

875209



UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“ASPECTOS JURÍDICOS DEL DERECHO DE
CONVIVENCIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL
ESTADO DE VERACRUZ”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

CELIA CORTÉS VIZCAÍNO

Director de Tesis:

Lic. Miguel Ángel Gordillo Gordillo

Revisor de Tesis:

Lic. Genaro Conde Pineda

BOCA DEL RÍO, VER.

2005

m. 348629



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

A MI PAPA ✂
GOYITO

Por darme todo tu amor, dedicación,
esfuerzo y entrega para que yo pudiera
terminar mis estudios. Gracias papito por
ser mi inspiración para seguir adelante.
Siempre estas en mi mente y en mi corazón.
Te quiero y te extraño.

A MI MAMA
SARITA

Por todo tu amor, cariño, ternura y fortaleza
en los momentos más difíciles, y ser quien me
motiva a tratar de ser mejor cada día.
Gracias por todos tus esfuerzos, tus
consejos y por ser mi mejor amiga.
Eres única mamita.
Te adoro.

A MIS ABUELITOS
ABUNDIO Y CELIA

Por ser los pilares de la familia,
y ser mi ejemplo a seguir.
Gracias por el amor que me han dado
y estar conmigo en todo momento.
Los quiero.

A MI HERMANA
AURORA

Por todo tu cariño, apoyo y consejos que me has dado. Gracias porque siempre estas conmigo y me has ayudado cuando te he necesitado.
Te quiero mucho hermanita.

A PEPE

Por todo tu amor, comprensión, paciencia, pero sobre todo por el apoyo y ayuda que me brindaste cuando más te necesité. Gracias por estar siempre a mi lado y nunca dejarme sola en los momentos difíciles.
Te amo.

ALFREDO Y MAURI

A mi cuñadito por tu apoyo y cariño incondicional que me has demostrado, y a Mauri por ser quien alegra mi vida y ser mi motivación a seguir adelante.
Te adoro mi niño.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION	
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
1.1.1. FORMULACION DEL PROBLEMA.....	4
1.1.2. JUSTIFICACION DEL PROBLEMA.....	4
1.2. DELIMITACION DE OBJETIVOS.....	5
1.2.1. OBJETIVO GENERAL.....	5
1.2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	5
1.3. FORMULACION DE LA HIPOTESIS.....	5
1.3.1. ENUNCIACION DE HIPOTESIS.....	5
1.3.2. DETERMINACION DE VARIABLES.....	6
1.3.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.....	6
1.3.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	6
1.4. TIPO DE TRABAJO.....	6
1.4.1. INVESTIGACION DOCUMENTAL.....	6
1.4.1.1. BIBLIOGRAFIA PÚBLICA.....	6
1.4.1.2. BIBLIOGRAFIA PRIVADA.....	6
1.4.2. TECNICAS EMPLEADAS.....	6
1.4.2.1. FICHAS BIBLIOGRAFICAS.....	6
1.4.2.2. FICHAS DE TRABAJO.....	6
CAPITULO II	
EL MATRIMONIO	
2.1. VISION HISTORICA.....	7

2.2. INFLUENCIA DE LA RELIGION Y LA MORAL.....	19
2.2.1. RELIGION.....	20
2.2.2. MORAL.....	20
2.2.3. SU INFLUENCIA EN EL DERECHO.....	23
2.3. ASPECTO SOCIOLOGICO DEL DERECHO DE FAMILIA.....	25
2.4. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.....	26
2.4.1. VARIAS POSICIONES DOCTRINALES.....	28
2.5. CONCEPTO.....	32
2.6. DEFINICION.....	34
2.7. CARACTERISTICAS DEL MATRIMONIO.....	35
2.8. MATRIMONIO – ACTO.....	36
2.9. MATRIMONIO – ESTADO.....	39
2.9.1. NATURALEZA JURIDICA.....	39
2.10. DEBERES Y OBLIGACIONES CONYUGALES.....	40
2.11. FINES DEL MATRIMONIO.....	42
2.12. EFECTOS DEL MATRIMONIO ENTRE CONYUGES.....	43
CAPITULO III	
EL DIVORCIO	
3.1. VISION HISTORICA.....	45
3.2. CONCEPTO.....	51
3.3. DEFINICION.....	52
3.4. CLASES DE DIVORCIO.....	55
3.4.1. VINCULAR Y NO VINCULAR.....	55
3.4.2. SANCION Y REMEDIO.....	56
3.4.3. VOLUNTARIO Y NECESARIO.....	58
3.4.3.1. ADMINISTRATIVO.....	58
3.4.3.2. JUDICIAL.....	59
3.4.3.3. NECESARIO O CONTENCIOSO.....	65
3.4.3.3.1. PRINCIPIOS GENERALES.....	67
3.5. SEPARACION DE LECHO Y HABITACION.....	73

3.6. PROCEDIMIENTOS DEL DIVORCIO.....	75
3.7. EFECTOS DEL DIVORCIO.....	77
3.7.1. EFECTOS DIVORCIO VOLUNTARIO.....	77
3.7.1.1. EFECTOS PROVISIONALES.....	78
3.7.1.2. EFECTOS DEFINITIVOS.....	80
3.7.2. EFECTOS DIVORCIO NECESARIO.....	82
3.7.2.1. EFECTOS PROVISIONALES.....	82
3.7.2.2. EFECTOS DEFINITIVOS.....	83

