

270



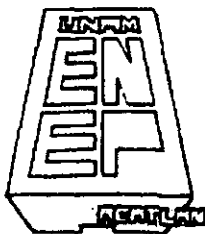
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" ACATLÁN "

29578

" ANÁLISIS JURÍDICO Y PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTICULO 257 FRACCIÓN III DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO "

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JUAN MANUEL NÚÑEZ BARRON



ASESOR:

LIC. JESÚS FLORES TAVARES

NAUCALPAN EDO. DE MÉXICO





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS.

A DIOS Por darme la vida y ser siempre ese rayito de luz que ilumina mi camino lleno de fé y esperanza, quien ha hecho posible con su gracia infinita, hoy viva éste momento tan especial en mi vida personal y profesional junto a mi familia.

GRACIAS SEÑOR.

A MIS PADRES por el amor, crianza, apoyo y educación recibida a lo largo de más de 25 años, y por que siempre creyerón en mí, sembrando su fé y esperanza en que algún día me verían convertido en un profesionista. Este pequeño pero significativo trabajo lo dedico a ustedes.

GRACIAS PAPA. GRACIAS MAMA

A MIS HERMANOS. Ismael, Oscar, Homero, Adrián, Marina, e Israel, todos de apellidos Núñez Barrón, por el apoyo incondicional recibido a lo largo de mi carrera profesional, por demostrarme que con mucho esfuerzo y dedicación se alcanzan las metas y se logran objetivos, y ser el motivo más grande que me inspiró algún día a concluir mis estudios, y hoy ese día ha llegado, seguro que estarán felices como lo estoy yo.

GRACIAS HERMANOS.

A MIS ABUELOS Señores Mateo Núñez García y Antonia Sánchez Rebollar, que en paz descansen, por el enorme cariño que me dieron y les tuve, y por enseñarme a ser humilde, sencillo y honrado en la vida para poder ser grande como ser humano y profesionista, la mejor herencia que me dejaron. Valga para honrar su memoria en donde quiera que se encuentren éste pequeño trabajo. Nunca los olvidaré

GRACIAS ABUELITOS. LOS QUIERO MUCHO.

A MIS TIOS Señores Alberto Núñez Sánchez , Evangelina Núñez Sánchez y Gregoria Sánchez , que en paz descansen, por el cariño que le dieron a mi familia . Siempre serán un bello recuerdo porque viven en nuestro corazón . Y éste logro lo comparto con ustedes donde quiera que se encuentren.

GRACIAS TIOS.

A MIS CUÑADAS. Ana Miriam Figueroa y María Del Carmen Acevedo, por compartir conmigo éste momento tan especial y tan inolvidable en mi vida.

MUCHAS GRACIAS .

A MIS SOBRINOS . Zabdi Belen y Uriel Alberto Ambos de Apellidos Núñez Figueroa, porque con una sonrisa han logrado que los quiera mucho, y con la esperanza de que algún día ellos también se conviertan en gente profesionista .

MUCHAS GRACIAS SOBRINOS .

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO.

Por darme la oportunidad de recibir educación profesional cuando hay tantos que no la tienen, y hacer de mi un ser productivo y útil a la sociedad y mi país.

MUCHAS GRACIAS

A LA ENEP ACATLAN.

Por todo el apoyo recibido a lo largo de toda mi carrera profesional y por los conocimientos transmitidos en sus aulas, experiencias que nunca olvidaré. Sin el apoyo de ella no hubiera sido posible llegar a éste momento tan importante en mi vida. Gracias por abrigarme.

MUCHAS GRACIAS .

A MIS PROFESORES Por ser la parte más noble de la universidad y transmitirme sus conocimientos incondicionalmente sin esperar nunca nada a cambio, sólo demostrarle a la sociedad que soy un ser productivo con esa tan importante herramienta de trabajo que es el conocimiento.

MUCHAS GRACIAS MAESTROS

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS. Antonio Vargas Acosta, Arturo Gracia Mayén, Ireneo Pineda Guerrero, Emiliano Sánchez, y de manera muy especial a José Arturo Aguilar Montiel y Gregoria Márquez, por compartir su vida estudiantil conmigo y por ser mis mejores amigos hoy y siempre, motivándome a superarme cada día más con sus consejos y saber que cuento con su apoyo incondicional hoy y siempre para ser cada día mejor profesionalista y amigo.

MUCHAS GRACIAS MUCHACHOS

A MI ASESOR.

Lic. Jesús Flores Taváres.

Por el apoyo recibido y las finas atenciones prestadas en la conducción y realización de la presente tesis profesional, motivándome a superarme cada día más para poder llegar algún día al final del camino en mi carrera profesional, motivación que hoy se refleja al ver cristalizado uno de mis objetivos personales

MIL GRACIAS MAESTRO

A MI HONORABLE SINODO.

Presidente: Lic. Jesús Flores Taváres .

Vocal: Lic. María Martha León Ortiz.

Secretario: Lic. Mario López Hernández.

Primer Suplente: Lic. Andrés Medina Paco

Segundo Suplente: Lic. Rodrigo De La Riva Robles .

MUCHAS GRACIAS .

C A P I T U L A D O

PROYECTO DE TESIS PROFESIONAL:

QUE PRESENTA.


JUAN MANUEL NÚÑEZ BARRON.

NUMERO DE CUENTA: 8513291-5

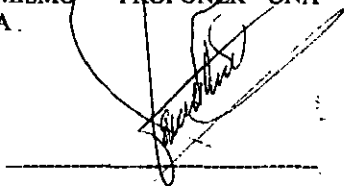
PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO.

TITULO: ANÁLISIS JURÍDICO Y PROPUESTA DE REFORMA DEL-
ARTICULO 257 FRACCION III DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA
EL ESTADO DE MÉXICO

OBJETIVO GENERAL : ANALIZAR DESDE EL PUNTO DE VISTA
JURIDICO Y ACORDE CON LA REALIDAD, EL CONTENIDO DE LA
FRACCION III DEL ARTICULO 257 DEL CODIGO CIVIL
MEXIQUENSE, PARA EL EFECTO DE QUE SE LEGISLE EN
RELACION AL DERECHO QUE TIENEN LOS HIJOS PARA OPINAR Y
SE DETERMINE EN FORMA DEFINITIVA SOBRE SU GUARDA Y
CUSTODIA, UNA VEZ QUE SE HA EJECUTORIADO UN DIVORCIO
POR MUTUO CONSENTIMIENTO ENTRE CÓNYUGES; ESTO EN
ATENCIÓN A QUE UNA VEZ QUE LO HIJOS HAN CUMPLIDO LOS
16 AÑOS ADQUIEREN UNA CAPACIDAD PARA DISCERNIR Y
COMPRENDER EL PROBLEMA; ASIMISMO PROPONER UNA
REFORMA A LA FRACCION MENCIONADA.



ALUMNO
JUAN MANUEL NÚÑEZ BARRON



Vo. Bo. DEL ASESOR.
LIC. JESÚS FLORES TAVARES

01/III/01

NAUCALPAN DE JUÁREZ, ESTADO DE MÉXICO, A 8 DE SEPTIEMBRE
DE 1997.

CAPITULADO.

	Pág.
Introducción.....	1
CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO.	
1.1. En el derecho romano.....	6
1.2. En el derecho francés.....	8
1.3. En el derecho español.....	13
1.4. En el derecho mexicano.....	16
1.4.1. En el México de la colonia.....	18
1.4.2. En el México independiente.....	19
1.4.3. En el código civil de 1870.....	25
1.4.4. En el código civil de 1884.....	27
1.4.5. En la ley de relaciones familiares de 1917.....	29
1.4.6. Estudio conjunto del código civil para el distrito y territorios federales de 1928 y código civil vigente para el estado de México...	33
CAPITULO II.- EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.	
2.1. Concepto de divorcio.....	40
2.2. Clases de divorcio.....	43
2.3. El divorcio voluntario.....	47.
2.3.1. El divorcio administrativo. Tramitación.....	48
2.3.2. Por mutuo consentimiento. Tramitación.....	51
2.4. El divorcio contencioso necesario. Tramitación.....	55
CAPITULO III.- FUENTES GENERADORAS DE LA PATRIA POTESTAD.	
3.1. Concepto moderno de matrimonio.....	64
3.2. Efectos del matrimonio en relación a la persona de los hijos... ..	66
3.3. La filiación.....	68
3.3.1. Concepto.....	69
3.3.2. Efectos.....	72
3.4. Otras figuras jurídicas generadoras del derecho de filiación.....	76
3.5. La patria potestad y su ejercicio.....	85
3.5.1 Concepto de patria potestad.....	89
3.5.2 Efectos jurídicos y materiales en relación a la persona de los hijos	92
3.5.3 Distinción substancial entre patria potestad y custodia.....	94
3.6. Otras figuras jurídicas que generan la patria potestad.....	98
3.7. Modos de suspenderse la patria potestad.....	102
3.8. Formas de acabarse la patria potestad.....	104
3.9. Carácter irrenunciable de la patria potestad.....	106.

CAPITULO IV.- ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTICULO 257 FRACCION
III DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL ESTADO DE MEXICO

4.1. El artículo 257 fracción III del código civil vigente para el estado de México	108
4.1.1. Interpretación literal.....	110
4.1.2. Alcances.....	114
4.1.3. Efectos.....	116
4.2. Interpretación jurídica.....	119.
4.3. Naturaleza jurídica del convenio en el divorcio por mutuo consentimiento.....	122
4.4. Necesidad de legislar en relación a la custodia de los hijos.....	125
4.5. El Derecho que tienen los hijos para opinar y se determine en forma definitiva sobre su guarda y custodia.....	127
4.6. Crítica particular del sustentante y propuesta de reforma.....	134
Conclusiones	138
Bibliografía.....	145

INTRODUCCION .

Durante mucho tiempo el hombre a lo largo de la historia mundial, a logrado comprender que sólo puede subsistir agrupado con otros seres humanos conviviendo en grupo, formando asociaciones o comunidades que persiguen intereses recíprocos y que tienen como finalidad un fin común, el de la colectividad.

A lo largo de todas las civilizaciones antiguas y modernas, el hombre ha ido paulatinamente evolucionando con respecto a su entorno social que le rodea , convirtiéndose de un hombre sedentario en un hombre más participativo, preocupado por los grandes cambios que ocurren en su comunidad y en todo el orbe mundial. Para poder entender y resolver los grandes problemas de índole político, económico, y social que afectan a cada civilización, el hombre a logrado agrupar sus ideas para formar instituciones modernas y contemporáneas capaces de agrupar esas ideas en ordenamientos jurídicos que contengan todos los derechos y las obligaciones que tiene cada individuo dentro de la colectividad, y que deberán aplicarse de manera rígida en un territorio a un cierto grupo de individuos.

Cada comunidad forma un cierto grupo de individuos que tienen la misma idiosincrasia, formas de vida, afectos, parentesco, etc, y que al perseguir un fin común para la colectividad entera, aunado al hecho de que tienen leyes u ordenamientos jurídicos aplicables a ellos mismos para llevar una vida ordenada, y creando con dichos ordenamientos instituciones jurídicas para gobernarse de manera pacífica, aplicando esas normas jurídicas u ordenamientos en un cierto territorio, estarán en la posibilidad de crear lo que en su tiempo decía Nicolás Maquiavelo , es un estado moderno y contemporáneo que tendrá territorio, población y gobierno.

Se ha dicho que la célula principal formadora de toda una civilización o sociedad entera es la familia, formando en grupos de comunidades lo que hoy en día conocemos con el nombre de estado.

La familia concebida como un grupo de personas que descienden unas de otras y que tienen un mismo progenitor común, y asociadas éstas últimas por ideas de amor, afecto, costumbres, etc, son la célula que nos lleva a desarrollar el presente, sencillo, pero también significativo trabajo que hoy se expone.

Hasta nuestros días en todas las sociedades contemporáneas no se escapa la idea de que existe una institución jurídica llamada matrimonio que es la formadora de grandes familias que viven felices, pero también de algunas que fracasan en su intento, por no tener esos sentimientos que unen

a todo matrimonio como lo son el amor, el respeto, la ayuda mutua, y sobre todo fidelidad en la pareja que se deben de un cónyuge hacia el otro.

Cuando alguno de éstos sentimientos fallan dentro del matrimonio y no existe manera alguna de que se de una reconciliación entre los cónyuges, muy difícilmente se puede llevar una vida en común como pareja de manera pacífica, pues sea el motivo que fuere y quien de los cónyuges haya dado lugar, obviamente casi seguro que habrá un rompimiento de la relación matrimonial.

Hoy en día en casi todas las sociedades del mundo moderno actual, cuando dos personas unen sus vidas por medio del matrimonio civil, y en algunos casos, no en todos, del matrimonio religioso no estan en la posibilidad realmente de saber si tendrán un matrimonio feliz, aunque claro ésta que en todo matrimonio siempre hay problemas, lo que se sucede es que en unos se agudizan más que en otros. Cuando un cónyuge no soporta la idea de seguir viviendo con su pareja bajo el mismo techo, se faltan el respeto mutuamente y alguna que otra vez son infieles, se hace la vida imposible.

Paralelo a la institución jurídica del matrimonio, todos los estados contemporáneos han creado e introducido dentro de sus ordenamientos jurídicos de índole civil, otra figura jurídica muy famosa en nuestros tiempos y que es utilizada por millones de parejas en el orbe mundial para resolver su situación marital, y que hoy por hoy es el cáncer de nuestra sociedad actual, esa institución jurídica se llama " divorcio " .

El presente trabajo tiene entre algunos de sus objetivos estudiar a ésta figura jurídica llamada divorcio, para conocerlo a fondo, y estar en la posibilidad de evaluar cuales son los efectos que produce no tanto entre los cónyuges, sino más bien de los cónyuges con respecto a los hijos que cuando los hay casi siempre son los más perjudicados en el rompimiento de la relación conyugal de sus padres. . .

El primer capítulo de ésta obra lo dedicamos a estudiar el origen histórico de ésta institución jurídica, analizándolo desde su creación en el antiguo derecho romano, y pasando brevemente a conocerlo en cada una de las civilizaciones como la francesa y la española hasta llegar a nuestro actual y moderno derecho mexicano. Se pretende realizar con esto un somero análisis para evaluar la evolución jurídica que tuvo el divorcio a través del tiempo en cada sociedad antigua y moderna, y comprender la manera en que se reglamentó así como la aplicación que tuvo en cada caso.

El segundo capítulo ésta enfocado al estudio que el derecho civil mexicano le otorga a tan importante institución jurídica como lo es el divorcio, recordando que se pretende específicamente adentrarnos al estudio de la legislación civil vigente para el estado de México, toda vez que en ella ubicamos a través de las disposiciones jurídicas, los diferentes tipos de

divorcios que existen en la entidad mexiquense, la manera en que se tramita cada uno y estar en la posibilidad de hacer una observación general y reflexiva sobre los aspectos positivos y negativos que acarrea el tramitar un divorcio hoy en día en el estado de México, que es una de las entidades federativas con mayor índice de divorcios en todo el país.

El tercer capítulo del presente esquema de trabajo, tiene como propósito un breve estudio de las fuentes que generan esa tan importante institución jurídica como lo es la " patria potestad ", considerando que el estudio de ésta figura comienza con la institución jurídica del matrimonio, que es la principal fuente que genera el derecho a la patria potestad y a otra figura que en su momento se estudia también llamada " filiación " .

Se pretende establecer un concepto bien definido y moderno de lo que debemos entender por matrimonio, así como establecer cuales son los efectos de éste en relación a la persona de los hijos; posteriormente pasamos a analizar la filiación, se proporciona su concepto y ubicamos la relación que guarda con respecto al matrimonio y hacia los hijos para tener un panorama más amplio de esa dos instituciones jurídicas y poder evaluar la relación jurídica que se establece entre ascendientes y descendientes que proceden de un mismo progenitor común y saber cuales son los efectos que se producen cuando nacen los hijos de un matrimonio legítimo, fuera de matrimonio y cuando son reconocidos como hijos legítimos por sus padres, así como indagar que sucede cuando los hijos son adoptados o se les otorga un tutor.

Por otro lado siendo la patria potestad el tema central del presente capítulo y la médula principal de todo el trabajo que nos ocupa, ésta se analiza otorgando un concepto moderno y nos avocamos al estudio de su ejercicio para estar en aptitud de comprender cuales son los efectos jurídicos y materiales que se producen en relación a la persona de los hijos, así como averiguar cuando se ésta en presencia de la custodia y cuando en presencia del ejercicio de la patria potestad para dar una distinción o diferencia que de fondo tengan una y la otra.

Por último establecemos otras figuras que generan la patria potestad, como lo son la adopción, el reconocimiento, y la tutela, sin olvidar que proporcionamos brevemente su concepto y establecemos los efectos de cada una en relación a la persona de los hijos; asimismo señalamos las formas que existen de suspenderse en forma parcial y definitiva en el ejercicio de la patria potestad, la manera en que se acaba ésta y el carácter irrenunciable de la misma por ser de interés público dicha institución.

El cuarto capítulo es el más importante, El planteamiento del problema es en torno a la patria potestad. En el código civil vigente para el estado de México en su libro primero relativo a las personas, título quinto del

matrimonio, capítulo IX del divorcio, artículo 257 habla del divorcio que se tramita ante la autoridad judicial cuando hay mutuo consentimiento por ambos cónyuges y cuando existen hijos de por medio. En éste capítulo se analiza profundamente desde un punto de vista jurídico y práctico el artículo 257 fracción III, es decir, su contenido literal que le otorga el legislador para comprender todas y cada una de las palabras que contiene la fracción III del mencionado artículo y estar en posibilidades de saber cuales son los alcances y los efectos que produce en relación a la persona de los hijos, cuando nos encontramos ante un divorcio por mutuo consentimiento que se tramita judicialmente.

Por otro lado es importante mencionar que se pretende desentrañar desde un punto de vista práctico lo que jurídicamente la norma nos plantea en ésta fracción III del artículo 257, para saber de que manera el legislador protege los derechos de los hijos menores y aún mayores que son incapaces de valerse por sí mismos, ante un eventual divorcio voluntario de sus padres, asimismo visualizar las diversas circunstancias que nos plantea la ley para saber cual es el criterio para otorgar la patria potestad a los cónyuges conjuntamente o de manera separada, a los ascendientes en línea paterna y en línea materna.

Se analiza de manera práctica y sencilla la naturaleza jurídica del convenio judicial que se exhibe cuando ambos cónyuges han tomado la firme decisión de disolver su matrimonio, verificando que todas y cada una de las fracciones a que hace referencia el convenio que se exhibe y que es objeto de estudio derivado del artículo 257, lleven siempre garantizados la protección de los derechos de los hijos. Cabe hacer mención que en el presente trabajo tratamos de abrir la disertación en el tema para los estudiosos del derecho y especialmente en los legisladores de la entidad mexicana con la finalidad de que se legisle en relación a la custodia de los hijos que casi siempre son los más afectados por el divorcio de sus padres. Se pretende como finalidad última sensibilizar al legislador para el efecto de que derogue la actual fracción III del artículo en comento, esto en atención a que es muy genérica y no queda muy clara en el sentido de mencionar a quien o a quienes serán confiados los hijos y porque motivos o causas.

La idea es comprender que hoy por hoy en todo nuestro querido país, los niños y los jóvenes han ido adquiriendo una madurez extraordinaria, que son tan capaces de entender y evaluar el problema que enfrentan sus padres que los motiva a ser más participativos en su familia y en la sociedad actual en la que se desarrollan, cuestionándose muchas veces el porque de éste problema ó el porque de aquél creándose una capacidad para discernir y comprender el problema que enfrentan sus padres ante un eventual divorcio judicial por mutuo consentimiento. Estimando con lo anterior como necesario el hecho de que los jóvenes participen con su opinión para determinar sobre su guarda y custodia una vez que se ha ejecutoriado un

divorcio por mutuo consentimiento, así como crear propuestas concretas en ésta materia para que el legislador en el estado de México, amplíe ésta fracción III del artículo 257 del código civil mexiquense, ó en su defecto se derogue para crear una nueva disposición jurídica que establezca una protección integral más amplia en materia familiar hacia los hijos en atención a su capacidad de discernir y comprender la situación jurídica que enfrentan sus padres y puedan opinar con quien de los cónyuges desean compartir su vida en tanto llegan a la mayoría de edad

Por último creemos necesario hacer una crítica particular a dicha fracción III, en razón que la actual fracción III del artículo 257 del código civil mexiquense resulta ser muy obsoleta e incluso muy genérica para dirimir un problema tan delicado como lo es la protección, la guarda y la custodia de los hijos menores una vez que se ha ejecutoriado un divorcio por mutuo consentimiento; por otro lado en el presente trabajo creó necesario aportar una profunda reforma y propongo una adición muy clara y más protectora de los hijos menores a la fracción III del numeral citado, con la finalidad de que los hijos puedan tener una participación más objetiva en el juicio que ventilan sus padres y posteriormente a la hora de determinar el juez quien o quienes van a ejercer la patria potestad y quienes van a tener la custodia para que los hijos puedan opinar con quien de los padres desean vivir.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS

DEL DIVORCIO.

1.1. EN EL DERECHO ROMANO .

Dentro del derecho, el origen de las instituciones jurídicas modernas lo encontramos sin lugar a dudas en el derecho romano. Este represento a la vez dos vertientes:

por un lado la demostración de que el hombre había alcanzado una madurez necesaria para crear las instituciones jurídicas que regularán su conducta; y por otro lado el nacimiento de un derecho que hasta nuestros días sigue teniendo plena vigencia.

Como es bien sabido, entre los romanos existía la figura jurídica del matrimonio como una unión duradera de carácter monogámico cuya finalidad era la procreación y educación de los hijos, vinculado con la ayuda mutua de los cónyuges también llamado " iustae muptiae " que era entendida como la forma óptima de unión que originaba los derechos y obligaciones familiares.

En el derecho romano el matrimonio se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges como causa natural, sin embargo los romanos encontraron otras formas de disolver el matrimonio por medio de una figura jurídica llamada " divortium " palabra que proviene del latín y que significaba disolución del matrimonio, forma sustantiva del antiguo " divortere ", que significaba separarse, dar vueltas. Según su etimología el divorcio significaba dos sendas que se apartan en el camino.

En un sentido metafórico más amplio y moderno, divorcio es la separación de cualesquiera cosas que estaban unidas.

En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor; la disolución del vínculo matrimonial en ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal.

En la roma antigua existían varias formas de divorcio, una de ellas era casi desconocida nos referimos al divorcio por mutuo consentimiento de ambos cónyuges

El divorcio fue muy raro que se practicará en la antigüedad, sin embargo fue bastante común en la época del imperio, la sociedad fue en tal grado degenerándose y haciendo uso exagerado y desmedido de está figura jurídica que ocasiono facilidad para obtenerlo.

Se puede decir que las tres primeras formas de divorcio que existieron en roma fueron:

a) Forma natural.- La muerte

- b) El repudium. - Que era una declaración unilateral que consistía en que si uno de los cónyuges era su voluntad no querer continuar unido en matrimonio al otro cónyuge, esto era considerado como una razón más que suficiente para que se disolviese el vínculo matrimonial

En este tipo de divorcio el emperador augusto daba preferencia a aquellos matrimonios que no hubiesen tenido hijos y se debía respetar estrictamente una formalidad.

“ La lex Iulia del año XVIII A.C., estableció que el divorcio por medio del repudium debiera participarse por medio de un liberto en presencia de siete ciudadanos púberos “¹

Los libertos participaban de esta forma de divorcio porque eran considerados como partes confiables y que tenían la potestad exclusiva para ejercer algunas funciones específicas. Apartir de ese momento eran libres y podían contraer matrimonio nuevamente.

En muchas ocasiones la formalidad para está forma de divorcio no era respetada y por ese solo hecho se acusaba al repudium de no ser valido.

- c) El mutuo acuerdo.- está forma se hizo cada vez más frecuente, incluso los emperadores cristianos si bien no aceptaron el divorcio, si creyeron pertinente no censurar ésta forma de disolución matrimonial.

¹ Iglesias, Juan. Derecho Romano. Editorial Ariel, sexta edición, Barcelona, España, 1979. p.p. 558-561.

1.2. DERECHO FRANCES.

Se considera que el divorcio apareció en Francia al final de los siglos XIII y XIV D.C., al aparecer una reforma que se negó a reconocer el matrimonio como un sacramento.

Apartir de esa época los tribunales eclesiásticos son los únicos jueces en materia de matrimonio.

Los matrimonios en conflicto sólo podían obtener de las autoridades eclesiásticas la separación de los cuerpos por causas especificadas por la ley, sin embargo en el siglo XIX " los capitulare " prohibieron enérgicamente el divorcio, esta prohibición se prolongó por todo el tiempo del derecho francés antiguo, dando como alternativas las siguientes formas de divorcio;

- a) El derecho eclesiástico les permitió la separación de cuerpos a los esposos, cuando la vida en común se hacía insoportable entre ellos, y una vez separados los esposos estaban dispensados por decisión judicial, de la obligación de cohabitar, pero el matrimonio subsistía entre ellos.

Esta institución beneficiaba sobre todo a la mujer, porque podía pedir la separación por toda clase de causas, ya que por el contrario el marido sólo podía pedirla por adulterio de su mujer.

La separación no podía llevarse a cabo por mutuo consentimiento.

- b) La abundancia de causas de nulidad que admitía el derecho eclesiástico suplía en ciertos aspectos la prohibición del divorcio, sin embargo el paliativo era evidentemente incompleto porque en un principio las causas de nulidad se refieren a hechos concernientes al matrimonio.

Los únicos hechos anteriores que daban lugar a una acción de nulidad eran la falta de consumación del matrimonio, o el abandono del esposo cristiano por su cónyuge que se hubiere desposado con una infiel, los demás agravios que pudieran hacer insoportable la vida en común no tenían categoría de nulidad.

Por consiguiente los esposos separados no tenían más recursos que simular la existencia de causas de nulidad como la falta de consumación o ausencia de libertad en el momento de celebrarse la unión.

En los primeros siglos algunos padres de la iglesia católica permitían el divorcio por adulterio, sin embargo apartir del siglo VIII D.C., se discutió

en los concilios si era admisible el divorcio por adulterio, única causa posible.

De tal suerte que fue ganando terreno la idea de que ni aún por adulterio era posible el divorcio, y el derecho francés antiguo evolucionó.

DERECHO FRANCES MODERNO.

Para el derecho francés la revolución francesa jugó un papel determinante toda vez que lucharon por ideales y principios rectores que deben regir en la conformación de una entidad pública llamada estado; siendo algunos de esos ideales la igualdad, la libertad, y la democracia algunos de los dogmas fundamentales, entendidos como derechos y principios que regularán la vida del hombre para convivir en sociedad; principios por los que lucharon y llegaron al cambio.

En el derecho constitucional es justamente donde quedan recogidos los ideales o principios de la revolución francesa, de aquí mismo fue de donde se desprendieron las demás ramas del derecho como lo son; el derecho civil, penal, procesal y administrativo respectivamente entre otras.

El propio Juan Jacobo Rousseau reconoce que es apartir de la expresión constitucional que sirvió como pilar de todos aquellos ideales que fueron producto de la voluntad general y de la evolución que trajo consigo la revolución francesa, como la sociedad logró traspasar su régimen político de una monarquía absoluta y totalitaria a un estado de derecho, creándose con el consenso de la sociedad intelectual un auténtico gobierno producto de la voluntad del pueblo, creándose la división de poderes y optando la sociedad por una forma de gobierno democrática, representativa, y popular.

Dentro del llamado derecho civil surgió la famosa figura del matrimonio; respecto a éste las ideas católicas sobre su indisolubilidad perdieron su valor con la llegada de la revolución francesa.

Podemos afirmar que la sociedad francesa tenía tan arraigadas las costumbres católicas respecto al matrimonio indisoluble, más en cambio con la evolución del tiempo y las ideas liberales de los grandes pensadores como Rousseau, Voltaire, y Montesquieu, fue como empezaron a desterrar todas las costumbres místicas sobre la indisolubilidad del matrimonio.

No fue la primera constitución francesa de 1791 la que estableció legalmente el divorcio en Francia, sino una ley del año de 1792, que se caracterizó por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres, adulterio, injurias graves, sevicia, y por abandono de un cónyuge o del domicilio conyugal.

“ Dentro de ésta legislación se regulaban situaciones que en realidad no ameritaban un divorcio; un hecho inmoral, un delito, la locura, la ausencia no imputable y la emigración por más de cinco años y otras “². Las causales que imperaban para poder pedir el divorcio en Francia, consideraron que algunas de ellas eran injustas, porque por el solo motivo de haber cometido un delito se podía pedir la disolución del matrimonio; consideró que la legislación francesa de esa época no tenía contemplada la división en la clase de conductas o actos que eran considerados como ilícitos dentro del área civil y otra clase de conductas que constituían una sanción penal, por ser consideradas como penales dentro de la materia que les correspondía; creó que existía una total desorientación respecto a está jerarquía de normas de poder emitir con equidad y justicia una buena resolución, en razón de la conducta desplegada por cada uno de los cónyuges.

EL CODIGO DE NAPOLEÓN

El 21 de marzo de 1804, se promulgó el código civil de Napoleón, en el cual se suprimen algunas causas de divorcio, como lo era la incompatibilidad de caracteres y la separación de hecho de los cónyuges por más de seis meses, sin embargo a pesar de la repugnancia que se había manifestado en contra del divorcio voluntario, napoleón insistió en que se conservará éste por el interés personal que tenía, ya que prevenía la posibilidad de que Josefina su esposa no le diese el heredero anhelado para continuar su Imperio.

Este código admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario, pero se restringieron las causas, algunas más aparte de las mencionadas con antelación eran la locura y la ausencia; asimismo se reconocieron las causas de divorcio como; el adulterio, las injurias graves, la sevicia, y las condenas criminales.

Respecto del código de napoleón, Planiol comenta lo siguiente;

“ El código civil conserva el divorcio, pero tomando precauciones para reglamentarlo y detener el torrente de inmoralidad que se desprendía de las leyes revolucionarias . Se suprimió el divorcio por incompatibilidad de caracteres a petición de uno sólo de los esposos; se hizo más difícil el divorcio por mutuo consentimiento, y por último las causas determinadas del divorcio se redujeron a tres de siete que eran, estas sabias medidas produjeron efectos saludables .

El término medio de los divorcios se redujeron en parís a cincuenta por año, sesenta y cinco cuando más “³

² Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Edit. Porrúa Hnos., 22ª edición, México, 1 D.F., 1988, P.P. 371-372.

³ Planiol, Marcel. Derecho Civil. Edit. Porrúa, S.A., México, 1983, P.165.

Los legisladores franceses reglamentaron en forma más estricta el divorcio, al señalar que el cónyuge que solicitara la disolución del vínculo matrimonial debería comprobar que existía una causa muy grave para hacerlo

Respecto del divorcio voluntario, el código de napoleón lo admitía pero en su forma estricta, es decir, reiterando la solicitud cada trimestre y recabando el consentimiento de los padres de los cónyuges para poder llegar a un acuerdo sobre la aplicación de la mitad de la fortuna de cada esposo, que se pedía por ellos para la educación y patrimonio de sus hijos menores

Este ordenamiento legal persiste en la separación de cuerpos para los cónyuges que no pueden seguir viviendo juntos, pero conservando estos la esperanza de convertirla en solicitud de la disolución del vínculo matrimonial.

Con relación a la figura jurídica del divorcio, Manuel Chávez Ascencio comenta:

“ Los filósofos del siglo XVIII principalmente Montesquieu y Voltaire, atacan el principio de la indisolubilidad del matrimonio en nombre de la libertad, la cual sostenían no podía enajenarse en un compromiso perpetuo. Sus ideas son asumidas por la revolución francesa, y al proclamar en la constitución de 1791, que el matrimonio sólo es un contrato civil, se saca la consecuencia de que puede resolverse por mutuo acuerdo como cualquier otro contrato. La ley de 29 de septiembre de 1792, no sólo admite el divorcio por causas determinadas en virtud de sentencia, sino también por mutuo consentimiento y por la incompatibilidad de caracteres alegada por uno de los cónyuges, lo que constituía una forma de repudio “⁴

Con el transcurrir del tiempo la institución jurídica del divorcio fue teniendo variantes.

Hasta el año de 1816 continuó el divorcio en Francia toda vez que con motivo de una carta constitucional del año de 1814 que le dio al catolicismo el valor de la religión de estado, por una ley del 8 de mayo de 1816 se suprime el divorcio hasta esa fecha; sin embargo ésta ley se interpretó más tarde como un desagravio a la iglesia causado por la revolución francesa, que a su vez trajo como consecuencia que el catolicismo no fuese religión de estado.

Apartir de 1816 y hasta 1884, justamente en la III república de Francia no hubo Divorcio, sin que se pudiera hacer algo para restituir tal figura dentro de la legislación francesa. No obstante que a mediados del siglo pasado se volvió a negar al catolicismo el carácter de religión de estado, era lógico entonces que al desaparecer la causa que impedía el divorcio se promulgara una nueva ley que volviera a admitirlo, pero sólo hubo iniciativas de las cámaras de diputados en diferentes ocasiones que presentaron proyectos que fueron siempre rechazados.

⁴ Chávez, Ascencio Manuel. La familia en el Derecho y relaciones jurídicas familiares. Edit. Porrúa S.A., México, 1993. P. 183.

No fue sino hasta 1884 que se reimplantó el divorcio en Francia, pero ya no en los términos de la ley de 1792, sino más bien en la forma que lo estableció el código de napoleón, es decir, restringiendo el divorcio sólo en los casos de adulterio, injurias graves, sevicia y de condenas criminales. Esta ley de 1884 esta relacionada con las de 1886 referida a la forma y procedimiento del divorcio y la de 1904 con relación a la abolición del — impedimento del adulterio.

1.3 DERECHO ESPAÑOL.

En la legislación española se contemplan pocas referencias en relación al divorcio y aún del mismo matrimonio; esto se debe en gran medida a que en la época antigua de España, tanto el matrimonio como el divorcio fueron figuras que pertenecieron a la jurisdicción eclesiástica o llamado también derecho canónico por lo que era la iglesia quien reglamentaba y regulaba estas materias por conducto del código canónico, decretales y resoluciones de concilios.

