

109
Zej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales "ACATLAN"

LA FACULTAD DEL JUZGADOR PARA CONDENAR A

LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

EN LOS CASOS DE DIVORCIO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

SERGIO ISMAEL KATO CAMPOS

ACATLAN. EDO. DE MEXICO



1987



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 está 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.

I N D I C E

INTRODUCCION	PAG.
Capítulo Primero	1
MATRIMONIO	2
A). ANTECEDENTES HISTORICOS	3
B). EL MATRIMONIO ROMANO	8
C). EL MATRIMONIO CANONICO	10
D). EL MATRIMONIO CIVIL	12
E). EL MATRIMONIO EN NUESTRA LEGISLACION	14
Capítulo Segundo	20
DIVORCIO	21
A). HISTORIA DEL DIVORCIO	22
B). EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO	29
C). EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO	39
Capítulo Tercero	48
PATRIA POTESTAD	49
A). ANTECEDENTES HISTORICOS	49
B). DERECHOS Y OBLIGACIONES	55
C). ANALISIS DEL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL ANTES DE LA REFOR MA DE 1983-1984	59
Capítulo Cuarto	62
ELEMENTOS DE JUICIO PARA DECRETAR LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	63
A). ANALISIS DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL	64
B). ANALISIS A LA REFORMA DEL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDE RAL	78
C). ANALISIS DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE	83
D). RELACION DE CAUSALIDAD CON LOS ARTICULOS - CITADOS PARA DECRETAR LA PERDIDA DE LA PA TRIA POTESTAD	89
CONCLUSIONES	99
SIBLIOGRAFIA	101

O B J E T I V O

EL FIN DEL PRESENTE TRABAJO DE TESIS ES EL DE ANALIZAR EN QUE SE DEBE BASAR EL JUZGADOR PARA DECRESTAR LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN CASO DE DIVORCIO NECESARIO, OPINANDO EL SUSCRITO QUE DEBERA ESTRICTAMENTE FUNDARSE EN LA PROPIA LEY DE LA MATERIA, Y CONDENAR A LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS CASOS EN QUE CUANDO SE INVOQUE CUALQUIERA DE LAS CAUSALES DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL, SIEMPRE Y CUANDO EXISTA UNA RELACION ANALOGICA O CONCURRENTE CON ALGUNO DE LOS SUPUESTOS CONTENIDOS EN EL ARTICULO 444 DEL ORDENAMIENTO CITADO.

A LA U.N.A.M.
E.N.E.P. "ACATLAN"
Area de Derecho
Por Haberme Brindado
La Oportunidad de
Realizar mis Estudios
De Licenciatura en Derecho

A mis Profesores, con Infinita
Gratitud por Transmitirme sus Valiosas
Enseñanzas a través de sus Cátedras
Y que sin Lugar a Dudas Influyeron
En mi Formación Profesional

Con Eterno Agradecimiento a mi Asesor
y Maestro LIC. GUILLERMO LEON RAMIREZ
PEREZ, Ilustre Jurista y Eminente
Catedrático, Hombre Probo, Integro y
Docto en la Judicatura, quien sin
Egoismo alguno me enseñó Sabios y
Dialécticos Conocimientos.

CAPITULO PRIMERO

M A T R I M O N I O

- A) ANTECEDENTES HISTORICOS
- B) EL MATRIMONIO ROMANO
- C) EL MATRIMONIO CANONICO
- D) EL MATRIMONIO CIVIL
- E) EL MATRIMONIO EN NUESTRA LEGISLACION

M A T R I M O N I O

A) ANTECEDENTES HISTORICOS

El matrimonio constituye un aspecto del Derecho Civil de gran trascendencia, toda vez que mediante la Institución del matrimonio se regula la constitución de la familia la cual es la base de las más importantes instituciones sociales y fundamento de todas las demás y de la sociedad misma.

"La trascendencia que ésta institución -- tiene no solo en el orden jurídico, sino en el orden moral y -- el social; explica sin duda, que los juristas, los moralistas -- y los sociólogos, hayan hecho tantos esfuerzos para estudiar y -- esclarecer los múltiples problemas que con ella se relacionan", nos dice el maestro Rafael de Pina. (1)

Considerando el matrimonio como base y -- presupuesto de la familia y, por ende, elemento primordial de -- la sociedad, su estudio presenta aspectos complejos vistos no -- solamente como entidad jurídica, moral sociológica, biológica -- etc., por lo que procuraremos tratar el primer aspecto aunque -- sea en forma breve para los efectos de este trabajo.

(1) De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil, Edit. Porrúa, México 1981. Ila. Edic. Pág. 316, V.1.

Son muchas las definiciones que se han dado del matrimonio, palabra que deriva de la latina "matrimonium", formada a su vez por las voces "matris" y "monium" que significan carga gravamen y cuidado de la madre, considerando que el fruto del matrimonio es en el embarazo oneroso; doloroso en el parto y gravoso después del nacimiento, por lo que el enlace de el hombre y la mujer se denomina matrimonio, más bien que "patrimonio", el cual expresa carga del padre (patris numium), idea que es ilustrativa en el sentido tradicional de la distribución, de las cargas en los pilares de la familia que son el padre y la madre. (2)

En este orden de ideas, lo anterior lo confirma también el autor Belluscio quien nos dice "se ha señalado que la palabra matrimonio es de origen latino y deriva de la unión de matris (madre) y Monium (carga o gravamen); su significación etimológica da idea pues, de que las cargas más pesadas derivadas de la unión recaen sobre la madre.

El doble significado de la palabra, -- así como la variedad de ideas -- religiosas, morales y jurídicas que sobre el matrimonio recaen y pretenden influenciar, -- hacen difícil definirlo con exactitud; a tal punto llega la dificultad que prácticamente no se encuentra dos obras de -- Derecho de Familia que lo definan del mismo modo.(3)

En el Derecho Romano, Modestino lo define como "Las nupcias son la unión del hombre y la mujer en un consorcio de toda la vida, comunicación del Derecho divino y humano".

Para Justiniano las nupcias o matrimonio son la unión del hombre y de la mujer que comprende el -- comercio indivisible de la vida.

Portalis lo define como "sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mediante socorros mutuos a soportar el peso de la vida y para compartir su destino".(4)

(2) Magallon Ibarra, Jorge. El Matrimonio, Tipográfica Ed. - Mexicana, México 1965, Pág. 5

(3) Belluscio, Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia - Ed. De Palma Buenos Aires Argentina. 3a. Edic. 1961. Págs. 141-142.

(4) Ibidem. Pág. 142.

Efectivamente existe una diversidad de conceptos sobre el matrimonio tal y como lo afirma el autor - de referencia, lo cual apoyamos con los conceptos vertidos - al respecto por la autora Montero Duhalt, en dos de sus -- obras de Derecho de Familia, al definir el matrimonio en los siguientes términos.

"Matrimonio es un contrato solemne, de interés público por el cual un solo hombre y una sola mujer - establecen una comunidad de vida total y permanente al que - la sociedad y la Ley consideran el fundamento de la Familia". (5)

"Matrimonio es un contrato solemne de - Derecho de Familia y de interés público que hace surgir entre los que lo contraen el estado civil de casados con todos los - derechos y obligaciones determinados por el orden jurídico a través de la institución del mismo nombre". (6)

Escriche, define el matrimonio como -- "La Sociedad Legítima del hombre y la mujer que se unen en - vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a lle- var el peso de la vida y participar de una misma suerte ". (7)

En términos semejantes definían los Có- digos para el Distrito Federal y Territorio de la Baja Cali-- fornia del Siglo pasado (1870-1884) en sus artículos 159 y -- 155 respectivamente que enunciaban "El Matrimonio es la Socie- dad Legítima de un sólo hombre y una sola mujer que se unen - con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse - a llevar el peso de la vida". (8)

La ley sobre Relaciones Familiares de - 1917, en su artículo 13, lo define con las mismas palabras - de los Códigos citados cambiando únicamente la palabra indiso- luble por disoluble. (9)

-
- (5) Montero Duhalt, Sara. El Divorcio, División de Universi- dad Abierta, UNAM. México 1983, Pág. 2.
 - (6) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia, Ed. Porrúa, -- México 1984, Pág. 112.
 - (7) Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y - Jurisprudencia, Ed. Cárdenas, México 1979, T. II, Págs. - 1202 a 1209.
 - (8) Batiza, Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928, - Ed. Porrúa, México 1979, Pág. 256.
 - (9) Ley de Relaciones Familiares de 1917. Ed. Porrúa, Mexico, Pág. 15.

Las definiciones anteriores, como muchas otras tienen evidentemente la influencia religiosa al -- considerar el Matrimonio, como el enlace perfecto e indisoluble de un hombre y una mujer. Sin embargo después de la laicización del matrimonio, su concepción ha cambiado y Planiol y Ripert nos dicen que los caracteres del matrimonio que deben entrar en una definición, son su fuerza obligatoria y su duración y lo definen como "El acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la Ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad".(10)

Considerada la unión de un hombre y de una mujer libres, con fines de ayuda y de perpetuación de la especie el matrimonio desde la antigüedad hasta nuestros días ha revestido tres formas; la unión libre o natural; el matrimonio religioso y el matrimonio civil.

La unión libre o matrimonio natural -- obedece a una razón de orden puramente biológica, propia de las sociedades primitivas que se proyecta hasta nuestros días con reflejos jurídicos relativos pero regulados y sancionados en diversas legislaciones, y, como ocurrió en Francia, con la legislación de emergencia originada en la Primera Guerra Mundial, en el sentido del reconocimiento jurídico del concubinato y posteriormente, dada la transitoriedad de esa legislación, la tendencia a reconocer jurídicamente esta unión.(11)

En nuestro Derecho positivo también la unión libre o concubinato tiene repercusiones jurídicas, aún cuando no pretende protegerla completamente, sus efectos los encontramos particularmente en los alimentos tal y como se encuentra regulado por el artículo 302 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en los siguientes términos "...Los concubinos están obligados en igual forma a darse alimentos, si satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635; en la sucesión hereditaria en el artículo 1368 del mismo ordenamiento, dispone que el testador debe darle alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes ...V-a la persona con quién el testador vivió como si fuera su conyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quién tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes.

(10) Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil, "Tr." José M. Cajica Camacho, Ed. Cajica-S. A. Puebla, México, T. I.I Pág. 369.

(11) Bonneau, Julien. Elementos de Derecho Civil, "Tr." - José M. Cajica Jr. Ed. Cajica Puebla, México 1945 Pág. 9

En este supuesto solo tendran derecho a los alimentos mientras no contraigan nupcias, observe buena conducta, y que sea única, de lo contrario no tendra derecho.

Igualmente el artículo 1635 del ordenamiento citado, ha reconocido el derecho de la concubina y el concubinario a suceder en los bienes del autor de la herencia disponiendo que "La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, -- siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo ninguna de ellas heredará". (12)

En consecuencia tenemos que concluir - que nuestro derecho atribuye efectos jurídicos al matrimonio de hecho o concubinato, en los alimentos, y en la sucesión -- hereditaria reuniendo determinados requisitos de moralidad social como los que los concubinos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el autor de la herencia no haya tenido varios concubinos. (13)

El matrimonio religioso tradicionalmente ha tenido un sentido espiritual y para las iglesias Católica Romana Y Griega Ortodoxa, tienen la calidad de sacramento y así ha sido proclamado por el Concilio de Trento.

El matrimonio Civil representa una convención jurídica entre el hombre y la mujer, como un aspecto de la organización social propia de toda convivencia humana.

(12) Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa México

(13) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Ed. - - Porrúa, México, T. II.V. I. Págs. 365-366, 10a. Edic. 1984.

B) El Matrimonio Romano

El matrimonio entre los antiguos romanos tenía gran importancia por su doble carácter: político y religioso, además de su finalidad natural: la procreación o continuación de la especie. Por el matrimonio la mujer gozaba de los honores de su marido y de su culto, máxime si su matrimonio era legítimo o *justae nuptiae* o *justum matrimonium*, como se le llamó en el Derecho Civil de Roma. La unión entre los esposos se hacía más estrecha si el matrimonio legítimo o *justae nuptiae* se acompañaba la *manus*. La mujer adquiría el lugar de una hija, formando parte de la familia civil del marido y sus bienes pasaban a la propiedad de la familia del marido; podía ser juzgada y sancionada imponiéndole penas. La situación de la mujer con relación a la potestad marital dió lugar a que Modestino definiera el matrimonio legítimo como "la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos". (14) Sin embargo, esa potestad que tenía el marido sobre su mujer, fué abolida en la época de Justiniano.

Matrimonio *cum manu* y *sine manu*.

El primero es un acto por el cual la mujer salía de la patria potestad de su padre y caía bajo la *manus* de su marido o perdía su calidad de *sui iuris* y devenía en *alieni iuris*.

La *sine manu*.— Es un acto por el cual no se rompen los lazos de agnación de la mujer con su familia original.

La *manus* podía realizarse conforme a las siguientes formas:

- 1) Por *Confarreatio*. Ceremonia religiosa que se lleva a cabo en presencia de diez testigos.
- 2) Por *Coemptio*. Acto jurídico que consiste en una venta ficticia, utilizando la *mancipatio*.
- 3) Por *Usus*. Por la simple convivencia ininterrumpida de un año entre el hombre y la mujer.

Para evitar entrar a la *manus* por el *usus*, la mujer podía ausentarse de la *domus* durante tres días. Durante el Derecho clásico el matrimonio *cum manu* quedó abolido y fué desplazado por el matrimonio *sine manu*.

(14) Petit, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano, Ed. Cárdenas, México 1980, pág. 102. 9a. Edic.

Condiciones de validez del matrimonio entre los romanos.

1.- Connubium, es la aptitud legal, y sólo la tienen los ciudadanos romanos. El matrimonio con un extranjero es considerado no-jurídico; el matrimonio de esclavos es llamado contubernium.

2.- Ser púberes, o sea tener capacidad biológica para enjendrar y concebir; los Sabinianos la determinaban por la inspectio corporis; los proculeyanos (opinión que prevaleció) establecieron la pubertad de las mujeres a los doce años y la de los varones a los catorce años de edad.

3.- El consentimiento sin vicios de los contrayentes y de los padres.

Si bien en el derecho romano no existía propiamente un sistema de impedimentos para contraer iustae nuptiae, sí podemos señalar algunos:

1.- La existencia de otros lazos matrimoniales.

2.- El parentesco. El límite delo permisible varía generalmente entre tres y cuatro grados.

3.- La afinidad. Se prohíbe el matrimonio entre -afines en línea recta y varía según la época (antes y después de los emperadores cristianos) la prohibición en línea colateral.

4.- La diferencia en el rango social.

5.- La inexistencia de relaciones de tutela o curatela entre los cónyuges.

En caso de existir algún impedimento señalado anteriormente, y la pareja se unía a pesar de ella, la convivencia de hecho se reconoce como concubinato.

Efectos Jurídicos del iustae nuptiae.

1) Fidelidad.- En el Derecho Romano se es más severo con la mujer adúltera que con el adúltero.

2) El deber recíproco de hacer vida en común.

3) La obligación mutua de dar alimentos, según posibilidades y necesidades.

4) La patria potestad, en relación a los hijos.

5) La prohibición de donación entre los cónyuges.

6) La prohibición de ejercer acciones contra el cónyuge.

La disolución del matrimonio, en el derecho romano se disuelve el matrimonio además de por la muerte o por la capitis diminutio máxima o media, por;

a) Por mutuo consentimiento. Justiniano prohíbe el divorcio por mutuo consentimiento sin causa justa.

b) Por culpa de un cónyuge.

c) Por Bona Gratia, esterilidad, impotencia, etc.

d) Por voluntad de uno de los cónyuges. en la República el repudio debía hacerse ante siete testigos, Augusto, en su afán de formentar la natalidad, suprime toda formalidad para repudiar., Justiniano requiere ellibellus repudii para darle validez al repudio y prohíbe el repudio sine causa.

Régimen Patrimonial entre los cónyuges. Cuando el matrimonio se realizaba en cum manu, la mujer esta incapacitada para ser titular del Derecho de propiedad, por lo tanto el marido concentra todo el patrimonio.

En el Derecho clásico el matrimonio si ne manu cada cónyuge es propietario de sus bienes cuando la mujer es siu iuris, no necesita el consentimiento del marido para realizar actos jurídicos, esto es el principio de la separación de bienes. (15)

C) EL MATRIMONIO CANONICO

El matrimonio canónico es el que se celebra con arreglo a los canones de la Iglesia, que lo considera un vínculo indisoluble, elevado a la dignidad de sacramento; es que deviene al aparecer el cristianismo y en virtud de que los emperadores romanos se inspiraron en los principios de la Iglesia, sin que se apegaran a ellos absolutamente manteniendo el divorcio cuando la Iglesia lo condenaba.

Sobre el matrimonio canónico nos dice Ruggiero que la concepción del Derecho Canónico es diversa, como diversos son sus fundamentos y sus bases, y que la historia del matrimonio canónico es larga y compleja y su evolución se encuentra influenciada por la lucha entre la Iglesia y el Estado, apareciendo esa influencia del cristianismo en el Derecho Romano, en la última etapa de Justiniano. Es a partir del Concilio de Trento cuando todo lo relativo al matrimonio es regulado canónicamente, afirmando que compete a la Iglesia "La disciplina del matrimonio por el principio de que los actos concernientes al Estado y condición de las personas, son de competencia de la Iglesia".- Se afirma igualmente, la competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos para resolver las cuestiones matrimoniales, preparando el camino para extender la exclusividad de la jurisdicción a la legislación, señalando los requisitos, impedimentos, forma de celebración y la nulidad del matrimonio.

(15) Bialostosky, Sara. Panorama del Derecho Romano, Textos Universitarios, UNAM. México 1982, Págs. 88-69-90

De acuerdo con la concepción canónica del matrimonio éste es "Un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos siendo el sacerdote el testigo autorizado por la Iglesia, la unión de los esposos es la imagen de la unión de Cristo con Iglesia y como ésta indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial lo eleva a sacramento, y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble ..."- (16)

Según Escriche, el Derecho Canónico reconoce o admite diversas especies de matrimonios y señala las siguientes

I.- El matrimonio rato, es aquel al que le falta la consumación del acto carnal y que puede disolverse porque uno de los cónyuges profese religiosamente.

II.- El matrimonio consumado, es el seguido de unión carnal que no admite disolución vincular.

III.- El matrimonio legítimo es el celebrado con arreglo a las Leyes y a los Cánones y el contraído en otra nación, de acuerdo con las Leyes del lugar.

IV.- El matrimonio clandestino es el celebrado sin los requisitos legales o sea, la falta de testigos consentimiento de los padres o de quienes debían otorgarlo y la falta de las previas amonestaciones en la Iglesia. Esta institución aceptó la validez de los matrimonios clandestinos aunque bajo la imposición de penas graves. Las Leyes civiles también imponían penas graves a las personas que contraían matrimonio clandestino, declarando hijos ilegítimos a los nacidos en ese matrimonio si llegaba a descubrirse la existencia de un impedimento dirimente. El Concilio de Trento modificó el sistema y declaró válidos los matrimonios clandestinos, celebrados con el consentimiento de los contrayentes, a menos que la Iglesia los anulara.

V.- El matrimonio de conciencia, es el contraído sin las formalidades prevenidas por las Leyes del país en el que tiene validez como sacramento, pero imposibilita a los hijos para los efectos civiles.

VI.- El matrimonio putativo, o sea el celebrado de buena fé, uno o ambos cónyuges la existencia de un impedimento dirimente que lo haría nulo. (17)

(16) Ruggiero, Roberto de. Instituciones de Derecho Civil, "T.I". Serrano Suñer y Santa-Cruz Teijeiro, Librería de Angel Po la, México 1939, Vol. 11. Págs. 717-719.

(17) Escriche, Joaquín. Ob.Cit. T.I. Pág. 544.

D) EL MATRIMONIO CIVIL

En virtud del exagerado comercio de - que fueron objeto las dispensas matrimoniales por la Iglesia, - ésta se fué debilitando hasta perder su fuerza y con las reformas de Lutero y la cuestión del matrimonio de los protestantes planteó el problema sobre el laicismo de la institución y es a fines del siglo XVI cuando aparece o surge el matrimonio civil, que no es ni el matrimonio romano ni el eclesiástico.

Surge el matrimonio civil como una -- consecuencia de las diferencias religiosas de grupos minoritarios que requerían de alguna organización reconocida por el Estado, facultada para celebrar uniones matrimoniales con efectos - ante en propio Estado y éste empezó a intervenir, pero respetando el derecho de la Iglesia, de efectuar por medio de sus ministros, el matrimonio y respetando también, lo concerniente a los impedimentos y las condiciones de capacidad.

Lentamente, pero seguro, el Estado va - arrebatando a la Iglesia el derecho que ejerció casi por seis siglos de legislar sobre la condición de las personas y su capacidad, y es en materia de sucesiones donde se exige el vínculo matrimonial de carácter civil, como el único que surtía efectos

Sobre éste tema el maestro Rojina -- Villegas dice: que la intervención del Estado deriva de tres -- factores: el protestantismo las ideas de la Iglesia galicana y las del derecho natural . El protestantismo rechazaba la idea - de que el matrimonio es un sacramento y teniendo en cuenta la - importancia moral y religiosa del matrimonio exigía del Estado - que el matrimonio se realizara con espíritu evangélico. Las ideas de la Iglesia galicana en la secularización del matrimonio se manifiestan, aprovechando que en el siglo XVI se difundió en Francia una teoría teológica jurídica que separaba dentro del - matrimonio, el contrato del sacramento, siendo de la competencia del Estado en forma exclusiva, la regularización del contrato pero entendida ésta, como supuesta para recibir el sacramento del matrimonio. Finalmente, los teóricos del derecho natural niegan la naturaleza sacramental del matrimonio y hacen suya la concepción de la Iglesia galicana, considerando el matrimonio - como un contrato civil. (18)

(18) Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. T.2 Vol. I Pág. 205.

Fue la revolución francesa la que se cularizó el matrimonio como consecuencia de la libertad religiosa. La Constitución de 1791, proclama que el estado y capacidad de las personas corresponde en forma exclusiva al poder civil estableciéndose que el matrimonio es un acto civil y no religioso por lo que corresponde al poder civil, con exclusión de cualquiera otro la regularización del matrimonio; capacidad de los contrayentes, impedimentos, requisitos para contraerlo. El matrimonio desde entonces se celebra ante funcionarios civiles y se registra en los libros que al efecto se llevan, creando aparentemente para todos los habitantes de Francia una forma única de matrimonio.

No obstante que el Estado se va afirmando en su postura frente a la Iglesia, tropieza con el problema de que no es posible impedir a los ciudadanos que efectúen el matrimonio eclesiástico, pues tal cosa significaría la prohibición de cultos y el derecho a la libertad de conciencia; y se resuelve el problema dándole al matrimonio el carácter de un acto de fé e impone a la Iglesia la obligación de que, para celebrar el matrimonio religioso, primero celebren el matrimonio civil los que quieran contraer matrimonio religioso. La inobservancia de esta obligación por la Iglesia era la imposición de sanciones económicas y para los contrayentes el no reconocimiento de su estado, considerándolos la ley como simples amasios.

El matrimonio civil obligatorio se implantó en Inglaterra a mediados del siglo XVII y en los países católicos hacia fines del siglo XVIII. Teniendo en cuenta la necesidad de que sea el Estado quien dé normas en materia matrimonial, sin pretender la exclusión total de la Iglesia, pero sin que el Estado intervenga sobre las condiciones de capacidad y respecto a la materia de los impedimentos.(19)

La reglamentación de la institución civil procede en su mayor parte del Derecho Canónico, por esa gran similitud entre ambas legislaciones la civil y la religiosa. Sin embargo, en virtud del divorcio, ha existido desacuerdo, puesto que la institución civil permite otros matrimonios que no pueden recibir la consagración religiosa, porque la Iglesia católica no admite la disolución del vínculo matrimonial.