CAPITULO IV PATRIA POTESTAD

4.1. VISION HISTORICA.....	87
4.2. NATURALEZA JURIDICA.....	88
4.3. CONCEPTO.....	89
4.4. DEFINICION.....	89
4.5. CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.....	90
4.6. FORMA DE EJERCERLA.....	92
4.7. RESPONSABILIDAD FILIAL.....	93
4.8. DEBERES Y DERECHOS GENERALES.....	94
4.8.1. EN RELACION A LA CUSTODIA.....	94
4.8.1.1. CONVIVENCIA.....	96
4.8.1.2. PROTECCION A LA PERSONA.....	96
4.8.1.3. VIGILANCIA DE SUS ACTOS.....	96
4.8.1.4. DESMEMBRAMIENTO DE LA CUSTODIA.....	97
4.8.2. EN RELACION A LA EDUCACION.....	97
4.8.3. EN RELACION AL MATRIMONIO.....	98
4.8.4. EN RELACION A LA ADMINISTRACION DE SUS BIENES.....	99
4.9. MODOS DE ACABARSE LA PATRIA POTESTAD.....	102
4.10. ASPECTOS JURIDICOS DEL DERECHO DE CONVIVENCIA.....	105
4.10.1. REGIMEN DE VISITAS.....	106
4.10.2. NATURALEZA JURIDICA.....	107

4.10.3. SUSPENSION DE LA CONVIVENCIA.....	109
4.10.4. OPINION DEL MENOR.....	113
CONCLUSIONES.....	116
BIBLIOGRAFIA.....	124
LEGISGRAFIA.....	126

INTRODUCCION

La presente tesis es el desarrollo de temas jurídicos en relación a la familia, ya que es considerada la base de la sociedad y nace como resultado del matrimonio. Es en donde los seres humanos comenzamos nuestra educación; por eso se dice que la escuela principal para nuestra formación personal es la familia.

Se trata de la manera en que ha evolucionado el matrimonio, la influencia que ha tenido en la religión, en la moral y sobre todo en el derecho, saber cual es la naturaleza jurídica del matrimonio así como sus características y fines de éste.

Es importante conocer los derechos y obligaciones que se tiene dentro del matrimonio, ya que muchas veces no sabemos cuáles son nuestros deberes ni los beneficios que nuestra ley nos otorga.

Cabe señalar que la sociedad será como sean las familias, pues a través de las funciones de socialización que se dan en su seno, el niño aprende a convivir tanto interna como externamente, es decir, aprende los valores, las esencias culturales, principios morales, religiosos, ideológicos y educativos, esto transmitido por sus padres.

Por otro lado es conveniente saber a cerca del divorcio, sus antecedentes, las causales de divorcio, así como las clases de divorcio que existen en nuestra legislación civil; tener un conocimiento de los efectos que produce un divorcio,

todo el procedimiento que origina un divorcio ya que si se trata de un divorcio necesario origina todo un proceso.

Desafortunadamente los problemas comienzan a partir de que se da el divorcio entre la pareja, surgen conflictos familiares, y es aquí cuando se ven afectados los hijos, quienes son los que sufren después de la ruptura de los padres.

Por estas circunstancias es necesario saber qué derechos y obligaciones nacen después del divorcio, en relación a los alimentos, a los bienes, a la persona, entre otros factores.

El objeto del presente es saber los aspectos jurídicos del derecho de convivencia, tema que ha originado controversia últimamente en nuestro país, ya que los padres no piensan en el problema que ocasionan a los hijos al negarles este derecho tan importante.

Se trata de dar un concepto de patria potestad, sus antecedentes, características así como la forma en que se ejerce, cómo se pierde y se suspende o las limitaciones que ésta tiene.

El derecho de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia, y como se verá posteriormente el objetivo principal es lograr la estabilidad personal y emocional del menor, significa darle afecto, orientarlo, participar en tareas escolares, en su crecimiento; el hijo quedará bajo el cuidado y atenciones de uno de ellos, el otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, pero desgraciadamente no siempre es así ya que el padre o la madre que tiene la custodia del menor no piensa en el trauma psicológico que le ocasiona a los hijos cuando se les niega el

derecho de convivir con su padre o madre, por eso creo conveniente desarrollar este tema para que se tome conciencia y se trate de no perjudicar a los hijos en una separación conyugal.

CAPITULO I

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Formulación del problema.

Determinar los aspectos jurídicos en relación al derecho de convivencia en nuestra legislación civil, ya que los ciudadanos debemos de conocer los derechos y las obligaciones que como resultado del ejercicio de la patria potestad nos confiere la ley dentro de la familia, y uno de estos es el convivir los padres con sus hijos, y saber de qué manera puede afectar al núcleo familiar cuando alguno de los cónyuges niega este derecho.

1.1.2. Justificación del problema.

Esta investigación es de gran importancia en virtud de que se verá todo lo relacionado con el matrimonio y la familia, desde su origen hasta nuestros días, la cual es considerada la base de la sociedad, en donde los seres humanos comenzamos nuestra educación; por eso se dice que la escuela principal para nuestra formación personal es la familia, es una institución social de carácter universal y permanente que ha estado presente a través del desenvolvimiento

histórico de la humanidad y como tal recibe el impacto de todo cambio profundo que se da en la convivencia colectiva. Así mismo todo lo relacionado al divorcio, tanto sus antecedentes, sus causales, las diferentes clases de divorcio que existen, sus efectos que producen en cuanto a las personas y la manera en que afecta esta separación de los cónyuges hacia los hijos. Y por último el motivo del presente trabajo relacionado a las relaciones jurídicas paterno-filiales comprendiendo la patria potestad, y todo lo concerniente al derecho de convivencia o también llamado derecho de visita en nuestra legislación civil y la manera en que afecta a padres e hijos esta problemática.