En el fuero juzgo encontramos que el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial,

Esto lo encontramos en la ley II, título sexto, libro III del mismo fuero juzgo que transcribiremos a continuación:

LEY II: Porque razones se puede hacer esta separación, hay dos casos y dos modos de hacer está separación; una es por religión y la otra por pecado de fornicación, por aquella se hace cuando los cónyuges después de haberse unido carnalmente quisiera entrar en la orden y se le concediese, el otro prometiéndole guardar castidad, siempre que fuere tan viejo que no se pudiera sospechar que podía cometer pecado carnalmente, pero deberá hacerlo por mandato del obispo u otro paralelo de la iglesia que tenga esa facultad.

En el caso de que la mujer cometiere adulterio, siendo acusada ante un juez eclesiástico y probada la acusación; o si se volviese hereje o de otra ley y no quisiere enmendarse, es el otro modo en que ocurre propiamente el divorcio.

La diferencia que hay entre separación que se hiciere por otros obstáculos y por divorcio, es que no se puede casar ninguno de ellos mientras vivieren y en el que se hace pasar por razón de adulterio, se puede casar el que quedase.

Como podemos apreciar en ésta ley se condenaba como pecado el yacer en la cama con la mujer ajena y como aún más pecaminoso el abandonar a la mujer que por agrado escogió como esposa, imponiendo como sanción doscientos azotes, ser señalado públicamente con pena infame y desterrado por siempre.

Esta ley autorizaba al marido a dejar a su mujer cuando está cometiese adulterio, en este caso si el marido descubría a la mujer en adulterio, el juez dejaba en poder del esposo a la cónyuge para que hiciera de ella lo que quisiera.

Esta ley II prohibió al marido se separará de la mujer mediante los recursos del escrito de repudio o mediante testigos, y también por cualquier

otro medio, si se llegaba a practicar no tenía éste valor alguno; sin embargo, autorizaba por otro lado el divorcio en caso de que alguno de los cónyuges quisiera tomar los votos de alguna orden religiosa, siempre y cuando no se hubiese consumado el matrimonio, ya concedido el divorcio ninguno de los cónyuges se podía volver a casar.

Se daban casos en los que el marido tenía relaciones sexuales con otro hombre o cuando él mismo trataba de prostituir a su mujer, aquí si se autorizaba el divorcio y se concedía el derecho de volverse a casar; y eran los únicos casos en ésta legislación en que se establecía el divorcio vincular

Si el marido por cualquier causa se convertía en siervo de alguien, la mujer sólo podía casarse hasta que muriese el marido.

Como podemos apreciar la iglesia ejerció una gran influencia dentro del matrimonio y el divorcio, sin embargo la ley II del fuero juzgo fue una de las más importantes, ya que considera el adulterio de la mujer como uno de los motivos más graves en el derecho eclesiástico para que pudiera conceder el divorcio a su marido.

La ley III del mismo fuero juzgo, autorizaba al cristianismo, para separarse el marido de la mujer con quien estaba casada antes por otra ley no cristiana.

El matrimonio no consumado, según el derecho canónico, puede ser en dos casos; por solemne en una orden religiosa reconocida por la iglesia; y por dispensa pontificia..

La reforma protestante del siglo XVI admitía el divorcio fundándose originalmente en el texto de san Mateo; Sólo en el caso de adulterio. Después el protestantismo agregó el abandono y la simple declaración unilateral de voluntad.

Originalmente no se requería la intervención de autoridad alguna que pronunciara el divorcio, más tarde se reconoció la necesidad de hacer intervenir a la autoridad eclesiástica.

La ley IV del fuero juzgo prohíbe que pidan la acción de divorcio, el que supiese que estaba en pecado mortal o que se le probare estarlo, tampoco se debería oír al que lo hiciese con intención de utilizarse de alguna manera cosa de aquellos a quienes acusa, siempre que se pudiese probar

Las leyes españolas casi no se encargaron de regular el divorcio, sino que todo lo relacionado con el matrimonio y el divorcio pertenecía a la jurisdicción eclesiástica.

No obstante hay algunas disposiciones en la legislación civil española que precedieron a la nuestra, y en parte estuvieron vigentes en México.

En el fuero juzgo encontramos en el libro III, título sexto las siguientes disposiciones;

- 1.- Se prohíbe que alguno se case con la mujer que dejó al marido, a no ser que supiese que fue dejada por escrito, o por dos testigos;
- 11.- Si no son personas de alcumia social; el juez debía separarlos inmediatamente y ponerlos a disposición del primer marido, tanto a la mujer como al que se casó con ella, a no ser que el marido estuviese ya casado con otra, para que hiciere con ellos lo que fuera su voluntad ;
- 3.- Si el marido abandonara a su mujer sin motivo legal, pierde la dote que recibió y no tiene derecho a ninguno de los bienes de la mujer. Además si había enajenado lo que había recibido de la mujer estaba obligado a devolverlo ;
- 4.- Si la mujer abandonada injustamente y le hubiere dado a su esposo algún bien, aunque fuere por escrito, tal donación no valdría y todo tendría que regresar a ella.

Esta ley demuestra que el divorcio en aquel entonces era disoluble y fue hasta el concilio de Trento que aquél encontró el carácter de imperativo y se le otorgó la disolubilidad.

1.4. DERECHO MEXICANO .

Después de haber recordado brevemente el panorama histórico del divorcio, sus orígenes y su desarrollo como figura jurídica de gran relevancia hasta nuestros días no podemos olvidar que fue por conducto de la legislación española, el código de napoleón y algunas figuras jurídicas como el repudium y la bonagratia que nos legaron la civilización romana, como en México se logro obtener esa inspiración para que lograra tener su propia identidad jurídica como país y como nación.

Para poder entender nuestro actual derecho positivo mexicano, es menester comprender el principio, y el principio no es otra cosa que el aspecto histórico. Para posteriormente ver la evolución que conlleva en si la historia de nuestro derecho actual, y finalmente comprender el desarrollo y la vigencia plena que ha adquirido con el devenir de los tiempos, hasta nuestros días..

En la materia que nos ocupa, es decir, el divorcio, es interesante comprender que ésta figura jurídica ya era conocida y aún por los pueblos prehispánicos de la antigüedad . Mucho antes de la llegada de los españoles a México, los indígenas que habitaban el actual territorio del valle de México, practicaban el divorcio y tenían sus propias reglas para otorgarlo.

Podemos decir que en el derecho precolonial poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos que habitaron nuestro actual territorio antes de la llegada de los españoles. Estos pueblos tenían culturas y civilizaciones y estaban unidos entre sí por estrechas ligas étnicas y sociales que fueron causa de afinidades numerosas. Entre ellos se ejerció una hegemonía severa en el pueblo de los aztecas, asentados en la parte central de nuestro actual territorio, y quienes fueron los que sufrieron en forma más directa el impacto de la conquista.

Entre los aztecas el vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, ya sea que se tratará de un matrimonio temporal cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, o porque hubiere causas que ameritaran la disolución.

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

La mujer tenía a su vez las siguientes causas: que el marido no pudiese mantenerla a ella o a los hijos, o que la maltratara físicamente.

realizada la separación, los hijos quedaban con el padre, es decir, a su cuidado, y las hijas con la madre. El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes, y ambos divorciados podían contraer nuevo matrimonio, salvo entre ellos.

El divorcio no era frecuente, ni bien visto entre los aztecas, los jueces se resistían a otorgar el divorcio cuando se presentaba un cónyuge a solicitarlo, y solamente después de reiteradas gestiones autorizaban al peticionario para hacer lo que quisiera. Cuando la petición era hecha por los dos, los jueces trataban de reconciliarlos invitándolos a vivir en paz, y si no aceptaban los despachaban rudamente, dándoles su autorización.

La autorización solamente podía otorgarse por las causales mencionadas con anterioridad.

1.4.1. EN EL MÉXICO DE LA COLONIA .

En esta época, en materia de divorcio rigió la legislación española y aun también en toda la materia de derecho privado.

El derecho colonial estaba impregnado de las disposiciones del derecho canónico, de tal suerte que éste último considera al matrimonio como un sacramento solemne e indisoluble, consideraba al divorcio perjudicial para los fines de la familia, es decir, para los fines que persigue y solamente admite la separación de cuerpos.

Al respecto sobre la figura jurídica del divorcio Sara Montero Duhalt nos dice:

“ El único divorcio admitido por la legislación canónica es el llamado divorcio separación que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge “⁵

De lo anterior podemos comprender que en el México de la época colonial no se conocía aún el llamado divorcio vincular, es decir, el divorcio que disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de poder contraer un nuevo matrimonio.

Aún con todos estos antecedentes, la legislación española y también la francesa, son la fuente de derecho que nos ha legado las bases jurídicas que hicieron los legisladores mexicanos se inspiraran en la elaboración de las diferentes codificaciones con las cuales contamos en la actualidad, codificaciones que han ido evolucionando con relación a la realidad social y al momento histórico por el cual atraviesa nuestro país.

⁵ Montero Duhalt, Sara. Derecho de familia. 5ª edición. Edit. Porrúa, México, 1992, P. 201.

1.4.2. EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE .

Por lo que respecta a esta época, podemos señalar que al romperse en forma definitiva los lazos o vínculos políticos que habían unido por largos años a México de España, se heredó su organización jurídica la que fue desapareciendo paulatinamente a través del tiempo.

Al principio de la época de la república, en materia de derecho privado se aceptó casi íntegramente el legado del derecho español y por lo tanto continuaron rigiendo la recopilación de indias y de otras leyes especiales. Esta situación prevaleció hasta 1822, fecha en que se expidió un decreto en virtud del cual se nombró una comisión encargada de elaborar el código civil mexicano, pero no se llegó siquiera a formar un anteproyecto del referido ordenamiento.

El primer ensayo de la ley mexicana, lo encontramos en la ley de desamortización expedida por don Melchor Ocampo de 1856, en la cual se dispuso en primer término que las instituciones civiles y religiosas de duración indefinida a las que llamaban instituciones de manos muertas, tendrían en lo sucesivo aptitud de administrar bienes raíces y los capitales impuestos sobre ellos pertenecían a esas instituciones, se adjudicarían en propiedad a los respectivos deudores, arrendatarios, usufructuarios y cualquiera que los tuviera en su poder para aprovechar su uso.

Bajo el gobierno liberal de don Juan Alvarez, se inició el movimiento tendiente a la organización jurídica y política del país, y fue en el año de 1859 cuando alcanzo su auge con la expedición de las leyes de reforma por el entonces presidente de la república don Benito Juárez .

Estas leyes fueron de naturaleza variable, tuvieron trascendencia particular en el régimen del derecho privado, lo reformaron ampliamente sobre todo en lo relativo a la personalidad jurídica de ciertas asociaciones, al régimen civil cuyo servicio quedo a cargo del estado, y el matrimonio quedo definido por las nuevas leyes como mero contrato civil, se transforma en una institución de laica a jurídica y fuera de la autoridad eclesiástica.

La obra de la reforma continuo por largos años, fue en 1873 que se adicionó a la constitución política federal el que se considerara al matrimonio como un contrato civil y lo somete como a los demás actos del estado civil de las personas, a la competencia exclusiva del poder público

Tenemos entendido que el divorcio vincular aparece por primera vez en nuestra legislación, en la ley expedida por don Venustiano Carranza en la ciudad de Veracruz el 29 de diciembre de 1914, que reformo la fracción IX del artículo 23 de la ley del 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la constitución federal de 1857, decretadas el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos:

“ El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo ya sea por mutuo consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o de cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal; disuelto el matrimonio los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima “ .

Al expedirse esta ley que abolió el divorcio por separación de cuerpos, única forma permitida por los códigos civiles de 1870 y 1884, y que dejaban subsistentes todas las demás obligaciones inherentes al matrimonio (fidelidad, ministración de alimentos e imposibilidad de celebrar nupcias), se tomo en consideración que lo que hasta entonces se había llamado divorcio, es decir, la simple separación de cuerpos de los consortes sin disolver el vínculo, lejos de satisfacer la necesidad social y de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo creaba una situación irregular peor que la que trataba de remediarse, al fomentarse la discordia entre familias lastimando los afectos entre padres e hijos y extendiendo la desmoralización en la sociedad.

Claramente se puso de manifiesto en la exposición de motivos de la citada ley, que la simple separación de los consortes creaba además una situación anómala de curación indefinida, contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades, por cuanto condenaba a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida.

Si por objetos esenciales del matrimonio debían considerarse la perpetuación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los cónyuges para soportar las cargas de la vida, al no alcanzarse por desgracia los fines para los cuales fue contraído el matrimonio, la ley debía acudir a remediar esta situación relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia en un estado totalmente irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas.

Admitiendo el principio establecido en la ley de matrimonio civil expedida por don Benito Juárez, el 23 de julio de 1859, en el sentido de que el matrimonio es un contrato civil formado por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes, resultaba absurdo que debiera subsistir cuando esa voluntad faltaba por completo, o cuando existían causas que hicieran definitivamente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias.

Además se menciona en la exposición de motivos de la ley que comentamos, la circunstancia bien conocida de que el matrimonio entre las clases desheredadas era excepcional, realizándose la mayor parte de las uniones de ambos sexos por amasiatos que casi nunca llegaban a legalizarse, ya fuera por la pobreza de los interesados o por temor instintivo de contraer un lazo de consecuencias irreparables, y en esas condiciones

era evidente que la institución del divorcio vincular era el medio más directo y poderoso para reducir al mínimo el número de uniones ilegítimas entre las clases populares, disminuyendo como consecuencia forzosa el número de hijos cuya condición estaba fuera de la ley.

Además era un hecho fuera de toda duda, de que en las clases medias de México, la mujer dadas sus condiciones especiales de educación y costumbres estaban incapacitadas para la lucha económica por la vida, de donde resultaba que la mujer cuyo matrimonio llegaba a ser un fracaso se convertía en una víctima del marido bajo una condición de esclavitud, de la cual le era imposible salir si la ley no la emancipaba, desvinculándola del marido. Se tomo en consideración, que en la clase media la separación era casi siempre provocada por culpa del marido y era ordinariamente la mujer quien la necesitaba sin que se hubiese llegado a conseguir hasta entonces apartar temporalmente a la mujer del marido, pero sin remediar en nada sus condiciones económicas y sociales por lo que sin duda, el divorcio vincular tendría a levantar el ánimo a la mujer y darle la posibilidad de emanciparse de la condición de esclavitud que tenía entonces y por lo que se refería a las clases cultas y elevadas, la institución del divorcio no encontraría obstáculo serio puesto que las enseñanzas de otros países en donde se encuentra establecido, las tenía acostumbradas a mirar el divorcio que disuelve el vínculo como algo completamente natural

También se tomo en cuenta la experiencia de países tan cultos como Inglaterra, Francia, y Estados Unidos, que demostraba la evidencia de que el divorcio era poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas se evitaba la multiplicidad de concubinatos, y por lo tanto el pernicioso influjo que necesariamente se ejercía en las costumbres públicas, daba mayor estabilidad a los efectos y relaciones conyugales; aseguraba la felicidad de mayor número de familias y no tenía el inconveniente de obligar a los que por error o ligereza fueran al matrimonio a pagar su falta con la esclavitud de toda la vida..

Claramente se estableció en la exposición de motivos, que si bien la aceptación del divorcio que disuelve el vínculo era el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debió tomarse en cuenta que solo se trataba de un caso de excepción y no de un estado que fuera la condición general de los hombres en la sociedad, por lo cual era preciso reducirlo sólo a los casos en que la mala condición era ya irreparable con otra forma que no fuera su absoluta separación.

El 29 de enero de 1915 y 16 de junio de 1916, el mismo primer jefe del ejército constitucionalista y jefe de la revolución don Venustiano Carranza, expidió sendos decretos que modificaron el código civil vigente en el distrito y territorios federales, y que pudieron hacer efectiva la ley expedida que estableció el divorcio vincular y que se refieren fundamentalmente por una parte a las causas que habrían de aceptarse como

motivos de divorcio según el criterio de la ley ; y por la otra, a las diversas consecuencias que ésta tenía que producir forzosamente al romperse el vínculo y que no se producían cuando sólo se autorizaba la separación de cuerpos de los consortes.

En esas condiciones, las causas que con motivo de la separación de los consortes enumeraba el código civil, se aceptaron en su generalidad como determinantes de divorcio vincular, porque si ellas presentaban fundamento bastante para autorizar una separación por toda la vida de los consortes, fue porque se les considero como indicador de que la vida en común era ya imposible.

Por otra parte, el decreto señalado en segundo lugar modifica el procedimiento para el divorcio por mutuo acuerdo en el que se consideró que era suficiente una junta de avenencia, en lugar de tres como se establecía anteriormente, porque se expreso que no era lógicamente admisible que unas cuantas conferencias ante un juez y las palabras y autoridad de éste, tengan un poder contradictorio mayor que el resultante de las causas bien graves, meditadas y discutidas que han llevado a los peticionarios a la presencia judicial ; el objeto lógico y práctico de la intervención del juez , debe ser exclusivamente el deber de cerciorarse de la libertad de los solicitantes para pretender el divorcio, y si se requiere, el no hacer un prudente esfuerzo para la reconciliación .

En tal virtud, se consideró suficiente una junta en la cual después de llenados estos últimos requisitos por parte del juez, los interesados debían ratificar su solicitud o desistirse de ella . También se estableció que la junta debía celebrarse dentro de los diez días siguientes de presentada la solicitud.

Resumiendo, es apartar de la ley expedida el 29 de diciembre de 1914, cuando se estableció por primera vez en México tanto el divorcio vincular por mutuo consentimiento, como el divorcio vincular necesario, señalando únicamente dos causas:

- A) Cuando ya no se pudiera o fuera indebido realizar los fines del matrimonio.;
- B) Cuando se cometiesen faltas graves por uno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal.

Esta ley es el antecedente inmediato de la ley de relaciones familiares de 1917, también expedida por don Venustiano Carranza en donde a su vez vuelve a admitirse el divorcio vincular voluntario o por mutuo acuerdo y el necesario, pero ya no por estas dos causas señaladas por el código civil de 1884, para el divorcio necesario y que implicaban; delito, hechos inmorales, incumplimiento de obligaciones conyugales, actos contrarios al estado

matrimonial, enfermedades crónicas o hereditarias y ciertos vicios incorregibles como la embriaguez consuetudinaria y el juego.

El código civil vigente siguiendo a la ley de relaciones familiares, regula también el divorcio vincular, tanto voluntario como necesario, reproduciendo fundamentalmente las causas de esta ley, perdurando como una opción que se origina en el texto mismo del artículo 227, la separación de cuerpos tratándose de las causas de divorcio señaladas en las fracciones VI y VII del artículo 267, ya que el cónyuge sano puede optar entre el divorcio vincular o la simple separación de cuerpos

Aún cuando la expedición de la ley de relaciones familiares no fue ampliamente debatida ante la opinión pública en su tiempo, suscitó algunos comentarios encontrados, pues hubo quienes la consideraron nociva y quienes exaltaron la bondad de sus disposiciones. Así el maestro Eduardo Pallares escribió un comentario poco después de su publicación, en los siguientes términos:

“ La nueva ley sobre relaciones familiares es fundamentalmente revolucionaria y destructora del núcleo familiar, sacude el edificio social en sus cimientos y anuncia la agonía de un mundo y la aurora de una nueva era. Es al mismo tiempo obra de sinceridad y de valor, sus autores no temieron a desafiar la opinión pública, no atraer sobre sí toda la ira y las censuras de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea, y la desarrollaron con lógica implacable. Solo son comparables a esta ley por su importancia política y social los artículos 3, 123, y 130 de la flamante constitución federal; pero mientras estas normas han provocado internas discusiones, comentarios periodísticos, conferencias y críticas de todo género, la ley de relaciones familiares ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente, algunos la han recibido con cierta sonrisa irónica, la verdad es que lleva un virus destructor de primer orden “

Ricardo Couto escribió:

“ La discusión en sus verdaderos términos no puede menos que sostenerse, que si la separación es una necesidad de todo matrimonio en que la vida se ha hecho imposible, preferible es por mil conceptos que se haga radicalmente como lo hace el divorcio: no caben menos términos medios en el asunto, o hay matrimonio o no lo hay, y si la vida en común es la base del matrimonio se ha roto, es absurdo sostener que hay matrimonio; pretender que esté subsista a pesar de la separación de los esposos, no es más que una ficción; en efecto, ¿ qué queda del matrimonio una vez rota la comunidad de existencia ¿ puede llamar uno a ese estado de cosas que el hombre y la mujer viven cada cual por su lado comprometidos quizás en uniones ilegítimas, ¿ puede suponerse vivo, valiéndose de una ficción

jurídica lo que ha dejado de existir, y ¿ cuáles son los beneficios que acarreará ésta ficción .

Impedidos los esposos separados de contraer un nuevo matrimonio no les quedan más que dos caminos; o condenarse a un celibato o buscar la satisfacción de sus pasiones en uniones reprobadas por la sociedad; lo primero es contrario a la naturaleza; lo segundo es contrario a la moral; ahora bien, un sistema de legislación que no se compadece con los principios naturales y morales, no podrá menos que producir funestas consecuencias para el individuo y la sociedad “

Mucho se habla de que el divorcio es contrario a la dignidad del matrimonio, nosotros preguntamos; ¿ qué no es más digno para el matrimonio y más contrario al respeto que se merece esta institución el pretender que se mantenga por la fuerza. ¿ No es una tiranía o una violencia incompatible con la dignidad humana el querer que dos individuos sigan llamándose esposos y teniéndose las consideraciones de tales cuando han mediado entre ellos ofensas gravísimas contra la persona o contra el honor.

De todo lo dicho se infiere que el divorcio presenta innumerables ventajas que la simple separación de cuerpos no tiene, desde luego es más conforme con los principios y encerrando dentro de justos límites, porque con todo, los autores que han escrito sobre la materia reconocen que el ideal que debe perseguirse en el matrimonio es la perpetuidad del vínculo; en consecuencia sólo que la vida conyugal se haga imposible entre los esposos, sólo que las condiciones que dieron lugar a la formación del matrimonio hayan dejado de existir; debe admitirse el divorcio.

1.4.3. CODIGO CIVIL DE 1870.

En éste apartado vamos a estudiar la parte correspondiente a la evolución que tuvo la institución jurídica del divorcio a través de las diferentes leyes que lo han regido, hasta los actuales códigos civiles vigentes que rigen en nuestro país.

Con relación al código civil de 1870, tenemos entendido que tuvo su origen en los trabajos realizados por la comisión que bajo la presidencia del ministro de justicia don Jesús Téran, se constituyó en 1872, para revisar el proyecto del código civil para el distrito federal que el entonces presidente de la república don Benito Juárez había encargado de elaborar al doctor Justo Sierra, proyecto que se habría terminado durante el imperio de Maximiliano de Austria, pero no fue sino hasta el triunfo de la república cuando una nueva comisión redactó otro proyecto de código civil, el cual fue aprobado por el congreso con fecha 8 de diciembre de 1870, como código civil para el distrito federal y territorios de baja california, dicho código civil entró en vigor a partir del primero de marzo de 1871.

Los redactores de éste código tuvieron presente para su elaboración, el derecho romano, la antigua legislación española, el código albertino de cerdeña, los códigos de Austria, Holanda, Portugal y los proyectos de don Justo Sierra y del juriconsulto español Florencio García Goyena, siendo su principal fuente de inspiración el código de napoleón

No obstante los defectos que se le han señalado al código de 1870, no se ha podido menos que reconocer que significa uno de los códigos más progresistas y mejor redactados de América, cuya influencia se dejó sentir en las demás repúblicas del continente.

En el capítulo V de dicho ordenamiento civil se señalaba lo relativo al divorcio.

En éste código se parte de la noción de que el matrimonio es una unión indisoluble y como consecuencia lógica no se admitía el divorcio vincular.

Se señalaban siete causas de divorcio, es decir, de separación de cuerpos, cuatro de las cuales constituían delitos.

El artículo 239 del citado código civil de 1870 disponía :

Art. 239: " El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio suspende solo algunas de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos relativos de éste código "

El Art. 240 expresaba:

“ Son causas legítimas del divorcio:

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

. La observación más notable que encontramos en éste ordenamiento es que se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo hacia el matrimonio como institución indisoluble, toda vez que se interpuso a la realización del divorcio con una serie de trabas y formalidades.

Si consideramos que en los juicios de divorcio de esa época, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales al finalizar el plazo en cada una de ellas el juez finalmente exhortaba a los cónyuges para que diesen por terminado el juicio de divorcio en la última audiencia, procurando su reconciliación antes de pronunciar la sentencia definitiva.

Asimismo se prohibió el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio llevaba veinte años o más de haberse constituido; asimismo era condición para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubiera transcurrido dos años como *mínimo* desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente.

1.4.4. CODIGO CIVIL DE 1884.

Por decreto de fecha 14 de diciembre de 1883, se autorizó al ejecutivo de la unión para que promoviera las reformas al código civil de 1870, las cuales se llevaron a efecto con gran rapidez hasta el punto de que empezó a regir un nuevo código civil, a partir del primero de junio de 1884.

Este ordenamiento jurídico al igual que el de 1870, no aceptó plenamente el llamado divorcio vincular debido a la influencia que en él ejercían las leyes españolas, y sólo se permitió la separación temporal o indefinida de los cónyuges permaneciendo integrado el vínculo matrimonial, así como algunas de las obligaciones que de él se derivan.

En éste código se señalaba en su artículo 226, que se admitía como única forma de divorcio el de la separación de cuerpos, por lo tanto subsistía el vínculo matrimonial suspendiéndose algunas de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

Como causas a las contenidas en el código civil de 1870, se agregaban:

- 1.- El hecho de que la mujer diera a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que judicialmente fuera declarado ilegítimo;
- 2.- El hecho de negarse a ministrar los alimentos conforme a la ley;
- 3.- Los vicios incorregibles de juego, embriaguez, enfermedad crónica incurable que fuera contagiosa y hereditaria, anterior al matrimonio;
- 4.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales;
- 5.- El mutuo consentimiento;
- 6.- El adulterio de uno de los cónyuges.

En el caso de que ambos consortes de común acuerdo desearan separarse del lecho y habitación, deberían acudir ante el juez para que éste lo decretará, no siendo bastante el simple hecho de la separación para considerarse como efectuado el divorcio, sino que éste debía ser decretado por autoridad judicial competente.

El código civil de 1884, en forma general reprodujo los preceptos del código anterior, en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades.

Sin embargo nos encontramos ante el hecho indiscutible de haber reducido notablemente los trámites necesarios para la consecución del divorcio, ya que sin abolir por completo la serie de trabas que señalaba el código de 1870, si hizo más fácil la separación de cuerpos.

1.4.5. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Está es una ley también expedida por el gobierno del entonces presidente de la república don Venustiano Carranza, concretamente el 9 de abril de 1917.

Se trata de una ley contemporánea de la constitución política federal, donde encontramos que en ella si se autoriza el llamado divorcio vincular, sobre la base de lo que acoge la ley del divorcio de 1914... La ley de relaciones familiares recogió el espíritu de la ley de 1914, así como algunos de los preceptos de los anteriores códigos civiles de 1870 y 1884. quedando firmes las bases en lo relativo a la materia del divorcio.

Su importancia es por demás trascendental, ya que por disposición de la misma se permite la disolución del vínculo matrimonial, autorizando así mismo a los cónyuges a celebrar un nuevo matrimonio válido.

El código civil de 1884, no reconoció el divorcio vincular, toda vez que solo autorizaba la separación de cuerpos en casos ilimitados. La ley de relaciones familiares tomó en consideración las causales del divorcio que reguló el código civil de 1884, suprimiendo la infracción de las capitulaciones matrimoniales, que ha sido el único código que admitió que la infracción de dichas capitulaciones puede disolver el vínculo matrimonial.

Hay que hacer notar, que fuera del código civil de 1884, ningún ordenamiento jurídico posterior autorizo como causal de divorcio la infracción a las capitulaciones matrimoniales. A continuación citamos algunos considerandos de la referida ley de 1917 que nos ocupa:

“ Que en las relaciones peculiares de los esposos es donde más se deja sentir la influencia de las antiguas ideas, pues mientras el marido sea el administrador de los bienes comunes y el representante legal de la mujer, quien no puede celebrar ningún acto ni contrato sin la autorización de aquel, se conserva prácticamente el sistema romano que colocaba por completo a la mujer bajo la potestad del marido y por otra parte la indisolubilidad del vínculo matrimonial, estableciendo la comunidad perpetua de vida, dio origen a la de intereses, creando así la sociedad legal, salvo el caso de que previamente se estableciera una voluntaria o se pactase la separación de bienes, la mujer y muy especialmente la mexicana que es toda abnegación y ternura ha sido frecuentemente víctima de explotaciones inicuas que el estado debe impedir, y mucho más ahora que estableció el divorcio, se hace necesario evitar que satisfecha la codicia de los aventureros o arruinada la mujer, se le abandone después de haber perdido su belleza y fortuna, sin que el marido conserve para ella más que obligaciones insignificantes y con frecuencia poco garantizadas; y así pues no habiendo necesidad de suprimir la sociedad legal, se dispone expresamente de los

bienes comunes mientras permanezcan indivisos, sean administrados de común acuerdo, que cada uno de los cónyuges conserve la administración y propiedad de sus bienes personales, así como de los frutos de éstos, y la completa capacidad para contratar y obligarse, pero sin perjuicio de la unidad familiar y sin excluir la ayuda mutua, pues se deja en libertad a ambos consortes para conferirse mandato y para comunicarse los frutos de sus bienes, aunque aceptándose como medidas de protección a favor de la mujer, que ésta no reciba del marido menos de lo que ella le dio, que no pueda otorgarse fianza a favor de aquel y que no se obligue jamás solidariamente con el marido en negocios de éste “

“ Que por lo que se refiere al divorcio, que sólo tendrá que añadirse a los considerandos de la ley respectiva a fin de que ésta no sirva para eludir las disposiciones legales de los estados de la república o de un país extranjero, se ha prevenido que no se podrá promover el divorcio ante los jueces de distrito y territorio federal, si los que lo solicitan no tienen cuando menos un año de domiciliarios en la jurisdicción del juez competente “ .

Enseguida transcribiremos algunos de los artículos de ésta ley a fin de percatarnos como regulaba la institución del divorcio y sobre las causales que comprendían:

Art. 75. El Divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de adquirir un nuevo matrimonio .

En cuanto a las causales del divorcio figuran en el artículo 76 del ordenamiento señalado las siguientes:

Art. 76 Son causas de divorcio :

I.- El adulterio de uno de los cónyuges;

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

III.- La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no solo cuando la haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualesquiera cosa o remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella, por la incitación a la violencia de uno de los cónyuges a otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; por el contacto de cualesquiera de ellos o la simple tolerancia en su corrupción o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores.;

IV.- Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquier otra enfermedad incurable que sea además hereditaria;

V.- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquier de los consortes, durante seis meses consecutivos.;

- VI.- La ausencia del marido por más de un año, con el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;
- VII.- La sevicia, las amenazas, injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge hacia el otro, siempre que éstos y aquellas sean de tal naturaleza, que hagan imposible la vida en común;
- VIII.- La acusación calumniosa por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- IX.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena mayor de prisión o destierro mayor de dos años;
- X.- El vicio incorregible de la embriaguez;
- XI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que no baje de un año de prisión;
- XII.- El mutuo consentimiento “ .

En cuanto al divorcio por separación de cuerpos, éste se relegó a segundo término, quedando exclusivamente como excepción relativa a la causal señalada en la fracción cuarta del artículo 76, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano pedir el divorcio o la simple separación del lecho y cohabitación .

Una vez ejecutado el divorcio se procedería a la liquidación de la sociedad conyugal en el caso de que bajo éste régimen se hubiera celebrado el matrimonio, teniendo la obligación los padres de aportar conforme a su caudal la cantidad suficiente de alimentos a los hijos.

Si la mujer no hubiere dado causa al divorcio, tenía el derecho a recibir alimentos mientras viviera honestamente y no contrajera nuevas nupcias, por el contrario si el marido fuere inocente y estuviere imposibilitado para proveer por si mismo a su subsistencia, tendrá derecho a reclamar de la mujer los alimentos.

El artículo 102. decía que; “ Por tal virtud del divorcio los cónyuges recobrarán entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo en lo dispuesto por el artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causas de adulterio, pues en éste último caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio “ .

Como complemento de lo anteriormente dicho respecto de está ley de relaciones familiares y después de haber analizado tanto los considerandos como los artículos que de ésta ley se citan, conviene hacer notar que existe una marcada tendencia proteccionista a favor de la mujer, pues por un lado, se permite que ésta participe ya en la administración de los bienes

comunes, así como también le es permisible conservar y administrar sus bienes.

Asimismo ésta ley otorga a la mujer capacidad para contratar y obligarse por si misma sin necesidad de contar previamente con la autorización del matrimonio.

1.4.6. ESTUDIO CONJUNTO DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1928 Y CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

Debido a los acontecimientos políticos, económicos y sociales de principios de éste siglo, derivados de la revolución mexicana de 1910, trajeron consigo cambios radicales que se reflejaron en la vida civil de las personas, y por lo tanto la legislación sustantiva civil considerada individualista, no respondía ya a las necesidades de la época, es por lo que en el año de 1928 se elaboró bajo la presidencia de don Plutarco Elias Calles, el código civil para el distrito y territorios federales en materia común y para toda la república en materia federal, y que entró en vigor el primero de octubre de 1932, derogando textualmente el antiguo código civil de 1884.

Para transformar éste código civil en el que predominaba el criterio individualista, en un código privado social, fue preciso reformarlo substancialmente derogando todo lo que favorecía exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que armonicen con el concepto de solidaridad

El nuevo código civil para el distrito y territorios federales de 1928, innova el sistema anterior de ser aplicado en toda la república en materia federal, al respecto el destacado jurista Trinidad García señala :

“ Se tuvieron en cuenta para redactarlo modernos principios jurídicos de indiscutible bondad y diversos cuerpos legales mexicanos y extranjeros; se tomaron como modelo en mucho el código civil de 1884, la ley sobre relaciones familiares de 1917, las leyes alemanas, suizas, argentinas, brasileñas y chilenas, sobre derecho civil, y el proyecto del código de las obligaciones y de los contratos, de las comisiones italiana y francesa, de estudio de unión legislativa⁶

En la exposición de motivos de éste código civil de 1928, se habla de grandes cambios y renovaciones en las disposiciones legales existentes. En efecto, se dice en la exposición de motivos:

“ El pensamiento capital que informa el proyecto, puede expresarse brevemente en los siguientes términos; armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el excesivo individualismo que impera en el código civil de 1884 “

Con relación al divorcio, en la exposición de motivos de éste código se expresa de manera nueva y expedita para obtener el divorcio por mutuo

⁶ García, Trinidad. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Edit. Porrúa, S.A., México, 1965, P. 76..

consentimiento, agregando a su exposición de motivos, que es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente;

pero también ésta interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos, y en que no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios cuando los esposos manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos.

