

320809

**UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO**

18

20j



PLANTEL TLALPAN  
ESCUELA DE DERECHO  
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**"LA SUSPENSION Y LA PERDIDA DE LA PATRIA  
POTESTAD EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO"**

**T E S I S**

QUE PRESENTA:  
JUAN GODOY DEL MONTE  
PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS: LIC. CARLOS OCARAS BENAVIDES

MEXICO, D. F.

1994



**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



## **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.

*A Dios*

*Por haberme permitido culminar  
una de las metas anheladas en la vida.*

*A La  
Universidad Del Valle de México  
y a Mis Maestros.*

*Por haberme transmitido sus sabios conocimientos  
y sus gratas experiencias que tuvieron  
en la vida profesional.*

*A Mis padres*  
*Juan Godoy González y Blanca Del Monte*

*Por haberme brindado su cariño y su deseo de verme triunfar en la vida y haberme guiado por el camino de la verdad a través de sus sabios consejos, apoyándome en todo durante el transcurso de mi vida.*

*A Mis Hermanos*  
*Araceli y Guillermo*

*Por el apoyo y cariño que me brindaron en todos los momentos de mi vida.*

*A Mi Esposa  
Landi Enriquez Sabino*

*Por su cariño y comprensión  
que me brindó en mis estudios de Licenciatura  
y por haberme estimulado para la realización  
de este trabajo.*

*A Mi Hijo  
Juan Carlos Godoy Enriquez*

*Con cariño por ser la razón de mi  
existencia y por haber sido un estímulo  
más, le dedico este presente trabajo.*

# INDICE

Pág.

<b>INTRODUCCION</b> .....	<b>I</b>
<b>CAPITULO I</b>	
<b>ANTECEDENTES HISTORICOS Y ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA PATRIA POTESTAD</b>	
<b>1.1 CONCEPTO GENERAL</b> .....	<b>2</b>
<b>1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS</b> .....	<b>3</b>
<b>1.2.1 LA PATRIA POTESTAD EN ROMA</b> .....	<b>5</b>
<b>1.2.2 LA PATRIA POTESTAD EN EL         DERECHO MEXICANO</b> .....	<b>10</b>
<b>1.3 DEFINICION</b> .....	<b>15</b>
<b>1.4 CARACTERISTICAS</b> .....	<b>17</b>
<b>1.4.1 ES UN CARGO DE INTERES PUBLICO</b> .....	<b>18</b>
<b>1.4.2 ES IRRENUNCIABLE</b> .....	<b>19</b>
<b>1.4.3 ES INTRANSFERIBLE</b> .....	<b>19</b>
<b>1.4.4 ES IMPRESCRIPTIBLE</b> .....	<b>20</b>
<b>1.4.5 ES TEMPORAL</b> .....	<b>20</b>
<b>1.4.6 ES EXCUSABLE</b> .....	<b>21</b>

1.5	CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD .....	22
1.6	SUJETO ACTIVO Y PASIVO DE LA PATRIA POTESTAD .....	24
1.7	DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD .....	26
1.7.1	DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD .....	28
1.7.2	DERECHOS Y OBLIGACIONES EN RELACION CON LA PERSONA DEL MENOR .....	28
1.7.3	DERECHOS Y OBLIGACIONES EN RELACION A LOS BIENES DEL MENOR .....	31
1.8	MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD .....	34
1.8.1	SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD ....	35
1.8.2	PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD .....	36
1.8.3	EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD .....	37

## **CAPITULO II**

### **ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO**

2.1	CONCEPTO .....	40
2.2	ANTECEDENTES HISTORICOS .....	41
2.2.1	TIEMPOS ANTIGUOS .....	41
2.2.2	EL DIVORCIO EN EL DERECHO MUSULMAN .....	42

<b>2.2.3 EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO</b>	<b>45</b>
<b>2.2.4 EL DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO</b>	<b>49</b>
<b>2.2.5 EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO</b>	<b>51</b>
<b>2.2.5.1 EL DIVORCIO EN LA EPOCA PRECOLONIAL</b>	<b>51</b>
<b>2.2.5.2 EL DIVORCIO EN LA EPOCA COLONIAL</b>	<b>54</b>
<b>2.2.5.3 EL DIVORCIO EN EL MEXICO INDEPENDIENTE</b>	<b>55</b>
<b>2.2.5.4 CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE BAJA CALIFORNIA DE 1870</b>	<b>56</b>
<b>2.2.5.5 CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE BAJA CALIFORNIA Y TEPIC 1884</b>	<b>58</b>
<b>2.2.5.6 LEY DE DIVORCIO VINCULAR DE 29 DE DICIEMBRE DE 1914</b>	<b>59</b>
<b>2.2.5.7 LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917</b>	<b>60</b>

### **CAPITULO III**

#### **EL DIVORCIO EN EL DERECHO VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL SUS CAUSAS Y EFECTOS**

<b>3.1</b>	<b>DEFINICION</b> .....	<b>65</b>
<b>3.2</b>	<b>REGULACION DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL</b> .....	<b>67</b>
<b>3.3</b>	<b>DIVORCIO ADMINISTRATIVO</b> .....	<b>67</b>
<b>3.4</b>	<b>DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL</b> .....	<b>69</b>
	<b>3.4.1 PARTES EN EL JUICIO DE DIVORCIO VOLUNTARIO</b> .....	<b>70</b>
	<b>3.4.2 DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA DE DIVORCIO</b> .....	<b>71</b>
<b>3.5</b>	<b>ESTIPULACIONES RELATIVAS A LOS CONSORTES</b> .....	<b>74</b>
	<b>3.5.1 ESTIPULACIONES RELATIVAS A LOS HIJOS</b> .....	<b>75</b>
<b>3.6</b>	<b>CONSECUENCIAS JURIDICAS EN CUANTO A LAS PERSONAS DE LOS CONYUGES</b> .....	<b>76</b>
	<b>3.6.1 CONSECUENCIAS JURIDICAS EN CUANTO A LOS HIJOS</b> .....	<b>77</b>
	<b>3.6.2 CONSECUENCIAS JURIDICAS EN CUANTO A LOS BIENES</b> .....	<b>77</b>
<b>3.7</b>	<b>DIVORCIO NECESARIO</b> .....	<b>78</b>
	<b>3.7.1 LAS CAUSALES DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL</b> ....	<b>79</b>
<b>3.8</b>	<b>ETAPAS PROCESALES</b> .....	<b>84</b>
<b>3.9</b>	<b>MEDIDAS PROVISIONALES EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO</b> .....	<b>88</b>

<b>3.10 EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO</b>	<b>91</b>
<b>3.10.1 EFECTOS DE LA SENTENCIA DE</b>	
<b>DIVORCIO EN CUANTO A LA PERSONA</b>	
<b>DE LOS CONYUGES</b>	<b>91</b>
<b>3.10.2 EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO</b>	
<b>EN CUANTO A LOS BIENES</b>	<b>93</b>
<b>3.10.3 EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO</b>	
<b>EN CUANTO A LOS HIJOS</b>	<b>94</b>

#### **CAPÍTULO IV**

##### **LA SUSPENSION Y LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO**

<b>4.1 SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD</b>	<b>99</b>
<b>4.2 PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD</b>	<b>99</b>
<b>4.3 FRACCION I "CAUSAL DE ADULTERIO"</b>	<b>101</b>
<b>4.4 FRACCION II "CAUSAL DE CONCEPCION</b>	
<b>ANTERIOR AL MATRIMONIO"</b>	<b>104</b>
<b>4.5 FRACCION III "CAUSAL DE INDUCCION A</b>	
<b>LA PROSTITUCION"</b>	<b>108</b>
<b>4.6 FRACCION IV "CAUSAL DE INDUCCION A</b>	
<b>LA COMISION DE UN DELITO"</b>	<b>111</b>
<b>4.7 FRACCION V "CAUSAL DE CORRUPCION DE</b>	
<b>DESCENDIENTES O TOLERANCIA DE LA</b>	
<b>MISMA</b>	<b>113</b>

4.8	FRACCION VI "CAUSAL DE ENFERMEDAD INCURABLE Y FRACCION VII "CAUSAL DE ENEJENACION MENTAL INCURABLE	115
4.9	FRACCION VIII "CAUSAL-DE SEPARACION CONYUGAL SIN CAUSA"	118
4.10	FRACCION IX "CAUSAL DE SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL ORIGINADA POR UNA CAUSA QUE SEA BASTANTE PARA PEDIR EL DIVORCIO, SI SE PROLONGA POR MAS DE UN AÑO"	121
4.11	FRACCION X "CAUSAL POR AUSENCIA O POR PRESUNCION DE MUERTE"	124
4.12	FRACCION XI "CAUSAL DE OFENSA DE UN CONYUGE A OTRO"	127
4.13	FRACCION XII "CAUSAL DE NAGATIVA DE LOS CONYUGES A CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES SEÑALADAS EN EL ARTICULO 164 Y 168 DEL CODIGO CIVIL"	130
4.14	FRACCION XIII "CAUSAL DE ACUSACION CALUMNIOSA HECHA POR UN CONYUGE CONTRA EL OTRO, POR DELITO CON PENA MAYOR DE 2 AÑOS"	135
4.15	FRACCION XIV "CAUSAL POR DELITO EN GENERAL, EXCEPTO EL POLITICO"	137
4.16	FRACCION XV "CAUSAL POR VICIO PERSONAL"	139

4.17	FRACCION XVI "COMETER UN CONYUGE CONTRA LA PERSONA O LOS BIENES DE OTRO UN ACTO QUE SERIA PUNIBLE SI SE TRATARE DE PERSONA EXTRAÑA, SIEMPRE QUE TAL ACTO TENGA SEÑALADA EN LA LEY UNA PENA QUE PASE DE UN AÑO DE PRISION" . . . . .	141
4.18	FRACCION XVII "CAUSAL DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO" . . . . .	142
4.19	FRACCION XVIII "LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS, INDE- PENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA SEPARACION LO CUAL PODRA SER INVOCADA POR CUALQUIERA DE ELLOS" . . . . .	143
4.20	PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA PARA EL DISTRITO FEDERAL EN CUANTO A LAS CAUSALES DE DIVORCIO Y EN CUANTO A LA PATRIA POTESTAD" . . . . .	145

**CONCLUSIONES**

**BIBLIOGRAFIA**

# INTRODUCCION

Al Derecho se le ha considerado como un instrumento de convivencia dentro de la colectividad humana, motivando con ello una serie de constantes problemáticas de toda índole e importancia que surgen en el devenir diario de los pueblos; por consecuencia emanan conflictos entre integrantes de la sociedad, y por ende la sociedad es base fundamental de la familia y a su vez ésta es un grupo humano primario, natural que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer.

Todos los seres vivos son impulsados por instintos fundamentales, siendo éstos la conservación y la reproducción. Los humanos como seres vivos, cumplen con el instinto de reproducción y crean con ella a la familia que es la base fundamental de la sociedad. De la unión sexual del hombre y la mujer surge la procreación de los hijos, y por ende nace el ejercicio de la patria potestad.

El Derecho de Familia es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés social público que regula la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, como el divorcio, trayendo aparejada la patria potestad de los menores hijos.

La patria potestad se ejerce sobre la persona del menor y los bienes del mismo es por eso que es importante que haya siempre una persona que realice la función de la patria potestad. La

atribución de esta función protectora descansa en la confianza que inspiran por razón natural, los ascendientes para desempeñar esta función.

El divorcio es una forma de disolver el vínculo matrimonial, y cuando se da esta figura tiene lugar también la patria potestad y es precisamente éste el motivo de este trabajo, los poderes discrecionales otorgados al Juez para determinar limitaciones al ejercicio de la patria potestad, sean por pérdida o suspensión, otorgándose a éste facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

Consideramos que el objetivo de este trabajo es analizar el artículo en que se regula la pérdida y la suspensión de la patria potestad en los juicios de divorcio, principalmente en los de divorcio necesario, lo anterior es necesario ya que se han desintegrado familias en virtud de que el Juez no ha aplicado correctamente la Ley, ésto es, que se ha basado en su criterio personal basado en los amplios poderes que le han sido concedidos.

Es por ello que en éste trabajo trataremos la suspensión y la pérdida de la patria potestad en los juicios de divorcio, por la gran problemática que lleva en sí su regulación en cuanto a la libertad del Juez para decidir sobre la pérdida y la suspensión de la misma, además se estudiará la necesidad de establecer un artículo expreso que determine lo anterior.

Para la exposición de este tema, se ha dividido este estudio en cuatro capítulos, los cuales desarrollaremos y analizaremos de la siguiente manera:

En el **Primer Capítulo** trataremos los antecedentes históricos y los aspectos fundamentales de la patria potestad, empezando por el concepto general, posteriormente Roma por ser la cuna del Derecho, en seguida México por ser la legislación que nos interesa, haciendo

mención a las características, los sujetos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad, los derechos y obligaciones, las formas de acabarse y suspenderse la patria potestad.

En el **Segundo Capítulo** abarcaremos y hablaremos de los antecedentes históricos de la figura del divorcio, por ser importantes para el estudio de nuestro tema y por ser la base del tema de la suspensión y la pérdida de la patria potestad en los juicios de divorcio; empezaremos por dar al concepto de divorcio, para seguir con el divorcio en los tiempos antiguos, en el Derecho Musulmán, en el Derecho Romano, en el Derecho Canónico, en el Derecho Mexicano, comprendiendo la época Precolonial, Colonial, México Independiente, así como los Códigos Civiles de 1874, 1884, Ley de Divorcio Vincular de 1914 y la Ley de Relaciones Familiares.

En nuestro **Tercer Capítulo** al cual le hemos dado el título de El Divorcio en el Derecho Vigente para el Distrito Federal, estudiaremos sus causales y sus efectos jurídicos, abarcaremos la definición del divorcio, su regulación en el Código Civil, el divorcio administrativo, el divorcio voluntario judicial, el divorcio necesario, las causales del divorcio en el Código Civil del Distrito Federal, las etapas procesales, y los efectos de la sentencia en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a los bienes y en cuanto a los hijos.

Y en nuestro **Cuarto** y último **Capítulo** examinaremos en qué consiste la suspensión y la pérdida de la patria potestad así como cada una de las dieciocho fracciones contenidas en el **artículo 267 del Código Civil**, haciendo mención en cada una de ellas cuándo se suspende y cuándo se pierde el ejercicio de la patria potestad.

Para todo ello, fue necesario tomar como fuente de investigación, la documental, consistente en bibliografía tanto de autores nacionales como extranjeros y la Jurisprudencia.

Debemos señalar que el tema a estudio no sólo tiene importancia teórica, sino también tiene aplicación en la práctica, ya que día a día se promueven ante tribunales juicios de divorcio en los que el Juez hace uso de las facultades antes mencionadas; así mismo es motivo de múltiples discusiones y proyectos de reforma ante distintas cámaras legislativas del Distrito Federal.

Por lo anterior, pretendemos aportar una serie de propuestas para que de alguna manera se puedan subsanar las deficiencias que serán analizadas posteriormente.

## **CAPITULO PRIMERO**

# **ANTECEDENTES HISTORICOS Y ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA PATRIA POTESTAD**

Al tratar el tema que analizaremos, estimamos es de suma importancia la recabación de datos, para ello primeramente daremos el concepto de la patria potestad, posteriormente daremos algunos antecedentes históricos. daremos algunas definiciones que nos proporcionan algunos tratadistas; analizaremos las características, el contenido y los sujetos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad, asimismo haremos mención a los derechos y obligaciones del titular y del menor sujetos a patria potestad, haremos alusión a los efectos de ésta en relación con la persona del menor y los bienes del mismo y finalmente hablaremos de los modos de terminarse la patria potestad regulados por el Código Civil para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

## 1.1 CONCEPTO GENERAL

En este punto daremos algunos conceptos que entorno al tema de la patria potestad se han escrito, con el propósito de tener un marco teórico y general de esta figura.

Iniciaremos transcribiendo el concepto que nos proporciona José María Castán Vázquez. quien nos dice:

**"PATRIA POTESTAD.- Viene del latín patrius, lo relativo al padre y potestas, potestad. Actualmente se ve más que un poder, una protección que por otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aún a la madre sólo en defecto del padre".<sup>(1)</sup>**

Como podemos observar, del concepto anterior destaca la idea de protección al menor y no un poder, la protección debe ser brindada por el padre y la madre.

---

(1) CASTAN Vázquez, José María. "La patria potestad". Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960. p. 117.

Hablar de patria potestad, necesariamente nos lleva a tratar el tema relativo a la paternidad y maternidad, pues en torno a ésto se desenvuelve la patria potestad.

Por su parte **Mateos Alarcón**, nos dice:

**"PATERNIDAD significa, en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, también nos habla de Maternidad y dice que significa calidad de madre; pero en el sentido jurídico significa la relación existente entre los padres y los hijos.**

**En un sentido amplio, bajo la denominación general de paternidad, se comprende no sólo el vínculo especial que une al padre a los hijos, sino también el de la maternidad, con el cual están unidos la madre y sus hijos".(2)**

Del concepto anterior podemos deducir que también se refiere a la patria potestad, ya que se habla de la madre y del padre, además se habla de un vínculo especial que une tanto a la madre como al padre con los hijos, por lo que estimamos que la base fundamental de la patria potestad es la paternidad y la maternidad, de la que habla **Mateos Alarcón**.

## 1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS

Conviene describir, el proceso histórico de la patria potestad y su participación paulatina, que nos permite tener una visión completa y entender su contenido actual, así como las perspectivas futuras.

---

(2) **ALARCON, Mateos. "Estudios sobre el código civil del Distrito Federal". Tomo I. México, 1883. p. 155.**

Para muchos sociólogos es un hecho indiscutible que las sociedades primitivas atravesaron un largo periodo de filiación uterina, en la que la determinación de la parentela se hacía partiendo de la madre, que constituía el centro de la familia.

La historia de la patria potestad nos demuestra un proceso paulatino, pero cotidiano, de debilitamiento de la autoridad paternal. La organización de las sociedades primitivas descansaba en la constitución y fortaleza de la unión familiar. Núcleo familiar que tenía a su vez una sustentación de carácter profundamente religioso, como se supone que era la concepción del mundo y de la vida en las épocas arcaicas. Los dioses, de quienes emanaba la vida y la muerte, la salud y la enfermedad, el sustento o la desgracia, eran las propias almas de los antepasados, a los que había de rendir permanentemente pleitesía, conservarles el fuego del hogar donde eran adorados, realizar toda la serie de ritos y plegarias que requerían para mostrarse propicios a los vicios. El representante de toda la familia, el sacerdote único, el heredero del hogar, el continuador de los ascendientes y raíz de los descendientes era el padre; de allí su enorme autoridad. La patria potestad no es pues, más que el reflejo de ese poder que el padre ejercía en todos los ámbitos de las relaciones familiares. La historia de todos los pueblos de la antigüedad muestran, con ligeras variantes entre unos y otros, el primitivo poder del pater familias.

A continuación trataremos los distintos antecedentes históricos que ha tenido nuestra figura de la patria potestad. El primer punto a tratar será Roma por ser la cuna del Derecho y tener una amplia visión de lo que es la patria potestad; después estudiaremos la regulación de la patria potestad en el Derecho Mexicano por ser el objeto de nuestro estudio.

### 1.2.1 LA PATRIA POTESTAD EN ROMA

El pueblo romano se caracterizó por tener una organización de carácter patriarcal y, por ende, una patria potestad de carácter absolutista. De aquí que el papel del paterfamilias fuera el principal y de ahí también que la madre ocupara un lugar completamente secundario. Por su misma constitución la familia se desarrollaba exclusivamente por vía de los varones; la mujer al casarse salía de su familia civil para pasar a formar parte de la familia del marido.

En relación al párrafo anterior la potestad paterna pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil, es una institución de **Derecho Civil** y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano.

El carácter principal de esta autoridad es que tiene menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de la familia. De este principio derivan las siguientes consecuencias:

**a) No se modifica a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les puede liberar;**

**b) Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce; mientras le esté sometido, su autoridad se borra delante del abuelo paterno; Y, por último, la madre no puede tener nunca la potestad paternal".<sup>(3)</sup>**

En cuanto a sus efectos, esta potestad 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

---

(3) *PEITZ, Eugenio. "Derecho romano". Novena ed.; Ed. Porrúa, S.A. México, 1992. p. 100, 101.*

persona, sobre los bienes de los hijos. Pero, a medida que se iba dulcificando la rudeza de las costumbres primitivas se vio también extinguirse lentamente la energía de la potestad paternal.

**"En relación a lo anterior, veamos cómo se fue cumpliendo este progreso. Derecho sobre la Persona.- Durante los primeros siglos, la potestad paterna hizo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. Tiene sobre ellos poder de vida y de muerte, puede manciparlos a un tercero y abandonarlos".(4)**

En relación al párrafo anterior encontramos que a finales del Siglo II de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección. En efecto aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de hechos de tal naturaleza que arrastrasen a la pena de muerte, no podía hacerlo por sí sólo; tenía que hacer la acusación delante del magistrado, por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia.

En fin Constantino decidió que en todos los casos todo el que hubiese mandado matar a su hijo sería castigado como parricida.

Otra función que tenía el padre, era mancipar al hijo que tenía bajo su autoridad, es decir, cederle a un tercero, a la manera de mancipación, de donde nacía el beneficio del adquirente la autoridad especial llamada mancipium. De esta manera se encontraba al hijo en una condición análoga a la del esclavo, aunque temporalmente, y sin dañar a su ingenuidad.

---

(4) PETIT, Eugenio. "Op. cit.", p. 100, 101.

En relación a lo anterior, se decía que por regla general el padre mancipaba al hijo en un momento de miseria, y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. A veces también le mancipaba a su acreedor en señal de garantía.

Es indudable que el hijo no era un bien como el esclavo, pero sí un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus servicios pudieran prestar. El adquirente se comprometía a libertarle a cabo de un tiempo determinado; pero si rehusaba, el censor podía anular el *mancipium*, quedando el hijo bajo la autoridad paternal.

**"El Derecho romano luchó en buena hora contra esta práctica, es decir, la *mancipium*, fue la Ley de las XII Tablas la que decidió que el hijo *mancipado* por tres veces fuese libertado de la autoridad paternal, y la jurisprudencia, interpretando al pie de la letra el texto de la Ley, admite que para las hijas y para los nietos una sola *mancipatio* produzca el mismo efecto".**<sup>(5)</sup>

**"Por último, el jefe de familia podía dejar a sus hijos, abandonándolos. Esta práctica se prohibió en el bajo Imperio, Constantino decidió que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiese, ya sea como hijo o como esclavo, por su parte Justiniano lo declara libre".**<sup>(6)</sup>

En cuanto al Derecho sobre los bienes, el hijo, en relación a éstos estuvo primitivamente en una situación comparable a la del esclavo. Su personalidad se absorbe con la del jefe de familia, no haciendo más que uno con él, y no pudiendo, por tanto, tener bienes propios. Todo lo que adquiría el hijo, pertenecía al jefe. Por otra parte, la regla por la cual los hijos de familia

---

(5) *PEITZ, Eugenio. "Op. cit.", p. 102.*

(6) *Idem.*

no pueden tener nada en propiedad se modificó bajo el imperio. Ciertas adquisiciones les fueron otorgadas en toda propiedad, extendiéndose en lo sucesivo este favor, aunque en la época de Justiniano fue casi derogado. Todo lo adquirido por el hijo de familia queda de su propiedad, salvo los bienes cuya utilidad le cede al padre, y que constituye para él un peculio, análogo al del esclavo.

Todo lo anterior puede resumirse en tres proporciones:

**Primera:** El jefe de familia es el jefe de culto doméstico.

**Segunda:** Los hijos de la familia son incapaces como los esclavos de tener un patrimonio, todo lo que ellos adquirían era adquirido por el paterfamilias.

**Tercera:** La persona física de los sujetos a esta potestad está a la disposición absoluta del paterfamilias. "En cuanto a las fuentes de la patria potestad en Roma encontramos las siguientes: *Iustae Nuptiae*, la adopción y la Legitimación, veamos éstas".(7)

Las *Iustae Nuptiae*, era el matrimonio celebrado entre un hombre y una mujer con la finalidad de perpetuar la especie para poder llegar al matrimonio en Roma se necesitaba: La Pubertad, el consentimiento de los Cónyuges, el Consentimiento del Paterfamilias, y el *Concubinium*.

---

(7) BRAVO Valdés, Beatric. "Primer curso de derecho romano". Duodécima ed.: Edit. Pax-México. México, 1987. p. 145.