(19) Jemolo, Arturo Carlo. El Matrimonio, "Tr.", Sentfies Melendo y Arreya Redini, Ed. EJEA, Buenos Aires Argentina 1954, Págs. 23 y 25.

La mayor parte de las legislaciones -- admiten como válido el matrimonio civil; otras admiten la -- elección entre la forma civil y la forma religiosa, pero produciendo ambas los mismos efectos; otras más, reconocen en -- forma preeminente el matrimonio religioso, dejando el matrimonio civil a las personas de religión disidente y, por último -- algunas que sólo admiten el matrimonio religioso. (20)

E) EL MATRIMONIO EN NUESTRA LEGISLACION

Evidentemente que fue la legislación -- francesa la que inspiró en nuestro país como en muchos otros -- la institución del matrimonio civil. Como una consecuencia de la separación de la Iglesia y el Estado, encontrando en nuestro País la evolución legislativa en materia de matrimonio -- en las siguientes leyes:

1.- Primera ley del Registro Civil de -- enero 27 de 1857, la cual en su artículo primero establecía -- para toda la República el Registro del Estado Civil; y en su -- artículo 65 que "Celebrado el sacramento ante el párroco y -- previas las solemnidades canónicas los consortes se presen -- tarán ante el Oficial del Estado Civil a registrar el contra -- to de matrimonio".

2.- Ley sobre el matrimonio de 23 de -- julio de 1859, en su artículo primero establecía: "El matrimo -- nio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente -- ante la autoridad civil. Para su válidez bastará que los con -- trayentes previas las formalidades que establece esta ley, se -- presenten ante áquellas y expresen libremente la voluntad que -- tienen de unirse en matrimonio".

Esto es que no podía celebrarse más -- por un solo hombre y con una sola mujer tal y como lo consig -- naba el artículo tercero de la propia ley; asimismo de que el -- matrimonio es indisoluble según lo ordenaba el artículo cuarto -- y que no se podía celebrar por el hombre antes de 14 años, ni -- por la mujer antes de los 12 años según el artículo quinto.

3.- Ley del Registro Civil de 28 de ju -- nio de 1859.

4.- Decreto de Juárez de diciembre 4 -- de 1860.

5.- Ley de 2 de mayo de 1861 sobre Impe -- dimentos de Matrimonio.

6.- Decreto de 5 de julio de 1862 sobre Matri -- monios celebrados y en artículo de muerte.

7.- Decretos de Maximiliano de 29 de marzo, 2 de abril y 3 de noviembre de 1864.

8.- Ley del Registro del Estado Civil en el Imperio. 10. de noviembre de 1865.

Código Civil del Imperio Mexicano de 6 de julio de 1866.

9.- Decreto de Juárez de 5 de diciembre de 1867 revalidando los matrimonios del imperio.

10.- Ley Constitucional de septiembre 25 de 1873 que adicionó y reformó la Constitución Federal.

11.- Ley Orgánica de diciembre de 1874.

12.- Código Civil de 1870 y de 1884, los cuales adoptan: la misma postura y definen el matrimonio como:-- "La sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Desde que entraron en vigor estos ordenamientos legales el Matrimonio ha quedado reglamentado por la Ley Civil, no sólo por lo que se refiere a su celebración ante un funcionario del Estado el encargado u Oficial del estado o Registro Civil, sino que también en lo relativo a Impedimentos casos de nulidad y a los efectos del matrimonio, igualmente que regulaban el divorcio en su aspecto de separación de cuerpos, única forma como era admitido.

Es hasta el año de 1917 cuando cambian los caracteres del matrimonio al definirlo la Ley de Relaciones Familiares en el sentido de ser "Un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Esta Ley de Relaciones Familiares en su artículo trece deja de considerar al matrimonio como una sociedad legítima, como era definido por los Códigos de 1870 y 1874 en sus correlativos artículos 159 y 155 respectivamente, y lo que es más trascendente e importante en ésta evolución legislativa radica en que se admite la disolución del vínculo matrimonial no como mera separación de cuerpos, como se encontraba plasmado en los ordenamientos indicados, sino como la ruptura definitiva del enlace conyugal. (21)

El Código Civil vigente para el Distrito Federal de agosto 30 de 1928, promulgado por el Presidente Plutarco Elías Calles y que entro a regir desde 1932, no define el matrimonio, no obstante de que la Constitución de 1917 en su artículo 130 declara que: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan". (22)

(21) Magallón Ibarra, Jorge Mario. Ob. Cit. Págs. 145 a 192

(22) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ins - tituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1985, Pág. - 323.

Sin embargo el propio Código Civil Únicamente en el capítulo cuarto del Título quinto en lo relativo a " Del Matrimonio", y al hacer referencia al aspecto patrimonial del mismo, se le menciona como contrato en los términos siguientes; "Artículo 178. El Contrato de Matrimonio debe celebrarse - bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación - de bienes". (23)

El matrimonio considerado como contrato, frente al matrimonio como sacramento, nos dice el maestro De Pina, tuvo su origen en la separación del Estado y de la Iglesia y como consecuencia de que, con el transcurso del tiempo, el Estado adquirió una gran fuerza que lo llevó a sentir celos de su soberanía e independencia. (24)

El maestro Rojina Villegas considera que el legislador no quiso equiparar el matrimonio civil al régimen de los contratos en sus efectos y disolución, más bien lo asemeja con el propósito de reafirmar la separación del matrimonio civil, y del matrimonio religioso, negando a la iglesia toda intervención en la celebración del matrimonio, su regulación jurídica, impedimentos y las consecuencias del divorcio, aunque - admite que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como lo relativo a las sanciones de nulidad, se requiere tomar en consideración el antecedente canónico.

Cabe hacer mención que en la concepción revolucionaria de la legislación de Cuba nos define al matrimonio en su Constitución Política, según su artículo 35 que dice: "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un -- hombre y una mujer con aptitud legal , para ello a fin de hacer vida en común . Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el -- esfuerzo común, de modo que éste resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos". (25)

Así mismo el Código de familia de este -- país establece que en su artículo segundo que "El matrimonio -- es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común".(26)

(23) Código Civil para el Distrito Federal. Ob. Cit. Pág. 47.

(24) De Pina, Rafael. -- Ob. Cit.

(25) Constitución de la República de Cuba. Ed. Departamento de Orientación Revolucionaria del Comité del Partido Comunista, - La Habana Cuba 1976, Pág. 28.

(26) Código de Familia. Publicación de Legislaciones, V.VI. La Habana Cuba 1975, Pág. 10.

"M A T R I M O N I O

CONSTITUCION

Voluntad expresa de ambos cónyuges

Fundar una familia

Objeto Establecer comunidad de vida permanente entre un hombre y una mujer

ELEMENTOS

Ayuda mutua

DE ASISTENCIA

Ceremonia sancionada por el Juez del Registro Civil -- (art. 102 CC)

Solemnidades

Levantamiento del acta (art. 103 Fs. I y VI)

Capacidad: Edad núbil (14 y 16 años)

Error de identidad

Ausencia de Vicios

Violencia y rapto

ELEMENTOS

Ausencia de impedimentos

DE VALIDEZ

Licitud

(prohibiciones legales)

Formalidades

Anteriores a la celebración

Coetáneas a la celebración

MATRIMONIO por poder

Por mexicanos

REALIZADO

en país extranjero

Por mexicano y extranjero

Por extranjeros"-(27)

La autora Montero Duhalt señala los elementos constitutivos del matrimonio en el cuadro sinóptico anteriormente descrito. Asimismo se describirá igualmente en el Derecho Frances.-

(27) Montero Duhalt, Sara. Derecho de familia, Ob. Cit. Pág. 122.

"SINOPSIS DE LAS CONDICIONES DE FONDO Y DE FORMA QUE SE PRECISAN
PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

- Condiciones exigidas bajo pena de inexistencia. Diversidad de sexo.
Existencia de consentimiento.
Celebración ante el funcionario del servicio - del registro civil.
- Condiciones exigidas bajo pena de nulidad absoluta. Voluntad sana.
Pubertad.
Ausencia de bigamia.
Ausencia de incesto.
Carácter público de la celebración.
Competencia territorial del funcionario del - - servicio del registro civil.
- Condiciones exigidas bajo pena de nulidad relativa. Integridad del consentimiento.
Consentimiento familiar en el caso de tratarse de menores de edad.
- Condiciones que sin aparejar - sanción alguna, se exigen como consustanciales al matrimonio. GENERALES: previa publicación, existencia de - oposición, examen médico.
PARTICULARES, con relación a determinadas personas:
observancia del plazo de viudez por la mujer en el caso de contraer segundo matrimonio, - autorización del superior jerárquico para - los militares."(28)

(28) Carbonnier, Jean. Derecho Civil "Tr"., Manuel María Zorrilla - Ruiz, Ed. Bosch, Barcelona España T.I., Vól. II.

El autor Pallares nos dice que: "el matrimonio puede ser considerado desde varios puntos de vista a saber:

1.- Como acto jurídico solemne.

2.- Como un contrato, y

3.- Como una institución social reglamentada por la Ley (conjunto de normas jurídicas unificadas que reglamentan funciones o actividades sociales sujetas a la tutela del Estado).

Como acto sujeto a las siguientes disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales del artículo 146 al 161.

Como contrato y como institución sujeto a las siguientes disposiciones del artículo 162 al 234".(29)

Para concluir esta breve exposición sobre el matrimonio restame decir que considero que es una institución fundamental en la sociedad cuya influencia se deja sentir en todos los aspectos de la vida de los pueblos y que en lo personal considero al matrimonio, como el origen mismo de las sociedades desde la antigüedad hasta nuestros días.

(29) Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. Ed. Porrúa, México, - Págs. 36 y 37. 4a. Edic. 1984.

C A P I T U L O S E G U N D O

D I V O R C I O

- A) HISTORIA DEL DIVORCIO
- B) EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO
- C) EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO

D I V O R C I O

A) HISTORIA DEL DIVORCIO

El concepto de divorcio es más o menos el mismo para los diversos autores, y así como para Planiol y Ripert es la "ruptura de un matrimonio válido en vida de los dos esposos" (1); para Carbonnier el divorcio es, la disolución de un matrimonio válido en vida de los cónyuges mediante declaración judicial fundada en alguna de las causas que la Ley contempla. (2) "el divorcio es la ruptura del vínculo conyugal pronunciada por los Tribunales en vida de los esposos, a petición de uno de ellos o de ambos", según lo define Mazeud (3), en el Derecho Chileno el Divorcio es "la ruptura del vínculo matrimonial válidamente contraído, en vida de los cónyuges, fundada en causa legal, en virtud de una sentencia judicial y que proviene del latín Divortium, de divertere que significa separar". Según su autor Meza Barros (4); en la misma legislación el autor Barros Errazuriz nos explica que la palabra divorcio se deriva del latín divertit o divortit, que significa salir de la casa yéndose cada uno por su lado, tomándose de dos acepciones, a) en el sentido de disolución de vínculo matrimonial, de modo que los divorciantes puedan pasar a nuevas nupcias; b) en sentido de simple separación de personas, quoad thorum et cohabitationem. En este último sentido, el vínculo no se destruye; solo se relaja. (5)

En consecuencia, de las anteriores definiciones indicadas podemos concluir que el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, en vida de los esposos decretado por autoridad competente a petición de uno o de ambos cónyuges en base a causa específicamente señalada en la Ley; teniendo como consecuencia directa desvincular a los cónyuges dejándolos en libertad de contraer un nuevo matrimonio válido.

(1) Planiol y Ripert. Ob. Cit. Pág. 13

(2) Carbonnier. Ob. Cit. Pág. 153

(3) Mazeaud, León Henri y Mazeaud, Jean. Lecciones de Derecho Civil "Tr".-Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires Argentina 1959, Pág. 375

(4) Meza Barros, Ramón. Manual de Derecho de la Familia, Editorial Jurídica de Chile, T.I. Pág. 126.

(5) Barros Errazuriz, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Editorial Nascimento, Santiago de Chile 1931, V. IV. Pág. 51. 4a. Edic.

El divorcio ha tenido diversidad de efectos dependiendo de cada cultura en particular, pero siempre ha estado presente en todos los órdenes jurídicos.

En los pueblos de la historia antigua, se -- permitio siempre como derecho exclusivo del varón, el repudio -- hacia su mujer, por causas como el adulterio, esterilidad, torpezas, impudicia, vida licenciosa, etc.; ocasionalmente, como -- un derecho de la mujer, por causa única del mal trato del marido.

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

El divorcio en la Biblia.-- En el antiguo Testamento existe un pasaje en el Deuteronomio (XXIV-1) en el que -- él marido podía entregar a su consorte un libelo de repudio par despacharla a su casa por torpezas de la mujer tales como: la -- sospecha de adulterio la impudicia, las costumbres licenciosas. La repudiación tenía que ser como la manifestación expresa de -- voluntad del marido que debía exteriorizarse por medio de un documento escrito que tenía que contener, lugar, nombre de las -- partes y sus antecesores inmediatos; debía decir que abandonaba a su mujer y que la repudiaba dándole la libertad de casarse -- con otro.

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

Tiempo después la legislación hebrea concedió a la mujer el derecho de repudiar basándose en el adulterio de su marido, por ser maltratada, porque el marido fuera pródigo o perezoso, o no diera cumplimiento a los deberes conyugales.

La Ley talmúdica reconocía como causales la esterilidad y el adulterio.

El divorcio fue condenado en los textos del nuevo testamento en términos generales. "según San Marcos, a la pregunta de unos fariseos sobre si es lícito al marido repudiar a la mujer, Jesús dijo: Qué os mandó Moisés ?, y ellos contestaron: Moisés permitió repudiarla, previa escritura legal y repudio. Replico Jesús en vista de la dureza de vuestro corazón, os dejo mandado eso". Pero más adelante aclara: cualquiera que rechazase a su mujer y tomará otra, comete adulterio contra -- ella y si la mujer se aparta de su marido y se casa con otro es adúltera " (San Mateo X,2-12). (6)

" Así pues os declaro que cualquiera que despidiere a su mujer sino en caso de adulterio y aún en este caso si casare con otra, es te tal, comete adulterio; y quien casare con la divorciada también lo comete" (San Mateo XIX,9).(7)

Israel.- El divorcio era admitido como un deber para el marido y aún contra la voluntad del mismo, -- era obligado en justicia en caso de adulterio.

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

Reconocían el repudio. En tal caso el marido debía entregar un libelo de repudio y echar de la casa a la mujer en presencia de dos testigos hebreos. La mujer tenía que recurrir al sacerdote para que éste le redactara, en -- su caso, el escrito de repudio.

Regulaban diversas causales, algunas -- servían a ambos, tales como la esterilidad de la mujer y la im potencia del hombre a los diez años de casados, enfermedad inso portable (epilepsia) o contagiosa (lepra), cambio de religión-- y ausencia. Las causales para el marido eran: no encontrar a la mujer cualidades que pensaba que tenía, adulterio cuando no -- era condenada a muerte, negativa de la mujer a consumir el ma-- trimonio, pasearse con la cabeza o el brazo descubierto, dar -- al marido comida fermentada, permitirse bromas con un joven, -- no ser virgen al casarse. La mujer tenía como causales si el -- marido no cumplía sus deberes conyugales, si llevaba vida desareglada, si maltrataba a la mujer.

Babilonia.- El código de Hammurabi re-- conocía el repudio para el hombre, pero debía devolver la dote a su mujer, y en caso de que hubiera hijos le tenía que dar -- tierras en usufructo. El Zend-Avesta señalaba que si la mujer-- no había tenido hijos después de nueve años de casada el marido tenía el derecho de repudiarla.

Persia.- El divorcio era desconocido, -- pero la repudiación podía operar si la mujer no lograba dar un hijo durante nueve años de convivencia.

China.- reconocían el divorcio para el hombre cuando la mujer tenía muy malas cualidades, como esteri lidad, impudicia, falta de consideración y respeto debido al --

(7) Pallares, Eduardo. Ibidem. Págs. 7 a 9.

suegro o suegra, charlatanería, robo, mal carácter, enfermedad incurable, Sin embargo, la repudiación era poco frecuente.

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

La mujer podía abandonar al marido que fuera un criminal, impotente, atacado por la lepra, o tuviera ausencia prolongada en naciones extranjeras.

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

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

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

El mutuo consentimiento era causa de divorcio, y el divorcio consensual retribuido era aquel en que el marido renunciaba a los derechos que tenía sobre su mujer mediante una compensación que esta pagaba. Para la validez de este convenio se requería que la mujer tuviera una capacidad de disposición. Los efectos que producía este convenio eran los mismos que los del repudio.

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

Eran causas de divorcio: el adulterio, la esterilidad, los malos tratamientos. El marido podía devolver o abandonar a la mujer sin razón, pero en este caso podía reclamar que se le restituyera la dote o que se le pagaran intereses o alimentos. (8)

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

Las antiguas legislaciones admitían el divorcio y así el derecho Romano consideraba el divorcio, como una de las causas de disolución del vínculo matrimonial y su origen en la forma actual se encuentra en Roma, pues tanto Gayo como -- Cicerón manifiestan que el divorcio estaba reglamentado en la -- Ley de las Doce Tablas; sin embargo no obstante que al parecer, -- el divorcio fue admitido desde el origen de Roma, los antiguos -- romanos no disfrutaban de esa libertad, que probablemente no compaginaba con las costumbres primitivas.

El Derecho romano autorizaba el divorcio sin la intervención del juez y sin exigir el consentimiento de -- ambas partes, lo que en presencia venía a constituir un repudio, además de que el repudio unilateral era posible por cualquiera -- de los cónyuges, constreñido en el caso de la mujer, a que ésta hubiera contraído matrimonio sin manus, pues debemos recordar -- que la mujer al contraer matrimonio pasaba a depender de la autoridad del marido, guardando una situación semejante a la de un -- hijo. (9)

En el matrimonio "cum manus" el divorcio consistía en un derecho de repudio por parte del marido. Según -- Cicerón, este tipo de divorcio era unilateral y exclusivo del marido quedando el mismo con la única obligación de restituir la dote de la mujer. Si el matrimonio había sido celebrado en forma solemne por medio de la "confarreatio", se disolvía por la "disfarreatio" en la que se necesitaba también ciertas formalidades como el hacer una ofrenda a Júpiter, Dios tutelar del matrimonio acompañada de expresiones verbales. El sacerdote podía negarse a officiar en la "disfarreatio" cuando no existiere alguna de las -- causas de divorcio reconocidas por el derecho sacro.

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

La "remancipatio" de la mujer casada equivalía a la emancipación de la hija, era realmente un repudio.

En el matrimonio celebrado "sine manus" -- el derecho de disolver el vínculo era recíproco y asumía a su vez dos formas: el divorcio "bona gratia" que no requería de --

(9) Santa Cruz Teijeiro, José. Manual Elemental de Derecho Romano, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid España 1946, Pág. 55.

ninguna formalidad y surtía sus efectos por el mutuo consentimiento, llamado también "divortium comuni consensu". Requería únicamente darle carácter de seriedad y notoriedad a la intención de divorciarse a través de una declaración expresa. La segunda forma era el repudio sin causa. "repudium sine nulla causa", por la sola voluntad de cualquiera de los esposos y sin la intervención del magistrado o sacerdote y sin necesitarse el consentimiento de la otra parte. Las consecuencias de la repudiación eran un tanto semejantes para ambos consortes. La mujer que repudiaba perdía su dote y las donaciones matrimoniales. Si era el marido, perdía el derecho a la dote y a las donaciones y cuando éstas no existían tenía que darse a la mujer la cuarta parte de su patrimonio.(10)

En virtud de haberse abusado del repudio como forma de disolución del vínculo matrimonial, por no estar reguladas las causas de divorcio y a fin de poner coto a ese abuso, se hizo una reglamentación de las causas que hacían legítima la repudiación. Constantino establece que "el marido puede repudiar impunemente a la mujer que había incurrido en adulterio; cometido delito de envenenamiento o ejercicio de artes mágicas". Establecía igualmente, que la mujer podía repudiar al marido cuando era reo de homicidio, de envenenamiento y de violación de sepulcros.(11)

El adulterio fue el principal motivo que admitía la Ley, así como el mutuo consentimiento, para obtener el divorcio, pues el abuso del repudio hizo que cayerá en desuso y es hasta principios del Imperio donde encontramos una reglamentación que establece normas legítimas para el divorcio reconocidas por la justicia. Las causas para obtener el divorcio: para el hombre; 1.- Que la mujer hubiera encubierto algún crimen contra la seguridad del Estado; 2.- Adulterio probado de la mujer; 3.- Atentado contra la vida del marido; 4.- Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido, o haberse bañado con ellos; 5.- Alejamiento de la casa marital sin voluntad del marido, y 6.- Asistencia de la mujer a espectáculos públicos (banquetes o circo) sin permiso del marido.

Para la mujer; 1) la alta traición oculta del marido; 2.- Atentado contra la vida de la mujer; 3.- Tentativa de prostituirla; 4.- Falsa acusación de adulterio; 5.- Locura y 6.- El marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella en el mismo pueblo.

(10) Montero Duhalt, Sara Idem. Págs 6 a 11

(11) Santa Cruz Teijeiro, José. Idem. Pág. 55.

La Ley Julia de Adulteris, de la época de Augusto, -- exigía al que intentaba divorciarse, notificar al otro cónyuge su voluntad, en presencia de siete testigos, en forma verbal o mediante acta escrita; (esta -- forma era entregada por un manumitido).

A partir de Constantino S-III estaba muy arraigada en las costumbres, que los emperadores cristianos no suprimieran el divorcio, pero si procuraron hacerlo más difícil, obligando a los que lo pretendían precisar las causas legítimas de repudiación.

El Derecho Romano sancionaba no sólo al cónyuge culpable, sino también al que no probaba la causa de la repudiación. Si el divorcio era solicitado por la mujer y la causa era injustificada, perdía temporalmente su capacidad para contraer matrimonio y, si el hombre solicitaba el divorcio y no justificaba su causal, era condenado a perder los lucros matrimoniales. E. Petit nos dice "por otra parte numerosas Constituciones señalaron para casos de divorcios, infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable o contra el autor de alguna repudiación sin causa" (12).

El Derecho Romano apegado a establecer en las obligaciones formulis mos de carácter pecunario, hizo que en este sentido se caracterizara el matrimonio, así el marido era el administrador de los bienes cuando la mujer aportaba al matrimonio una dote y esto para que el marido procurara -- incrementar la en beneficio de la familia; por tanto, el divorcio injustificado tuvo sanciones aplicadas al patrimonio de los cónyuges.

Quando la mujer solicitaba el divorcio por causas imputables al marido, era condenado éste a perder parte de los frutos que la dote hubiere producido y si, además, la mujer había recibido ofensas graves imperdonables, la condena lo obligaba a entregar la dote en un plazo breve e improrrogable.

En consecuencia, el divorcio en el Derecho Romano -- disolvía el vínculo matrimonial, resolvía lo relativo al cuidado de los hijos -- en favor del cónyuge inocente, dejaba a los cónyuges en libertad de contraer -- nuevo matrimonio, pero la mujer tenía que esperar diez meses contados de la fecha de efectuado el divorcio. Esta medida obedecía, para el caso de que la mujer quedara encinta, a reputar hijo legítimo el nacido durante dicho lapso. -- Posteriormente y por las mismas razones el plazo se alargó a doce meses.