1.2. DELIMITACION DE OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo General

El ejercicio del derecho de convivencia en la Legislación Civil de Veracruz.

1.2.2. Objetivos Específicos

1.2.2.1. Conocer las obligaciones, deberes, naturaleza jurídica y características del matrimonio.

1.2.2.2. Analizar todos y cada uno de los efectos que produce el divorcio entre los cónyuges y los hijos.

1.2.2.3. Definir las relaciones jurídico paterno-filiales.

1.2.2.4. Interpretar aspectos jurídicos del derecho de convivencia.

1.3. FORMULACIÓN DE LA HIPOTESIS

1.3.1. Enunciación de Hipótesis

La posibilidad de implementar una norma que reglamente el ejercicio del derecho de convivencia, es decir, que se adicione a nuestro Código Civil de Veracruz una medida de castigo que obligue al padre o a la madre que tiene bajo su custodia el cuidado de sus hijos a que conviva con el otro o de igual manera a

convivir con el resto de la familia como son los abuelos, tíos, primos, al momento de darse el divorcio, esto con la finalidad de no crearle un daño a los menores.

1.3.2. Determinación de Variables

1.3.2.1. Variable Independiente

Entender los aspectos jurídicos del derecho de convivencia en nuestra legislación civil.

1.3.2.2. Variable Dependiente

Así como el matrimonio es el núcleo de la familia, considerada como base de la sociedad, así mismo encontramos el divorcio como una forma de disolver el vínculo matrimonial, pero esto no significa que con esta disolución se terminen o extingan los derechos u obligaciones que se tenían, sino que cambia la forma de llevarlos a cabo, y una de ellas es que el padre o la madre que ya no vive junto a sus hijos tenga el derecho de convivir con ellos, independientemente de los problemas que surjan entre los cónyuges.

1.4. TIPO DE TRABAJO

1.4.1. Investigación Documental

Se llevó a cabo una investigación consultando algunos textos y visitando bibliotecas públicas y particulares.

1.4.1.1. Biblioteca Pública

Unidad de servicios bibliotecarios e informática, ubicada en Adolfo Ruíz Cortínez esquina Juan Pablo II sin número, Boca del Río, Veracruz.

1.4.1.2. Biblioteca privada

Universidad Autónoma de Veracruz Villa Rica, ubicada en Avenida Progreso esquina Urano sin número, Boca del Río, Veracruz.

1.4.2. Técnicas empleadas

Se elaboraron fichas bibliográficas y de trabajo.

1.4.2.1. Fichas bibliográficas.

Se diseñaron siguiendo los lineamientos metodológicos y cuentan con los siguientes requisitos: nombre del autor, título del libro, edición, editorial, lugar y fecha de edición.

1.4.2.2. Fichas de Trabajo

Se realizaron las fichas de trabajo para organizar la información recabada y se clasificaron en fichas de trabajo.

CAPITULO II

MATRIMONIO

2.1. VISION HISTORICA

El matrimonio connatural al hombre, nace con la humanidad. El conocimiento jurídico sobre el matrimonio es anterior a cualquier sistema legal concreto. La legislación positiva no da origen al matrimonio, y de ella recibe la fuerza de su dimensión jurídica. Los sistemas matrimoniales se limitan a ser sistemas de formalización de la estructura jurídica del matrimonio y su celebración. En el México Independiente, hasta las leyes de reforma, el matrimonio fue de competencia exclusiva de la iglesia.

Por el derecho Natural basta el consentimiento entre los cónyuges, hasta el siglo XVI "Concilio de Trento" no existía ley que obligara a observar cierta o determinada formalidad para que el matrimonio fuera válido; bastaba el acto conyugal con intención de perdurar; incluso muchos matrimonios se celebraron con base en la legislación civil vigente en esas épocas. Evolucionó la doctrina eclesiástica en esta materia. Poco a poco fue considerándose como de competencia exclusiva de la iglesia el matrimonio entre bautizados, hasta que el

Concilio de Trento, por virtud del sacramento que se obtiene entre bautizados, lo consideró de competencia exclusiva de la iglesia, y ésta ha sido la doctrina firme y permanente de la iglesia. "La jurisdicción de la iglesia, sobre el matrimonio fue definida por el Concilio de Trento al definir: a) la potestad de la iglesia para constituir impedimentos dirimentes y dispensar de ellos; b) la competencia para juzgar causas matrimoniales.

De modo implícito quedó definido que la iglesia posee jurisdicción por derecho propio, no por concesión de las autoridades civiles."¹

Por lo tanto la iglesia reclama jurisdicción sobre el matrimonio de los bautizados, tanto si están bautizados ambos como si lo está uno de ellos, respecto a los matrimonios de personas no bautizadas, la iglesia no tiene poder de jurisdicción, salvo la potestad del romano Pontífice de disolverlos en razón del privilegio de la fe.