Hubo profundas reformas con relación al divorcio ya que fue permitido tanto al hombre como a la mujer, pues se equipararon en cuanto fueron posibles las causas del divorcio procurándose que quedarán con éste nuevo código civil de 1928 garantizados los intereses de los hijos, que casi siempre resultaban las víctimas de la disolución de la familia.

Importantes aportaciones se hicieron al derecho de familia; adoptando disposiciones de la ley sobre relaciones familiares de 1917, consideró primeramente que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, especificando posteriormente 17 causas de divorcio equiparándolas en lo posible al hombre y la mujer en donde aunque incorrectamente se incluye el mutuo consentimiento.

El código civil para el distrito y territorios federales de 1928, continuo considerando al divorcio como la ruptura del vínculo matrimonial, pero con base en el concepto de solidaridad constituyendo una igualdad de derechos para ambos cónyuges, especialmente en el caso de adulterio, toda vez que en las leyes que le anteceden, el adulterio de la mujer siempre era causa de divorcio, en cambio el adulterio del marido era causa de divorcio, solamente cuando ocurría alguna circunstancia como el hecho de que haya sido con escándalo o insulto público o por haberse cometido en la casa común.

Respecto a los divorcios voluntarios, se liberalizó su trámite dejando al referido código de procedimientos civiles la regulación de la materia, el cual solamente exigió dos en vez de tres juntas de avenencia y fijo un breve plazo de ocho a quince días entre una junta y otra.

Como principal innovación se introdujo en México el llamado divorcio administrativo, disponiendo en su artículo 272 que;

“ 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, presentaran personalmente ante el oficial del registro civil del lugar de su domicilio, y comprobaran con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, y

manifestaran de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse

Acerca de éste nuevo divorcio administrativo, el profesor Ramón Sánchez Medal opina que con su introducción prácticamente se convirtió el matrimonio en una especie de arrendamiento voluntario, por virtud del cual los cónyuges podrían darlo por terminado a su placer en el momento en que lo decidieran, por ende, las consecuencias sociales más desastrosas tienen que producirse al abrirse la puerta franca del abuso social de cambiar la mujer de marido y el marido de mujer.

En cuanto a las obligaciones derivadas del divorcio, se dispuso que los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayoría de edad, hasta que contraigan matrimonio siempre que vivan honestamente.

Excepcionalmente el código civil de 1928 y al igual que la ley que deroga, permite que el cónyuge que no quiera pedir el divorcio con base en los casos de enfermedad previstas como causas de divorcio, solicite que se suspenda su obligación de cohabitar con su consorte, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas para el matrimonio.

Conviene destacar que éste cuerpo legal reincorpora a su texto la materia familiar, misma que estaba separada del código civil que le antecede, por la referida ley de relaciones familiares.

Por otra parte, dentro de los remiendos a que ha sido objeto el vigente código civil para el distrito federal. Destacan entre muchos; el de 1971 que indebidamente cambia la terminología de oficial por la de juez del registro civil;

El de 1974 que cambia su título anterior por el de código civil para el distrito federal en materia común y para toda la república en materia federal; y la reforma de 1975, fecha en que se celebró en México el año internacional de la mujer, y según opinión del entonces presidente de la república Luis Echeverría se debía reglamentar la absoluta igualdad del varón y la mujer, por lo que modifica entre otros aspectos los siguientes:

Para el matrimonio establece que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, ambos contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, dispone que éstos gozaran de ese derecho hasta que lleguen a la mayoría de edad.

Posteriormente en 1983 se vuelve a remendar, con modificaciones consideradas convenientes, destacando entre otras las adiciones a las contenidas en las fracciones VII y XII, que se refieren a la enajenación mental incurable y a la negativa o incumplimiento injustificado de las obligaciones del matrimonio respectivamente; refiriéndose por lo que toca a

la primera, que debe haber previa declaración de interdicción, y a la segunda, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos para su cumplimiento.

Así mismo, como novedad incorpora la causal de divorcio XVIII, que a su texto dice;

- " La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos " ⁷

De la legislación procesal es importante señalar la creación de los juzgados de lo familiar, mediante decreto publicado en el diario oficial del 18 de marzo de 1971 que adicionó y reformo la ley orgánica de los tribunales comunes del distrito y territorios federales, disponiendo que: " Los jueces de lo familiar son jueces de primera instancia y conocerán en general de todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial " ⁸ . Y por ende, para el caso de divorcio, dichos juzgados de lo familiar son la autoridad competente para conocerlo, con excepción del divorcio administrativo previsto por el código civil del cual conocerá el juez del registro civil.

Posteriormente dentro del código de procedimientos civiles para el distrito federal se establece el título decimosexto capítulo único, que trata de las controversias de orden familiar y entre otros aspectos dice: " Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad, el juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia " ⁹

Por lo que respecta al código civil vigente para el Estado de México, después de haberse regido la entidad mexiquense por más de 20 años por el código civil federal de 1957, el estado de México por conducto de su legislatura local aprobó en su decreto 128, el código civil para el estado libre y soberano de México .

El actual código civil mexiquense es una adaptación del código civil federal, a las nuevas necesidades de nuestro medio, con algunas reformas de suma importancia en su articulado.

⁷ Código Civil Para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal. Editorial Porrúa, S.A., 53ª edición, México, 1984, P. 94.

⁸ Reformas y Adiciones a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales. Publicado en el diario Oficial de la federación el jueves 18 de marzo de 1971, tomo CCCV, número 16, México, P.P 3 y 4 .

⁹ Código de Procedimientos Civiles para el D.F., 1932, Edit. Porrúa, S.A. 30ª edición, México, 1985, P. 218.

El Código civil mexiquense aborda a la institución del divorcio al definirlo en su título quinto, capítulo IX relativo al divorcio, en su artículo 252 que a la letra dice:

Art. 252. " El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro " .

El código civil para el distrito federal respectivamente en su título quinto, capítulo X, relativo al divorcio en su artículo 266 al igual que el código civil mexiquense curiosamente coincide en los mismos términos en su definición . . .

Por otra parte, tanto el código civil mexiquense, como el código civil para el distrito federal vigentes ambos, coinciden respectivamente en sus artículos 253 y 267 con relación a las causales para promover un eventual divorcio necesario, salvo que algunas fracciones como la XVII del código civil de la capital del país donde se expresa el mutuo consentimiento como causal de divorcio, no estableciendo lo mismo el ordenamiento jurídico mexiquense, toda vez que la fracción XVII de éste último ordenamiento civil se refiere al grave y reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos, ya lo sean éstos de ambos o de uno sólo de ellos .

Es importante aclarar que el artículo 253 en su fracción XVII anteriormente contemplaba al mutuo consentimiento como causal de divorcio necesario, sin embargo el primer párrafo del artículo 253 y su fracción XVII fueron reformados y adicionada su fracción XVIII, por decreto número 155 de fecha 24 de diciembre de 1992, publicados en la gaceta de gobierno del estado número 126, sección II, de fecha 30 de diciembre del mismo año.

Originalmente decía el texto del citado artículo en comento:

Art. 253: " Son causas de divorcio "

Fracción XVII.- El mutuo consentimiento.

Con las nuevas reformas que tuvo el código civil mexiquense el texto quedó así:

Art. 253.- " Son causas de divorcio necesario " .

Fracción XVII.- El grave o reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos, ya sean éstos de ambos de uno sólo de ellos " .

Así mismo la nueva fracción XVIII dispone:

Fracción 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 cualesquiera de ellos .

De todo esto, podemos inferir que el mutuo consentimiento como causal de divorcio fue suprimida por completo, esto a raíz de las consideraciones del

legislador al señalar que el hecho de ser demandado por una causa que no se pruebe es una injuria que el juez debe de valorar de acuerdo con lo que dispone la fracción XI del propio artículo 253 del ordenamiento sustantivo civil mexiquense.

De lo anterior podemos también afirmar, que el código civil para el distrito federal si contempla al mutuo consentimiento como causal de divorcio, no así la legislación civil mexiquense, por las razones ya expuestas con antelación.

Así pues, como lo reafirma anteriormente, el código civil mexiquense no pudo menos que inspirarse en el código civil federal, abordando desde el proyecto de su elaboración, la mayoría sino es que el total de las causales para el efecto de promover un eventual divorcio, sin embargo, más adelante con el devenir de los años el estado de México por conducto de su legislatura local se vio en la imperiosa necesidad de elaborar su propio código civil, suprimiendo algunos actos o cuadros de conductas considerados por el código civil federal como causas de divorcio, y asimismo introdujo nuevas modalidades en la medida en que se acentuaron los problemas sociales dentro de la familia, acrecentando las causas para promover un divorcio y suprimiendo algunas que todavía estaban dentro de una legislación y que originalmente no le pertenecían.

Cabe aclarar, que dentro del estudio de ambos códigos civiles, tanto para el distrito federal como para el estado de México no existen muchas diferencias dentro de las causales o motivos para tramitar un divorcio, sin embargo, la duda existe en manifestar cuales son las razones que tiene la legislación civil del distrito federal para considerar como causal de divorcio el mutuo consentimiento, cuando en realidad como veremos, si existe mutuo acuerdo de voluntades exteriorizadas voluntariamente entre dos cónyuges para divorciarse y no existe controversia alguna, luego entonces, si se promueve un divorcio bajo esa causal en el distrito federal, el juez de primera instancia debiera valorar analíticamente las pruebas ofrecidas por las partes, de donde se desprende que al no poder aportarse muchos documentos probatorios, el juez de la causa debe declarar *improcedente* el juicio por ésta causal invocada, máxime que no existe controversia entre las partes.

Por lo que respecta al código civil de 1928, actualmente vigente aún con sus reformas, llegamos a la última labor realizada por nuestros legisladores para dotar al país de un cuerpo de leyes que regulen la vida civil de sus habitantes, dentro de la cual enfocamos *directamente* la evolución sufrida por la figura jurídica del divorcio, necesitando para ello haber analizado brevemente la legislación civil mexiquense, toda vez que lo que se pretende es hacer un breve cuadro comparativo en el presente trabajo, que

sólo es una reflexión pequeña entro del gran ámbito de la problemática que envuelve a nuestra sociedad actual .

CAPITULO SEGUNDO.

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL
DEL ESTADO DE MÉXICO.

2.1. CONCEPTO DE DIVORCIO.

Para comprender a la institución jurídica del divorcio, como uno de los fenómenos sociales más grandes que afectan a todas las sociedades modernas de éste mundo en el cual habitamos, es menester reconocer que para estudiar a tan importante figura jurídica debemos de partir del significado etimológico que tiene la palabra " Divorcio " .

La palabra divorcio deriva del latín " Divortium " que significa la separación de algo que estaba unido, y a su vez deriva del verbo *divertere* irse cada uno por su lado, tomar líneas divergentes.

En el diccionario jurídico mexicano encontramos la siguiente definición:

" Divorcio.- Es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales del procedimiento".¹⁰

" La voz latina " Divortium " , desde el punto de vista jurídico significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley en que se compruebe debidamente la imposibilidad de la vida matrimonial, debe de ser pronunciada cuando no hay duda de que ha cesado la posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los consortes, ya sea porque ha quedado probada en el juicio la existencia de hechos de tal manera graves que considerados en la ley como causas de divorcio, han provocado la ruptura de ese consenso para mantener el vínculo (divorcio contencioso o necesario) o porque marido y mujer están de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial (divorcio por mutuo consentimiento) " .

El concepto de divorcio es consecuencia del análisis de su esencia en sí, entendiendo por esencia lo fundamental de su objeto.

En sentido amplio, es la disolución del vínculo matrimonial, es un acto jurisdiccional o administrativo, por virtud del cual se concluye el matrimonio, dejando de producir sus efectos, tanto en relación con los cónyuges como respecto a terceros y al cual la legislación positiva se refiere en los siguientes términos: " El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro " .

¹⁰ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto De Investigaciones jurídicas. Quinta edición. Edit. Porrúa. México, 1992. P. 1184.

De la definición anterior se desprende en consecuencia la producción de dos efectos, uno negativo y otro positivo. En lo tocante al primero, es la cesación de la existencia del vínculo jurídico que unía y obligaba a los cónyuges entre sí; por lo que respecta al segundo, les otorga a los mismos la plena capacidad de volver a contraer un nuevo matrimonio.

En relación al concepto de divorcio Eduardo Pallares nos dice que :

“ Divorcio consiste en un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como con respecto de terceros. Por tanto, en sí mismo, el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal pero ésta sólo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia ley determina “ ¹¹.

El destacado jurista Rafael Rojina Villegas nos proporciona su concepto de divorcio en los siguientes términos:

“ En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor, la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal “ ¹².

Rafael De Pina se refiere al tema que nos ocupa expresándose en los siguientes términos:

“ La palabra divorcio en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación, en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto por una causa determinada de modo expreso “ ¹³.

El divorcio como institución debe entenderse como una situación de excepción, en tanto que la normalidad dentro de la vida social la origina la familia germinada por el matrimonio, cuya existencia y subsistencia importa al desenvolvimiento orgánico de la unidad social, por lo que para que pueda decretarse el divorcio se hace ineludible que se acrediten todos y cada uno de los elementos que la ley exige como causas de disolución del vínculo.

El distinguido maestro Ignacio Galindo Garfias nos proporciona su concepto de divorcio de la siguiente manera:

¹¹ Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. 7ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1987, Pág. 36.

¹² Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, personas y familia. Edit. Porrúa, S.A., Tomo 1, México, 1981.

¹³ De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo 1, Introducción, personas, y familia. 15ª edición. Editorial Porrúa, S.A., México. 1986..

“ El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en algunas causas expresamente establecidas por la ley “¹⁴ .

Por su parte Sara Montero Duhalt evoca el concepto de divorcio diciendo:

“ Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por una autoridad competente que permite a los cónyuges contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido” ¹⁵ .

Puede decirse que el divorcio es una institución universal, que ha sido reconocida con efectos más o menos rigurosos en todos los tiempos, como remedio para los matrimonios realmente frustrados.

Lo malo del divorcio no es en realidad, el divorcio en sí, sino el excesivo abuso del mismo. Nadie puede negar con fundamento que en las esferas sociales más elevadas y sobre todo, en ciertos medios “ artísticos “ , el divorcio se ha convertido en un procedimiento cómodo de satisfacer los apetitos sexuales más desenfrenados. El remedio de ésta desmoralización no ésta sin embargo en la supresión del divorcio, sino en darle una regulación legal que de acuerdo con los resultados de las experiencias obtenidas, evite los abusos, en lo humanamente posible, y no permita en consecuencia, obtenerlo sino cuando realmente pueda constituir la única solución de una situación matrimonial en verdad francamente insostenible.

El divorcio para situaciones conyugales incompatibles con la naturaleza y los fines del matrimonio no tiene nada de inmoral, lo que constituye una verdadera inmoralidad, es el excesivo abuso, cuyos efectos son para la sociedad y la familia verdaderamente perniciosos.

Se le ha considerado ha ésta figura jurídica prácticamente como un mal necesario de nuestro tiempo.

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones me encuentro ante la posibilidad de proponer la siguiente definición en relación al divorcio:

“ Divorcio.- Es la disolución o rompimiento de la unión matrimonial, decretada por una autoridad competente, mediante un procedimiento y por causas expresamente establecidas por la ley , y con posterioridad a la celebración del matrimonio, ya sea a solicitud de uno de los cónyuges o de ambos “ .

¹⁴ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A., México, 1983. P.

¹⁵ Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. P.

2.2. CLASES DE DIVORCIO.

La institución jurídica del divorcio puede ser analizada desde diversos puntos de vista, como lo son; desde el punto de vista moral, filosófico, religioso, social, y jurídico, aclarando que para los efectos de éste trabajo, será tratado únicamente en su aspecto jurídico, sin que con ello afirmemos que éste sea el único punto interesante, pues cada uno de ellos tiene su importancia.

Para poder comprender cuantas clases de divorcio contempla la legislación civil del estado de México, es necesario que recordemos que debemos comenzar por entender que existen dos especies de divorcio las que se conocen como; El divorcio vincular y separación de cuerpos.

El divorcio vincular es aquél en el cual al romperse el vínculo matrimonial quedan los divorciados aptos para poder contraer nuevas nupcias, quedando sin efecto las obligaciones que como cónyuges imponía el matrimonio, lo que también se conoce como divorcio pleno.

El llamado divorcio por separación de cuerpos, también llamado menos pleno.- es aquél que únicamente va a dispensar a los cónyuges de algunos de los deberes que impone el matrimonio, como la cohabitación y relaciones carnales, sin romper el vínculo matrimonial, por lo que quedan vigentes obligaciones como la ayuda mutua y la fidelidad.

El código civil vigente para el estado de México, prácticamente autoriza éste último de una manera excepcional, al disponer en su artículo 261 que:

“ Art. 261.- El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 253 podrá, sin embargo solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio “¹⁶

La llamada separación de cuerpos no es un divorcio verdadero, en tanto que por ella se crea una situación que supone una relación del vínculo matrimonial, pero no lo destruye y por otra parte todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten, con excepción a la relativa a la cohabitación. La misma separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido dispensados de vivir juntos por una decisión judicial.

A diferencia de la llamada separación de cuerpos, el divorcio vincular produce el efecto de que todos los deberes que impone el

¹⁶ Código Civil para el Estado Libre y Soberano de México. Ediciones Delma, S.A. DE C.V. Décima Segunda Edición. México, 2000. Pág. 37

matrimonio a los cónyuges dejan de existir, como consecuencia los divorciados dejan de tener el estado civil de casados, recobrando cada uno su capacidad para contraer un nuevo matrimonio.

La existencia del divorcio vincular, como ya se apuntó anteriormente en el capítulo primero, se da en nuestro país en el período revolucionario y a decir de algunos autores, el divorcio vincular se propone y se legisla como un producto de intereses particulares de encumbrados políticos, sea esto cierto o no, la creación del divorcio vincular es la respuesta legislativa a la evolución social que ha transformado a nuestro país, toda vez que no era posible sostener a la institución del divorcio como simple "separación de cuerpos", con vínculo indisoluble, presentándose la posibilidad de romper el vínculo conyugal, pues por una parte, la inmensa mayoría de la población de esa época se encontraba en el campo desprovista de toda idea jurídica acerca del divorcio e incluso en la ignorancia; por otro lado las clases opulentas se encontraban asimiladas en el distrito federal, así como en las grandes capitales, en unión con la clase media, constituyendo esta última el germen del debacle social; en tanto que encontrándose casados se separaban de sus respectivos cónyuges viviendo en concubinato con otra persona, engendrando hijos ilegítimos, relegándose la moral social y en consecuencia restándole respeto a la institución del matrimonio.

Sin prejuzgar sobre la validez y no validez ético moral del divorcio, el mismo se genera como una respuesta a las necesidades contemporáneas, resiste y subsiste a los encarnizados ataques, posteriores a su creación y hasta la fecha se encuentra legalmente ordenado.

Una vez que se ha esclarecido la diferencia que existe entre el llamado divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular, debemos esclarecer cuantas clases de divorcio vincular contempla nuestra actual legislación civil para el estado de México.

El actual código civil vigente para el estado de México, así como la codificación procesal contempla y reglamenta tres clases de divorcio vincular, el primero de ellos se llama divorcio voluntario administrativo, el segundo divorcio voluntario judicial, y existe un tercero llamado divorcio contencioso o necesario.

Para efectos de éste objetivo, únicamente nos concretaremos a señalar brevemente en que consiste cada uno de ellos sin hacer una exploración a fondo toda vez que en el presente capítulo se estudia a cada uno por separado.

El primer tipo de divorcio y que es de carácter voluntario se llama divorcio voluntario administrativo se dice que es aquél que se tramita una vez que ambos cónyuges convengan en divorciarse, siendo mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal si

bajo ése régimen se casarán, y al efecto se encuentra contemplado en el artículo 258 bis del actual código civil vigente para el estado de México.

Por otra parte, el divorcio voluntario judicial es también llamado divorcio por mutuo consentimiento y se dice que es aquél que se tramita una vez que ambos cónyuges han dado su manifiesta voluntad de romper el vínculo conyugal que los unía, además de que para quienes deseen divorciarse bajo ésta clase de divorcio deben existir hijos, toda vez que se exhibe un convenio suscrito por ambos cónyuges ante la autoridad judicial para el efecto de garantizar los alimentos a los hijos antes, durante, y después de ejecutoriado el divorcio, además de que ambos cónyuges deben liquidar su sociedad conyugal si bajo ése régimen se casarán, dicho divorcio se encuentra contemplado y regulado por los artículos del 811 al 819 del código de procedimientos civiles para el estado de México, y que en el momento oportuno estudiaremos a fondo.

El divorcio voluntario se distingue perfectamente del necesario, en tanto que en la solicitud de éste no se plantea disputa alguna sobre cual es el origen de la ruptura del vínculo matrimonial, ya que ambos cónyuges han convenido en divorciarse, partiendo en consecuencia de que no existe causa alguna a ninguno de los consortes ya que es la voluntad de ellos disolver el vínculo matrimonial.

En cuanto al divorcio necesario, podemos decir que es aquél reclamado por alguno de los cónyuges en contra del otro, por existir e invocarse alguna de las causales que contempla la ley, en el caso concreto las establecidas en el artículo 253 del código civil vigente en el estado de México, aclarando que sobre éste tipo de divorcio ampliaremos su información en el presente capítulo.

El divorcio necesario se encuentra reglamentado en cuanto a sus causas por la norma jurídica, y aún cuando se hable de divorcio voluntario, es en todo caso la voluntad libre y espontánea de los cónyuges o de alguno de ellos la que origina el procedimiento, tomando en consideración que las causales de divorcio se encuentran dadas hipotéticamente en la ley, pero requiere el ejercicio voluntario de las mismas por parte de los cónyuges para que estas surtan sus efectos, pues el ordenamiento jurídico no obliga a los cónyuges a divorciarse por ciertas causas, sino que les faculta para su ejercicio en tales condiciones.

El distinguido maestro Ramón Sánchez Medal en relación a éste tema nos dice:

“ Aún en los matrimonios en que existe una causa legal de divorcio, la ley no impone ésta a los cónyuges desavenidos, ni como solución única, ni siquiera como solución preferente, sino que se atiende a la voluntad de los

consortes, sea a la voluntad unilateral del cónyuge inocente que decida promover el llamado juicio de divorcio necesario.

Porque en realidad, tanto aquel como éste último son divorcios voluntarios, en cuanto que no hay una ley imperativa que lo imponga necesariamente a los dos cónyuges, sino que en todo caso depende su existencia de la voluntad de uno o de ambos cónyuges " ¹⁷

¹⁷ Sánchez Medal, Ramón. La Libertad en El Matrimonio. Y en el Divorcio. Revista de Derecho Notarial. Asociación Nacional Del Notariado Mexicano, AC., año XVI, número 47. México, 1942. P.

2.3. EL DIVORCIO VOLUNTARIO

En el objetivo anterior observamos con claridad que muestra actual legislación civil vigente para el estado de México contempla tres clases de divorcio a saber:

- 1.- Divorcio voluntario de tipo - administrativo .
- 2.- Divorcio voluntario judicial- por mutuo consentimiento.
- 3.- Divorcio contencioso o necesario.

Para efectos de nuestro estudio únicamente nos concretamos a analizar a los dos primeros, dejando la explicación del tercero y quizás más problemático para su posterior estudio.

Para poder precisar sobre el presente tema diremos que el divorcio voluntario es un divorcio vincular por el hecho de que no admite únicamente una separación material sino también jurídica, en éste al solicitarlo ante el juez y decretarlo éste último como una sentencia o como una resolución administrativa, se pierde el vínculo indisoluble que mantenía unidos a los cónyuges, por virtud de un acto de autoridad que tiene como efecto definitivo dejar a los cónyuges en plena libertad y en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, siempre y cuando se respeten las formalidades y los términos que la misma ley establece.

Por otro lado, la relación jurídica que existía entre los cónyuges y aún de los cónyuges hacia los hijos, tiene ciertos matices, tratándose tanto del divorcio voluntario administrativo como del judicial o llamado también por mutuo consentimiento, como veremos más adelante cada tipo de divorcio tiene sus aciertos y sus aspectos negativos.

La gran diferencia entre una clase de divorcio y la otra, estriba en que en uno no existen hijos y en el otro sí, uno se promueve en forma administrativa y el otro en forma judicial en forma de juicio como si realmente existiera una controversia entre las partes, pero como veremos más adelante lo único que realmente ésta en disputa en éste último divorcio son los derechos de los hijos, el garantizar sus alimentos, su educación, etc y los deberes que los futuros divorciantes se tienen entre sí y para con sus hijos menores; esto es lo que realmente tutela y protege la ley .

Por lo pronto entremos al estudio detallado de cada tipo de divorcio voluntario, esperando abrir el estudio y la disertación en el tema a los estudiosos del derecho.

2.3.1. EL DIVORCIO ADMINISTRATIVO Y SU TRAMITACIÓN

La desvinculación del matrimonio dada en forma administrativa, se realiza ante una autoridad llamada " Oficial del Registro Civil ", ésta autoridad recibe la solicitud de divorcio de ambos cónyuges y siempre y cuando se satisfagan ciertos requisitos que señala el código civil para el estado de México.

Dicha legislación civil mexicana entre otros requisitos señala que los esposos deben ser mayores de edad, no deben tener hijos, y de común acuerdo deben liquidar su sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, y concurriendo ambos cónyuges voluntariamente ante dicha autoridad administrativa.

La característica fundamental de éste procedimiento es la ausencia del órgano jurisdiccional, es decir del juez, toda vez que en éste tipo de divorcio no existe controversia o litigio entre ambas partes, supliendo a dicho órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa, cuya participación en dicho trámite es meramente pasiva, ya que solamente se constriñe a recibir la declaración de los cónyuges, en el sentido de que manifiestan su decidida voluntad de divorciarse; éste tipo de trámite no entraña responsabilidad por parte de ninguno de los cónyuges, los cuales una vez que concluye los deja en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, pasando un año apartir del momento en que obtuvieron el divorcio.

La creación del divorcio administrativo por parte del legislador y su relativa facilidad de obtención obedece en primera instancia, al poco prejuicio social y personal que acarrea el mismo, en tanto que el matrimonio que se trata de disolver no produjo hijo alguno y en todo caso se perjudicaría a los cónyuges que lo intentan.

Por otro lado las normas jurídicas prevén en el divorcio administrativo la existencia de que los cónyuges comparezcan personalmente ante el oficial del registro civil, se infiere por consiguiente que cualquier tipo de divorcio no puede efectuarse por medio de un representante legal o apoderado, ya que la ley lo considera como un acto de carácter personalísimo, implícitamente prohíbe se realice por otra persona que no sean los cónyuges.

Es de importancia señalar que cuando el divorcio se efectúa ante la autoridad judicial, los jueces desempeñan un papel activo al procurar por medio de consejos que los cónyuges no se divorcien, papel que actualmente asumen los conciliadores en los casos de divorcio ante el oficial del registro civil, pues éste tiene funciones meramente pasivas, como son las de levantar el acta en la que se hace constar la primera comparecencia de

los cónyuges y la declaración de su voluntad de querer divorciarse; si están cumplidos los demás requisitos, los citará para que comparezcan dentro de los quince días siguientes a ratificar su voluntad de divorciarse, hecho lo cual, los declarará divorciados y procederá a anotar en el acta respectiva la disolución del matrimonio.

En realidad las funciones del oficial del registro civil, en lo tocante al divorcio administrativo, son semejantes 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 autoridad disuelve el matrimonio, ejercitando así la potestad que le otorga el estado.

El papel pasivo del oficial del registro civil, en ésta clase de divorcio se explica porque no habiendo hijos, de por medio, ni conflicto en lo pecuniario procedente del matrimonio, tanto la sociedad como el estado carecen de interés en que el matrimonio subsista y consideran al divorcio como la rescisión de un contrato.

El código civil exige que los cónyuges demuestren con la copia certificada correspondiente su mayoría de edad, pero no exige prueba alguna respecto de tres requisitos a saber, el relativo a su domicilio, el concerniente a no haber procreado hijos, y por último, al hecho de que hayan liquidado su sociedad conyugal. En la práctica se admiten como verdaderas las declaraciones que a éste respecto hagan los cónyuges, sin exigirles el requisito previo de la protesta de decir verdad.

Para que el divorcio administrativo surta sus efectos es necesario que se levanten las actas respectivas y que estén debidamente autorizadas, la omisión o el hecho de que no estén autorizadas con la firma del oficial del registro civil, impedirá que el divorcio surta sus efectos porque esos requisitos formales son indispensables cuenta habida de que los exige la ley para la existencia del "ab solemnitates causa"; no así el que se anote en el acta de matrimonio la resolución del divorcio, éste existe y surte sus efectos aunque no se lleve a cabo dicha anotación.

Extensa sería la exposición acerca de todas las peculiaridades que conlleva el divorcio administrativo y sus posibles complicaciones, basta como punto de referencia lo brevemente anotado para atemperar dicho problema.

TRAMITACIÓN.

La tramitación del divorcio administrativo realmente es muy sencilla, en párrafos anteriores a grosso modo se expuso su procedimiento, por lo que seremos breves en cuanto a la forma como se sustancia ante la autoridad del oficial del registro civil.

Ambos cónyuges se presentan personalmente ante el oficial del registro civil, precisamente ante aquél que corresponda en razón del domicilio de los cónyuges, debiendo acreditar que han liquidado su sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, comprobando con las copias certificadas del acta de matrimonio que son casados, mayores de edad, manifestando de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse. El oficial del registro civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que se hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días.

Si los consortes hacen la ratificación, el oficial del registro civil los declarará divorciados, levantándose el acta respectiva y haciendo las anotaciones correspondientes en la del matrimonio anterior.

Es de precisar que el divorcio así obtenido, no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad, o no han liquidado su sociedad conyugal, sufriendo las consecuencias ambos consortes de las penas que establezca el código de la materia.

2.3.2. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y SU TRAMITACIÓN

El llamado divorcio voluntario judicial o por mutuo consentimiento ésta contemplado en el código civil vigente para el estado de México en su título quinto relativo al matrimonio, capítulo IX del divorcio, donde en su artículo 257 establece que;

Art. 257.- “ Los cónyuges pueden divorciarse por mutuo consentimiento ocurriendo al juez competente en los términos que establezca el código de procedimientos civiles, en cuyo caso presentarán al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos :

I.- La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento;

II.- La cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo;

III.- Si hubiere hijos, la designación de la persona a quienes sean confiados después de ejecutoriado el divorcio;

IV.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; y

V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, 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. “¹⁸

Este tipo de divorcio tiene lugar una vez que los consortes convengan de mutuo acuerdo en ello, y siempre y cuando los cónyuges sean mayores o menores de edad, tengan hijos, y por ello no puedan tramitar el divorcio administrativo, la legislación procesal civil vigente para el estado de México impone como condición para tramitar el presente procedimiento que el matrimonio que se pretende disolver tenga por lo menos un año de duración, apartir del momento de su celebración

¹⁸ Código Civil Para El Estado Libre y Soberano De México. Ediciones Delma. S.A. De C.V.. Décima Segunda Edición . México, 2000. Páginas 35 y 36 .

El distinguido maestro Eduardo Pallares en relación al tema nos dice;

“ Aunque generalmente se afirma que el divorcio voluntario se lleva a cabo en la vía de jurisdicción voluntaria, en realidad no es así, porque el código procesal no lo incluye en el título relativo a dicha jurisdicción, y además, principalmente porque hay en el cuestión entre partes, en la tramitación de esta clase de divorcio “¹⁹

El artículo 257 del código civil mexiquense expresa que ambos cónyuges de mutuo acuerdo deben acudir ante el juez civil competente que corresponda a su domicilio conyugal y deben exhibir un convenio para garantizar los derechos de los hijos; éste código civil considera al divorcio por mutuo consentimiento, un divorcio voluntario de tipo judicial, sin embargo debemos aclarar que aquí no existe controversia alguna entre partes, es decir, la controversia no ésta en la voluntad de las partes en quererse divorciar, sino en el planteamiento que se haga en el convenio que se exhibe ante el juez civil, respecto de la condición futura de los hijos, respecto de la forma de cumplir los padres con la obligación alimentaria hacia los hijos, así como la garantía que se debe otorgar para cumplir con dicha obligación.

La autoridad jurisdiccional no puede decretar el divorcio, sino cuando se apruebe el convenio, al cual como veremos se puede oponer tanto el juez como el ministerio público, rechazándolo por no considerarlo legal o conveniente a los intereses materiales y morales de los hijos que están sujetos a la patria potestad

Por lo tanto, en dicho juicio hay cuestiones entre partes y debido a ésta circunstancia debe figurar en los actos la incontinencia contenciosa, ya que la parte contraria a los cónyuges es el representante social adscrito al juzgado, quien vela por los intereses y derechos de los menores hijos habidos en el matrimonio.

Es tal la importancia del convenio a que se hace referencia, que el mismo sirve de base al divorcio voluntario judicial, considerando algunos tratadistas que es un verdadero contrato de derecho público, porque tanto el estado como la sociedad, tienen interés en que se otorgue conforme a las reglas que rigen al matrimonio y al divorcio, pues están de por medio los intereses de los hijos menores de edad, y los derechos de los cónyuges que se derivan del matrimonio, todo lo cual concierne a la institución de la familia.

El maestro Eduardo pallares nos comenta al respecto:

¹⁹ Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 16º edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984. P. 268.

“ Es un contrato sui-géneris, porque la ley obliga a los consortes a incluir en él, diversas capitulaciones matrimoniales sin las cuales carece de validez y eficacia jurídica .

En otros términos los cónyuges no tienen plena libertad para otorgarlo fuera de las prescripciones legales “²⁰

TRAMITACION.