El Divorcio en el Derecho Canónico.- A la libertad -- del derecho romano para conceder el divorcio la Iglesia en justa reacción se -- opuso a la disolución del vínculo matrimonial, considerando que el matrimonio -- es un sacramento consagrado por un representante de Dios. Es la Iglesia a la --

(12) Petit Eugenio Ob.Cit Pág. 111.

que se debe la introducción del principio de la indisolubilidad del matrimonio, logrando poco a poco suprimir el divorcio; sin embargo, como había ciertos hogares desunidos, creó la separación de cuerpos que era una disminución en los efectos del divorcio romano, conservando la palabra divorcio entendida como una simple separación de cuerpos, que debía ser pronunciada en justicia por la Iglesia, la cual apreciaba la existencia de una causa justificada de separación. (13)

Algunos padres de la Iglesia autorizaron el divorcio de acuerdo con San Mateo, quien fue uno de los evangelistas que escribió sobre esta materia, los otros dos evangelistas, San Lucas y San Marcos, sostuvieron la indisolubilidad del matrimonio, tesis que fue defendida por San Agustín, quienes citaban el texto de que "lo que Dios ha atado en el cielo, ningún poder humano puede desatar".

Al respecto el cánon 1118 declara "El matrimonio -- válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana -- ni por ninguna causa, fuera de la muerte".

Establece solamente ciertas formas de disolver el -- vínculo matrimonial: el matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizado. Respecto al primero, el cánon 1119 señala; "El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está, -- se disuelve tanto por disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne como por dispensa concedida por la Sede Apóstolica con causa -- justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga".

La segunda forma de disolver el matrimonio consiste -- en el llamado Privilegio Paulino, expresado en el cánon 1120;

1. El matrimonio legítimo entre no bautizados, aun que esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio Paulino.

2. Este privilegio no tiene aplicación en el matrimonio que se ha celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cultos entre una parte bautizada y otra que no lo está.

B). EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO

Son cuatro los sistemas jurídicos del mundo moderno -- y se clasifican para su análisis de la siguiente manera:

1. Países de Europa Continental Romanista,
2. Países de América latina (de tradición romántica),
3. Países del Common Law, y
4. Países Socialistas.

Para el análisis comparativo del divorcio son tres cuestiones que se toman en cuenta; las causas de divorcio, el procedimiento a seguir y las consecuencias jurídicas del divorcio en las personas de los cónyuges, en sus hijos y en sus bienes.

Resultaría interesante conocer las tres cuestiones, sin embargo dadas las limitaciones de este trabajo se hará referencia únicamente a la primera de las cuestiones; Las causales de divorcio, procediendo a reseñar únicamente en forma particular algunos países europeos y globalmente los de América Latina. Los primeros por constituir la cuna de nuestra legislación, y los segundos por la pertenencia de nuestro país a este bloque.

En el siglo XIX se generalizó a través de Europa Continental un sistema de divorcio basado en falta y sólo en vísperas del siglo actual apareció la noción de divorcio remedio, cuyo posterior desarrollo ha conducido al divorcio por simple quiebra del matrimonio. Esta última causa se ha convertido, en las legislaciones más recientes, en casi la única para solicitar el divorcio.

Tres países fueron reacios para admitir el divorcio vincular y fueron Portugal, Italia y España. El primero sostuvo durante veinte años dos tipos de matrimonio (1940 al 1967) : el de los católicos, indisoluble; y el celebrado ante autoridades civiles que admitía el divorcio vincular, por lo que hace a Italia, la Ley de 1970 permitió la disolución del vínculo, evitando cuidadosamente hasta el uso del término "divorcio"; ley que fue objeto de ardientes controversias, rechazada como anticonstitucional, sometida a referendun popular, y finalmente admitida por haberse obtenido mayoría en el referendun. Por último, España, fue el país que defendía la indisolubilidad del matrimonio, y mediante la reciente Ley 30/1981 de 7 de julio acepta el divorcio vincular.

Todos los países europeos, tanto los de tradición romanista como los de régimen de Common Law, admiten el divorcio vincular, con sus diferentes matices y peculiaridades en cuanto a las causas, términos, procedimientos y autoridades ante quienes se ventilen, así como en sus efectos. El fundamental de ellos, el rompimiento del vínculo, es idéntico en todas más los efectos secundarios en cuanto a las personas de los cónyuges respecto a los deberes y derechos patrimoniales y de paternidad varían un tanto de país a país.

Alemania Democrática, Alemania Federal, Cuba, -- Checoslovaquia, Holanda, Hungría, Japón, Polonia, Suecia, veinte Estados de la Unión Americana, La Unión Soviética y Yugoslavia, admiten una sola causa de divorcio: el hecho de que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos, para los hijos y con ello, para la sociedad. Para Austria, Bélgica, Hungría, Inglaterra, Italia, Rumania y diversos Estados de la Unión Americana, han agrupado en una sola la mayor parte de las causas que

significan falta, con diferentes expresiones la idea se anuncia así: "cuando el matrimonio ha totalmente quebrado de manera que la vida en común se ha vuelto intolerable", o "cuando la falta de cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio es de una gravedad tal que no puede rehacerse la vida en común".

Cabe hacer notar que en América Latina casi en su totalidad, tienen una larga enumeración de causas de divorcio (México se destaca con dieciocho causales).

La causa tradicional de divorcio por excelencia ha sido el adulterio, los países que recogen el adulterio en forma específica son; Austria, Bélgica (siempre el de la mujer y el del cónyuge cuando se realiza en el domicilio conyugal), Finlandia, Noruega, Dinamarca, Portugal, Suiza, todos los países de América Latina con excepción de Cuba, Inglaterra (si esa conducta le resulta intolerable al cónyuge), Escocia, Australia, siete provincias de Canadá, siete Estados de la Unión Americana; (Illinois, Massachusetts, Mississippi, Montana, Ohio, Pennsylvania y Dakota del Sur) y Rumania.

Otras causas de divorcio que se han tenido en cuenta en las mayorías de las legislaciones, han sido el abandono injustificado, las injurias, la sevicia, la enajenación mental incurable, y ciertas enfermedades graves y contagiosas. Todas estas causales han sido agrupadas en las legislaciones modernas, por imposibilitar la comunidad de vida y que hacen perder sentido al matrimonio tanto para los cónyuges mismos, como para sus hijos y por ende para la sociedad.

Una legislación que quisiera reunir todas las causas fracasaría en su intento, por los diversos criterios que existen en los individuos, ya que la conducta de un cónyuge, que para el otro puede resultar intolerable, en otra pareja puede no serlo, y hasta aceptarla como cotidiana y en otros casos, sin existir una sola causa legal, el matrimonio se ha roto de hecho y deja de tener sentido el vínculo legal.

PAISES DE EUROPA CONTINENTAL

(Alemania Democrática, España, Francia e Italia).

República Democrática Alemana.- Regula al divorcio mediante el Código de Familia del 10. de abril de 1966, en sus artículos del 24 al 34. Los principios que rigen a éste son:

1. Que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos, y para los hijos, y con ello también para la sociedad, y en este supuesto los cónyuges se podrán separar, sólo cuando el Tribunal compruebe que existan causas verdaderamente comprobadas de la desarmonía conyugal.

2. Cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su

divorcio, y el Tribunal estudiará el fondo de la controversia matrimonial. Debiendo para ello analizar y velar los derechos de los hijos menores, y si se oponen sus intereses al divorcio o que en su caso sea de graves consecuencias para los esposos.

Para efecto del divorcio esta legislación contempla una sola causal, la cual consiste en que el matrimonio haya perdido el sentido para los esposos y para los hijos, y con ello para la sociedad, con cediéndosele al juzgador un amplio poder discrecional para otorgar la disolución del matrimonio, que se negará si se opusiera a los intereses de los hijos menores, o si entraña como consecuencia un grave daño para alguno de los cónyuges, asimismo resolverá respecto a la custodia de los hijos, y su manutención. (14)

E S P A Ñ A

El divorcio en el derecho Español, cuya fuente principal fué el Derecho Canónico, no admitía el divorcio sino simplemente la separación de los esposos, fundado en razones de orden moral teniendo en cuenta fundamentalmente el interés de los hijos; siendo el Código Civil de 1889 el que regulaba la materia.

Históricamente y también de acuerdo con lo que establecía el Código Civil respecto al matrimonio, este sólo se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio únicamente producía la suspensión de la vida en común, permaneciendo invulnerable el matrimonio. La indisolubilidad del matrimonio en el pueblo español obedecía a su carácter eminentemente católico y por ende, contrario al divorcio que es fuente de desajustes en el seno de la familia y de la sociedad, toda vez que el pueblo español es conservador por excelencia y de ahí la justificación del legislador español al no admitir el divorcio absoluto sino únicamente la separación de cuerpos.

España sustentaba el principio de que el divorcio sólo podía ser solicitado por el cónyuge inocente y siempre que concurriera una de las causales contenidas en el Código, que fueron en número de seis y éstas como la mayoría de las legislaciones estaban reconocidas como causas de divorcio, por la gravedad que revestían y era las siguientes:

1a. El adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.

2a. Los malos tratamientos de obra o las injurias graves.

3a. La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

4a. La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

5a. El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la convivencia en su corrupción y prostitución.

(14) Montero Duhalt, Sara. Idem. Págs. 11 a 16.

6a. La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.

A interposición de la demanda de divorcio por -- cualquiera de las causas señaladas y admitidas por el Tribunal competente éste adoptará a petición del demandante, las siguientes medidas:

I. Separar a los cónyuges en todo caso.

II. Depositar a la mujer en los casos y formas -- prevenidas en la Ley de enjuiciamiento civil.

III. Poner a los hijos al cuidado de uno de los -- cónyuges. o de los dos, según proceda.

IV, Señalar alimentos a la mujer y a los hijos -- que no queden en poder del padre.

V. Dictar las medidas necesarias para evitar -- que quien hubiese dado causa al divorcio o contra quien se dedujese la demanda de nulidad del matrimonio, perjudique a la mujer en la administra-- ción de sus bienes.

Estas medidas eran de carácter provisional que se adoptaban antes de que se decretara el divorcio, con la finalidad de que el cónyuge inocente conservará su libertad y la seguridad de los bienes matrimoniales, así como poner a los hijos a salvo de las disputas de los cónyuges.

La sentencia que se dicta en juicio de divorcio -- producía efectos respecto de los cónyuges, de los hijos y de la sociedad -- conyugal.

Los efectos que producía en la persona de los es-- posos es la de que el cónyuge inocente podría fijar domicilio aparte sin -- ninguno de los que se divorciaran pudieran recobrar su libertad para con-- traer nuevo matrimonio, pues como hemos dicho el divorcio no entrañaba más -- que la separación de cuerpos. Producía efectos sobre los hijos, al poner-- los bajo la custodia del cónyuge inocente y si ambos eran culpables se les -- nombraba tutor. Por último la sentencia producía efectos en la sociedad -- al ordenar la disolución -- de la sociedad de gananciales y se procedía a -- su liquidación. Cuando el marido era el demandante y obtenía el divorcio -- y se le reconocía el carácter de cónyuge inocente, conservaba la administra-- ción de los bienes del matrimonio y la mujer perdía todo el derecho a los -- gananciales ulteriores. Cuando el marido era el culpable perdía la adminis-- tración de los bienes de la mujer. (15)

En la época de la República Española, la Constitu-- ción de 9 de diciembre de 1931, en su artículo 43, estableció que "el matri-- monio podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los --

(15) Valverde, Calixto.- Tratado Elemental de Derecho Civil Español, Ed. Ouesta, España 1926, págs. 200 y 201. 2a. Edic.

cónyuges con alegación de causa legítima". (16) En consecuencia, la Ley - de divorcio del 2 de marzo de 1932, admitió ambas formas de disolución del vínculo matrimonial.

Al término de la Guerra Civil Española, el decreto de 24 de diciembre de 1938, declaró que no podía considerarse vigente ninguno de los preceptos de la Constitución de la República Española, y, por ende deroga la Ley de Divorcio del 2 de marzo de 1932, reglamentaria del artículo 43 de la propia Constitución, quedando posteriormente en vigor el Código Civil de 1889, con algunas modificaciones.

Finalmente la Legislación Española promulgó la Ley del 30/1981 de julio 7 de 1981, la cual vino a derribar el último bastión - levantado por el Derecho Canónico, Ley que introdujo la Institución del Divorcio, permitiendo la disolución del matrimonio, España no tiene una Ley - de divorcio propiamente ya que queda comprendido éste dentro de su Código - Civil, sin embargo la voz popular la bautizó como "proyecto de Ley de Divorcio", el proyecto de la Ley 30/1981, reformó al Código Civil Español, sustentando esta Ley los siguientes criterios:

1. Renovar el derecho de familia español, adaptándolo a los requerimientos de una sociedad, cambiante y moderna.
2. La existencia del divorcio se basa en el principio de la aconfesionalidad del Estado y de la libertad de religión y de creencia.
3. El hecho de que no sea razonable la negativa - del divorcio basado en la defensa de la familia.
4. La respuesta ética del régimen jurídico apoya - do en conservar de por vida un hecho sin solución.
5. Que el gobernado requiere que las leyes lo dejen hacer su vida.
6. Que el divorcio es un acto melodramático por - el que dos extraños se encuentran y redefinen.
7. Que el propio divorcio sea en función de la familia.
8. Que la idea modernista del divorcio ha rebasado el concepto del "divorcio culpa" y "divorcio remedio" y concibiendo el - divorcio como la certificación y comprobación del fracaso matrimonial.
9. El divorcio se sustenta en la cesación real -- de la convivencia conyugal, siendo indispensable una separación previa ya - sea legal o de hecho, toda vez que si no existe la separación será indispensable hacer valer una causal cierta y culposa como requisito para solicitar el mismo.

(16) Custan Toboñas, Jca. Derecho Civil Español Común y Foral, Ed. Reus, Madrid España, T.I, Vol. 1. Pág. 206. 8a. Edic. 1966.

La Tratadista Sara Montero Duhalt, nos dice al respecto que las causales de divorcio señaladas en el artículo 86 de la Ley -- enunciada contempla cinco fracciones, que prácticamente se resumen a dos, -- las cuales son: 1a. El cese real de la convivencia conyugal que se traduce en cuatro formas y la 2a. Que consiste en la sentencia condenatoria por delito que atentara contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Respecto a la primera causa, del cese efectivo de la convivencia conyugal, funciona a su vez de dos formas; que haya petición previa de la separación judicial, ya sea bilateralmente o unilateralmente con el consentimiento del otro cónyuge, o por uno en contra del otro, o --- cuando el cese sea verdaderamente un hecho.

La ley establece plazos que deben transcurrir en -- cada uno de los supuestos del cese real de la convivencia conyugal, constatación en que se basa la causal más significativa del divorcio vincular.

Para solicitar la separación judicial, el artículo 82 de la Ley en comentario, contempla siete causales de las cuales las -- tres primeras son las denominadas "causas sanción" como lo son: el adulterio, la violación grave de los deberes con respecto a los hijos y la condena a prisión que rebase los seis años. La cuarta corresponde a las causas "eugenesicas" que son el alcoholismo, toxicomania o perturbaciones mentales que requieran la suspensión de la convivencia.

Las tres restantes son repetitivas del "cese efectivo de la convivencia conyugal", en diferentes aspectos.

Lo significativo de la Ley es que a excepción de -- la quinta causal del divorcio vincular, que consiste en el atentado a la vida contra el otro cónyuge o sus ascendientes y descendientes, no siendo necesario ser de un plazo anterior a la separación para efecto de que opere el divorcio vincular, siendo requisito indispensable antes de la separación real de los cónyuges establecer un "periodo de prueba". (17)

FRANCIA

En el antiguo Derecho Francés prevalecía la separación de cuerpos como una reminiscencia de la Iglesia Católica, que sólo admitía el divorcio como mera separación de cuerpos; sin embargo, con la -- Revolución Francesa, el principio de la indisolubilidad del matrimonio era contrario a la naturaleza individualista de la Revolución, se instauró el divorcio ya restablecido en los países protestantes. En consecuencia, el -- Legislador de la Revolución que veía un contrato civil en el matrimonio, -- suprimió la separación de cuerpos e instituyó el divorcio como forma de -- disolver el matrimonio.

El divorcio era admitido por diversas causas como - la emigración, la locura, la desaparición de uno de los cónyuges durante - cinco años. El mutuo consentimiento y la incompatibilidad de caracteres - eran motivo para lograr el divorcio. EL procedimiento se hizo sumamente - fácil y los resultados fueron el abuso.

La facilidad en el procedimiento para obtener el - divorcio provocó el abuso, por lo que el Legislador asustado de su obra, - por la grave amenaza que constituía para la estabilidad del matrimonio y - de la familia, mediante un decreto se retrocedió a la Ley de 1792, con ob- jeto de evitar males mayores.

El Código Civil puso fin a esta anarquía familiar - y como fórmula de transacción para contener los abusos creados por el le- gislador de la Revolución, no suprimió el divorcio pero limita sus causas; suprime el divorcio por incompatibilidad de caracteres y hace más difícil y complicado el procedimiento en el divorcio por mutuo consentimiento y, por último, restablece la separación por mutuo consentimiento y, asimismo - - restablece la separación de cuerpos, como una satisfacción a los católicos, para hacer compatible este ordenamiento legal con la legislación de la - - Iglesia.

Poco tiempo duró el sistema anterior, pues con la restauración y la carta de 1814, el catolicismo volvió a ser la religión - de Estado, no se restableció el divorcio sino hasta sesenta y ocho años -- después de 1816, tornándose a la separación de cuerpos. No obstante que -- por Carta de 1830, la religión católica deja de ser la religión de Estado, no se restableció el divorcio sino hasta sesenta y ocho años después de - abolido, es decir, es la Ley de 19 de julio de 1884 la que reintegra el di- vorcio a la Legislación Francesa.

Salta a la vista que los cambios que ha sufrido - el divorcio en la legislación francesa, son a consecuencia de la influen- cia de la religión católica, en las relaciones del Estado y la Iglesia, -- pues mientras el catolicismo es religión de Estado, el divorcio se proscri- be y se restablece cuando el Estado se separa de la religión. Se dice -- que la historia del divorcio es la historia de la religión católica en Fran- cia.

No hubo divorcio en Francia a partir de 1816 y -- hasta 1884, en que se reimplanta pero no en los términos de la Ley de 20 - de septiembre de 1792, sino más bien en los términos del Código Napoleón, - restringiendo a los casos de adulterio, de injurias graves, de sevicia y - de condenas criminales. (18)

Francia fue el primer país europeo que introdujo - el divorcio vincular por mutuo consentimiento, y consideró al matrimonio -- como un contrato civil incompatible con la idea de la indisolubilidad que significaba una contradicción a los "derechos del hombre" y la idea de li- bertad que presidía estos derechos.

En consecuencia, la Legislación Francesa admite - el divorcio por las causas enumeradas en el artículo 229 de la Ley del 11 de julio de 1975, que dice El divorcio puede ser demandado en caso:

- De consentimiento mutuo;
- De ruptura de la vida en común;
- De falta.

ITALIA

En la Legislación Italiana no se contemplaba el divorcio vincular, por ser el país eminentemente católico de todos los países europeos, por ser sede dentro de su territorio del pontificado e introdujo el divorcio por ley del primero de diciembre de 1970.

De pocas leyes se recuerda que hayan producido una espectacular controversia, adeptos y adversarios del divorcio no han cesado de enfrentarse desde que surgió esta ley como simple proyecto. Siendo su principal razonamiento de los adversarios la inconstitucionalidad de dicha ley, aduciendo que la misma violaba el concordato suscrito por Italia en el cual se dejaba a la sola jurisdicción de la Iglesia el poder de anular los matrimonios de acuerdo con las reglas establecidas por el Derecho Canónico.

El 23 de noviembre de 1973, la Corte Constitucional afirmó la legalidad constitucional de la ley. Se opinó que la soberanía del Estado se encontraba en juego, el hecho mismo de que los efectos civiles del matrimonio eclesiástico se sujetaran a una inscripción sobre la cual el Estado tiene plena jurisdicción, significa que este no ha renunciado jamás en esa materia, la competencia de sus propios Tribunales.

La ley de divorcio es independiente de la materia de nulidad de matrimonio eclesiástico cuya jurisdicción es también eclesiástica; pero ello no significa que el Estado no pueda regular la cesación de los efectos civiles en todos los tipos de matrimonio; derecho que sólo puede ejercer a través de sus propios tribunales civiles. Por otro lado, admitir que existen dos tipos de matrimonios, con efectos legales distintos, sería como admitir la existencia de dos tipos de ciudadanos, con lo que se violaría el principio de igualdad de todos frente a la ley y el principio de la libertad religiosa que supone la libertad de cambiar de religión sin incurrir en consecuencias desfavorables.

Los adversarios pusieron todo su empeño en organizar un referendun, sola posibilidad para todos los electores de hacer conocer si querían o no la abrogación de la ley de divorcio. Se trataba de hecho de un duelo ideológico entre laicos y católicos. Se trataba también de una lucha política entre, por una parte, de los comunistas, socialistas,

social demócratas, republicanos y liberales, partidarios de una nítida separación entre los poderes del Estado y de la Iglesia y, de otra parte, los demócrata-cristianos a los cuales se añadían los neofascistas del movimiento social italiano.

Los diversos partidos políticos llevaron a cabo la consulta popular en mayo 12 de 1974, la que finalmente por mayoría de votos estableció a favor de los partidos de la corriente divorcista la ley del divorcio, la cual en su primera causal prevista por el artículo tercero de la Ley, establecía el crimen por uno de los esposos misma que no ha sido hecha valer ante los Tribunales.

La mayoría de las acciones de divorcio radicaban en el cambio de separación de cuerpos, en divorcio vincular, misma que no era deseada, siempre y cuando que la separación de los cónyuges cumpliera lo preceptuado por la Ley. Existiendo en la separación dos casos que son: La judicial y la de hecho, en las cuales es requisito indispensable que transcurra un determinado tiempo, existiendo diversas formas de probar los dos casos.

En consecuencia, la legislación italiana en forma genérica establece la comprobación de la ruptura objetiva del matrimonio, mediante el alejamiento de los cónyuges misma que es la causal casi única invocada para lograr el divorcio.

Países de América Latina

Dada la influencia católica y la legislación española América Latina sostuvo el criterio de indisolubilidad del matrimonio, admitiendo únicamente el divorcio-separación, o la nulidad de matrimonio según el derecho canónico. A fines del siglo XIX e inicios del XX, que el divorcio vincular se admite paulatinamente por estos países exceptuando Argentina, Brasil, Chile y Paraguay, Colombia realiza cambios a su Código Civil mediante Ley de 1976 que implanta el divorcio vincular en el artículo 152, y señala nueve causales de divorcio, excluyendo el mutuo consenso.

En forma genérica Latinoaméricaregula el divorcio mediante disposiciones del Código Civil o por Leyes-Decretos que complementan el propio Código y que se han regido por el Código Civil Francés. Así el divorcio se contempla en la República del Salvador por su Ley del 24 de abril de 1894; Venezuela se rige por su Código de 1904; Bolivia mediante Ley del 15 de abril de 1932; Cuba por Decreto-Ley número 206 de mayo 10 de 1934, que se modificó con el Código de Familia de 1975; y así se podría seguir la lista ya que se trata de un movimiento general de reformas o de imitación legislativa, producida en un lapso menor de 50 años.

A excepción de los Países mencionados anteriormente América reconoce tres causas de disolución del matrimonio mismas que son las

siguientes:

Primera.- La muerte de uno de los cónyuges.

Segunda.- La nulidad.

Tercera.- El divorcio.

En esta última figura encontramos (exceptuando a el Salvador), que existe la separación de cuerpos, misma que no rompe el vínculo y sólo suspende la cohabitación .