La lucha por asumir por parte del Estado lo relativo al matrimonio, hizo que se elaborara la teoría del matrimonio como contrato y como tal aparece hasta el siglo XVII, "como un medio de justificar en él la intervención del Estado implicando que su esencia está constituida por la libertad de los contrayentes. La voluntad de éstos se traducía en existencia del contrato mismo y por ello, sometido al poder secular. En el matrimonio civil como dice Glasson su éxito consistió en significar la afirmación y respeto de la libertad de conciencia".²

Los esfuerzos del poder civil triunfaron definitivamente en la Revolución Francesa. En la primera Constitución que de ella emana en 1791, se concibe al

¹ Hervada, Pedro y Lomardía Javier, *El Derecho del Pueblo de Dios hacia un Sistema de Derecho Canónico*, tomo III. *Derecho matrimonial*, pág. 264. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1993.

² MAGALLON Ibarra Jorge Mario, *El Matrimonio*, pág. 141. Tipográfica Editora Mexicana, México, D.F.1965.

matrimonio como un contrato civil. Posteriormente, la ley de 1792 desarrolla el principio anterior admitiendo, además, el divorcio por mutuo consentimiento, aun por incompatibilidad de caracteres, asimilando en esa forma el matrimonio a un contrato de sociedad.

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

Días antes de la promulgación de la Constitución Política de 1857 se publicó la Ley Orgánica del Registro Civil, en donde se conserva la jurisdicción de la iglesia sobre el matrimonio, y lo que previene es que deben inscribirse en el Registro del Estado Civil, posteriormente en la Ley de Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, se excluye a la iglesia de la competencia del matrimonio al establecer que el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Los que contraían matrimonio de la manera que se expresa anteriormente tendrían todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les concedan a los casados, también prevenía que el contrato sólo podía celebrarse entre un hombre y una mujer y que la bigamia y poligamia estaban prohibidas, sólo conservaba un elemento derivado del matrimonio canónico en lo que se refiere que el matrimonio civil es indisoluble; por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; así mismo establece las edades mínimas para contraerlo, establece una serie de formalidades, y para su validez bastaba que los contrayentes expresaran libremente su voluntad para unirse en matrimonio.

La iglesia no podía aceptar que se le excluyera de esta materia matrimonial y en agosto de 1859, varios obispos dirigieron una pastoral al clero y a los fieles de toda la República en la que expresaban que "todos los legisladores civiles del

mundo jamás podrán despojar a la iglesia de la más mínima de las facultades que recibió de Jesucristo; que entre esas facultades está contenida la de conocer y arreglar el matrimonio sacramento; que solamente éste y ningún otro es válido entre los católicos; que el que éstos contraigan contra la prescripción de la iglesia será ilícito; que será un verdadero concubinato por más que lo declaren válidos las leyes civiles".³

El gobierno de Juárez como medida adicional, expidió el 4 de diciembre de 1860, publicado el 5 de enero de 1861 el decreto sobre la tolerancia de cultos en la República Mexicana que en lo conducente señalaba que la autoridad de la iglesia era pura y absolutamente espiritual, sin coacción alguna de otra clase, como consecuencia, en el orden civil no podría haber obligación, pena ni coacción de ninguna especie con respecto a los asuntos, faltas y delitos simplemente religiosos; la autoridad pública no intervendría en actos y prácticas religiosas concernientes al matrimonio, pero el contrato de que esta unión dimanara quedara exclusivamente sometido a las leyes. Cualquier otro matrimonio que se contraiga en territorio nacional sin observar las formalidades que las mismas leyes prescriben, es nulo e incapaz por consiguiente de producir ninguno de aquellos efectos civiles que el derecho atribuye al matrimonio legítimo. Posteriormente se decretó en la época del imperio; durante la intervención francesa y el efímero Imperio aceptado por Maximiliano en Miramar, el 10 de abril de 1864, se promulgaron algunas disposiciones que tuvieron por objeto contrarrestar la eficacia de las Leyes de Reforma en materia de matrimonio, el gobierno imperial el 3 de noviembre de 1864 dispuso que mientras pudiera procederse de manera definitiva a formar con regularidad y exactitud la estadística del imperio los párrocos, vicarios, capellanes o encargados de los curatos, remitieran cada mes a las prefecturas políticas de sus respectivas dependencias, una copia fiel de los registros que lleven los nacimientos de los párvulos, con los nombres de sus padres; los casamientos que se hayan celebrado en sus curatos, con expresión de

³ MAGALLON Ibarra Jorge Mario, *op. Cit.*, pág. 155.

edad y demás circunstancias de los contrayentes y los muertos que hayan enterrado; hacia fines de 1865, Maximiliano proveyó lo relativo para promulgar el 1 de noviembre la Ley del Registro del Estado Civil en el imperio en donde se disponía que en el Registro Civil se harían constar el estado civil de los habitantes, fijaba la edad mínima para contraer matrimonio, prevenía que quienes declararan que fueren católicos y cuya declaración se hiciera constar en el Registro, no estaban exentos, por el acto civil, de contraer matrimonio conforme a las prescripciones de la religión del Estado, es decir, se estableció la obligación de contraer dos matrimonios, el civil para cumplir las leyes correspondientes y el religioso; prohibía expresamente a todos los eclesiásticos que celebraren algún matrimonio sin que antes se les hubiera presentado el certificado del oficio del registro y que constara que se hubiere verificado el contrato civil. Durante la época de Maximiliano, se conservó el principio de la competencia del Estado en materia matrimonial, aun cuando también se reconoció la de la iglesia en cuanto a los matrimonios entre bautizados, y para solucionar el conflicto se establecieron como obligatorios los dos matrimonios. El emperador preparaba los dispositivos necesarios para dar un Código Civil; siete meses después de haberse iniciado los dispositivos expuestos para dar un Código Civil, el día 6 de julio de 1866, como eran los deseos del emperador, lo publicaron en el órgano periodístico oficial del Imperio, llamado Boletín de las leyes. No obstante que en las disposiciones estaban limitadas a la parte introductoria, a la eficacia y naturaleza de las leyes y a los derechos de familia, apareció ya con el nombre de Código Civil del Imperio Mexicano.⁴

Dentro de las disposiciones se encontraban el Registro Civil, y todo lo relativo a las actas de nacimiento, legitimación o reconocimiento, actas de matrimonio y actas de fallecimiento; se definía al matrimonio como *"la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer, que se unen en el vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida"*.

