanto los roles de los padres también han sufrido cambios ya que ahora la mujer es autosuficiente siendo el padre y madre a la vez, ya sea porque así lo decidió o tal vez por desinterés del padre, así como también el papel del hombre ha cambiado ya que en ocasiones le toca ser padre y madre a la vez, tal vez por desinterés de la madre, o alguna otra circunstancia, haciendo mención que no podemos estar ajenos a dichas situaciones, y que derivado de esta falta de responsabilidad de alguno de los padres, no importándoles lo que suceda con los menores producto de la relación en la cual estuvieron involucrados, ya sea en un matrimonio o concubinato. Es por lo anterior que en estos casos el menor tendrá mas cercanía con los miembros ya sea de la familia materna o paterna según el caso. Así también existen supuestos en los que tal vez la relación de pareja no es óptima para los menores, pero aun así existe mayor acercamiento ya sea con la familia materna o paterna.

Es importante mencionar estas hipótesis, ya que estas, a mi parecer son las el legislador debe tomar en cuenta para modificar nuestras leyes, mismas que deben ser acordes a los cambios constantes que sufre nuestra sociedad.

SEXTA.- Es por ello que al analizar el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México pude apreciar que el legislador maneja este orden ya que a

su criterio el acercamiento es mayor con la familia materna, no tomando en cuenta las hipótesis planteadas, mismo precepto que se reformó en el año dos mil dos, entrando en vigencia en el año dos mil tres, consistiendo tal reforma únicamente en el cambio del orden de los ascendientes paternos a maternos, teniendo estos últimos el derecho primeramente de ejercer la patria potestad cuando faltan ambos padres de familia sobre el menor. Y no analizando razonadamente los cambios que se dan constantemente a nivel social, uno de estos casos es que no siempre la madre es la persona que tiene el interés en beneficio de sus descendientes, o tal vez la familia materna no sea la adecuada o tendrá interés en cuidar del menor sujeto a la patria potestad, así como también puede suceder en caso contrario con el padre y la familia de éste.

Y la manera en como se establece dicho precepto antes y después de la reforma lo considero discriminatorio ya que nos establece un orden en relación al género, robusteciendo lo anterior con lo que nos dicen los artículos Primero párrafo tercero, de la Constitución Política de lo Estados Unidos Mexicanos, el cual nos habla sobre la prohibición de la discriminación motivada entre otras en relación al género, entendiendo a este como (hombre – mujer), así como en el artículo Cuarto primer párrafo también de la Constitución Política de lo Estados Unidos Mexicanos, en donde nos señala una igualdad entre hombre y mujer, misma que si se ve alterada de alguna forma, afectaría el buen desarrollo y organización familiar que protege el artículo cuarto párrafo segundo de nuestra carta magna y por consecuencia atentaría en contra de los intereses del menor en relación a quien ejercerá la patria potestad sobre este, a falta de los padres; ya que es importante no sólo estudiar el lazo más estrecho de la familia ya sea materna o paterna, sino también las condiciones mas convenientes para el menor, sujeto a dicha potestad.

SÉPTIMA.- Así también tenemos en la actualidad la Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación, misma que nos marca que el sólo hecho de haber incluido el principio de no discriminación en la Constitución ya ofrece algunas garantías para la protección de los ciudadanos, sin embargo éstas no son suficientes para producir la transformación social y cultural que se requiere en un país donde existen relaciones de dominación muy arraigadas; partiendo de la interpretación que se ha realizado del principio de igualdad a partir del

surgimiento del Estado social, es necesario que el derecho prevea un conjunto de acciones que ayuden a compensar la situación de desventaja en la que se encuentran millones de personas. A la concepción tradicional de igualdad *de jure* se ha sumado la concepción de la igualdad *de facto*. Esto significa que el mandato de igualdad incluido en las constituciones actuales no sólo obliga al Estado a garantizar un trato igual hacia todos los individuos; el Estado queda también obligado a corregir las desigualdades social e históricamente reproducidas.