La separación normalmente puede pedirse por las mismas causas que el divorcio vincular, exceptuando a México que permite la separación sólo por causas de enfermedad, y Cuba que no regula la separación judicial.

Generalmente los estados de América Latina admiten tres categorías de causas en el divorcio que son:

Las que implican falta, ciertas causas objetivas y el mutuo consentimiento. Cabe hacer notar que en Uruguay se permite que la mujer obtenga su divorcio con la sola voluntad unilateral. (19) .

C) EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO

El divorcio en la época precortesiana, entre los aztecas sabemos que el matrimonio era considerado como una necesidad social e impuesto a determinada edad. El divorcio no se concedía fácilmente aún cuando tanto el hombre como la mujer tuvieran derecho de pedirlo, y al solicitar lo los cónyuges eran exhortados para continuar viviendo en paz, y sólo se concedía cuando era solicitado en forma insistente. Las causales de divorcio eran cinco para el hombre y tres para la mujer. Al llevarse a cabo la separación, los hijos varones quedaban al lado del padre y las hijas con la madre, consumándose la disolución del vínculo despachando rudamente a los interesados lo que significaba la tácita autorización de divorcio, pues no se hacía por sentencia en virtud de que el divorcio era mal visto por el pueblo. (20)

Causales del hombre.- Que la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, sufriera una larga enfermedad o fuera estéril.

(19) Montero Duhalt, El divorcio, Ob.Cit. Págs. 17 a 22.

(20) Montero Duhalt, Sara, Idem. Págs. 23 a 24.

La mujer a su vez tenía las siguientes causas: que el marido no pudiera mantener a ella o a sus hijos, o que la maltrata físicamente.

El culpable se castigaba con la pérdida de la mitad de sus bienes, y los divorciantes podían contraer nuevo matrimonio salvo entre ellos mismos.

Que para esta época era curioso la causal de incompatibilidad de caracteres, que al parecer prevalecía entre los tarascos.

En la época de la Colonia, prevaleció el espíritu que imperaba en la Madre Patria, influenciado por disposiciones de orden Canónico y considerado el matrimonio como un sacramento indisoluble; por consiguiente, en materia de divorcio se admitía la separación de cuerpos.

Después de la independencia, continuó en vigor la Organización jurídica de la época colonial que fue desapareciendo a través del tiempo. En materia de Derecho Privado rigió la recopilación de indias y otras leyes especiales. Es hasta el año de 1822, cuando se expide un decreto nombrando una comisión encargada de hacer el Código Civil Mexicano, del cual ni siquiera se formó un anteproyecto. Posteriormente encontramos los primeros ensayos de legislación en la ley de desamortización de Melchor Ocampo.

Más tarde, como consecuencia de la separación de la Iglesia y el Estado, se expidió la Ley del matrimonio civil el 23 de julio de 1859, que consideró el matrimonio como un contrato civil, y niega toda intervención a las autoridades eclesiásticas.

En el año de 1873 se adicionó la Constitución — de 1857, elevándose a principio Constitucional la disposición que consideraba el matrimonio como contrato civil, quedando sometido, al igual que todos los actos del Estado Civil de las personas, a la competencia exclusiva del Poder Público.

No obstante el imperio de las ideas liberales de la época, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 siguieron considerando el matrimonio como un lazo indisoluble, admitiendo únicamente la separación de cuerpos, porque el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, sino que solamente suspendía algunas obligaciones civiles.

"Tanto es el respeto que merece ese vínculo, como uno de los principales fundamentos sobre los que reposa la sociedad, — que no sólo se ha declarado su indisolubilidad por los artículos 159 y — 239 del Código Civil, sino que éste se ha elevado a la categoría de precepto Constitucional". Esto nos dice el autor Mateos Alarcón. (21)

Como hemos visto, el Legislador de 1870 consideró el divorcio como simple separación de cuerpos y no como disolución vincular, para dejar a los cónyuges en libertad de contraer nuevo matrimonio.

El Código Civil de 1870 señala siete causas que daban motivo para promover el juicio de divorcio, y eran las siguientes enunciadas en su artículo 240.

- 1a. El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2a. La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- 3a. La incitación o violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito; aunque no sea de incontinencia carnal.
- 4a. El conato de alguno de los cónyuges para corromper a los hijos, o a la convivencia en su corrupción.
- 5a. El abandono sin justa causa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años.
- 6a. La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquel, y
- 7a. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Además de las causas antes enumeradas que daban motivo para el divorcio necesario, este mismo ordenamiento legal admitía el divorcio por mutuo consentimiento que, al igual que el necesario, sólo resolvía la separación de cuerpos. El legislador admitió el divorcio por mutuo consentimiento, al considerar que en muchas ocasiones no se quieren revelar las causas que orilla a los cónyuges a solicitar su divorcio, pero el procedimiento se hizo más lento y complicado, con el objeto de dar tiempo a los cónyuges a recapacitar buscando la reconciliación cuando la causal o motivo era susceptible de perdón o de reconsideración, estimando que la decisión podía ser producto de un acto violento de ambos cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento podía solicitarse después de dos años de celebrado el matrimonio y el procedimiento que se seguía era de que el Juez ante quien se presentaba la solicitud, acompañada del convenio que fijaba la situación de los hijos, citaba a los cónyuges a una junta y si persistían en su propósito de divorciarse, citaba a una nueva junta donde nuevamente los cónyuges eran exhortados a desistir de sus propósitos y si a pesar de esta nueva oportunidad insistían, el Juez dejaba pasar tres meses en cada una, y transcurrido dicho lapso, decretaba el divorcio.

La legislación de 1884 al igual que la 1870 instituyó el divorcio por separación de cuerpos, bien como divorcio necesario o por mutuo consentimiento, siendo las causales para solicitar el divorcio necesario las que implicaban delitos graves, hechos inmorales o incumplimiento de obligaciones conyugales.

Las siete causales de divorcio del Código anterior, son aumentadas en cinco más por el Código Civil de 1884, además del mutuo consentimiento, y son las siguientes:

8a.- El hecho de que la mujer dé a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

9a.- La negativa de uno de los cónyuges a suministrar alimentos conforme a la Ley.

10a.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

11a.- Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria anterior a la celebración del matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

12a.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales. (22)

Siguiendo el curso histórico del divorcio en nuestra legislación Mexicana, encontramos la primera Ley que implanta el divorcio vincular por decreto del 29 de diciembre de 1914, publicado en Enero 2 de 1915 en el periódico el Constitucionalista, que era el periódico oficial de la Federación, en el Puerto de Veracruz por Don Venustiano Carranza, quien por razones de orden político fué a Veracruz a establecer el Gobierno Constitucionalista, decreto por el que se reforma la fracción 9a. del artículo 23 de la Ley de diciembre 14 de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretadas del 25 de diciembre de 1873. (23)

"Esta Ley, en dos únicos artículos expone:

Art. 1o. Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos:

-
- (22) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, 1974, T. I. Pág. 365. Ed. Porrúa, México 1974, 10a. Edic.
- (23) Pacheco Escobedo, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Ed. Panorama Editorial México 1984, 1a. ed. Pág. 146.

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

Art. 2o. Entre tanto se establece el orden Constitucional en la República los gobernadores de los estados quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles las modificaciones necesarias, a fin de que esta Ley pueda tener aplicación.

Esta Ley por su enorme liberalidad recuerda la primera Ley de divorcio vincular surgida en Francia que en la época de la Revolución. En circunstancias análogas, en plena revolución Mexicana entró en vigor la que reseñamos y la misma fue -Igual que en su época la de Francia atemperada en su excesiva laxitud, por una Ley posterior próxima en tiempo. En México, tres años después, la Ley sobre Relaciones Familiares, también expedida por Venustiano Carranza, moderó los preceptos de la Ley de 1914 y limitó sus alcances". (24)

La Ley de Relaciones Familiares expedida el 9-abril de 1917, admite la disolución del vínculo matrimonial, mediante el divorcio. Da a la mujer capacidad jurídica, suprime la potestad del marido y en general organiza la familia sobre bases distintas de las anteriores legislaciones. (25)

En consecuencia encontramos que este ordenamiento jurídico rompe las tradiciones de las anteriores codificaciones al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble por el divorcio y que los que lo obtenían, recuperaban su libertad para contraer nuevo matrimonio, pero esa libertad tenía algunas limitaciones, como la contenida en el art. 140 que establece que "La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contraerse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación".

El artículo 75 de este Cuerpo de Leyes, dispone: "el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

La Ley de Relaciones Familiares, en el Artículo 76 enumera en forma limitativa doce causales de divorcio, que son las mismas que estableció el legislador de 1884 para la separación de cuerpos, pero suprimió la infracción de las capitulaciones matrimoniales como causa de divorcio.

(24) Montero Duhalt, Sara. El divorcio, Idem. Págs. 26 y 27.

(25) Sánchez Medel, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Ed. Porrúa, México 1979, Ira. ed. Págs. 22 a 35.

Admitida únicamente por el Código de 1884, y agrega la causa contenida en la fracción XI, que dice: "Cometer un cónyuge - contra la persona o los bienes de otro, un acto que sea punible en cualquier otra circunstancia, o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la Ley, una pena que no baje de un año de prisión".

Esta Ley reguló también el divorcio por mutuo consentimiento en su fracción XII, y a diferencia del Código de 1884, podía solicitarse después de un año de celebrado el matrimonio y se obtenía, celebrando el Juez de primera Instancia ante quien se acudía tres juntas, mediando entre una y otra cuando menos un mes y si los solicitantes insistían en su petición, se decretaba el divorcio. (26)

El Código Civil de 1928, que entró en vigor hasta el día 10 de octubre de 1932, no define el divorcio, pero estatuye en el artículo 266, que es una reproducción del artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares, "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". (27)

El Código Civil vigente enuncia limitativamente las causales de divorcio, entendiendo por causales-- aquellas circunstancias que permiten obtenerlo, con fundamento en una determinada legislación por el procedimiento previamente establecido al efecto", según nos dice el Maestro - Rafael de Pina. (28)

Las causales contenidas en el artículo - 267 Del Ordenamiento Legal en vigor, pueden clasificarse por razones de moralidad, de enfermedad, falta de cumplimiento de las obligaciones, de abandono del hogar conyugal, por ausencia y por razones de delito, y son las siguientes :

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;-

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero ó cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

(26) Ley de Relaciones Familiares. Ob. Cit. Págs. 27 a 29

(27) Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Págs. 365 y 366

(28) De Pina, Rafael. -- Ob. Cit. Págs. 342

IV.- La incitación a la violencia hecha -- por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no -- sea de incontinencia carnal;

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, -- contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobre -- venga después de celebrado el matrimonio;

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

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

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

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

XI.- La sevicia, las amenazas o las inju -- rias graves de un cónyuge para el otro;

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

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el -- cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez -- o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando -- amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII.- El mutuo consentimiento;

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de 2 años, independientemente:— del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos. (29)

Cabe decir que este Código, distingue cuatro formas distintas de divorcio, tres de ellas ya reglamentadas en la Ley de Relaciones Familiares, que consisten en: 1ro. Divorcio necesario; 2do. Divorcio voluntario; 3ro. Separación de cuerpos y 4to. Divorcio voluntario administrativo.

El divorcio necesario tiene lugar cuando se invoca una o varias causales de las señaladas en las fracciones Primera a Décimo octava del artículo 267 del Código Civil Vigente, a través del procedimiento señalado por la Ley Adjetiva, a excepción de la fracción XVII que trata del divorcio voluntario, llamado así en contra posición al divorcio necesario y que presupone el acuerdo o el consentimiento mutuo de los cónyuges para obtener la disolución del vínculo matrimonial que los une, mediante un procedimiento no contencioso.

Como una verdadera novedad el legislador autor del Código Civil vigente, introdujo el divorcio voluntario administrativo, que a diferencia del judicial, se obtiene mediante la comparecencia de ambos cónyuges ante el Juez del Registro Civil, la forma y los términos para que tenga lugar este tipo de divorcio administrativo, se observan en el artículo 272 del propio Código civil.

El divorcio necesario puede solicitarse en cualquier tiempo, después de celebrado el matrimonio, pero sólo un año después de efectuado éste podrá pedirse el divorcio por mutuo consentimiento.

En virtud de la disolución vincular, los cónyuges recobran su absoluta capacidad para contraer nuevo matrimonio, pero en el primer caso el cónyuge que dió causa al divorcio, no podrá hacerlo sino después de dos años contados a partir de la fecha en que se decretó; en el segundo caso, ambos cónyuges pueden volver a casarse después de que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

Como corolario de estos dos capítulos podemos decir que el matrimonio es una Institución en la que debe existir una comunidad espiritual entre los consortes, que permita la función biológica, el cumplimiento de los deberes comunes, la fidelidad, asistencia mutua y socorro, impuestos por el derecho y la moral. Por eso la Sociedad y el Estado es tan interesados en su mantenimiento y sólo por excepción la Ley permite que se rompa el vínculo matrimonial.

En consecuencia, cuando en el matrimonio no existe la comunidad espiritual, fundamentalmente la asistencia mutua y el socorro; cuando el matrimonio es una fuente de constantes desavenencias, de desajustes conyugales que hacen imposible la vida en común, debe disolverse el vínculo matrimonial en prevención de males mayores. El Estado ha contemplado esta situación y desde la Ley de 29 de diciembre de 1914, ya apuntó la necesidad de considerar el divorcio no meramente como separación de cuerpos, como lo establecieron los Códigos anteriores, sino como el rompimiento del contrato matrimonial, que finalmente cristalizó en la Ley de Relaciones Familiares y plasmado en el Código Civil en vigor.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha ocupado de la institución del matrimonio y del divorcio en múltiples ejecutorias y transcribo a continuación una de ellas, la que a mi juicio sintetiza el sentimiento del Estado y de la Sociedad respecto de dichos actos, que dicen: "Es cierto que el matrimonio es una Institución de orden público útil a la Sociedad y a la Patria y que el divorcio es un mal social, sin embargo es el único remedio legal para determinadas situaciones de extrema gravedad que surgen dentro de los cónyuges, porque no debe perderse de vista que cerrar injustificadamente la puerta al divorcio puede dar resultados tan funestos como abrirla sin limitación". (29)

CAPITULO TERCERO

P A T R I A P O T E S T A D

- A) ANTECEDENTES HISTORICOS
- B) DERECHOS Y OBLIGACIONES
- C) ANALISIS DEL ART. 283 DEL CODIGO
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ANTES
DE LA REFORMA DE 1983-1984.

P A T R I A P O T E S T A D

A) ANTECEDENTES HISTORICOS

Esta Institución que tiende, como el Derecho de Familia, a guardar el equilibrio de las relaciones familiares, tiene una gran importancia jurídica, moral y social y comprende, desde luego, la educación, vigilancia y corrección de los menores, por quienes la ejercen y la vigilancia por el Estado, para que las personas que ejercen la patria potestad cumplan con esa obligación, así como a vigilar el comportamiento que deben los hijos a sus ascendientes.

Desde la antigüedad la patria potestad ha tenido por objeto lograr el mejor desarrollo del ser que inicia su vida, hasta que éste tiene la capacidad y el discernimiento necesario para poder guiar sus pasos en la vida y el concepto de patria potestad ha cambiado de acuerdo con la época y el país y así de poder absoluto que era en sus orígenes, con el tiempo se va restringiendo hasta llegar al concepto moderno que considera la patria potestad como una Institución establecida en beneficio de los hijos.

En Francia, Planiol y Ripert definen esta Institución diciendo: La patria potestad es el conjunto de derechos y poderes que la Ley concede al padre y a la madre sobre las personas y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como padres.
(1)

(1) Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Ob. Cit. T.I.2, Pág. 233.

Bonaccase nos dice: La patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre, parcialmente, a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto de los hijos menores, considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios. (2)

La tratadista Montero Duhalt nos dice que la patria potestad; Es la institución derivada, de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad. Asimismo que el concepto de patria potestad perdura generalmente en las legislaciones vigentes que responde sólo a la fuerza de la tradición, más no al espíritu de esta institución que ya no es patria ni es potestad, que este concepto significó el poder del padre ya que la organización familiar se basaba en el propio poder del padre, el cual era ejercitado no únicamente sobre sus descendientes sino sobre todo el grupo familiar el cual era extenso. Actualmente la patria potestad dejó de ser patria toda vez que no es exclusiva del padre, por compartirse en igual forma con la madre o en ocasiones exclusiva de ella, o ejercida por los otros ascendientes, en pareja o únicamente por uno de los abuelos o abuelas, que tampoco es potestad, lo que significa poder. A virtud de que esta institución no concede poder, ya que se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con respecto a los descendientes, y que en tiempos pasados se han intentado otras denominaciones, aún en las discusiones que precedieron a la vigencia del Código de Napoleón, se discutió para sustituir las palabras "Patria Potestad por la de la Autoridad de los Padres y las Madres", persistiendo la antigua denominación. En el Código de Familia Ruso de 1918, se sustituyó el nombre de patria potestad por el de derechos y deberes respectivos de los hijos y de los padres. (3)

La mayor parte de las definiciones, aunque varían una de otra, al menos coinciden que en su esencia al admitir que la patria potestad es el conjunto de facultades y obligaciones conferidas a quienes la ejercen, padres, ascendientes y subsidiariamente a los terceros, en relación a las personas y bienes de quienes están sujetos a ella.

La patria potestad es una institución civil que más que poder es una función, pues con el correr del tiempo ha perdido su carácter autoritario que tuvo en el Derecho Romano, hasta llegar a ser lo que actualmente es: una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor.

(2) Bonaccase, Julien. Ob. Cit. T.I. Pág. 427

(3) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia, Ob. Cit. Págs. 339 y 340.

Históricamente, la patria potestad ha sufrido múltiples cambios según la época y el país, encontramos que, entre los romanos, la ejercía el padre exclusivamente, quien tenía poder absoluto sobre el hijo, en su persona o en sus bienes. Eugene Petit dice: Este poder confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos análogos a los del amo sobre el esclavo y que ejercía, al mismo tiempo que sobre la persona y los bienes de los hijos. La potestad paternal pertenece al jefe de familia sobre los ascendientes y se ejercía por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano. Este derecho que ejercía el padre sobre los hijos llegaba hasta el grado de poder darles muerte, ya que el padre poseía el poder de vida y muerte; sin embargo para dar muerte a un hijo se necesitaba contar con la aprobación de los parientes más próximos o de personajes importantes como los senadores. El autor citado, al respecto, dice que el padre era un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. (4)

Como consecuencia del relajamiento de las costumbres se abusó del derecho que tenía el padre sobre los hijos de vida y muerte, se provocó la intervención de los magistrados, en la época del imperio, y se instituyeron castigos para el padre que abusaba de su derecho de patria potestad, el cual con el transcurso del tiempo se redujo a un simple derecho de corrección de faltas leves, pero el castigo de faltas graves motivaban una acusación ante el magistrado, quien era el único con derecho para pronunciar la sentencia de muerte.

El padre podía ceder a un tercero al hijo que tenía bajo su autoridad, lo que ocurría generalmente en casos de miseria, bien como una verdadera venta o como simple garantía respecto de su acreedor. El hijo mancipado en estas condiciones tenía el valor que sus servicios pudieran prestar. Esta práctica fue objeto de lucha, decidiendo la Ley de las XII Tablas que el hijo mancipado tres veces, fuese libertado de la autoridad paternal. Se admitió, igualmente, que para las hijas y los nietos bastaba una sola mancipación para que quedaran liberados de la patria potestad.

El hijo, en cuanto a sus bienes, primitivamente estuvo en situación semejante a la de un esclavo, pues no podía tener bienes propios y los que adquiriría pertenecían al jefe; pero con el tiempo se admitió que los bienes adquiridos por los hijos pasaban a formar parte del patrimonio del jefe de familia, constituían una copropiedad, latente en vida del jefe, pero que recobraban a la muerte de éste. Más tarde, en el imperio, ciertos bienes podían ser de la exclusiva propiedad de los hijos.

Fue el matrimonio ó *justae nuptiae* la fuente de la patria potestad en el derecho romano, aunque también nacía de la adopción y se hizo extensiva, en la época de los emperadores romanos, a la legitimación.

(4) Petit, Eugene. Ob. Cit. Págs. 98 y 99

La patria potestad entre los romanos se prolongaba por toda la vida del padre y ni por mayoría de edad del hijo ni por su matrimonio se extinguía, con excepción del caso de la hija que contrae matrimonio cum manu, pues entonces pasa a depender de la autoridad del marido o de quien ejerza sobre éste la patria potestad. (5)

La patria potestad entre los romanos podía extinguirse por acontecimientos fortuitos o ajenos a la voluntad y por actos solemnes o dependientes de la voluntad del jefe de la familia. La autoridad paterna se extinguía en el primer caso por la muerte del jefe de la familia, por su reducción a la esclavitud y por la pérdida del derecho de ciudadanía; en estos casos los hijos sometidos a la potestad paternal se hacían sui iuris.

Igualmente se extinguía la patria potestad por causas ajenas a la voluntad del jefe de familia o acontecimientos fortuitos, por la muerte del niño, su caída en esclavitud y por la pérdida del derecho de ciudadanía

La elevación del hijo de familia a ciertas dignidades, como sacerdote de Júpiter o de hija de vestal, eran acontecimientos fortuitos, que provocaban la extinción de la autoridad paterna y durante el período de Justiniano se produjo el mismo efecto, por la elevación del hijo de familia a patricio, obispo, cónsul, prefecto del pretorio o cuestor del palacio.

Por voluntad del jefe de familia o actos solemnes se extinguía la patria potestad y dichos actos eran: la adopción y la emancipación. Mediante la adopción se establecen relaciones análogas a las que existen entre el hijo y el jefe de familia, de manera que el adoptado queda sujeto a la autoridad paterna del adoptante y pasa a formar parte de una familia civil. Por medio de la adopción se perpetuaba la familia, en una época en que cada familia tenía un papel político en el Estado y en donde la extinción del culto doméstico era considerado como una deshonra.

Mediante la institución llamada emancipación, el jefe de familia hacía salir al hijo de su potestad haciéndose sui iuris ó sea persona libre de toda autoridad, dependiente de sí misma. En consecuencia, por la emancipación se extingue la potestad paternal y el emancipado deja de pertenecer a la familia civil de su padre y civilmente carece de parientes. La pérdida de sus derechos de agnación o parentesco civil, abarcaba a los hijos que hubiere tenido antes de la emancipación y que el abuelo hubiere conservado bajo su potestad, considerándose que ya no guardaba relación de parentesco civil con el emancipado, quedando únicamente bajo su potestad, los hijos habidos después de la emancipación. (5)

(5) Petit, Eugene. Ob. Cit. Pág. 66

De acuerdo con el antiguo Derecho Francés, en las regiones de Francia donde regía el derecho escrito se aceptó la patria potestad casi igual que en Roma con la salvedad de que ésta existía hasta que los sometidos a ella cumplían la mayor edad. Cuando el hijo era tratado con crueldad o le eran negados alimentos o inducido al mal, los padres eran obligados a emancipar al hijo. (6)

El derecho francés reconoce tres causas de extinción de la autoridad paterna: 1ra. la muerte del hijo, 2da. su emancipación y 3ra. la caducidad del padre o de la madre. (7)

La primera causa de extinción es una consecuencia del hecho natural del que pierde la vida, en cuyo caso al dejar de existir el que es objeto de la patria potestad, hace que se extinga ésta. La segunda causa es de orden jurídico, pues la emancipación es el acto mediante el cual el menor de edad pero mayor de 18 años, se libera de la autoridad paterna o de la tutela adquiriendo, por dicho acto, la libre administración de sus bienes y de los de su esposa; la tercera causa es propiamente un caso de pérdida de la patria potestad, que opera de pleno derecho privando de ella a los padres indignos o autorizando a los Tribunales a privarlos de ese derecho mediante sentencia.