"En la adopción existía una figura denominada adrogación, la adopción es un acto solemne y personalísimo, que hace caer a un ciudadano romano bajo la patria potestad de otro romano, estableciendo entre ellos artificialmente las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación de matrimonio legítimo. La adrogación es designada así, porque el que adroga es rogado, es decir, interrogado si quiere que la persona a la vez que va a adrogar sea para él hijo según el derecho, y el que es adrogado, se le preguntaba si consciente que así lo haga".<sup>(8)</sup>

La legitimación presupone una relación natural de padre a hijo, pero que excluye la idea de una potestad adquirida para efectos del nacimiento. Constituye pues, por tanto, para el padre una manera de obtener la potestad paterna sobre sus hijos que han nacido sui iuris. La legitimación es más plena en sus efectos que la adopción, pues engendra en principio relaciones idénticas a aquellas que resultan del nacimiento; es entonces una institución que pertenece al Derecho Civil, no aplicable a la madre por no ser titular de la patria potestad y que implica la certidumbre legal de la paternidad.

"En cuanto a la extinción de la patria potestad en Roma se terminaba en dos formas: La primera se terminaba por: Acontecimientos fortuitos, y la segunda por: Actos solemnes. Por acontecimientos fortuitos se consideraba la muerte del paterfamilias, la pérdida de la ciudadanía del padre, la reducción a la esclavitud del padre, la elevación del hijo a ciertas dignidades tanto religiosas como políticas, por actos solemnes se consideraba a la adopción y a la emancipación, ésta es un acto por el cual el jefe de familia hace salir de su potestad al hijo haciéndose éste sui iuris, la emancipación no es necesariamente

---

(8) BRAVO Valdés, Beatriz. "Op. cit." . pp. 145, 163.

**un castigo o una ruina para el hijo ya que en lugar de pasar a una potestad se torna Sui Iuris y puede tener patrimonio propio".<sup>(9)</sup>**

En todo lo anterior debemos advertir que la patria potestad es el poder que tiene el jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es, como la autoridad del señor, una institución de derecho de gentes, sino una institución de **Derecho Civil**, que sólo puede ejercerla el ciudadano romano sobre su descendiente, también ciudadano romano. En ella se encuentra no la protección del hijo, sino el interés del jefe de la familia. En esta facultad se ejerce sólo por y sobre los ciudadanos romanos.

A continuación trataremos los distintos antecedentes históricos que ha tenido la patria potestad en el Derecho Mexicano por ser el objeto de nuestro estudio.

### **1.2.2 LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO**

El sistema jurídico que ha imperado en la legislación civil mexicana, ha encontrado en los antecedentes romanos que hemos puesto, el sedimento básico para su elaboración.

Para continuar este tema debemos hacer mención que en el Código de las Partidas de los romanos habían quitado a la madre la potestad que el fuero juzgo le concedía. Sin embargo, cuando este cuerpo de leyes entró en vigor, el pueblo romano ya había dispuesto la antigua prevención contra las mujeres, es decir, la mujer no tuvo la ingerencia al ejercicio de la patria potestad; como ya se estudió en el tema anterior el que ejercía la patria potestad era el padre, denominado paterfamilias.

---

(9) BRAVO Valdés, Beatriz. *"Op. cit."*, pp. 155, 156.

En relación a lo anterior encontramos que en el **Código Civil de 1870** se consideraba a la patria potestad con relación a las personas, es decir, había una relación de padres e hijos.

En relación a lo anterior, el legislador de 1870, decía que la distinta educación modifica, los elementos morales de la mujer, y que como al tratarse de la vida doméstica, la mujer tiene tanta o más inteligencia que el hombre, por lo tanto, el cuidado de los hijos es tanto o más eficaz; por lo que no era posible ya entonces negar a una madre el ejercicio más sagrado de los derechos.

En otro aspecto, la primera Legislación Civil del Distrito Federal no se contentó con ese paso, sino que dando otro, amplió la patria potestad a los abuelos y abuelas. Contra los primeros, sólo podía alegarse la edad, pero como se les concedía la facultad de renunciar a la patria potestad, es prudente creer que el abuelo que no se considere ya capaz de ejercer aquel derecho, lo renunciará en bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas operan las mismas razones que respecto de la madre y concurren las mismas circunstancias que en los abuelos.

En el Capítulo final del **Código de 1870** se regulan los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

En el segundo cuerpo de leyes de 1884, se confirma que el poder paterno está fundado en la naturaleza que sabiamente puso en el corazón de los padres un amor infinito hacia sus hijos, el cual los hace procurar en toda su felicidad, defenderlos de todos los peligros y enseñarles todas aquellas virtudes que pueden conducirlos a bienestar privado y al respeto público. Esta enseñanza requiere, por parte del hijo, obediencia; y de parte del padre, autoridad para hacer cumplir sus mandatos, y como ambas cosas están íntimamente gravadas en el corazón humano, se decía que la autoridad del padre sobre el hijo estaba basada en la naturaleza.

En este ordenamiento del siglo pasado, la patria potestad se divide en onerosa y útil: la onerosa es el conjunto de obligaciones que la naturaleza y la Ley imponen a los padres para con sus hijos; la útil es la reunión de Derechos que la Ley concede a las partes respecto de algunos bienes de sus hijos menores no emancipados.

Como podemos observar, la misma naturaleza aconseja el honor y respeto que se deban a los padres, porque ellos son una consecuencia necesaria de la dirección paternal que recibe el hombre desde los primeros años de vida; más la Ley que ha querido consignar expresamente que, cualquiera que sean el estado, edad y condición de los hijos, éstos deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

De acuerdo con lo anterior, los hijos tienen que mantener la reverencia debida a aquellas personas de quienes recibieron el ser. a la vez, éstas tienen la obligación de educar a sus hijos convenientemente, para lo cual gozan de la facultad de corregirlos y castigarlos con templanza y con mesura. En razón de ello, los hijos que estuvieren bajo la patria potestad no podrán dejar la casa del que la ejerce sin permiso de éste o decreto de la autoridad pública competente, ni puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho.

Por otra parte, la misma Ley se afana por hacer efectiva la educación de los hijos; comprendiendo que en algunas ocasiones no bastarán las templadas correcciones del padre para conseguir tan noble fin.

Por otra parte en la Ley de Relaciones Familiares se reglamenta claramente el Capítulo de la patria potestad; dividiéndose en tres capítulos específicos: de la patria potestad, de los efectos de ella respecto de los bienes del hijo y de los modos de acabarse y suspenderse.

En las disposiciones a las que nos referimos en el párrafo anterior, se reitera primeramente el deber de los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición para honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. A la vez, sujeta a esa autoridad los hijos menores de edad no emancipados y los coloca bajo ella mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde según la Ley. Ese poder se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los legitimados, de los naturales y adoptivos.

En esas reglas se dispone que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre; por el abuelo y la abuela paternos y por el abuelo y la abuela maternos. Se especifica que solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden antes señalado. Se agrega que mientras estuviere el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Se dispone que los que tienen al hijo bajo su potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente; agregando la facultad de corregir y castigar en forma templada y mensuradamente. Se agrega que quien esté sujeto a ella no pueden comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejercen aquel derecho.

**"En materia patrimonial se dispone que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella; teniendo la administración legal de los bienes que les pertenecen. Se agrega que cuando se ejercite conjuntamente por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo. Corresponderá a los mismos ascendientes representar también a sus hijos en juicio; pero no podrán celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso**

de su consorte, y con la autorización judicial cuando la Ley lo requiera expresamente. A la vez se considera que los que ejercen la patria potestad tendrán sobre los bienes del hijo, mientras dura la administración, la mitad del usufructo de ellos".<sup>(10)</sup>

Se prohíbe a los que ejercen la patria potestad enajenar o gravar en modo alguno de los bienes inmuebles y muebles preciosos que corresponda al hijo, sino por causa absoluta necesidad o evidente utilidad, previa autorización del Juez competente reconociéndose que en todos los casos en que quienes ejercen la patria potestad puedan tener un interés opuesto al de sus hijos menores, éstos serán representados en juicio y fuera de él por un tercero nombrado por el Juez para cada caso.

"En cuanto a las formas en las que la patria potestad se acaba o suspende, se declara que ésta termina por muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; por la mayor edad del hijo, así como por emancipación. A la vez, dispone que se pierde cuando el que la ejerce es condenada a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho. Se preceptúa también que se puede privar o en su caso modificar su ejercicio, si quien la ejerce trata con excesiva severidad a los que están en ella, o no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores".<sup>(11)</sup>

En el aspecto de la suspensión, ésta opera por incapacidad declarada judicialmente; por la ausencia declarada en forma o por sentencia condenatoria que la imponga

---

(10) MAGALLON Ibarra, Jorge Mario. "Instituciones de derecho civil". Tomo I. Ed. Porrúa, S.A. México, 1988, p. 530.

(11) *Ibidem*, p. 531.

**"Se contempla la posibilidad de que los abuelos y abuelas pueden siempre renunciar al ejercicio de la patria potestad agregándose que cuando ella suceda, el que la renunció no podrá recuperarla".(12)**

Numerosas de las disposiciones que hemos invocado en los párrafos anteriores, están reiterados en el **Código Civil** vigente, en cuyo libro primero, título octavo, se incluyen tres capítulos similares a los que contemplaba la Ley anterior, incluidos en los **artículos del 411 al 448 del Código Civil** vigente, los tres aspectos que contemplaba esta Ley son: Los efectos de la patria potestad en cuanto a las personas de los descendientes, los efectos en cuanto a los bienes de los mismos, y las formas de suspenderse o extinguirse la patria potestad, lo anterior lo explicaremos más adelante.

A continuación daremos algunas definiciones que nos proporcionan algunos estudiosos del Derecho.

### **1.3 DEFINICION**

En este punto daremos algunas definiciones que en torno al tema de la patria potestad se han escrito, con el propósito de tener un marco teórico y general de esta figura.

Iniciaremos transcribiendo la definición que nos proporciona **Marcel Planiol**, quien nos dice:

**PATRIA POTESTAD.- "Es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la**

---

(12) **MAGALLON Ibarra, Jorge. "Op. cit.", p. 531.**

**persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".(13)**

En relación a la definición anterior podemos observar que dicho autor únicamente habla de derechos y facultades que la Ley concede a los padres para cumplir con sus obligaciones, por lo que esas obligaciones las podemos encontrar en una sola frase; la educación de los hijos.

El maestro Galindo Garfias señala que la patria potestad puede definirse de la siguiente manera:

**PATRIA POTESTAD.- "Comprende un conjunto de poderes, impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere".(14)**

Por su parte el maestro Edgar Baqueiro Rojas la define de la siguiente manera:

**PATRIA POTESTAD.- "Es el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la Ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los represente en tal periodo".(15)**

De las definiciones anteriores podemos observar que se habla de derechos y deberes que ejercen los padres o uno de ellos; podemos señalar a la patria potestad como una institución de asistencia y protección, teniendo una naturaleza especial y un fin determinado. Es evidente que el fundamento de la patria potestad está en la naturaleza humana que confiere a los padres la

(13) PLANIOL, Marcel. *"Tratado elemental de derecho civil"*. Tomo II. Tr. de la Duodécima edición Francesa por José M. Cajica. Ed. Cajica. Puebla, México, 1946. p. 251.

(14) GALINDO Garfias, Ignacio. *"Derecho civil"*. Undécima ed.: Ed. Porrúa, S.A. México, 1991. p. 669.

(15) BAQUEIRO Rojas, Edgar. *"Derecho de familia y sucesiones"*. Ed. Harla. México, 1990. p. 227.

misión específica de asistir y formar a sus hijos. Independientemente que el Estado lo acepte y la regule, la patria potestad está en la naturaleza propia de las relaciones paterno-filiales.

De lo anterior podemos decir que la patria potestad es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar, teniendo una relación paterno-filial. De esta manera la Ley ha querido que este deber de proteger y cuidar a los hijos, no depende de la existencia del vínculo matrimonial sino de la procreación o de la adopción que impone a cargo de los padres, la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente.

En cuanto al cuidado y protección de los menores, corresponde desempeñar en manera original, al padre y a la madre, atribuyéndole un complejo de facultades y derechos a los progenitores para que en el ejercicio de esa autoridad, puedan cumplir esa función ético social que actualmente es la razón que funda la autoridad paterna.

En este sentido, el concepto de patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. En esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad sino una función propia de la paternidad y la maternidad.

En seguida nos avocaremos al estudio de las características de la patria potestad.

#### **1.4 CARACTERISTICAS**

De lo expresado anteriormente puede derivarse algunas características que nos permiten conocer más esta institución.

Como características de la patria potestad destacan las mencionadas por la maestra Sara **Montero Duhalt**, la cual la clasifica de la siguiente manera: **"Es un cargo de interés público, Irrenunciable, Intransferible, Imprescriptible, Temporal, Excusable. Veamos éstas"**. (16)

#### 1.4.1 ES UN CARGO DE INTERES PUBLICO

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

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

**"La patria potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a sí mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución**

---

(16) *MONTERO Duhalt, Sara. "Derecho de familia", Ed. Porrúa, S.A. México, 1984, p. 342.*

se considera de interés público, al establecerlo la Ley como un cargo irrenunciable".(17)

#### 1.4.2 ES IRRENUNCIABLE

Expresamente el artículo 448 del Código Civil del Distrito Federal determina que la patria potestad no es renunciable. De acuerdo con el texto del artículo 6 del propio ordenamiento, sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten el interés público. La patria potestad tiene un significado de interés público, de ahí que textualmente se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo. La responsabilidad de los progenitores con sus hijos, muy extendida con respecto a los padres de los hijos que nacen fuera del matrimonio y que dejan toda la carga a la madre, misma que precariamente puede cumplir con ella, es uno de los mayores males que padece la humanidad, origen de gran parte de las torpezas y aberraciones en la conducta de las personas y que repercuten inevitablemente en la conflictiva social característica de nuestro mundo. (18)

#### 1.4.3 ES INTRANSFERIBLE

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

---

(17) MONTERO Duhalt, Sara. "Op. cit.", p. 342.

(18) *Ibidem.* pp. 342, 343.

**adopción. Cuando un menor de edad está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen dan su consentimiento para que el hijo o nieto sea dado en adopción, transmiten a través de este acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la Ley y ser acordada por el Juez de lo Familiar, no existe otra forma de transmitir la patria potestad. En el caso de que quien la ejerce muera o se imposibilite para cumplirla, la Ley señala expresamente que sujetos deben asumirla".(19)**

#### **1.4.4 ES IMPRESCRIPTIBLE**

La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para entrar a su ejercicio. Lo propio sucede con aquel sujeto que, sin ser padre o madre o ascendente, protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo, este cargo.

**"El mismo sólo corresponde a quien la ley señala: padres o abuelos, nadie más, y entre éstos también debe seguirse el orden que la propia ley señala: primero los padres, o uno de los dos a falta o por imposibilidad del otro; después los abuelos en el orden que determine en última instancia el Juez de lo Familiar".(20)**

#### **1.4.5 ES TEMPORAL**

---

(19) *MONTERO Duhali, Sara. "Op. cit.", pp. 342, 343.*

(20) *Ibidem, p. 343.*

"Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello dura tanto como la minoridad de los hijos o hasta que contrae matrimonio antes de la mayoría de edad. El máximo plazo de ejercicio de la patria potestad son dieciocho años, ya que de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil la mayoría de edad empieza a los dieciocho años".<sup>(21)</sup>

#### 1.4.6 ES EXCUSABLE

"La Ley permite que, en ciertas circunstancias, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar al ejercicio de la misma, se excusen de cumplirla. Estas circunstancias son dos:

1) Cuando se tiene sesenta años cumplidos, y

2) Cuando por el mal estado habitual de salud no se puede atender debidamente a su desempeño, lo anterior lo encontramos fundado en el artículo 448 del Código Civil del Distrito Federal, siendo esta norma totalmente justa, pues el ejercicio de la patria potestad implica el cumplimiento de una serie de deberes que pueden resultar sumamente fatigosos para las personas agotadas por la edad o por la mala salud. Cuando quien la ejerce o deba ejercerla se encuentra en estas condiciones, puede excusarse de cumplir ante el Juez de lo Familiar quien determinará quién debe entrar en el cargo si existe alguna de las

---

(21) MONTERO Dihalt, Sara. "Op. cit.", p. 343.

**personas que señala la ley como obligadas al respecto (padres o abuelos); o si ésto no es posible, se le nombrará tutor legítimo o dativo".(22)**

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

De esta manera ha quedado explicada de una forma general las características de la patria potestad, para continuar con el tema relativo al contenido de la patria potestad.

## **1.5 CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD**

Hemos visto que la patria potestad se ejerce sobre la persona del menor y los bienes del mismo. La atribución de esta función protectora de los hijos menores, descansa en la confianza que inspiran por razón natural, los ascendientes, para desempeñar esta función.

En relación a lo anterior, **"Ignacio Galindo Garfias nos dice que la patria potestad tiene un contenido de orden natural que se encuentra en la procreación, y a veces puede ser afectivo el cual sería la adopción. Tiene un contenido de carácter ético el cual sería el deber de mirar por el interés de la prole, y por último tiene un contenido de carácter social consistente en la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad".(23)**

---

(22) MONTERO Duhali, Sara. *"Op. cit."*, p. 343.

(23) GALINDO Garfias, Ignacio. *"Op. cit."*, p. 667.

En relación a lo anterior, veremos en qué consiste el contenido natural, ético y social.

En el primer aspecto, es decir, desde el punto de vista natural, se debe de entender que la patria potestad se ejerce por los padres, ya que éstos son los más obligados para cumplir con esta obligación, teniendo como principal función de los padres darles a los hijos una salud y una educación teniendo ésto como objeto la formación profesional de los hijos.

El contenido de carácter ético de las relaciones jurídicas entre los padres que ejercen la patria potestad y los hijos, se presenta en el estado de obediencia y de respeto de los descendientes hacia los padres, al establecer en el artículo 411 del Código Civil lo siguiente: **"Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes"**. Como podemos observar este precepto legal expresa en términos jurídicos, el deber moral de los hijos que contiene el Decálogo: **"Honrarás a tu padre y madre"**.

En relación a lo anterior, desde el punto de vista de la autoridad paterna, el fundamento ético de la patria potestad consiste en que la función encomendada al padre y a la madre, no se agota en la procreación del hijo o de los hijos, impone a los padres la responsabilidad moral de la formación de sus menores hijos desde el punto de vista físico, intelectual y espiritual.

En cuanto al contenido social de la patria potestad, se destaca desde el punto de vista de que los poderes conferidos al padre y a la madre constituyen una potestad de carácter público; en cuanto que realizando esa misión en interés del hijo cumpliéndose el interés de la colectividad representada por el Estado.

De la conjunción de los anteriores elementos se desprende, que el orden jurídico exige que la autoridad paterna se encuentra sólidamente establecida dentro del grupo familiar y explica a la

vez por qué el derecho privado, se reúnen en esta institución, el interés de los hijos y el de los padres, el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad y el Estado.

A continuación hablaremos de los sujetos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad.

## **1.6 SUJETO ACTIVO Y PASIVO DE LA PATRIA POTESTAD**

En relación a lo dicho anteriormente, hablaremos de los sujetos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad y para su mejor entendimiento, los hemos clasificado en sujeto activo y sujeto pasivo, por lo que procedemos a explicar lo anterior.

Debemos entender por sujeto activo: Aquel ente jurídico capaz de desempeñar un cargo, en este supuesto sería la persona capaz de ejercer la patria potestad, y por sujeto pasivo: Aquel ente sobre quien se cumple un cargo, en este supuesto sería el menor sujeto a patria potestad.

En relación a lo anterior, los sujetos activos de la patria potestad son los siguientes: Los padres conjuntamente, o solamente la madre o sólo el padre, los abuelos tanto paternos como maternos, unos u otros, o uno sólo de cada pareja. Por el contrario los sujetos pasivos de la patria potestad son: Únicamente los hijos o nietos menores de edad. Nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad. Y si los menores no tuvieren padres o abuelos tanto paternos como maternos, no estarán sujetos a patria potestad, ya que se les nombrará tutor.

En relación a lo anterior la Ley determinará cómo se cumplirá con la patria potestad sobre los hijos del matrimonio, cuando los hijos son habidos fuera de él y cuando los hijos son adoptivos; procedamos a analizar lo anterior.

En relación a lo anterior, en el primer supuesto el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 414, nos dice lo siguiente:

**ARTICULO 414.** "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

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

En relación a la fracción primera del artículo anterior sabemos ya, que tanto el padre como la madre ejercen la patria potestad conjuntamente, y es lógico que a falta de alguno de los dos, ejercerá la patria potestad el que quede, es decir, la madre o el padre del menor.

En relación al orden establecido por el artículo 414 del Código Civil en el ejercicio de la patria potestad, encontramos la norma discriminatoria para los abuelos maternos, ya que se dejan en un segundo lugar con respecto a los abuelos paternos. Por lo que creemos, que debería ser el Juez quien determine a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad por falta o imposibilidad de ambos padres, y teniendo siempre en cuenta el interés y bienestar de los nietos, quienes consideramos deberían también ser escuchados en sus preferencias, si es que ya están en uso de razón.

En relación a lo anterior, la maestra Sara Montero, nos dice: "...que un menor está en uso de razón aproximadamente a los siete años de edad".<sup>(24)</sup>

En relación a los casos previstos por los artículos 380 y 381, el artículo 416 dice: "Cuando por cualquiera circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro" y el artículo 418 nos dice: "A falta de

---

(24) MONTERO Duhal, Sara. "Op. cit.", p. 345.

**padres ejercerá la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414 del Código Civil, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".**

En relación a lo anterior, es claro que cuando faltan los padres, entrarán a ejercer la patria potestad los abuelos, pero en este caso sí se le otorga facultad al Juez para que decida cuáles ascendientes la ejercerán tomando en cuenta las circunstancias del caso.

En relación a los hijos adoptivos el **Código Civil** en su **artículo 419** nos dice: "**La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten**".

En relación a lo anterior, la patria potestad sólo se transmite cuando se da en adopción un menor que no estaba bajo la patria potestad de nadie, entrando a ejercerla quienes lo adopten. No habrá transmisión, sino creación de la patria potestad.

Con lo anterior, terminamos la explicación de los sujetos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad, para continuar con el tema de los derechos y obligaciones de los menores sujetos a patria potestad.

## **1.7 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD**

A continuación explicaremos los derechos y obligaciones de los menores sujetos a patria potestad; como podemos observar el legislador inicia con una norma de carácter totalmente ético,

la regulación de esta figura, la cual se encuentra contenida en el artículo 411 del Código Civil vigente que a la letra dice:

**ARTICULO 411. "Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".**

En relación a lo anterior, no sólo la ética de todos los tiempos y lugares, sino todo sistema religioso, recoge esta norma: el deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes. Así el Decálogo cristiano señala en su cuarto mandamiento: "**Honrarás a tu padre y a tu madre**", éste es por tanto, el deber supremo de los hijos que recoge la Ley aunque el mismo es, a todas luces, un principio de carácter incoercible. Por otro lado, no derivada de la patria potestad, sino de calidad del hijo, de la filiación misma, no importando la edad, el estado o condición de los mismos.

El segundo deber que señala la Ley se encuentra en el artículo 421 del Código Civil que a la letra dice:

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

Asimismo, el sujeto a patria potestad debe vivir en el lugar que le designen quienes la ejercen, que normalmente es la misma habitación de unos y otros. Recordemos que los menores de edad tienen domicilio legal y éste es el de los que ejercen la patria potestad o la tutela.

Los demás derechos y obligaciones tienen un doble carácter, es decir, los derechos y obligaciones de los sujetos a patria potestad son los correlativos a los deberes y facultades de quienes la ejercen.

### **1.7.1 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD**

En relación a este punto, encontramos que estos derechos y obligaciones tienen un doble carácter, siendo éstos los siguientes: Los derechos y obligaciones en relación con la persona del menor y con relación a los bienes del menor. Procedemos a explicar lo anterior.

### **1.7.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES EN RELACION CON LA PERSONA DEL MENOR**

Los efectos sobre la persona del hijo, se refieren a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, con la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

Para el cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la patria potestad produce los siguientes efectos: Custodia, Alimentación, Educación y Corrección, Representación Legal, Designación de Domicilio. Procedamos a explicar lo anterior.

En relación a la custodia y a la guarda del hijo encontramos que es el primer deber de los padres en relación a los hijos no emancipados, es decir, se tiene que tener a los hijos en su compañía para su vigilancia y cuidado.

**Marcel Planiol** nos dice:

**"La guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre, guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. El**

**hijo menor no emancipado no tiene derecho para abandonar el domicilio paterno, salvo cuando haya cumplido veinte años (hoy dieciocho años)" (25)**

En relación a lo anterior, consideramos que corresponde a los padres el ejercicio de la patria potestad con todas las facultades inherentes a la misma, entre las que se encuentra de manera principal la de su guarda y custodia, ya que como antes se dijo, a fin de cumplir con los deberes y ejercer las facultades de la misma, es menester la convivencia cotidiana del menor bajo el mismo techo.