⁴ MAGALLON Ibarra Jorge Mario, *op. cit.*, pág. 170.

Para que el matrimonio pueda tener efectos y la ley civil lo considere tal era necesario celebrarlo ante los funcionarios que ella establece y con todas las formas y requisitos que el mismo exige como esenciales, la edad mínima era de dieciocho años para el hombre y quince para la mujer.

Es de observarse que durante el Imperio se siguió la tendencia habida en el mundo en esta materia.

Restaurada la República, Don Benito Juárez el 5 de diciembre de 1867, dictó un decreto revalidando los actos del estado civil registrados en el llamado Imperio, en los términos siguientes:

Se declaran revalidados para todos los efectos legales los matrimonios celebrados en los lugares que estuvieron sometidos a la intervención extranjera, o al llamado gobierno del Imperio que pretendió establecer los siguientes casos:

1. Los celebrados ante algún funcionario civil conforme a las reglas establecidas por la intervención o el llamado Imperio.
2. Los celebrados solamente ante algún ministro de cualquier culto conforme a las reglas del mismo, aún cuando en el lugar hubiere funcionario civil designado por la intervención o el llamado Imperio.⁵

El Código Civil de 1870, el 13 de diciembre de 1870, por decreto se publica este Código Civil el que deroga toda la legislación anterior. En este Código se trata de las actas del estado civil, comprendiéndose las de nacimiento, reconocimiento de hijos naturales, de las actas de la tutela, de las de emancipación, de matrimonio y defunción. Siguiendo las ideas del Código Civil de Napoleón, define al matrimonio como *"la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que*

⁵ MAGALLON Ibarra Jorge Mario, *op. cit.*, pág.173

se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

También este Código prevenía que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige. Previene que los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y socorrerse mutuamente, el predominio del marido era definitivo. En relación al divorcio, establecía que no disuelve el vínculo del matrimonio; sino sólo suspende algunas de las obligaciones civiles.

Clasificó a los hijos en legítimos y en hijos fuera del matrimonio, subdividiendo a estos últimos en hijos naturales y en hijos espurios "*ex-nefario vel damanato coitu*", o sea adulterinos y los incestuosos principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón a la diversa categoría a que pertenecían.⁶

Confirió la patria potestad al padre en exclusiva y a falta de el lo ejercía la madre. Se establece las capitulaciones matrimoniales que son reglamentadas y el régimen legal de las ganancias. Los bienes gananciales son los que se incorporan al patrimonio inicial de los cónyuges durante el matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal.

Ley Constitucional de 25 de septiembre de 1873.- Por decreto se adiciona y reforma la Constitución Federal de 1857, señalando que el Estado y la Iglesia son independientes entre sí. El congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión alguna. El matrimonio es un contrato civil. Estos y los demás actos de estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los

⁶ SANCHEZ Medal Ramón, *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México*, pág.12 Editorial Porrúa, S.A., México, 1979.

funcionarios y autoridades del orden civil, y tendrán la fuerza y validez que las mismas leyes atribuyan.

Decreto de 1874.- Se refiere a las Leyes de Reforma "quedan refundidas en ésta, las Leyes de Reforma que seguirán observándose en lo relativo al Registro Civil, mientras que los Estados expidan las que deben dar conforme a la sección quinta. Quedan también vigentes estas Leyes en todo a lo que se refiere a nacionalización y enajenación de bienes eclesiásticos y pago de dotes a señoras enclaustradas con modificaciones que por ésta se introduce en la Ley de 1856".

Se trata de las relaciones entre el Estado y la Iglesia, que son independientes entre sí. Después de garantizar el ejercicio de todos los cultos, señala que *"ninguna autoridad o corporación, ni tropa formada puede concurrir con carácter oficial a los actos de ningún culto, ni con motivo de solemnidades religiosas se harán por el Estado demostraciones de ningún género"*.

El matrimonio es un contrato civil y tanto él como los demás actos que fijan el estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios del orden civil y en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

El matrimonio civil no podrá celebrarse más que por un hombre y una sola mujer, siendo la bigamia y la poligamia delitos que las leyes castigan, el matrimonio civil no se disolverá más que por la muerte de uno de los cónyuges, y las leyes solamente admiten separación temporal. El matrimonio eclesiástico decía que *"la ley no impondrá ni prescribirá los ritos religiosos respecto del matrimonio. Los casados son libres para recibir o no las bendiciones de su culto que tampoco producirán efectos legales"*.