En el antiguo Derecho Español se concedía el ejercicio de la patria potestad al padre y en caso de fallecimiento de éste, la madre entraba en su ejercicio. Esta facultad concedida a la madre duraba hasta que los hijos cumplían quince años y siempre que aquella quisiera ejercerla y que no contrajera segundas nupcias.

Toda vez que la patria potestad era facultad potestativa de la madre, cuando ésta se negaba o tenía algún impedimento pasaba al hijo mayor que se encontrara entre los veinte y los treinta años; en defecto del hijo mayor, esa facultad era ejercida por el tío del menor y en la hipótesis de que ninguno de ellos pudiera ejercerla era el Juez quien la otorgaba a persona extraña o pariente del menor. (8)

Según el tratadista Calixto Valverde, la patria potestad se extingue en el derecho español, por las siguientes razones:

1ra. Cuando la patria potestad no puede cumplir ya con su fin.

2da. Cuando su fin ha sido realizado o cumplido.

(6) Colín y Capitant, Ambrosio. Curso Elemental de Derecho Civil, Ed. Reus, Madrid España 1952, T.I. Pág. 19

(7) Planiol, Marcel y Ripart, Georges. Ob. Cit. Pág. 290

(8) Valverde, Calixto. Ob. Cit. T.IV. Pág. 513.

Para el autor Castan Tobeñas los modos de terminar la patria potestad se clasifican en absolutos y relativos, según que la extingan en si misma o con relación a la persona que la ejerza. Los primeros son propiamente causas de extinción y los segundos son causas de pérdida de la patria potestad. (9)

Son causas de extinción, clasificadas como modos absolutos: Primero.- La muerte de ambos padres, pues si uno sobrevive ese — ejerce el derecho; Segundo.- La muerte del hijo y Tercero.- La emancipación por matrimonio del menor, por llegar a la mayoría de edad o porque le sea concedida por quien ejerza la patria potestad y la adopción del hijo por otra — persona.

Los modos relativos de extinción que son propiamente de pérdida de la patria potestad, pueden ser: extrajudiciales y judiciales. Los extrajudiciales consisten en las segundas o ulteriores nupcias de la viuda, a menos que el marido la haya relevado expresamente en el testamento.

Los modos relativos judiciales de extinción, son: 1o. La sentencia dictada en causa criminal que cause estado, por consentir el padre o la madre en la prostitución o corrupción de un hijo o una hija o bien porque los padres sean declarados culpables de delito de abandono de familia y la pena imponga la pérdida de la patria potestad; 2o. La sentencia firme dictada en juicio de divorcio y 3o. La sentencia firme dictada en los casos en que los padres traten con extrema dureza a sus hijos o den ejemplos o consejos corruptores.

Resumiendo podemos decir que la patria potestad — es el poder ilimitado que tenía el padre sobre sus hijos hasta de vida y muerte, que podría manciparlos a un tercero y abandonarlos, así mismo tenía poder sobre los bienes de los hijos.

Su autoridad se extendía a su propia esposa, a — las esposas de sus hijos, a los hijos de éstos y a sus esclavos, los cuales — formaban el extenso grupo familiar.

Asimismo en otro concepto, la patria potestad según la define el autor Soto Alvarez, es el poder que ejercen los ascendientes sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad hasta que llega la mayoría de edad o se emancipan. Se protegen intereses materiales y espirituales. Ejerciéndose por los padres, abuelos paternos o maternos implicando, protección, vigilancia, guarda y educación sobre el menor y sus bienes, debiendo los hijos honrar y respetar a sus padres y ascendientes, vivir con quienes ejercen la patria potestad; que son sus legítimos representantes respecto a ellos y sus bienes debiendo educarlos, corregirlos y castigarlos mesuradamente, los bienes del menor pueden adquirirse por su trabajo o cualquier otro título. La administración, propiedad y usufructo de los bienes se rigen por los artículos 428 a 442, la extinción, pérdida y suspensión se regulan por los artículos 443 a 447. La excusa del ejercicio de la patria potestad se contempla por los artículos 411 a 418 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal. (10)

(9) Castan Tobeñas, José, Ob. Cit. Pág. 56

(10) Soto Alvarez, Clemente Introducción al Estudio del Derecho Civil y nociones de Derecho Civil, 2da. Edición, Ed. Limusa, México 1980, Pág. 75.

B) DERECHOS Y OBLIGACIONES

La patria potestad en nuestra legislación la encontramos reglamentada desde el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 en los artículos del 389 al 429. Al efecto, el artículo 389 nos dice: "Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

El precepto transcrito no define la patria potestad, sino que más bien nos da un concepto moral de las relaciones que deben existir entre los hijos, los padres y demás ascendientes.

El artículo 390 del propio Código nos indica quienes están sujetos a la patria potestad, preceptuando que "Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde según la Ley". Esta disposición hace referencia específica a la institución de la patria potestad, indicando que son sujetos de ella los menores de edad que no estén emancipados.

Las dos disposiciones antes transcritas fueron copiadas íntegramente por el Código Civil del D. F., y Territorio de la Baja California de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares ordenamientos de los cuales disponen que: 1o. Las relaciones que deben existir entre los ascendientes y descendientes y segundo el derecho de los padres o a quien corresponda el ejercicio de la patria potestad, de vigilar y corregir a los menores sujetos a ella, y administrar sus bienes, pues la patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos y así lo dispone el artículo 391 del Código de 1870, que establece: "La Patria Potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos."

El Código de 1884 en su artículo 365 reproduce íntegramente el texto del 391 transcrito anteriormente, pero la Ley de Relaciones Familiares introduce modificaciones a ambos dispositivos y nos dice en su artículo 240 "La Patria Potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los hijos legitimados, de los naturales y de los adoptivos".

Los ordenamientos legales de 1870 y 1874 conceden la patria potestad al hombre en orden de importancia así lo rigen los artículos 392 y 366, respectivamente, que disponen que La patria potestad se ejerce: I. por el padre.- II. por la madre; III. por el abuelo paterno; IV. por el abuelo materno; V. por la abuela paterna; VI. por la abuela materna.

En cambio la ley de Relaciones Familiares ya no concede ese papel de importancia al hombre para el ejercicio de la autoridad paterna, indicándonos el artículo 241 por quienes se ejerce: 1ro. por el padre y la madre; 2o. por el abuelo y abuela paternos; 3o. por el abuelo y la abuela maternos.

En consecuencia, sólo puede entrar en el ejercicio de la patria potestad del que la está ejerciendo, en el orden establecido, en caso de su muerte, de interdicción o por excusa, en el caso en que está permitida.

Para que los padres puedan cumplir con los deberes que les impone la patria potestad, necesitan de la permanencia de los hijos - en el hogar y así ha sido previsto por la Ley coincidiendo en su texto los artículos 394, 368 y 243 de los Códigos de 1870 y 1884 y Ley de Relaciones Familiares, respectivamente, que dicen: "Mientras estuviere el hijo en la patria-potestad, no podrá dejar la casa del que la ejerce, sin permiso de éste ó decreto de la autoridad pública competente.

Congruentes con la disposición anterior, son las - que imponen la obligación al que ejerce la patria potestad de educar al hijo convenientemente y la facultad de corregirlo y castigarlo templada y mesuradamente, pudiendo requerir el auxilio de las autoridades para el ejercicio de ésta facultad. Las disposiciones que imponen la obligación de educar, que dan la facultad y conceden el auxilio de la autoridad para el ejercicio de esa facultad, son las enumeradas en los artículos 395, 396 y 397 del Código de 1870, y los artículos 369, 370 y 371 del Código de 1884, así como los artículos 244 y 245 de la Ley de Relaciones Familiares. (11)

Por último, los tres cuerpos de leyes que venimos comentando concuerdan en la necesidad de que otorgue su consentimiento expreso el que ejerce la patria potestad, para que el sujeto a ella comparezca en juicio o contraiga alguna obligación.

Como ha quedado asentado, los que ejercen la patria potestad tienen sobre los hijos sujetos a ella, los derechos de educación, vigilancia, corrección y administración de sus bienes; sin embargo, como también hemos visto, más que derechos son deberes impuestos a quienes ejercen esa potestad, pues ésta Institución se ha establecido en beneficio del menor, para protegerlo en su persona y en sus bienes, en tanto que adquiere la capacidad para velar por sus propios intereses.

El Código civil de 1928, que entró en vigor hasta el día primero de octubre de 1932, tampoco define la patria potestad y como las legislaciones que le precedieron, que casi reproduce en su totalidad, - norma las relaciones que deben existir entre los ascendientes y descendientes; fija el derecho de los padres o de quien corresponda dicha potestad; la vigilancia y corrección de los sujetos a ella; establece la administración de los bienes; el derecho de representar en juicio; el orden de las personas que deben ejercer la patria potestad, siguiendo el mismo orden señalado por la Ley de Relaciones Familiares, es decir, que ya no concede al hombre la importancia en su ejercicio y reproduce su texto en el artículo 414 que ordena:

(11) Batiza, Rodolfo. Ob. Cit. Págs. 380 y 381

La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: I.- Por el padre y la madre; II.- Por el abuelo y la abuela paternos; III.- Por el abuelo y la abuela maternos. Igualmente señala el derecho de los hijos sujetos a la patria potestad.

Son los artículos del 411 al 448 inclusive del Código civil de 1928 los que regulan las relaciones entre las personas que ejercen la patria potestad y los que se encuentran sometidos a ella, entendido que la patria potestad más que un derecho conferido a los padres es un derecho conferido a los hijos, que por su edad, inexperiencia, falta de preparación y capacidad para afrontar los múltiples problemas que presenta la vida, requieren del auxilio, de la orientación, del consejo y guía de quienes le dieron el ser, fundamentalmente, pues sólo ellos cumplirán con ese deber en forma desinteresada y a falta de ellos, los señalados en el orden establecido por el artículo 414 antes transcrito.

Al respecto de los derechos y obligaciones de los menores sujetos a la patria potestad la autora Montero Duhalde nos dice que el legislador plasmó la figura de la patria potestad como una norma de carácter ético en el artículo 411 del Código civil de 1928, al enunciar los siguientes: "Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad, y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes", y que no únicamente la ética entodo tiempo y lugar, aunado a cualquier doctrina religiosa, se rige por la enunciada máxima.

El deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes; como deber supremo de los hijos el cual no es en forma coercible, y que es derivado de la propia filiación, o sea de que es su hijo.

El segundo deber consiste en que no debe dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de ellos o decreto de autoridad competente.

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

Los derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad tienen un doble carácter respecto a la persona de los descendientes y respecto a sus bienes.

Respecto a las personas de los menores; consiste en: a) Representación legal; b) designación del domicilio; c) educación, corrección y ejemplaridad; d) Nombramiento de tutor testamentario.

Efectos de la patria potestad respecto de los bienes del menor que son dobles: a) administración de los bienes del menor, y - b) Usufructo legal.

Asimismo, la autora Montero Duhalt continúa tratando en forma sinóptica la institución de la patria potestad en la forma siguiente:

Concepto	"Institución de asistencia y representación de los menores de edad ejercida por los progenitores o abuelos.	
Evolución histórica	Desde un poder absoluto del pater familia romano hasta un conjunto de deberes y facultades en el derecho moderno.	
Características	Cargo de interés público Irrenunciable Intransferible Imprescriptible Temporal Excusable	
Sujetos	Activos	Padre y madre. Abuelos paternos y maternos.
	Pasivos :	Hijos y nietos menores de edad.
Consecuencias (Deberes y Derechos)	De los sujetos activos	Representación del menor. Guarda y asistencia. Educación, ejemplaridad. Administración de los bienes. Mitad del usufructo.
	Del menor	Domicilio legal. Obediencia y respeto.
Excusa	Mayores de sesenta años. Mal estado habitual de salud.	
Pérdida	Por condena expresa. Por comprometerse la salud, seguridad o moralidad del menor. Por exposición o abandono.	
Suspensión	Incapacidad de quien la ejerce. Ausencia declarada. Sentencia expresa.	
Extinción	Muerte. Emancipación del menor. Mayoría de edad." (12)	

(12) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia, Ob Cit. Págs. 340 a 352.

C) ANALISIS DEL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

ANTES DE LA REFORMA DE 1983-1984

Por decreto del 12 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre del mismo año, y que entró en vigor 90 días después de su publicación o sea en marzo de 1984; (13) se reformó el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal; reformas que se analizarán en el siguiente capítulo por lo cual únicamente se estudiarán las reglas que regían el propio artículo en comentario, antes de dicha reforma, el cual disponía lo siguiente:

Artículo 283. "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes:

Primera. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no lo hubiere se nombrará tutor.

Lo cual consiste en que el cónyuge culpable del divorcio pierde la patria potestad cuando la disolución del vínculo matrimonial tuvo su origen en alguna de las siguientes causas:

I. El adulterio debidamente probado.

II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

IV. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos.

VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

XIV. Haber cometido un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.

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

Esto es que si ambos cónyuges fueron culpables, la patria potestad pasará al ascendiente que corresponda atento a lo dispuesto y en el orden del artículo 414 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, o en su caso se proveerá a los hijos de un tutor.

El cónyuge culpable del divorcio recupera la patria potestad de los hijos a la muerte del cónyuge inocente, cuando la causal del divorcio hubiere sido alguna de la enumeradas anteriormente y que son las siguientes:

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

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, por la presunción de muerte, en los casos de excepción de que no se necesita para que se haga la declaración de ausencia.

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

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación o la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que establezca la ley, y el incumplimiento, sin causa justa de la sentencia ejecutoriada que resuelva lo conducente sobre el manejo del hogar la formación y educación de los hijos, la administración de los bienes que pertenezcan a éstos.

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

XIV. Cometer un cónyuge contra el otro un acto que sería delito, si se tratase de un extraño, siempre que tal acto tenga señalado en la Ley una pena que pase de un año de prisión.

Tercera. En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos. (14)

En estos supuestos los hijos quedan en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conserva los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos, cuando la causa de divorcio se fundó en:

VI. Alguna enfermedad crónica o incurable que además sea contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

VII. El padecimiento de enajenación mental incurable.

Como comentario final al presente capítulo podemos decir que la patria potestad se ejerce por los padres como norma general y la pérdida de ésta es la excepción a la norma general, así vemos que en los casos de divorcio necesario la sentencia de divorcio fija la situación de los hijos de conformidad con las reglas dispuestas por el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, en consecuencia la pérdida de la patria potestad es una sanción que se impone al cónyuge culpable de la disolución del matrimonio, confiriéndose la patria potestad al cónyuge no culpable, como lo establece la primera regla del artículo 283; por lo tanto es de concluir que la regla general es la de que en los casos de divorcio necesario el cónyuge inocente conserva la patria potestad, pues las dos restantes son casos de suspensión de ese derecho.

C A P I T U L O C U A R T O

**ELEMENTOS DE JUICIO PARA DECRESTAR
LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD**

- A) ANALISIS DEL ART. 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL D. F.**
- B) ANALISIS A LA REFORMA DEL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL D. F.**
- C) ANALISIS DEL ART. 444 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE**
- D) RELACION DE CAUSALIDAD CON LOS ARTICULOS CITADOS PARA DECRESTAR LA PERDIDAD DE LA PATRIA POTESTAD**

A) ANALISIS DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL
VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

La forma actual del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, tiene como antecedente histórico la evolución legislativa desde el Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California de 1870, que en su artículo 240 regulaba siete causas de divorcio, mismo que no admitía la disolución del vínculo matrimonial, toda vez que era de carácter divorcio-separación, y no permitía a los cónyuges una vez obtenida la sentencia, volver a contraer un nuevo matrimonio.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, en su artículo 227 reprodujo los preceptos del Código anterior, en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades, a las siete causas que establecía el Código derogado añadió seis más.

Posteriormente la Ley del divorcio vincular del 29 de diciembre de 1914, que contrariamente a los Códigos del siglo pasado; acepta y regula la disolución del vínculo matrimonial, por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges; y por dos únicas causas necesarias, cuando el matrimonio tuviera más de tres años celebrado; que podían intentarse en cualquier tiempo, por causas que hicieran imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal. Estatuyendo que disuelto el matrimonio los cónyuges quedaban en aptitud de contraer una nueva unión legítima. (1)

Luego la Ley de Relaciones Familiares de 1917, con el mismo carácter que la anterior, en su artículo 75 ordena "el divorcio disuelve el matrimonio, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro", y establece doce causas de divorcio, reguladas en su artículo 76. (2)

Finalmente el Código Civil de 1928, en su artículo 267 establece diecisiete originarias causas de divorcio; siendo en la actualidad dieciocho. En virtud de

(1) Rojina, Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia, Ob. Cit. Págs. 428 y 429.

(2) Batiza, Rodolfo, Ob. Cit. Pág. 317.

que por decreto del 12 de diciembre de 1983, publicado en el --
Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1983, --
mismo que entró en vigor a los noventa días de su publicación,
(3), es decir en marzo de 1984; reformó el artículo 267 en sus
correlativas fracciones VII y XII; adicionándose una nueva cau-
sa regulada por la fracción XVIII, para quedar actualmente el
artículo 267 en la forma siguiente, y que se analizará a conti-
nuación:

Artículo 267.- Son causas de divorcio: -

I.- El adulterio debidamente probado de
uno de los cónyuges.

En nuestra legislación no existe una de--
finición del adulterio, sin embargo, se dice que adulterio es
la unión sexual que no sea contra natura de dos personas que --
no estén unidas por el matrimonio civil, y de los cuales uno --
de ellos o los dos, estén casados civilmente con un tercero.--

Como causa de divorcio y como delito, el
adulterio en el primer caso puede probarse cuando un hombre ca-
sado registra a un hijo habido con mujer distinta a su cóny-
uge, o cuando vive probada y publicamente con otra mujer, y en
este último caso como se da por tracto sucesivo podrá el cóny-
uge inocente ejercitar la acción de divorcio hasta dentro de --
los seis meses después de concluido el adulterio.

En la sentencia penal que condena el adulte-
rio, debe considerarse como cosa juzgada en el juicio civil de
divorcio, en lo relativo a la comisión de un delito.

II.- El hecho de que la mujer de a luz
durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse --
este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

Para que opere esta causal, es necesario -
que el hijo sea declarado ilegítimo, están relacionados con es-
ta causal los artículos 324 fracción I, 325, 326, 334 fracción
I y 359 del Código Civil vigente.

Cabe hacer notar que de acuerdo al artícu-
lo 324 del Código Civil, que un hijo se reputa concebido antes
del matrimonio, si nace antes de que transcurran ciento ochenta
días después de celebrado el mismo; si nace después de ese pla-
zo, se presume hijo del marido.

Si antes de que transcurran los mencionados ciento ochenta días contados a partir de la celebración del matrimonio, nace un hijo, se reputará también hijo de matrimonio salvo prueba en contrario, ya que de acuerdo a la realidad más frecuente en cuanto a que los cónyuges tuvieran relaciones premaritales, sin embargo para el caso de que efectivamente un tercero haya embarazado a la mujer, y el cónyuge haya desconocido tal situación, al marido se le otorga acción de desconocimiento de ese hijo; no obstante, esta acción no podrá operar en los cuatro casos que se señalan en el artículo 328, o si deja el marido caducar su acción por no interponerla dentro de los sesenta días que señala el artículo 330 del citado Código Civil.

Los cuatro casos mencionados en el artículo 328 son: 1.- Si supo antes de casarse el estado de embarazo de su futura consorte; 2.- Si levantó el acta de nacimiento; 3.- Si lo ha reconocido como hijo suyo y 4.- Si el hijo fue incapaz de vivir.

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

Esta causal se refiere a una conducta delictiva del marido, el lenocinio, si se prueba que éste recibió dinero o cualquier otra retribución a cambio de prostituir o permitir la prostitución de su mujer.

El lenocinio que considera esta causal de divorcio puede ser expreso o tácito, pero debe anotarse que la fracción III del artículo 267, está mal redactada porque se indica con la palabra "la propuesta del marido..." y más adelante considera también como causal de divorcio el consentimiento tácito, por decirlo así pasivo del marido en la prostitución de la mujer en cuyo caso no existe la propuesta. En una hipótesis la ley supone que el marido en un acto pasivo, promueve la prostitución mientras que en otra admite que basta la actitud pasiva, sin previa propuesta del marido.

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

No es necesario que el delito que ejecute como consecuencia de la incitación, sea un acto de violencia, aunque a primera vista parezca ordenar tal cosa la fracción IV que se comenta, lo que en realidad dice es que un cónyuge provoca que en el otro un estado de violencia, pero no que el delito sea igualmente un acto violento. Puede serlo de otra naturaleza, --

incluso delito contra la propiedad, porque la ley no exige lo contrario. Para inducir a una persona a delinquir en cualquier forma se puede violentarla y después de eso aconsejarle que dañe a otra persona en su matrimonio; pero lo más frecuente es que la provocación se refiera a delitos violentos.

V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

Esta fracción se relaciona con el artículo 270 del Código Civil que dice "son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones", se debe interpretar la expresión "la tolerancia debe consistir en actos positivos", no compaginándola con el sentido gramatical y usual de la palabra tolerar que significa sufrir, llevar con paciencia, disimular algunos casos que no sean lícitos, soportar, llevar, aguantar, que significa todo ello una conducta de inactividad en consecuencia la tolerancia significa un no hacer, no puede darse por lo tanto, la tolerancia en actos positivos.

Para que esta causal exista es necesario que los cónyuges "ejecuten actos inmorales", tendientes a corromper a sus hijos y no sólo en que sean tolerantes y débiles con ellos, o lo que es lo mismo que no sepan educarlos al carecer de autoridad necesaria para hacerlo debidamente.

Por otra parte, esta causal se encuentra relacionada con el delito de corrupción de menores señalado en el artículo 201 del Código Penal, que dice "se aplicará -- prisión de seis meses a cinco años al que procure o facilite la corrupción de un menor de 18 años, o lo induzca a la mendicidad". El vocable corrupción es tan amplio que se entiende dentro de él toda clase de conducta inmorales y miserias humanas; entre las que se encuentran la embriaguez, prostitución farmacodependencia, robo la comisión de cualquier delito e incluso la mendicidad, por lo tanto esta causal resulta entre todas las causales de divorcio la más culpable, la que demuestra mayor depravación, excepto en aquellos casos en que la miseria obliga a los padres a consentir en la prostitución de sus hijos hecho que explica, pero no justifica de ninguna manera, los jueces gozan de amplio arbitrio para distinguir entre la conducta verdaderamente inhumana de un padre

o en la simple debilidad o falta de carácter que los impide - intervenir o los lleva a perdonar las conductas indebidas de - sus hijos, basta que la corrupción sea provocada o tolerada - por los padres para que se configure la causal de divorcio.

VI. Padecer sífilis, tuberculosis, o -- cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

Esta causal puede estar relacionada con el delito previsto en el artículo 199 bis del Código Penal, - que a la letra dice: "el que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en el período infectante, y ponga - en peligro de contagio la salud del otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años - y multa de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio" "tratándose de cónyuges sólo-- podrá procederse por querrela del ofendido".

Esta causal se considera de tracto sucesivo, por ello no funciona el término de caducidad de seis meses que exige la ley para que se den en un hecho determinado en el tiempo, la cuestión sería en saber si el cónyuge sano - puede pedir el divorcio en las primeras etapas de la enfermedad de su cónyuge, ya que para que la causa se de, necesita ser crónica o incurable que sea al mismo tiempo contagiosa o hereditaria; por lo tanto la respuesta sería no, pues en esas previas etapas la mayor parte de las enfermedades no reúnen - las características pedidas por la ley.