En cuanto a los alimentos, dentro del título de la patria potestad no encontramos referencia a los alimentos, lo cual no significa que no existe este deber con cargo a los progenitores que ejercen la patria potestad. Este deber es uno de los principales que existe en la relación paterno-filial con cargo a los padres de dar alimentos a sus hijos.

En relación a lo anterior, **Marcel Planiol** nos dice:

**"Que la educación de los hijos no se realiza sin gastos, siendo éstos a cargo de los padres; la carga económica es la más pesada de las que deben soportar los padres; insignificantes, son, en comparación con ella, los cuidados que requiere la persona del hijo. Cuando la familia es numerosa, la carga de sostenimiento y educación de los hijos es agobiadora para los padres".(26)**

---

(25) *PLANIOL, Marcel. "Op. cit.", p. 315.*

(26) *Ibidem, p. 251.*

En relación a la educación y corrección, Zannoci dice que en sentido amplio: **"El deber de la educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad".**(27)

De acuerdo a lo anterior, la Ley señala que, a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. El deber de educación es parte de los alimentos.

Cabe señalar que estimamos que, la educación mínima debe ser la secundaria para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse a sí mismo, existe la obligación de proporcionarle los medios para que adquiera algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

El deber de educar implica forzosamente la conducta correctiva. La Ley señala esta facultad en el **artículo 423 del Código Civil** que a la letra dice:

**ARTICULO 423. "Los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tiene la facultad de corregirlo y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo".**

En relación a la Representación Legal, como los menores de edad son incapaces de ejercicio, actuarán en su nombre los que ejerzan la patria potestad. Por ello el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso

---

(27) ZANNOCI A., Eduardo. "Derecho de familia". Ed. Astrea. Buenos Aires, 1978, p. 719.

consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez. Lo anterior según el **artículo 424 del Código Civil**.

En relación a la designación del domicilio, los padres o abuelos, en su caso, tienen el derecho y deber de custodiar al menor, de vivir con él, y en este sentido está el deber de los últimos de no dejar la casa donde viven con quienes ejercen la patria potestad.

En seguida haremos mención a los derechos y obligaciones en relación con los bienes del menor.

### **1.7.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES EN RELACION A LOS BIENES DEL MENOR**

La patria potestad produce efectos no sólo sobre la persona del hijo, sino que de ella derivan otras consecuencias de carácter patrimonial.

En efecto, la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores de edad no emancipados, quienes en tanto no alcancen la mayoría de edad, no podrán disponer libremente de su persona ni de sus bienes.

Por lo que consideramos que dos son los efectos en cuanto a los bienes del menor, siendo éstos: La administración de los bienes del menor, y el usufructo legal, los cuales se encuentran establecidos en los **artículos 425 al 442 del Código Civil**. Procedemos a explicar lo anterior.

En cuanto a la administración de los bienes del menor y a la administración del usufructo legal se tiene que distinguir entre los bienes del menor que pueden ser de dos clases: bienes que adquiere por su trabajo, y bienes obtenidos por cualquier otro concepto. Los bienes de la primera clase, le pertenecen al menor en propiedad, administración y usufructo. En consecuencia, con respecto a estos bienes, los que ejercen la patria potestad no tendrán ingerencia alguna.

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

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

Los que ejercen la patria potestad, como simples administradores de los bienes, no tienen facultades para actos de dominio, por ello no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los bienes preciosos que correspondan al hijo. Solamente por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio podrán realizar estos actos previa autorización judicial. Cuando esta autorización sea concedida, al Juez tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca a favor del menor. A este efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial.

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

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

Una vez que los hijos se emancipen, o cuando alcancen la mayoría de edad, los que ejercen la patria potestad les entregarán todos los bienes y los frutos que le pertenezcan.

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

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

Como los que ejercen la patria potestad son normalmente los mismos a dar alimentos a sus hijos menores, el importe de dichos alimentos se deducirá de la mitad del usufructo a que tienen

derecho los primeros, y si esta parte no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejercen la patria potestad.

El usufructo de la mitad de los bienes del sujeto a patria potestad lleva consigo las mismas obligaciones que tienen los usufructuarios por cualquier otro título. Hacer un inventario y avalúo de los bienes antes de entrar en el disfrute de los mismos, no alterar su forma ni sustancia, usarlos para el que están destinados, devolverlos cuando se extinga el derecho, etc. Se exceptúan el deber de otorgar fianza pues el legislador concede crédito a los que ejercen la patria potestad por la justificada suposición de que estas personas les mueve normalmente el afecto y el interés hacia sus descendientes más que el suyo propio. Sin embargo, la Ley exige que se otorgue garantía en los tres siguientes casos: Cuando los que ejercen la patria potestad hayan sido declarados en quiebra o estén concursados; Cuando contraigan nuevas nupcias, y cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Puede renunciarse al derecho a la mitad del usufructo, haciéndolo constar por escrito, o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda, la renuncia del usufructo hecha en favor del hijo, lo anterior se considera como donación.

El derecho al usufructo se extingue paralelamente a la extinción del ejercicio de la patria potestad, o en el caso de renuncia del mismo que acabamos de señalar.

En seguida haremos mención, a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

## **1.8 MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD**

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

### 1.8.1 SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

Por tres causas puede suspenderse temporalmente el ejercicio de la patria potestad, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

**ARTICULO 447. "La patria potestad se suspende:**  
**I Por incapacidad declarada judicialmente;**  
**II Por ausencia declarada en forma;**  
**III Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión".**

En relación al artículo anterior, en la fracción primera, debemos entender que el que ejerce la patria potestad tiene que ser una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otra persona, en este caso un menor de edad, en el supuesto de que quien ejerce la patria potestad pierde la capacidad de ejercicio, él mismo necesitará que se le nombre un tutor para que actúe a su nombre.

En cuanto a la fracción segunda del artículo anterior, la razón es obvia, si el que debe custodiar y representar se le declara ausente, es decir, no se sabe dónde está, se ignora su paradero y existe la incertidumbre inclusive si aún vive, no puede ejercer ninguno de sus derechos, incluyendo el de la patria potestad.

En relación a la fracción tercera del artículo anterior, puede ser que en un momento determinado la conducta del que ejerce la patria potestad sea considerada por el Juez como inconveniente a los intereses del menor, por múltiples razones; que posteriormente señalaremos; en este caso como sanción temporal se le condenará a la suspensión de la patria potestad.

En relación a las tres causas de suspensión que enumera el artículo 447 del Código Civil, pueden extinguirse en un momento dado; el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio; el ausente regresa, y el sancionado se le extingue su condena. En estos casos se requerirá también la intervención judicial para que declare que a quien se le había suspendido en su derecho, ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad.<sup>(28)</sup>

En seguida explicaremos la pérdida de la patria potestad.

### 1.8.2 PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se pierde por las causas enumeradas en el artículo 444 del Código Civil del Distrito Federal, las cuales son:

#### ARTICULO 444. "La patria potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerza 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 esos derechos no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal;

---

(28) MONTERO Dulali, Sara. "Op. cit.", p. 352. 353.

**IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses".**

En relación a lo anterior, consideramos que bastaría con declarar que la patria potestad se pierde, a juicio del Juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituyen una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores. En esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas, independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos.

A continuación explicaremos en qué consiste la extinción de la patria potestad.

### **1.8.3 EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD**

La patria potestad termina definitivamente, tanto para el que la ejerce, como para el sujeto pasivo, en los siguientes casos enumerados por el artículo 443 del Código Civil, y que son:

**ARTICULO 443. "La patria potestad se acaba:**

**I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;**

**II. Con la emancipación derivada del matrimonio;**

**III. Por mayor edad del hijo".**

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

En relación a la fracción segunda del artículo anterior, la emancipación por matrimonio significa que el menor de edad que se casa, sale de la patria potestad. Si su matrimonio se extingue persistiendo la minoría de edad del cónyuge, no regresará a la patria potestad, sino que se le considera emancipado.

En relación a la fracción tercera del artículo anterior, tenemos que la mayoría de edad extingue la patria potestad, pues la misma es exclusiva para los menores de edad.

En seguida haremos mención a los antecedentes históricos del divorcio.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO**

En el capítulo anterior hicimos un recorrido histórico de la patria potestad y aspectos fundamentales del mismo, partiendo primeramente del concepto de la patria potestad, para concluir con los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Ahora bien, en este capítulo, haremos mención a los antecedentes históricos del divorcio, empezaremos con el concepto del divorcio, posteriormente haremos referencia a los antecedentes históricos, haciendo mención a los tiempos antiguos, para continuar con el divorcio en el Derecho Musulmán, en el Derecho Romano, en el Derecho Canónico, en seguida continuaremos con los antecedentes históricos del divorcio en el Derecho Mexicano, empezando por la época precolonial, la época colonial y el México Independiente.

Expuesto lo anterior, continuaremos con el desarrollo del tema.

## 2.1 CONCEPTO

En este punto daremos el concepto de divorcio, con el propósito de tener un marco teórico y en general de esta figura ya que posteriormente analizaremos la suspensión y la pérdida de la patria potestad en los juicios de divorcio, por tal motivo es necesario analizar los antecedentes históricos del divorcio, por tanto, es necesario abordar el concepto del divorcio.

Iniciaremos transcribiendo el concepto que nos proporciona **Jaime Del Arenal Fenochio**.

**DIVORCIO.- "De las voces latinas divortium y divertere, separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes".<sup>(29)</sup>**

---

(29) DEL ARENAL Fenochio, Jaime. *"Voz: divorcio. Diccionario jurídico mexicano"*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Quinta ed.; Ed. Porrúa, S.A. México. 1992. p. 1184.

Por su parte Sara Montero Duhalt, nos dice:

**DIVORCIO.-** "Deriva de la voz latina *divortium* que significa separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes.

Divorcio es también el rompimiento del vínculo, de la unión. Seguir sendas diferentes los que antes marchaban por el mismo camino".<sup>(30)</sup>

De los conceptos anteriores vemos que ambos concuerdan y dicen que proviene de la voz latina *divortium*, diciendo que el divorcio es la separación de lo que estaba unido, el segundo autor agrega el concepto de divorcio diciendo que es el rompimiento del vínculo matrimonial.

## 2.2 ANTECEDENTES HISTORICOS

Los principales antecedentes históricos que haremos mención respecto al tema que nos ocupa, los localizamos en los tiempos antiguos, en el Derecho Musulmán, en el Derecho Romano, en el Derecho Canónico, y por supuesto en México, los cuales a continuación haremos referencia.

### 2.2.1 TIEMPOS ANTIGUOS

"Los más antiguos testimonios de la historia de la humanidad hablan de alguna manera del divorcio, por lo que consideramos que en todos los países de la antigüedad el divorcio existió. Inicialmente como un derecho o prerrogativa

---

(30) MONTERO Duhalt, Sara. "Op. cit.", p. 196.

**del hombre que podía repudiar fácilmente a la mujer en ciertos casos, por causa de adulterio de la esposa y también con no menor frecuencia, se aceptaba el ejercicio del derecho de repudiar fundada en la esterilidad de la mujer".<sup>(31)</sup>**

En seguida haremos mención a los antecedentes históricos del divorcio en el Derecho Musulmán.

### **2.2.2 EL DIVORCIO EN EL DERECHO MUSULMAN**

En la historia del divorcio conviene mencionar la evolución del mismo en el Derecho Musulmán.

José López Ortíz, nos dice el siguiente comentario al Derecho Musulmán.

**"Los pleitos de divorcio pueden fundamentarse en las siguientes causas: impotencia de uno de los cónyuges o enfermedades que hagan peligrosa la cohabitación, sin el conocimiento previo de esos defectos, y no obstante ellos, la continuación de la vida conyugal no han hecho prescribir el derecho a reclamar. Estos defectos o enfermedades pueden ser incurables, caso en el cual el cadí, sin más disuelve el matrimonio; si las reputa curables, concede un plazo prudencial, pasando el cual, si no ha desaparecido, disuelve el matrimonio, por lo que consideramos que el plazo es una buena medida.**

---

(31) GALINDO Garfias, Ignacio. "Op. cit.", p. 578.

Por incumplimiento de las condiciones del contrato: por ejemplo el no pagar la dote al marido, el no suministrar alimentos a la mujer; concede también el cadí un plazo para cumplirlas, pasado el cual disuelve el matrimonio, si no se han hecho conforme se está obligado. Además, ya se ha aludido que en algunas capitulaciones matrimoniales estipulan condiciones especiales, cuyo incumplimiento, una vez demostrado debe el cadí proceder a la disolución del matrimonio, bien obligando al marido a repudiar a la mujer, si fue ésta la forma de disolución que se pactó, o bien, dando él la repudiación en nombre del marido si éste no puede o no quiere.

No sólo la mujer, sino cualquiera de los cónyuges puede pedir el divorcio por diferencias ocurridas antes de la consumación del matrimonio, acerca de la cuantía de la dote, o en general por desavenencias conyugales después de la consumación, como sevicias del marido, indocilidad de la mujer, etc. Por parte del marido, serán poco frecuentes estas demandas, teniendo en su mano el medio de repudiación para resolver cualquier dificultad que éste genera.

El adulterio tenía una consideración especial: Hay un medio de hacer efectivas sus consecuencias cuando se pueden eludir en el orden penal. Se habla de esta cuestión en los tratados de fic bajo el título de Lian, con el cual el marido acusa a su mujer. Directamente tiende el procedimiento a hacer constar la rehusa del marido a reconocer como suyo un hijo de su mujer. El marido que tiene prueba directa del adulterio de su mujer, o que a lo menos se cree en el caso de no reconocerse padre de un hijo de ésta, acude al cadí con la acusación; ante ella hace el Juez comparecer a ambos, a poder ser en la mezquita en hora de gran concurrencia; el marido formula solemnemente la acusación apoyándola con tres juramentos a los que añade un cuarto, que contiene la imprecación

ritual bien de la maldición divina, si no se dice la verdad. Si la mujer constesta y apoya su negación de las imputaciones del marido con otros cuatro juramentos, en el cuarto de los juramentos, impreca también sobre sí la cólera divina -como las del marido son palabras sacramentales- evade la pena del adulterio; pero la prole de todos modos ya no se atribuye al marido y el matrimonio queda disuelto.

A Mahoma le preocupó la facilidad que existía, especialmente para el hombre de repudiar a la mujer, y así después se reglamentó más precisamente conforme al Alcoram las causas de divorcio.

Existió también en el Derecho Musulmán la posibilidad de disolver el matrimonio por mutuo consentimiento, y había otra forma muy especial a la que podía ocurrir sólo el hombre, haciendo juramento de abstinencia, para no tener relación sexual con su mujer. En este juramento se obliga a no tocar a persona, y serle tan intangible como la madre. La esposa que en esa forma expuesta a ver disuelto su matrimonio podía acudir al Juez -al cadí de los musulmanes- para que exhortara al marido a fin de que retirase su juramento. El marido no podía retractarse de su juramento, y reanudar la vida conyugal. Pero si el marido insistía, la esposa era entonces la que para no continuar en ese estado contrario a la vida matrimonial, ocurría al Juez para que de no retractarse el marido del juramento de abstinencia, éste la repudiase, y de no hacerlo el esposo, lo hiciera al Juez en representación de éste. Y así era como entonces se llegaba a la disolución del vínculo matrimonial".(32)

---

(32) ROJINA Villegas, Rafael. "Derecho civil mexicano". Tomo II. Séptima ed.; Ed. Porrúa, S.A. México, 1987. pp. 413, 414.

En seguida haremos mención a los antecedentes históricos del divorcio en el Derecho Romano.

### 2.2.3 EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO

Es importante para nuestra legislación el contenido del Derecho Romano por ser su antecedente remoto y directo.

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

En el matrimonio *cum manus*, el divorcio consistía en un derecho de repudio por parte del marido. Según Cicerón, este tipo de divorcio fue admitido desde la Ley de las XII Tablas. En esta forma de matrimonio el repudio era un acto unilateral y exclusivo del marido, quedando él 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 necesitaban también ciertas formalidades, como hacer una ofrenda a Júpiter, Dios tutelar del matrimonio, acompañada de expresiones verbales. El sacerdote podía negarse a officiar en la *disfarreatio* cuando no existiera alguna de las causas de divorcio reconocidas para 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 manumissio, 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 sine manus el derecho de disolver el vínculo era recíproco y asumía a su vez dos formas: el divorcio bona gratia que no requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por 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 darle a la mujer la cuarta parte de su patrimonio.

Bajo el Imperio de Augusto se promulgó la "Ley Julia de Adulteris", que exigía la notificación de la voluntad ante siete testigos mediante una acta libellus repudii, o por medio de palabras bastando decir tua res tibi habeto o sea, "ten para ti tus cosas".

**"A fines de la República y bajo la época del Imperio, la de mayor esplendor y extensión del poder romano, adivino el relajamiento de las costumbres, otras severas, de los patricios. El divorcio proliferó en forma**

alarmante y coadyuvó, al disolver la sólida unidad familiar primitiva romana, a la decadencia del Imperio y a su posterior caída en manos de los bárbaros".(33)

"En la época en la que Justiniano se convierte en Emperador romano de oriente, existían cuatro clases de divorcio, para cuya tramitación no se requería la intervención judicial: Por mutuo consentimiento, por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la Ley, sin mutuo consentimiento y sin culpa de uno de los cónyuges que hubiere insistido en el divorcio, bona gratia, no basada en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio".(34)

"Justiniano prohibió el divorcio por mutuo consentimiento disponiendo de castigos a los cónyuges que se valieran del mismo sin una justa causa que permitía la internación de un convento hasta la pérdida de todos los bienes que se transmitían a sus hijos o descendientes, y a falta de éstos, al monasterio en el que hubieren ingresado, posteriormente su sucesor Justino II la dejó sin efecto; reestableciendo la libertad de divorciarse por mutuo consentimiento".(35)

Las causas de divorcio para el hombre son: Que la mujer hubiera encubierto algún crimen contra la seguridad del Estado, adulterio probado de la mujer, atentado contra la vida del marido, tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos, alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo, asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin permiso del marido.

(33) MONTERO Duhali, Sara. "Op. cit.", pp. 205, 206.

(34) MARGADANT Floris, Guillermo. "Derecho privado romano". Cuarta ed.; Ed. Esfinge, México, 1988, p. 212.

(35) PEÑA Guzmán, Luis Alberto. "Derecho romano". Tomo II. Ed. Buenos Aires. Argentina, 1962. p. 496.

**"Las causales para la mujer:**

- a) **La alta traición oculta del marido;**
- b) **Atentado contra la vida de la mujer;**
- c) **Tentativa de prostituirla;**
- d) **Falsa acusación de adulterio;**
- e) **Locura, y**
- e) **Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella en el mismo pueblo".(36)**

Posteriormente, en la legislación del emperador cristiano **Constantino** quedó establecido el principio de que ni al marido ni a la esposa les era lícito disolver el matrimonio por cualquier causa y éstas fueron limitadas a tres: **"...en la mujer debía ser el adulterio o el maleficio o ser alcahueta, y en el marido o ser homicida o el maleficio o ser violador de sepulcros"**; otras causas, como por ejemplo, si el marido era borracho, un jugador o un mujeriego, no eran suficientes para que la mujer pudiera dar el repudio; pero probadas y demostradas las causales legales, podía procederse al libelo de repudio, con la facultad de contraer un nuevo matrimonio por consiguiente, el repudio, aunque más limitado que en el Derecho precedente, seguirá existiendo y siendo legítimo, como bien el divorcio, consiguiente concepto del adulterio romano, diverso del adulterio cristiano.

**"Según el Derecho Romano había dos clases de adulterio: era adúltera la mujer casada que tuviese comercio carnal con cualquier hombre que no fuese su marido; era adúltero el marido que se unía a una mujer casada; pero si él se unía**

---

(36) *MONTERO Duhall, Sara. "Op. cit.", p. 206.*

a una mujer no casada, en este caso no había para el Derecho Romano adulterio. Este concepto de adulterio, que se hará sentir en toda la tradición cristiana, difiere totalmente del de la doctrina de la Iglesia, que consideró siempre adulterio a toda unión carnal de casado con cualquier persona".(37)

"Los aspectos que hemos destacado fijan de manera clara que el divorcio romano entrañaba la disolución absoluta del vínculo conyugal, así como la aptitud para el divorciado de contraer una nueva unión conyugal. Así pues, eran un factor que imponía el rompimiento del vínculo; derivando desde entonces la existencia de esas consecuencias, muy diversas de las que elaboró el Derecho Canónico que permite su relajamiento mediante la separación de cuerpos, en cuanto al lecho, mesa y habitación; pero que mantiene indisoluble el vínculo conyugal".(38)

En seguida haremos mención a los antecedentes del divorcio en el Derecho Canónico.

#### 2.2.4 EL DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO

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

---

(37) PUJOL, Clemente. *"El divorcio en las iglesias ortodoxas"*. Ed. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1973. p. 273.

(38) MAGALLON Ibarra, Jorge Mario. *"Instituciones de derecho civil"*, Tomo III. Ed. Porrúa, S.A. México, 1988. p. 365.

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

La segunda forma de disolver el matrimonio consiste en el llamado privilegio paulino, expresado en el canon 1120:

**"1. El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque 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"**.

De acuerdo con los cánones 1121, 1123, 1124, y 1126, el cónyuge convertido y bautizado puede contraer un nuevo matrimonio válido.

Aparte de las dos causas señaladas que permitan la disolución del vínculo matrimonial y otorgan libertad a los excónyuges de contraer nuevo matrimonio, el Derecho Canónico Regula el llamado divorcio separación. Consiste el mismo en la separación del lecho, mesa y habitación con persistencia del vínculo. Las cuales para pedir la separación son varias, entre ellas el adulterio (cánon 1129), el separarse un cónyuge de los principios católicos, ignorancia, y la sevicia (cánon 1131).

**"La influencia del Derecho Canónico fue evidente en la Europa medieval. Pese a ello persistió el divorcio vincular sobre todo en los países de la influencia del Derecho Germánico por lo arraigado de su uso. Fue hasta Concilio de Trento (1546-1563) cuando se elevó el matrimonio a la categoría de sacramento, que prohibió totalmente el divorcio vincular, salvo las dos únicas excepciones ya señaladas del matrimonio no consumado y del privilegio paulino",<sup>(39)</sup>**

En seguida haremos mención a los antecedentes que ha sufrido la institución de divorcio en México por ser el objeto de nuestro estudio.

## **2.2.5 EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO**

Es importante para el estudio de nuestro tema hacer mención a los antecedentes históricos del divorcio en el Derecho Mexicano, y para tener un mayor conocimiento y cómo ha evolucionado el divorcio en México es necesario, dividirlos en tres etapas muy importantes, las cuales son: La Epoca precolonial; Epoca colonial, y México Independiente.

Dicho lo anterior, procedemos a hacer mención a lo dicho anteriormente.

### **2.2.5.1 El Divorcio en la Epoca Precolonial**

---

<sup>(39)</sup> MONTERO Duhall, Sara. "Op. cit.", pp. 207, 208.

Antes de entrar al estudio de este tema, es necesario que quede claro que en la actualidad en México es ya común hablar de divorcio, pero para que esta institución jurídica lograra plasmarse en la Ley, y lo que es más importante, haya sido aceptada, tuvo que pasar por muchas vicitudes, como comentamos en las siguientes líneas.

Antes de la llegada de los españoles al territorio de lo que hoy es México, los diversos pueblos que habitaban el Anáhuac, tenían seguramente conjuntos de normas que hoy se conocen, aunque de manera dispersa o incompleta por la deficiencia de las fuentes históricas con que se cuenta, y por ello realmente se puede decir que las quizá normas jurídicas precortesianas son aún en buena parte, un enigma.

Por consiguiente podemos decir, que poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos que habitan el actual territorio de nuestro país antes de la llegada de los españoles. Estos pueblos tenían culturas y civilizaciones variadas, y estaban unidas entre sí por estrechas ligas étnicas y sociales que fueron causa de afinidades numerosas.

Entre ellos ejerció una hegemonía severa el pueblo de los Aztecas, asentados en la parte central de nuestro actual territorio, y que fueron los que sufrieron en forma más directa el impacto de la conquista.

Sin embargo, estudiosos del Derecho, como el Licenciado Carlos H. Alba <sup>(40)</sup> al comparar las normas vigentes en materia de divorcio, con la de los Aztecas, señala que el matrimonio entre éstos sólo podía disolverse en virtud de una resolución judicial tácita, es decir, que conocieron el divorcio, pero agrega que éste no se concedía en sentencia formal, sino sólo

---

(40) ALBA H. Carlos. "Estudio comparado entre el derecho Azteca y el derecho positivo mexicano", Ed. Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano. México, 1949. pp. 38, 104, y 105.

tácitamente. Igualmente señala este autor que el derecho a pedir el divorcio correspondía tanto a los varones como a las mujeres, aunque las causales del divorcio de los primeros eran distintas de las que podían aducir las segundas, excepto una, como en seguida se lee:

Se dice que en el Derecho Azteca había cinco causales de divorcio, que podían hacer valer los hombres y eran:

La esterilidad de la mujer, la pereza de la esposa, ser la esposa descuidada y sucia, ser la esposa pendenciera, la incompatibilidad de caracteres.