Continuando con el tema que nos ocupa, la tramitación del llamado divorcio por mutuo consentimiento está contemplada en el capítulo II, título sexto dentro de los llamados procedimientos especiales, del código de procedimientos civiles para el estado de México.

Así dispone el artículo 811 del referido código en los siguientes términos:

Art. 811.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos del artículo 257 del código civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio a que se refiere ese precepto, así como una copia certificada del acta del matrimonio y de las del nacimiento de los hijos menores.

Desentrañando lo que nos dice la norma civil, es muy clara al afirmar que debe existir voluntad de ambos cónyuges o mutuo acuerdo al desear divorciarse, asimismo se aprecia que el artículo 811 obliga a los consortes a exhibir o presentar junto a la solicitud de divorcio, un convenio referente a la garantía de los derechos que los menores hijos deben tener, durante y después de ejecutoriado el divorcio.

Hecha la solicitud de divorcio, el juez cita a los cónyuges y al representante del ministerio público a una audiencia en la que se tienen que identificar los cónyuges, que normalmente se efectúa después de los ocho y antes de los quince días siguientes, asistiendo los interesados los exhorta para procurar su reconciliación .

Si no logra avenirlos, el juez aprueba provisionalmente los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de los hijos menores y de los que un cónyuge deba dar a otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias del aseguramiento, oyendo al representante del ministerio público.

²⁰ Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 16ª edición. Edit. Porrúa, S.A., México, 1984. P. 275.

Si los cónyuges insisten en su propósito de divorciarse, cita el juez a una segunda audiencia que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes; en ella vuelve a exhortar a los cónyuges al igual que en la anterior con el propósito de averarlos. Si tampoco se lograre una reconciliación y en el convenio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el juez oyendo el parecer del representante del ministerio público, sobre éste punto, dictará la sentencia en que quedara disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

Puede suceder, que el ministerio público se oponga a la aprobación del convenio por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, en éste supuesto propondrá las modificaciones que estime procedentes y el juez lo hará saber a los cónyuges para que dentro del término de tres días manifiesten si aceptan las modificaciones.

En un dado caso de que no las aceptaran, el juez resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley cuidando de que en todo caso queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.

Si el convenio no fuere aprobado, no podrá decretarse la disolución del matrimonio.

Como podemos observar el divorcio voluntario de tipo judicial es un procedimiento bastante sencillo de tramitar, el legislador le ha otorgado el carácter de judicial por el hecho de que se afectan los derechos de los menores hijos, y ha considerado que mientras no queden bien garantizados los mismos los cónyuges no pueden por capricho propio disolver su matrimonio. Ahora bien, aunque propiamente no existe una controversia entre los consortes o una causa bastante grave para disolver un matrimonio, el legislador les ha otorgado la facultad de poder hacer valer ese derecho de divorcio ante los tribunales competentes, cuando ya los cónyuges consideran que se ha perdido ese cariño mutuo, el respeto, y la confianza.

El legislador más que preocuparse por la futura situación jurídica de los cónyuges, se preocupa por los menores hijos, resguardando sus derechos y poniéndolos a salvo de unos padres que en muchas ocasiones son tan irresponsables y tan faltos de afecto hacia sus hijos.

El propio artículo 257 del código civil mexiquense es un artículo que tiene como contenido una serie de normas que son de carácter proteccionista y que tienden a garantizar a través de un convenio los futuros derechos de los hijos quienes son la parte más delicada de éste tipo de juicios, y a quienes beneficia por el solo hecho de que gozarán de buena alimentación, educación, afecto, y todas las atenciones que sus padres deben brindarles.

2.4. EL DIVORCIO CONTENCIOSO NECESARIO Y SU TRAMITACIÓN.

El código civil vigente para el estado de México, nos habla del divorcio contencioso necesario y las formalidades que se deben cubrir para poder demandarlo.

Este tipo de divorcio procede siempre y cuando sea solicitado a petición de uno de los cónyuges, e invocando alguna de las causales que contempla la ley, es decir, cuando un cónyuge demande al otro por alguna circunstancia, acto, o supuesto y que realiza cualquiera de ellos y que se encuadra dentro de la norma jurídica que prevé la ley como causal para demandar a través de juicio, el divorcio necesario.

El código civil mexiquense impone al cónyuge demandante la obligación hasta cierto punto ineludible de que deberá acreditar o comprobar plenamente la causal que invoca en su demanda, para estar el juzgador en la decisión de poder decretar la disolución del vínculo matrimonial

Este tipo de divorcio se encuentra regulado en el artículo 253 del código civil mexiquense, en dicho precepto se encuentran enumeradas y de manera limitativa las dieciocho causales que el legislador ha considerado que son las únicas que por su gravedad van a traer como consecuencia la imposibilidad o dificultad de la vida en común de los cónyuges.

De las dieciocho causales mencionadas las que más son invocadas por las partes en el juicio de divorcio necesario son las siguientes:

Art. 253.- Son causas de divorcio necesario:

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

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

Fracción XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 151 y 152;

Fracción 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 cualesquiera de ellos.

TRAMITACIÓN.

Por lo que respecta a la tramitación de éste tipo de divorcio debemos señalar que tiene su fundamento jurídico en el artículo 253 del código civil mexiquense, que en sus dieciocho fracciones contenidas faculta a los ciudadanos del estado de México a hacer valer sus derechos, y siempre y cuando cualquiera de los cónyuges en su matrimonio se situó dentro de alguna de las hipótesis previstas por dicho precepto jurídico, como causal para invocar y demandar el llamado divorcio contencioso necesario en la entidad señalada.

El procedimiento o tramitación que se sigue en dicho divorcio aparece contemplada en el libro segundo, título cuarto relativo a los juicios, capítulos I, II, III, IV, V, y VI. Que nos hablan del juicio escrito, del emplazamiento, contestación de la demanda, término probatorio, audiencia final del juicio, y sentencia, respectivamente del código de procedimientos civiles para el estado de México.

Este tipo de divorcio se tramita bajo las reglas del juicio ordinario civil, es decir con todas y cada una de las etapas que comprende desde la presentación de la demanda hasta la citación para oír sentencia ambas partes.

Nos dice el código civil vigente para el estado de México que una vez que el cónyuge divorciante halla presentado su demanda, el juez le dará el trámite siempre y cuando se encuentre ajustada conforme a derecho y no adolezca de algún requisito. (artículo 589).

Una vez que el juez ha admitido la demanda de divorcio a trámite, emplaza al cónyuge demandado, corriéndole traslado con las copias de la demanda, para el efecto de que produzca su contestación en el término de nueve días. (artículo 594).

Las excepciones y defensas que tenga que hacer valer el cónyuge demandado en el juicio, cualesquiera que sea su naturaleza se harán valer al contestar la demanda; sobre las excepciones supervenientes y aquéllas de que no halla tenido conocimiento podrá oponerlas el demandado hasta antes de la conclusión del término probatorio, pero no serán admitidas después de cinco días de que haya tenido conocimiento de los hechos en que se funda. (párrafo primero, artículo 600).

El cónyuge demandado al contestar la demanda, si opone alguna excepción podrá indicarle al juez el término que a su juicio necesite para demostrarlas.

El artículo 604 del código civil en comento nos dice asimismo que cuando haya transcurrido el término del emplazamiento, sin haber sido contestada la demanda, se tendrán por confesos los hechos, y siempre que el emplazamiento se haya hecho de manera personal y directa al demandado, su representante o apoderado; quedando a salvo sus derechos para probar en contra el demandado. En cualquier otro caso, se tendrá por contestada en sentido negativo.

Contestada la demanda, el juez abrirá el juicio a prueba por un término que no excederá de treinta días. Asimismo el término de prueba fijado por el juez se dividirá en dos grandes periodos comunes a las partes e improrrogables cada uno de ellos.

El primer periodo será el de una tercera parte del término de prueba que servirá para que cada cónyuge proponga en uno o varios escritos la prueba que le interese. El segundo periodo comprenderá las dos terceras partes del término probatorio, y se utiliza para desahogar las pruebas que hubiesen propuesto las partes.

Por otro lado, para cada prueba de cada parte se abrirá cuaderno separado que se agregará después a los autos.

Cuando no haya controversia sobre los hechos pero si sobre el derecho, se citará desde luego a una audiencia de alegatos a las partes, una vez que se hayan desahogado todas las pruebas y el secretario de acuerdos del juzgado haya certificado que ha quedado formalmente cerrado el periodo de ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, esto es a los cinco días siguientes. Cabe aclarar que cualquiera de las partes tiene derecho a pedir al juez se señale día y hora para la celebración de la audiencia de alegatos, siendo esto así el juez lo hará fijando una fecha que estime conveniente dentro de un plazo no mayor de quince días y dentro de ese plazo los autos del juicio estarán en la secretaría del juzgado a la vista de las partes para que tomen apuntes. La citación de audiencia para oír alegatos, tendrá efectos de citación para sentencia.

Es muy importante mencionar que el artículo 621 del código de procedimientos civiles para el estado de México, en relación con el artículo 620 del mismo ordenamiento adjetivo civil establece que no procede la confesión de la demanda, ni el allanamiento del demandado tratándose del juicio de divorcio necesario, por lo que el juez deberá abrir el juicio a prueba y resolver conforme a las pruebas aportadas por las partes.

Como podemos apreciar el juicio de divorcio necesario es un juicio muy técnico y donde se tienen que respetar ciertas formalidades y en especial los términos para el efecto de estar en aptitudes de poder promover lo que corresponda con arreglo a derecho. El cónyuge demandante puede aplicar cualesquiera de las dieciocho causales que marca el código civil, sin

olvidar nunca que en el momento procesal oportuno tiene que acreditar y probar su dicho en juicio y fundamentarlo para el efecto de que el juez pueda tener la certeza de que el demandante tiene la razón en todo lo que manifiesta.

Al respecto sobre el tema que nos ocupa, el maestro Eduardo Pallares nos dice:

“ Dada la gravedad de la disolución del vínculo conyugal, el legislador no ha querido que los tribunales tengan la facultad de establecer causas diferentes de las que el consideró las únicas justificadas “

Por otra Sara Montero Duhalt nos sigieré que para poder prosperar la acción de divorcio necesario, deben acreditarse los siguientes extremos o presupuestos:

1.- La existencia de un matrimonio válido.- el cual como podemos comprender se acredita con la existencia y exhibición de la copia certificada del matrimonio de los cónyuges.

2.- Debe promoverse la acción ante juez competente.- En relación a este punto, el artículo 51 del código procesal civil para la entidad federativa, fracción XIII señala que tratándose de juicios de divorcio será juez competente el del último domicilio de los cónyuges y en caso de abandono del hogar lo será el domicilio del cónyuge abandonado. En el caso de no existir domicilio conyugal será competente el juez del domicilio del cónyuge demandado, de acuerdo con la fracción IV del mismo artículo.

3.- Expresión de causa específicamente determinada en la ley: en relación a esto se establece que el cónyuge demandante podrá invocar una o varias de las causales previstas en la ley para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, y toda vez que cada causal tiene un carácter autónomo deberán ser estudiadas cada una por el juzgador de manera separada.

4.- Legitimación procesal.- significa que la acción de divorcio es de carácter personalísimo y que únicamente la podrá ejercitar el cónyuge demandante, en el caso de que uno o ambos cónyuges sean menores de edad, necesitaran del nombramiento de un tutor de conformidad con lo que establece el artículo 620 fracción II de código civil vigente para el estado de México .

5.- Tiempo hábil.- en éste caso deberá ejercitarse la acción dentro de los seis meses siguientes al día en que tuvo conocimiento el cónyuge inocente de los hechos en que funda su demanda. La misma ley establece que tratándose de causales como la de abandono del hogar conyugal, enfermedades, mientras estas perduren no existe término de caducidad, podrá entonces el cónyuge inocente solicitar el divorcio en cualquier tiempo.

6.- Que no haya habido perdón.- el artículo 263 del código civil mexiquense en relación a éste punto, establece que no podrá fundar su demanda en las causales que señala el artículo 253 del mismo ordenamiento, el cónyuge que haya otorgado el perdón expreso o tácito al cónyuge culpable. Asimismo la reconciliación de ambos cónyuges antes de que la sentencia cause estado, da por terminado el juicio de divorcio.

7.- Formalidades procesales.- significa que durante todo el tiempo que dure el juicio de divorcio, las partes deben cumplir con todos los requisitos y formalidades que la propia ley señala, especialmente con los términos para promover cuando sea oportuno.

Pasando a otro orden de ideas, el juicio de divorcio necesario acarrea una serie de efectos tanto provisionales como definitivos en relación con los cónyuges, sus bienes, sus hijos, etc.

Al respecto el artículo 266 del código civil mexiquense señala que al admitirse la demanda de divorcio necesario, el juez del conocimiento podrá dictar algunas medidas provisionales, las cuales tendrán efectos solo mientras dure el procedimiento y que son los siguientes:

1.- Podrá ordenar que los cónyuges vivan separados.

Esta medida normalmente es tomada por el cónyuge demandante, quien solicita al juez del conocimiento que le autorice sólo mientras dura el juicio la separación del otro cónyuge, en tanto se resuelve en definitiva el divorcio, por consiguiente al autorizar el juez ésta separación provisional no incurre el actor o demandante en el abandono de hogar que contempla el código civil mexiquense como causal de divorcio. Consideró que es muy viable ésta petición ya que al no existir entre los cónyuges los mismos lazos de amor, de afecto, y de respeto que como relación de pareja venían cultivando desde que contrajeron matrimonio, es indudable que se hace más difícil seguir viviendo juntos bajo el mismo techo con el cónyuge demandado.

2.- Podrá señalar el juez, el monto que por concepto de pensión alimenticia deberá de cubrir el cónyuge deudor a favor del otro y de los hijos, asimismo la forma de asegurar estos.

En éste supuesto el cónyuge deudor tendrá la obligación de seguir proporcionando los alimentos a sus acreedores alimentarios, de acuerdo con una cantidad fija que determine el juez, esto es, que si por ejemplo el demandado es el padre entonces el juez le impone esa obligación de acuerdo a las posibilidades económicas que tenga otorgando una cantidad determinada a título de pensión provisional para sus menores hijos y atendiendo a las necesidades de estos últimos para su manutención, ésta pensión deberá ser justa y equitativa. Además los alimentos son una

prestación de interés público y de extrema urgencia. Esta pensión provisional se podrá convertir en definitiva si el juez la decreta, sin embargo si el juez estima de ser procedente la acción intentada, también podrá aumentar proporcionalmente la pensión dependiendo el número de hijos que se tengan, sus edades, y a las necesidades de estos últimos.

3.- El juez señalará las medidas pertinentes para evitar que los cónyuges puedan causarse perjuicios en sus respectivos bienes, o en su caso los que integran la sociedad conyugal.

En ésta situación el juez previene a los cónyuges, para el efecto de que se abstengan de enajenar, menoscabar o gravar por cualquier medio los bienes que integran la sociedad conyugal, y en caso contrario podrá aplicarles alguno de los medios de apremio que señala la ley.

4.- Las medidas que estime pertinentes para el caso de que la divorciante se encuentre en estado de gravidez.

Estas medidas se implementan para evitar en un futuro la paternidad irresponsable, y poder precisar la filiación el producto o futuro bebé.

5.- Señalar por acuerdo de ambos cónyuges, la persona ante quien deberá quedar la custodia de los hijos, pudiendo quedar dicha custodia a favor de uno de ellos. En el caso de no poderse poner de acuerdo, el cónyuge demandante podrá proponer la persona a cuyo cargo deberá ser confiada la custodia de los hijos, debiendo por lo tanto el juez resolver lo que proceda conforme a derecho.

En la práctica profesional sucede con mucha frecuencia que es el cónyuge inocente o demandante quien al presentar su demanda, en el apartado de medidas provisionales solicita para sí la guarda y custodia de sus menores hijos. Sin embargo suele suceder que al dictarse sentencia definitiva en un juicio de divorcio necesario, cuando los hijos son menores de edad, es decir menores a siete años, la guarda y custodia definitiva estará a cargo de la madre, toda vez, que a esa edad los hijos tienen una total dependencia física, psicológica, y emocional hacia la madre por los cuidados que les dan a sus hijos, su alimentación adecuada, y se preocupan más cuando tienen problemas de salud; situación que no acontece en el caso del padre.

Todas estas medidas provisionales decretadas durante la tramitación del juicio de divorcio necesario pueden ser modificadas en cualquier momento del juicio mediante la interposición de algún incidente, conforme a las pruebas que le fueron exhibidas, o al momento de dictar sentencia definitiva.

EFFECTOS DEFINITIVOS EN EL DIVORCIO NECESARIO.

De manera sencilla pero explicativa, diremos que los efectos definitivos en el juicio de divorcio necesario se dan en relación a; los cónyuges, en relación a los hijos, y en relación a su bienes

1) En relación a los cónyuges:

Una vez que ha sido decretada la disolución del vínculo matrimonial, los cónyuges dejan de tener el carácter de esposos, esto es una vez que ha causado ejecutoria la sentencia definitiva del juicio de divorcio necesario, adquiriendo apartir de ese momento el estado civil de divorciados, recobrando ambos su entera capacidad para contraer nuevas nupcias, en los términos que determina la ley.

Es muy importante que si la mujer divorciada fuere inocente, debe dejar transcurrir cuando menos 300 días entre la disolución de su matrimonio y la fecha señalada por ella misma para contraer nuevas nupcias, para el supuesto caso de que si da a luz antes del vencimiento de ese plazo o posteriormente, estar en la posibilidad de establecer la presunta paternidad del futuro bebé. Por otro lado el juez condena al cónyuge culpable a otorgar alimentos al cónyuge inocente, en el supuesto de que el inocente sea la mujer tendrá derecho a alimentos siempre y cuando no contraiga nuevo matrimonio y viva honestamente.

Tratándose del divorciado inocente cuando sea el hombre, tendrá derecho a que la mujer culpable le otorgue alimentos, y siempre y cuando se encuentre imposibilitado físicamente para trabajar y no tenga bienes. Asimismo el cónyuge que sea declarado culpable y cause daños y perjuicios a los intereses del inocente deberá responder como autor de un hecho ilícito.

2) En relación a los hijos:

Respecto a la patria potestad es el juez quien atendiendo a la gravedad del caso resolverá sobre los derechos y las obligaciones inherentes que los divorciados tienen con sus menores hijos, quedarán obligados aquellos a dar alimentos a éstos en forma proporcional hasta que alcancen la mayoría de edad.

La ley marca que los hijos deben quedar bajo la guarda y custodia del cónyuge inocente, si sucediera que los dos son culpables, quedarán bajo resguardo de los ascendientes en línea paterna, o a quien corresponda la patria potestad; a falta de cualquiera de los ascendientes en ambas líneas paterna y materna, se les nombrará un tutor, de conformidad con lo que establece el artículo 267 del código civil vigente para el estado de México.

3) En relación a los bienes:

El procedimiento procesal civil en la entidad mexiquense, nos dice que una vez que ha sido decretado el divorcio, se deberá disolver la sociedad conyugal, por lo que deberá procederse a su liquidación, donde se tienen que observar todas las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que tengan pendientes entre sí los divorciados y de éstos con respecto a sus hijos.

Por otro lado, el cónyuge culpable perderá todos los bienes que le hubiese dado o prometido el cónyuge inocente u otra persona en consideración a éste, conservando el divorciante inocente lo recibido.

Consideraciones.- Una vez que hemos estudiado los diferentes tipos de divorcio que contempla la legislación civil vigente para el estado de México, creó que el tipo de divorcio que más problemas presenta es el divorcio contencioso o necesario ya que existe una causa en él que hace imposible continuar viviendo juntos a los cónyuges y en muchas ocasiones a los hijos también, en una comunidad donde deben existir siempre esos principios de respeto, amor confianza, fidelidad y cuidado que se deben los cónyuges desde el momento en que deciden contraer matrimonio entre sí y que debe existir posteriormente cuando nacen los hijos y crecen al amparo de sus padres. Hoy en día es triste saber que la institución jurídica del matrimonio en nuestro país va en decadencia de más a menor número de matrimonios, por el hecho de que ese fenómeno social llamado divorcio es el cáncer de nuestra sociedad actual, se ha ido filtrando a tal grado que si una pareja decide casarse el día de hoy cuando mal les va en su matrimonio, cuando más a los dos meses ya quieren divorciarse los cónyuges, sin considerar que el matrimonio es una formalidad de la vida en común para conocerse más como pareja, brindarse ayuda mutua, respetarse, apoyarse en todos los quehaceres de la vida y dar lo mejor de cada uno al otro y a los hijos.

Particularizando el tema del divorcio en el estado de México, creó pertinente señalar que la legislación procesal civil en el estado debe ser modificada en el sentido de que tratándose del juicio de divorcio necesario, el legislador mexiquense debe ser más considerado al establecer las bases del juicio ordinario civil, proteger con suma cautela los derechos de los cónyuges en su matrimonio, esto en atención a que en la práctica profesional me he percatado de que en el juicio de divorcio voluntario judicial y administrativo siempre existe una oportunidad de los cónyuges para reconciliar sus diferencias en su matrimonio tratándolos de avenir y cuidando con esto no desintegrar un hogar, el juez les señala una audiencia o junta de avenencia; cosa que no sucede en el juicio de divorcio necesario.

Considero conveniente que el legislador debe de establecer nuevas bases y adicionar dentro del capítulo del juicio escrito especialmente del juicio

ordinario civil una audiencia conciliatoria o de avenencia de ley, para aplicarla al juicio de divorcio necesario, para que una vez que el cónyuge inocente o demandante presente su demanda y se le de vista con las copias al demandado antes de que éste último produzca su contestación, es decir, antes de que fenezca el término de nueve días, estuviera el juez en aptitud de mandar llamar a ambos cónyuges a una audiencia de avenencia y reconciliarlos para no tener que enfrentarse a un juicio bastante molesto y tardado.

Este tipo de audiencia conciliatoria se llevaría a cabo, sobre todo en causales como las de injurias, abandono del hogar conyugal, o por enfermedad, donde no existe mucha gravedad y no se ponen en riesgo los derechos tanto de los cónyuges como de sus hijos. Al intentar una reconciliación los cónyuges no romperían su matrimonio y evitarían los jueces tener tanto rezago de juicios en los tribunales.

Sería oportuno señalar que si los cónyuges ya no se llevan bien como pareja por diversas causas imputables tanto a uno como al otro, pues cortar sanamente su relación mucho mejor con un juicio de divorcio por mutuo consentimiento, aún existiendo hijos amigablemente como hemos visto se puede llegar a un arreglo a través de un convenio judicial, ya que sería más fácil y menos traumático para los cónyuges y aún para los hijos si los hay. Se da el caso de que en muchos de los juicios por divorcio necesario, hacen comparecer a los hijos a las audiencias, lo cual considero es bastante molesto por el hecho de que les crean a éstos últimos sus padres un daño psicológico muy difícil de reparar, pues daña su reputación, su imagen, su autoestima, etc, creando en ellos una imagen de rencor hacia el padre o la madre que ésta como demandado.

El divorciarse hoy en día implica un arma de dos filos; porque tratándose del juicio de divorcio necesario puede suceder que el demandado éste de acuerdo en disolver su matrimonio de una manera pacífica; o por el contrario decir que no desea divorciarse, pero que desea dialogar con su mujer o con su marido para solucionar éste problema. El problema estriba en que si cualquiera de los cónyuges confía su divorcio a un abogado con falta de ética profesional, quizás movido por intereses económicos más que profesionales, lo que bien pudiera terminar en una tranquila reconciliación o un trámite de divorcio por mutuo consentimiento, termina en un gran pleito necesario donde casi siempre los hijos serán los más afectados, pues terminan odiando aún más al padre o la madre que ésta como demandada, y los cónyuges entre sí acrecientan más su odio, por lo pronto podemos asegurar que en un juicio de divorcio necesario los más afectados serán siempre los hijos.

CAPITULO TERCERO.

FUENTES GENERADORAS DE LA

PATRIA POTESTAD.

3.1. CONCEPTO MODERNO DE MATRIMONIO.

El matrimonio es la figura jurídica mas importante de nuestro actual derecho familiar que existe en nuestro país, para conocerlo mejor debemos *desentrañar* el significado de la palabra matrimonio; y al efecto desde el punto de vista etimológico quiere decir " carga, gravamen o cuidado de la madre ", y se deriva de la voz latina " *matrimonium* " .

Dada la trascendencia jurídica que tiene el matrimonio, el derecho civil mexicano le ha dedicado una atención más constante, además de que es la forma regular de constitución de la familia . Este puede ser definido desde el punto de vista biológico, sociológico, religioso, e histórico, sin embargo por razones del esquema del presente trabajo, se aborda únicamente desde el punto de vista jurídico.

Respecto del matrimonio, los *tratadistas* y estudiosos del derecho tienen su propia idea acerca del mismo, sin que hasta el momento exista unidad de criterio para encontrar un concepto unitario y poder precisar su definición, esto en atención a que es imposible hallar un concepto totalitario y valido para todas las culturas y épocas, además de que el matrimonio es tan variado en las diferentes culturas en que se da. Sin embargo en nuestro país existen tratadistas y abogados que han acertado en la idea de poder definir a tan importante figura jurídica, para el distinguido maestro Rafael Rojina Villegas, matrimonio " es una institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesaria. De él derivan todas las relaciones, derechos, y potestades, y cuando no hay matrimonio sólo pueden surgir tales derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera " ²¹.

Para el distinguido maestro Rafael De Pina, matrimonio; " es el acto bilateral solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo, una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes " ²².

Gramaticalmente " es la unión de un hombre y de una mujer libres. Tomó el nombre de las palabras latinas "matris y munium," que significan oficio de madre, y no se llama patrimonio, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y lactancia " ²³.

²¹ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A., México, 1996. Pág. 149.

²² De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México, 1995. Pág. 316.

²³ Escriche, J. Diccionario Razonado de Jurisdicción y Jurisprudencia. Edit. Porrúa, S.A., París, garnier, página. 1254.

El matrimonio fue y sigue siendo la institución jurídica más importante dentro de la sociedad, ya que en ella se desarrollan relaciones familiares que necesariamente repercuten en la sociedad en la que se vive.

Sara Montero Duhalt, en relación al matrimonio señala:

“ en la acepción jurídica, son tres las acepciones jurídicas en éste vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores”²⁴

Sin dar concepto de la institución, la constitución federal de la república establece que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer que se unen no transitoriamente, sino con la idea de perpetuar la especie, ayudándose mutuamente y soportar las cargas de la vida teniendo como fines la cohabitación, fidelidad, debiendo revestir el contrato, la solemnidad que la ley exige para que el matrimonio exista. Atendiendo a su formalidad ésta pasa a formar parte de la solemnidad al igual que la intervención de un tercero investido de fe pública para casos del estado civil y en cuanto a su naturaleza jurídica también el código civil resuelve que es un contrato.

Las anteriores concepciones jurídicas conjuntamente reúnen un acertado concepto del matrimonio, porque dan elementos esenciales que lo constituyen como tal; es unión de vida entre un hombre y una mujer celebrado con las solemnidades que exige la ley, y que voluntariamente se someten a las normas establecidas para su unión .

Siguiendo con nuestro estudio, la legislación civil vigente en el estado de México en relación al matrimonio nos proporciona su concepto en los siguientes términos:

Art. 131.- “ El matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente”²⁵

.De la anterior definición dada por el código civil mexiquense podemos deducir que para nuestro actual derecho moderno, matrimonio .- es el vínculo jurídico que une a un sólo hombre y una sola mujer con el firme propósito de procrear a los hijos y ayudarse mutuamente en las cargas de la vida.

²⁴ Montero Duhalt, Sara. Derecho De Familia. Editorial Porrúa Hnos. S.A., México, 1983, Página 94.

²⁵ Código Civil Para el Estado Libre y Soberano De México. Ediciones Delma. S.A. De C.V. Décima Segunda Edición. México, 2000. Pág. 19.

3.2. EFECTOS DEL MATRIMONIO EN RELACION A LA PERSONA DE LOS HIJOS.

Los efectos del matrimonio con respecto a la persona de los hijos, se pueden apreciar desde tres diferentes puntos de vista:

- a) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos;
- b) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres; y
- c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

Analizaremos sucesivamente los tres efectos citados brevemente.

a) El actual código civil vigente para el estado de México, al referirse a los efectos que produce el matrimonio en relación a la persona de los hijos, en su capítulo primero, título séptimo relativo a la paternidad y filiación, libro primero de las personas, en su artículo 307 dispone:

Artículo 307.- " Se presumen hijos de los cónyuges :

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial " ²⁶

b) El efecto que produce en los hijos nacidos fuera de matrimonio subsecuente de sus padres, es el derecho de que adquieran con posterioridad al matrimonio, la calidad de hijos legitimados mediante el matrimonio y habidos antes de su celebración como lo establecen los artículos del 336 al 341 del código civil vigente para el estado de México, y al efecto transcribimos lo siguiente:

²⁶ Código Civil Para el Estado Libre y Soberano De México, Ediciones Delma, S.A. De C.V. Décima Segunda Edición. México, 2000. Pág. 43. . .

Artículo 336.- “ El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración “ ²⁷

Así también el artículo 337 del mismo ordenamiento civil mexiquense en comento establece que para que los hijos gocen del derecho que les concede el artículo 336, sus padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, conjunta o *separadamente*.

c) En relación a éste punto, debemos señalar que el código civil vigente para el estado de México en sus artículos del 393 al 406 relativos a la patria potestad y su ejercicio, no atribuyen efectos en cuanto a la patria potestad que se deriven de matrimonio, pues éstos existen independientemente del matrimonio, en favor y a cargo de los padres y abuelos, sean de matrimonio o fuera de matrimonio. Por éste motivo nuestro actual código civil mexiquense al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad de hijo de matrimonio, o nacido fuera de matrimonio, sino que confiere ese poder al padre y madre, a los abuelos paternos, y en su defecto a los abuelos maternos.

La certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad, no se pierde tratándose de hijos nacidos de matrimonio ó fuera de matrimonio, pues tienen las mismas condiciones y prerrogativas tanto los ascendientes que guardan una relación directa que se deriva del matrimonio, como los que adquieren obligaciones y derechos sobre la persona de los hijos que son reconocidos, legitimados, adoptados ó en el supuesto caso de que se les otorgue un tutor conforme a la ley .

²⁷ Op. Cit. Página 47.

3.3 LA FILIACIÓN .

El segundo dato biológico que configura el derecho de familia es la procreación. La regulación de éste fenómeno natural lo establece el derecho a través de una figura jurídica llamada " filiación " .

De todas las instituciones que en su conjunto configuran el derecho de familia, ninguna reviste o debiera tener la gran importancia y trascendencia de la filiación.

No existe mayor responsabilidad para los seres humanos que el de traer hijos al mundo, nadie pide nacer y sin embargo la vida se convierte para los que a éste planeta llegan en una iluminada maravilla, o en una tenebrosa desgracia, dependiendo en gran medida de la conducta de los progenitores para con sus hijos.

Lo primordial para la vida humana es recibir el don del amor, pues con él llegan todos los demás bienes en forma espontánea, otorgados por quienes aman. Más desafortunadamente el derecho solamente regula la conducta humana externa, nunca los sentimientos. El derecho impone y determina en la filiación solamente los deberes que pueden exigirse coercitivamente como es el sustento material del hijo y, aunque declara también el cumplimiento de ciertas normas éticas, la observancia de las mismas escapa a su poder.

La ley es inoperante para obligar a los sujetos a ser padres e hijos buenos y amorosos.

La filiación en su aplicación al derecho civil, equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres. Significa una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física. Algunos autores han planteado el cuestionamiento de si los términos paternidad y filiación son sinónimos o si, por el contrario cada uno tiene significación propia y distinto contenido.

Puig. Peña señala al respecto que tanto la paternidad como la filiación no son más que cuestión de palabras; se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, pues la una supone y lleva consigo la otra, ya que el padre supone al hijo, y no puede existir hijo sin su padre. Son pues, dos términos jurídicos de una misma relación. Los dos nombres de las puntas del eje paterno-filial; en una están los padres, y por ello, se llama paternidad, y en la otra están los hijos, y por ello filiación. Pero éstos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una parificación absoluta en sus consecuencias jurídicas .

3.3.1. CONCEPTO.

La filiación.- es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado; padre o madre, hija o hijo.

Desde un punto de vista más amplio, generalmente se ha entendido a la filiación como la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, una es el padre de la otra.

En un sentido vulgar, la real academia de la lengua española ha definido la filiación como " la acción y efecto de filiar, procedencia de los hijos respecto de los padres, (del latín filatio, de filius, hijo) .

Esta procedencia de los hijos requiere determinar quienes son sus padres, es decir, su origen, ya que es de éste hecho biogénético de donde se desprende un complejo número de deberes, obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las partes de ésta relación; el padre y la madre por un lado, y el hijo por el otro.

Este concepto amplio de filiación toma los nombres específicos de paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, en razón de la persona a quien se refiere en un determinado momento ésta relación.

El distinguido maestro Rafael Rojina Villegas nos proporciona en un sentido amplio y restringido lo que debemos entender por filiación en los siguientes términos: " El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de ésta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de éste sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta; la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo." ²⁸

Por su parte el maestro don Manuel Chávez Ascencio nos proporciona su concepto de filiación en los siguientes términos : " Es la relación permanente que existe entre los padres e hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares " ²⁹

²⁸ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. Editorial Porrúa, Hnos. Vigésima Séptima Edición. México, 1997. Página 452.

²⁹ Chávez Ascencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales. Editorial Porrúa, Hnos. Tercera Edición. México, 1997. Página 2.

Por su parte Planiol nos dice en relación al tema que: " la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados " ³⁰.

De los anteriores conceptos dados por los tratadistas, se puede visualizar a groso modo que ninguno de ellos hace diferencia alguna entre hijos que hayan nacido dentro o fuera de matrimonio para evaluar el estado civil de sus padres o ascendientes directos, esto en atención a que en nuestro actual Derecho mexicano, en la filiación como figura jurídica no se prejuzga si los hijos son legítimos o nacidos de matrimonio o ilegítimos, toda vez que la propia constitución federal de la república los protege al señalar en su artículo 4º que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas .

Los propios legisladores y los tratadistas mexicanos han reconocido que para otorgar un concepto de filiación, no se debe hablar en un sentido restringido refiriéndose sólo a los hijos concebidos o nacidos dentro del matrimonio, por el contrario el concepto es amplio y genérico, esto con la finalidad de que la ley civil en materia familiar y la propia constitución federal tengan la obligación por medio de sus instituciones públicas a proteger, promover, y auxiliar a todos los hijos menores en sus derechos, aunado a la obligación que tienen los padres como deber primario de proteger y promover a los hijos, como principales obligados y procreadores y nada ni nadie puede liberarlos de su responsabilidad.

El actual código civil vigente para el estado de México, con respecto al tema que nos ocupa, en sus capítulos del primero al cuarto, título séptimo, libro primero relativo a las personas, nos hablan respecto a la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonio y nacidos fuera de matrimonio; sin hacer pronunciamiento alguno sobre la idea ó concepto que se tiene de la filiación, sin embargo tenemos la certeza que al igual que el código civil vigente para el distrito federal, se conduce en los mismos términos sin tener un criterio unificado sobre éste concepto.

Una vez que se han analizado los anteriores conceptos, estamos ante la posibilidad de proponer nuestro concepto personal en relación a la filiación.

Filiación.- es la relación que se establece entre el padre ó madre y el hijo o hija donde existen una serie de deberes, derechos y obligaciones

³⁰ Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cajica, S.A., Puebla, por. México. Página 101.

recíprocos, derivados por el nacimiento y que tienen consecuencias jurídicas tanto para padres como para hijos “ .

3. 3. 2. E F E C T O S .

Los efectos o consecuencias jurídicas que se producen entre padres e hijos con respecto a la filiación, son los mismos tratándose de hijos nacidos de matrimonio, ó ya sea de hijos nacidos fuera de matrimonio.

Al respecto diremos que los efectos son los mismos en tratándose de hijos:

A) Nacidos de matrimonio; y.

B) Nacidos fuera de matrimonio; 1) reconocidos.
2) legitimados.

A) De los hijos nacidos de matrimonio.

El código civil vigente para el estado de México establece en su artículo 307 cuales son los considerados hijos de matrimonio, y al efecto reza el mencionado artículo:

Artículo 307.- " Se presumen hijos de los cónyuges:

1.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

11.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial. " ³¹

B) De los nacidos fuera de matrimonio;

En relación a éstos, el propio código civil mexiquense dispone en sus artículos 342 y 336 respectivamente lo siguiente;

Artículo 342.- " La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad " ³².

³¹ Op. Cit. Pág. 43

³² Op. Cit. Pág. 47

Artículo 336.- " El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración " ³³

Los efectos en relación a los hijos son los mismos independientemente de que sean hijos de matrimonio ó fuera de matrimonio. Sin embargo aquellos hijos extramatrimoniales que no hubieren sido reconocidos por sus padres ó que de ellos no hubieren logrado una sentencia que reconozca la filiación, no podrán quedar comprendidos dentro de los efectos que sólo se pueden generar de la relación jurídica derivada de la relación biológica.

Por lo tanto los efectos tenemos que referirlos a los hijos habidos de matrimonio, y a aquellos hijos que están dentro de la relación paterno-filial por reconocimiento de sus padres, o por matrimonio posterior de los padres que hayan tenido hijos antes de la celebración del mismo, y que hace que se tengan como nacido de matrimonio los hijos, llamado también legitimación.

Como principales efectos se pueden señalar los siguientes:

1.- Utilizar los apellidos de los padres.- Los hijos menores de edad y aún los nacidos tienen derecho de que se incluya en su nombre los apellidos paterno y materno, éste efecto se deriva de la obligación que tienen los padres respecto a sus hijos de conceder su apellido para integrar el patronímico de sus descendientes, es un deber fundamental y necesario para acreditar el estado civil.

En el acta de nacimiento se deben constar el nombre y apellidos que le correspondan al hijo. Si se trata de matrimonio se anotan ambos apellidos paternos; por el contrario si se trata de hijos extramatrimoniales se anotará el apellido del que lo reconozca o de ambos, si ambos lo reconocen.

La misma regla se aplica para el caso de adopción.

2.- Deber de otorgarse alimentos recíprocamente padres e hijos.- como consecuencia de la relación paterno-filial, es obligación respecto a los hijos nacidos de matrimonio, como a los reconocidos y legitimados de darse alimentos en los términos establecidos por el código civil vigente para el estado de México, e incumbe a los hijos también dar alimentos a los padres en los supuestos establecidos por el mismo ordenamiento jurídico.

3.- Derecho a la patria potestad.- Un vez que se da la relación jurídica paterno-filial surgen en forma automática todos los derechos, los deberes, y

³³ Código civil para el estado libre y soberano de México. Ediciones Delma S.A. de C.V., Décimosegunda edición. Actualizada. Página 47.

las obligaciones de la patria potestad que ejercen los padres sobre sus menores hijos.

Nuestra actual legislación civil para el estado de México no distingue a los hijos según su origen, la patria potestad como deber y derecho se ejerce siempre que exista la relación jurídica paterno-filial. Se ejerce por ambos cónyuges en el matrimonio y también por ambos en el caso de hijo nacido fuera de matrimonio cuando los padres viven juntos.

En los casos de divorcio o separación, uno de ellos ejercerá la patria potestad y el otro puede conservar la custodia o perderla según las circunstancias.

4.- Derecho a heredar.- otro de los efectos principales de la filiación es el de heredar la porción de bienes que le corresponda y los alimentos que fije la ley. Siendo los alimentos un derecho evidentemente de los hijos habidos de matrimonio, también los consagra la ley para los hijos que han sido reconocidos o legitimados.

En relación a los alimentos el testador tiene la obligación de dejar alimentos a los descendientes menores de 18 años y respecto de los cuales tenga obligación de proporcionárselos al momento de la muerte, y en caso de no ser suficientes y haber otros acreedores, se suministrará a prorrata entre los que tengan derecho a ellos. En el título relativo a la sucesión legítima se confirma que tienen derecho a heredar en esta forma de sucesión los descendientes del autor de la herencia.

En los capítulos respectivos se fijan las porciones que corresponden a los hijos, según participen sólo los hijos, participen con el cónyuge o participen con los ascendientes.

5.- Deber en la relación personal y jurídica con los hijos.- en éste caso existe un evidente derecho natural a la relación humana recíproca entre quienes ejercen la patria potestad y sus hijos.

La relación interpersonal se da en todos los grados del parentesco Pero va disminuyendo en la medida que el parentesco se aleja. Esta relación interpersonal se limita entre adoptante y adoptado en la adopción.

Por otro lado, la relación interpersonal tiene un contenido jurídico y la actual legislación civil para el estado de México, establece que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Esta relación es consecuencia de la convivencia dentro de la casa familiar, en la que deben permanecer los hijos mientras estén sujetos a la patria potestad, lo

que es muy necesario para poder responder y ejercer los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, para lo cual deberá haber el respeto usual entre las personas que integran la relación, independientemente de las diferencias de edades, debiendo los padres observar una conducta que sirva a los hijos de buen ejemplo.

6.- Tutela legítima.- La tutela legítima corresponde a aquellas personas que por su próximo parentesco deben responder al nombramiento y ejercer la tutela.

Los hijos mayores son tutores de sus padres o madres viudos.

3.4. OTRAS FIGURAS JURÍDICAS GENERADORAS DEL DERECHO DE FILIACION

Dentro de nuestro actual derecho mexicano, el tema de la filiación como figura jurídica reguladora de las relaciones paterno-filiales y uno de los pilares que da origen a nuestro actual derecho de familia, es tan variado y tan importante, que no podemos dejar de reconocer que la filiación como un derecho que se deriva del matrimonio como vía legítima y tradicional, no es la única figura jurídica que existe para que los hijos nacidos de la unión de dos personas (marido y esposa) sean los únicos declarados por la ley, por el contrario como vimos anteriormente existiendo hijos nacidos fuera de matrimonio la ley los protege, con la finalidad de que sus padres adquieran ese cúmulo de derechos, deberes y obligaciones en una relación jurídica que vincula al padre y la madre con el hijo é hija respectivamente para que recíprocamente se respalden en esos derechos y obligaciones y formen una comunidad de vida única.

Estas figuras jurídicas que la ley reconoce como formas de adquirir ese derecho de filiación sin lugar a dudas son; el reconocimiento, la legitimación y la adopción, que en el objetivo inmediato anterior tocamos de una manera superficial, por lo que en el presente objetivo detallamos con mucho gusto.

El código civil vigente para el estado de México regula estas tres figuras a saber como formas de *adquirir* el derecho de filiación en los artículos del 336 al 392 , título séptimo, libro primero relativo a las personas, que pasamos a explicar brevemente.

A) EL RECONOCIMIENTO.

“ Es el acto jurídico familiar por medio del cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio declaran, conjunta o separadamente, que lo reconocen y aceptan como su hijo, siempre que ello se haga en las condiciones y mediante las formas prescritas por la ley “³⁴

Por medio del reconocimiento una persona manifiesta ser padre o madre de otra, se establece una presunción en relación al padre de que el reconocido es hijo del reconociente; ésta presunción se basa en un concepto de fidelidad respecto a la mujer que lo engendró, con la cual ha tenido relaciones sexuales.

³⁴ Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales. Editorial Porrúa, Hnos. Tercera edición. México, 1997. Página 158.

El reconocimiento es un acto jurídico unilateral, solemne e irrevocable, por virtud del cual se asumen por aquel que reconoce y en favor del reconocido todos los deberes, derechos y obligaciones que le atribuye la relación paterno-filial, y al reconocido se le incorpora a la relación paterno-filial.

Nuestro actual código civil vigente para el estado de México dispone en relación al reconocimiento en su artículo 342 lo siguiente:

Artículo 342.- " La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario ó por una sentencia que declare la paternidad " ³⁵.

Este artículo es bastante claro, pues existiendo una relación de tipo biológica entre madre e hijo la primera no puede desconocerlo, por el contrario lo reconoce como su hijo existiendo como antecedentes probatorios el acta de nacimiento como registro y del parto del menor hijo. Por lo que respecta al padre, éste puede reconocer al hijo conjuntamente con la madre ó en forma separada. Se puede dar el caso de que la madre posteriormente demande a través de un juicio la presunta paternidad del hijo habido con anterioridad al matrimonio, y en ese caso de resultar condenatoria la sentencia, el juez obliga al padre a que reconozca a su hijo.

Pueden reconocer a sus hijos, los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido (artículo 343) .

Los padres pueden reconocer a sus hijos conjunta o separadamente, así también el reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor. (artículos 347 y 348) .

El artículo 343 del código civil mexiquense tiene una gran contradicción con respecto a los artículos 134 y 135 del mismo ordenamiento civil, en el sentido de que si bien es cierto que únicamente pueden reconocer los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, y si la mujer tiene menos de catorce años y el hombre menos de dieciséis, luego entonces el padre y la madre que pretendan reconocer a un hijo lo excluyen de toda posibilidad por no tener la edad para contraer matrimonio que es de 14 años en la mujer y 16 en el hombre según el propio artículo 134, y 18 años según lo dispone el artículo 135, edad exigida para ambos cónyuges con el consentimiento de sus padres.

³⁵ Op. Cit. Página 47.

Por lo que respecta al artículo 347 éste hace referencia a que ambos cónyuges podrán en forma conjunta o separada reconocer a su hijo. Este reconocimiento normalmente se da antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de la celebración del matrimonio, ó durante la vigencia de éste. Cuando el reconocimiento se haga en forma separada del padre o la madre, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquella pueda ser identificada, y las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles.

Por otro lado, el reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio se realiza de alguna de las formas siguientes:

- 1) En la partida de nacimiento ante el oficial del registro civil;
- 2) Por acta especial ante el mismo oficial;
- 3) Por escritura pública;
- 4) Por testamento; y
- 5) Por confesión judicial directa y expresa.

En los dos primeros modos que hacen referencia a la partida de nacimiento levantada ante el oficial del registro civil y al acta especial posterior ante el mismo oficial se ésta generando un estado familiar ante la autoridad administrativa designada para hacer constar los actos del estado civil ó familiar de las personas, cuyos testimonios hacen prueba plena. En realidad en el primero de los modos no se trata de un reconocimiento, sino simplemente de una gestión administrativa para declarar el nacimiento de un niño presentándolo ante el oficial del registro civil.

Por lo que se refiere a los tres últimos modos, requieren para que se constituyan como prueba plena oponible a terceras personas que se presenten al oficial del registro civil dentro del término de quince días, original ó copia certificada del documento que compruebe el reconocimiento.

Hay que apuntar aquí algo muy importante, la omisión del registro no quita los efectos legales del reconocimiento, pero conviene precisar que éstos efectos se generan sólo entre el reconociente y el reconocido, pues falta el acta del registro civil para que se produzcan efectos ante terceras personas.

Por último debemos señalar que los efectos que produce el reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio con respecto a sus padres son;

- 1) Establecer una relación biológica y jurídica de dependencia mutua;
- 2) El derecho a que el hijo lleve el apellido del que lo reconoce;

- 3) El derecho a ser alimentado por sus padres; y
- 4) Percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

B) LA LEGITIMACIÓN.

La segunda figura jurídica que el actual código civil vigente para el estado de México considera como creadora del derecho de filiación es sin lugar a dudas la legitimación.

La legitimación es un beneficio por el cual se confiere ficticiamente el carácter de hijo legítimo, con todas sus consecuencias, a los hijos concebidos fuera de matrimonio.

El distinguido maestro Rafael Rojina Villegas, nos proporciona su concepto de legitimación en los siguientes términos: " es aquella situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos, con todo los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad " ³⁶

Por su parte el tratadista Rafael de Pina en relación al tema nos dice :

" la legitimación es una institución civil que regula el cambio de situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio en virtud de la celebración posterior de éste por quienes los engendraron. " ³⁷

La palabra legitimación se emplea también para designar los efectos producidos en relación con el hijo natural, por el matrimonio de sus padres, celebrado con posterioridad al hecho de su nacimiento.

De las distintas formas de legitimación históricamente conocidas, la producida por subsecuente matrimonio de los padres del hijo natural es la única que se reconoce en el derecho mexicano.

Rojina Villegas considera que la legitimación puede implicar una fusión de dos actos jurídicos consistentes en el reconocimiento que lleven a cabo los padres del hijo natural, y del matrimonio que realicen después de haber nacido o sido concebidos los hijos naturales. Esta es la forma normal en que opera la legitimación, de tal manera que no basta sólo que los padres de hijo natural nacido o simplemente concebido celebren matrimonio, sino que se requiere además que reconozca al hijo ya nacido o que está simplemente concebido.

³⁶ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas, y Familia. Editorial Porrúa Hnos. Vigésima Séptima Edición. México, 1997. Página 489

³⁷ De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa Hnos. Décima Novena Edición. México, 1995. Página. 357.

Se considera que en esta fusión de actos jurídicos no hay retroactividad de la ley para que el carácter de hijo se atribuya desde el nacimiento, a pesar del reconocimiento que se hubiere hecho, toda vez que sólo apartir del matrimonio surte efectos la legitimación

El código civil vigente para el estado de México regula la legitimación en sus artículos del 336 al 341, y al efecto señala en su artículo 336; " El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración " ³⁸

Mencionábamos anteriormente, que para que el hijo goce de ese derecho de filiación y de ser llamado hijo legítimo, se requieren de dos actos jurídicos que tienen que realizar sus padres; por un lado deben reconocerlo conjuntamente ó por separado expresamente y por el otro deben celebrar su matrimonio, para que con posterioridad ó en el acto mismo de la celebración del mismo, automáticamente por disposición de la ley, los hijos pasan de ser hijos naturales y adquieren la categoría de hijos legítimos.

Declara el artículo 341 que también pueden gozar del derecho de ser reconocidos los hijos que aún no han nacido, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer esta en cinta, o que lo reconoce si aquélla estuviere encinta.

De lo dicho y lo previsto por la ley, se requiere para la legitimación el matrimonio y el reconocimiento de los padres. También puede darse el caso de que sin reconocimiento proceda la legitimación en el caso de que por sentencia se establezca la relación jurídica paterno-filial con los progenitores que se casaron; esto sucede si el hijo ejerce la acción de investigación de paternidad o maternidad y obtiene sentencia favorable, que hará las veces de reconocimiento.

De todo lo anteriormente manifestado, podemos precisar que la legitimación opera por ministerio de ley, pues ésta establece que el matrimonio de los progenitores legitima a sus hijos; por lo que podemos deducir que no es un acuerdo de voluntades lo que legitima, lo cierto es que sólo pueden legitimarse a los hijos que tengan un nexo biológico con el cual se pueda establecer la relación paterno-filial, y esto se puede obtener únicamente con el reconocimiento o por una sentencia que así lo establezca, pero estas situaciones por sí mismas no tienen la fuerza legítimamente, sólo la tiene el matrimonio respecto de los hijos cuya relación biológica éste legalmente

³⁸. Código Civil Vigente Para el Estado Libre y Soberano de México. Ediciones Delma. S.A. De C.V. México, 2000. Pág. 47..

comprobada, por eso la naturaleza jurídica de la legitimación combina lo legal y lo voluntario.

Por lo que toca a los efectos que produce la legitimación en la persona de los hijos legitimados con respecto a sus padres debemos señalar entre los más importantes los siguientes;

- a) El derecho a ser reconocido como hijo de matrimonio, aunque éste reconocimiento sea posterior al matrimonio de sus padres, así como el derecho de llevar los apellidos de su padre y madre por el nexo biológico y la relación ó vínculo paterno-filial que se establece por virtud del acta de nacimiento y reconocimiento respectivamente de ambos progenitores;
- b) El derecho a que se les proporcione alimentos, comprendiendo dentro de éstos los derechos inherentes que se derivan de la patria potestad y su ejercicio;
- c) El derecho a recibir la parte proporcional que le corresponda para heredar en los términos dictados por la legislación mexicana

C) LA ADOPCIÓN.

La tercera figura jurídica que contémpala nuestro actual sistema jurídico mexicano en materia civil, es la adopción.

El maestro Rafael de Pina nos proporciona su concepto de adopción como sigue; " es un acto jurídico que crea entre el adoptante y el adoptado, un vínculo jurídico de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas " ³⁹

Por su parte Manuel Chávez Ascencio dice que adopción es :

" aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima " ⁴⁰

De estos conceptos podemos observar que la adopción es una institución jurídica que crea un parentesco de tipo civil entre adoptante y adoptado, y que del mismo se deriva una relación semejante a la que se da cuando el hijo es de matrimonio ó legítimo, es decir, el hijo adoptado adquiere todos los derechos, deberes y obligaciones para con los nuevos padres por ese parentesco civil; aunque claro ésta que el parentesco natural no se extingue

³⁹ De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa Hnos. Décima Novena Edición. México, 1995. Página. 363.

⁴⁰ Chávez Ascencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales. Editorial Porrúa, Hnos. Tercera Edición Actualizada. México, 1997. Página 217.

por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al padre adoptivo.

El código civil mexiquense actualmente vigente dispone en relación a la adopción en su artículo 372 que; " Los mayores de veintiún años, en pleno ejercicio de sus derechos y aun cuando tengan descendientes, pueden adoptar a un menor o a un incapacitado, aun cuando sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diez años más que el adoptado y que la adopción sea benéfica a éste. Con los mismos presupuestos anteriores se instituye la adopción plena con efectos irrevocables, en los términos establecidos por éste código, en favor de los menores de doce años abandonados, expósitos ó los que sean entregados a una institución de asistencia autorizada para promover su adopción " ⁴¹

En ésta importantísima institución, el adoptado adquiere los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo de matrimonio.

Este artículo fue reformado en el año de 1982, con la finalidad de que la edad para poder adoptar a un menor de edad o mayor de edad incapacitado pasará de 30 años a sólo 21, asimismo la diferencia de edades entre adoptante y adoptado que anteriormente era de 17 años del adoptante con respecto al adoptado se redujo a solamente 10 años, de tal suerte que quien desea adoptar a un menor o mayor de edad incapacitado, únicamente deberá acreditar la capacidad moral y económica suficiente para satisfacer las necesidades alimenticias del adoptado, sin menoscabo de los otros hijos habidos de matrimonio.

El actual código civil vigente para el estado de México, señala en su artículo 379 que la adopción únicamente puede tener lugar cuando consientan en ella la persona que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar; el tutor del que se va a adoptar; las personas que hayan acogido al que se pretende adoptar y lo traten como a hijo cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él y no tenga tutor, y cuando el ministerio público del lugar del domicilio del adoptado, se cerciore que aquél no tiene padres conocidos, tutor, o persona que ostensiblemente le otorgue su protección y lo haya acogido como hijo.

Ante estos supuestos normativos la ley señala que si el menor de edad tiene más de catorce años, se necesita también su consentimiento para la adopción.

En el estado de México, la ley en materia familiar les otorga preferencia para adoptar a un menor de edad o mayor de edad incapacitado, a los matrimonios que no tengan descendencia, ya que tanto el marido como la mujer pueden adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al

⁴¹ Código Civil Vigente Para el Estado Libre y Soberano de México. Ediciones Delma, S.A. De C.V. Décima Segunda Edición. México, 2000. Pág. 51

adoptado como hijo. Así el que adopta tiene respecto al adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto a la persona y bienes de los hijos nacidos dentro de matrimonio; y por su parte el adoptado tendrá para con las personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo legítimo.

Es muy importante señalar que, los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco civil que resulta de ella, únicamente se limitan entre adoptante y adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto a los cuales se observa lo que dispone el artículo 143 del código civil vigente en el estado de México, y que al efecto señala que el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado ó sus descendientes mientras dure el lazo jurídico resultante de la adopción.

En nuestra actual legislación civil mexiquense se manejan dos clases de adopción; una que es semiplena y otra llamada plena.

La primera de ellas hace alusión a que únicamente existe una relación jurídica o un parentesco de tipo civil entre adoptante y adoptado, esos derechos y obligaciones recíprocos existen nada más entre ambos y por consiguiente el adoptado no guarda ningún tipo de parentesco con los parientes del adoptante; conviene señalar que los derechos y obligaciones del adoptado respecto a su parentesco natural de sus padres de origen no se pierden, excepto la patria potestad que es transferida al padre adoptivo.

La adopción plena por el contrario se da cuando el juez por medo de un juicio civil, aprueba la adopción y remite las diligencias al oficial del registro civil del lugar para que levante el acta correspondiente.

La resolución judicial que apruebe la adopción contiene la orden al oficial del registro civil para que cancele en su caso el acta de nacimiento del adoptado, así como para que cancele el acta de nacimiento en la que figuren como padres, los adoptantes y como hijo el adoptado y demás datos que se requieran conforme a la ley, sin hacer mención sobre la adopción.

Este tipo de adopción es hasta cierto punto proteccionista del adoptado, en el sentido de que la ley precisa que sus derechos sucesorios por naturaleza los conservará de su familia de origen, y por otro lado señala que los parientes naturales y colaterales del adoptado no conservarán ningún derecho sobre el mismo, quedando exento de deberes para con ellos

EFFECTOS DE LA ADOPCIÓN.

Entre algunos de los efectos de la adopción encontramos los siguientes:

- 1) Se adquiere una situación de hijo legítimo;
- 2) Existe una relación entre adoptante y adoptado;
- 3) La adopción no hace salir al adoptado de su familia consanguínea.- en éste caso como lo apuntamos anteriormente los lazos que unen al adoptado con sus padres de origen no se rompen, por el contrario queda sujeto a todas las obligaciones y derechos con respecto a sus padres y demás parientes y recíprocamente conserva ante ellos todos los derechos principalmente el hereditario, es ésta la adopción menos plena o *semiplena*. Y por el contrario cuando el juez hace la declaración de la adopción a favor de un matrimonio, si sale el adoptado de su familia consanguínea y adquiere los apellidos de los padres adoptantes por medio de acta de nacimiento nueva, sin tener su antigua familia derecho alguno sobre el hijo que se adopto.
- 4) El adoptado se encuentra sujeto a la patria potestad del adoptante, independientemente de que mantenga relaciones jurídicas con su familia consanguínea.
- 5) Existe un parentesco de tipo civil, entre adoptante y adoptado, y éste excluye al consanguíneo, a menos que se otorgue la adopción plena
- 6) Existen impedimentos dirimentes, el adoptante no puede contraer *matrimonio* con el adoptado o sus descendientes, mientras dure el lazo jurídico de la adopción ;
- 7) La obligación de darse alimentos recíprocamente entre adoptante y adoptado, sin embargo ésta obligación que nace entre ellos no libera al adoptado en relación con su familia consanguínea, pues se puede dar el caso de que tenga ascendientes y colaterales respecto de los cuales permanece obligado;
- 8) El derecho de llevar el adoptado el nombre y los apellidos del adoptante en el caso de la adopción plena;
- 9) No produce efectos retroactivos la adopción, sus efectos se producen apartir de su constitución;
- 10) El adoptante tiene derecho de administrar los bienes del adoptado, ya que genera ésta figura jurídica los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres con respecto a la persona y los bienes de sus hijos, y como la patria potestad se ejerce por el adoptante, éste administrará los bienes del adoptado;
- 11) Entre adoptante y adoptado se genera un derecho a la sucesión legítima, el adoptado hereda como un hijo, pero no hay derecho de sucesión entre adoptado y los parientes del adoptante.

3.5. LA PATRIA POTESTAD Y SU EJERCICIO.

En nuestro actual derecho mexicano, dentro del llamado derecho familiar se regula una figura jurídica que ha tenido desde hace muchos siglos, mucho antes de que en México se conociera, una creación y estudio muy abundante y que camina de la mano de otras instituciones jurídicas como lo son la filiación, la paternidad, y el matrimonio; nos referimos a la patria potestad.

Para poder estudiar a tan importante figura jurídica es menester evaluar de manera somera y rápida la evolución que ha sufrido hasta nuestros días.

Entre los pueblos antiguos como Grecia y Roma por citar algunos, la patria potestad tenía un sentido absoluto y despótico, nacido especialmente de la configuración política y religiosa de aquella época, pues como dice el tratadista Manuel Chávez Ascencio: " desde el punto de vista político al no existir el estado con las características y finalidades que más tarde aparecen, cada familia constituye un estado propio y lógicamente el jefe de este grupo debía asumir en su persona los atributos fundamentales del poder. De ésta asunción por el jefe de grupo de todas las cualidades inherentes a la potestad social se derivan las consecuencias siguientes:

- a) La patria potestad estaba integrada por un conjunto de derechos y facultades atribuidos a la misma persona del jefe de grupo sin ninguna limitación.
- b) Por sus condiciones de jefe de estado familiar, sólo se concebía la patria potestad con respecto al padre, no admitiéndose en la madre, mucho menos una situación conjunta de poder
- c) Como la relación entre jefe y súbdito es siempre constante, la patria potestad es un principio vitalicio, sólo desapareciendo por la muerte o por un acto de gracia del jefe de familia.
- d) La concentración del poder en el jefe supone también la concentración de los ingresos, por lo que todo lo que los hijos adquirirían pasaba a formar parte del patrimonio del padre, e incluso ellos mismos siendo fuente de recurso por su trabajo, estaban en completa potestad de disposición, pudiendo venderlos en caso de necesidad " ⁴²

De ésta idea se desprende que la familia romana estaba organizada en una agrupación monogámica patriarcal, donde todos los parientes agnados constituían una familia que tenían bases religiosas y económicas, el jefe de familia o paterfamilias era el sacerdote, juez, legislador y reunía un conjunto de poderes absolutos. Desde aquella época lo romanos fincaron la idea de

⁴² Chávez Ascencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales Editorial Porrúa, Hnos. Tercera Edición Actualizada. México, 1997. Página 295.

que el jefe de familia era el encargado de proteger a toda su familia y tenía poder absoluto sobre la persona y los bienes de sus hijos, así como de los nuevos integrantes que se anexarán a la familia como lo son la esposa del hijo, los nietos, yernos, abuelos, etc. El paterfamilias podía disponer de la vida de todos los sometidos a su imperio o poder e incluso los podía vender.

Con el devenir de los tiempos, la patria potestad evolucionó a tal grado que el término es anacrónico porque actualmente ya no hay potestad, poder sobre la persona o la cosa, sino un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de los padres y que se ejercen en beneficio de los hijos.

Más que un poder ó potestad, se trata de un servicio del ejercicio de la autoridad de la que se excluye toda idea de autoritarismo.

En el derecho romano los hijos procreados fuera de matrimonio legítimo no estaban bajo la potestad paterna y la legitimación fue la forma que se empleó para conferir a los padres la patria potestad sobre los hijos naturales. En México en los códigos de 1870 y 1884 la patria potestad se ejercería en primer término por el padre y después por la madre.

Sólo por muerte, estado de interdicción, ausencia del llamado preferentemente, entraría al ejercicio de la patria potestad el que seguía en el orden establecido en los artículos del código; después de la muerte seguía el abuelo paterno, después el materno.

Fue en la ley sobre relaciones familiares donde el artículo 241 estableció que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en primer término, y después por los abuelos paternos y por último por ambos abuelos maternos, lo que recibe el actual código civil para el distrito y territorios federales de 1928, de tal forma que la patria potestad se ejerce mancomunadamente.

Una vez que hemos abordado el aspecto histórico brevemente del origen, evolución y desarrollo de la patria potestad, pasamos a explicar la manera en que se ejercita y por quienes.

Nuestro actual código civil vigente para el estado de México al efecto manifiesta en su artículos 395 y 396 respectivamente lo siguiente:

Artículo 395.- " la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes especiales sobre previsión social en el estado " ⁴³

⁴³ Código Civil Vigente Para el Estado de México. Ediciones Delma, S.A. De C.V Décima Segunda Edición. México, 2000. Pág. 54.

Artículo 396.- " la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- 1.- Por el padre y la madre;
- 11.- Por el abuelo y la abuela paternos;
- 111.- Por el abuelo y la abuela maternos. " 44

Analizando ambos artículos, deducimos que el ejercicio de la patria potestad se deriva del matrimonio legítimo que los padres celebran, y derivado de ese matrimonio se establecen relaciones jurídicas paterno-filiales entre el padre y la madre con respecto a los hijos habidos dentro del matrimonio donde los hijos reciben la protección jurídica y material de sus padres, además de brindarles alimentación, educación, asistencia económica y moral en todo momento

Los padres adquieren un compromiso muy serio con respecto al ejercicio de la patria potestad a la que se encuentran sujetos sus hijos; por su parte los hijos cualesquiera que sea su estado, su edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Por otro lado, cuando ambos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y se de el caso de que vivan juntos, ambos ejercerán la patria potestad. (art. 397) . Si viven separados y ambos han reconocido al hijo, convendrán cuál de los dos ejercerá la patria potestad sobre el menor y en caso de que no lo hicieren el juez de primera instancia del lugar, y oyendo a los padres y al ministerio público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Si el reconocimiento se ha efectuado sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez civil de primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del ministerio público.

Se puede dar el caso de que los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, en ese supuesto continua ejerciendo la patria potestad cuando ambos progenitores no se ponen de acuerdo, el progenitor que designe el juez teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

En el objetivo inmediato anterior, se expuso con toda claridad que con respecto a la adopción, la patria potestad sobre el adoptado la ejercerán únicamente las personas que lo adopten, esto es, que es limitativo el derecho de las personas adoptantes hacia el adoptado sobre el ejercicio de la patria potestad. En cambio cuando existe adopción plena la patria potestad

44 Op. Cit. Página 54

se ejerce por los familiares del adoptante, es decir, los ascendientes en línea directa, pues como se manifestó con antelación ese parentesco civil del adoptado se hace extensivo a los hermanos, padres, tíos, primos, sobrinos, etc., que son familiares del adoptante y pasan a serlo del adoptado..

La patria potestad se ejerce no únicamente en relación a la persona de los menores hijos ó incapacitados, sino también en relación a sus bienes. En relación a sus bienes existe la posibilidad de que una mala administración genere daños y perjuicios, quien ejerce la patria potestad tiene la obligación de dar cuenta de su administración al hijo y entregarle después que se emancipe ó llegue a la mayoría de edad todos los bienes y frutos que le pertenecen, consecuentemente se pueden generar daños y perjuicios por una mala administración que eventualmente podría tipificar un delito.

Respecto a los progenitores o abuelos que ejercen la patria potestad en relación a la persona del hijo, la legislación civil mexiquense no prevé sanción compensatoria en caso de incumplimiento, ésta la pérdida de la patria potestad como sanción, pero esto no compensa al hijo de los daños causados en relación a su persona, que pueden ser muchos, e incluso lesiones que están tipificadas en el código penal .

De todo lo anteriormente manifestado, podemos concluir que la patria potestad en su ejercicio se deriva de la relación jurídica paterno-filial como un derecho natural que se origina con el nacimiento del menor hijo, donde ambos progenitores la ejercerán de común acuerdo ó en forma separada, y a falta de alguno de los progenitores la ejercerán los abuelos paternos y posteriormente los abuelos maternos.

3.5.1. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

Patria potestad es una palabra que proviene del latín " patrius " Significa lo relativo al padre, y de " potestas " que significa potestad o poder, lo cual quiere decir protección o poder del padre. Actualmente más que un poder, es una protección que no es exclusivamente paternal, sino por el contrario que incumbe a los dos progenitores, y aún a la madre sola en defecto y ausencia del padre .

Existen infinidad de tratadistas y estudiosos del derecho como Planiol, el maestro Ignacio Galindo Garfias, Rafael de Pina, etc., nos proporcionan su concepto de lo que debemos entender por patria potestad, y en la mayoría de las definiciones se habla de derechos y deberes que ejercen los padres ó uno de ellos sobre los hijos, y se señala también como una institución de asistencia y protección que tiene 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 misión específica de asistir y formar a sus hijos, e independientemente que el estado la acepté y la regule, la patria potestad está en la naturaleza propia de las relaciones paterno-filiales.

Para el distinguido tratadista francés Marcel Planiol , patria potestad es :

" El conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres. Y agrega que no debe perderse de vista que estos derechos y poderes únicamente se conceden a los padres, como consecuencia de los pesados deberes que tiene que cumplir; sólo existe la patria potestad porque hay obligaciones numerosas a cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase, la educación del hijo " ⁴⁵

Por su parte el maestro Galindo Garfias nos dice que patria potestad :

" comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de estos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere " ⁴⁶

El distinguido jurista Rafael de Pina nos proporciona su concepto de patria potestad en los siguientes términos:

⁴⁵ Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cajica, S.A. Puebla, pue. México. Página 233.

⁴⁶ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Editorial Porrúa, S.A. México 1980. Página 667.