El Código Civil de 1884.- Este Código contiene una definición del matrimonio igual a la ya referida al Código Civil de 1870. Contrasta la definición en ambos códigos como sociedad civil, en el decreto del 14 de diciembre de 1874, que consideró al matrimonio como un contrato civil. El Código de 1884 introdujo como única innovación importante el principio de la libre testamentación que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las legítimas en perjuicio principalmente, de los hijos de matrimonio. Se suprimió el sistema de herederos forzosos, por el cual el testador no podía disponer de ciertos bienes por estar asignados legalmente a sus herederos.

Decreto de 12 de diciembre de 1914.- Que modifica y adiciona el Plan de Guadalupe. En este decreto, después de establecer que subsiste el Plan de Guadalupe del 26 de marzo de 1913 y que Venustiano Carranza continuara en su carácter de Primer Jefe de la Revolución Constitucionalista, previene que el Primer Jefe de la Revolución expedirá y pondrá en vigor durante la lucha todas las leyes y disposiciones y medidas encaminadas a dar satisfacción a las necesidades económicas, sociales y políticas del país, *"organización del poder, de las leyes relativas a la matrimonio y al estado civil de las personas; disposiciones que garanticen el estricto cumplimiento de las Leyes de Reforma, revisión de los Códigos Civil, Penal y de Comercio"*.

Decretos de Don Venustiano Carranza.- *"Cuando era todavía sólo el Jefe de uno de los diversos bandos en plena guerra civil, Venustiano Carranza expidió desde Veracruz dos intempestivos decretos, uno del 29 de diciembre de 1914 y otro de 29 de enero de 1915, para introducir de improviso el divorcio vincular, ya que por el primero modificó la Ley Orgánica de 1874 de las adiciones y reformas a la Constitución que reconocía la indisolubilidad del matrimonio y por el segundo decreto reformo, a distancia también, desde Veracruz, el Código Civil del Distrito Federal para establecer que la palabra divorcio que antes sólo significaba separación del lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe*

*entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima ”.*⁷

Constitución de 1917.- Venustiano Carranza el 14 de septiembre de 1916, promulga la convocatoria al Congreso Constituyente, publica el 5 de febrero la Constitución actualmente en vigor. Lo relativo al matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán fuerza y validez que las mismas les atribuye.

Después de varias reformas, pasando por la educación socialista, contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporta, a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos en todos los hombres, evitando privilegios de raza, de secta, de grupos, de sexos o de individuos.

Ley sobre Relaciones Familiares.- El 9 de abril de 1917, expide Venustiano Carranza la Ley sobre Relaciones Familiares, que se considera con vicio de origen "por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un congreso a quien correspondía darle vida"⁸. Esta ley derogó los capítulos y títulos relativos al Código Civil de 1884.

En la exposición de motivos se asienta que "el cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia" no obstante que todos los tratadistas están de acuerdo que el cristianismo influyó benéficamente en el matrimonio y la familia y se afirma, que el sacramento lejos de disminuir la

⁷ SANCHEZ Medal Ramón, *op. cit.*, pág 17.

⁸ *Ibidem*, pág.23

autoridad del marido sobre la mujer la robusteció, desde el punto de vista moral, pues al comparar al marido con Cristo y a la mujer con la Iglesia, "dio tanto poder a aquel, que los mismos teólogos llegaron a sostener que, al celebrarse el matrimonio, el sacerdote oficiaba como testigo y no como ministro, pues el verdadero ministro es el contrayente". Siendo parcialmente cierto que la Iglesia, y por virtud del sacramento, considera que prefiguran el hombre y la mujer la unión de Cristo con la Iglesia, eso no significa que se hubiere dado una preeminencia al hombre quien fuera propiamente el contrayente.

Define al matrimonio, no como un contrato social según los Códigos Civiles anteriores, sino como contrato civil de acuerdo con la definición constitucional, y agrega que es "vínculo disoluble que tiene por objeto perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Se confirma la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación, el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, estableciéndose, no solo el divorcio necesario sino también el de mutuo consentimiento.

También en relación a la patria potestad, se equiparan ambos cónyuges, establece que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre. Borra la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o sea, los adulterinos, los incestuosos, dispuso que los hijos naturales sólo tendrán derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido y deliberadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, derechos que ya les otorgaban los Códigos Civiles de 1970 y 1984.⁹

⁹ SANCHEZ Medal Ramón, *op. cit.*, pág.25.

Se introduce la adopción en nuestro derecho civil, *"institución que desde el proyecto del Código Civil de Justo Sierra en 1861 había sido desconocida por considerarse inútil y del todo fuera de nuestras costumbres por lo que la omitieron de los Códigos Civiles de 1870 y 1884"*.¹⁰

Sustituyó el régimen legal de gananciales, por el régimen legal de separación de bienes, se adhirió a este último, que la sociedad legalmente derivada de aquellos matrimonios celebrados antes bajo ese régimen se liquida a petición de cualquiera de los consortes y de lo contrario, continuaría tal sociedad como simple comunidad regida por las disposiciones de la propia ley.¹¹

Código Civil de 1928.- Dentro de la evolución del Derecho Mexicano, al Código vigente de 1928, en este Código retrata por primera vez al concubinato. También introduce el divorcio administrativo; establece y reglamenta la institución de patrimonio familiar. El régimen de los bienes dentro del matrimonio debe de establecerse necesariamente en cualquiera de las opciones señaladas de sociedad conyugal o separación de bienes. Se autoriza la investigación de la paternidad, situación que negaba la Ley Sobre Relaciones Familiares a los hijos nacidos fuera de matrimonio, de tal manera que se pretende borrar la diferencia entre hijos naturales y los legítimos, procurando que todos gocen de los mismos derechos.