Incluye esta causa "la impotencia incurable que sobrevenga después del matrimonio", para que se dé -- esta causa se necesita que una vez casados sobrevenga la impotencia y se pueda hacer valer la nulidad del matrimonio, pero deberá hacerse valer dentro de los sesenta días siguientes -- a la realización del matrimonio, sin embargo, en tan corto -- tiempo no es posible determinar si es o no incurable la impotencia, por lo que necesariamente deberá ejecitarse la acción de divorcio.

Otro problema sobre esta cuestión sería que sobrevenga la impotencia tiempo después de celebrado el - matrimonio, y que podría ser por edad avanzada, en este caso se puede constituir causa de divorcio, sin embargo podría -- otorgarse por mutuo consentimiento, ya que para el cónyuge -- que padece la impotencia es más fácil otorgar su consentimiento, antes de ser demandado por una causa que podría conside--

rar humillante.

VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;

Esta causal como la anterior, se confi--
guran por la doctrina como causas eugenésicas o causas reme--
dio y el cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular --
o por la separación de cuerpos.

Para que se configure esta causal, es ne--
cesario que previa la demanda de divorcio exista resolución --
en cuanto a la declaración de interdicción que haga el Juez --
de lo Familiar, declarándolo incapacitado, en este caso se le
nombrará tutor.

El cónyuge sano tiene tres opciones:

- a). Ser nombrado tutor legítimo de su --
cónyuge.
- b). Pedir el divorcio basado en esta --
causal o
- c). Solicitar el divorcio-separación, sin
extinguir el vínculo matrimonial.

De acuerdo al artículo 277 del Código Ci--
vil, ya que las causas eugenésicas las estableció el legisla--
dor en razón del interés privado del cónyuge sano, y en vista
del interés superior de la salud pública en cuanto a procurar
una descendencia sana y sin taras.

VIII. La separación de la casa conyugal
por más de seis meses sin causa justificada;

Esta causal implica el incumplimiento de
uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, --
vivir juntos en el domicilio conyugal.

Ahora bien, para que se de esta causal, --
es necesario que exista realmente un domicilio conyugal y no --
que se viva en calidad de arrimado con la familia de alguno --
de los cónyuges, considerando como domicilio conyugal, de --
acuerdo al artículo 163 del propio Código Civil como el lugar
establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual am--
bos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Como elementos están: el domicilio es un lugar, es decir, una parte determinada en el espacio, el sitio donde los cónyuges viven en una localidad o población. Este lugar debe haber sido establecido de común acuerdo; este acuerdo pudo haber sido expreso o tácito. Salvo prueba en contrario, siguiendo la tesis de la Suprema Corte no se entiende de mutuo acuerdo el vivir en el domicilio de alguno de los suegros. En el lugar ambos deben disfrutar de autoridad propia, lo que no se da cuando se vive de arrimados en el domicilio de otros; por autoridad se entiende el poder disfrutar, decidir y servir por sí, sin obstáculos de personas ajenas al matrimonio. Por último, en ese lugar deben tener consideraciones iguales, libres de influencias extrañas, estando ambos en igualdad de buen trato, de estimación y aprecio. (4)

El concepto de causa justificada es demasiado amplio y elástico, ya que dependen de varios factores como son la educación el temperamento y las costumbres de los cónyuges, por lo tanto el juzgador deberá estudiar y analizar los numerosos factores que influyen en la vida en común, a fin de resolver si el hecho alegado por el cónyuge que se separó debe considerarse como causa justificada, sin embargo, para que se haga valer se deberá interponer la demanda correspondiente dentro de los seis meses a que se refiere el artículo 278 del Código Civil.

Asimismo, el cónyuge que abandona la casa conyugal y sus deberes, así como sus obligaciones inherentes al matrimonio, esto se puede configurar en el delito de abandono de personas, según el artículo 336 del Código Penal vigente que dice: "al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia y pago como reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado", artículo 337: "el delito de abandono del cónyuge sólo se perseguirá a petición de la parte agraviada.

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

En esta causal es conveniente apuntar que el cónyuge que abandona con motivo justificado el hogar conyugal debido a que su otro cónyuge le ha dado una o muchas

causas de divorcio, debe demandar el mismo antes de que transcurra un año, o corre el peligro de ser él el demandado por -- abandono de hogar, pudiéndose entrever una aparente injusticia, ya que el cónyuge que debió ser acusado se convierte en acusador y puede vencer en juicio como cónyuge inocente.

Por otra parte, la ley señala un término de caducidad de seis meses para pedir el divorcio cuando la -- causa no es de carácter permanente o tracto sucesivo, ya que el cónyuge con causa deja pasar los seis meses, sin interponer la demanda de divorcio y se puede presumir el perdón tácito y de acuerdo con el artículo 279 del Código Civil vigente ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 del mismo ordenamiento pueden alegarse para pedir el divorcio cuando exista -- perdón expreso o tácito, lo importante de esto estriba en las -- consecuencias del divorcio, con respecto a los dos cónyuges, -- entre otros el derecho a alimentos a favor del cónyuge inocente, por eso es aconsejable para el cónyuge que abandona justificadamente al otro, que interponga a tiempo la demanda de divorcio o interrumpa la separación antes de que transcurra el -- año, para no entrar en el supuesto de la causal número IX que -- se analiza.

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

En esta causal el estado de ausencia o la presunción de muerte no operan en forma autónoma para disolver el vínculo matrimonial, sino que el cónyuge que demanda tiene -- que probar con la sentencia que declara ese estado, la causa -- de divorcio, siendo en la actualidad reformado el artículo 705 del Código Civil en cuanto a la presunción de muerte del ausente.

XI. La sevicia, las amenazas, y las injurias graves de un cónyuge para el otro.

Para que haya sevicia, según lo definen -- los diccionarios, es necesario que se trate de un "acto de -- crueldad excesiva, malos tratos, golpes...", los actos de --- crueldad o de golpes pueden ejecutarse con el propósito de hacer sufrir a quien los recibe y no con el de ofenderlo, en -- nuestros medios sociales inferiores, la sevicia llega hasta -- los extremos de convertirse en un acto de sadismo.

Con respecto a esta causal la Corte tiene múltiples y firmes jurisprudencias, por ejemplo "la sevicia, -- como causal de divorcio es la crueldad excesiva que hace impo-

sible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados. Por tanto, quien invoque esta causal debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratamientos, tanto para que la otra parte pueda defenderse, como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal".

Las amenazas son palabras hechas mediante las cuales se intimida al cónyuge acerca de un mal inminente -- que le puede ocurrir a él o a sus seres queridos. La amenaza -- puede constituir también un delito con independencia de la causal de divorcio y se encuentra su penalidad en el artículo 282 del Código Penal; en cuanto a las injurias graves, es toda expresión proferida, o toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, de manifestarle su desprecio, se identifica esta -- causal con el delito previsto por el artículo 348 del Código Penal que dice: "injuria es toda expresión proferida o toda acción ejercitada para manifestar desprecio a otro o con el fin de hacerle una ofensa".

La injuria puede consistir tanto en palabras, hechos u omisiones, aunque sea discutible esta última -- afirmación. Cuando se hace la injuria verbalmente el juzgador -- deberá tomar en consideración para determinar su gravedad e incluso su existencia, la clase social de las personas de que se trata, sus costumbres y el lenguaje habitual que usen, ya que este último cambia mucho de acuerdo con la educación y el medio -- ambiente en que se viva, asimismo que implique tal gravedad con tra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los -- cónyuges que hagan imposible la vida conyugal por la dañada intención con que se profirieron o ejecute para humillar y despre -- ciar al ofendido.

La injuria como hecho que puede manifestar en los actos ejecutados por el cónyuge culpable y que estos -- afecten en el honor dignidad etcétera al otro, un ejemplo podría ser que un cónyuge tenga relaciones amorosas con otra persona -- distinta de su consorte y que no lleguen a constituir el delito de adulterio, puede considerarse injuria aunque falte en ello -- la intención dolosa de ofender al otro cónyuge o de herirlo en su honor, elementos esenciales para que exista el delito de in -- juria.

La injuria como omisión puede consistir -- por ejemplo en la negativa de uno de los cónyuges de prestar el débito conyugal, como una demostración de desprecio o de ofensa al otro cónyuge, esto es que no se cumple con los fines esencia -- les del matrimonio, al dejar sin sanción esa omisión.

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

Primeramente hay que analizar los artículos a que se refiere esta causal.

Artículo 164.- Señala los deberes de los cónyuges, principalmente a la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y a las cargas del mismo en las personas de los cónyuges y de sus hijos, debiendo distribuirse estas cargas en la forma y proporción en razón de sus -- posibilidades.

Artículo 168.- Reitera la igualdad jurídica de los cónyuges y la obligación de resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la educación de los -- hijos y a la administración de los bienes, y para el caso de -- desacuerdo autoriza el Juez de lo Familiar su intervención a -- efecto de que resuelva lo conducente, así en la hipótesis de -- que se recurra ante un juez y éste resuelva mediante sentencia ejecutoriada, los cónyuges están obligados a cumplir con tal -- determinación judicial, y para el caso de incumplimiento a la -- misma constituye la causa de divorcio que señala esta causal -- que se analiza.

Ahora bien, la negativa injustificada de -- los cónyuges a proporcionar alimentos a la familia, es un delito que se encuentra previsto por los artículos 335, 336 y 337 del Código Penal.

Por otra parte, constituye la causal prevista por la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, -- y que ahora con las reformas publicadas en el Diario Oficial -- del 27 de diciembre de 1983, entrando en vigor el 28 de marzo -- de 1984, ya no es necesario agotar previamente el juicio de alimentos que anteriormente se establecía para que operara esta -- causal.

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

En materia penal el delito de calumnia -- se tipifica en el artículo 356 de la materia, "la simple acusación que haga un cónyuge del otro, constituye una deslealtad, --

aunque ésta no fuere calumniosa, por lo tanto si existe calumnia de por medio, implica esa conducta una aversión profunda del -- cónyuge calumniador, respecto del otro que demuestra la rúptura total del afecto conyugal, sobre el particular la Corte se ha -- pronunciado de la siguiente manera:

Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta de lugar a la -- instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive para el Ministerio Público y no se consigne a la auto-- ridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los -- efectos del divorcio, lo que apreciara en cada caso el juez civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas -- ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una -- falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vi da en común .

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el -- que tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

Para que se pueda hacer valer esta causal, debe existir una sentencia que cause ejecutoria, en la que de-- clare culpable a un cónyuge de un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión y que sea infamante, el Código Penal no clasifica a los delitos infamantes o no infamantes, sino que -- para su interpretación se estará a la interpretación judicial -- que en su sentido amplio es cualquier condena penal, excepto de delito político, constituyendo una infamia, entendida como des-- crédito en el honor, la reputación o el buen nombre de una per-- sona y por lo tanto repercute también en la familia del delin-- cuente, quedando al arbitrio del juez si el delito es infamante o no cuando se hace valer como causal de divorcio.

XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando -- amenace causar la ruina de la familia, constituye un continuo -- motivo de desavenencia conyugal.

Para que se configure esta causal se re--- quiere que se reúnan ciertas situaciones, específicas consisten-- tes en que el hábito sea vicioso, otra es que amenace a la rui-- na de la familia y la última es que ese vicio o la amenaza pro-- voquen en los cónyuges constantes desavenencias que hagan impo-- sible la vida en común.

Asimismo el juez debe analizar si los hábitos de vicio señalados en esta causal en alguno de los cónyuges, hayan sido o no tolerados por el otro, y que amenacen o no la ruina de la familia, como consecuencia de los hábitos viciosos de juego, provocarían la ruina de la familia siempre que se trate de juegos de azar y que pongan en peligro el patrimonio de la familia, ya que también existe la práctica de algún deporte y que pueda dar nacimiento a un vicio, y en consecuencia producen disgustos conyugales así como la ruina de la familia.

Por otra parte el vicio de la embriaguez y consumo indebido de drogas, que degenera de tal modo a los que lo padecen que por sí solos se conviertan en seres ineptos para cumplir con sus obligaciones familiares, además los consuetudinarios pueden engendrar hijos con herencias patológicas, independientemente del mal ejemplo que producen en sus hijos al verlos en estado lamentable.

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes de otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que pase de un año de prisión.

Esta conducta del cónyuge culpable es -- desleal, que implica falta de consideración y respeto hacia -- su consorte, significando esto que se ha roto en su esencia -- el matrimonio.

Existen hechos que se tipifican como delitos si se realizan entre extraños y que no tienen ese carácter, tratándose de cónyuges; ejemplo el abuso de confianza, -- misma que no procede la acción penal, pero si puede dar causa al divorcio.

En esta causal el juez deberá analizar -- si los hechos constituyeron realmente un delito tratándose de terceros, para poder aceptar la causal de divorcio.

XVII. El mutuo consentimiento de los esposos que de común acuerdo se presentan ante un juez de Primera Instancia o ante un Oficial del Registro Civil, para obtener la disolución del vínculo matrimonial.

XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya origi

nado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

Esta nueva fracción fue adherida al artículo 267, publicada en el Diario Oficial del 27 de diciembre de 1983, entrando en vigor el 28 de marzo de 1984, no existiendo antecedentes en los Códigos Civiles de 1870 y 1874. Tampoco se hace mención de causa semejante en la ley sobre Relaciones Familiares, como antecedentes nacionales tenemos causas semejantes en los Códigos Civiles de los Estados de Sonora y Zacatecas, en los que se establece como causal de divorcio "la separación del hogar conyugal por desavenencia entre los cónyuges y se prolonga por más de un año; en este caso, cualquiera de ellos puede pedir el divorcio" (artículos 357 Fc. - IX y 425 Fc. VIII).

Esta causal la estudiaremos desde tres puntos de vista, comparándola con otras que tratan también de casos de separación, analizando su contenido desde el punto de vista jurídico y moral y su aplicación, procurando evitar la destrucción y desestabilización del matrimonio.

Dentro de las causales contenidas en el artículo 267, actualmente hay tres causales que se refieren a la separación de los cónyuges, las contenidas en las fracciones VIII, IX y XIII, comparándolas podemos observar semejanzas y diferencias entre sí, las tres causas se tratan de separación de alguno de los cónyuges, como diferencias, las dos primeras señalan que la separación es de la casa u hogar conyugal, la tercera no hace referencia alguna a la casa u hogar conyugal, de donde surge la primera interrogante: ¿la separación no toma en cuenta el hogar conyugal?; ¿separación de dónde?; ¿es sólo por el hecho de no vivir juntos, sin que nadie deba permanecer en la casa u hogar conyugal?. En las dos primeras existe, además de la separación, la causa que genera el hecho ilícito, en la primera la separación es injustificada, en la segunda, es justificada la separación pero la causal se da al no demandar dentro del año de la separación, mientras que en la tercera, al señalar que la separación es "independientemente del motivo", permite que por cualquier causa justa o injusta se pueda destruir el matrimonio demandando el divorcio. Simplemente cuando algún consorte tenga que trasladarse a otro lugar por necesidades de trabajo, salud o por motivo del servicio exterior, o bien porque internamente ambos cónyuges hubieran convenido en una separación, por el simple transcurso del tiempo, sin ninguna otra característica se hace procedente el divorcio.

Es de considerarse que comparando la nueva causal con los Códigos de Sonora y Zacatecas, hacen referencia a lo verdaderamente importante en el divorcio, que es la desavenencia entre los cónyuges, ya que no toda separación -- significa que exista una desintegración o desavenencia conyugal.

Dentro de las causas de divorcio relativas a la separación, dos contemplan a uno de los cónyuges culpable, la prevista en la fracción VIII, trata de la separación del hogar conyugal sin causa justificada, es decir, la separación maliciosa que rompe la convivencia conyugal, señalando culpable al cónyuge que se separa, la otra trata también de la separación conyugal y genera una causa en favor del culpable para el caso de que el inocente no demande oportunamente el divorcio, la inactividad genera un derecho en favor del culpable, cambiándose de papeles; la tercera causal consiste en la separación independientemente de que exista o no culpable y de que exista o no convivencia conyugal, solo es el hecho de separación cuando transcurran más de dos años.

Esta causal convierte al juez en mero -- cronometrista, ya que debe comprobar que existe la separación por más de dos años, para que necesariamente decrete el divorcio, independientemente si existe justificación o no.

Para el autor Chávez Asencio, Manuel F., esta causal viola el principio consagrada en la Constitución -- de promoción y constitución de la familia y al matrimonio, en su artículo 4o., de Nuestra Carta Magna, ya que protege a la organización y al desarrollo de la familia, y esta causal es -- una voluntad unilateral, que lleva a la desintegración de la familia y del matrimonio y en consecuencia propicia el debilitamiento del país, al facilitar la desintegración conyugal y familiar. (5)

B) ANALISIS A LA REFORMA DEL ARTICULO 283
DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL D.F.

Los antecedentes históricos de la situación de los hijos en el caso de divorcio los encontramos en los artículos 268, 271 y 272; así como en los correlativos 245, 248 y 249 del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884 respectivamente; Asimismo en los numerales 94, 97 y 98 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, los cuales disponían lo siguiente:

Código Civil de 1870

Art. 268.- Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a los artículos 546, 547, 555 y 556 en su respectivo caso.

Art. 271.- El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas 3a; 5a y 6a señaladas en el artículo 240.

Art. 272.- En los demás casos y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos a la muerte del cónyuge inocente.

Código Civil de 1884

Art. 245.- Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a los artículos 446, 447 y 458.

Art. 248.- El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, a menos que el divorcio haya sido de clarado con motivo de enfermedad; pero los recobrará muerto aquél, si el divorcio se ha declarado por las causas 7a, 8a y 12a, señaladas en el artículo 227.

Art. 249.- En los demás casos, y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos a la muerte del cónyuge inocente.

Ley de Relaciones Familiares 1917

Art. 94.- Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fueren y no hubiere ascendientes en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a la ley.

Art. 97.- El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona de sus hijos mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas VI, VII, VIII y IX del artículo 76. La madre que conserve la patria potestad de sus hijos, la perderá si vive en mancebia o tiene un hijo ilegítimo.

Art. 98.- En los demás casos, y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos, a la muerte del cónyuge inocente". (1)

Posteriormente el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 regula la situación de los hijos en caso de divorcio, en su artículo 283, que contenía tres fracciones; siendo estas reglas las cuales ordenaban la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad, las que se estudiaron brevemente en el capítulo anterior, motivo por el cual se comentará la única reforma sufrida a este artículo desde su forma inicial en virtud del Decreto de diciembre 12 de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre del mismo año y que entró en vigor 90 días después de su publicación o sea el 28 de marzo de 1984, el cual consistió en lo siguiente:

Art. 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El Juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad -

(1) Batiza, Rodolfo. Ob Cit Pág. 326.

a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.
(2)

Montero Duhalt, comenta respecto al artículo reformado lo siguiente: que la derogación del artículo 283 es en forma genérica correcta, ya que se refiere a la pérdida o suspensión de la patria potestad derivada de las causas de divorcio, mismas que no deben recaer en las relaciones de padres a hijos, toda vez que los que se divorcian son los conyuges, tomando en consideración que un individuo puede ser mal cónyuge, adúltero, etc.; pero puede ser al mismo tiempo un padre responsable y amoroso, al que no debe de privársele de la patria potestad, que implica el interés en todo lo que se refiere a la formación y contacto con el hijo, sin embargo le parece que no fue conveniente otorgarle al juzgador amplias facultades para resolver todo lo relativo a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, cuando existe todo un capítulo en el Código Civil relativo a estas cuestiones. Así mismo piensa que el legislador debió limitar las amplias facultades que le dió al juzgador en razón de las disposiciones del propio Código en esa materia, o sea lo regulado en los artículos 444 y 447 del Código Civil, sin que la autora dude de que existan jueces de gran calidad humana, honestos y buenos psicólogos, sin embargo este conjunto de virtudes no es la regla general en los seres humanos, así sean jueces de lo familiar, por lo tanto dichos funcionarios deberán tener un margen de arbitrio discrecional al tomar sus decisiones; pero prefiere atenerse en principio a la norma establecida en la materia cuando exista. Por otra parte el artículo 283 limita al Juez a seguir el orden establecido por la Ley en cuanto a la designación de la patria potestad, según el orden establecido por el artículo 414, en cuanto a que los abuelos maternos los pone en segundo lugar, respecto a los paternos en el ejercicio de la patria potestad, considerando que en esta materia si se debió de señalar la discrecionalidad del juez para decidir cual de los abuelos o de la pareja de los mismos es la más conveniente para el ejercicio de la patria potestad. Haciendo notar que el padre o la madre aunque pierda la patria potestad quedan obligados a seguir cumpliendo con sus obligaciones para con sus hijos, los cuales deberán ser en proporción a sus bienes e ingresos, a contribuir a la subsistencia y educación de sus hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad. (3)

Para Chávez Asencio la relativamente nueva redacción del artículo 283, la estima como sumamente peligrosa al considerar que desgraciadamente no puede quedar al arbitrio judicial algo tan importante como lo es la patria potestad; y por otra parte de que hay causales que por su gravedad, y por dirigirse en perjuicio de los hijos, debe el legislador sancionarlos con la pérdida de la patria potestad; como lo sería por ejemplo las contenidas en las causales previstas por las fracciones I, III, IV, V, VII y XV del artículo 267 del Código Civil, mismas que hacen referencia a situaciones graves que afectan directa o indirectamente a los hijos, -

(2) Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983, Primera Sección, Pág. 20

(3) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia, Ob. Cit. Pág. 252.

y para su protección debe impedirse el contacto con el progenitor culpable, mediante la pérdida de la patria potestad. (4)

Continúa diciendo Chávez Asencio en otra de sus subsecuentes obras, respecto al propio artículo 283 en comentario, — que la patria potestad que ejercen los padres sobre sus hijos emana del hecho de la engendración y no del acto jurídico del matrimonio y, por regla general debe ser ejercitada por todos ellos; y sólo en casos excepcionales que la misma ley preve puede el juez condenarlos a su pérdida. Sobre este aspecto el artículo 283 del Código Civil de Veracruz dispone varias excepciones a la regla general, ya que condena a su pérdida en determinadas situaciones; constituyendo estas reglas excepciones al ordenamiento que debe de observarse permanentemente, no siendo susceptibles de aplicarse por analogía a la nulidad del matrimonio, para condenar de esta forma al cónyuge culpable a la pérdida de la patria potestad, por prohibirlo expresamente el artículo 11 del mismo ordenamiento, que dispone: las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes. Debiéndose de considerar que la pérdida de la patria potestad entraña graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos, como para el progenitor — condenado por ello; para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin ningún lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación; y que así mismo pueden presentarse situaciones que no sean de tal gravedad que tengan como consecuencia la pérdida de la patria potestad, ya que el artículo 283 permite al juez limitar la patria potestad, sin suspender a ninguno de los progenitores. Por otra parte previene como posibilidades; la pérdida de la patria potestad, la suspensión o la limitación, o bien la conservación de todos los deberes, derechos y obligaciones, pero estando en custodia o cuidado de uno sólo de los progenitores; y en los casos de pérdida y suspensión no habrá el derecho de visitas; en los casos de limitación podrá haber este derecho, el que también se tendrá cuando se conserva por ambos la patria potestad pero sólo uno tenga la custodia. (5)

En este orden de ideas y tratándose del referido artículo, Eduardo Pallares nos dice: que a pesar de que los jurisconsultos determinan que hay dos tipos de divorcio, llamándole a uno de ellos divorcio sanción, por imponer al cónyuge culpable diversas penas, entre las que se incluyen la pérdida de la patria potestad, ésta última no es siempre conveniente en relación a los hijos, toda vez que en varios casos y a pesar de que uno de los cónyuges haya incurrido en determinada causa de divorcio, sin embargo de ello pueda tener la capacidad necesaria para ejercer correctamente las facultades que dimanen de la patria potestad. Aconteciendo también con gran frecuencia que el cónyuge inocente no obstante sus virtudes, carezca de la capacidad moral para educar, defender y guiar a sus hijos, por lo cual será perjudicial a éstos que que-

- (4) Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, Ed. Porrúa, 1a. Ed. 1964, Págs. 83 y 84.
- (5) Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, Ed. Porrúa, 1a. Ed. 1965, México, Págs. 529 a 531.

den a su cuidado, sin intervención de ninguna otra persona. En base a las anteriores razones concluye el autor lo siguiente: A) No debe establecerse como regla general obligatoria para los Tribunales la de que, en todo caso, deberá perder la patria potestad el cónyuge culpable; B) siendo evidente que existen causas de divorcio como las ordenadas en las fracciones III, IV y V del artículo 267 del Código Civil, que presuponen tal inmoralidad en el cónyuge que incurre en ellas, que es necesario la pérdida de la patria potestad, no sólo impuesta como sanción, sino también para proteger a los hijos de un progenitor que se envilece de tal manera. En estos casos los Tribunales están obligados a decretar la pérdida de la patria potestad; C) Debiendo de tomarse también en consideración que cuando la causa de divorcio sea de la que priva al cónyuge de su libertad personal, la prisión de que es objeto le impide el ejercicio de la patria potestad, por lo cual en este caso, por lo menos, deberá suspenderse en el ejercicio de la misma, pero sin perderla forzosamente. (6)

Por otra parte para Pacheco Escobedo, la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos atento a lo dispuesto por el artículo 283 del Código Civil, el cual en la nueva redacción de 1984, otorga facultades al juez para resolver todo lo relativo a la situación jurídica de los hijos; pudiendo condenar a uno o ambos de los divorciantes a perder la patria potestad, o quedar ésta suspendida, sin que ello implique que se le dispensa de la obligación de alimentarlos, pues ésta deriva de filiación, y no del matrimonio que ya no existe. Terminan do la obligación alimentaria con la mayoría de edad del hijo, a menos que éste se encuentre en estado de necesidad atento a lo dispuesto por los artículos 287 en su parte in fine del Código Civil para el Distrito Federal. (7)

Para concluir el presente inciso podemos coincidir con la opinión del autor Alberto Mayagoitia al vertir la interrogante de que cuál de los cónyuges tiene derecho a la patria potestad sobre los menores hijos si los hay; manifestando al respecto lo siguiente: Que anteriormente el cónyuge culpable perdía la patria potestad sobre sus menores hijos. En virtud de las recientes reformas ahora se concede la facultad al juez de lo familiar de condenar o no al cónyuge culpable a perder dicha patria potestad. Si los dos cónyuges fueran culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se le nombrará tutor. Por lo que se refiere a las causales eugenésicas (padecer sífilis, tuberculosis, locura), los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge sano, conservando el consorte enfermo todos los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, inclusive el ejercicio de la patria potestad, pues se trata de enfermedad no de conducta impropia. (8)

(6) Pallares, Eduardo. Ob. Cit. Págs. 106 y 107.