“ es el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria “ ⁴⁷ .

En el actual código civil vigente para el estado de México, no encontramos definición alguna sobre la patria potestad, sin embargo se habla de ella en relación a sus efectos respecto a la persona de los hijos en el capítulo uno de los artículos 393 al 406 respectivamente, título octavo del libro relativo a las personas, y de los artículos 407 al 424 hace mención a los efectos en relación a los bienes de los menores hijos. Esto implica que se haga referencia a los deberes y obligaciones de los padres, deberes en relación a la persona y las obligaciones en relación a los bienes del hijo; pero no solamente existen deberes y obligaciones, sino también derechos de los padres que están relacionados con su situación de padres dentro de esa relación jurídica.

El artículo 393 del código civil vigente mexiquense reza así:

Art. 393.- “ Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes “ ⁴⁸ .

Esté artículo únicamente hace mención de los deberes que tienen los hijos para con sus padres, en relación a obedecerlos y respetarlos, sin considerar si los hijos son nacidos de matrimonio ó fuera de matrimonio, más aún si son adoptados.

Estimo pertinente señalar que al hablar de patria potestad se comprenden todas las relaciones paterno-filiales, por lo que al investigar su naturaleza jurídica se incorpora la totalidad de la relación jurídica paterno-filial

El maestro Rafael Rojina Villegas sobre éste tema opina que, “ como en el derecho moderno la regulación jurídica de la patria potestad ha tomado principalmente en cuenta que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan no es para beneficio propio ni mucho menos para convertir a los sujetos a ella en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales, sino que por el contrario esta institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen “

Como vemos los autores en general, reconocen que actualmente la patria potestad, más que una verdadera potestad o un derecho en interés de quien la ejercita, es una institución que tiene una función protectora de los hijos durante su menor edad y una carga impuesta a quien la ejercita.

⁴⁷ De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, Hnos. Décima Novena Edición. México, 1995. Página 375.

⁴⁸ Código Civil Vigente Para el Estado Libre y Soberano de México. Ediciones Delma, S.A. De C.V. Décima Segunda Edición. México, 2000. Pág. 54 .

Siguiendo los lineamientos de todos los autores, podemos decir que patria potestad es el conjunto de deberes, derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos menores y que se derivan de la relación jurídica paterno-filial que une a los primeros con los segundos, originada por un derecho natural . .

3.5.2. EFECTOS JURÍDICOS Y MATERIALES EN RELACION A LA PERSONA DE LOS HIJOS.

Los efectos ó consecuencias jurídicas que acarrea la patria potestad como institución jurídica respecto de los menores hijos habidos dentro o fuera de matrimonio con respecto a sus padres, en primer lugar son la relación jurídica o vínculo jurídico paterno-filial derivado del nacimiento del hijo que lo une con sus padres, está relación es producto de la propia naturaleza humana que al producirse crea consecuencias jurídicas tanto para padres como para hijos menores.

Al producirse está relación paterno-filial la propia ley les otorga el deber y el derecho a los padres de educar, alimentar, apoyar en todos los aspectos de su menor edad a los hijos; éste deber y derecho se traduce en el ejercicio de la patria potestad que todos los padres y aún los ascendientes tienen sobre sus hijos, nietos, biznietos, etc.

Así los artículos 395, y 396 respectivamente del código civil vigente para el estado de México disponen que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo, y que su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes especiales sobre previsión social en el estado.

Y el artículo 396 se refiere a que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, se ejerce en primer lugar por el padre y la madre, en segundo lugar por los abuelos paternos, y en tercer lugar por los abuelos maternos.

Como podemos observar, el artículo 396 únicamente hace referencia al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos nacidos dentro de matrimonio, sin embargo más adelante nuestro código civil mexiquense dispone en su artículo 399 que cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

La misma legislación civil obliga a lo hijos cualesquiera que sea su estado condición y edad a honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Otro de los efectos jurídicos que produce la patria potestad en relación a la persona de los hijos, es el hecho de que mientras estén sujetos a ella no pueden comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin el expreso consentimiento de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez. (artículo 406).

Estas prescripciones tienen carácter visiblemente tuitivo y más que derechos de quienes ejercen la patria potestad, constituyen deberes de la mayor trascendencia, puesto que tienden a evitar los daños que la inexperiencia de quien se encuentra sometido a los efectos de esta institución podría ocasionarle si pudiese dejar su hogar sin la autorización y consejos debidos a contraer obligaciones de cualquier género que pudiesen comprometer gravemente su patrimonio.

En todos los casos en que los sujetos que ejerzan la patria potestad tengan un interés opuesto al de quienes se encuentren sometidos a ella, éstos serán representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez en cada caso.

Los padres tienen con respecto a sus menores hijos como efectos derivados de la patria potestad; la obligación de educarlos, y alimentarlos; tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos moderadamente, debiendo las autoridades en caso necesario, auxiliarles para ese efecto, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna; tienen la facultad de administrar sus bienes del menor hijo, y cuando sean bienes que adquieran por cualquier otro título menos por trabajo, los padres tienen derecho a recibir la mitad del usufructo de esos bienes; tienen el deber de representar a los hijos en juicio.

Por último, en el caso del adoptante y el adoptado se adquieren los mismos derechos, deberes y obligaciones entre uno y otro, que en el caso de los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, es decir, no existe ningún tipo de discriminación legal por el hecho de que unos hijos adquieran un parentesco consanguíneo y otros de tipo civil, la ley es pareja para todos.

3.5.3. DISTINCIÓN SUBSTANCIAL ENTRE PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA.

En nuestro actual derecho mexicano en materia civil familiar, tradicionalmente se ha adoptado la idea de que patria potestad y custodia son dos términos semejantes o comunes, sin embargo como veremos tienen sus diferencias; normalmente se ha dicho que quien ejerce la patria potestad tiene la custodia de los menores hijos, para poder entender esta distinción entre lo que es una y otra figura, precisamos sus conceptos

Normalmente se ha entendido por patria potestad el conjunto de deberes, derechos y obligaciones, que los padres tienen hacia sus menores hijos derivados de una relación jurídica paterno-filial que los vincula entre sí, y que se funda en un derecho natural de concepción o nacimiento.

Por su parte la custodia es la acción de custodiar que significa guardar y vigilar, el cuidado de los hijos menores que se entiende como la solicitud de atención para hacer bien alguna cosa, en éste caso guardar y vigilar a los hijos. Al usarse conjuntamente los términos custodia y cuidado se pretende señalar lo profundo de ésta relación jurídica, que no se limita sólo a la guarda y vigilancia del menor, sino que se acentúa con el cuidado, es decir, con la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha.

Actualmente nuestras legislaciones civiles en materia familiar, de la mayor parte del país hacen referencia a que quien tiene el ejercicio de la patria potestad normalmente tiene la custodia, cosa que no es así como veremos.

Uno de los deberes principales que se estima como fundante, y del cual dependen la posibilidad de que se den los demás deberes, derechos y obligaciones es la custodia. De tal suerte que la patria potestad hace referencia a la custodia, y se dice que quien tenga la patria potestad normalmente deberá tener la custodia. Estas afirmaciones son relativas si consideramos que la legislación civil mexiquense en materia familiar y aún el propio código civil para el distrito federal señalan con claridad que la patria potestad se ejerce en primer lugar por los padres, en segundo lugar por los abuelos paternos y en tercero por los maternos.

Existen algunas circunstancias especiales en las cuales se da una separación entre la patria potestad y la custodia, esto se da cuando aún conservando la patria potestad los progenitores, los abuelos paternos o maternos tienen la custodia por el bien del menor, ésta es una situación humana y familiar que se presenta mucho en nuestro país, dado que en muchas ocasiones quienes tienen la custodia de hecho son los abuelos, ya que el padre o la madre ó ambos progenitores por razones de conveniencia, trabajo, o salud, se ven obligados a vivir lejos de sus hijos.

Esta circunstancia se ve reforzada por una de las ejecutorias de la suprema corte de justicia de la nación, en éste sentido de las cuales transcribo en lo conducente la siguiente:

“ La patria potestad, implica no sólo derechos sino también deberes, sobre todo, el interés y protección del menor, sin dejar de considerar los derechos que el padre posee. En ese complejo de derechos y deberes, o función de paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el interés familiar y social, se encuentra la custodia del menor, ubicándola en el campo social. Así, en primer término si los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esa fórmula legal no coincide siempre con el ejercicio profesional de quien posee el derecho y en algunos casos en que las circunstancias hagan necesario para el bien del menor tiene que desvincularse, pero sin diluir el derecho de patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva. Así ocurre por ejemplo, cuando se encuentra probado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna, por cinco años ininterrumpidos desde su nacimiento, no resultado lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se ligara de manera indisoluble, sin tomar en cuenta al menor, a la familia y a la sociedad “

Como podemos observar, si existe una separación entre el ejercicio de la patria potestad y la custodia, no siempre quien tiene ese ejercicio tiene la custodia; de ésta ejecutoria podemos comprender que aún en el caso de que a los abuelos paternos o maternos se les diera la custodia, esto no significa que a éstos se les transfiera la patria potestad, pues el único caso permitido por la ley es en la adopción plena.

Por lo tanto en estas circunstancias especiales, la custodia la tienen los abuelos designados con el ejercicio de los derechos, deberes y obligaciones que conlleva la patria potestad, aunque claro está que aunque no la tengan sobre el menor, sus padres tendrán un ejercicio limitado en la patria potestad que se reduce a un derecho de visita y convivencia, los abuelos son los que ejercen los derechos de alimentación, educación, y apoyo moral y económico. Se confían los hijos a quienes los cuidan, los vigilan, y los protegen, en éste caso a los abuelos; los padres están limitados en el ejercicio de la patria potestad al derecho de vigilar la educación que dan los abuelos y al deber de colaborar con ellos y los derechos derivados de la custodia deberán ejercerlos los abuelos paternos o maternos durante su convivencia diaria con el menor.

La otra manera que existe para que haya una total separación entre custodia y patria potestad se da cuando una vez que están divorciados ambos cónyuges, uno de ellos generalmente la mujer ejerce la patria potestad y la custodia sobre el menor hijo, y el otro únicamente tiene un derecho de convivencia y de visita sobre su hijo, esto derivado por disposición legal ó por convenio.

Apuntamos anteriormente, que la custodia es el principal deber que hará posible el cumplimiento de los demás deberes que integran la patria potestad como lo son el deber de convivencia, de proteger a la persona, la vigilancia de sus actos, su educación, darle una formación moral, el deber de orientarlo en cuanto a la religión, el de trabajo, deber de dar testimonio, a llevar el apellido de sus padres, derecho a la imagen, derecho al honor, derecho a la privacidad de correspondencia, a la administración de sus bienes, y al de representación, etc., y muchos más.

El actual código civil vigente para el estado de México no hace ninguna distinción entre patria potestad y custodia, por el contrario las aborda única y exclusivamente en su artículo 405 que al efecto dice:

Art. 405.- " Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y castigarlos mesuradamente y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Las autoridades, en caso necesario auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna " ⁴⁹

Como podemos observar, este ordenamiento jurídico no hace distinción substancial entre patria potestad y custodia, por el hecho de que para dicha legislación quien detenta la custodia es quien ejerce la patria potestad, situación que como evaluamos con anterioridad no siempre es así.

La custodia es la base que existe como deber y derecho para que haya ejercicio de patria potestad sobre los menores hijos, únicamente quien convive diariamente con ellos, quien los educa, alimenta y cuida tiene ambas cosas. La patria potestad se limita en su ejercicio cuando quienes por ley la conservan, ejercen un derecho de mero visitante y únicamente conviven con sus hijos esporádicamente por razones de trabajo, de salud, o conveniencia. La ley relega a segundo término a los abuelos paternos para que ejerzan la patria potestad en ausencia de ambos padres, cosa que es muy raro que suceda sin embargo como explicamos en páginas anteriores, muchas de las veces son los abuelos quienes deberían ostentar ese derecho de ejercicio de la patria potestad por ser muy amorosos con sus nietos y brindarles todo lo necesario en ausencia de sus padres.

En conclusión podemos afirmar que la patria potestad es el género y la custodia es la especie, aquélla es un cúmulo de derechos, deberes y obligaciones para con los hijos, pero se limita su ejercicio circunstancialmente en algunos casos por el bien de los menores hijos, en cambio la custodia es un deber y un derecho amplio que no se pierde tan

⁴⁹ Código Civil Vigente Para el Estado Libre y Soberano de México. Ediciones Delma, S.A. De C.V. Décima Segunda Edición. México, 2000. Pág. 55.

fácilmente, se dice que únicamente pueden custodiar los padres, yo me pregunto. Que función desempeñan los abuelos paternos y maternos cuando adquieren ese derecho de custodia de parte de los padres ?

3.6. OTRAS FIGURAS JURIDICAS QUE GENERAN LA PATRIA POTESTAD.

En objetivos anteriores explicamos que el matrimonio no es la única figura jurídica idónea que crea un derecho de filiación y una relación jurídica paterno-filial entre padres e hijos, por el contrario, la legislación positiva civil en materia familiar ha considerado que existen otras y también tan importantes como el matrimonio, nos referimos al reconocimiento, a la legitimación y, a la adopción; que al igual que el matrimonio son figuras jurídicas que crean consecuencias de derecho por el hecho de que se finca su naturaleza jurídica en un derecho natural que establece una relación jurídica o vínculo paterno-filial entre padres e hijos y que se deriva de la mera concepción o nacimiento de los menores hijos.

Una vez que se establece ésta relación jurídica entre padres e hijos por la concepción o nacimiento llamada filiación, se crean otros deberes, derechos y obligaciones entre padres e hijos que la ley le impone a los padres para que ejerzan sobre los menores hijos un derecho de protección, asistencia, y cuidado sobre la persona de éstos últimos y sobre sus bienes, así como el deber de educarlos, vigilarlos y procurarles toda la asistencia alimenticia y demás deberes de asistencia moral y económica que requieren, ya que por su minoría de edad no pueden valerse por si mismos.

Este tipo de deberes, derechos y obligaciones que tienen los padres hacia sus hijos sin importar su edad, condición, o estado, se llama patria potestad y existen efectos jurídicos en relación a ella tanto en el matrimonio como en el reconocimiento, legitimación, y adopción respectivamente como veremos.

A) Efectos de la patria potestad en el reconocimiento.

Una vez que el reconocimiento ha generado un estado de familia, el hijo que no conocía a su padre, al reconocerlo éste último, pasa el hijo a situarse dentro de la familia con todos los derechos, deberes y obligaciones, y por lo tanto los efectos del reconocimiento operan sobre el pasado y se inicia una relación jurídica que no existía al desconocerse los sujetos de ella.

Al establecerse una relación jurídica entre reconociente y reconocido por virtud del registro, uno adopta el carácter de padre y el otro de hijo por disposición de la ley; donde el segundo entra a formar parte de la familia con todos los derechos, deberes, y obligaciones. Este reconocimiento surte efectos no sólo entre reconocido y reconociente, sino también ante todos los hombres y familiares. El reconocido entra bajo la patria potestad de quien o quienes lo reconozcan. Si el hijo fue reconocido por ambos padres que viven juntos ambos ejercerán la patria potestad, sin embargo como se apuntó

en objetivos anteriores, se puede dar el caso de ambos padres no vivan juntos y el hecho de que primero reconozca un progenitor y después el otro.

Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entra a ejercerla el otro. Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él menor la patria potestad; y en caso de que no lo hicieren el juez de primera instancia del lugar, oyendo a los padres y al ministerio público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor. En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del ministerio público. (artículos 362, 363, y 398 del código civil vigente para el estado de México).

Asimismo, el artículo 400 del código civil mexiquense, nos señala que a falta de los padres, ejercerán la patria potestad sobre los menores hijos, primero los abuelos paternos y después los abuelos maternos.

Podemos concluir que el principal efecto que produce la patria potestad en el reconocimiento es el de ser considerado hijo de familia el menor reconocido y que sus padres vivan juntos o no tendrán deberes derechos y obligaciones para con el menor hijo, el ejercicio de la patria potestad comúnmente se divide porque en el mejor de los casos la patria potestad y su ejercicio a menudo se otorga a la madre cuando vive separada del padre, y éste último casi siempre tiene únicamente un deber y un derecho de vigilancia, asistencia educativa, moral, y económica para con su hijo, limitando su ejercicio a un derecho de visita y convivencia donde la madre conservará la custodia del menor hijo.

B) Efectos de la patria potestad en la legitimación.

Una vez que los padres de los hijos que han nacido fuera de matrimonio contraen justas nupcias, éste acto hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos con anterioridad a él, legitimándose los hijos.

Derivado de la relación jurídica paterno-filial que vincula al hijo con su padres, el primero tiene derecho a ser legitimado antes, durante o con posterioridad a la celebración del matrimonio de sus padres, para que éstos últimos lo puedan proteger, alimentar, educar, y darle todo el tipo de asistencia que necesita el menor. Esta legitimación como lo vimos anteriormente sólo es posible mediante un acto jurídico que se celebra ante

el oficial del registro civil llamado reconocimiento y que tiene que ser hecho por ambos padres.

Algunos de los efectos que produce la patria potestad en la legitimación son éstos: El hijo tiene derecho a alimentación; a que se le proporcione la educación necesaria; derecho a la protección y representación de sus padres en cuanto a su persona y sus bienes; derecho a tener asistencia económica y moral ante cualquier circunstancia o problema que se le presente; derecho a heredar la parte proporcional que le corresponda en los términos y condiciones que marca la ley, etc.

Prácticamente los efectos que se producen en la legitimación son los mismos que se producen en el reconocimiento en cuanto a la patria potestad del menor hijo, toda vez que si sus padres no lo reconocen mutuamente como hijo suyo no puede haber legitimación de derecho, y por consiguiente los deberes, derechos y obligaciones no pueden ser los mismos de padres hacia hijos. El derecho a ejercer la patria potestad se finca en la filiación y si un padre no reconoce a su hijo no puede haber una obligación o un derecho

C) Efectos de la patria potestad en la adopción.

Una vez que se ha establecido una relación jurídica entre adoptante y adoptado, debemos señalar que se da un parentesco de tipo civil entre uno y otro y el que adopta tendrá respecto de la persona y los bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y los bienes cuando los hijos son habidos dentro de matrimonio. (artículo 377 del código civil vigente para el estado de México)

Una de las situaciones que con mayor frecuencia se presentan es cuando los verdaderos padres del menor hijo, los abuelos paternos, maternos, los tíos, etc., renuncian a ese derecho de querer continuar en el ejercicio de la patria potestad del menor que se da en adopción quizás por cuestiones económicas, por enfermedad o por conveniencia sin tomar en cuenta el daño emocional que le ocasionan al menor hijo, alejándolo de sus verdaderos padres.

Entre algunos efectos que produce la patria potestad en la adopción encontramos los siguientes:

- 1) El adoptado tiene derechos a que se le proporcione la alimentación necesaria así como la protección, educación, y asistencia de todo tipo;
- 2) El adoptante debe tratar al adoptado como su hijo, como si fuera de matrimonio;
- 3) El adoptado tiene derecho a seguir teniendo una relación jurídica estrecha con su familia consanguínea, siempre y cuando la adopción no sea plena, porque si es plena la adopción, el adoptante le otorga sus apellidos al adoptado a través de un acta de nacimiento y los

4) parientes consanguíneos del adoptado pierden todos sus derechos sobre el menor dado en adopción, porque el adoptado pasa a ser hijo legítimo del adoptante teniendo sobre él en forma absoluta el ejercicio de la patria potestad y la custodia del menor.

5) La patria potestad únicamente se limita entre adoptante y adoptado, sin considerar a los parientes del adoptante, es decir, únicamente a la persona que adquirió los derechos y obligaciones derivados de la adopción, esto en el caso de que la adopción sea semiplena;

Como podemos observar la adopción tiene una doble dualidad, cuando es normal o semiplena y cuando es plena. En el primer caso los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, únicamente la patria potestad que se transfiere a los nuevos padres adoptivos; es decir, los sujetos que tenían la patria potestad del menor podrán conservar el derecho de visita, de convivencia, pero sin tener derecho al ejercicio completo de la patria potestad.

En el segundo de los casos, los parientes consanguíneos, ascendientes y colaterales no conservan ningún derecho sobre el adoptado, pierden todos sus derechos, al darlo en adopción plena, pues la nueva familia le otorga sus apellidos y revoca su anterior acta de nacimiento, obteniendo una nueva que declare al menor adoptado como hijo legítimo, donde como sabemos ya aquí si se tendrán todos los derechos, deberes y obligaciones como si el hijo fuera de matrimonio.

El artículo 372 del código civil vigente para el estado de México, nos dice que la adopción plena es irrevocable y que únicamente se instituye en favor de los menores de doce años abandonados, expósitos, o los que sean entregados a una institución de asistencia autorizada para promover su adopción.

El principal efecto de la patria potestad en la adopción, es sin lugar a dudas la patria potestad, y la misma puede generar dificultades ya que el adoptado mantiene relaciones jurídicas con su familia consanguínea; aunque la ley no enumera los derechos transferidos mediante la patria potestad al adoptante, son todos aquellos que corresponden al ejercicio de la patria potestad, en relación a la guarda y custodia del menor, así como a la administración de sus bienes.

3.7. MODOS DE SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD

Se dice que existe suspensión de la patria potestad cuando se priva del ejercicio de la misma a cualquiera de los progenitores por causas que hacen imposible su ejercicio, más no su función.

Esto se deriva del supuesto jurídico de que la patria potestad se tiene o no se tiene, y significa el conjunto de deberes, derechos y obligaciones a cargo de los progenitores. La suspensión siempre hace referencia a una causa que imposibilita a cualquiera de los progenitores a ejercer la patria potestad, en cambio, la pérdida de la patria potestad se refiere a una sanción al padre o a la madre.

El artículo 429 del código civil vigente para el estado de México regula la suspensión de la patria potestad en los siguientes términos:

Art. 429.- " La patria potestad se suspende:

- I.- Por incapacidad declarada judicialmente;
- II.- Por la ausencia declarada en forma ;
- III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión " 50

En el primer caso, la fracción I hace referencia a la incapacidad declarada judicialmente, es decir al estado de interdicción que se establece por medio de sentencia de un juez de lo familiar competente hacia el cónyuge incapacitado, como consecuencia de un proceso familiar seguido ante él.

Es de aclararse que por virtud de ésta causa que maneja la fracción en comento, están excluidos aquellos incapaces de hecho o que son de origen por alguna deficiencia física o trastorno psicológico. En este caso se trata no de la suspensión de la patria potestad, sino del ejercicio, que ejercerá únicamente el cónyuge sano, conservando el enfermo todos los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad.

En el segundo supuesto, es decir, en la ausencia declarada en forma, se establece como consecuencia de esa ausencia la suspensión de la patria potestad. El progenitor ausente esta imposibilitado para ejercerla y se le suspende del ejercicio de la patria potestad.

El tercer caso es cuando se impone sentencia condenatoria como pena la suspensión de la patria potestad, que equivale a la pérdida del ejercicio de la misma; se hace referencia en esta causa como suspensión a las situaciones o actitudes del padre o de la madre, que sin ser de extrema gravedad, si exigen la suspensión en el ejercicio de la patria potestad como

⁵⁰ Código Civil Vigente Para el Estado de México. Ediciones Delma, S.A. De C.V. Décima Segunda Edición. México, 2000. Pág. 58

pueden ser: excesiva dureza en las amonestaciones, conducta notoriamente negligente que comprometa la seguridad, la salud, la honorabilidad de los hijos, etc.

3.8. FORMAS DE ACABARSE LA PATRIA POTESTAD

En relación a las formas de acabarse la patria potestad, nuestro actual código civil vigente para el estado de México, dispone que existen tres formas a saber, así su artículo 425 a la letra dice:

Artículo 425.- " La patria potestad se acaba :

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

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;

III.- Por la mayor edad del hijo " ⁵¹

En el caso de la fracción I, supone la legislación civil mexiquense que se trata del último sobreviviente de los que deben ejercer la patria potestad consignados en el artículo 396 del mismo ordenamiento civil, que habla del ejercicio de la patria potestad a cargo de los padres, de los abuelos paternos y maternos. La muerte del último ascendiente genera la necesidad de nombrar tutor al menor no emancipado.

En el segundo supuesto, la fracción II hace referencia a que una vez que el hijo ha contraído matrimonio civil automáticamente apartir de ese momento sale de la patria potestad que sus padres o demás ascendientes tenían sobre él, es decir, sale de ese poder ó protección que tenía de sus padres o ascendientes, iniciando una nueva vida donde será cabeza de una nueva familia. Se dice que se acaba la patria potestad y su ejercicio sobre el hijo porque ha celebrado un acto jurídico público y muy personal que lo hacen ser independiente, tomar decisiones propias con su nueva pareja y ser responsable de todos sus actos, sin que sus derechos y obligaciones estén ratificadas por sus progenitores.

Esta emancipación en nuestro derecho actual es derivada del matrimonio y no por habilitación de edad del hijo.

La fracción III del referido ordenamiento civil, hace mención a que se acaba la patria potestad cuando el hijo alcanza la mayor edad.

Desde ese momento se presume que ya no necesita la función protectora del padre y la madre. Sin embargo debe preverse el caso del enajenado mayor de edad, que según la legislación civil vigente en el estado de México, debe nombrarse tutor que lo será uno de los padres.

⁵¹ Op. Cit. Página. 57..~

El artículo 623 dispone que la mayor edad comienza a los dieciocho años, edad a partir de la cual el hijo puede disponer libremente de su persona y de sus bienes, con lo cual acaba la patria potestad, no por conflicto alguno sino por disposición de la ley, derivada de una circunstancia que hace posible entender que el hijo ha adquirido capacidad jurídica plena para ser sujeto de derechos y obligaciones por propio derecho y tomar decisiones propias sobre su desarrollo personal y profesional, sin embargo no debemos olvidar nunca que muchas de las decisiones que toman las jóvenes hoy en día van apoyadas o respaldadas por el consejo de sus padres, y que eso no implica que el hijo haga a un lado el consejo de sus padres para reforzar cualquier acto ya sea jurídico o de otra naturaleza.

Es importante mencionar, que nuestro código civil mexiquense, en su apartado relativo a los modos en que se acaba la patria potestad, no menciona como causa la muerte del hijo, sin embargo como es un modo de extinción natural del padre y de la madre debemos señalarla con la declaración de muerte obtenida en un proceso de ausencia.

3.9. CARÁCTER IRRENUNCIABLE DE LA PATRIA POTESTAD .

En relación a éste objetivo, debemos decir, que la patria potestad es un derecho que no es renunciable, sólo excusable en algunos casos como lo dispone el código civil vigente para el estado de México al señalar que:

Artículo 430.- “ La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño “ ⁵²

Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad se derivan de su propia naturaleza, pues como se trata de una función de orden público debemos recordar que el propio código civil mexicano establece en su artículo 6 que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique el derecho de terceros.

Se dice que no sólo es de orden público por los que la ejercen , sino por interés que se observa del estado a través de los funcionarios públicos adecuados. Como la patria potestad tiene por objeto la debida formación de los menores que serán los futuros ciudadanos, trabajadores y profesionistas, el estado está interesado en esta institución.

Sin aceptar que los padres están supliendo una función estatal, o que el estado delega parte de sus funciones en los padres, es obvio el interés social que existe.

En nuestra actual legislación civil familiar encontramos una gran participación por parte del ministerio público que puede intervenir cuando los padres no cumplan con sus deberes y obligaciones, así como los consejos locales de tutelas tendrán intervención para exigir el debido cumplimiento de sus padres, señalándose también la necesidad de que exista un tutor en caso de que las personas que ejerzan la patria potestad tengan un interés opuesto al de los hijos.

Es lógico pensar que una persona que ha cumplido sesenta años, se excuse de ejercer la patria potestad esto en atención a su edad, al hecho de que carece de la capacidad económica para suministrar alimentos al menor en algunos casos, en otros no pueden protegerlos y educarlos porque trabajan y no tienen tiempo para cuidarlos, etc; sin embargo la autoridad judicial debe

⁵² Código civil para el estado libre y soberano de México. Ediciones Delma S.A. de C.V., Décimo segunda edición. México, 2000. Página 58 .

estudiar a fondo estas excusas cuando se hagan valer ante los juzgados familiares, pues se puede prestar a un engaño por parte de alguno de los padres o ascendientes del menor para evadir su responsabilidad y ejercicio de la patria potestad.

Con respecto por razones de salud se otorga la excusa, no hay mucho que decir, pues el que ejerce la patria potestad puede verdaderamente estar muy enfermo y requerir tratamiento especializado, o en su caso puede ser intervenido quirúrgicamente, o presentarse una enfermedad que con el transcurso del tiempo va agudizando la salud de cualquiera de los progenitores o ascendientes que tienen el ejercicio de la patria potestad, y ante estos supuestos hipotéticos la ley los excusa de su obligación.

C A P I T U L O I V

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTICULO 257 FRACCION III

DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL ESTADO

DE MÉXICO.

4.1 EL ARTICULO 257 FRACCION III, DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO .

Una vez que hemos analizado a las diferentes figuras jurídicas como el matrimonio, el divorcio, y especialmente a la patria potestad de donde emana el origen del estudio del artículo 257 fracción III, del código civil vigente para el estado de México; abordamos éste tema dentro del capítulo IV como el análisis central o específico del presente trabajo.

En el estado de México la legislación civil en materia familiar actualmente dispone que cuando en un matrimonio los dos cónyuges de común acuerdo o voluntariamente deciden dar por terminado su matrimonio y existen hijos de por medio, deben ocurrir directamente ante el juez familiar competente de su domicilio donde además de presentar su escrito inicial de demanda deben los cónyuges adjuntar un CONVENIO en que se fijen y queden debidamente garantizados los derechos de los hijos menores, como lo son entre otros el derecho a los alimentos tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, la forma de administrar los bienes de la sociedad conyugal, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y la forma de hacer el pago, así como la garantía que debe darse para asegurarlo, y el más importante de donde se deriva el origen del presente trabajo, que lo es la designación o nombramiento de la persona a quien sean confiados los hijos después de ejecutoriado el divorcio.

Para comprender mejor el análisis referente al tema que nos ocupa, debemos señalar que juega un papel determinante la patria potestad de la cual hablamos en el capítulo anterior, asimismo hicimos una gran distinción substancial entre patria potestad y custodia; pues bien, sabiendo que en todo divorcio voluntario los cónyuges deben presentar un convenio en donde queden debidamente garantizados los derechos de los menores hijos, dentro de dicho convenio se habla de que ambos cónyuges deben señalar la persona a quien sean confiados los hijos una vez que se ha ejecutoriado el divorcio, de donde se desprende que la patria potestad y la custodia juegan su mejor papel en éste asunto.

Ahora bien, si el tema central de nuestro estudio lo constituye el análisis de la fracción III, del artículo 257 del código civil vigente para el estado de México, la custodia y la patria potestad son consideradas complemento de dicho estudio por el simple hecho de que al hablar de protección jurídica y material hacia los hijos menores en todos los aspectos de su vida y especialmente cuando éstos se dan cuenta de la gran problemática que enfrentan sus padres al querer divorciarse, además de que se mencionan dentro de la legislación positiva civil familiar de la entidad mexicana.

La fracción III, del numeral citado es menester de un estudio detallado, de ahí la importancia del pequeño pero significativo trabajo de darnos a la tarea de analizar lo que sucede cuando los menores hijos toman conciencia del gran problema que enfrentan sus padres al pretender divorciarse por mutuo acuerdo, cuando aquellos son menores de edad y que sin embargo a pesar de su minoría de edad adquieren una capacidad enorme para comprender y discernir el problema que enfrentan sus padres, de donde se desprende como veremos más adelante son las personas más importantes de nuestro estudio por ser los más afectados en sus derechos y en muchos aspectos de su vida futura.

4. 1.1. SU INTERPRETACION LITERAL.

El actual código civil vigente para el estado de México, en su libro primero, título quinto, capítulo IX relativo al divorcio, artículo 257 nos habla del divorcio voluntario por mutuo consentimiento que se tramita judicialmente y al efecto transcribimos lo que dice:

Art. 257.- “ Los cónyuges pueden divorciarse por mutuo consentimiento ocurriendo al juez competente en los términos que establezca el código de procedimientos civiles, en cuyo caso presentarán al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos :

- I.- La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento;
- II.- La cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo;
- III.- Si hubiere hijos, la designación de la persona a quienes sean confiados después de ejecutoriado el divorcio;
- IV.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio ; y
- V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, 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 . “ ³³

Para efectos de nuestro estudio, y dado que el artículo en comento contempla que se debe exhibir un convenio donde se fijen los puntos que hemos mencionado en las cinco fracciones anteriores y que tiendan a garantizar íntegramente los derechos de los menores hijos una vez que se ha instaurado un procedimiento civil que tiende a disolver el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, aclaramos que la fracción que ofrece una gran controversia y que es el motivo de desarrollo del presente trabajo es la fracción III, del artículo 257 del código civil vigente para el estado de México.

³³ Código civil para el estado Libre Y Soberano de México. Ediciones Delma, S.A. De C.V. Décima Segunda Edición. México, 2000. Pág. 35 y 36 .

El artículo 257 del ordenamiento civil mexiquense establece que si los cónyuges de mutuo consentimiento desean divorciarse deberán presentar un convenio con el cual deben quedar garantizados los derechos de los menores hijos, y entre algunos de los derechos de éstos ésta el relativo a designar a la persona o personas bajo las cuales estará la patria potestad y la custodia de los menores hijos una vez que se ha ejecutoriado el divorcio, así la fracción III del numeral en comento nos dice:

Fracción III.- " Si hubiere hijos, la designación de la " persona " a quienes sean " confiados " después de ejecutoriado el divorcio " ⁵⁴

La primera observación que procede hacer consiste en destacar que la fracción III que se analiza previene que debe designarse a la " persona " a quien sean confiados los hijos; éste término usado de manera genérica implica que se tenga la posibilidad de que la custodia de los menores hijos la tengan personas distintas a los progenitores al no haber límite en nuestra actual legislación civil mexiquense, es decir, la propia ley civil en el estado no especifica propiamente en su artículo 257 que la custodia una vez que se halla ejecutoriado el divorcio la deban tener los padres.