2.2. INFLUENCIA DE LA RELIGION Y LA MORAL.

En el derecho de familia es en donde se presenta, la influencia de la moral y la religión en la norma jurídica en las relaciones familiares. En este derecho predominan las relaciones personales sobre las patrimoniales. Se refiere a las personas desde la concepción del ser hasta la muerte comprendiendo al

¹⁰ Ibidem, p.26.

¹¹ Ibidem, p.27.

matrimonio donde está presente el amor conyugal a la paternidad y patria potestad donde se toca el delicado de ver de formar personas, y al familia considerada como núcleo de la sociedad. Regula las relaciones humanas que tocan lo más delicado de la persona, y dónde se entremezclan los valores morales y religiosos con los valores jurídicos.

2.2.1. LA RELIGION

El derecho de familia se ve influido sensiblemente por la religión. La religión católica ha influido en el pensamiento y vida de nuestro país. El matrimonio fue legalmente indisoluble hasta los decretos divorcistas de Venustiano Carranza. El derecho canónico ha influido mucho en la relación conyugal y se refleja en las costumbres, más que en la legislación, lo que da lugar a que no se entienda el significado y fuerza del matrimonio legal que se considera como algo impuesto e innecesario. La legislación debe partir y tomar en cuenta lo que el pueblo entiende y siente en los diferentes actos y acontecimientos de su vida, de lo contrario las leyes serán desencarnadas y no podrán cumplir su fin de promover la convivencia humana.

2.2.2. LA MORAL

Sin pretender confundir la moral y derecho, que son dos aspectos de la conducta humana, el derecho y la moral son dos regulaciones que se dirigen a la conducta humana.

Se ha insistido en una radical diferencia entre moral y derecho y se han fijado criterios que dividen a ambos. Tanto la moral como el derecho se encaminan a la creación de un orden; pero es distinto el orden de la moral del orden propio del derecho. El orden de la moral es el que debe producirse dentro de la

conciencia, dentro de la intimidad, entre los afanes, las motivaciones, los afectos, etc.

En cambio el orden que el derecho trata de crear es el orden social, el orden de las relaciones subjetivas entre las gentes, el orden del entresijo compuesto por todas las vinculaciones entre varios sujetos; en suma el orden de las estructuras colectivas, el orden del tejido en que se enlazan y condicionan mutuamente de un modo objetivo las conductas de varios sujetos.

Se afirma "que la moral valora las acciones del individuo en vista de su supremo y último fin; en cambio el derecho las pondera exclusivamente en relación a las condiciones para la ordenación de la vida social. La moral mira la bondad o la maldad de un acto en términos absolutos, en la plenaria significación que el mismo tiene para la vida del individuo, en cuanto al cumplimiento de su supremo destino, en cuanto a la realización de los valores supremos que deben orientar su existencia. El derecho no se mira a la bondad de un acto, al sujeto que lo realiza, ni mira el alcance del mismo para su propia vida, sino el valor relativo que tenga para otro u otros sujetos, o para la sociedad en cuanto pueda constituir una condición positiva para la vida de esos otros sujetos. La moral considera enteramente la vida total del individuo sin prescindir de ninguno de sus factores y aspectos, sin excluir nada, enfocándola en términos absolutos como radicalmente.

El derecho trata tan solo de hacer posible una armonización mínima de las conductas de las gentes para la convivencia y cooperaciones colectivas, y, por tanto, ese es el único aspecto del comportamiento que toma en cuenta. El derecho no se propone llevar a los hombres al cumplimiento de su supremo destino, no se propone hacerlos radicalmente buenos, sino tan solo armonizar el tejido de sus relaciones externas, en vista de la coexistencia y la cooperación. El derecho no

ordena plenariamente la conducta, sino tan solo aquellas vertientes de la misma que se refieren de modo directo a la convivencia y solidaridad"¹²

No es posible pensar que el hombre alcance su fin en forma aislada. Lo alcanza en sociedad, en convivencia y colaborando con los hombres para lograr, un mundo y una sociedad más justa y más humana, que permita a cada persona lograr su aspiración y su pleno desarrollo.

En la sociedad, el Estado busca la promoción del bien común y todos armónicamente debemos procurar el bien común, lo que significa que la legislación debe estar de acuerdo con la moral, porque es el conjunto de disposiciones legales necesarias para hacer posible la vida en sociedad y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección. De aquí es necesario que se facilite al hombre "todo lo que este necesite para vivir una vida verdaderamente humana, como son el alimento, el vestido, la vivienda, el derecho a la libre elección de Estado y a formar una familia, a la educación, al trabajo, a la buena fama, al respeto, a una adecuada información, a obrar de acuerdo con la norma recta de su conciencia, a la protección de la vida privada y a la justa libertad también en materia religiosa"¹³

El derecho de familia nos permite vislumbrar que la división no es aceptable en la forma como se propone. Es donde la moral se toma en cuenta y se aceptan sus íntimas consecuencias. El precepto moral se acepta y se le convierte en jurídico. En el derecho de familia influyen, como en ninguna otra parte el derecho, la moral y la religión. Esto tiene una significación especial, que nos debe hacer reflexionar sobre un posible nuevo del derecho, en el sentido de que no sólo sea regulación de la conducta humana para una convivencia social, sino un derecho promotor que se dirija también a lo íntimo de la persona, buscando su realización

¹² RECASENS Fiches, págs. 154 y 155.