Por su parte las mujeres aztecas podían invocar cualquiera de estas tres causales:

Malos tratos físicos, no ser sostenida por el marido en sus necesidades, la incompatibilidad de caracteres.

Esta última causal, como se lee, era la única común para ambos sexos.

No obstante la aparente sencillez que para el divorcio existía, los Aztecas eran un pueblo de costumbres muy morigeradas. El autor que citamos, afirma que el divorcio no era bien visto en el pueblo azteca, y que por lo mismo no se concedía en sentencia formal, sino tácitamente como ya se indicó.

Los juzgadores, durante el procedimiento de divorcio, trataban de disuadir a los cónyuges y los invitaban a reconciliarse y a vivir pacíficamente, y ante esos juzgadores podía el cónyuge que no quería divorciarse, oponerse a la separación, sin embargo si se insistía en el divorcio, el juzgador despedía a los hasta ese momento cónyuges, rudamente, dándoles en esta forma una

autorización tácita para su separación, realizada la cual, el que había sido consorte culpable perdía la mitad de sus bienes en beneficio del que había sido cónyuge inocente, y una vez autorizado el divorcio tácito los descendientes varones se quedaban con el padre y las hijas con la madre, recuperando cada uno de los que habían sido cónyuges, los bienes pecuniarios que hubiesen aportado a su matrimonio, pero prohibiéndose nuevas nupcias entre ellos.

La influencia del Derecho Azteca no trascendió al Derecho vigente en esta materia, pues lo destruyó el Derecho Español que trajeron los conquistadores y rigió aún después de la independencia.

En seguida haremos mención a los antecedentes históricos del divorcio en la Epoca Colonial.

### **2.2.5.2 El Divorcio en la Epoca Colonial**

La influencia del Derecho Azteca no trascendió, al Derecho Colonial, ya que las normas jurídicas de la Colonia estaban inspiradas básicamente en la legislación canónica y no autorizaban el divorcio, que destruye el vínculo matrimonial; sólo consignaron la separación de los cuerpos y de bienes, y ello por causas que implicaban la culpa de consorte que les diera origen.

**"En el México colonial en materia de divorcio rigió como ya se dijo el Derecho Canónico, mismo que imperaba en la España peninsular. El único divorcio admitido por esta legislación, fue el llamado divorcio separación que**

**no otorgaba libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge".(41)**

Para continuar con el tema, haremos mención a los antecedentes históricos del divorcio en el México Independiente.

### **2.2.5.3 El Divorcio en el México Independiente**

**"El divorcio fue introducido en la legislación civil mexicana, por decreto de 29 de diciembre de 1914 publicada el 2 de enero de 1915 en el constitucionalista, periódico oficial de la federación que se editaba en Veracruz, sede entonces del primer jefe del Ejército constitucionalista. En ese decreto, se modificó la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874 reglamentaria de las adiciones de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873".(42)**

En relación a lo anterior, encontramos en qué consiste el decreto que modificó la **fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874**, de la cual posteriormente haremos mención.

Consumada la Independencia en 1821, el flamante Estado requería de una organización política propia. Debido a ello todos los esfuerzos legislativos tendieron a la creación de las

---

(41) MONTERO Duhali, Sara. *"Op. cit."*. p. 209.

(42) PACHECO E., Alberto. *"La familia en el derecho civil mexicano"*. Segunda ed.; Ed. Panorama. México, 1985. p. 146.

normas jurídicas básicas que dieron como resultado la primera **Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824**.

En relación a lo anterior, surgieron algunos intentos a nivel de las Entidades Federativas que dieron como resultado la creación de códigos civiles o de proyectos de los mismos, a nivel local. En cuanto al Distrito y Territorios Federales hubo que esperar hasta el año de 1870 para que surgiera el primer **Código Civil**.

Para el Distrito Federal, surgió el primer **Código Civil en 1870**, de breve vigencia de catorce años, pues en 1884 entró en vigor el segundo **Código Civil**, mismo que fue abrogado hasta el 1 de Octubre de 1932 en que entró en vigor el que rige hasta el momento.

El **Código de 1884** fue derogado parcialmente en 1917 por la entrada en vigor de la **Ley sobre Relaciones Familiares**, que analizaremos con posterioridad.

Para continuar con el tema haremos mención a lo establecido por el **Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1870**.

#### **2.2.5.4 Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870**

La entrada en vigor de este **Código**, el 1 de marzo de 1871, trajo la consecuencia de unificar la materia civil en todo el territorio de la República, pues, con variantes ligeras en cada Entidad Federativa, sirvió de modelo a todas ellas para la elaboración de sus propios Códigos Civiles.

En el Código de 1870 se parte de la noción de que el matrimonio es una unión indisoluble, por lo que se rechaza el divorcio vincular; se señalan siete causales de divorcio, es decir, de separación de cuerpos.

El artículo 239 prevenía que "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos relativos a este Código".

El artículo 239 expresaba: "Son causas legítimas de divorcio:

- a) El adulterio de uno de los dos cónyuges;
- b) La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;
- c) La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal;
- d) El concubinato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o a la convivencia en su corrupción.
- e) El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años;
- f) La sevicia del marido con su mujer o la de éste con aquél;
- g) La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro". (43)

---

(43) CHAVEZ Ascencio, Manuel F. "La familia en el derecho, relaciones jurídicas conyugales", Segunda ed.; Ed. Porrúa, S. A. México, 1990, p. 425.

En cuanto a la primera causa, el adulterio, el de la esposa era siempre causa de divorcio y el del marido únicamente cuando lo cometieren en la casa común, que hubiere concubinato o que la esposa fuere maltratada por la coadúltera o que hubiere escándalo o insulto público del marido a su esposa.

El divorcio no podía pedirse sino transcurridos dos años de matrimonio. Se realizaban dos juntas de aveniencia, con separación de tres meses entre una y otra; después de la segunda junta había que esperar de nuevo otros tres meses más y se reiteraban su deseo de separarse, el Juez decretaba la separación.

**"Al admitir la demanda de divorcio se adoptaban medidas provisionales, entre ellas, al infamante, depósito de la mujer en casa de persona decente, designada por el esposo o por el Juez.**

**En las audiencias de los juicios de divorcio eran secretas y se requería la intervención del Ministerio Público".<sup>(44)</sup>**

En seguida haremos mención del Código de 1884.

#### **2.2.5.5 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California y Tepic en 1884**

En este Código el artículo 226 señala como único divorcio el de separación de cuerpos, por lo tanto, subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose algunas obligaciones civiles que imponían al matrimonio.

---

(44) MONTERO Duhalt, Sara. "Op. cit.", p. 211.

Este Código reprodujo los preceptos del Código anterior en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades, reduciendo los trámites necesarios para la consecución del mismo.

"A las siete causales que establecía el Código de 1870, añadió seis más el nuevo Código, las cuales establecían lo siguiente:

- a) El que la mujer diera a luz un hijo concebido antes del matrimonio y fuera declarado ilegítimo;
- b) La negativa a administrarse alimentos;
- c) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez;
- d) Las enfermedades crónicas, incurables, contagiosas o hereditarias, anteriores al matrimonio y no confesadas al cónyuge;
- e) La infracción a las capitulaciones matrimoniales;
- f) El mutuo consentimiento". (45)

#### 2.2.5.6 Ley del Divorcio Vincular de 29 de Diciembre de 1914

Esta Ley fue expedida por Venustiano Carranza, exponiéndose lo siguiente:

**Artículo 1.** 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 decretada el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos.

---

(45) CHAVEZ Asencio, Manuel F. "Op. cit.", p. 425.

**Fracción IX.-** El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado 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 irreparable la desaveniencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

**"Artículo 2.** Entre tanto se establece el orden constitucional en la República, los gobernadores de los Estados quedaban autorizados para hacer en los respectivos códigos civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta Ley pueda tener aplicación".<sup>(46)</sup>

#### **2.2.5.7 Ley de Relaciones Familiares de 1917**

A partir de esta Ley, expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logra el paso definitivo en materia de divorcio al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite, por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias.

**El artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares establecía que: "...el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".**

---

(46) CHAVEZ Asencio, Manuel F. "Op. cit.", p. 426.

Se conserva el divorcio por separación de cuerpos, que se relegó a segundo término, quedando como excepción relativa la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación del hecho y habitación.

**"El artículo 102 prevenía que los cónyuges recobraran su entera capacidad de contraer matrimonio, salvo lo dispuesto por el artículo 140 y cuando el divorcio se haya decretado por causa de adulterio, pues en este caso el cónyuge culpable no podía contraer matrimonio, sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio".**

**"El artículo 140 prevenía que la mujer no podía contraer matrimonio, sino hasta pasados trescientos días de la disolución del primero". (47)**

El artículo 94 establecía lo siguiente: "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".

El artículo 96 decía: "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos".

En cuanto al artículo 97, establecía lo siguiente: "El cónyuge que diera causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; y se establecía que recobraba la patria

---

(47) CHAVEZ Asencio, Manuel F. *"Op. cit."*, pp. 426, 427.

potestad el cónyuge culpable cuando muriera el cónyuge inocente, siempre y cuando el divorcio se hubiera decretado por las causas que enumera el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares, las cuales eran las fracciones VI, VII, VIII y IX. Las cuales establecían lo siguiente:

**Fracción VI.-** La ausencia del marido por más de un año, con el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio.

**Fracción VII.-** La sevicia, las amenazas e injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común.

**Fracción VIII.-** La acusación calumniosa hecho por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

**Fracción IX.-** Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años".

Como podemos observar en la Ley de Relaciones Familiares se especificaba ya, a quién le correspondía el ejercicio de la patria potestad, según lo estudiado anteriormente.

En relación a lo anterior, podemos observar que en el actual Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia del Fuero Federal, el artículo 283, establece lo siguiente:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo 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 necesario para ello. El Juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor".**

En relación a lo anterior, se observa que en el **Código** actual vigente, no se establece en algún artículo expreso sobre a cuál de los cónyuges le corresponde el ejercicio de la patria potestad, por tal motivo el estudio del **Capítulo Cuarto** será en cuanto al análisis de las causales del divorcio para dar un criterio sobre las causales enumeradas en el **artículo 267 del Código Civil**, y así tratar de establecer a quién de los cónyuges le corresponde el ejercicio de la patria potestad, ya que en el actual **Código** le dan toda la facultad al Juez para decidir sobre ese derecho.

A continuación haremos mención al siguiente **Capítulo** en donde hablaremos sobre el **Código Civil** vigente en cuanto a la regulación del divorcio.

## **CAPITULO TERCERO**

# **EL DIVORCIO EN EL DERECHO VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL SUS CAUSAS Y EFECTOS JURIDICOS**

En el Capítulo anterior hicimos mención a los antecedentes históricos de la institución del divorcio, por ser muy importante el estudio de éstos ya que de esa manera queda más explícito los conocimientos que dieron origen al divorcio; partimos el estudio del divorcio con el concepto, para concluir con el divorcio en el México Independiente, haciendo mención de los diferentes códigos civiles de esas épocas hasta llegar con el estudio de la **Ley de Relaciones Familiares**.

Ahora bien, en este **Tercer Capítulo** hablaremos de la definición del divorcio que nos proporcionan algunos tratadistas, posteriormente hablaremos de la regulación del divorcio en el **Código Civil** vigente para el Distrito Federal y para toda la República en materia del Fuero Federal, después explicaremos los diferentes tipos de divorcio regulados por nuestra legislación, señalando los efectos de cada uno de ellos, en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a los bienes y en cuanto a los hijos.

Expuesto lo anterior, continuaremos con el desarrollo del presente capítulo.

### 3.1 DEFINICION

En cuanto a la definición del divorcio, varios autores nos dan su punto de vista.

Iniciaremos transcribiendo la definición de la maestra **Montero Duhait Sara**, quien nos dice:

**DIVORCIO.** "Es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad

competente que permita a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido".<sup>(48)</sup>

Por su parte, el maestro **Rafael De Pina** la define de la siguiente manera:

**DIVORCIO.** "Es la extinción de la vida conyugal declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y que por una causa determinada de modo expreso".<sup>(49)</sup>

A su vez, el maestro **Pallares** lo define así:

**DIVORCIO.** "Es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo matrimonial y en contrato de matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros".<sup>(50)</sup>

Las definiciones anteriores nos dan un amplio conocimiento de lo que es el divorcio; como podemos observar en las definiciones citadas hay similitud ya que ambos concuerdan al señalar que el divorcio extingue el matrimonio o la vida conyugal y siempre es decretado por autoridad competente; en este caso la autoridad competente sería el Juez de lo Familiar si el divorcio es voluntario o necesario, pero judicial.

Nosotros consideramos que el divorcio es un medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su separación.

Para continuar el estudio del tema, analizaremos la regulación del divorcio en el **Código Civil** vigente para el Distrito Federal.

(48) MONTERO Duhalt, Sara. "Op. cit.", pp. 196, 197.

(49) DE PINA, Rafael. "Derecho civil mexicano". Tomo I. Décimasexta ed.; Ed. Porrúa, S.A. México, 1989. p. 338.

(50) PAJLARES, Eduardo. "El divorcio en México". Sexta ed.; Ed. Porrúa, S.A. México, 1991. p. 36.

### **3.2 REGULACION DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL**

El **Código Civil** vigente para el Distrito Federal desde el 2 de Octubre de 1932, regula el divorcio en los términos de los **artículos 266 al 291**.

Permite este ordenamiento tanto el divorcio vincular como la simple separación judicial con persistencia del vínculo. En cuanto al divorcio vincular se divide el mismo en dos clases: el necesario y el voluntario. El primero puede ser pedido por un sólo cónyuge en base a las causas específicamente señaladas por la Ley, las cuales se encuentran contenidas en el **artículo 267 del Código Civil**, las cuales son las primeras **XVI fracciones**. El divorcio voluntario es el solicitado por el mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Esta a su vez, presenta dos aspectos que dependen de las circunstancias en que se encuentren en cada caso los esposos. Estas dos formas que asume el divorcio voluntario son el judicial y el administrativo. El judicial se tramita ante el Juez de lo Familiar y el administrativo ante el Juez del Registro Civil.

A continuación hablaremos sobre los tipos de divorcio analizando a cada uno de ellos explicando sus consecuencias jurídicas.

### **3.3 DIVORCIO ADMINISTRATIVO**

En relación a este tipo de divorcio, el **Código Civil** lo explica en su **artículo 272**, que a la letra dice:

**ARTICULO 272.** "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez

del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio, y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificar a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación al Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si no comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezcan el código de la materia.

Los consortes que no se encuentren en el caso, previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Cíviles".

En relación al artículo anterior, cabe hacer mención a algunos comentarios que Pallares hace al respecto:

"Como dicho artículo exige que los cónyuges comparezcan personalmente ante el Juez del Registro Civil, se infiere que el divorcio no puede efectuarse por medio de un representante legal o de un apoderado. La Ley considera a este divorcio de tal manera como un acto personalísimo, que implícitamente prohíbe se haga por otras personas que no sean los cónyuges.

En los divorcios ante el Juez del Registro Civil, éste tiene funciones meramente pasivas, como las siguientes.

Cuando comparecen por primera vez los cónyuges, levantan una acta en la que hace constar su comparecencia y la declaración de voluntad de querer divorciarse. Si están cumplidos los demás requisitos, los cita para que

comparezcan dentro de quince días, a ratificar su voluntad de divorciarse, hecho lo cual, los declarará divorciados y procede a anotar la disolución del vínculo conyugal en el acta respectiva del matrimonio.

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

El papel pasivo del Juez Civil en esta clase de divorcios se explica porque, no habiendo hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto a la sociedad como al Estado, carecen de interés en que el vínculo conyugal subsista, y consideran al divorcio como la rescisión de un contrato".<sup>(51)</sup>

En seguida hablaremos del divorcio voluntario judicial.

### 3.4 DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

El último párrafo del artículo 272 del Código Civil, nos dice que: "Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles".

---

(51) PALLARES, Eduardo. *"Op. cit."*, p. 40.

Esto significa que deben recurrir a este divorcio aquellos que, independientemente de que sean mayores o menores de edad, tengan hijos y no hubieren liquidado su sociedad conyugal.

El **Código de Procedimientos Civiles** contiene reglamentación especial para el divorcio por mutuo consentimiento, en los **artículos 674 al 682**.

Según lo previsto por el **artículo 272**, último párrafo del **Código Civil**, y **674 del Código de Procedimientos Civiles** dice:

**"...que deben divorciarse por mutuo consentimiento ante la autoridad judicial los cónyuges mayores o menores de edad que no se encuentren en estado de interdicción, tengan hijos, y hayan concertado el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil de cuyas estipulaciones se hablará más adelante. Es necesario que también tengan un año de casados, según al artículo 274 del Código Civil".**

Del principio anterior se infiere que no procede el divorcio voluntario judicial cuando los cónyuges no tengan hijos y sean mayores de edad, porque en tales circunstancias han de acudir al Juez del Registro Civil.

### **3.4.1 PARTES EN EL JUICIO DE DIVORCIO VOLUNTARIO**

Lo son los dos cónyuges, el Ministerio Público los que intervienen para velar los derechos morales e intereses patrimoniales de los hijos menores de edad e interdictos, así también como para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

Si los dos cónyuges o alguno de ellos es menor de edad, regirá lo dispuesto por el artículo 643, fracción II, del Código Civil que a la letra dice:

**ARTICULO 643. "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:**

**I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de sus bienes raíces;**

**II. De un tutor para negocios judiciales;"**

En relación al artículo anterior, la fracción II claramente especifica que los menores de edad emancipados siempre necesitan de un tutor para negocios judiciales, siendo indudable que el divorcio voluntario se lleva a cabo ante un Juez, por tal motivo es necesario de un tutor ya que el divorcio es un procedimiento que se lleva a cabo ante la autoridad judicial.

### **3.4.2 DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA**

En relación a este tema, el maestro Pallares <sup>(52)</sup> lo explica de la siguiente manera:

**"Se necesita copia certificada del acta de matrimonio de las personas que demandan el divorcio; copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos procreados en matrimonio, el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil, que más adelante analizaremos, así como el inventario y avalúo de los bienes de la sociedad conyugal que va a liquidarse por virtud del divorcio".**

---

(52) PALLARES, Eduardo. Op. cit., pp. 46, 47.

La copia certificada del acta de matrimonio es absolutamente necesaria porque lógica y jurídicamente, el divorcio presupone que los peticionarios han procreado hijos durante el matrimonio.

En cuanto al convenio y los documentos que deben anexarse al mismo, como el inventario y el avalúo de los bienes sociales, constituyen la materia propia del divorcio voluntario o sea, las cuestiones jurídicas sobre las que ha de resolver el Juez y pronunciar su sentencia. Ya queda dicho que en el juicio de divorcio voluntario no hay controversia sobre la voluntad de los cónyuges de poner término al matrimonio, sino únicamente sobre la validez y la convivencia del pacto concertado por ellos, o sea, el convenio que sirve de base a su separación. Por esta razón, es del todo indispensable que se acompañen a la demanda los documentos de que se trata, de tal manera que faltando, el Juez no debe darle entrada a aquella.

En la práctica de nuestros tribunales, se incluye el convenio en el escrito de demanda, y con demasiada frecuencia no se presenta inventario ni avalúo, pero esta omisión es notoriamente violatoria de la Ley, excepto en el caso de que no haya bienes de la sociedad conyugal.

En relación a lo anterior, es pertinente hablar acerca de la naturaleza jurídica del convenio del que habla el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal.

En relación a lo anterior, el maestro Pallares, nos dice:

**"...que el convenio es un verdadero contrato de derecho público, porque tanto el Estado como la sociedad, están interesados en que se otorgue conforme a las leyes que rigen el matrimonio y el divorcio, cuenta habida de que existen intereses de los hijos menores y de los derechos de los cónyuges derivados del matrimonio, todo lo cual concierne a la institución de la familia".**

Además es un contrato sui géneris, porque la Ley obliga a los consortes a incluir en él diversas estipulaciones sin las cuales carece de validez y eficacia jurídica. En otros términos, los consortes no tienen plena libertad para otorgarlo fuera de las prescripciones legales.

También tiene la particularidad de que cuando haya sido aprobado por el Juez mediante sentencia ejecutoria, la violación del mismo no da lugar a su rescisión para obtener mediante ella que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de haberse celebrado.

Para hacer cumplir los preceptos legales relativos al convenio, el Ministerio Público es parte en el juicio de divorcio voluntario, porque la función específica que le está encomendada, es precisamente la de intervenir para ese fin.

Si el convenio no está integrado debidamente en la forma prescrita por la Ley, el Juez no debe admitir la demanda de divorcio, sino que deberá ordenar a los cónyuges que adicionen el convenio con las estipulaciones que falten. En este caso, de no hacerlo así, el Ministerio Público deberá apelar del auto en que se admite la demanda y se ordena la tramitación del procedimiento.

La sentencia que declare el divorcio y apruebe un convenio irregular, no es válida y debe ser apelada por el Ministerio Público, pero si alcanza la autoridad de la cosa juzgada, será por este concepto, inatacable.

En relación a lo anterior, consideramos que lo más importante en el convenio es lo relativo a los hijos, así como a los alimentos, que tanto ellos como uno de los cónyuges deberán percibir, y las garantías concernientes a su pago.

Cabe mencionar las estipulaciones que debe tener el convenio.

En relación a lo anterior, el maestro **Pallares** las clasifica en los siguientes grupos: Las relativas a las personas de los cónyuges, las concernientes a los hijos. Veámoslas:

### **3.5 ESTIPULACIONES RELATIVAS A LOS CONSORTES**

Son las siguientes:

- a) **Aquellas en que fije la casa donde debe habitar la esposa durante la tramitación del juicio;**
- b) **La que determine la cantidad que por concepto de alimentos debe pagar un cónyuge al otro, sea que se trate del marido o de la mujer;**
- c) **La estipulación relativa a la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que sea líquida; así como el modo de liquidarla y el nombramiento de los liquidadores".<sup>(53)</sup>**

En relación a lo anterior, cabe comentar lo siguiente: teniendo en cuenta la igualdad del marido y de la mujer ante la Ley, y los derechos y privilegios de que goza en la legislación actual y en la sociedad la mujer, en general, no tiene razón de ser la estipulación relativa a designar la casa en que deba vivir durante la tramitación del juicio. Ya que en la actualidad se ha emancipado y adquirido derechos y libertades de que antes no gozaba, por lo cual, creemos que

---

(53) **PALLARES, Eduardo. "Op. cit.", p. 50.**

es anacrónica la exigencia de obligar a la mujer a vivir en una casa determinada durante el procedimiento.

Respecto de las demás estipulaciones, puede afirmarse que son necesarias para que el divorcio se lleve a cabo conforme a la Ley.

### **3.5.1 ESTIPULACIONES RELATIVAS A LOS HIJOS**

En cuanto a este tema, el artículo 273 del Código Civil en su fracción primera dice: "**Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio**".

En el convenio no solamente se debe fijar el monto de la pensión alimenticia que corresponde a los hijos, sino también y muy especialmente, la manera de garantizar su pago, sea con hipoteca o fianza, o de algún otro modo, lo anteriormente dicho se encuentra regulado por la **fracción cuarta del artículo 273 del Código Civil del Distrito Federal**.

Lo más importante para el estudio de nuestro tema es la estipulación del ejercicio de la patria potestad, por lo que ambos cónyuges ejercerán ese derecho, pero el menor va a quedar en poder de uno sólo de ellos. En la práctica, se estipulan los derechos que ambos cónyuges tienen para visitar a sus hijos, dirigir su educación. etc.

Para terminar con la explicación del divorcio voluntario es necesario hacer mención a las consecuencias jurídicas en cuanto a los cónyuges, bienes e hijos.

### **3.6 CONSECUENCIAS JURIDICAS EN CUANTO A LAS PERSONAS DE LOS CONYUGES**

El artículo 266 del Código Civil establece lo siguiente: **"El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro"**.

Los cónyuges que se hayan divorciado voluntariamente, según el artículo 289 párrafo segundo, es necesario que, para que puedan volver a casarse haya transcurrido un año después de que obtuvieron su divorcio.