En relación con la aplicación de la ley, es importante decir que, aun cuando todas las autoridades quedan obligadas al cumplimiento de la misma, también es indispensable la creación de un órgano especializado que se ocupe de vigilar su cumplimiento y emprenda las acciones que ayuden a acelerar la transformación cultural. Un órgano capaz de producir información sobre la materia; capaz de llamar a la conciliación entre las partes cuando haya una presunción de discriminación; capaz también de asesorar a las personas que sufran una discriminación sobre las distintas posibilidades que el derecho mexicano le ofrece para protegerse; e incluso capaz de representar a las personas que acudan a un tribunal a defender su derecho a no ser discriminadas.

La Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación pretende ser el instrumento básico para articular los esfuerzos contra la discriminación y en favor de la igualdad de oportunidades. Misma que tiene un vínculo íntimo con el texto constitucional antes citado, es por ello que considere de real importancia citar dicho ordenamiento.

OCTAVA.- Por tal motivo y en base a lo antes expuesto es que propongo una modificación al artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México y considero que dicho precepto legal debe reformarse en relación a sus fracciones II y III, suprimiendo las mismas y que sea un juez de lo familiar quien determine el orden para ejercer la patria potestad a falta de los padres, tomando en cuenta las circunstancias antes mencionadas en cada caso específico así como también las condiciones biológicas (edad, enfermedad), la moral, la economía, el interés, un adecuado desarrollo social y mental, etcétera y no generalizarlo como lo establece actualmente la ley en cita ya que

dejaríamos en el aire las excepciones que en algunas situaciones prevalecen. Y por lo tanto el juez el juez tendrá la facultad de economizar el tiempo procesal, determinando de manera pronta la situación legal del menor sujeto a la patria potestad y podrá saber con exactitud quien o quienes serán las personas idóneas para desempeñar esta potestad de manera adecuada, valiéndose de todos lo medios que estén a su alcancé.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- BAQUEIRO ROJAS Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, “Derecho de familia y sucesiones”, Editorial Harla, México, 2000.
- 2.- BRAVO GONZÁLEZ Agustín y Beatriz Bravo Valdés, “Primer Curso de Derecho Romano”, Editorial Pax, México 2004.
- 3.- CHAVEZ ASECIO, Manuel F., “La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”. Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 2003.
- 4.- CHÁVEZ ASECIO Manuel F., “La familia en el Derecho. Convenios Conyugales y Familiares”. Editorial Porrúa, S.A., Séptima Edición, México 2005.
- 5.- DE IBARROLA Antonio, “Derecho de Familia”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2005.
- 6.- GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Derecho Civil, Primer curso, parte general, Personas, Familia”. Editorial Porrúa, S.A. Décima cuarta edición, México 2004.
- 7.- GUTIÉRREZ GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ Ernesto, “La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”, Editorial Porrúa, S.A., México 2004.
- 8.- PALLARES Eduardo, “El Divorcio en México”, Editorial Porrúa S.A., México 1984.
- 9.- PEREZ CONTRERAS María De Montserrat, “Derechos de los padres y de los hijos”, Cámara de Diputados. UNAM.
- 10.- PETIT Eugene, “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Tercera Edición, Editorial Nacional México, 2005.

11.- ZAVALA PÉREZ Diego H, "Derecho Familiar", Editorial Porrúa S.A., México 2006

LEGISLACION

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Décimo quinta Edición, Editorial Sista, México, 2008.
- 2.- Código Civil del Estado de México, Editorial Ediciones fiscales ISEF, México, 2003.
- 3.- Código Civil del Estado de México, Editorial SISTA, México, 2006.
- 4.- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Ediciones fiscales ISEF. México, 2006.
- 5.- Código Familiar del Estado de Hidalgo. Editorial Anaya S.A., México, 2006.
- 6.- Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación, Editorial Porrúa S.A., México, 2004.

OTRAS FUENTES

1.- Jurisconsulta SCJN. Jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con Legislación Federal, Marzo del 2007.