Como lo apuntamos en objetivos anteriores, nuestra propia legislación civil en el estado de México permite separar la patria potestad de la custodia dado que en algunos casos concretos los abuelos paternos o maternos suelen tener la custodia de los menores hijos y los padres la patria potestad, es decir, el ejercicio sin que por ello se pierda la una ni la otra.

El legislador mexiquense ha prevenido que sean los cónyuges quienes designen a la " persona " que deberá tener la custodia y teniendo ésta última un límite natural y jurídico en la patria potestad. Ahora bien, consideramos que uno de los deberes principales que se estima como fundante ya que de él dependen todos los demás deberes, derechos y obligaciones paterno-filiales es la custodia, y si se estima que la patria potestad hace referencia a la custodia, luego entonces quien tenga la patria potestad normalmente tiene la custodia.

La palabra " persona " a quien sean confiados los hijos, es una interpretación muy limitativa a mi juicio que hace la legislación civil mexiquense, pensando el legislador en referirse exclusivamente a los progenitores, lo que no corresponde al verdadero espíritu de la ley, sin embargo interpretó esa limitación en el sentido de que únicamente siguiendo un orden de ascendente a descendente el legislador les ha otorgado la preferencia de la patria potestad primero a los padres, en ausencia de los padres a los abuelos paternos, y en segundo término a los

⁵⁴ Código civil para el estado Libre Y soberano de México. Ediciones Delma S.A. DE C.V. Décima Segunda edición. México, 2000. Páginas 35 y 36.

abuelos maternos para que tengan la patria potestad y la custodia en ausencia de los padres de los menores. Es decir, deja abierta la posibilidad

para que en ausencia de los padres, los abuelos siguiendo una línea entren al ejercicio de la patria potestad y la custodia, de ahí que el término que utiliza de " persona " sea muy limitativo

Normalmente cuando los progenitores exhiben el convenio dentro del divorcio por mutuo consentimiento se da el caso de que ambos ejercen la patria potestad, y en ese presupuesto tendrán que ponerse de acuerdo para saber quien de los dos tendrá el ejercicio de la patria potestad y la custodia y quien únicamente un derecho de visita, de convivencia, etc.

Siguiendo con nuestra interpretación estimo que el término " persona " no debe limitarse legalmente sólo a los progenitores, pues nuestra legislación permite separar la custodia de la patria potestad.

No debemos olvidar que aunque los abuelos paternos o maternos tengan la custodia de un menor, no puede aceptarse que se les halla transferido la patria potestad, pues el único caso permitido en la ley es en la adopción, por lo tanto en éste supuesto la custodia la tendrán los abuelos designados con el ejercicio de los derechos, deberes y obligaciones que conlleva la patria potestad, pero el ejercicio limitado de la misma continuará a cargo de los progenitores, lo cual deberá anotarse en el convenio.

En éste supuesto cuando los padres no tienen la custodia de sus hijos menores, la patria potestad que desempeñan se limita al derecho de vigilar la educación que dan los abuelos a los nietos y al deber de colaborar con ellos .

Para reforzar lo anteriormente manifestado transcribo lo señalado por el artículo 396 sobre la patria potestad que dice:

Art. 396.- " La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce;

- I.- Por el padre y la madre;
- II.- Por el abuelo y la abuela paternos;
- III.- Por el abuelo y la abuela maternos . " 55

Pasando al otro término que utiliza el legislador mexiquense en la fracción III, del artículo 257 del código civil vigente para el estado de México, es decir, el referido a la palabra " confiados " , ésta palabra tiene un significado similar a cuidado o custodia aún y cuando sean conceptos diversos pues se confía el cuidado y la custodia de los menores hijos.

⁵⁵ Código civil para el estado Libre Y Soberano de México. Ediciones Delma, S.A. De C.V. Décima Segunda Edición. México, 2000. Pág. 54.

Al usarse conjuntamente los dos términos se pretende señalar lo profundo de ésta relación, que no se limita solo a la guarda y vigilancia de los menores hijos, sino que se acentúa con el cuidado, es decir, con la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha .

4. 1. 2. SUS ALCANCES

Una vez que se ha hecho en nuestro estudio la interpretación literal del artículo 257 fracción III del código civil vigente para el estado de México, debemos evaluar cuales son los alcances o la trascendencia que tiene dicho precepto jurídico dentro del contexto de la realidad social que prevalece en el estado de México.

Normalmente la fracción III del numeral en cita, se aplica como lo mencionamos, solamente cuando ambos cónyuges de común acuerdo deciden dar por terminada su relación matrimonial y acuden ante el juez civil de primera instancia, quien les requiere que presenten el convenio que previene el artículo 257 del código civil en comento, a través del cual deberán quedar garantizados los derechos de los menores hijos.

El alcance que le ésta otorgando el legislador mexiquense y la autoridad judicial a ésta fracción III del artículo 257 y aplicada a una situación de divorcio concretamente radica en el hecho de que se le otorga un carácter limitativo para el efecto de que se le confien la custodia y la patria potestad casi siempre en la mayoría de los casos a cualquiera de los padres solamente, al disponer dicha fracción III que se deberá designar a la persona a quien sean confiados los hijos después de ejecutoriado el divorcio, más no dice a las personas en forma plural o a cualquiera de los ascendientes que son padres de los progenitores.

En apartados anteriores hablábamos de que en muchas ocasiones, se han dado casos en los cuales ante un eventual divorcio por mutuo consentimiento entre cónyuges, éstos ante la situación de tener que trabajar ambos en el peor de los casos, deciden ambos cónyuges en otorgar la guarda y la custodia de los menores hijos a los abuelos paternos o maternos quienes educan a sus nietos, los protegen y les dan el mejor de los cuidados, ante éste supuesto los padres de los menores hijos únicamente desempeñan un papel de vigilantes y de convivencia con sus hijos, es decir, tienen la patria potestad pero que se traduce en un derecho de visita donde éstos últimos aportan a los abuelos la manutención económica necesaria para sacar adelante a sus hijos. La pregunta que nos podríamos hacer en éste momento es ¿ A los abuelos paternos o maternos que cuidan a los nietos y les dan todo lo necesario realmente se les debe otorgar la patria potestad y su ejercicio completo . ¿ Debe el legislador en el estado de México flexibilizar la ley para el efecto de que los abuelos tengan el pleno ejercicio de la patria potestad sobre sus nietos en algunas circunstancias especiales .

El verdadero espíritu de la ley civil en el estado de México no se aplica al menos no en ésta fracción que deja mucho que desear en cuanto a su contenido que es muy restringido y limitativo; por otro lado, el legislador

deja a un lado la verdadera realidad social que vive la gente de la entidad mexiquense y restringe ese derecho de custodia y patria potestad solamente a las partes del juicio familiar.

Los alcances o la trascendencia que tiene la fracción III del numeral que se analiza es en el sentido de que el legislador señala en dicha fracción que " si hubiere hijos " y en el caso que nos ocupa, el legislador ésta facultando tanto a los cónyuges que tienen hijos como a los que no tienen para promover el divorcio por mutuo consentimiento, y así lo expresa el código civil vigente para el estado de México en su artículo 258 bis último párrafo .

Con esto , el legislador del estado de México deja abierta la posibilidad de que existan hijos o no para promover un divorcio por mutuo consentimiento. por otro lado, si los hubiere como lo señala la legislación civil mexiquense, no debemos olvidar que los hijos son los más afectados ante éste acto jurídico que desean llevar a cabo sus padres, de ahí que el ministerio público en muchas ocasiones se oponga al convenio que exhiben los cónyuges pues deben quedar debidamente garantizados los derechos de los menores hijos

4. 1. 3 . SUS EFECTOS

En el objetivo anterior hablábamos de los alcances que tiene la fracción III del artículo 257 del código civil vigente para el estado de México, con la finalidad de tener un panorama jurídico más amplio con respecto a la aplicación que tiene ese precepto jurídico que se inserta dentro de los famosos convenios que se exhiben para garantizar los derechos de los hijos, ante un eventual juicio de divorcio por mutuo consentimiento que promueven sus padres ante el juez de lo familiar, como podemos comprender es amplia la gama de comentarios que se pueden hacer y grande la labor que tiene el legislador por realizar en la entidad mexiquense para crear mecanismos o elementos jurídicos que estén acorde con la realidad social que vivimos actualmente y faciliten la comprensión de los ordenamientos jurídicos con que contamos para que exista una verdadera impartición de justicia en materia familiar, y por consiguiente un verdadero estado de derecho donde la ley en la materia que nos ocupa se aplique de manera más humanitaria, transparente y acorde con las exigencias sociales que existen en nuestra entidad.

Evalutando los alcances ó la trascendencia que tiene ésta fracción podemos llegar a comprender cuales son los efectos o las consecuencias jurídicas que trae aparejado el estudio literal de la fracción en cita y como se aplica realmente en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento dentro del llamado convenio conyugal específicamente, para garantizar en forma concreta el ejercicio de la patria potestad y la custodia de los menores hijos .

Al efecto debemos decir que ésta fracción trae grandes consecuencias jurídicas, normalmente cuando los progenitores presentan ante el juez de lo familiar de su residencia la solicitud de divorcio, es porque ya existió previamente una plática y se tomó la determinación de común acuerdo de divorciarse, ante éste supuesto el juez les exige a los cónyuges que presenten un convenio para evaluar la manera en la que deben quedar garantizados los derechos de los menores hijos habidos de matrimonio; una vez que se ha dado ésta situación los cónyuges deben elaborar el convenio y establecer todos y cada uno de los puntos que llevará implícito tanto en lo relacionado a la persona de ellos como a la de sus hijos y sus bienes .

En éste convenio como veremos más adelante se establecen cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad y su custodia, el régimen de visitas, el derecho de vigilancia, la cantidad que a título de alimentos dará el cónyuge visitante al custodio de los hijos, el domicilio que tendrá el cónyuge que custodia y los hijos así como el domicilio que tendrá el padre que visita a sus hijos para tener una comunicación más amplia, los días de

visita, en vacaciones y temporadas como navidad y semana santa; la hora a la que puede visitarlos y que días, etc.

Uno de los principales efectos que trae el estudio literal de la fracción III del artículo 257 del código civil mexiquense aplicado a la realidad social que atraviesa la entidad, es el hecho de que los progenitores de común acuerdo designan a la persona a la que se le confiaren los hijos una vez que se ha ejecutoriado el divorcio, o en otras palabras una vez que ha causado ejecutoria la sentencia de divorcio; y en el mejor de los casos es la mujer y no el hombre la que tendrá el cuidado, confianza, o la guarda de los hijos que no es otra cosa que la custodia, sin embargo debemos decir que no siempre quien tiene la guarda y custodia de sus hijos tiene la patria potestad esto en atención a que la mujer tendrá el ejercicio al igual que el hombre de la patria potestad pero como la mujer es la que se hará cargo de los cuidados, educación, alimentación, salud, etc, de los menores hijos ella será quien tendrá preferencialmente el ejercicio de la patria potestad y el padre únicamente tendrá un derecho de visita y de vigilancia sobre sus hijos, derechos que van implícitos y que se derivan de la relación jurídica paterno-filial que tiene con sus hijos, sin embargo esto no quiere decir que el padre no tenga la patria potestad.

Este derecho de visita y vigilancia encuentra su fundamento en la previa relación jurídica familiar entre padres e hijos que comprenden derechos, deberes, y obligaciones.

La destacada Licenciada en Derecho Luisa Gabriela Chávez Aviña en relación al tema nos dice:

“ Este derecho de visita ésta implícito en la relación jurídica paterno-filial, que se cumple en forma habitual y normal al convivir todos en el domicilio conyugal. Al producirse la ruptura familiar por un problema conyugal, surge como una necesidad en beneficio de quienes ya no conviven en la misma casa . En ese mismo momento se presenta como un derecho separado de la obligación y derecho de vivir en el mismo domicilio para lograr la convivencia familiar “⁵⁶

Nosotros nos preguntamos muchas veces ¿ Cual es el contenido de ese derecho de convivencia o de visita .

De estricto derecho consiste en visitar a los menores hijos y convivir con ellos, tener una comunicación directa padre e hijo o de correspondencia en la casa del padre o la madre que no lo tiene en custodia. Se manifiesta como la posibilidad de tener acceso al menor en el domicilio de éste, sin embargo la mamá de los hijos menores en su calidad de custodio ésta obligada a soportar la presencia del padre o visitador y éste tampoco se

⁵⁶ Chávez viña, Luisa Gabriela. El Derecho de Visita. Tesis para obtener el Título de Licenciada en Derecho en Universidad Iberoamericana, 1987. Pág. 43

siente cómodo en un ambiente que le impide relacionarse satisfactoriamente con su hijo.

Lo más importante de éste derecho es que no se pierdan esos lazos de respeto, amor y confianza que debe existir en toda relación de padre a hijo.

Por otro lado, el derecho de vigilancia se refiere a recabar o recibir periódicamente del otro progenitor, cuando sea preciso o así se considere necesario, noticias sobre la salud física y espiritual de los hijos, la marcha de sus estudios, la vigilancia y educación moral, religiosa, cívica, para poder participar en caso necesario o en situaciones especiales o de emergencia que así lo requieran.

Todos estos derechos, obligaciones y deberes, tanto del que tiene la custodia como del que no la tiene deben ser materia de cuidadoso estudio para que en el convenio queden debidamente matizados y previstas las circunstancias para evitar conflictos futuros

4.2. SU INTERPRETACIÓN JURIDICA

El artículo 257 Fracción III del código civil vigente para el estado de México reza así:

Artículo 257.- “ Los cónyuges pueden divorciarse por mutuo consentimiento ocurriendo al juez competente en los términos que establezca el código de procedimiento civiles, en cuyo caso presentarán al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

Fracción III.- Si hubiere hijos, la designación de la persona a quienes san confiados después de ejecutoriado el divorcio “⁵⁷

Una correcta interpretación jurídica a la norma jurídica que nos ocupa y que ha sido creación del legislador mexiquense e interpretada por los jueces de lo familiar y los abogados postulantes en la entidad, es en el sentido de considerar que una vez que se ha presentado la solicitud de divorcio para que el órgano jurisdiccional tenga conocimiento de la voluntad mutua de los cónyuges de disolver su vínculo matrimonial, deben exhibir éstos últimos un convenio ante el juzgado correspondiente donde queden debidamente plasmados los puntos que versen sobre la custodia y patria potestad de los menores hijos, lo concerniente a la pensión alimenticia que un cónyuge debe otorgar a otro para la manutención de los menores hijos, el domicilio donde vivirá el cónyuge custodio, el domicilio donde vivirá el padre visitante, los días de visita, etc.

Estos son algunos requisitos que nos marca la ley que se deben cubrir para quedar debidamente garantizados los derechos de los menores hijos, y que aparecen enunciados dentro de las cinco diferentes fracciones que nos marca el artículo 257 del código civil vigente en la entidad mexiquense; ahora bien, el objeto de estudio e interpretación es la fracción III del referido convenio porque conlleva una de las situaciones más delicadas como lo es la patria potestad de los hijos y su ejercicio, así como la custodia y su guarda.

La fracción III ésta ordenando a los cónyuges que se van a divorciar designen o señalen dentro del convenio a la persona ante quien serán confiados los hijos una vez que ha causado ejecutoria el juicio de divorcio, normalmente en ésta fracción el hombre es el que ésta de acuerdo en que se le otorgue a la mujer la guarda y custodia de los hijos menores a la mujer, pero la patria potestad la continuarán teniendo ambos cónyuges, el hombre ésta de acuerdo con esto no por el hecho de que no desee o no pueda

⁵⁷ Código civil para el estado de México. Ediciones Delma, S.A. De C.V. Décima Segunda Edición. México, 2000. Páginas 35 y 36.

hacerse cargo de los hijos, sino por el hecho de que la mujer como madre y por naturaleza al tener un contacto más directo y cotidiano con sus hijos es quien podrá cuidarlos y alimentarlos mejor, darles los cuidados que requieran, los educará en un ambiente más próximo a ellos, etc., máxime cuando los hijos son menores de siete años que es cuando más necesitan de la mamá. El padre tendrá también el ejercicio de la patria potestad pero en otra modalidad que será en calidad de vigilante y visitante de sus hijos, haciendo uso del famoso derecho de visita o convivencia como le llaman algunos distinguidos juristas.

La realidad es que sólo através de ese convenio que se exhibe adquiere verdadera formalidad el divorcio que se intenta obtener, toda vez que adquiere fuerza legal desde el momento que es sometido al conocimiento y consideración de una autoridad judicial que como juez familiar de la residencia de los cónyuges valorará la situación real de los cónyuges y los hijos que en el peor de los casos son los más afectados por la separación de sus padres, sin embargo debemos precisar que el hecho de estar separados sus padres no significa que no cuenten con todo el apoyo moral, educativo, y económico que necesitan, por el contrario he visto que muchas veces ante situaciones como ésta es cuando más unidos se mantienen padres e hijos ante cualquier adversidad o circunstancia.

En apartados anteriores comentábamos que ante un eventual divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges pueden decidir de común acuerdo que la custodia y cuidado de los menores hijos queden a cargo de los abuelos paternos o maternos, sin embargo son situaciones muy especiales que se dan en nuestra legislación donde los padres tienen el ejercicio de la patria potestad y conviven con sus hijos, adquiriendo un derecho de visita y de vigilancia que no debe de ser, máxime cuando los hijos tienen a su padre y madre; y aún en el supuesto de que hubiere fallecido alguno de ellos el que queda asume automáticamente en forma total la custodia y el ejercicio de la patria potestad. De todo esto podemos inferir que la fracción III en comento tiene un carácter muy flexible pues el legislador se lo ha dado con la finalidad de que tanto los cónyuges como los ascendientes tengan en orden de importancia los mismos derechos sobre los hijos.

Ahora bien, la fracción III del numeral en cita habla del término a quien sean " confiados " los hijos una vez que ha causado ejecutoria la sentencia de divorcio, estimando pertinente aclarar que dicho término hace referencia a la custodia, es decir, se confía lo que se puede guardar o cuidar de ahí que se diga que se confía a su guarda y custodia a los menores hijos. Si los divorciantes dejan sus hijos al cuidado de otro ascendiente significa que tiene que haber una clara atención por el hecho de que los menores estarán bajo la dependencia del abuelo, tío, etc

Una vez que los cónyuges se han divorciado solamente uno de ellos o en su caso cualquier otro ascendente tendrán la custodia de los menores hijos, esto significa que se encargarán de vigilarlos constantemente procurando su desarrollo humano, personal, y profesional en un ambiente sano, donde el cónyuge visitante tenga todas las oportunidades de convivir con sus hijos, llevarlos a pasear y conozca de sus problemas através del cónyuge custodio.

4.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO .

Hemos dicho anteriormente que para el efecto de que los cónyuges puedan divorciarse por mutuo consentimiento, deberán ocurrir ante el juez de lo familiar de su residencia competente, donde una vez presentada la solicitud de divorcio y de acuerdo con lo que dispone el artículo 811 del código de procedimientos civiles vigente para el estado de México presentarán un convenio en el que se fijen los puntos relativos a los derechos y obligaciones que deberán seguir existiendo entre los divorciados, entre sus hijos, y los bienes de éstos y de aquellos, y al efecto reza el artículo 811 referido en los siguientes términos:

Artículo 811.- “ Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, e los términos del artículo 257 del código civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio a que se refiere ese precepto, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores “ ⁵⁸

Tanto el código civil vigente en el estado de México, así como el código de procedimientos civiles respectivo nos hablan de que debe existir un convenio en el cual deben quedar garantizados los derechos de los hijos menores y de la cónyuge que preferencialmente obtendrá la custodia de los primeros, sin embargo debemos precisar cual es la naturaleza jurídica de éste convenio.

Así al hablar de convenio nos preguntamos en primer lugar si éste es un verdadero contrato, o si por el contrario tienen diverso significado. El mismo código civil vigente para el estado de México nos aclara la duda al disponer En su artículo 1621 lo siguiente:

Artículo 1621.- “ Convenio es el ° acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar ó extinguir obligaciones “ ⁵⁹

La misma legislación civil mexicana dispone en su artículo 1622 que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos; de esto podemos inferir que es un convenio de tipo familiar que se exhibe en el divorcio voluntario por mutuo consentimiento donde el estado como la sociedad están interesados en que se otorgue conforme a la ley , cuenta habida de que existen los intereses de los hijos

⁵⁸ Código de Procedimientos Civiles Para el estado de México. Editorial PAC, S.A. DE C.V., Séptima Edición. México, 1999. Pág. 241.

⁵⁹ Código civil para el estado Libre y Soberano de México. Ediciones Delma, S.A. DE C.V., Décimo segunda edición. México, 2000. Pág. 190.

menores y los derechos de los cónyuges derivados del matrimonio todo lo cual concierne a la institución de la familia

Es un contrato sui géneris porque la ley obliga a los consortes a incluir en el diversas estipulaciones sin las cuales carece de validez y eficacia jurídica; en otros términos, los consortes no tiene plena libertad para otorgarlo fuera de las prescripciones de la ley.

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 ésta encomendada es precisamente la de intervenir para ese fin .

Si el convenio no ésta integrado debidamente en la forma que prescribe la ley, el juez no debe admitir la solicitud de divorcio, sino que debiera ordenar a los cónyuges que adicionen el convenio con las estipulaciones que falten.

En caso de no hacerlo así, el ministerio público deberá apelar el auto en que se admita la solicitud de divorcio y se ordena la tramitación del procedimiento.

La sentencia que declare el divorcio y apruebe un convenio irregular, no es valida y debe ser apelada por el ministerio público, pero si alcanza la calidad de cosa juzgada será por éste concepto inatacable.

Parece tan evidente que no todas las mencionadas estipulaciones son esenciales para la validez del convenio, por ejemplo las relativas al nombramiento de los liquidadores de la sociedad conyugal, así como a la de su designación, a la designación de la persona que ha de continuar administrando la sociedad conyugal; lo más importante en el convenio que no debe omitirse es lo relativo al ejercicio de la patria potestad y custodia de los menores hijos, así como a los alimentos que tanto ellos como uno de los cónyuges deberán percibir, así como las garantías concernientes a su pago.

Es importante aclarar que el divorcio como todo acto jurídico debe estar compuesto de elementos esenciales para que surja a la vida jurídica y estos elementos a saber son;

- 1) la voluntad de las partes.- Esta debe ser de forma consciente y libre, ya que de no ser así se vicia la voluntad.
- 2) Existencia de un matrimonio valido.- Es absolutamente necesario que los promoventes hayan celebrado un matrimonio valido, en virtud de que el divorcio presupone la existencia del mismo y que se halla efectuado por lo menos un año antes de la fecha de la solicitud de

divorcio de lo contrario no será procedente la disolución del vínculo matrimonial

Este último requisito es de suma importancia toda vez que en el juicio de divorcio por mutuo consentimiento no hay controversia entre las partes de poner término a su matrimonio; únicamente sobre la validez y conveniencia del pacto concertado por ellos, es decir, el convenio que sirva de base a su separación. Esto significa que aunque los cónyuges reúnan los requisitos procedimentales manifestando en las dos juntas de avenencia que marca el código de procedimientos civiles para el estado de México, su ausencia de proseguir con su propósito de divorciarse y el convenio no fuere de aprobarse, no se decretará la disolución de su matrimonio.

4.4. NECESIDAD DE LEGISLAR EN RELACION A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS.

Una vez que hemos precisado brevemente la naturaleza jurídica del convenio que se exhibe ante un eventual divorcio por mutuo consentimiento y atendiendo a la realidad social que prevalece en el estado de México, no podemos dejar de interesarnos en la profunda problemática que enfrentan los legisladores en la entidad mexiquense y el rezago que en materia familiar presenta nuestro actual código civil mexiquense dentro de la materia que nos ocupa, y al efecto debemos señalar que dada la naturaleza jurídica de éste ordenamiento y en atención de que debe ser eminentemente proteccionista de los derechos en materia familiar, hasta nuestros días nos hemos dado cuenta que al aplicarlo a una situación jurídica concreta como lo es un divorcio, resulta tan obsoleto, tan falto de sentido común que se hace necesario reformar algunos preceptos jurídicos por el hecho de que ya no responden a la realidad social y a las necesidades de las comunidades del estado de México, existen algunas hipótesis que el legislador no contempla y que sin embargo desde hace mucho tiempo vienen afectando a todas las familias mexiquenses que están expuestas a que se les aplique un derecho o una norma jurídica que lejos de ser protectora de los derechos de los hijos menores y de los cónyuges tiende más a confundirlos, a crear injusticias sociales por parte de la autoridad que aplica la ley.

Al analizar la fracción III del artículo 257 del código civil vigente para el estado de México, nos podremos dar cuenta de que es una fracción hasta cierto punto muy limitativa, sin embargo, el legislador ha considerado que sigue respondiendo a la realidad social que prevalece en la entidad mexiquense, situación que es totalmente ilógica, sin embargo nos afecta en el sentido de que ya no responde a nuestras expectativas que como grupo social y familiar viven nuestras comunidades hoy en día.

Haciendo un paréntesis, particularmente creo que la estipulación contenida en dicha fracción III del numeral citado con antelación, es la que mayores dificultades ofrece en la práctica, porque la misma ley no obliga a los cónyuges a determinar con claridad y precisión la forma y los términos en los cuales el cónyuge visitante no conservará para sí la custodia de sus hijos, así como la intervención que debe tener en su educación y formación integral, su representación legítima, el régimen de visitas y en su caso la administración de sus bienes; lo que da lugar a que en muchas ocasiones y sin manifestarse expresamente, para opositar a la aprobación del convenio, uno de los cónyuges pretenda de hecho excluir al otro del ejercicio de la patria potestad, y que como sabemos es irrenunciable y sólo se establece su pérdida en los juicios de divorcio necesario, como una sanción contra el cónyuge culpable en los casos establecidos por la ley, no

existiendo ante la ley cónyuge culpable en el divorcio por mutuo consentimiento.

Ante ésta situación de injusticia social que prevalece en materia familiar dentro de la entidad mexiquense, el legislador debe y tiene que buscar los elementos jurídicos idóneos que tiendan a mantener un equilibrio entre los diferentes entes sociales que intervienen en nuestra sociedad dentro de los cuales están las autoridades judiciales y los litigantes, para crear normas jurídicas que respondan a las necesidades materiales y personales de las familias, normas jurídicas que sean más flexibles que no contemplen una sola hipótesis sino varias dentro de un mismo precepto jurídico.

Particularmente en materia familiar, pretendemos con el presente estudio crear el animo en el legislador mexiquense para el efecto de que se reforme la fracción III del artículo 257 del código civil mexiquense, en el sentido de que sea más específica y no limitativa como aparece actualmente y se trate todo lo relativo a la guarda y custodia así como el ejercicio de la patria potestad de los hijos menores con más equilibrio para ambos cónyuges.

Se hace necesaria una reforma de fondo en ésta fracción, ante situaciones prácticas que le suceden al litigante una vez que desea romper con su vínculo matrimonial, por el hecho de que la ley no es clara ni mucho menos precisa en el sentido de no mencionar ni mucho menos obligar a los cónyuges que señalen la persona que se hará cargo de la custodia de los menores hijos durante el procedimiento, únicamente señala que deberán designar en su convenio la persona ante quien deberán quedar confiados los hijos menores una vez que halla causado ejecutoria la sentencia de divorcio.

4.5. EL DERECHO QUE TIENEN LOS HIJOS PARA OPINAR Y SE DETERMINE EN FORMA DEFINITIVA SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA

Hemos dicho en reiteradas ocasiones que una vez que se pretende promover un divorcio voluntario por mutuo consentimiento, no existe controversia entre los cónyuges sino en el convenio que se exhibe ante el órgano jurisdiccional para garantizar íntegramente los derechos de los hijos menores que normalmente son el punto de atención principal en este tipo de juicios familiares, pues son los más afectados.

Mucho se ha cuestionado hoy en día, si los hijos menores de edad deben tener cierta participación en los asuntos que afectan de fondo las relaciones conyugales de sus padres y que directamente los afectan a ellos; nos inclinamos por afirmar que sí, dado que forman parte de un núcleo familiar donde los padres conviven con ellos en un ambiente sano de confianza, afecto, y seguridad, todo esto derivado de la relación paterno-filial que gira en torno al grupo familiar.

Hoy en día, se ha hecho tan extensiva la idea de que la intervención de los hijos dentro de los diversos actos jurídicos que realizan sus padres, es de suma importancia, tan es así que en muchas ocasiones el padre pide la opinión del hijo para celebrar actos jurídicos por ejemplo firmar un contrato privado de compra-venta, para adquirir un automóvil, comprar una casa, un terreno, etc; la idea consiste en que tanto un cónyuge como el otro permitan a sus hijos como parte integradora de la familia dar su punto de vista, o su opinión sobre tal o cual acto que se realiza o se realizará a futuro y que de alguna manera los hace reflexionar sobre la capacidad que tiene el hijo para comprender cualquier situación a la que se enfrentan sus padres.

Cotidianamente los padres de familia siempre toman en cuenta la opinión de los hijos mayores de edad porque tienen un juicio más razonable ante cualquier situación de la vida real o ante cualquier circunstancia, sin embargo los menores de edad siguen sin poder tener alguna participación ante sus padres. ¿Porque.

Siguiendo ésta línea de comentarios, nos preguntamos ¿ Actualmente la ley faculta o les otorga el derecho a los menores de edad para intervenir en forma directa en algunas situaciones jurídicas que les afectan de manera personal y sobre sus bienes.

La respuesta es sí, al respecto la suprema corte de justicia de la nación ha establecido en jurisprudencia la posibilidad de que se presenten a declarar como testigos familiares, aún las personas que se ostenten como domésticos del hogar de los cónyuges en los juicios familiares, argumentando que son

los que conocen más la realidad de los contendientes, los cuales no podrán ser tachados.

El código de procedimientos civiles vigente para el estado de México, señala que el representante del ministerio público será oído, tanto en la aprobación provisional del convenio que se exhibe ante un eventual divorcio por mutuo consentimiento, como al dictar la resolución en los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados y a los alimentos de estos. (Artículos 812 y 813). .

De donde surge la pregunta ¿ como intervenir sin previamente haber oído a los hijos . En estos casos el representante del ministerio público debe tener acceso a ellos, o bien interesar al juez para que oiga a los hijos en audiencia especial, sin terceras personas, para que los menores tengan libertad para expresarse. Se hace necesario que el juez de oficio, o a instancia del representante del ministerio público pueda escucharlos cuando así lo requieran las circunstancias.

Confirmando la conveniencia de que los hijos menores participen dando su opinión en las controversias conyugales, la convención sobre los derechos del niño aprobada en la 44ª sesión de la asamblea general de las naciones unidas celebrada en la ciudad de Nueva York, N.Y., el 20 de noviembre de 1989, a la cual México se adhirió y fue aprobada por el senado através de decreto el 29 de junio de 1990 y que fue publicado en el diario oficial de la Federación el 31 de julio de 1990, que expresa en su artículo 9 :

“ Que en caso de que los padres vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño en el procedimiento, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y dar a conocer sus opiniones “ .⁶⁰

“ Expresamente se garantiza al niño que éste en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta la opinión del niño en función de la edad y madurez . Con tal fin se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional “ . (Artículo 12)

A título de ejemplo, la legislación española admite la participación de los hijos y previene que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptados en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieren suficiente juicio y siempre que sean mayores de doce años. (Artículo 92 del código civil español).

⁶⁰ Diario Oficial de la Federación. De fecha 31 de julio de 1990.

Como podemos apreciar existen importantes ordenamientos jurídicos de índole nacional y aún internacional que están a favor de que los derechos de los hijos menores sean respetados especialmente cuando la situación familiar de sus padres les afecta en forma directa.

Ahora bien, siendo presidente de la república Ernesto Zedillo Ponce de León, a través de decreto presidencial se creó la ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes el día 28 de Abril de 2000 que fue publicada en el diario oficial de la federación el día 29 de mayo del mismo año. Esta ley es totalmente proteccionista de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y así en su título segundo, capítulo décimo tercero nos habla en sus artículos 38,39,40, y 41 respectivamente del derecho que tienen los menores de edad para expresarse libremente y externar su opinión en los asuntos que afectan a la familia y a aquellos en forma directa, siguiendo ésta ley el mismo pensamiento y espíritu acordado en la convención sobre los derechos del niño adoptada en la 44ª asamblea general de las naciones unidas celebrada en la ciudad de Nueva York, N.Y. en el año de 1989.

Y al efecto rezan los artículos de la mencionada ley en los siguientes términos:

Artículo 38. " Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión; la cual incluye sus opiniones y a ser informado. Dichas libertades se ejercerán sin más límite que lo previsto por la constitución " ⁶¹

Artículo 39.- " Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ejercer sus capacidades de opinión, análisis, crítica y de presentar propuestas en todos los ámbitos en los que viven, trátase de familia, escuela, sociedad, o cualquier otro, sin más limitaciones que las que establezca la constitución y dicte el respeto de los derechos de terceros " ⁶²

Artículo 40.- " Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la información. En cumplimiento de este derecho se establecerán normas y se diseñarán políticas, a fin de que estén orientados en el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo anterior. Asimismo se pondrá especial énfasis en medidas que los protejan de peligros que puedan afectar su vida, su salud o su desarrollo" ⁶³

Artículo 41.- " El derecho a expresar opinión implica que se les informe su parecer respecto de:

A.- Los asuntos que los afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernen ;

⁶¹ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Editorial Sista, Primera edición, México, 2001. Página 511.

⁶² Op. Cit. Página 511.

⁶³ Op. Cit. Página 511 y 512.

B.- Que se escuchen y tomen en cuenta sus opiniones y propuestas respecto a los asuntos de su familia o comunidad " 64

Como podemos observar, dichos artículos son muy claros en el sentido de reconocer que los menores de edad y aún los incapacitados tienen derecho a la libre expresión de sus ideas, a formular opiniones personales y a ejercer esa capacidad de análisis y de propuestas, asimismo tienen derecho a expresar y a que se les tome su parecer respecto de los asuntos de familia que los afectan en forma directa y del contenido de las resoluciones que les conciernen, además de que deben ser escuchados.