En cuanto a los alimentos de los cónyuges el artículo 288 en su párrafo segundo, tercero y cuarto, establecen lo siguiente:

**Párrafo segundo.- "En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato"**.

**Párrafo tercero.- "El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato"**.

**Párrafo cuarto. "cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito"**.

### **3.6.1 CONSECUENCIAS JURIDICAS EN CUANTO A LOS HIJOS**

Ambos ex-cónyuges conservarán la patria potestad sobre sus hijos menores. En el convenio que anexa a la solicitud de divorcio y que fue aprobado por el Juez y por el Ministerio Público queda establecido lo relativo a la custodia y sostenimiento de los hijos.

En relación al artículo 273 del Código Civil, la fracción primera establece lo siguiente: **"Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio"**.

En relación a lo anterior, sabemos ya que la designación o guarda del menor de edad por persona confiable puede ser alguno de los dos cónyuges. En la práctica por lo regular el cónyuge a quien se otorga la custodia del menor es a la madre, pero no por ese hecho el padre perderá la patria potestad, por lo que consideramos que la madre tendrá la custodia y la patria potestad, y el varón únicamente la patria potestad.

### **3.6.2 CONSECUENCIAS JURIDICAS EN CUANTO A LOS BIENES**

En relación a este tema el artículo 273 fracción quinta establece lo siguiente: **"La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutorizado el divorcio, así como la designación de liquidadores, a ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad"**.

En relación al artículo anterior, se observa muy claro que en el propio convenio los cónyuges deberán señalar lo relativo a la administración de la sociedad conyugal mientras duraba el procedimiento y a la liquidación de la misma una vez ejecutorizado el divorcio, por tanto en cuanto a los bienes se aplicarán, los acuerdos aprobados.

Para continuar con el estudio de nuestro tema hablaremos del divorcio necesario.

### 3.7 DIVORCIO NECESARIO

El maestro Galindo Garfias nos dice lo siguiente:

"Además de que el divorcio en cualquier caso, requiere la existencia de un matrimonio válido, la acción de divorcio, debe hacerse valer ante el Juez competente, por persona capaz y legitimada procesalmente para accionar. Es necesario que la causal invocada, se encuentre comprendida dentro de las causales señaladas en los artículos 267 y 268 del Código Civil señaladas en sus dieciocho fracciones".<sup>(54)</sup>

El maestro Edgar Baqueiro y la maestra Rosalva Buenrostro, dicen lo siguiente: "Las causales del divorcio siempre han sido especificadas, y por ello se le denomina divorcio causal o necesario. El orden jurídico sólo ha considerado como causas de divorcio aquellas que por su gravedad impiden la normal convivencia de la pareja.

---

(54) GALINDO Garfias, Ignacio. "Op. cit." . p. 596.

Todas las causales del divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de allí que en todo juicio haya generalmente un cónyuge inocente el actor y uno culpable (el demandado). Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal, por ejemplo una demanda por abandono de hogar y el otro por injurias; ambos pueden ser culpables e inocentes según la causal invocada".<sup>(55)</sup>

En relación a lo anterior, podemos decir que el divorcio necesario es aquel que pone fin o extingue el vínculo matrimonial siempre que la causa del divorcio emane de alguna de las causales enumeradas en el artículo 267 y 268 del Código Civil del Distrito Federal.

A continuación haremos mención a las causales del divorcio enumeradas en el artículo 267 del Código Civil.

### 3.7.1 LAS CAUSALES DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

**ARTICULO 267.** Son causales de divorcio:

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

---

(55) BAQUEIRO Rojas, Edgar. "Op. cit.", p. 163.

**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 o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;**

**IV. La incitación o 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 cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga 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 ésta que proceda 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 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 dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.**

La explicación de las causales antes señaladas serán estudio del siguiente capítulo.

A continuación haremos mención a los supuestos que se requieren para que proceda el divorcio necesario.

En relación a lo anterior consideramos que los supuestos son los siguientes:

- a) Que existe un matrimonio válido,
- b) Que el divorcio se promueva ante el Juez competente;
- c) Que la causa que dio origen al divorcio se especifique en la Ley;
- d) Que exista legitimación procesal de los cónyuges;
- e) Tiempo para interponer la demanda de divorcio;
- f) La solemnidad en el proceso.

Establecidos los supuestos anteriores procedemos a explicar cada uno de ellos.

a) Que exista un matrimonio válido: Este requisito se cumple con la sola presentación del acta de matrimonio, teniendo que ser un documento público expedido por el Registro Civil.

b) Que el divorcio se promueva ante un Juez competente: Es sabido ya que el divorcio es una controversia de orden familiar, por tal motivo el Juez competente en materia de divorcio necesario, es el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal, ya que así lo establece el **artículo 159 del Código de Procedimientos Civiles**, y en el caso de divorcio por abandono del hogar, el Juez competente será el del domicilio del cónyuge abandonado, ya que así lo establece el **artículo 156 fracción XII del Código de Procedimientos Civiles**.

Cuando no existe domicilio conyugal porque la separación de los cónyuges haya sido tiempo atrás, es competente para conocer del juicio, el Juez del domicilio del demandado, según lo establece el **artículo 156 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles**.

c) Que la causa que dio origen al divorcio se especifique en la Ley: Anteriormente ya hicimos mención a las causales del divorcio que señala el **artículo 267 del Código Civil** ahora bien es necesario para que exista el divorcio necesario, la causa que se invoque debe forzosamente ajustarse a las causas antes señaladas. Por lo demás la causa no tiene que ser única, pueden invocarse al mismo tiempo dos o más causales; pero todas y cada una de ellas específicamente determinadas entre sí.

d) Que existe legitimación procesal: Son los cónyuges que pretenden divorciarse, los únicos que tienen interés legítimo, personalísimo en obtener la disolución de su matrimonio.

e) Tiempo para interponer la demanda de divorcio: La acción de divorcio necesario puede ser iniciada en cualquier momento del matrimonio, pero siempre dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a noticia del cónyuge ofendido los hechos en que se funde

la demanda, lo anteriormente dicho se encuentra establecido en el **artículo 278 del Código Civil**.

f) La solemnidad en el proceso: El juicio de divorcio se debe llevar con todas las formalidades de carácter procesal que exige el Código de la materia. Este es un juicio de carácter ordinario, regido por los **artículos 255 a 429 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal**, juicio que se tramitará a través de diversas etapas procesales que son las siguientes:

### **3.8 ETAPAS PROCESALES**

- a) Demanda;
- b) Contestación y reconvencción en su caso;
- c) Traslado de la reconvencción si es que la hubo;
- d) Ofrecimiento de pruebas;
- e) Recepción y práctica de las pruebas;
- f) Alegatos;
- g) Sentencia y apelación en su caso;
- h) Declaración de que la sentencia ha causado ejecutoria;
- i) Envío de copia de sentencia al Juez del Registro Civil.

En cuanto a lo anterior, la maestra **Sara Montero** <sup>(56)</sup> nos explica el procedimiento de la siguiente manera:

---

(56) *MONTERO Duhali, Sara. "Op. cit."* - pp. 246, 247, 248, 249.

a) **Demanda:** Se inicia el procedimiento con la demanda en la cual el cónyuge ofendido reclamará la disolución del vínculo matrimonial, señalando una o más de las causales de divorcio establecidas limitativamente en el **artículo 267 del Código Civil**, además de las señaladas en el **artículo 268** del mismo ordenamiento legal.

Con la demanda deberá adjuntarse copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos si los hubiera.

b) **Contestación y reconvencción en su caso:** Admitida la demanda el Juez de lo Familiar mandará a emplazar al cónyuge que haya dado causa al divorcio, y que dentro del juicio tendrá el carácter de demandado, a fin de que produzca su contestación dentro del término de nueve días.

c) **Traslado de la reconvencción si es que la hubo:** De presentarse reconvencción el Juez deberá correr traslado de ella al cónyuge demandante, para que la conteste dentro de nueve días.

d) **Ofrecimiento de pruebas:** A partir de la fecha de notificación del auto en que se tuvo por contestada la demanda o la reconvencción en su caso, el juicio se abrirá a prueba, concediéndose diez días a ambos cónyuges para ofrecer cada uno de las pruebas que considere pertinentes para probar los hechos narrados en su demanda y contestación, o sea, para probar el Juez la existencia de la, o las causales de divorcio aducidas.

En los divorcios pueden emplearse los medios de prueba que, enumera el **artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles**, escogiendo los más adecuados según el caso. No debe olvidarse que existen reglas especiales para efectuar el ofrecimiento de cada una de las diferentes pruebas, mismas reglas que se encuentran contenidas en los **artículos 291 a 297 del Código de Procedimientos Civiles**.

Transcurrido el término de diez días para ofrecimiento de pruebas, el Juez deberá dictar resolución en la cual determinará qué pruebas de las ofrecidas se admiten.

e) **Recepción y práctica de pruebas:** En seguida se pasará a la recepción y práctica de las pruebas, exclusivamente de aquellas que hubieren sido admitidas, y en cuanto esta etapa procesal, también hay normas especiales aplicables a cada tipo de prueba. Estas normas se encuentran contenidas en los **artículos 309 al 384 del Código de Procedimientos Civiles.**

Existen pruebas que requieren para su recepción o desahogo, de la celebración de una audiencia, a la cual deberán concurrir los cónyuges, en sus respectivos papeles de actor y demandado, bien sea personalmente, o a través de apoderado legal, además de peritos si los hubiere. Tal sucede con las siguientes pruebas: confesional, testimonial, pericial y reconocimiento o inspección judicial.

Hay otros tipos de prueba como, por ejemplo, la documental, pública o privada, la consistente en fotografías, copias fotostáticas, etc., que se dicen quedan desahogadas por su propia naturaleza, es decir, se encuentran ya integradas en el expediente.

De cualquier manera, la audiencia establecida en el **artículo 385** del propio Código, debe celebrarse el día y hora que para ese efecto señale el Juez que conoce del asunto, iniciándose con la indicación de las personas que comparecen y deban intervenir. Acto continuo se procede al desahogo de las pruebas, primero las de la parte actora y después las de la parte demandada.

f) **Alegatos:** Concluida la recepción de pruebas, establece el **artículo 393 del Código de Procedimientos Civiles**, lo siguiente: Que el tribunal dispondrá que las partes aleguen

pero sólo, por sus abogados o apoderados y, concluidos los alegatos, el Juez se reservará para dictar la sentencia que proceda.

Para dictar sentencia, el Juez deberá valorar las pruebas rendidas en la inteligencia de que, si le quedara duda acerca de algún punto controvertido, podrá en cualquier momento antes de la sentencia, decretar la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria.

g) Sentencia y apelación en su caso: Al dictar el Juez la sentencia, si se hubiere probado la o las causales de divorcio en que se basó la demanda, declarará disuelto el vínculo matrimonial, dejando por lo tanto a los excónyuges en amplitud de contraer nuevo matrimonio, y determinará además, lo relativo a la situación de los hijos, de los bienes, y el pago de alimentos.

h) Declaración de que la sentencia ha causado ejecutoria: Notificada la sentencia, si no fuere apelada dentro de los cinco días que señala la Ley, deberá tramitarse el incidente de sentencia ejecutoriada a fin de que, al declararse que la sentencia ha causado ejecutoria, se considere como la verdad legal y se proceda a ejecutarla según sus términos.

i) Envío de copia de sentencia al Juez del Registro Civil: Entre los puntos resolutivos de la sentencia de divorcio se incluye la de enviar al Juez del Registro Civil que corresponda, copia certificada de la sentencia, a fin de que se haga anotación marginal del acta de matrimonio.

En seguida haremos mención a las medidas provisionales que debe dictar el Juez en el juicio de divorcio necesario.

### **3.9 MEDIDAS PROVISIONALES EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO**

En relación al tema que vamos a estudiar, el artículo 282 del Código Civil establece lo siguiente: "Al admitir la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

**I. (Derogado)**

**II. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.**

**III. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.**

**IV. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso.**

**V. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la Ley establece respecto a la mujer que quede encinta.**

**VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo**

**poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente".**

Salva el peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Es necesario analizar cuáles son las medidas precautorias que la Ley establece respecto de la mujer que quede encinta. Contenida en los **artículos 1638 a 1648**, que son aplicables en el juicio de divorcio.

En relación a lo anterior, el maestro **Ignacio Galindo** <sup>(57)</sup> nos explica de la siguiente manera:

a) La mujer que crea encontrarse encinta, deberá avisar al Juez dentro del término de cuarenta días para que lo haga saber al marido. La Ley no precisa a partir de qué día comienza a correr el mencionado término. Es de suponerse que desde el día en que a la mujer se le suspenda sus reglas.

b) El marido para pedir al Juez que dicte las providencias necesarias para evitar la suposición de parto, la sustitución de infante o que se haga pasar por viable al hijo que nazca. Trantándose de divorcio, no tienen importancia que el hijo nazca viable si muere después porque en el caso no hay obligación del marido de alimentarlo. Se entiende que nace viable, desprendido del seno materno, vive 24 horas, además si es presentado vivo en el Registro Civil ya que así lo establece el **artículo 337 del Código Civil**.

---

(57) GALINDO Garfias, Ignacio. "Op. cit.", p. 597.

c) El Juez cuidará de que no se ataquen al pudor ni la libertad de la mujer con las medidas que dictan para garantizar los derechos del marido en la forma expuesta (**artículo 1639 del Código Civil**).

d) La mujer está obligada a dar aviso al Juez de que se acerca el día del parto para que lo haga saber al marido, y éste tiene derecho de pedir al juzgado, que nombre un médico o una partera que se cerciore del parto, según lo previene el **artículo 1640 del Código Civil**. Aunque la norma no lo prescriba, debe entenderse que la persona nombrada por el Juez, tiene derecho de asistir al parto, porque de otra manera no puede cerciorarse de que en realidad se verificó y de que no hubo sustitución de infante.

e) En todas las actuaciones relativas a las medidas de que se trate, deberá ser oída la mujer.

f) Si bien la Ley sanciona a la viuda que no da al Juez el aviso de su preñez y de la inminencia del parto, con la pérdida del derecho de recibir alimentos, tal sanción no tiene lugar en el juicio de divorcio porque ese derecho depende de que sea decretado o no cónyuge culpable al marido en la sentencia definitiva. Por tanto, cabe preguntar qué consecuencia se producirá por la falta de esos avisos.

Si el hijo nace después de que los esposos han sido separados y la mujer no ha dado aviso de su preñez el marido no puede ejercitar oportunamente los derechos que se le conceden y, por tanto, no nace en él la obligación de pagar alimentos porque no se debe considerar legalmente probado para él la realidad del parto, la identidad del hijo ni su viabilidad. En tal supuesto, la mujer debe demostrar por los medios probatorios del derecho común esos tres extremos;

Otro tanto puede afirmarse, si el Juez que conoce del divorcio no aplica debidamente los preceptos legales de que se ha hecho mérito.

Para continuar con el desarrollo del tema es necesario hacer mención a los efectos de la sentencia de divorcio.

### **3.10 EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO**

La sentencia de divorcio que decreta la disolución del vínculo matrimonial, produce efectos en relación con la persona de los consortes que se divorcien, respecto de la situación de los hijos y en cuanto a los bienes de los consortes.

Procedemos a explicar lo anterior en base a lo que establece el **Código Civil del Distrito Federal**.

#### **3.10.1 EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO EN CUANTO A LA PERSONA DE LOS CONYUGES**

En relación a este tema el **artículo 266 del Código Civil** dispone que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. De la misma manera, el **artículo 289** establece que si bien los cónyuges recobran su capacidad para contraer nuevo matrimonio, el cónyuge que ha dado causa al divorcio no podrá volver a casarse, sino después de dos años a partir de la fecha en que se decretó la sentencia de divorcio. De acuerdo con este mismo precepto, los cónyuges que se divorcien voluntariamente, no podrán contraer nuevo matrimonio sino después de un año contado a partir de la fecha en que se decretó la disolución del vínculo.

Por otra parte, la mujer no puede contraer nuevo matrimonio antes de los trescientos días siguientes a la disolución del anterior, excepto que dentro de ese plazo, diere a luz un hijo. En los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio, el plazo antes dicho, se cuenta desde que se interrumpió la cohabitación. Ya que así lo establece el **artículo 158 del Código Civil**.

En cuanto a lo que establece el **artículo 288 del Código Civil** tenemos lo siguiente: El Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar los cónyuges y su situación económica, sentenciará al pago de alimentos al cónyuge culpable en favor del inocente. Por tal motivo el mismo **artículo** distingue para ese efecto, entre divorcios por mutuo consentimiento de los cónyuges y de divorcios en que uno de los divorciados es culpable y el otro inocente.

En el primer caso la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio si no tiene ingresos suficientes. El derecho no tiene que ver con la necesidad de la mujer, pues aún cuando ésta subsista, al terminar un plazo igual al que duró el matrimonio, la obligación termina. Tampoco termina la obligación porque la mujer, con posterioridad a la sentencia, obtenga ingresos con los que pudiera satisfacer sus necesidades primarias antes indicadas, ni por las causas señaladas en las **fracciones III y IV del artículo 320**, que a la letra dice:

**ARTICULO 320. Cesa la obligación de dar alimentos:**

**III. En caso de injurias, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos.**

**IV. cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas.**

En cuanto a los casos anteriores nos parece que la pensión tiene un sentido remunerario para la mujer por los años que duró el matrimonio y por la crítica situación que con frecuencia se deriva para ella del divorcio. Cuando en el divorcio hay un culpable, éste es el obligado al pago de alimentos. El Juez, al sentenciar al pago de éstos, no tiene porqué analizar solamente el estado de la necesidad, el estado del acreedor y la posibilidad del deudor, sino que debe tomar en cuenta las circunstancias del caso, entre las cuales debe ponderar la situación económica y la capacidad de trabajar de ambos.

### **3.10.2 EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO EN CUANTO A LOS BIENES**

En cuanto a los bienes, el cónyuge culpable pierde en favor del cónyuge inocente todo lo que hubiere dado o prometido por su consorte u otra persona, en consideración al matrimonio: el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho. Según lo establece el **artículo 286 del Código Civil**.

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

Debe advertirse que en la propia sentencia deberán decretarse las medidas precautorias necesarias, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que queden pendientes entre los

cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados, tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad.<sup>(58)</sup>

El Juez sentenciador, deberá enviar copia de la sentencia de divorcio, al Juez del Registro Civil.

### 3.10.3 EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO EN CUANTO A LOS HIJOS

En cuanto a la situación de los hijos, el **artículo 283 del Código Civil** otorga al Juez 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 contener los elementos de juicio necesario para ello.

En relación al artículo anterior vemos claramente que se le concede al Juez de lo familiar un amplio arbitrio discrecional para determinar lo que prudentemente crea conveniente en favor de la vida del menor la salud espiritual y corporal y la seguridad de los hijos.

Respecto a las cuestiones relativas a la situación de los hijos de los cónyuges que se divorcian, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, el Juez podrá dictar cualquier providencia que se considere benéfica para los menores, antes de prever definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos de los cónyuges divorciados. Lo anterior se encuentra establecido por el **artículo 284 del Código Civil**.

---

(58) GALINDO Garfias, Ignacio. *"Op. cit."*, p. 614.

En seguida pasaremos a la exposición del **Cuarto Capítulo** de nuestro estudio, en el cual haremos un análisis de las causales del divorcio establecidas en el **artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal**.

## **CAPITULO CUARTO**

### **LA SUSPENSION Y LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO**

En los tres capítulos anteriores hemos estudiado ya, lo siguiente: En el **Capítulo Primero** estudiamos los antecedentes históricos de la patria potestad y sus aspectos fundamentales, empezando con el concepto general de la patria potestad, para concluir ese capítulo con la extinción de la patria potestad; en el **Capítulo Segundo** analizamos los antecedentes históricos del divorcio por ser éstos muy importantes para introducirnos al siguiente capítulo; en el **Capítulo Tercero** estudiamos a la institución del divorcio, en el cual hicimos mención primeramente a la definición del divorcio, posteriormente estudiamos los tipos de divorcio que existen en la legislación civil mexicana, a continuación establecimos los efectos jurídicos del divorcio, concluyendo con los efectos de la sentencia de divorcio en cuanto a los hijos.

Ahora bien en este **Cuarto** y último **Capítulo** nos enfocaremos a lo que establece el **Código Civil** en cuanto a la suspensión y pérdida de la patria potestad, para que posteriormente y en base a lo anterior hagamos un estudio de todas las causales del divorcio señaladas en el **artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal**. Señalando en cada una de ellas según nuestro criterio en qué casos se suspende el ejercicio de la patria potestad y en qué casos se pierde. Por tal motivo es necesario analizar cada una de las fracciones antes mencionadas.

Una vez establecido o dicho en qué casos se pierde o se suspende el ejercicio de la patria potestad, haremos mención a las propuestas y posteriormente a las conclusiones.

Antes de entrar al estudio de nuestro tema es necesario hacer mención de lo que establece el **artículo 283 del Código Civil**; el cual dice:

**"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, su suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia de los hijos, debiendo obtener los elementos del juicio necesario para ello. El Juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho, en su caso, o designar tutor".**

En relación al artículo anterior, es claro observar que se conceden facultades rigurosamente discrecionales al Juez para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, a su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y el cuidado de los hijos. Creemos que si bien es razonable conceder al Juez facultades amplias, para decidir lo anterior, éste debe tomar en consideración lo establecido en el **artículo 422 y 423 del Código Civil** que a la letra dicen:

**ARTICULO 422. "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlos convenientemente".**

En cuanto a lo que establece el **artículo 423** tenemos lo siguiente:

**ARTICULO 423. "Para los efectos del artículo anterior los que ejercen la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de un buen ejemplo".**

Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.

En relación a los artículos anteriores, consideramos que el juzgador debe tomar en consideración la obligación de los padres para educar a sus hijos, así como observar una conducta que sirva a sus menores hijos de un buen ejemplo.

Dicho lo anterior, y colocándonos en el lugar del juzgador consideramos que si alguno de los cónyuges incurre en ilícitos o en malas conductas, que estén establecidas en las causales que enumera el **artículo 267 del Código Civil**, el cónyuge culpable sería el que perderá la patria potestad teniendo como consecuencia ese derecho el cónyuge inocente.

Dicho lo anterior continuamos con el desarrollo de nuestro tema.

#### **4.1 SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD**

En cuanto a este tema, es necesario hacer mención de lo que establece al **artículo 447 del Código Civil**.

**ARTICULO 447. "La patria potestad se suspende:**

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;**
- II. Por ausencia declarada en forma;**
- III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.**

En seguida haremos mención a la pérdida de la patria potestad.

#### **4.2 PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD**

La patria potestad se pierde por las causas enumeradas en el **artículo 444 del Código Civil**, las cuales son:

**ARTICULO 444. "La patria potestad se pierde:**

**I. Cuando el que la ejerza 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 esos cayeren bajo la sanción de la Ley Penal;**

**IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.**

En relación a la suspensión y la pérdida de la patria potestad, cabe hacer notar que ya fue estudio de nuestro primer capítulo, sin embargo, estimamos resulta necesario señalarlas de nueva cuenta en este capítulo, pues analizaremos las causales del divorcio y estableceremos según nuestro criterio, en qué casos se pierde y en qué casos se suspende el ejercicio de la patria potestad.

Dicho lo anterior, procedemos al análisis de las causales del divorcio establecidas en el artículo 267 del Código Civil.

#### 4.3 FRACCION I "CAUSAL DE ADULTERIO"

En esta fracción consideramos que la patria potestad debe ser ejercida por el cónyuge no culpable, es decir, perderá el ejercicio de la patria potestad aquel cónyuge que haya cometido dicha falta, lo anterior se justifica en los siguientes comentarios.

Con el adulterio se violan los deberes de fidelidad, débito carnal, respeto y la singularidad que caracteriza al matrimonio.

**"Uno de los deberes fundamentales del matrimonio es la fidelidad, que se viola con la relación génito sexual con persona distinta al cónyuge, afecta seriamente el amor conyugal y a la promoción integral de ambos. La fidelidad debe ser conservada y la rompe definitivamente en la forma más brutal el adulterio. Tan es así que siempre, a través de la historia de la humanidad, se ha considerado como causa de disolución y repudio. En el Derecho Canónico es una de las causas por la que se puede obtener la separación permanente de los cónyuges".(59)**

Se viola también el deber de débito carnal que en el matrimonio sólo se da moral y legalmente entre cónyuges. La característica de singularidad exige que esta relación sea entre marido y mujer dentro de la relación conyugal. Involucra también una falta de respeto a la persona y dignidad del otro cónyuge, quien confiado en el compromiso habido entre ambos se ha entregado en forma total y permanente; **"el adulterio, en este aspecto, significa también una infidelidad al no haberse respondido con la misma entrega exclusiva, permanente y singular".(60)**

---

(59) CHAVEZ Asencio, Manuel F. "Op. cit.", p. 475.