(7) Pacheco Escobedo, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Ed. Panorama Editorial, Iru. Ed. 1984, México, Págs. 162 y 163.

(8) Mayagoitia G., Alberto. Matrimonio y Divorcio, Ed. Panorama Editorial, S. A. Iru. Ed. 1984, México Pág. 57.

C) ANALISIS DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO
CIVIL VIGENTE

El actual artículo 444 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, tiene como antecedentes históricos, y se relaciona con los modos de acabarse, perderse y suspenderse la patria potestad atento a lo dispuesto por el capítulo respectivo del Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California de 1870 y - 1984, ordenando el primero en su artículo 415 lo siguiente: "La patria potestad se acaba: 1ro. Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; 2do. Por la emancipación; 3ro. Por la mayoría de edad del hijo".

En el Código Civil de 1884, al igual que el de 1870, se acaba la patria potestad por acontecimientos naturales o por imposición de la Ley y al efecto el artículo 388 estatuye: "La patria potestad se acaba: I.- Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II.- Por la emancipación; III.- Por la mayoría de edad del hijo".

La Ley de Relaciones Familiares disponía en el artículo 259: "La patria potestad se acaba: I.- Por la muerte del que ejerce si no hay otra persona en quien recaiga; II.- Por la mayor edad del hijo; III.- Por la emancipación en los términos del artículo 479".

Finalmente, el Código Civil de 1928, al igual que las codificaciones anteriores establecen en el artículo 443. "La patria potestad se acaba: I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II.- Con la emancipación; III.- Por la mayor edad del hijo ". (1) Lógicamente, aún cuando la Ley no lo señala, se acaba con la muerte del hijo.

Por la transcripción hecha de las disposiciones que regulan las causas de extinción de la patria potestad, en las diferentes legislaciones a partir del Código de 1870, pasando por el de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares, hasta llegar al Código Civil en vigor, todas coinciden en aceptar que esa potestad se acaba por acontecimientos naturales o por imposición de la Ley.

La pérdida de la patria potestad por referirse a la persona que la ejerce, es una forma de extinción relativa, pues -

(1) Batiza Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928. Ob. Cit. Pág. 390.

la institución no desaparece, y si la pierde quien la ejerce es a manera de sanción, a resultas de ser condenado en los casos específicamente señalados por la Ley.

El Código Civil de 1870, previene en el artículo 416. La Patria Potestad se pierde: Primero.- Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho: Segundo. En los casos señalados por los artículos 268 y 271. Estas disposiciones ordenan que ejecutoriado el divorcio, se pongan a los hijos bajo la potestad del cónyuge no culpable, pero si ambos cónyuges lo fueron y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor y a la pérdida de todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos. Mientras viva el cónyuge inocente, pero lo recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas 3ra; 5a; y 6a, del artículo 240.

El Código Civil de 1884, en el artículo 389 -- dispone: " La Patria Potestad se pierde: I.- Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho; 2o.- En los casos señalados por los artículos 245 y 248". Estos dos preceptos al igual que los correlativos del Código de 1870 establecen que ejecutoriado el divorcio, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente y si ambos son culpables y no hubiere otro ascendiente en quien deba recaer, se proveerá a los hijos de tutor; y el cónyuge que dió causa al divorcio pierde todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos mientras viva el cónyuge inocente, pero ese poder y derechos -- los recobra a la muerte de éste.

La pérdida de la patria potestad en la Ley de Relaciones Familiares, se origina por las mismas causas establecidas en las codificaciones anteriores, o sea por condena que importe la pérdida de la potestad y como sanción en los casos de divorcio, regulada en su numeral 260 (2)

El Código Civil de 1928 señala diversas causas de pérdida de la patria potestad, las cuales no han sufrido modificación alguna por lo que se encuentran actualmente vigentes, y así las enumera el artículo 444, en los siguientes términos: "La Patria Potestad se pierde: I.- Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283; III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o --

abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando éstos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal; IV.- Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses". (3)

La pérdida de la patria potestad en los casos previstos por la disposición transcrita, obedece a razones de orden legal y moral. La fracción I comprende dos situaciones: a) exige la existencia de una sentencia firme que imponga expresamente la pérdida de ese derecho; b) Que la conducta del que ejerce la potestad no sea contraria a las normas jurídicas, pues si es constitutiva de infracciones delictuosas, debe privársele de ese derecho.

La fracción II del artículo que se comenta remite a lo dispuesto en el artículo 283 del Código Civil vigente.

La conducta indebida de los padres, los malos tratos o el abandono de los deberes, para quienes están sujetos a la patria potestad, que comprometan la salud, la seguridad o la moralidad de éstos, aún cuando tales hechos no sean sancionados penalmente, constituyen el caso de pérdida de la patria potestad previsto por la fracción III del artículo 444.

La fracción IV y última del artículo 444 presume dos situaciones que originan la pérdida de la patria potestad: Una que es la exposición del hijo, ó sea la acción de dejar al menor recién nacido en algún lugar público, a las puertas de una iglesia, ó algún otro sitio; la otra situación es la del abandono de quien ejerce la patria potestad, de sus obligaciones por más de seis meses, respecto del sujeto a la autoridad paterna.

Los efectos de la pérdida de la patria potestad, supone para los padres la vigencia de todas las obligaciones que les impone la misma y para los hijos, a su vez la obligación de seguirlos honrando y respetando. La pérdida de la patria potestad no afecta los derechos de sucesión de los que se encontraban sujetos a ella.

La ley prevée situaciones en las que la patria potestad ni se acaba ni se pierde, sino que únicamente se suspende, o sea que el que la ejerce es privado temporalmente de ese derecho.

En obvio de repeticiones, se puede decir que los Códigos Civiles de 1870 y 1884 y la Ley de Relaciones Familiares coinciden en señalar los mismos casos de suspensión de la patria potestad, encontrándolos regulados por los artículos 418, 391 y 362 de los cuerpos de leyes indicados, respectivamente, y resulta, la suspensión de: 1ro. Incapacidad declarada judicialmente; 2do. Por la ausencia declarada en forma y 3ro. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. A estas causas de suspensión debe agregarse la segunda del primero de los ordenamientos citados, remiten al caso señalado en la fracción primera del artículo 432, que se refiere a la administración de los bienes. (4)

También debe considerarse como causa de suspensión de la patria potestad, la contenida en los artículos 417, 390 y 261 de las legislaciones que se comentan, respectivamente, que estatuyen "los Tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, ó modificar su ejercicio si trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les de ejemplos o consejos corruptores".

Por lo tanto las causas de suspensión de la patria potestad resultan, atento a lo dispuesto por la fracción I de la incapacidad declarada judicialmente, porque las personas que estén privadas de razón por imbecilidad, idiotismo, o locura. También se considera causa de incapacidad el caso de los sordomudos que no saben leer ni escribir. La fracción segunda se refiere a la declaración de ausencia, previo el procedimiento legal, del que ejerce la patria potestad, porque haya desaparecido del lugar de su residencia ordinaria y no haya quien lo represente en cuyo caso y seguido el procedimiento, el tribunal declare en forma la ausencia del titular del derecho, suspendiéndolo en el ejercicio de la patria potestad.

La tercera y última fracción produce la suspensión de la patria potestad, cuando los que la ejercen cometen faltas tales que son condenados por sentencia firme, a ser suspendidos en el ejercicio de ese derecho.

El Código Civil de 1928 al igual que las disposiciones comentadas de las legislaciones precedentes, señalan los casos en que puede suspenderse la patria potestad -

estableciendo dichos casos en el artículo 447, que a la letra dice: la patria potestad se suspende: I.- Por incapacidad declarada judicialmente; II.- Por la ausencia declarada en forma. III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión ". (5)

La primera causa de suspensión de la patria potestad tiene lugar cuando la persona que la ejerce es declarada judicialmente, por sentencia ejecutoriada, incapaz -- por locura, imbecilidad o idiotismo o por ser sordo-mudo que no sepa leer ni escribir, o sea por interdicción declarada -- por sentencia judicial. La suspensión en esta primera fracción debe durar hasta que desaparezca la causa que la originó debiendo ser motivo de una resolución judicial la desaparición de la causa, declarando que el suspenso recobra todos -- sus derechos y obligaciones, respecto de la persona y, bienes del sujeto de ese derecho.

La segunda causa de suspensión de la patria potestad proviene de la desaparición del lugar de su residencia y el desconocimiento del paradero de una persona, transcurridos los plazos señalados por la Ley substantiva. Las -- circunstancias de desaparición del lugar de residencia de una persona y el desconocimiento de su paradero, producen la declaración de ausencia y, por ende, la suspensión de la potestad -- paterna prevista por el dispositivo que se comenta.

La fracción tercera del artículo 447 determina que hay suspensión de la patriapotestad cuando existe una sentencia condenatoria que imponga esa sanción.

También es causa de suspensión de la patria potestad, la comisión de un delito que no sea grave pero que a juicio del juez pueda afectar al sujeto a ella y, como consecuencia, se dicte sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión. En este caso el menor se pondrá bajo la potestad del ascendiente que corresponda de acuerdo con la ley; si no lo hubiere se le nombrará un tutor, que durará en su encargo por todo el tiempo que deba durar la suspensión.

Cabe agregar que la patria potestad no es renunciable, pero quienes la ejercen pueden excusarse de -- ejercerla por senectud o porque su estado físico se los impida o no puedan desempeñarla eficazmente y así lo dispone el artículo 448 que expresa: "La patria potestad no es renunciable;

pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse: I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos, II.- Cuando por su mal estado habitual de salud, no pueda atender debidamente a su desempeño. (6)

D) RELACION DE CAUSALIDAD CON LOS ARTICULOS CITADOS
PARA DECRETAR LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

En este capítulo se analizaron los artículos 267, 283 y 444 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal; y en este inciso se comentará la relación de causalidad entre dichos preceptos, misma que se dá por la íntima relación existente entre ellos, por cuanto a la regulación de la patria potestad en los casos de divorcio, ya que el artículo 444 de dicho ordenamiento nos remite a los artículos 283 y 267.

En nuestra opinión se cree que el espíritu del legislador para reformar el artículo 283 del citado Código fue el de disminuir los casos de la pérdida de la patria potestad, al darle las más amplias facultades al juzgador para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad; para decretar su pérdida, limitación o suspensión de la misma debiendo allegarse de elementos de juicio para emitir su resolución; limitándolo a la observancia de las normas establecidas por el propio Código Civil, para decidir a quien deberá llamar al ejercicio de esa potestad o en su caso deberá nombrar tutor.

Efectivamente la pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad deberá ser regulada en casos de divorcio, debiéndose de tomar en consideración también cuando concurren los elementos del artículo 444 del Código Civil vigente para el supuesto de que el cónyuge que tenga motivos para que se le aplique al otro, sin embargo deberá el juzgador tomar en consideración que la disolución del vínculo matrimonial, por sí mismo, afecta la estabilidad emotiva de los hijos ya que los que se divorcian son los cónyuges y no así los padres de sus hijos, por ejemplo una persona puede ser mal esposo, adúltero etc; sin embargo es un padre responsable, amoroso para con sus hijos, no obstante de haber incurrido en los ilícitos de la causal y ésto afecta al cónyuge, más no afecta directamente a los hijos, por lo tanto para que opere la pérdida de la patria potestad deberá existir una verdadera causa grave como lo señala el artículo 444 del Código Civil, para que se condene al cónyuge culpable a esa pérdida de la patria potestad.

A continuación paso a exponer un cuadro sinóptico en el cual a mi juicio señalo las causales de divorcio que ameritan la pérdida de la patria potestad.

CAUSAS ART. 267

- I. Adulterio debidamente probado
- II. Nacimiento del hijo antes del plazo de 180 días desconocido por el marido por declaración judicial.
- III. Propuesta del marido de prostituir a la mujer.
- IV. Incitación o violencia para cometer delito.
- V. Actos inmorales para corromper a los hijos.
- VI. Ciertas enfermedades y la impotencia.
- VII. Enajenación mental incurable.
- VIII. Separación injustificada por más de 6 meses.
- IX. Separación justificada por más de un año.
- X. Declaración de ausencia o presunción de muerte.
- XI. Sevicia, amenazas e injurias.
- XII. Incumplimiento de las obligaciones conyugales.
- XIII. Acusación calumniosa.
- XIV. Delito infamante con pena de prisión de dos años.
- XV. Hábitos de juego embriaguez ó drogadicción.
- XVI. Cometer delito contra el cónyuge.
- XVIII. Separación de hecho prolongada por más de dos años.

PERDIDA PATRIA POTESTAD ART. 444

- I. Por condena expresa
Por condena de dos ó mas veces
Por delitos graves.
- II. Art. 283 en casos de divorcio.
- III. Por costumbres depravadas de los padres.
Por malos tratamientos.
Por abandono de sus deberes.
Por comprometerse la salud, la Seguridad, o la moralidad del menor.
- IV. Por exposición del menor ó su abandono por más de 6 meses.

ART. 283

La sentencia de divorcio fija la situación de los hijos.

Otorga amplias facultades al juez para resolver lo inherente a la patria potestad.

Considerará de forma y fondo los hechos subjetivos del actor, la gravedad de la causal y se basará en la propia Ley para decretar la pérdida de la patria potestad.

Si consideramos que el espíritu del legislador al plasmar y otorgar las más amplias facultades al juzgador para resolver todo lo relativo a la patria potestad en caso de divorcio, fue con el objeto específico de disminuir los casos de pérdida de la patria potestad, y no lo contrario, sin enunciar concretamente cuáles causales ameritarían tal pérdida; consecuentemente de que no debe aplicarse la pérdida de la patria potestad como regla general, sino excepcionalmente para las causales que impliquen real y objetivamente una gravedad que afecte directa o indirectamente a los menores hijos.

Pienso que las causales que ameritarían condenarse con la pérdida de la patria potestad, serían las reguladas por las fracciones III, IV, V, VIII, XII y XV, del artículo 267 del Código Civil en Vigor, en virtud de que implican una gravedad objetiva que afectan directa o indirectamente a los hijos, además de que encuentran apoyo expreso en la propia ley, como lo es el artículo 444 de dicho ordenamiento, el cual a su vez regula la pérdida de la patria potestad, consistiendo sus causales en incumplimiento a los deberes del matrimonio; e incumplimiento a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, y hechos graves que afectan a los hijos.

Estas causales se correlacionan entre sí, tal y como se señaló en el cuadro psinóptico, anteriormente descrito, las cuales tienen un común denominador, que consiste en el incumplimiento y la gravedad; motivo por el cual el juzgador a petición de parte, debe de sancionar al cónyuge que incurrió en ellas, con la pérdida de esa potestad, con el objeto de salvaguardar de tal forma a los menores hijos.

En este orden de ideas mencionaremos algunos antecedentes de jurisprudencias, las que como otros elementos de juicio, podrían apoyar a su vez el criterio del juzgador y en su caso también constituyan apoyo expreso, para decretar la pérdida de dicha potestad.

DIVORCIO PATRIA POTESTAD, FACULTAD DEL JUEZ PARA OTORGARLA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO). Aún cuando la generalidad de los Códigos Civiles de la República Mexicana coinciden al privar al culpable de la patria potestad y concederla al inocente, el Código Civil del Estado de México destaca un sistema especial, que en ese aspecto se ha singularizado en esta materia, porque conforme al mismo, en los casos de divorcio necesario, el Juez determinará previa audiencia del Ministerio Público, de los cónyuges, tíos o hermanos mayores, los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservará cada uno de los cónyuges respecto de la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores y la conservación de su patrimonio, más; es decir, independientemente de la culpa de los cónyuges en el divorcio; o sea, que en esa situación el mismo Juez podrá privar de la patria potestad al cónyuge culpable, pero si estima que es más conveniente que la ejerza éste y no el inocente, o que la ejerzan los abuelos o determinados parientes cercanos, tiene la potestad necesaria para decirlo así.

Amparo directo 305/76.- Juan Baltazar Zavala.- 21 de enero de 1977. Unanimidad de 4 votos.- Poniente: David Franco Rodríguez.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volúmenes 97.102. Cuarta Parte. Enero-Junio 1977. Tercera Sala. -- Pág. 80 (1)

DIVORCIO. PATRIA POTESTAD. SISTEMA ESPECIAL EN EL CUAL SU PRIVACION NO SE ESTABLECE COMO SANCION PARA QUIEN RESULTA CONYUGE CULPABLE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE ZACATECAS).- En el Código Civil del Estado de Zacatecas, la privación de la patria potestad no se establece como sanción para quien resulta cónyuge culpable en el juicio de divorcio, ya que a diferencia de la generalidad de los Códigos Civiles de la República Mexicana, que coinciden en privar al cónyuge culpable de la patria potestad y concederla al inocente, el referido cuerpo de Leyes adopta un sistema especial en ese aspecto, al ordenar que en los casos de divorcio necesario, el Juez determinará previa audiencia del Ministerio Público, de los cónyuges, tíos o hermanos mayores, los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservará cada uno de los cónyuges respecto de la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores y la conservación de su patrimonio; es decir, que independientemente de la culpa de los cónyuges, en el divorcio puede darse el caso de que el Juez prive legalmente de la patria potestad al cónyuge inocente, siempre y cuando para ello se haya sujetado al contenido del primer párrafo del artículo 372 del Código Civil para el Estado de Zacatecas, que literalmente dice: "372. En la sentencia que decreta el divorcio, el juez determinará los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservará cada uno de los cónyuges, respecto de la persona y bienes de sus hijos teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. Para tal efecto, deberá el Tribunal oír al Ministerio Público, a los cónyuges y en caso de estimarlo necesario, a los abuelos, tíos o hermanos mayores, pu -

(1) Castro Zavaleta, Salvador. 55 años de Jurisprudencia Mexicana, Ed. Cárdenas, Apéndice 8, México 1979, Ira. Edición 1980, Pág. 476

diendo además discretamente, acordar de oficio cualquiera providencia que - considere benéfica para los hijos".

Amparo directo 257/75.- Aurelio Rodríguez Muñoz.
6 de agosto de 1976. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: David Franco Rodríguez.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima - -
Epoca. Volúmenes 91-96. Cuarta Parte. Julio-Diciembre 1976. Tercera Sala. -
Pág. 27. (2)

PATRIA POTESTAD. ABANDONO COMO CAUSAL DE PERDIDA DE LA. LA ENTREGA DE LOS --
MENORES A CUALQUIERA DE LOS PADRES NO LO CONFIGURA. SI EXISTE CONVENIO ENTRE
LOS CONYUGES. (LEGISLACION DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA).- Este Alto Tribu-
nal ha sostenido que cuando la entrega temporal de los menores al padre se -
realiza por virtud de convenio entre los cónyuges, no cabe atribuir a la ma-
dre abandono que haya aplicado las consecuencias perjudiciales para aquellos
de que hablan las fracciones III y IV del artículo 444 del Código Civil del
Distrito Federal, similares a las mismas fracciones del artículo 441 del Có-
digo Civil del Estado de Baja California; de suerte que aplicando tal crite-
rio al caso, puede afirmarse también que si la entrega del menor a la madre
se realizó por virtud de un convenio de divorcio que los cónyuges presenta -
ron para obtener su divorcio voluntario, no se puede atribuir al padre un --
abandono que implique la pérdida de la patria potestad a que se refiere la --
fracción IV del artículo 441 del Código Civil del Estado de Baja California;
sobre todo si dicho progenitor no tenía obligación de ministrar alimentos al
menor.