Podemos inferir por otro lado, que el artículo 41 de dicha ley al hablar de que al menor se le debe permitir exprese su opinión y se le tome su parecer sobre el contenido de las resoluciones que les conciernen, hace referencia a las resoluciones judiciales de tipo judicial familiar como las que dicta el juez de primera instancia familiar dentro de un juicio de divorcio por mutuo consentimiento, donde independientemente como hemos visto anteriormente si ambos cónyuges reciben de parte del juzgado ese derecho de la patria potestad, ambos no vivirán juntos pues uno de ellos ejercerá en forma preferente la custodia y otro tendrá un derecho de visita solamente, lesionando al juzgador con esto los derechos de los menores de edad, de ser escuchados en juicio y de expresar su parecer respecto a la situación que prevalece en el juicio que ventilan sus padres y poder determinar en forma definitiva lo relativo a su guarda y custodia. Aunque existen otro tipo de resoluciones de índole administrativo que los pueden afectar, sin embargo no con tal contundencia como lo es el aspecto familiar relativo a su guarda y custodia, porque lesiona sus derechos más intrínsecos familiares .

El planteamiento del problema en la presente tesis profesional ha consistido en analizar desde el punto de vista jurídico y acorde con la realidad el contenido de la fracción III del artículo 257 del código civil vigente para el estado de México, para el efecto de que se legisle en relación al derecho que tienen los hijos para opinar y se determine en forma definitiva sobre su guarda y custodia, una vez que se ha ejecutoriado un divorcio por mutuo consentimiento entre cónyuges; esto en atención a que una vez que los hijos han cumplido los dieciséis años de edad han adquirido una capacidad para discernir y comprender el problema que enfrentan sus padres, asimismo proponer una reforma a la fracción mencionada .

Hemos estudiado con claridad el contenido de la fracción en comento desde el punto de vista jurídico y sin embargo nos hemos dado cuenta que esta muy lejos de la realidad social que prevalece en el estado de México; ahora bien, la misma convención de los derechos del niño, que fue aprobada en la 44ª asamblea general de las naciones unidas de la que se habló anteriormente, nos da la pauta para resolver los planteamientos que hemos

⁶⁴ Op. Cit. Página 512

estado realizando y de alguna manera nos ayuda a proponer una reforma de fondo en materia familiar en los juicios familiares, y particularmente a reformar la fracción III del artículo 257 del código civil mexiquense; ya que considera necesario se garantice al niño ese derecho de expresar su opinión y de formarse un juicio propio en los asuntos conyugales cuando lo afecten directamente y en atención a su edad y madurez, asimismo la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo.

Si aplicamos lo manifestado por la convención de los derechos del niño a la fracción III del artículo 257 del código civil vigente para el estado de México, nos damos cuenta de que una vez que se tramita el juicio de divorcio por mutuo consentimiento y se exhibe el convenio que marca el artículo 811 del código de procedimientos civiles de la entidad mexiquense, el juez aprueba provisionalmente los puntos del convenio relativos a la custodia y ejercicio de la patria potestad de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de los hijos y de los que un cónyuge debe dar a otro mientras dure el procedimiento.

¿ Pero que pasa cuando se aprueba provisionalmente el convenio y el juez y representante del ministerio público no toman en consideración la opinión de los hijos menores en lo relativo a su guarda y custodia.

¿ Tienen los hijos menores de edad derecho a ser escuchados en juicio en atención a su edad, madurez y capacidad de discernir y comprender el Problema que enfrentan sus padres, para determinar en forma definitiva lo relativo a su guarda y custodia.

Particularmente nos inclinamos por la idea de que el juez debe considerar la posibilidad de que se les oiga a los hijos menores en una audiencia especial donde no intervengan terceras personas y los menores tengan libertad de expresarse; ahora bien, si bien es cierto que el representante del ministerio público interviene para que queden debidamente garantizados los derechos de los hijos menores en la aprobación provisional del convenio como al dictar el juez la resolución definitiva, lo que se discute no es eso, es el hecho de que hoy en día se hace necesario que el juez a instancia del ministerio público o de oficio pueda escuchar a los hijos menores cuando en atención a que han cumplido los dieciséis años de edad han adquirido una capacidad para discernir y comprender el problema que enfrentan sus padres y les interesa todo lo relativo a su guarda y custodia.

Sucede que una vez que los hijos han cumplido los dieciséis años se percatan fácilmente de la problemática que envuelve a su familia y a sus padres particularmente, de donde podemos deducir que el joven de esta edad se encuentra en el período de la adolescencia y empieza a establecer su propia identidad como persona, a satisfacer sus necesidades personales, empieza a desaparecer la dependencia física y emocional de sus

padres, aumentando su capacidad intelectual captando los sucesos del mundo exterior, organizándolos y comprendiéndolos internamente, empieza a organizar su vida de acuerdo con sus propios intereses y adaptándose a los diferentes grupos sociales, siendo capaz en consecuencia de expresar su voluntad conforme a sus intereses y sobre todo capaz de dar su opinión y determinar sobre su guarda y custodia en atención a que se ha formado un juicio propio del divorcio que ventilan sus padres por la madurez intelectual y física que ha adquirido

La idea principal es que se reforme la fracción III del artículo 257 del código civil mexiquense para el efecto que se haga necesario tomar en cuenta el consentimiento de los menores de edad que han cumplido los dieciséis años de edad para que se determine lo relativo a su guarda y custodia en forma definitiva, en atención a la edad, madurez intelectual y física, así como a la capacidad de discernir y comprender el eventual divorcio que enfrentan sus padres.

Actualmente el código civil vigente para el estado de México en algunas de sus disposiciones jurídicas le ha otorgado importancia a los menores de edad en algunas situaciones que especialmente comprometen lo relativo a sus derechos como personas y sobre sus bienes donde directamente son afectados; así por ejemplo, en artículos como el 71 fracción II, que nos habla del reconocimiento de hijos naturales será necesario el consentimiento Del menor de edad, cuando halla cumplido 14 años para que pueda ser reconocido, y al efecto reza en los siguientes términos:

Artículo 71.- " si el reconocimiento del hijo natural se hiciere después de haber sido registrado su nacimiento, se formara acta separada en la que, además de los requisitos a que se refiere el artículo que precede, se observarán los siguientes en sus respectivos casos:

Fracción III.- Si el hijo es menor de edad, pero mayor de catorce años se expresará su consentimiento y el de su tutor"⁶⁵

Existiendo algunos otros artículos más por no mencionar todos, como el 134 que nos habla de la edad mínima para contraer matrimonio que es de 16 años en el hombre y catorce en la mujer; el artículo 465 que nos habla de la designación de la tutela legítima que realiza el menor de 16 años, etc.

Como podemos ver la ley si faculta a los menores de edad a intervenir en los asuntos que directamente les conciernen, de ahí la necesidad de que el legislador en el estado de México, les otorgue la facultad a los hijos menores de edad y a los incapacitados cuando se tramita un divorcio por mutuo consentimiento, para el efecto de que sean escuchados y tengan una

⁶⁵ Código Civil Vigente Para el Estado Libre y Soberano de México. Ediciones Delma, S.A. de C.V., Decimosegunda edición. México, 2000. Página 10.

participación más activa en esta clase de controversias familiares, considerando que ellos son los más afectados no sus padres; por consiguiente deberá ser reformada la fracción III del artículo 257 del código civil vigente para el estado de México en ese sentido de que se le otorgue la facultad de ser escuchados por conducto del ministerio público y a instancia del juez familiar en una audiencia especial dentro del juicio, donde no intervengan terceras personas y puedan los hijos menores que han cumplido 16 años, dar su punto de vista, su consentimiento, y decidir con quien de sus padres desean vivir, y por consiguiente saber quien ostentará la guarda y custodia .

De todo lo anteriormente manifestado, es muy cierto y necesario que los hijos menores de edad que han cumplido los dieciséis años de edad, tienen derecho a ser escuchados, tienen derecho a formarse un juicio propio con respecto a la situación que prevalece con su padres, tienen derecho a opinar y a que se les tome en cuenta en todo lo que concierne a los derechos relativos a su persona y de sus bienes.

La situación que actualmente atraviesa el estado de México con respecto a su legislación civil familiar es bastante confusa al menos en la materia que nos ocupa, de ahí la necesidad de que el legislador tenga una conciencia más clara y se sensibilice con la realidad social que atraviesa la entidad creando un ordenamiento jurídico más realista, más identificado con la gente y no seguir trabajando los juristas con leyes que no contienen las hipótesis que la ley necesita y la misma sociedad les reclama a los legisladores.

4.6. CRITICA PARTICULAR DEL SUSTENTANTE Y PROPUESTA DE REFORMA .

Actualmente el código civil vigente para el estado de México otorga una facultad de manera especial a los hijos menores de edad e incapacitados, de intervenir en todos aquellos actos jurídicos que al realizarse por sus padres o su tutor en su caso, afectan directamente sus derechos e intereses personales y aún sobre sus bienes; de ahí que la legislación civil en comento les permita dar su consentimiento en ciertos actos jurídicos como los mencionados en el objetivo inmediato anterior, así como tener el derecho de nombrar tutor testamentario y de nombrar tutor legítimo si ha cumplido los dieciséis años.

Como hemos podido constatar, la legislación civil mexiquense en algunas situaciones jurídicas es muy flexible y en otras desafortunadamente muy rígida; particularmente me pregunto ¿porque el código civil actualmente en vigor en la entidad mexiquense, no otorga esa facultad a los hijos menores de edad e incapacitados en forma general de intervenir en todos lo asuntos familiares que directamente los afectan a ellos, y no solo en algunos .

¿ Porque los legisladores mexiquenses no permiten que los hijos menores de edad que han cumplido dieciséis años intervengan en los asuntos familiares, en atención a su capacidad de discernir y comprender, a su edad, y madurez física e intelectual para formarse un juicio propio sobre cualquier acto jurídico que directamente les afecta en forma personal y no solo en algunas situaciones familiares .

La respuesta sencillamente esta en el aire y en discusión.

Consideró que los legisladores en el estado de México, tienen una gran tarea por realizar al discutir y elaborar un ordenamiento jurídico que en materia familiar responda a las nuevas necesidades y cambios que día con día surgen en nuestro querido estado y en nuestro país, en atención a que no es posible que en asuntos familiares tan delicados como lo son los divorcios por mutuo consentimiento se les margine de ese derecho que tienen de opinar y dar su punto de vista, su consentimiento, y de ser escuchados para que se determine lo relativo a su guarda y custodia en forma definitiva. Debemos de hacer una gran cruzada en el estado de México en pro de los derechos de los hijos menores de edad y de los jóvenes, para salir en su defensa y hacer conciencia que ante situaciones como lo son los divorcios, ellos y solo ellos son los más perjudicados y no tienen la culpa en absoluto de los problemas que enfrentan los padres.

Particularmente estoy a favor de que se reforme la fracción III del artículo 257 del código civil vigente para el estado de México. Si bien es cierto que

nos habla el numeral en cita de la necesidad de que se exhiba un convenio donde queden debidamente garantizados los derechos de los hijos menores de edad y aún incapacitados, una vez que se tramita un divorcio por mutuo consentimiento; también lo es que dicha fracción III del 257 ya no responde a la situación real que prevalece en la sociedad mexiquense, mucho menos a la aplicación que los jueces familiares y litigantes le otorgan.

Tenemos la plena convicción que la familia es la célula más importante de la sociedad, de ahí la necesidad de desarrollar éste pequeño pero significativo trabajo que plasme nuestra propuesta de reforma a la fracción III del artículo 257 del código civil mexiquense, con la intención y finalidad de que exista un ordenamiento jurídico más acorde con la realidad que vivimos y donde se respeten los derechos de los menores de edad.

Hoy en día se hace necesaria una sociedad más participativa, donde se respeten las opiniones y los derechos de todos sus ciudadanos, donde exista igualdad de oportunidades y prevalezca el dialogo como medio de concertación de intereses generales y aún particulares para resolver cualquier problema; sin embargo no podremos ver concretados esos ideales si a nuestros hijos y jóvenes les prohibimos o les negamos la oportunidad de que expresen sus ideas en forma abierta y espontánea ante familiares, y autoridades porque una ley nos prohíbe esto.

Si el código civil vigente en el estado de México enuncia en su artículo 134 que el hombre para contraer matrimonio necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce; es totalmente contradictorio y hasta cierto punto ilógico, que hablando de un divorcio por mutuo consentimiento no se le permita a los hijos menores ser escuchados para dar su opinión y se determine lo relativo a su guarda y custodia en forma definitiva, siendo éste acto jurídico tan importante como lo es el matrimonio de un menor que ha cumplido dieciséis años.

Ahora bien, la fracción III del artículo 257 que actualmente se aplica en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento, es demasiado confusa y es la que mayores dificultades ofrece en la práctica, esto en atención a que como lo manifestábamos en objetivos anteriores, en la estipulación contenida en esta fracción no se obliga a los cónyuges a determinar con claridad y precisión la forma y los términos en los cuales el cónyuge visitante no conservará para sí la custodia de los hijos menores, no se precisa la forma y los términos del régimen de visitas, la intervención que debe tener en su educación y formación integral, representación legítima, y administración de sus bienes; lo que da lugar para evitar la oposición a la aprobación del

convenio, a que en muchas ocasiones y sin manifestarse en forma expresa, un cónyuge pretenda de hecho excluir del ejercicio de la patria potestad al otro.

Sin embargo la idea central del presente trabajo es crear el animo en el legislador de la entidad mexiquense para el efecto de que se modifique ésta fracción III, dándoles la oportunidad a los jóvenes que han cumplido los dieciséis años de ser escuchados y tomada en cuenta su opinión en los divorcios por mutuo consentimiento, donde a través de una audiencia especial y donde no intervengan terceras personas y a petición del ministerio público los hijos menores de edad den su consentimiento, su punto de vista en atención a su edad, madurez intelectual, en atención a la capacidad para discernir y comprender el problema que enfrentan sus padres, siendo por consiguiente capaces de comprender los sucesos del mundo exterior y de organizar sus ideas y su vida de acuerdo con sus propios intereses, expresando su voluntad conforme a sus intereses y se pueda determinar en forma definitiva lo relativo a su guarda y custodia.

Consideró que con ésta reforma los hijos menores se sentirían más protegidos, más tomados en cuenta y el derecho familiar que se aplicará cuando menos en ésta materia sería más congruente con la realidad social que atraviesa el estado de México. Nunca debemos olvidar que los menores de edad son el futuro de nuestro país, y por consiguiente debemos respetarles sus derechos garantizándoles la oportunidad de que participen en los asuntos de su familia, de su comunidad, y de la vida democrática de nuestro querido México.

PROPUESTA DE REFORMA.

Actualmente reza el artículo 257 fracción III, del código civil vigente para el estado de México en los siguientes términos:

Artículo 257.- “ Los cónyuges pueden divorciarse por mutuo consentimiento ocurriendo al juez competente en los términos que establezca el código de procedimientos civiles, en cuyo caso presentarán al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

Fracción III.- “ Si hubiere hijos, la designación de la persona a quienes sean confiados después de ejecutoriado el divorcio “

Propongo se reforme la fracción III del artículo 257 del código civil vigente para el estado de México, para quedar como sigue :

Fracción III.- “La designación de la persona a quien serán confiados los hijos después de ejecutoriado el divorcio. Asimismo si el hijo hubiere cumplido los dieciséis años de edad será necesario expresar su consentimiento en forma personal para determinar en forma definitiva lo relativo a su guarda y custodia “ .

Consideró que con ésta reforma el legislador en el estado de México tutela de manera más eficaz los derechos de los hijos menores, toda vez que con esto no va a permitir que el juez deje de lado la oportunidad de que los hijos menores de edad externen su opinión y su consentimiento para que se pueda determinar lo relativo a su guarda y custodia, además de que el juez aplicará ésta fracción con más apego a derecho y no discrecionalmente como se pretende hacer creer.

Abrigo con gran esperanza la idea de que se tomará en cuenta ésta propuesta de reforma tan importante para mejorar las relaciones familiares y jurídicas de las comunidades del estado de México y en especial de los menores de edad que son el futuro de mi país, esperando habrá la disertación en el tema de los legisladores, juristas y litigantes.

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

PRIMERA.- En el derecho romano encontramos hoy en día el origen de todas las instituciones jurídicas modernas. Dentro de las instituciones jurídicas que crearon los romanos encontramos el matrimonio y el divorcio, el primero reconocido como una unión duradera de carácter monogámico cuya finalidad era la procreación y educación de los hijos, el segundo como una forma de disolver el matrimonio. Asimismo reconocieron tres formas de disolver el matrimonio; 1) la muerte; 2) El repudium; 3) El mutuo acuerdo, que es quizás la más importante.

SEGUNDA.- La institución jurídica del divorcio aparece en Francia al final del siglo XIII D.C., donde los tribunales eclesiásticos son los únicos encargados en materia de matrimonio. Sólo se permitía la separación de cuerpos cuando se hacía insoportable la vida en común y nunca de mutuo acuerdo, y cuando había una causa de nulidad del matrimonio como por ejemplo la falta de consumación.

Posteriormente el derecho francés se moderniza y en el año de 1792 se establece la primera ley que legaliza el divorcio, sólo considerando algunas causas como la incompatibilidad de caracteres, adulterio, injurias graves, sevicia, y abandono de cónyuge por más de seis meses. Sin embargo en el año de 1804 se promulga el famoso código civil de Napoleón el cual admite tanto el divorcio voluntario como el necesario, reconociendo además de las causas señaladas por la ley de 1792 otras como la locura, la ausencia, y las condenas criminales. Por otro lado, en España tanto el matrimonio como el divorcio fueron instituciones que fueron reglamentadas por el derecho canónico ó jurisdicción eclesiástica, se permitía excepcionalmente la disolución del vínculo matrimonial sólo en los casos de tener dos personas del mismo sexo relaciones sexuales, o el hecho de que el marido tratara de prostituir a su mujer, así también se autorizó la separación de cuerpos en diversos casos como el adulterio de la mujer, y el matrimonio no consumado.

TERCERA.- En el derecho mexicano los orígenes del divorcio se remontan a la época prehispánica donde la cultura de los aztecas, práctico la disolución del vínculo matrimonial como forma de terminar una relación conyugal, éste rompimiento del vínculo se debía a causas tanto del marido como de la mujer; del primero por no poder mantener a la mujer y los hijos, ó en su caso la maltratará físicamente, y de la esposa por ser estéril descuidada o perezosa.

En la época colonial prevaleció en materia de divorcio la legislación española y aún sobre todo el derecho privado, la única forma que se admitió fue la separación de cuerpos que no otorgaba libertad para contraer un nuevo matrimonio, no se conocía el divorcio vincular.

CUARTA.- En la época del México independiente se elaboraron dos códigos civiles promulgados en los años de 1870 y 1884 respectivamente en los cuales no se reconocía al divorcio vincular, sino únicamente al llamado divorcio por separación de cuerpos donde no se extinguían los derechos de fidelidad, ministración de alimentos e imposibilidad de contraer nuevas nupcias, el código civil de 1884 retoma las mismas causas de divorcio que el código civil de 1870 y agrega el mutuo consentimiento.

El divorcio vincular aparece por primer vez en la ley expedida por Venustiano Carranza, el 29 de diciembre de 1914 estableciendo tanto el divorcio vincular por mutuo consentimiento, como el divorcio vincular necesario señalando únicamente dos causas. Con la expedición de la nueva ley de relaciones familiares de 1917 se permite la disolución del vínculo matrimonial, existiendo un marcado proteccionismo hacia la mujer permitiéndole la administración de los bienes comunes y propios, asimismo retoma al igual que el código civil de 1884 el mutuo consentimiento como causa de divorcio.

QUINTA.- Durante el año de 1928, bajo la presidencia de don Plutarco Elías Calles se elabora un nuevo código civil para el distrito y territorios federales que entra en vigor el 1° de octubre de 1932, se elaboró pensando en el criterio individualista que preveía anteriormente, introduciendo nuevas disposiciones que armonizarán con el concepto de solidaridad que requería el momento histórico que atravesaba el país. En materia de divorcio al igual que la anterior ley de relaciones familiares concibe al divorcio como la ruptura del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio y excepcionalmente maneja la separación de cuerpos en algunas circunstancias graves entre los cónyuges como las enfermedades graves e incurables, donde el cónyuge sano puede pedir al juez se suspenda su obligación de cohabitar con su consorte. En éste nuevo código se equipararon las causas de divorcio, permitiéndose tanto al hombre como a la mujer ese derecho de demandar el divorcio y procurándose con éste ordenamiento que por primera vez quedaran garantizados los derechos de los hijos menores, es importante mencionar que se establecen 17 causas de divorcio y no 12 como en la anterior ley, considerando al mutuo consentimiento como causal de divorcio aunque de manera incorrecta e introduce el llamado divorcio administrativo

Después de haber sido regido por más de veinte años por el código civil para el distrito y territorios de 1932, el estado de México se da a la tarea de elaborar su propio código civil en el año de 1956, aprobando la legislación local su decreto 128, y entrando en vigor al año siguiente de su creación. Este código civil vigente para el estado libre y soberano de México es una adaptación del código civil federal de 1928, aborda el divorcio como la ruptura del vínculo matrimonial y sin embargo no considera al mutuo consentimiento como causal de divorcio y no la contempla en su artículo 253 en razón de que al haber mutuo consentimiento de ambas partes para divorciarse, luego entonces no existe controversia alguna, más sin embargo

el otro código civil de 1928 y actualmente en vigor si contempla al mutuo consentimiento como causal de divorcio, nos pronunciamos por que el juez declare improcedente el divorcio que se promueva así en el distrito federal en razón de que no se aportaran pruebas para su comprobación.

SEXTA.- Actualmente el código civil vigente en el estado de México define al divorcio como una disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, sin embargo reconocemos que existen dos especies de divorcio; uno llamado vincular.- que disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de poder contraer un nuevo matrimonio, quedando sin efecto las obligaciones que impone el matrimonio, y otro llamado de separación de cuerpos.- que es decretado a solicitud de alguno de los cónyuges, para ser dispensado de alguno de los deberes que impone el matrimonio, quedando vigentes las demás obligaciones como la fidelidad, y la ayuda mutua.

Siendo esto así, el código civil mexiquense reglamenta tres clases de divorcio que disuelven el vínculo matrimonial y son; el divorcio administrativo, el divorcio voluntario judicial y el divorcio necesario, aclarando que la única diferencia entre el primero y el segundo estriba en la existencia de los hijos menores como requisito para demandar el segundo. por lo que respecta al último necesariamente debe existir una causa previamente establecida en la ley que faculte a cualquiera de los cónyuges a demandarlo.

SÉPTIMA.- El tipo de divorcio que más polémica tiene actualmente en la entidad mexiquense, es el divorcio voluntario judicial o por mutuo consentimiento toda vez que aunque se tramita ante un juez familiar, no existe controversia entre las partes únicamente en relación al convenio que se exhibe en el que deben quedar garantizados los derechos de los hijos menores e incapacitados, realmente quien se interpone a la aprobación del convenio donde no están debidamente garantizados esos derechos, es el ministerio público adscrito al juzgado quien es el representante de los menores y procura que los derechos de aquellos sean respetados, por lo que podemos deducir que de no aprobarse éste convenio no podrá decretarse la disolución del matrimonio. Este convenio que se exhibe es un verdadero contrato de derecho público porque tanto la sociedad como el estado tienen interés en que se otorgue conforme a las reglas que rigen a la institución del matrimonio y el divorcio.

OCTAVA.- Nuestro actual código civil vigente para el estado de México, define al matrimonio como la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente; por otro lado no atribuye efectos a la patria potestad que se deriven del matrimonio, pues estos existen independientemente a favor de los padres, tengan hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio.

Entendemos la filiación como la institución jurídica que se deriva de la relación jurídica paterno-filial existente entre padres e hijos donde existen derechos y deberes recíprocos derivados del nacimiento. Asimismo los efectos jurídicos que se producen en la filiación en relación con los menores hijos, se dan de la misma manera tanto dentro del matrimonio como en figuras jurídicas como el reconocimiento, y la legitimación. En éstas dos últimas figuras jurídicas desde el momento en que es reconocido el menor por sus padres y legitimado como hijo con el matrimonio, se establece una relación natural y paterno-filial donde los padres adquieren derechos, deberes y obligaciones para con sus hijos.

Con respecto a la adopción, se establece un parentesco de tipo civil entre adoptante y adoptado donde el primero adquiere derechos, deberes y obligaciones con respecto al segundo, sin que esto signifique que desaparece el parentesco natural de sus verdaderos progenitores, el parentesco consanguíneo no desaparece a menos que la adopción sea plena.

NOVENA.- Se reconoce a la patria potestad como el conjunto de derechos, deberes, y obligaciones que tienen los padres hacia sus hijos menores y que se derivan de la relación paterno-filial. El código civil mexicano señala que el ejercicio de la patria potestad ésta destinado en primer término a los padres, en segundo a los abuelos paternos y en tercero a los maternos, sin embargo la ejercen los padres de manera conjunta cuando viven juntos. Se concluye que no siempre quien tiene la patria potestad y su ejercicio tiene la guarda y custodia de los menores hijos, esto en atención a que la ley le otorga un derecho preferencial a la mujer para tener la custodia, en atención a los cuidados que le puede dar a los menores hijos, y el padre tiene únicamente un derecho limitativo de ese ejercicio de la patria potestad que se traduce en un derecho de visita para convertirse en el vigilante del desarrollo educativo, profesional, moral y personal de sus hijos.

Los efectos jurídicos de la patria potestad en la institución del matrimonio, así como en el reconocimiento y la legitimación son prácticamente los mismos, el reconocido entra a la patria potestad y los efectos operan sobre el pasado iniciándose una nueva relación jurídica pasando el menor a ser hijo de familia, por su parte el legitimado pasa a ser hijo por el matrimonio de sus padres y adquiere todos los derechos, aunque debemos decir que para ser legitimado el menor primero debe ser reconocido por sus padres, de ahí que aclaremos que no puede haber ejercicio de la patria potestad sino hay reconocimiento por el hecho de que la patria potestad se finca en la filiación, adquiriendo los padres todos los deberes, derechos y obligaciones. Por lo que toca a la adopción la patria potestad aquí únicamente limita entre adoptante y adoptado, siendo un derecho personalísimo sin considerar a los parientes del adoptante, esto en el caso de que la adopción sea semiplena. Aunque la ley no menciona los derechos que se transfieren al adoptante, son todos aquellos que corresponden al ejercicio de la patria

potestad, en relación a la guarda y custodia del menor, así como a su administración.

DECIMA.- La institución de la patria potestad se suspende cuando alguno de los cónyuges es declarado incapaz judicialmente a través de una sentencia, y cualesquiera de los cónyuges entra en estado de interdicción, también se suspende cuando es declarada en forma la ausencia de uno de los cónyuges, esa suspensión se traduce en la imposibilidad del ejercicio de la patria potestad y por supuesto cuando existe una sentencia condenatoria que imponga la suspensión por actitudes del padre o la madre del menor que comprometen la seguridad, la salud, o la honorabilidad del menor hijo.

Se acaba la patria potestad cuando muere la persona que la ejerce y no hay en quien recaiga; cuando se emancipa el hijo por medio del matrimonio y; cuando el hijo ha cumplido los 18 años por el hecho de que la ley considera que el hijo puede disponer libremente a esa edad de su persona y de sus bienes, desapareciendo la protección que los padres le otorgaban, tomándose en cuenta que a esa edad el hijo adquiere capacidad jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones por propio derecho.

El código civil vigente para el estado de México nos señalan en forma concreta, que la patria potestad no es renunciable pero si excusable en algunos casos, señala que no es renunciable por el hecho de que es una institución de orden público donde el estado tiene interés en la formación de los menores hijos de manera personal y profesional, y esa renuncia afecta el derecho de terceros porque no es un derecho privado el que esta en juego, por otro lado es comprensible que una persona que ha cumplido sesenta años de edad sea dispensada en atención a que no tiene capacidad económica, que no tiene tiempo para cuidar al menor o custodiarlo, así como a la circunstancia de que se encuentre realmente muy enfermo o sus labores de trabajo no se lo permitan.

DECIMA PRIMERA.- En el llamado divorcio por mutuo consentimiento que contempla la legislación civil vigente para el estado de México, no existe controversia alguna entre las partes que intervienen en el juicio, la verdadera controversia surge cuando en el convenio que se exhibe no quedan bien definidos los puntos sobre los cuales versa ese convenio y por lo tanto no pueden llegar a quedar debidamente garantizados los derechos de los hijos menores habidos del matrimonio. Dentro de es convenio que exhiben los cónyuges al juez, el punto que más controversia tiene es el relativo a la guarda y custodia de los hijos, así como al ejercicio de la patria potestad; esto es así porque la ley en ningún momento es explícita en el sentido de establecer quien de los cónyuges conservará para sí la guarda y la custodia de los hijos, tampoco señala quien conservara un derecho de visita o ejercicio limitado de la patria potestad, únicamente se concreta a decir que ambos cónyuges conservaran la patria potestad, ocasionando que

en éste punto el convenio genere injusticias para alguno de los cónyuges. DECIMA SEGUNDA.- Creemos necesario y de urgente prioridad que se reforme la fracción III del artículo 257 del código civil vigente para el estado de México, esto en atención a que ya no responde a las necesidades jurídicas y materiales de las comunidades de la entidad mexiquense.

Esta fracción normalmente se aplica en todos los convenios que se exhiben ante la autoridad, derivados de un juicio de divorcio por mutuo consentimiento sin embargo es muy obsoleta y genérica a tal grado que tiende a confundir a los litigantes; la misma ley debe ser concreta y específica al señalar quien de los dos cónyuges o en su caso quien de los ascendientes conservará en forma preferencial el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores hijos, así como quien conservara un derecho de visita. La ley no debe de dejar que voluntariamente los cónyuges se pongan de acuerdo en este punto, debe ser más imperativa ya que se cometen muchos atropellos a los derechos de alguno de los cónyuges y a los hijos menores. Consideramos que tiene que ser reformada necesariamente la fracción III del artículo 257 del código de referencia en ese sentido, consideramos que hoy en día los más afectados ante un divorcio no son los cónyuges sino los hijos menores de ahí la idea de que el legislador mexiquense tenga un sentido más humanitario y se sensibilice, para reformar ésta fracción y responda necesariamente a los nuevos tiempos que viven y a la realidad social que viven los matrimonios y las parejas en el estado de México.

DECIMA TERCERA.- En el presente trabajo de tesis el objetivo principal lo constituyen los derechos de los hijos menores. Hemos visto que la actual legislación civil mexiquense les ha otorgado la facultad de intervenir en algunos actos jurídicos que afectan de manera directa sus derechos personales y aún sobre sus bienes siendo menores de edad, otorgando su consentimiento en algunos casos, nombrando tutor o representante legal en otros siendo menores de 14 años de edad y cuando han cumplido 16 en otros. Considero que el legislador en el estado de México ya no debe limitar los derechos de los hijos menores para intervenir en todos los asuntos que conciernen a sus padres y que de manera directa los afectan a ellos.

Hemos visto que existen disposiciones normativas nacionales e internacionales aportadas por la suprema corte de justicia de la nación y por la asamblea general de las naciones unidas, en el sentido de considerar el derecho que tienen los niños de opinar, para dar su punto de vista, otorgar su consentimiento sobre asuntos que afectan a sus padres y que de manera directa los afectan a ellos en forma personal y sobre sus bienes.

Siendo esto así, considero necesario que el legislador mexiquense haga extensivo el derecho que tienen los hijos menores de edad para dar su punto de vista y otorgar su consentimiento, una vez que se ha tramitado un divorcio por mutuo consentimiento entre sus padres para que se determine en forma definitiva lo relativo a sus guarda y custodia, ésta reforma permite que

el menor de edad que ha cumplido 16 años de edad en atención a sus capacidad para discernir y comprender el problema que enfrentan sus padres, en atención a su madurez física e intelectual el menor de edad es capaz de formarse un juicio propio sobre la situación de sus padres y por consiguiente puede y se le debe permitir que externé su opinión de manera expresa en los asuntos conyugales, y más aquí donde esta en juego su guarda y custodia. Con esto estoy pidiendo se reforme la fracción III del artículo 257 del código civil mexiquense para el efecto de que una vez que el niño halla cumplido los 16 años de edad la ley le otorgue la oportunidad de expresar en forma personal su consentimiento a través de una audiencia especial sin que intervengan terceras personas y se pueda determinar en forma definitiva su guarda y custodia. Abrigo la idea de que con esta reforma nuestro actual derecho en materia familiar será un derecho más equitativo, más justo donde se les dará la oportunidad a todas las partes y a los hijos menores la oportunidad de reivindicar sus derechos que desde hace mucho tiempo no son respetados; con esto tendremos asegurado un verdadero cambio en nuestro actual código civil para el estado de México en materia familiar garantizando en los tribunales y en los juicios una verdadera justicia social para nuestras familias, y que tanto necesita mi estado de México y mi país.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa Hnos., S.A., México, 1983.
- 2.- Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.
- 3.- García, Trinidad. Apuntes de Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A., México, 1965.
- 4.- Chávez Ascencio, Manuel. La Familia en el Derecho y Relaciones Jurídicas familiares. Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.
- 5.- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia. Editorial Porrúa, S.A., tomo I, México, 1981.
- 6.- Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Antigua Librería Robledo, México, 1962.
- 7.- Sánchez Medal, Ramón. De Los Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
- 8.- Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición. México, 1981.
- 9.- Peniche Lopez, Eduardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.
- 10.- Soto Alvarez, Clemente. Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Editorial Limusa, México, 1984.
- 11.- Planiol, Marcel. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.
- 12.- Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial Cájica, S.A., México, 1979.
- 13.- Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia editora e impresora Norba California, México, 1974.
- 14.- Bonnecase, Julian. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.
- 15.- Antonio, Alonso. Amor Conyugal y Divorcio. Compañía Bibliográfica Española, S.A., Décima Cuarta Edición. Madrid, 1972.

16.- De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.

17.- Chávez Asencio, Manuel. Convenios Conyugales y Familiares. Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición Actualizada. México, 1999.

18.- De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., Décima Novena edición. México, 1995.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA.

Código Civil Vigente Para el estado de México. Ediciones Delma, S.A. de C.V., Decimosegunda edición. Actualizada. México, 2000.

Código de Procedimientos Civiles para el estado de México. Ediciones Delma, S.A. de C.V. Décima edición Actualizada. México, 2000.

Ley Para la Protección De Los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Editorial SISTA, S.A. de C.V., Primera edición. México 2001.

Diario Oficial De La Federación De Fecha 31 de Julio de 1990

Diario Oficial De La Federación De Fecha 29 de Mayo de 2000