(60) *Idem.*

En relación a lo anterior, Francisco González De La Vega dice: "Esta infidelidad constituye siempre un ilícito civil, generador de acciones o sanciones privadas, pero no necesariamente integra un ilícito penal productor de medidas represivas. En otras palabras, no todo acto de adulterio es forzosamente un delito de adulterio. En el Derecho Civil Mexicano es ilícito todo adulterio ejecutado por el marido o la esposa cualesquiera que sean las circunstancias en que se realice puesto que, sin distingos, produce las siguientes acciones y sanciones privadas que puede ejercitar el cónyuge ofendido, el divorcio necesario solicitable dentro de los seis meses contados desde que tuvo razón de la infidelidad, por tal motivo el cónyuge culpable deberá perder la patria potestad sobre los hijos, sin perjuicio de sus obligaciones; pierde los derechos que tuviere a los alimentos y todo lo que hubiere prometido para su consorte o para otra persona en consideración a éste; cuando por el adulterio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito; además constituye impedimento no indispensable para contraer matrimonio, y causa de nulidad en su caso, el adulterio habido entre los que pretenden contraerlo, cuando haya sido judicialmente comprobado, así pues, en materia civil debe existir entre los cónyuges mutuo deber y correlativo derecho a la fidelidad".(61)

En el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, se define al adulterio de la siguiente manera: "Es el ayuntamiento carnal ilegítimo del hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados".(62)

---

(61) GONZALEZ De La Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano. Los Delitos"  
Vigésimo Tercera ed.; Ed. Porrúa, S. A. México, 1990. p. 432.

(62) CHAVEZ Ascencio, Manuel F. "Op. cit.". p. 473.

En algunos casos, la prueba directa de adulterio es casi imposible. Reconociendo lo anterior, tanto como la doctrina como la jurisprudencia, aceptan la prueba indirecta para demostrar la infidelidad de alguno de los cónyuges. En este sentido podemos encontrar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice que:

**"Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable".**

**Amparo Directo 7226/1960. Antonia Verde Barrón. 5 votos.<sup>(63)</sup>**

Es necesario, por tanto, recurrir a las pruebas indirectas y a las presuncionales que pueden ser suficientes y fundamentales en este caso, ejemplo: El hecho de que la esposa dé a luz a un hijo durante la ausencia del marido presupone relaciones adúlteras, y así encontramos una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

**"Acción de divorcio por adulterio fundado en el hecho debidamente probado de que la esposa dio a luz un hijo durante la ausencia del marido, es procedente, porque dicho alumbramiento obedeció a relaciones adúlteras y, por lo mismo, no debe exigirse como requisito de procedibilidad que primero se obtenga sentencia en juicio autónomo, respecto al conocimiento de la paternidad de dicho menor".**

**Amparo Directo 4634/1971. José Angel Arroyo Sánchez. Mayoría 3 Votos.<sup>(64)</sup>**

En relación a lo anterior, para probar el adulterio puede utilizarse también los resultados de la moderna investigación de los grupos de sangre. **"Si un marido, del grupo de sangre A, demanda por adulterio a su mujer del mismo grupo sanguíneo, y se**

(63) *Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Apéndice 1917-1975. Cuarta Parte. Tercera Sala. Volumen LII. Jurisprudencia 159, p. 10.*

(64) *Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Cuarta Parte. Tercera Sala. Volumen 55. p. 25.*

**demuestra que el hijo tiene el grupo de sangre B, el adulterio está probado. No es necesario que conste quién es el otro adúltero".<sup>(65)</sup>**

En relación a la jurisprudencia antes citada, consideramos que el ejercicio de la patria potestad debe quedar a cargo de la madre, a pesar de que ella es la cónyuge culpable, ya que consideramos que el cónyuge inocente no debe tener ninguna obligación con el hijo que su cónyuge dé a luz ya que él no es el padre y por ende no hay ningún parentesco que los una.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad de los hijos habidos en matrimonio, si es que los hubo, deberá ejercer la patria potestad el cónyuge inocente, ya que a los hijos se les debe dar un buen ejemplo, y en esta causal se rompe con el comportamiento que deben guardar los padres entre ellos y se rompe con la fidelidad del matrimonio. Por tal motivo consideramos que la patria potestad debe ser ejercida por el cónyuge inocente.

En esta causal de adulterio, ambos cónyuges pueden ser culpables, es decir, que tanto el hombre como la mujer pueden incurrir en esta falta. Por tal motivo consideramos que si el hombre es el adúltero a éste se le debe privar de la patria potestad, pero si el cónyuge culpable es la mujer entonces será a ésta a quien se le prive de este derecho.

A continuación explicaremos la segunda causal de divorcio contenida en el **artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal**.

#### **4.4 FRACCION II "CAUSAL DE CONCEPCION ANTERIOR AL MATRIMONIO"**

---

(65) KIPP y Wolff, *Enneccerus*, "Tratado de derecho civil. Derecho de familia", tr. de Blas Pérez González, Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, p. 216.

Para establecer en esta causal, a quién le corresponde el ejercicio de la patria potestad es necesario hacer mención a lo siguiente:

Esta causal implica una conducta desleal de la mujer hacia su prometido al no confesarle su estado de gravidez antes de contraer matrimonio, y por consiguiente querer atribuirle una falsa paternidad.

Como esta causal requiere que sea declarado judicialmente ilegítimo el hijo que la mujer dé a luz, debemos tomar en cuenta que el hijo sólo puede ser declarado ilegítimo cuando nace antes de que cumplan ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, porque de acuerdo con el **artículo 324 del Código Civil**, se presumen hijos de los cónyuges **"...los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio"**.

El **artículo 325 del Código Civil**, nos indica que la presunción a la que nos referimos no admite **"...otra pueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que ha precedido el nacimiento"**.

Ahora bien, no obstante que sólo puede ser declarado ilegítimo el hijo que nació antes de los ciento ochenta días a la celebración del matrimonio, el **artículo 328 del Código Civil** dice lo siguiente:

**ARTICULO 328. "El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:**

**I. Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para ésto se requiere un principio de prueba por escrito.**

**II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar.**

**III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer.**

**IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.**

En la **fracción primera del artículo** anterior significa que no ha habido deslealtad de la esposa, ni dolo alguno, porque si supo del embarazo previo al matrimonio puede presumirse que el hijo sea suyo, o que no siéndolo, perdone a su novia y acepta contraer matrimonio.

En la **segunda fracción**, se acepta el reconocimiento tácito por parte del marido del hijo que nació dentro de los ciento ochenta días.

En la **fracción tercera y cuarta**, la Ley es muy clara.

Dicho lo anterior podemos establecer a quién le corresponde el ejercicio de la patria potestad.

Cabe hacer mención que hay un hecho inmoral, porque ello demuestra una deslealtad absoluta, tanto antes del matrimonio como en el momento de celebrarlo, y esta deslealtad de la mujer, de no revelar a su futuro marido que se encuentra encinta, y que evidentemente implica además una injuria, es la que se sanciona como causa de divorcio.

Para que proceda el divorcio en esta causal, es preciso que el parto se haya verificado, y que el hijo, producto de él, haya sido declarado judicialmente ilegítimo; en consecuencia por comprobada que esté la preñez de la mujer al celebrar el matrimonio, el esposo nada podrá hacer hasta que el parto se verifique y obtenga una sentencia declaratoria de la ilegitimidad. La verdad es que hay demasiada dureza en la Ley al imponer las condiciones anteriores para poder entablar la demanda de divorcio, pues es injusto que, convencido el esposo de la infamia cometida por su cónyuge se le fuera hacer vida en común hasta que se verifiquen aquellas condiciones. Muy convenientemente habría sido, en este caso, autorizar una separación provisional de los esposos.<sup>(66)</sup>

En esta fracción consideramos que si se ha declarado judicialmente ilegítimo el hijo, la patria potestad será ejercida por la madre, ya que se ha demostrado plenamente que el hijo no es del esposo.

El esposo ejercerá también el ejercicio de la patria potestad, si se encuentra en los supuestos que establece el artículo 328 del Código Civil a los cuales ya hicimos mención.

En cuanto a lo que establece el artículo 356 del Código Civil tenemos lo siguiente: "Si un hijo fue reconocido por el padre y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita reconocimiento expreso de ésta para que la

---

(66) ROJINA VILLEGAS, Rafael. *"Op. cit."*, p. 461.

**legitimación surta sus efectos legales. Tampoco se necesita reconocimiento del padre, si ya se expresó el nombre de éste en el acta de nacimiento".**

En relación a lo anterior consideramos que si bien el padre reconoce como suyo el hijo y acepta haber tenido relaciones premaritales con la que ahora es su esposa ambos ejercerán la patria potestad.

A continuación explicaremos la tercera causal contenida en el **artículo 267 del Código Civil.**

#### **4.5 FRACCION III "CAUSAL DE INDUCCION A LA PROSTITUCION"**

Para establecer a quién le corresponde el ejercicio de la patria potestad en esta causal, es necesario hacer mención de lo siguiente:

**"En esta causal se violan muchos valores y características del matrimonio. Existe una evidente falta de respeto a la dignidad de la mujer. Por virtud del compromiso conyugal ambos se entregan mutuamente en forma exclusiva para tener una vida en común, que significa la unidad en la convivencia conyugal. Se atenta severamente contra la libertad de la mujer con la concepción física o moral para que tenga relaciones carnales fuera del matrimonio, con lo cual, evidentemente, se rompe la característica de singularidad, es decir, la exclusividad de las relaciones sexuales entre el marido y la mujer. El deber del débito carnal se vulnera gravemente, no sólo al permitir relaciones sexuales de**

**la mujer con diversos hombres, sino al proponer el marido la prostitución de su mujer, con lo cual también se obliga a romper con la fidelidad prometida".(67)**

Esta causal de divorcio, según se desprende de la citada fracción sólo puede ser intentada por la mujer, toda vez que el marido no puede demandarlo, al considerársele siempre como el culpable.

En relación a lo anterior es importante señalar lo que dice **Eduardo Pallares** en el sentido de que: **"El legislador no consideró el caso contrario al que se especifica la fracción III del artículo 267, o sea cuando la mujer incita al marido a tener relaciones carnales con otra mujer o consciente en ellas para tener un lucro. Esta omisión puede explicarse por dos razones: en primer lugar, por la tradición que aún sobrevive, según la cual el hombre no se prostituye cuando tiene relaciones carnales con una mujer diferente de su esposa, y también porque la prostitución de la mujer es más grave, cuenta habida de que puede llevar al matrimonio un hijo que no sea de su esposo".(68)**

Al hablar de prostitución, se hace referencia al comercio carnal de la mujer, lo que nos hace presente el Delito de Lenocinio. De este delito tratan los **artículos 206 y 207 del Código Penal**, y en el primero señala las sanciones y en el segundo determina quién lo comete, y en él se expresa lo siguiente:

**ARTICULO 206. "El lenocinio se sancionará con prisión de dos a nueve años y de cincuenta a quinientos días multa".**

---

(67) CHAVEZ Asencio, Manuel F. *"Op. cit."* . p. 480.

(68) PALLARES, Eduardo. *"Op. cit."* . p. 71.

**ARTICULO 207. "Comete el delito de lenocinio:**

**I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera;**

**II. Al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución;**

**III. Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casa de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con su producto".**

Es de observarse que en esta causal de divorcio la actitud del marido puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando hay propuesta del marido para prostituir a la mujer, y tácita cuando permite la prostitución.

En relación a todo lo anterior, consideramos que esta causal se origina con la conducta del esposo que no sólo permite la infidelidad de la esposa, sino que, además, él la provoca por una de las razones más censurables que puede existir recibir a cambio una remuneración.

Los dos supuestos previstos en esta causal son los siguientes:

- 1) Que en forma directa haga a su mujer la proposición para que ésta se prostituya, y

2) Cuando se pueda demostrar que él recibió dinero o cualquier otra prestación con el objeto expreso de permitir que otra persona tenga relaciones carnales con su mujer.

En esta causal consideramos que el ejercicio de la patria potestad debe quedar a cargo de la madre, ya que el padre es el único culpable. Pero consideramos que también se determine la pérdida de la patria potestad a la madre cuando ella haya consentido la prostitución. Es decir, que se decretará la pérdida de la patria potestad al cónyuge culpable.

En seguida expondremos un análisis de la cuarta causal contenida en el **artículo 267 del Código Civil**.

#### **4.6 FRACCION IV "CAUSAL DE INDUCCION A LA COMISION DE UN DELITO"**

Con esta causal se viola el respeto que los cónyuges deben tenerse y la libertad para su actuación. Cada uno debe respetar la personalidad del otro. La incitación a la violencia es alterar, mediante presión, la actitud del cónyuge en tal forma que llegue a manifestarse como agresor y cometa un delito, por lo cual, se le priva también de la libertad para decidir las situaciones que en la vida conyugal se les presenten.<sup>(69)</sup>

En este caso se trata de que algún cónyuge provoque a otro para que cometa un delito. Como delito también se encuentra previsto en el **Código Penal en el artículo 209** que dice: **"Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicará la sanción en este artículo prevista que es de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se**

---

(69) CHAVEZ Asencio, Manuel F. *"Op. cit."*, p. 428.

**ejecutare, en caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido".**

Lo anterior se presenta cuando uno de los cónyuges mueve al otro a cometer un delito contra terceras personas, ya sea de lesiones, homicidio, plagio o también para cometer delito sexual como el de violación. Esto es muy común. En México cuando, por ejemplo, la mujer le dice al hombre "no seas cobarde" o "no te dejes". Con ésto provoca el machismo del mexicano y lo incita a cometer un delito.<sup>(70)</sup>

En relación a todo lo anterior, existe una injuria grave, pues independientemente del resultado que se obtenga con la incitación o con la violencia, se dará la causal, debiendo tenerse en cuenta que en el evento de la parte ofendida llegue a cometer el delito para el cual fue incitada o bien, sometida a la violencia física o moral, se verá sujeta a las consecuencias de la comisión de una conducta sancionada por las leyes penales y, seguramente tendrá que padecer la privación de libertad que resulta su consecuencia, con la afrenta y deshonra que implícitamente le sobrevienen.<sup>(71)</sup>

En relación a lo anterior consideramos que el divorcio a la que se refiere la **fracción IV** puede también comprender el caso en el que el cónyuge provocado o violentado realice el delito, y entonces el culpable que indujo a que hizo uso de la violencia, será copartícipe en la realización de ese delito y podrá nuevamente darse el caso de que ambos sean causantes del divorcio, como cónyuges culpables. Uno por haber incitado, provocado o violentado al otro cónyuge, y este último por haber realizado el delito.

---

(70) CHAVEZ Asencio, Manuel F. "*Op. cit.*", p. 428.

(71) MAGALLÓN Ibarra, Jorge Mario. "*Op. cit.*", p. 385.

En relación a lo anterior consideramos que el ejercicio de la patria potestad debe ser privada para los dos cónyuges, pero también creemos que se recupera este derecho, cuando el cónyuge que haya sido víctima ha cumplido su sanción establecida por la autoridad competente, y por lo que respecta para el cónyuge culpable éste deberá perder este ejercicio.

A continuación haremos mención al análisis de la **fracción V del artículo 267 del Código Civil**.

#### **4.7 FRACCION V "CAUSAL DE CORRUPCION DE DESCENDIENTES O TOLERANCIA DE LA MISMA "**

La **fracción V del artículo 267 del Código Civil** está relacionada con el **artículo 270** que precisa en qué consiste la causa de que se trata. 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 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**".

En esta fracción se involucran dos causas que son: Los actos inmorales ejecutados por uno de ellos para corromper a los hijos, bien sea de ambos o de uno de ellos y la tolerancia en la corrupción de éstos.

En la **fracción V** se habla de la corrupción, entendiéndose ésta como: La depravación que rebaja la moral del hijo con relación a todas las personas, dejando en éste una huella

profunda del psiquismo, torciendo el sentido natural y sano que debe tenerse del comportamiento general humano.<sup>(72)</sup>

La corrupción que menciona la norma, puede consistir en la prostitución, en la embriaguez, en el uso de sustancias estupefacientes, en la práctica del robo, e incluso en la mendicidad. En el vocablo corrupción hay un sentido tan amplio, que dentro de él caben toda clase de miserias morales.<sup>(73)</sup>

Consideramos que esta fracción, es intolerable y positivamente la más culpable de las causas, porque se trata de la corrupción de los hijos, que implica una depravación moral gravísima de los padres. Se atenta contra el respeto que los padres deben tener a sus hijos, ya que tanto los padres como los hijos se deben mutuo respeto; de lo contrario consideramos se violan los deberes propios, que comprende la custodia, la educación y lo más importante el ejercicio de la patria potestad.

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

En esta causal, la Ley exige pluralidad de actos inmorales, lo que en mi concepto es censurable, porque sólo uno de ellos podrá ser bastante para revelar la indignidad del progenitor y la necesidad de que pierda la patria potestad.<sup>(74)</sup>

---

(72) CHAVEZ Asencio, Manuel F. "Op. cit." . p. 483.

(73) PALJARES, Eduardo. "Op. cit.", p. 74.

(74) *Idem.*

Esta causal puede consistir en actos positivos que produzcan la corrupción de los hijos o en actos negativos que impliquen necesariamente la tolerancia de los progenitores respecto del estado de inmoralidad y corrupción en que vivan los hijos. Por ejemplo, sucede con frecuencia que los padres se hacen de la vista gorda ante la prostitución de una de sus hijas, cuyo dinero aceptan para cubrir los gastos familiares.<sup>(75)</sup>

En relación a lo anterior podemos establecer a quién le corresponde el ejercicio de la patria potestad, por lo que nosotros consideramos que deberá quedar a cargo del cónyuge inocente, es decir quedará a cargo del cónyuge que ha dado una buena educación a los hijos. Por lo que respecta al cónyuge culpable éste deberá perderla por inducir a la corrupción a los hijos. Pero puede darse el caso de que ambos cónyuges propicien la corrupción en los hijos, por tal motivo consideramos que ambos cónyuges perderán el ejercicio de la patria potestad, siendo los abuelos paternos quienes deberán ejercerla.

A continuación haremos un análisis de las **fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil.**

#### **4.8 FRACCION VI "CAUSAL DE ENFERMEDAD INCURABLE" Y FRACCION VII "CAUSAL DE ENAJENACION MENTAL INCURABLE"**

En el Código vigente puede demandarse la separación judicial basado únicamente en dos causales señaladas en las **fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil.**

---

(75) *PALLARES, Eduardo. "Op. cit.", p. 74.*

Estas dos fracciones, conocidas en la doctrina como "**causas eugenésicas**", otorgan la opción a uno de los cónyuges de pedir el divorcio vincular o solamente la separación judicial de acuerdo con el texto del **artículo 277** que señala:

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

En relación a la explicación de estas causales **Sara Montero** <sup>(76)</sup> lo explica de la siguiente manera:

La **fracción VI** nombra dos enfermedades, la sífilis y la tuberculosis que en la época de la redacción del **Código 1928**, eran contagiosas, crónicas, incurables y hereditarias. Con los avances de la medicina moderna, ambas son prontamente curables si se detectan en sus primeras etapas. Se consideran estas causas como de tracto sucesivo, por ello no funciona el término de caducidad de seis meses que exige la **Ley** en las causales que se dan en un hecho determinado en el tiempo.

Cuando estas condiciones se dan en un sujeto, antes de contraer matrimonio, se consideran impedimentos para su celebración. Si se realiza el matrimonio mediando impedimentos, el cónyuge sano tiene a su favor la acción de nulidad que debe pedir dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio, según lo establece el

---

(76) *MONTERO Duhal, Sara. "Op. cit."* . pp. 228, 229, 230.

**artículo 246 del Código Civil.** Si se deja pasar ese término de caducidad, la acción que corresponde es la de divorcio basada en la **fracción VII del artículo 267.**

En relación a la impotencia, ésta también es impedimento para contraer matrimonio, según el **artículo 156 fracción VIII** podrá pedirse nulidad por esta causa, pero dentro del término de caducidad, que es de sesenta días.

En relación a lo anterior es determinante si la impotencia sobrevinida después de celebrado el mismo, puede actuar en cualquier momento del matrimonio. Es decir, para aplicar esta causal se requiere una interpretación sistemática, ya que habrá que considerarla como tal y no como una manifestación natural derivada de la edad avanzada.

En cuanto a la **fracción VII** que se refiere a la enajenación mental incurable, ésta tendrá que ser declarada en un juicio de interdicción que se le lleve al enfermo, en cuya sentencia se declare que el cónyuge quede incapacitado. En este caso el cónyuge sano tiene tres opciones: Ser nombrado tutor legítimo de su consorte, pedir el divorcio basado en esta causal, o solicitar simplemente el divorcio separación sin extinguir el vínculo matrimonial.

En relación a lo anterior consideramos que el ejercicio de la patria potestad debe ser ejercido por ambos cónyuges ya que aquí no encontramos a algún cónyuge culpable, ya que es cónyuge enfermo, por tal motivo consideramos que el ejercicio de la patria potestad deberá ser ejercido por los dos, salvo el caso de la **fracción VII** en que el cónyuge interdicto queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad, por no gozar de plena lucidez.

En seguida analizaremos la **fracción VIII del artículo 267 del Código Civil.**

#### **4.9 FRACCION VIII "CAUSAL DE SEPARACION CONYUGAL SIN CAUSA "**

La separación de la casa conyugal sin causa justa significa el incumplimiento a uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges: vivir juntos en el domicilio conyugal.

Por lo que con esta causal se violan los deberes de la vida en común, es decir, la unidad que se deben los cónyuges, así como la permanencia, el diálogo, el socorro y la ayuda mutua, y las obligaciones de alimentos, sostenimiento del hogar y servicios personales que entre cónyuges deben darse.

La separación maliciosa rompe la unidad y la posibilidad de vida en común dentro del domicilio conyugal. Afecta la permanencia a la que se comprometieron los consortes al casarse. Imposibilita el diálogo como un deber necesario en la relación interpersonal y jurídica, e imposibilita el socorro y la ayuda mutua que se traducen en la promoción integral de los cónyuges como fin de matrimonio.

En relación a las obligaciones se falta generalmente, aún cuando no es exigencia para que esta causal proceda, a la obligación de otorgar la pensión alimenticia, al sostenimiento del hogar y a los servicios personales que entre cónyuges están obligados a darse en forma recíproca.

Es necesario hacer mención al significado de la palabra separación. **"Separación: Es la acción y efecto de separar o separarse"**; también **"Interrupción de la vida conyugal por conformidad de las partes por fallo judicial, sin quedarse extinguido el vínculo matrimonial"**,<sup>(77)</sup>

---

(77) CHAVEZ Asencio, Mamei F. *"Op. cit."*, p. 492.

En relación a lo anterior, consideramos que la patria potestad deberá quedar a cargo de ambos cónyuges ya que el cónyuge que se separó del domicilio conyugal está contribuyendo con el sostenimiento del hogar, pero consideramos que al divorciarse deberán quedar al cuidado del cónyuge que haya permanecido con los menores hijos, cuando el otro cónyuge se separó del domicilio conyugal.

La separación debe ser de la casa conyugal. De ello resulta que será presupuesto indispensable que la misma exista como domicilio independiente, en el que los cónyuges tengan la facultad de dirigir y administrar sus labores y sus cuidados lo que no sucede cuando ellos viven en la casa de otras personas.

En la relación a lo anterior consideramos que si no existe domicilio conyugal no opera esta causal.

La causal de divorcio a la que estamos haciendo mención tiene como razón de ser, el incumplimiento a una de las obligaciones que adquieren los cónyuges con motivo del matrimonio, la cual se encuentra prevista en el **artículo 163 del Código Civil** que se refiere a la convivencia de los consortes en el domicilio conyugal. Es evidente que la observancia de esta obligación contribuye al cumplimiento de los otros deberes del matrimonio, incluyendo el socorro mutuo que deben prestarse los esposos, de acuerdo con lo dispuesto en el **artículo 162 del Código Civil**. En esa virtud la separación de la casa conyugal implica que el esposo que se aparte deje de prestar al otro cónyuge y a los hijos la protección y auxilio a que está obligado, haciendo con la separación imposible los fines del matrimonio al suspender la vida en común. La contribución económica al sostenimiento del hogar constituye tan sólo una de las obligaciones del matrimonio, pero no es la única que genera tal vínculo sino que representa

apenas uno de los múltiples actos que implica el socorro mutuo que deben prestarse los consortes.<sup>(78)</sup>

En relación a lo anterior consideramos que esas condiciones. Como la ayuda económica no agota todas las obligaciones del matrimonio derivadas de la vida en común que deben hacer los esposos en el hogar conyugal.

La Ley al referirse a la separación injustificada de la casa conyugal, toma en cuenta que se falta al cumplimiento de la obligación más importante en el matrimonio. La obligación que podríamos decir es fundante para derivar otras o sea la de hacer vida en común. Por tanto que si no hay vida en común, no se puede cumplir los otros fines del matrimonio para constituir la familia, ya que si hay hijos, no puede ejercerse convenientemente la patria potestad por ambos padres. Para que exista la ayuda mutua, no sólo en lo que se refiere a alimentos, sino también a la ayuda de carácter moral, espiritual, que la Ley supone entre los consortes.