Amparo directo 3954/77.- María Elena Ceceña Corde-
ro de Reyes.- 25 de enero de 1978.- 5 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios - -
Vargas.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epo-
ca. Volúmenes 109-114. Cuarta Parte. Enero-Junio 1978. Tercera Sala. Pág. --
141. (3)

PATRIA POTESTAD, INTERES DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO PARA EL --
EJERCICIO UNICO DE LA.- Tratándose de conflicto entre padres por los hijos -
nacidos fuera de matrimonio, en el que se pide el ejercicio exclusivo de la
patria potestad para uno de éstos, cuando vivían juntos y se separaron, en -
caso de que no se pongan de acuerdo el Juez deberá tener en cuenta los intere-
ses de los hijos; pero estos intereses no necesariamente se identifican --
con la capacidad económica de uno de los progenitores para decidir que queden
bajo su única patria potestad, sino que en cada caso deben examinarse circuns-
tancias muy diversas, tales como la edad y sexo de los hijos, así como las --
consecuencias que han existido antes y después del estado de separación, con
el objeto de que el juzgador pueda conocer cual de los dos progenitores ha
tenido mayor cuidado por ellos, es decir, en qué forma directa o indirecta -
han atendido a la subsistencia y educación de los hijos y en qué medida han-

(2) Castro Zavaleta, Salvador. Idem. Pág. 477

(3) Castro Zavaleta, Salvador. Ob. Cit. Apéndice 9, Ira. Ed. 1980, Pág. 541

estado pendientes de su salud y seguridad. No basta que los padres tengan importantes recursos económicos y sociales, si estos recursos no se ponen a disposición de los menores con el objeto de que puedan disponer de una vivienda mejor, de alimentos suficientes para su desarrollo, de servicios médicos y médicos para cuidar la salud, y de buenas escuelas para que tengan una esmerada educación, pero sobre todo debe tenerse en cuenta cuál de los dos padres tiene mejor conducta para que los hijos puedan tener una sólida y buena moral, ya que la Ley se preocupa por el bienestar de los menores, pero no sólo en el orden material, sino fundamentalmente en el orden espiritual. En este orden de ideas, el juzgador debe entender que los intereses de los hijos requieren que la patria potestad se entregue al padre o a la madre que haya demostrado el mayor empeño material y moral por ellos, al que haya estado más pendiente de su subsistencia, seguridad y educación y al que les presente un ambiente agradable para su formación con el objeto de que su proyección espiritual sea grande, independientemente de su situación social y económica; pero sobre todo, que al hacerse esa designación no se perjudique el estado emocional y afectivo de aquéllos, con el objeto de que no se deteriore su personalidad. Para ello la autoridad jurisdiccional debe examinar objetivamente estas circunstancias, que precisan los intereses de los hijos, para poder designar, en estos casos, cuál es el progenitor que conviene a ellos que ejerza la patria potestad.

Amparo directo 5412/74.- Luz María Mendoza Arreguín.
28 de octubre de 1977.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca.
Volúmenes 103-108 Cuarta Parte. Julio-diciembre 1977. Tercera Sala. Pág. 159.
(4)

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA.- Las disposiciones que contiene la Ley Civil sobre las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad son limitativas, restrictivas, y no ejemplificativas, razón por la cual para que el Juez pueda imponer esta sanción a alguno de los progenitores es necesario que la causa que se alegue encuentre apoyo expreso en algún dispositivo de la Ley. Es necesario, para que proceda la pérdida de la patria potestad, que el abandono espiritual en que se deja a uno de los hijos traiga como consecuencia la existencia de un peligro a su moralidad.

Amparo directo 5041/76.- María Hernández Guzman -
viudad de Morales. 3 de octubre de 1977.- 5 votos.- Ponente: J. Ramón Pala -
cios Vargas.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca.
Volúmenes 103-108. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1977. Tercera Sala. Pág.
160. (5)

(4) Castro Zavaleta, Salvador. Idem. Pág. 542

(5) Castro Zavaleta, Salvador. Idem. Pág. 543

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. CONDUCTA DEPRAVADA COMO CAUSAL.- La fracción III del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal sanciona a -- los progenitores con la pérdida de la patria potestad en el caso en que se -- les demuestre en juicio que observan "Una conducta depravada" que ponga en -- peligro la moralidad del hijo, por lo tanto, cuando se demanda la aplicación de tal sanción en contra de alguno de ellos, es necesario justificar el peli -- gro de corrupción que existe en perjuicio del que está sujeto a la patria po -- testad; de ahí se deduce que no es posible afirmar que se da esa hipótesis -- cuando las costumbres que se imputan al reo hayan acontecido con anterioridad al nacimiento del hijo y no se hayan seguido repitiendo con posterioridad al alumbramiento, precisamente porque por no haber nacido éste no pudo ser mal -- educado.

Amparo directo 5999/76.- Pablo Colegio Camargo.-
30 de septiembre de 1977.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Ramón Pala -- cios Vargas.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época.
Volúmenes 103-108. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1977. Tercera Sala Pág. (6)

PATRIA POTESTAD. PERDIDA DE LA. SANCION DE ESTRICTA APLICACION.- La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo -- normal es que la ejerzan siempre los padres y, consiguientemente, las dispo -- siciones del Código Civil establecen las causas que la imponen deben conside -- rarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya queda -- do probada una de ellas de modo indiscutible, se surtirá su procedencia; sin -- que puedan aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad -- de sanción trascendental que repercute en los hijos menores.

Amparo directo 4414/77.- Leopoldo Fonseca Molina.
7 de abril de 1978. 5 votos.- Ponente Raúl Cuevas Mantecón. (7)

PATRIA POTESTAD; PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA.- Como la pérdida de la Patria Potestad entraña graves consecuencias perjudi -- ciales tanto para los hijos como para el progenitor condenado a perderla, -- para decretarla en los casos excepcionales previstos en la Ley, se requie -- re de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas manifiesta la -- justificación de la privación.

Amparo Directo 4362/76.- GABRIEL LOPEZ FLORES.-
13 de abril de 1977, 5 votos.- Ponente: J. RAMON PALACIOS VARGAS.- Srio. -- JOSE ROJAS OJA, informe 1977. Tercera Sala. Pág. 126. (8)

(6) Castro Zavaleta, Salvador. Ibidem. Pág. 543

(7) Castro Zavaleta, Salvador. Idem. Pág. 544

(8) Castro Zavaleta, Salvador. Ob. Cit. Apéndice 6, lra. Edición 1977, Pág. 580

PATRIA POTESTAD. NO DEBE SER CONDENADO A PERDERLA EL CONYUGE -- CULPABLE, CUANDO LA CAUSAL DE DIVORCIO TOMA SU ORIGEN EN EL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL.

El artículo 283 del Código Civil del Distrito Federal, no incluye, en relación con la pérdida de la patria potestad, la causal del divorcio señalada en el artículo 268, y por ello mismo la aplicación analógica del 283 no es procedente al respecto, ya que la disposición en él contenida sólo es aplicable en los casos a que el mismo precepto se -- contrae, por tener el carácter de norma excepcional respecto a la general re -- lativa a que la patria potestad se ejerce por los padres como un derecho fun -- dado en la naturaleza y confirmado por la ley, aunque por tiempo limitado y -- bajo ciertas condiciones, y es bien sabido que conforme al artículo 11 del -- Código Civil, las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no -- son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las -- mismas leyes.

En virtud de que los artículos 268 y 283 del Códig -- go Civil para el Distrito Federal fueron reformados por el Decreto publicado -- en el Diario Oficial, el día 27 de diciembre de 1983, la jurisprudencia en -- comento únicamente es aplicable a los casos previstos por los códigos de los -- Estados que contienen las mismas disposiciones legales del Código Civil para -- el Distrito Federal, antes de la mencionada reforma.

Quinta Epoca:

Suplemento de 1956, Pág. 345. A. D. 299/50. Adolfo

T. Garza. 5 votos. (9)

TESIS RELACIONADAS

PATRIA POTESTAD, CONYUGE A QUIEN CORRESPONDE EN -- CASO DE DIVORCIO (LEGISLACION DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). Si bien es cierto -- que, en principio, conforme a la fracción III del artículo 91 del Código Ci -- vil del Estado de Tamaulipas, la patria potestad debe concederse al conyuge -- que no haya dado motivo al divorcio, pero siempre y cuando los padres no --- hayan convenido quién de ellos debe ejercerla y siempre que los menores no -- se hallen en periodo de lactancia, al propio tiempo el dispositivo de que se -- trata concede al juzgador facultades discrecionales para otorgar el ejercicio -- de la patria potestad, atendiendo, por encima de la culpa de los conyuges en -- el divorcio, a la conveniencia de los hijos. Si en un caso, habiendo admiti -- do la esposa que abandonó el domicilio conyugal, como consecuencia de que su -- esposo la había corrido del mismo, de que le daba malos tratos y de que no -- le proporcionaba alimentos, y con ello se considera que se ha comprobado la -- causal de divorcio consistente en el abandono injustificado del hogar conyu -- gal que el esposo hizo valer, esto evidentemente pone de relieve que se ti -- ne por acreditada una causal de divorcio que de ninguna manera pone de mani -- fiesto la existencia de ningún inconveniente o impedimento para que la menor -- permanezca al lado de su madre.

Quinta Epoca: Tomo CXXII, Pág. 446. A. D. 5493/54.

Daniel Vázquez 5 votos. (10)

- (9) Jurisprudencia, Poder Judicial de la Federación, Tesis de Ejecutorias 1917 --1985, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Ter -- cera Sala, México 1985, Págs. 604 y 605.

(10) Jurisprudencia, Ibidem., Págs. 605 y 606.

PATRIA POTESTAD, IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA.

Los derechos que derivan de la patria potestad no son renunciables, pues las disposiciones legales que la rigen son de indiscutible interés público de acuerdo con lo que previene el artículo 8o del Código Civil.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. LXVII, Pág. 110.A.
D. 8824/61, Rodolfo Martínez Ramírez. Unanimidad de 4 votos. (11)

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA (LEGISLACION DE VERACRUZ).

Si la acción sobre pérdida de la patria potestad de la madre sobre el hijo de ambos, la fundó el actor aduciendo que la madre demandada tiene abandonado al hijo y lleva una conducta bastante ligera ya que asiste a cantinas y a un salón público de baile, con lo que compromete la salud, moralidad, seguridad y educación del menor, aún cuando los testigos respectivos hayan afirmado que les constan esos hechos, el juzgador calificó con estricto apego a los principios de la lógica y del buen sentido las declaraciones testimoniales al estimar que si tales testigos admitieron que el salón aludido es un salón para familias y en autos no aparece que la demandada tenga hábito o costumbre de ingerir bebidas alcohólicas, no se da el supuesto del artículo 375, fracción III, del Código Civil del Estado de Veracruz, conforme al cual, la patria potestad se pierde cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad y la moralidad de los hijos.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XXXVIII, Pág. 227,
A.D. 1489/59. Ramón Rojas Sánchez, Unanimidad de 4 votos. (12)

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA, POR COSTUMBRES DEPRAVADAS DE LOS PADRES (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO).

Es indudable que las causas genéricas señaladas en el artículo 497 del Código Civil para la pérdida de la patria potestad deben concretarse en cada caso, mencionando los hechos que según el criterio del actor sean demostrativos de costumbres depravadas del demandado, de malos tratamientos de éste para con sus hijos o que pongan de manifiesto el abandono de sus deberes para con ellos, para que dicho demandado sepa cuáles son los hechos que le imputan y esté en aptitud de defenderse e inclusive para que el propio actor, en orden al principio de congruencia procesal pueda rendir pruebas tendientes a comprobar tales hechos que son los constitutivos de su acción, conforme al artículo 286 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, a fin de que el juez sea quien califique si esos hechos, por comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, son causa suficiente para que el demandado deba perder la patria potestad sobre sus hijos y la guarda y custodia de los mismos. El señalamiento de los hechos constitutivos de la acción no sólo es indispensable para que el demandado esté en condiciones de preparar su defensa y no quede inaudito, sino también para que el juez pueda decidir sobre la gravedad de los mismos; por tanto esta omisión del actor en el planteamiento de su demanda, acarrea también la consecuencia de tornar estériles todos los esfuerzos posteriores durante la secuela del juicio para obtener un pronunciamiento favorable a las pretensiones del actor. Como cumplimiento a es

tas ideas cabe agregar que la naturaleza del proceso civil exige que se precisen en la demanda los hechos constitutivos de la acción, porque son los que provocan la decisión judicial y son, asimismo, los que deberá tomar en cuenta el juez para efectuar la comprobación de si los mismos encajan dentro de las normas jurídicas invocadas por el actor, para en seguida y como culminación del desenvolvimiento intelectual del proceso, decidir si ha prosperado la acción y debe protegerse el derecho subjetivo lesionado.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. I, Pág. 113. A. D. 8178/59, Agustín Robles Zúñiga, Unanimidad de 4 votos. (13)

PATRIA POTESTAD, REQUISITOS PARA LA PERDIDA DE LA, EXPRESIONES INJURIOSAS.

Una reiteración por parte del padre, de las expresiones injuriosas en contra de la madre, que se dicen proferidas en presencia de sus hijos, si es capaz de afectar profundamente la psicología de los niños, cuando son de corta edad (4 y 6 años respectivamente), exponiéndolos a deformaciones ulteriores de su personalidad, conclusión ésta que teniendo en cuenta los estudios de psicología muy abundantemente divulgados constituye una máxima de experiencia que resulta por ende, contraria a la obligación elemental que incumbe a los padres de formar moralmente a sus hijos. Por otra parte, la patria potestad debe ejercitarse en tal forma que prepare a los menores para cumplir la obligación que les impone la ley civil de honrar y respetar a sus padres; mal podrían cumplir tal obligación en relación con su progenitora si el padre les imbuye desde sus primeros años ideas que redunden en el mayor menosprecio y deshonor para la madre. Sin embargo, es de estimarse que no se demuestra la existencia de una conducta depravada propiamente tal del padre si las declaraciones de los testigos sólo son eficaces para demostrar la existencia de un acto aislado, mas no la reiteración necesaria para que constituya una conducta. A mayor abundamiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no encuentra elementos lógicos o de buen sentido que le permitan una nueva estimación del valor de la prueba a la emitida por el juez a quo, si aun cuando las contradicciones de los testigos no recayeron sobre hechos esenciales, dado el carácter verdaderamente inusitado de los hechos sobre que declararon y la trascendencia de los mismos en relación con la pérdida de la patria potestad, requirían aportación de elementos probatorios de indiscutible eficacia, y si los testigos no dieron razón fundada de su dicho ni en especial explicaron satisfactoriamente cómo estuvieron en condiciones de presenciar los hechos excepcionales materia de su testimonio.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. I, Pág. 122. A. D. 8180/59. Amparo González Navarro. Unanimidad de 4 votos. (14)

(13) Jurisprudencia. Ibidem. Págs. 608 y 609

(14) Jurisprudencia. Ibidem. Págs. 609 y 610

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El Código Civil Vigente para el Distrito Federal - no define el matrimonio; al respecto podemos decir que el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884 en sus correlativos artículos 159 y 155 respectivamente, definían al matrimonio como la Sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida; asimismo, la Ley de Relaciones Familiares de 1917 en su artículo 13, también define al matrimonio como un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se une en vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. En este orden de ideas el Código Civil de 1928 no define al matrimonio, no obstante que la Constitución Política de nuestro País en su numeral 130, declara que el matrimonio es un contrato civil, y que éste y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil; a pesar de esto en la actualidad el Código Civil aun continúa sin definir al matrimonio; motivo por el cual debería de plasmarse en dicho ordenamiento su concepto.

SEGUNDA.- Las legislaciones más avanzadas del mundo, contemplan como causal de divorcio las basadas en los criterios de la ruptura o quiebra efectiva, total y comprobada del matrimonio, casi como única causal; ó las que implican culpa; sin embargo nuestra legislación contempla el mayor número de causas de divorcio; pensamos que se deberían de reducir éstas causales, como por ejemplo: de las llamadas causas eugenésicas, concretamente el hecho de que un cónyuge padezca tuberculosis, enfermedad que puede curarse perfectamente en su etapa primaria, y que es detectable en forma casi inmediata por el afectado; toda vez que los avances de la medicina moderna pueden erradicar esta enfermedad infecto-contagiosa con el tratamiento adecuado, lo cual no existía cuando se incluyó esta enfermedad en el Código Civil de 1928, ni cuando entró en vigor en 1932; por lo que resulta actualmente una causal de divorcio anacrónica y obsoleta, toda vez que ésta operaría siempre y cuando se diera el supuesto de que fuera crónica o incurable.

TERCERA.- El anterior artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, fijaba la situación de los hijos en caso de divorcio mediante tres reglas que regulaban la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad; mismas que eran como consecuencia de la sentencia de divorcio, siendo éstas de aplicación automática y de un carácter restrictivo, no permitiéndole al juzgador utilizar ninguna facultad discrecional para resolver lo relativo a la patria potestad, lo que la hacía negativa, en cierta medida.

CUARTA.- Considero que el espíritu de la Ley en su relativamente nueva redacción del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal se sustenta en el sentido de disminuir los casos de pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio; y no contrariamente que se amplíe su pérdida, al otorgarle al juez facultades omnímodas al respecto.

QUINTA.- Los casos de pérdida de la patria potestad por divorcio no deben aplicarse como regla general, sino únicamente en supuestos verdaderamente, excepcionales, los cuales pienso que se darían al invocarse las causas reguladas por las fracciones III, IV, V, VIII, XII y XV del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, en virtud de que implican una gravedad objetiva que afecta directamente a los menores hijos: además de que encuentran apoyo expreso en la propia ley, como lo es el artículo 444 de dicho ordenamiento, el cual a su vez regula la pérdida de la patria potestad, - correlacionándose sus causas entre sí. Las cuales tienen un común denominador que consiste en el incumplimiento y la gravedad; o sea un incumplimiento total y falta a los derechos y deberes del matrimonio y de la patria potestad; asimismo revisten hechos graves que afectan a los menores hijos.

SEXTA.- En otro sentido creo que el aspecto negativo del artículo 283 del Código Civil en comentario, radica en el hecho de restringir al juzgador a seguir el orden discriminatorio de llamar en su caso al ejercicio de la patria potestad, según el orden establecido por la propia ley, siendo primero a los abuelos paternos y dejando al final a los abuelos maternos; lo cual resulta incongruente y en detrimento del derecho familiar; pienso que se debe cambiar el orden establecido por el artículo 414 del referido ordenamiento, en el sentido de ejercer la patria potestad primero los padres y después llamar a su ejercicio a la pareja de abuelos ya sean los paternos o los maternos indistintamente, pero siempre y cuando que sea la pareja de abuelos la más apta o capaz cuidando siempre que sea en beneficio de los menores hijos, a efecto de que se les proteja permanentemente y no se les deje en desamparo; con lo cual en cierta medida coadyuvaría para aminorar la grave crisis en que se encuentra nuestra sociedad, y que la justicia familiar avance en nuestra legislación para alcanzar la fortaleza social y política en cuya base está la familia.

B I B L I O G R A F I A

- BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO.** Curso de Derecho Civil, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile 1931, T. IV. 4a. Edic. 1931.
- BATIZA, RODOLFO.** Las Fuentes del Código Civil de 1928. Ed. Porrúa, México 1979, 1ra. Ed. 1979.
- BELLUSCIO, AUGUSTO CESAR.** Manual de Derecho de Familia. Ed. de Palma Buenos Aires Argentina, 2 Vols, 3a. Ed. 1981.
- BIALOSTOSKY, SARA.** Panorama del Derecho Romano, Textos Universitarios, UNAM. México 1982, 1ra. Edic. 1982.
- BONNECASE, JULIEN.** Elementos de Derecho Civil. "Tr.", José - Ma. Cajica Jr. Ed. Cajica Puebla, México 1945. Traducción de la 1a. Edic. Francesa 1961.
- CARBONNIER, JEAN.** Derecho Civil. "Tr"., Manuel María Zorrilla Ruiz, Ed. Bosch, Barcelona España T.I., Vol. II Traducción de la 1a. Edic. Francesa 1961.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSE.** Derecho Civil Español Común y Foral. Ed. Reus, Madrid España, T.I., Vol. I.8a. Ed. 1966.
- COLIN Y CAPITANT, AMBROSIO.** Curso Elemental de Derecho Civil. Ed. Reus, Madrid España 1952, T.I. 1ra. Edic. 1952.
- CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F.** La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, Ed. Porrúa, -- 1ra. Edic. 1984.
- CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F.** La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, Ed. Porrúa, 1ra. Edic. 1985, México.
- DE PINA, RAFAEL.** Elementos de Derecho Civil Mexicano. Ed., - Porrúa, México.
- ESCRICHE, JOAQUIN.** Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia. Ed. Cárdenas, México 1a. Edic. 1979. 2 Vols.
- JEMOLO, ARTURO CARLO.** El Matrimonio, "Tr", Senties Melendo y Arreya Redini, Ed. EJÉA., Buenos Aires Argentina 1954.
- MAGALLON IBARRA, JORGE.** El Matrimonio, Tipográfica Ed. Mexicana, México 1a. Edic. 1965.

MATEOS ALARCON, MANUEL. Derecho Civil Mexicano. Ed. Cárdenas México.

MAYAGOITIA G. ALBERTO. Matrimonio y Divorcio. Ed. Panorama - Editorial, S. A., Ira. Edic. 1984, México.

MAZEAUD, LEON HENRI Y MAZEAUD, JEAN. Lecciones de Derecho Civil. "Tr", Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires Argentina, Traducción de la Ira. Edic. Francaesa 1976.

MEZA BARROS, RAMON. Manual de Derecho de la Familia. Editorial Jurídica de Chile, Ira. Edic. 1976.

MONTERO DUHALT, SARA. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, México, Ira. Edic. 1984.

MONTERO DUHALT, SARA. El Divorcio. División de Universidad Abierta, UNAM., México Ira. 1983.

PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Ed. Panorama Editorial, México Ira. Edic. 1984.

PALLARES, EDUARDO. El Divorcio en México. Ed. Porrúa, México, 4a. Edic. 1984.

PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES. Tratado Elemental de Derecho Civil, "Tr"., José M. Cajica, Camacho, Ed. Cajica, S. A., Puebla, México 2 Vols. Ira. Edic. 1981.

PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Cárdenas, México 9a. Edic. 1980.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Compendio. Ed. Porrúa, México, T.I. 10a. Edic. 1974.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia. Ed. Porrúa, México T.II. Vol. I. 2a. Edic. 1959.

RUGGIERO, ROBERTO DE. Instituciones de Derecho Civil. "Tr"., Serrano Suñer y Santa-Cruz Teijeiro. Librería de Angel Pola, México, Vol. I., Traducción de la Última Edición Italiana -- Anotada y concordada con la Legislación Española 1939.

SANCHEZ MEDAL, RAMON. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Ed. Porrúa, México. IFA. Edic. 1974.

SANTA CRUZ TEIJEIRO, JOSE. Manual Elemental de Derecho Romano. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid España Ira. Edic. 1946.

SOTO ALVAREZ, CLEMENTE. Introducción al Estudio del Derecho Civil y Raciones de Derecho Civil. Prontuario. Ed. Limusa, -- México. 2a. Edic. Ira. Reimpresión 1981. y Curso Gráfico 2a. Edic. 1979, Ira. reimpresión 1980.

VALVERDE, CALIXTO. Tratado Elemental de Derecho Civil Español.
Ed. Cuesta España. 2a. Edic. 1926. T. IV.

L E G I S L A C I O N

Código Civil para el Distrito Federal, comentado y concordado por GABRIEL LEYVA-LISANDRO CRUZ PONCE. Ed. Themis Chapultepec. México Ira. Edic. 1979.

Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa.

Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Teocalli.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Ed. Porrúa.

CASTRO ZA VALETA, SALVADOR. 55 años de Jurisprudencia Mexicana.
Ed. Cárdenas México. Apéndice 6, Ira. Edic. 1977.

CASTRO ZA VALETA, SALVADOR. Apéndice 8, Ira. Edic. 1980.

CASTRO ZA VALETA, SALVADOR. Apéndice 9, Ira. Edic. 1981.

JURISPRUDENCIA. Poder Judicial de la Federación. Tesis de Ejecutorias 1917-1985, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Tercera Sala, México 1985.

O T R A S F U E N T E S

CODIGO DE FAMILIA DE CUBA, Publicación de Legislaciones Vol. - VI, La Habana, Cuba 1975.

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CUBA. Ed. Departamento de Orientación Revolucionaria del Comité del Partido Comunista, La Habana Cuba 1976.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Vol. XXV.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917. Ed. Porrúa México.