Por lo anteriormente dicho estimamos que la separación física sin causa justificada, es presunción suficiente que demuestra que el cónyuge que se separó rompe los lazos matrimoniales y afectivos, y se despreocupa absolutamente respecto al otro cónyuge y sus hijos. Por tal motivo, con lo anterior se puede o se presume la separación de la casa conyugal.

Los elementos que integran esta causal son: La existencia del matrimonio, la existencia del domicilio conyugal, la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal por más de seis meses sin motivo justificado. Por lo que consideramos que sólo al actor compete demostrar los elementos de esta causal. Por lo que respecta al cónyuge abandonante le compete demostrar que tuvo causa justificada para hacerlo.

---

(78) CHAVEZ Asencio, Manuel F. *"Op. cit."*, pp. 494, 495.

En relación a todo lo anterior, consideramos que el ejercicio de la patria potestad deberá ser ejercida por aquel cónyuge que haya vigilado del cuidado de sus hijos durante la ausencia del marido o bien de la esposa, ya que estimamos que ambos cónyuges pueden ser culpables, es decir, cualquiera de los dos puede incurrir en la separación de la casa conyugal. Por tal motivo consideramos que el ejercicio de la patria potestad deberá ser llevado a cabo por el cónyuge inocente.

En seguida haremos un análisis de la **fracción IX del artículo 267 del Código Civil**.

#### **4.10 FRACCION IX "CAUSAL DE SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL ORIGINADA POR UNA CAUSA QUE SEA BASTANTE PARA PEDIR EL DIVORCIO, SI SE PROLONGA POR MAS DE UN AÑO"**

Es motivo justificado para separarse, el que el otro cónyuge hubiere dado causa de divorcio.

**Rojina Villegas** <sup>(79)</sup> explica esta causal de la siguiente manera: Hay un conflicto típico de ideas religiosas y las consecuencias que se desprenden de la Ley. Generalmente la mujer por sus ideas religiosas, se ve obligada a separarse de la casa conyugal por causa muy justificada: adulterio del marido, propuesta para prostituir, actos de corrupción de los hijos, etc. Pero no entabla la demanda de divorcio dentro del año, en virtud de que sus creencias se lo impiden. Sin embargo, debe saber, y el abogado debe explicarle, aún cuando tuviese también las mismas

---

(79) *ROJINA Villegas, Rafael. "Op. cit.", pp. 463, 464.*

ideas religiosas, que si no entablare la demanda de divorcio dentro del año, si tiene hijos menores, su marido podrá entablar demanda de divorcio y la podrá privar de la patria potestad de sus hijos. De esta suerte, siendo plenamente consciente del problema, lo resuelva bien en función de sus creencias religiosas perdiendo a sus hijos o exponiéndose a perderlos, o bien sacrificando sus principios, al ejercitar en tiempo su acción de divorcio, para no perderlos. Lo que es imperdonable en el abogado es ocultar las consecuencias que se presentarán, porque él también tenga esas creencias, en virtud de que no es su problema personal, sino el de ella y de los hijos, y no debe tomarse la facultad de juzgar para impedir que la mujer sea consciente del gravísimo problema que tiene que resolver.

Es tan importante que se realice el estado matrimonial: que el matrimonio no sea sólo el acto de celebración ante el Juez del Registro Civil, sino que constituya un modo permanente de vida en que haya esa comunidad, principalmente de tipo espiritual, que por ésto, aún ante causas no imputables, como es, por ejemplo, la ausencia debida a un desastre, a una inundación, llega a constituir causa de divorcio. En efecto, se constituye una situación contraria al estado matrimonial y por la misma razón, el cónyuge que se separó de la casa conyugal con causa justificada, aún cuando pudo pedir su divorcio, si prolonga esta separación durante un año, a pesar de haber sido inocente, se convierte en culpable. Si persiste en no regresar al hogar conyugal y a la vez, en no intentar demanda de divorcio, cabe observar que, si el otro cónyuge por ser el culpable no pudiera pedir el divorcio, la Ley estaría autorizando un modo de vida contrario al estado matrimonial, que se prolongaría indefinidamente. De tal manera que el cónyuge que salió del hogar con causa justificada, podrá permanecer, sin incurrir en sanción alguna, ausente del domicilio conyugal. A su vez el otro cónyuge, por haber dado causa a que el primero saliera de él, tampoco podrá pedir el divorcio, por ser culpable. Como la Ley no puede aceptar este estado de vida contrario al matrimonio, opta por convertir al inocente en

culpable, después del año, si no presenta su demanda de divorcio, al efecto parte de la justificación.

Tenemos en esta causal una segunda forma o manera de separación del hogar conyugal. En ésta el cónyuge que se separó no viola los deberes y obligaciones señaladas en la anterior, porque se separa habiendo causa suficiente. Sin embargo, al no demandar basándose en la causal que tiene a su favor, y dar la oportunidad para que el cónyuge que quedó en el domicilio lo demande, viola el deber de vida en común, es decir, la unidad a la que se comprometieron y la convivencia en el domicilio conyugal, y la permanencia del matrimonio como característica de la institución.

En relación a esta causal consideramos que el ejercicio de la patria potestad deberá quedar a cargo del cónyuge inocente, pudiendo ser tanto como el hombre como la mujer culpables o inocentes. Por lo que consideramos que si alguno de los dos cónyuges se separó del domicilio conyugal por tener una causa bastante para pedir el divorcio, al que se separó del domicilio conyugal se le denominará cónyuge inocente y al otro culpable.

Desde el punto de vista de lo justo, creemos que si el cónyuge inocente no demanda el divorcio, y lo demanda el cónyuge culpable, deberá quedar la potestad a cargo del cónyuge inocente, ya que podría ser que por sus costumbres religiosas no le permita entablar la demanda por lo que se refiere al tiempo de interponer la demanda de divorcio contenida en esta causal, consideramos que deberá ser dentro de los tres meses siguientes contados a partir del día que el cónyuge culpable haya cometido alguna causa suficiente justificada para que el cónyuge inocente pueda demandar el divorcio.

A continuación haremos un análisis de la **fracción X del artículo 267 del Código Civil**.

#### 4.11 FRACCION X "CAUSAL POR AUSENCIA O POR PRESUNCION DE MUERTE"

Esta causal de divorcio, se funda en la culpa del cónyuge cuyo paradero, se ignora porque aparte de que es un abandonante de los deberes conyugales, la desaparición del cónyuge ausente o presuntivamente muerto ha provocado una situación grave de incertidumbre, cuyo mantenimiento el derecho no puede tolerar en perjuicio del otro cónyuge, de los hijos, por lo que esta causa de divorcio opera de un modo absoluto. Siendo así la ruptura del vínculo conyugal, en los casos de ausencia o de presunción de muerte, sólo se produce si con base en la resolución judicial se intenta la acción de divorcio en un juicio que concluirá con una sentencia que declare expresamente la disolución del matrimonio.<sup>(80)</sup>

En los casos de ausencia o declaración de muerte, el Juez no está autorizado para analizar por qué se ha roto la comunidad de vida entre los consortes y si esta ruptura obedece a motivos justificados o injustificados. En el supuesto que analizamos, la causa de divorcio proviene exclusivamente de la declaración de ausencia o presunción de muerte. El cónyuge que funda su acción de divorcio en la **fracción X del artículo 267**, sólo está obligado a probar que se le ha pronunciado una resolución judicial que declara legalmente ausente o presuntivamente muerto a su consorte.<sup>(81)</sup>

Lo que viene a demostrar que aún en los casos en que la ausencia no sea imputable al cónyuge, precisamente porque ya no se realicen los fines naturales del matrimonio, por haberse roto la vida en común, y porque para la Ley no puede existir un matrimonio en esa situación

---

(80) GALINDO Garfias, Ignacio. *"Op. cit."*, pp. 602, 603.

(81) *Idem*.

anómala. Se distingue entre la declaración de ausencia y la presunción de muerte del ausente. Como sólo en ciertos casos, cuando la ausencia se debe a circunstancias especiales, como la inundación, el naufragio, el incendio, no se requiere que se lleve a cabo la declaración de ausencia, sino que por el sólo transcurso de dos años se puede ya declarar la presunción de muerte del ausente, habrá causa de divorcio, aún sin necesidad de que se haya declarado la ausencia. En cambio, cuando la ausencia no se deba a esas causas, tiene primero que hacerse la declaración de ausencia, y después vendrá la correspondiente de presunción de muerte. Bastará con que se llegue a declarar la ausencia, para que conforme a la fracción X exista ya la causa de divorcio.

A continuación transcribiremos algunos artículos que se relacionan con esta causal.

**ARTICULO 649.** "Cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quién la represente, el Juez, a petición de parte o de oficio nombrará un depositario de sus bienes, la citará por edictos, publicados en los principales periódicos de su último domicilio señalándose para que se presente un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis, y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes".

**ARTICULO 669.** "Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir declaración de ausencia".

**ARTICULO 705.** "Cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el Juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia".

Pallares hace una pregunta, la cual consiste en lo siguiente: ¿qué efectos producirá sobre la sentencia ejecutoria que declare el divorcio, sea por ausencia o por presunción de muerte, en

los casos en que el cónyuge declarado ausente o presumido muerto, se presenta y haga valer sus derechos?

La Ley es omisa sobre este problema, que no es solamente imaginario, ya que se han dado casos en que el esposo se creía muerto o legalmente declarado ausente, retorna y pretende tener derechos conyugales respecto al otro cónyuge.

Si la sentencia de divorcio ha causado la autoridad de cosa juzgada material, no hay razón alguna para que se desconozca su obligatoriedad, en el caso supuesto. La presunción de muerte o la declaración de ausencia son consideradas como causas suficientes para demandar el divorcio, y si bien la declaración establece una simple presunción de muerte, el **Código Civil** ha creado un sistema que da a dicha presunción el carácter de absoluta, es decir, que contra ella no cabe prueba en contrario.

Aunque ésto parezca injusto e irracional, en el caso de que la persona a quien se supone muerta, demuestre que no lo está con su sólo presencia, lo cierto es que en el Código no existe ningún precepto por virtud del cual pueda pedir el supuesto muerto la nulidad o reconvencción de la presunción de que se trata, ni tampoco que las cosas vuelvan al estado jurídico anterior a su declaración de muerte.<sup>(82)</sup>

En relación a lo anterior, consideramos que el ejercicio de la patria potestad deberá quedar a cargo del cónyuge que haya estado con los hijos, es decir, el cónyuge que no se ha ausentado del domicilio conyugal.

---

(82) PALLARES, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 81, 82.

En relación a lo que establece **Eduardo Pallares**, consideramos que el cónyuge que regresa después de mucho tiempo, éste tendrá suspendido el ejercicio de la patria potestad, ya que así lo establece el **artículo 447 del Código Civil**, en su **fracción II** que dice: "**Por la ausencia declarada en forma**".

En relación a lo anterior consideramos que también se debería establecer en esa misma fracción, lo relativo a la presunción de muerte. Por lo que creemos que pueden haber causas que son inimputables al cónyuge ausente para ausentarse de su domicilio conyugal, como pueden ser: Secuestro o bien la privación ilegal de la libertad. En relación a lo antes señalado consideramos que si los hechos fueron esos los que orillaron al cónyuge a ausentarse éste deberá ejercer también la patria potestad.

A continuación haremos mención al análisis de la **fracción XI** del mismo artículo.

#### **4.12 FRACCION XI "CAUSAL DE OFENSA DE UN CONYUGE AL OTRO"**

En esta fracción encontramos tres causales que son: La sevicia, las amenazas, y las injurias graves. que puedan invocarse cada una aislada, o bien conjuntamente cuando se presenten en un caso determinado. Es decir, no necesitan darse las tres para que proceda esta causal.

Debemos observar que esta causal se refiere a las sevicias, amenazas o las injurias de un cónyuge para el otro, lo que quiere decir que se excluyen a los miembros de la familia.

En estas causales hay culpa de alguno de los consortes que por su gravedad hace imposible o difícil la convivencia conyugal. Al analizar cada una de ellas se descubrirán las violaciones al respecto que ambos consortes se deben, que es fundamental para lograr la comunidad de vida conyugal y para conservar la igualdad de derechos y de dignidad entre ambos a fin de poder lograr los fines del matrimonio. Cualquiera de las causales previstas en esta fracción significa una infidelidad a la forma de vida conyugal que se prometieron.

La sevicia se refiere a la crueldad excesiva, malos tratos y golpes. **"La sevicia la constituyen los tratamientos de obras que revelan crueldad en quien los ejecuta, sin que, sin embargo impliquen peligro para la vida de las personas".**(83)

Para que haya sevicia debe haber crueldad excesiva, que haga imposible la vida en común y no un simple atentado **"La sevicia como causal de divorcio es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple atentado 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 que la otra pueda defenderse, como para que el Juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal".** (84)

En cuanto a las amenazas, Pallares dice: **"Es la intimidación de un mal futuro que depende de la voluntad del que amenaza y para producir temor en la persona a quien se intimida".**(85)

---

(83) CHAVEZ Asencio, Manuel F. *"Op. cit."*, p. 508.

(84) *Idem.*

(85) PALLARES, Eduardo. *"Op. cit."* - p. 86.

Por su parte **Chávez Asencio**, dice: **"Las amenazas son actos en virtud de los cuales se hacen nacer en un individuo el temor de un mal inminente sobre su persona, sus bienes o sobre la persona o bienes de seres que le son queridos"**.<sup>(86)</sup>

También encontramos la amenaza como delito, y se establece de la siguiente manera: en el **Código Penal**:

**ARTICULO 282.** "Se aplicará sanción de tres días a un año de prisión o de 180 a 360 días multa:

**I.** Al que de cualquier modo amenaza a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor, bienes y derechos de que con quien está ligado con algún vínculo, y

**II.** Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer".

Respecto de esta causal puede afirmarse no se requiere que haya sentencia penal previa, que debe ser grave, sino que debe haber una serie de amenazas.

En cuanto a las injurias, ésta viene del latín "iniuria". Agravio, ultraje de obra o de palabra. Hecho o dicho contra razón y justicia. **"Injuría es toda acción proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de manifestarle al otro desprecio, o con el fin de hacerles una ofensa"**.<sup>(87)</sup>

Para los efectos del divorcio por esta causal de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el Juez al dictar la sentencia de divorcio, en la inteligencia de que la injuria

(86) CHAVEZ Asencio. Manuel F. *"Op. cit."*, p. 509.

(87) *Ibidem*, p. 505.

comprende elementos de contenido variable, no previstos por la Ley en forma casuística, por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, implique tal gravedad contra la mutua consideración respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profieren o ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido.<sup>(88)</sup>

En relación a lo anterior consideramos que el ejercicio de la patria potestad deberá quedar en ambos cónyuges, ya que esta causal únicamente se deberá dar entre cónyuges por tal motivo excluye a los demás miembros de la familia. Si se da el divorcio el cónyuge inocente conservará el cuidado y custodia del menor pero ambos cónyuges tendrán el ejercicio de la patria potestad. En esta causal también se puede suspender la patria potestad cuando sea privado de su libertad algún cónyuge por el delito de amenazas, consideramos que si es privado de la libertad éste podrá recuperar la patria potestad de sus hijos cuando haya cumplido su sanción.

A continuación haremos un análisis de la **fracción XII del artículo 267 del Código Civil**.

#### **4.13 FRACCION XII "CAUSAL DE LA NEGATIVA DE LOS CONYUGES A CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES SEÑALADAS EN EL ARTICULO 164 Y 168 DEL CODIGO CIVIL"**

---

(88) CHAVEZ Asencio, Mamel F. *"Op. cit."*, p. 505.

Para el análisis de esta fracción es necesario hacer mención a los artículos 164 y 168 del Código Civil.

**ARTICULO 164.** "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la Ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar".

**ARTICULO 168.** "El marido y la mujer tendrá en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de sus hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo familiar resolverá lo conducente".

En relación a los artículos anteriores se observa que se refiere a las obligaciones conyugales de contenido económico referentes al sostenimiento del hogar, el manejo del mismo, la alimentación de los cónyuges y sus hijos, en relación a lo cual el marido y la mujer tendrán en su hogar consideraciones iguales; se habla de la relación de los padres con los hijos, y en ambos artículos se señalan el deber y especial responsabilidad de los padres a la formación y educación de los hijos y también a la administración de los bienes que éstos pertenezcan, lo cual corresponde a ambos en igualdad de circunstancias.

El inculplimiento de las obligaciones conyugales hace difícil la vida en común, pues ésta, al vivirse dentro del domicilio conyugal y no haber participado de alguno de ellos en el sostenimiento del hogar, generan las consecuentes dificultades para el sostenimiento. Se afecta también el socorro y la ayuda mutua en su parte material. La promoción integral de los

cónyuges no es sólo el aspecto humano espiritual, sino comprende también todo lo necesario en bienes materiales para la realización de él y de ella, es decir, se comprenden dentro de la pensión alimentaria.<sup>(89)</sup>

En la segunda situación se falta gravemente a los deberes y obligaciones generados por la paternidad y por la maternidad. Ambos ejercen la patria potestad y para ello tendrán autoridad igual dentro del hogar, lo que obliga a ambos a responder en la formación, educación y administración de sus bienes de sus hijos. En esta situación los actos u omisiones se sancionan por ser contrarias al respeto, la persona y dignidad de los hijos, a su formación promoción y educación, lo que directamente afecta la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

El artículo 164 del Código Civil, contiene cuatro obligaciones que son: sostenimiento del hogar; alimentación conyugal; alimentación de los hijos; y educación de los hijos. Se observa que la redacción de esta fracción está en plural, se habla de las obligaciones señaladas en el artículo 164, lo que indica que debe haber un incumplimiento que tenga gravedad suficiente para poner de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación al cónyuge responsable, de tal manera que haga imposible la vida en común entre ambos.

Los elementos de la causal de divorcio especificada en la fracción que estamos analizando, son en primer lugar la negativa injustificada a cumplir con las obligaciones que impone el artículo 164 del mismo ordenamiento, y, en segundo lugar que ese incumplimiento tenga la gravedad suficiente para poner de manifiesto el desprecio, abandono o desestimación al cónyuge actor o a los hijos que haga imposible la vida en común.

---

(89) CHAVEZ Asencio, Manuel F. "Op. cit." . p. 510.

Hay dos causas por las cuales consideramos se justifica el no dar alimentos: podran aplicarse el **artículo 320 del Código Civil**, que dice:

**ARTICULO 320. "CESA LA OBLIGACION DE DAR ALIMENTOS:**

**I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla".**

En relación a lo anterior, consideramos que sólo existe una causa justificada y es la que establece el **artículo 164** donde sólo está eximido o justificado para no contribuir económicamente, el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios. Es decir, no está excluido que carezca de trabajo, el perezoso, etc. Todos, salvo el imposibilitado que careciere de bienes, deben contribuir económicamente para el sostenimiento del hogar y para los alimentos al cónyuge e hijos. Por lo tanto, el imposibilitado que tenga bienes, debe contribuir.

La fracción que analizamos dice: **"La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164"**. Cabe preguntar si esa negativa se refiere a no dar cantidad alguna convenida expresa o tácita. Puede darse el caso en que los cónyuges hubieren acordado, bien sea en forma expresa o tácita por ser esa la forma de vida, lo que cada uno debe aportar, y llegado el caso uno de ellos no aporta lo convenido, sino una cantidad inferior. Esta reducción, ¿podría considerarse como una negativa injustificada? Estimamos en principio que no lo es, tomando en cuenta que la necesidad del matrimonio permanezca y que la sociedad y el Estado estén interesados en ello, creemos que a la negativa que se refiere el legislador es negativa total o por lo menos sustancial.

En relación a lo anterior consideramos que el cónyuge demandante requiere demostrar: La existencia de la obligación alimentaria; la negativa por parte del cónyuge demandado para cumplirla. Acreditados tales elementos y a fin de oponerse a los efectos de la causal de divorcio

que se analiza, al cónyuge demandado le corresponde probar que no ha cumplido con tal obligación por una causa justificada.

Para terminar esta causa que da con motivo, el incumplimiento sin justa causa, de la sentencia ejecutoria por alguno de los cónyuges en el caso del **artículo 168 del Código Civil**, lo que significa que al violarse el principio de igualdad entre los cónyuges en relación a la autoridad y a las consideraciones en el hogar para resolver el problema del mismo o de la formación o educación de los hijos, y para administración de los bienes, será causal de divorcio el incumplimiento de la sentencia ejecutoria que obligará al cónyuge en los términos del artículo citado. En este caso, necesariamente habrá que esperar hasta que se obtenga sentencia ejecutoria en el juicio que condene al cónyuge que será, a su vez demandado en el juicio de divorcio.<sup>(90)</sup>

En esta fracción consideramos que la patria potestad deberá quedar a cargo del cónyuge que dé alimentos, es decir, al cónyuge que contribuya económicamente al sostenimiento del hogar, ésto no quiere decir, que quede privado de ese derecho el cónyuge que demuestre que carece de lo expresado en el **artículo 164**, y que es aquel cónyuge que esté imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios. Por lo que consideramos que él también ejercerá la patria potestad.

Perderá también el ejercicio de ese derecho el que tenga recursos económicos para dar alimentos a sus hijos y éste por causas injustificadas no los dé. Verificado lo anterior se demandará el pago de pensión alimenticia y deberá el cónyuge demandado dar una pensión fijada por el Juez y ésta será según sus percepciones. Por lo que se le privará al cónyuge demandado de la patria potestad.

---

(90) CHAVEZ Aseñco, Manuel F. "Op. cit.", pp. 51-4, 515.

En el segundo supuesto que establece la fracción que estamos analizando, es decir, cuando se incumpla la sentencia ejecutoriada que hace mención al **artículo 168 del Código Civil**, consideramos que la patria potestad deberá quedar a cargo del cónyuge que haya cumplido la sentencia y por tal motivo se le privará del ejercicio de la patria potestad al que no haya realizado lo que el **artículo 168** establece. Por lo que creemos que si no se le da el auxilio adecuado a los hijos, como el de educarlos, entonces quiere decir que no hay interés en el padre para que se forme con buenos ejemplos. Por lo que es mejor privarle de la patria potestad.

A continuación haremos un análisis de la **fracción XIII del artículo 267 del Código Civil**.

#### **4.14 FRACCION XIII "CAUSAL DE ACUSACION CALUMNIOSA HECHA POR UN CONYUGE CONTRA EL OTRO, POR DELITO CON PENA MAYOR DE 2 AÑOS"**

El fundamento de ésta causal es la falta de respeto de un cónyuge al otro y la injuria que significa la acusación calumniosa. Aparece un desprecio que rompe la vida conyugal en forma grave.

De esta causal el **Código Penal** establece lo siguiente:

**ARTICULO 356. "El delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses o dos años o multa de dos a trescientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del Juez:**

**I. Al que impute al otro un hecho determinado y calificado como delito por la Ley, si este hecho es falso o es inocente la persona a quien se imputa;**

**II. Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y**

**III. Al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona la calumnia, en su caso o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad".**

Estamos en presencia de una causal que sí requiere previamente que se siga el juicio penal, se pronuncie sentencia y se declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le imputó al otro cónyuge. Si en esa sentencia se establece que el acusado es inocente de un delito que merecía una pena de prisión mayor de dos años, entonces el cónyuge calumniado tendrá ya comprobado plenamente su causa de divorcio, pero se requiere que la sentencia penal que declare su inocencia, cause ejecutoria.

Es objetivo que en la especie, la calumnia a la que se contrae esta causal de divorcio, se ubica en el campo del **Derecho Penal**, pues obviamente tiene un propósito, en el acusador, de que se le imponga al sujeto pasivo una pena mayor de dos años de prisión. La naturaleza falsa de la conducta que se le imputa, determina que quien la vierte, está faltando a la solidaridad y consideración que un cónyuge merece. De lo anterior parecería razonable el reconocerse que mientras no se definieran en sentencia definitiva el carácter de calumniosa de la acusación, no podría tener una base sólida la causal que se apoyara en ese supuesto y en dicho caso, la sentencia absolutoria que se dictare, sería la prueba preconstituida que fundara esa causal.<sup>(91)</sup>

Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el Juez civil, tomando en cuenta que la imputación que

---

(91) *MAGALLON Ibarra, Jorge Matio. "Op. cit.", pp. 403, 404.*

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 está 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 vida en común.

En relación con esta fracción consideramos que el ejercicio de la patria potestad deberá quedar a cargo del cónyuge inocente, es decir, con el cónyuge que quede absuelto por algún delito que le imputa su cónyuge. Y por lo que respecta al cónyuge culpable, éste la perderá y se le acusará del delito de calumnia previsto en el **artículo 356 del Código Penal del Distrito Federal**, y consideramos que el cónyuge culpable puede volver a recuperar la patria potestad siempre y cuando cumpla su sanción establecida y que por medio de un examen de personalidad hecho al cónyuge culpable después de la sanción impuesta por la autoridad judicial, si observa tener una conducta satisfactoria a la anterior. En caso contrario se le privará definitivamente del ejercicio de la patria potestad.

En seguida haremos mención al análisis de la **fracción XIV del artículo 267 del Código Civil**.

#### **4.15 FRACCION XIV "CAUSAL POR DELITO EN GENERAL, EXCEPTO EL POLITICO"**

La palabra "**infamia**" significa: Descrédito, deshonor, vileza en cualquier línea, acción infame, palabra semejante injuriosa. Delito que cause deshonor, descrédito, vileza en cualquier línea.

**Pallares** al tratar esta causal y señalar la dificultad de calificar al delito como infamante, señala que, "Por fortuna el legislador ha realizado esta tarea en el artículo 95 de la Constitución General de la República, que considera como tales, robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público inhabilitará para el cargo cualquiera que haya sido la pena",<sup>(92)</sup>

Por su parte **Sara Montero**, dice que en cuanto a la calificación de infamante para el delito, se estará forzosamente a la interpretación judicial, pues el **Código Penal** no clasifica a los delitos infamantes o no infamantes. En un sentido amplio cualquier condena penal, excepto de delito político, constituye una infamia, entendida la misma como descrédito en el honor la reputación, o el buen nombre de una persona. Pueden contribuir también en la calificación de infamante, las circunstancias en que el delito se cometió. Por ejemplo, no es lo mismo un homicidio con agravantes, que el producido en una riña con provocación. Queda al arbitrio del Juez, el determinar si el delito es o no infamante, y con ello, causa de divorcio.<sup>(93)</sup>

Evidentemente que también en esta causal, hasta en tanto no haya sentencia ejecutoriada que imponga al cónyuge que cometiere el delito una pena mayor de dos años de prisión, no podrá configurar la causa de divorcio que la Ley otorga al otro cónyuge, pero siempre y cuando el delito no sea político y resulte infamante.

En esta fracción la causa de divorcio consiste en sufrir una pena por un delito infamante que sea penado con más de dos años de prisión, se requerirá que la sentencia firme cause ejecutoria. En relación a lo anterior el Juez del divorcio determinará si el delito es infamante, si

---

(92) PALLARES, Eduardo. "Op. cit." - p. 90.

(93) MONTERO Duhalt, Sara. "Op. cit." p. 235.

implica deshonra para el cónyuge actor en el juicio, para su familia, para los hijos, como son indiscutiblemente, por ejemplo: el homicidio, el delito de lesiones, delitos contra la moral pública, etc. Los delitos de imprudencia, dice **Rojina Villegas**, aún cuando tuviesen una sanción ya en la sentencia respectiva de más de dos años de prisión, nunca pueden ser infamantes y, por lo tanto, no podrán ser invocados como causas de divorcio.

En esta fracción consideramos que el ejercicio de la patria potestad deberá quedar a cargo de cónyuge inocente, es decir, perderá tal derecho el cónyuge que haya cometido un delito cuya pena de prisión sea mayor a la de dos años de prisión y además que sea infamante.

En seguida haremos mención al análisis de la **fracción XV del artículo 267 del Código Civil**.

#### **4.16 FRACCION XV "CAUSAL POR VICIO PERSONAL"**

En esta causal se afecta la vida familiar y conyugal que debe ser en común dentro del hogar y en un ambiente de unidad.

Es sumamente difícil el diálogo conyugal o familiar con persona enferma, en estado de embriaguez o adictos a drogas enervantes. Se rompe también la fidelidad como forma de vida prometida, pues cada uno se obligó a poner de su parte todo lo necesario para la unidad familiar y conyugal.

Debe observarse que los vicios a los que se refiere la **fracción XV** por sí mismos no son causales de divorcio, sino cuando amenazan causar ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia conyugal. Por lo tanto, esta causal comprende dos aspectos: el

primero, la existencia del vicio, del juego, la embriaguez o drogas enervantes; y el segundo aspecto la amenaza de ruina de la familia, o la continua desaveniencia conyugal.

Debemos observar que tanto el juego, como la embriaguez y la adicción a drogas enervantes, son conductas que no sólo lesionan e injurian la dignidad del cónyuge, sino que la rebajan y degradan social y moralmente. Sin embargo, es oportuno agregar que cualquiera de esos tres elementos, por sí solos, son suficientes para fundar una causal de divorcio, pero que sin embargo, se están vinculando a circunstancia condicional, que en nuestra visión resulta demasiada abstracta y genérica: "El que amenacen causar la ruina de la familia". En este aspecto es difícil encontrar la idea concreta de lo que la ruina es, pues puede ser social, económica o moral; subsistiendo también como incierta la calificación de lo que entraña la amenaza.

Sin embargo, la frase con la que calumnia el precepto o constituye un continuo motivo de desaveniencia conyugal, para facilitar una puerta de salida a ese texto, pues irrefutable que cualquiera de esos vicios implica el continuo motivo de desaveniencia conyugal.<sup>(94)</sup>

En relación al juego que menciona esta fracción ha de ser de los llamados juegos de azar, porque son los que, por las pérdidas económicas que producen, causan la ruina de la familia. Pero cabe observar que también los deportes cuando dan nacimiento a un verdadero vicio, pueden ser causa tanto de los disgustos conyugales como de la ruina de la familia.

El vicio de la embriaguez degenera de tal modo al que lo tiene, que por sí solo convierte a su víctima en un ser inepto para cumplir sus obligaciones familiares. Además, el ejemplo que da el ebrio a sus hijos, es funesto, porque con frecuencia se entregan también a dicho vicio. Por tal

---

(94) MAGALLON Ibarra, Jorge Mario. "Op. cit.", pp. 405, 406.

motivo es necesario privarle de la patria potestad al que sea un ebrio. Agréguese a lo anterior la herencia patológica que reciben los hijos engendrados por los ebrios consuetudinarios.

En relación a las drogas, se señala como necesario el uso indebido y persistente, lo que excluye el uso de ellas por prescripción médica o en forma aislada.

En esta fracción consideramos que perderá la patria potestad el cónyuge ebrio consuetudinario y el drogadicto ya que no puede cumplir ni como esposo ni como padre.

A continuación haremos mención a la **fracción XVI del artículo 267 del Código Civil**.

#### **4.17 FRACCION XVI "COMETER UN CONYUGE CONTRA LA PERSONA O LOS BIENES DE OTRO UN ACTO QUE SERIA PUNIBLE SI SE TRATARE DE PERSONA EXTRAÑA, SIEMPRE QUE TAL ACTO TENGA SEÑALADA EN LA LEY UNA PENA QUE PASE DE UN AÑO DE PRISION"**

Esta causal **Rojina Villegas**<sup>(95)</sup> la explica de la siguiente manera. Dice que aquí el **Código Civil** se refiere al caso previsto por el **Código Penal de 1871**, en el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aún cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, si ese robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña, fuere sancionable con más de una año de prisión, si constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrado el propio legislador, cuando elaboró esta causal en 1928, fecha en que se promulgó el **Código Civil** vigente que el delito debería de apreciarse por el

---

(95) **ROJINA Villegas, Rafael**. *"Op. cit."*, p. 458.

Juez civil, para los efectos exclusivamente del divorcio, por cuanto que no había conforme al **Código Penal** el delito de robo entre consortes. En los demás casos, por ejemplo, lesiones entre cónyuges, sí implicaban un delito para los efectos del **Código Penal**, y, por consiguiente, ya no estaban regulados por esa **fracción XVI** sino por la **XIV**. En la actualidad, ya el **Código Penal** vigente no exceptúa el caso que sí admitía el de 1871, o sea, el de que no había robo entre consorte, y como conforme a este Código, sí hay delito si el ofendido se querrela, ya no es aplicable la **fracción XVI**, que en rigor ha perdido toda posibilidad de ser aplicada, ya que tendremos que referirnos al delito que cometiera un cónyuge contra el otro, en los términos de la **fracción XIV**, para el caso de que este delito tenga una pena superior a dos años de prisión.

En relación a esta causal consideramos que tal fracción ha caído en desuso ya que existe una causal contenida en el mismo artículo y en la **fracción XIV**, la cual consiste en cometer alguno de los cónyuges un delito que no sea político y que se sanciona con una pena de prisión de dos años, por lo cual puede entrar cualquier tipo de delito siempre y cuando no sea político y tenga una pena de más de dos años de prisión .

En seguida haremos mención a la causal **XVII del artículo 267 del Código Civil**.

#### **4.18 FRACCION XVII "CAUSAL DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO"**

Esta fracción hace mención al divorcio por mutuo consentimiento el cual ya fue analizado y como vimos en este tipo de divorcio ambos cónyuges ejercerán la patria potestad, pero uno sólo de ellos tendrá el cuidado y la custodia del menor hijo.

A continuación haremos un análisis de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil.

#### **4.19 FRACCION XVIII "LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA SEPARACION, LA CUAL PODRA SER INVOCADA POR CUALQUIERA DE ELLOS"**

Como podemos observar esta causal podrá ser invocada por cualquiera de los cónyuges, aún por aquél que ha provocado la separación. No se comprende por qué el cónyuge que ha faltado al deber de cohabitación sea legitimado para obtener el divorcio. Esto es tanto como introducir la disolución del matrimonio por repudio de uno de los consortes. Esta solución es contraria al principio que se enuncia diciendo "...nadie puede hacer valer en su favor sus propias culpas".<sup>(96)</sup>

Chávez Asencio<sup>(97)</sup> hace los siguientes comentarios diciendo que esta causal fue propuesta por las Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados.

Como argumentación, en el documento que presentó al Congreso la citada Comisión, se expresa que en esta causal se recoja la experiencia del foro nacional, pues es frecuente observar la separación de los cónyuges, por largo tiempo sin que exista formalmente una causa suficiente

---

(96) GALINDO Garfias, Ignacio. "Op. cit.", p. 608.

(97) CHÁVEZ Asencio, Manuel F. "Op. cit.", pp. 521, 522.

para demandar el divorcio necesario y sin que convenga solicitar la disolución del vínculo matrimonial mediante un juicio de divorcio voluntario.

En el Congreso se debatió sobre esta causal. Quienes la apoyaron expresaron que la separación, es una situación de hecho; un divorcio real opera casi con toda plenitud, pero que carece de existencia jurídica legal, era una necesidad inaplazable. En la actualidad, innumerables parejas se separan por diversos motivos sin establecer una demanda de divorcio; de hecho existe ya un rompimiento de los lazos afectivos y muchas veces también de las obligaciones económicas. Se ofrece la oportunidad de regularizar situaciones a veces incómodas y de matrimonio que se encuentran desintegrados desde hace tiempo.

En otra intervención el Diputado en turno expresa que la causal obedece a lo que la experiencia nacional muestra en múltiples casos sobre todo entre personas de escasa preparación, de cultura media y poca información en cuestión de orden legal. En estos casos "verdaderamente numerosos" quienes han contraído matrimonio se separan por la razón que sea, y después de años creen de buena fe que el matrimonio se extinguió por una especie de prescripción negativa según quien así lo considera.

Por último se afirma que se trata de poner un hasta aquí a una relación totalmente carente de significado afectivo, carente de significado conyugal, que perjudica a los cónyuges separados, que deteriora la situación de los hijos, que pone en entredicho gravemente su derecho a los alimentos, y que perjudica necesariamente a la sociedad.

Quienes se expresaron en contra a la adicción, manifestaron que esta causal no está relacionada ninguna causa moral, ninguna falta a la moral social, laica. Sino simplemente la separación haya sido justificada o no. Se considera que se amplía el divorcio en toda iniciativa, se aumentan las causas y se vanaliza el vínculo matrimonial. Como para el divorcio se dan más

facilidades, habrá más divorciados, se agrega que se presta a abuso precisamente en esta causal; ésto no parece que entonces engloba el espíritu no de integración familiar, como aquí se vino a precisar, no de protección del vínculo familiar estamos en contra de esta fracción. También se señala el hecho de que está afirmando sin estadísticas y que esta causal es bastante disolvente, sobre todo porque no marca causas, simplemente por éso, es una causal más, pero no marca ninguna causa porque dice: **"Independientemente del motivo que haya originado la separación"**. Lo cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos. De tal manera que quedamos otra vez en un marco disolvente de la familia.

En relación a lo anterior, consideramos que el ejercicio de la patria potestad en esta causal deberá ser ejercida por el cónyuge que haya permanecido con los hijos durante la ausencia del otro cónyuge, ya que el cónyuge que abandona a su familia rompe con las obligaciones fundamentales del matrimonio como el socorro, y la ayuda económica para el sostenimiento del hogar entre otras, por lo que consideramos que la patria potestad deberá ser perdida por el cónyuge ausente durante más de dos años.

#### **4.20 PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA PARA EL DISTRITO FEDERAL EN CUANTO A LAS CAUSALES DE DIVORCIO, Y EN CUANTO A LA PATRIA POTESTAD**

En relación a este punto hemos hecho más entendibles las causales del divorcio proponiendo las siguientes causales, es decir, en algunas causales se ha aumentado o ampliado las causales para quedar así:

**PRIMERA.** "El adulterio comprobado de alguno de los cónyuges, o todos aquellos actos preparatorios que de manera necesaria y directa tiendan al mismo

y que racionalmente obligue a presumir la conducta adúltera de alguno de ellos, si ésta se prolonga por más de tres meses".

**SEGUNDA.** "Por el hecho de que la mujer dé a luz un descendiente concebido antes del matrimonio, siempre que judicialmente se declare que no es descendiente del marido, y que nació fuera del matrimonio".

**TERCERA.** "La propuesta de uno de los cónyuges para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo cónyuge la haya hecho directamente sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otra persona tenga relaciones carnales con su cónyuge".

**CUARTA.** "La incitación o la violencia física o moral hecha por un cónyuge al otro para que cometa algún delito o participe en él".

**QUINTA.** "Los actos inmorales efectuados por cualquiera de los cónyuges con el fin de corromper a los descendientes, ya sean de ambos, ya de uno sólo de ellos, o bien, que dichos actos tiendan a corromper al otro cónyuge".

**SEXTA.** "Padecer alguna enfermedad que sea repulsiva o incurable y que científicamente haga prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes del matrimonio; o padecer alguna de las enfermedades que generalmente se transmiten por medio del acto sexual, y que haya sido contagiada al cónyuge demandado por persona extraña al matrimonio, precisamente por ese medio".

**SEPTIMA.** "El haber sido dictada sentencia judicial que haya causado ejecutoria, en la que se declare el estado de interdicción de uno de los cónyuges, por alguna enfermedad mental en sus diferentes variantes y que haya sido estimada médicamente como incurable".

**OCTAVA.** "La separación del hogar conyugal por más de tres meses, sin causa justificada".

**NOVENA.** "En esta fracción no se propone algo ya que consideramos que es correcta".

**DECIMA.** "Estimamos que dicha causal debería de desaparecer o ser suprimida, ya que su aplicación en el campo del derecho ha perdido su utilidad".

**UNDECIMA.** "La sevicia, las amenazas, las injurias graves o los malos tratos de un cónyuge al otro, que hagan imposible la vida en común".

**DUODECIMA.** "La negativa de uno de los cónyuges de dar al otro y/o a sus descendientes, los alimentos a que está obligado conforme a la Ley. Si no

se prueba durante el juicio dicha negativa, ello no dará lugar a otorgar al cónyuge demandado acción alguna para contrademandar el divorcio".

**DECIMATERCERA.** "La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito intencional que merezca pena mayor de un año de prisión".

**DECIMACUARTA.** "Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante para el otro cónyuge o los descendientes, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años".

**DECIMAQUINTA.** "Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes".

**DECIMASEXTA.** "Consideramos que esta causal debería ser derogada ya que si hay delito entre cónyuges el ofendido podrá querellarse, por lo que consideramos que ya no es aplicable la fracción XVI, ya que tendremos que referirnos al delito que cometiera un cónyuge contra el otro, en los términos de la fracción XVI".

**DECIMASEPTIMA.** "La incompatibilidad de caracteres, debidamente probados, siempre y cuando haya transcurrido cuando menos un año contado desde la celebración del matrimonio".

**DECIMAOCTAVA.** "Consideramos que esta causal debería ser derogada".

En relación al ejercicio de la patria potestad, el artículo 283 del Código Civil dice.

**ARTICULO 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 para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello en su caso, designar tutor".

En relación al artículo anterior, consideramos que debería crearse un artículo expreso, en donde se regulara en qué casos procede la pérdida y la suspensión de la patria potestad cuando algún cónyuge haya incurrido en una falta que diere motivo al divorcio y sea previsto por alguna de las fracciones enumeradas por el artículo 267 del Código Civil.

En relación a lo anterior, consideramos que el Juez debe impartir justicia, conforme a lo establecido por nuestros códigos, en nuestro caso el Código Civil para el Distrito Federal, ya que se han llegado a destruir familias completas por la gran amplitud de facultades y libertades concedidas en la aplicación de la Ley al juzgador por lo que, consideramos que debería establecerse un artículo expreso que determinara y limitara la actividad del juzgador precisándose en qué casos procede la suspensión y en qué casos la pérdida de la patria potestad, por lo que consideramos que debería quedar de la siguiente manera:

**ARTICULO "X"** La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las siguientes reglas:

**PRIMERA:** Cuando las causales del divorcio estuvieren comprendidas en las fracciones I, III, IV, V, VIII, XII, y XV del artículo 267, los hijos

quedarán bajo la patria potestad del ascendiente inocente, y si no lo hubiere se nombrará tutor.

En estas fracciones se entenderá por cónyuge culpable, aquel que haya incurrido en una falta establecida por dichas fracciones.

**SEGUNDA.** Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X XI, XIII, XIV, XVI, XVIII, la patria potestad será suspendida al cónyuge culpable, en tanto no se justifique en los casos de las fracciones IX, X y XVIII; en cuanto a las fracciones XI, XIII, XIV, y XVI, mientras no cumpla su sanción impuesta por la autoridad competente no ejercerá la patria potestad el cónyuge culpable.

**TERCERA:** En cuanto a la fracción II del artículo 267 del Código Civil, ejercerá la patria potestad del concebido antes del matrimonio, la madre aunque sea ésta la cónyuge culpable.

**CUARTA:** En los casos de las fracciones VI y VII, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, conservando el cónyuge enfermo los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, ésto de acuerdo con la fracción VI; en cuanto a la fracción VII, ambos conservarán la patria potestad y sólo el cónyuge sano la custodia.

De esta manera hemos concluido este trabajo de tesis, esperando sea tomado en consideración por lo menos una de nuestras propuestas hechas.

# CONCLUSIONES

Por lo expuesto y fundado se concluye:

1.- En el Derecho Romano, la patria potestad pertenecía al jefe de la familia, quien la ejercía sobre los descendientes que formarían parte de la familia civil.

2.- Nuestra legislación, ha encontrado en los antecedentes romanos, el sedimento básico para la elaboración de la figura llamada patria potestad.

3.- Nuestra legislación no proporciona un concepto de lo que es la figura de la patria potestad y de ahí que esta labor se ha encomendado a la doctrina y teóricamente ésta se ha definido como: Un conjunto de poderes, impuestos a los ascendientes, para ejercerlos sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, dirigir su educación y procurar su asistencia, hasta la mayoría de edad o la emancipación.

4.- A través de los años en nuestro Sistema Jurídico Mexicano, la institución de la patria potestad ha sido prevista en distintas legislaciones, como en el **Código de 1870** en donde había una relación entre padres e hijos; en 1884 en donde se establece que los padres deben defender a los hijos de todos los peligros y enseñarles todas aquellas virtudes que pueden

conducirlos al bienestar privado y al respeto público; por lo que respecta a la **Ley de Relaciones Familiares** se reglamenta claramente el Capítulo de la Patria Potestad.

5.- En nuestro **Código Civil** vigente el ejercicio de la patria potestad incumbe a los padres con la obligación de educarlos convenientemente, corregirlos y exhortarlos a observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo para que tenga en el futuro una vida honesta y buenas costumbres.

6.- Debemos señalar que la patria potestad crea un derecho para ambos padres que consideramos es un derecho natural.

7.- Pero también consideramos que ese derecho natural puede ser limitado, sea que se pierda o suspenda la patria potestad cuando alguno de los cónyuges incurra en alguna falta que se preve en alguna de las causales establecidas en el **artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal**.

8.- Por lo que respecta al divorcio, en el Derecho Romano fue conocido y regulado jurídicamente; sin embargo, este producía distintos efectos a los actuales, ya que si el matrimonio había sido celebrado *Cum Manus* o *Sine Manus*, queda la mujer bajo la potestad del marido en el primer caso, o libre de ella en el segundo caso.

9.- Consideramos que el fin primordial del divorcio es tratar de salvaguardar los intereses del menor ya que en muchas ocasiones sufren estos menores trastornos psicológicos por el comportamiento de los padres, como podría ser las amenazas, los golpes, la corrupción, etc.

**10.-** Ante la conducta no grata de alguno de los cónyuges es conveniente que como consecuencia del divorcio se prive de la patria potestad o en su caso se suspenda ya que afectaría el desarrollo sano y emocional de los hijos.

**11.-** En lo que hace a la pérdida y suspensión del ejercicio de la patria potestad, nuestro **Código Civil** otorga amplias facultades al juzgador a efecto de que éste determine en qué casos condene una u otra, lo cual estimamos pone en grave riesgo la integridad familiar.

**12.-** Consideramos necesario limitar los poderes discrecionales del Juez tratándose de sus atribuciones para condenar la pérdida y la suspensión del ejercicio de la patria potestad, proponiéndose como solución a fin de evitar los graves riesgos en que actualmente quedan los hijos de padres divorciados un sistema en que se limiten las citadas facultades y limitativamente se determinen legislativamente las atribuciones del juzgador en torno a este tema.

# BIBLIOGRAFIA

- ALBA H., Carlos. "Estudio Comparado Entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano". Editorial Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano. México, 1949.
- BAQUEIRO Rojas, Edgar. "Derecho de Familia y Sucesiones". Editorial Harla. México, 1990.
- BRAVO Valdés, Beatriz. "Primer Curso de Derecho Romano". Duodécima edición, Editorial Pax-México. México, 1987.
- CASTAN Vázquez, José Mario. "La Patria Potestad, Revista de Derecho Privado". Madrid, 1960.
- CHAVEZ Asencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídico Conyugales". Segunda edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.
- DEL ARENAL Fenochio, Jaime. "Voz: Divorcio" Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas". Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.
- DE PINA, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Décimasexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.
- GALINDO Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Undécima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

- GONZALEZ De La Vega, Francisco. **"Derecho Penal Mexicano, Los Delitos"**. Vigésima Tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.
- KIPP y Wolff, Enneccerus. **"Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia"**. Traducido de Blas Pérez González. Volumen I. Editorial Bosch. Barcelona.
- MAGALLON Ibarra, Jorge Mario. **"Instituciones de Derecho Civil"** Tomo I y Tomo III. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.
- MARGADANT Floris, Guillermo. **"Derecho Privado Romano"**. Cuarta edición. Editorial Esfinge, S.A. México, 1988.
- MATEOS Alarcón. **"Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal"**, Tomo I. México, 1885.
- MEXICO, Congreso de la Unión. **"Código Civil del Distrito Federal"**. Quinta edición. Editorial Delma. México, 1992.
- MEXICO, Congreso de la Unión. **"Código Penal del Distrito Federal"**. Quincuagésima Primera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.
- MEXICO, Congreso de la Unión. **"Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal"**. Cuadragésima Tercera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1992.
- MONTERO Duhalt, Sara. **"Derecho de Familia"**. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.
- PACHECHO F., Alberto. **"La Familia en el Derecho Civil Mexicano"**. Segunda edición. Editorial Panorama, S. A. México, 1985.
- PALLARES, Eduardo. **"El Divorcio en México"**. Sexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.
- PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. **"Derecho Romano"**. Tomo II. Editorial Buenos Aires, Argentina. 1962.

PETIT, Eugenio. "Derecho Romano". Novena edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.

PLANIOL, Marcel. "Tratado Elemental del Derecho Civil". Tomo II. Duodécima edición. Editorial Cajica. México, 1946.

PUJOL, Clemente. "El Divorcio en las Iglesias Ortodoxas". Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1973.

ROJINA Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.

ZANNOCI A., Eduardo. "Derecho de Familia". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1987.

# **JURISPRUDENCIA**

**SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Sexta Epoca. Cuarta Parte. Tercera Sala.  
Volumen LII.**

**SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Séptima Epoca. Cuarta Parte. Tercera  
Sala. Volumen LV.**