¹³ GAUDIUM et spes N° 26.

personal y comunitaria, a través de normas que propongan valores y establezcan medios jurídicos para lograrlos.

2.2.3. SU INFLUENCIA EN EL DERECHO

En el derecho de familia, a través de este estudio comprobaremos que la moral y también la religión tienen influencia. La celebración del matrimonio, no es sólo un acto jurídico sino también un sacramento desde el punto de vista religioso, y es una forma de vida moral permanente de los consortes, según nos recuerda la llamada "Epístola de Melchor Ocampo" al expresar que "es el único modo moral de formar una familia". Esta toma encuentra muchos aspectos morales, que se orientan no sólo a la constitución, sino también a la de existencia y fomento de una comunidad entre los cónyuges con los valores y deberes comunes de convivencia, fidelidad, asistencia mutua y socorro.

En el Código Civil actual, diversas materias en relación a la filiación natural, patria potestad, herencia, entre otras han tomado en cuenta un principio moral, que contrasta con la legislación anterior al evitar que los hijos extramatrimoniales fueran víctima de la conducta de sus padres. En México se ha abandonado la tradición que fomentó el Código Francés siguiendo la idea de Napoleón, formulada en los siguientes términos absolutamente inmorales e inhumanos: "al Estado no le interesan los hijos naturales"¹⁴. Evidentemente al Estado le interesan todos, aún los llamados hijos naturales por ser personas con igual divinidad; el derecho debe evitar las uniones ilegítimas fuera de matrimonio, no por eso puede desconocer las consecuencia que dichas relaciones traen, y proteger al hijo para que gocen de todos los derechos y prerrogativas que cualquier otro hijo matrimonial recibe y tiene.

¹⁴ ROJINA Villegas Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*. Antigua librería Robredo, México, 1959, pág. 40.

Distinto es que el derecho promueva la unión de las parejas y otra que, por la desobediencia o falta de acato a la ley por parte de los padres, los hijos sufran las consecuencias. Toda esta materia está basada en el principio moral de respeto a la dignidad de la persona, independientemente de su origen. Desde la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 en México se rompió con los prejuicios jurídicos y sociales anteriores, al declarar, desde entonces, la equiparación de los llamados hijos naturales y los legítimos, borrando la distinción habida entre hijos adulterinos, incestuosos, sacrilegios o simplemente naturales. En el Código actual, evita la distinción habida y, además, ya no se reduce las porciones hereditarias por virtud de la distinción en relación, el origen y nacimiento de los hijos.

La patria potestad no distingue en su ejercicio a los hijos matrimoniales de los que no lo son. Nuestra ley regula el ejercicio de manera igual, tanto de los padres como de los abuelos sobre los descendientes.

En esta materia de la patria potestad encontraremos una evolución, ya no se refiere a la patria potestad al estilo romano que se concibió sólo en interés al ascendiente que la ejercía, confiriéndole un poder absoluto e ilimitado sobre todos los descendientes, y demás personas sujetas a patria potestad. En el derecho moderno se ha reglamentado el ejercicio de este deber jurídico considerándolo como una función social, a efecto de que más que un conjunto de derechos implica una serie de deberes y responsabilidad en beneficio de los hijos menores, inclusive en el derecho de corregir a los hijos. En lo relativo a la pérdida o suspensión de patria potestad, se ve palpable la influencia de la moral, pues fundamentalmente las causas que traen como consecuencia la pérdida de este derecho son de carácter moral y tienden directa o indirectamente, a la protección del menor. Así como causas que tienen gran influencia de la moral, las siguientes: cuando quien la ejerza hubiere sido condenado por delito grave; en los casos de divorcio; cuando por costumbres depravadas, o malos tratos, o abandono de los "deberes pudiera comprometer la salud, la seguridad, o la moralidad de los hijos,

aún cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal"; por la exposición o abandono de los hijos.

La familia es una institución jurídica. "Pero, a propósito de la institución de la familia, se dan las mayores interferencias entre ética, costumbre y religión, de un lado y derecho objetivo del otro. En efecto, la familia es ante todo, una institución social, que la ética, las costumbres y la religión tratan de disciplinar cada cual por su cuenta independientemente de lo que dispone el ordenamiento jurídico."

"Las relaciones entre cónyuges y las relaciones entre progenitores e hijos están reguladas por el afecto, por el sentido del olor, por el impulso altruista (espíritu de sacrificio, sentido del deber, desinterés patrimonial, etc.) y por espíritu de solidaridad, antes que por el ordenamiento jurídico."¹⁵

2.3. ASPECTO SOCIOLOGICO DEL DERECHO DE FAMILIA.

Fundamentalmente el derecho de familia está basado en la familia. El derecho no se inventa, debe su origen a las relaciones humanas a lo que es el hombre en sociedad y lo que es la sociedad para el hombre. Por lo tanto, el derecho de familia toma sus principios de la vida misma, de la familia, del matrimonio, de la patria potestad, del parentesco, etc. Suponer lo contrario, sería tanto como legislar para una sociedad distinta y que no sería por lo tanto, aceptado ni observado.

"La familia es una institución basada en el matrimonio, que vincula a los cónyuges y descendientes, bajo fórmulas de autoridad afecto y respeto, con fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la

¹⁵ MESSINEO Francesco, citado por ROJINA Villegas, *op. cit.*; pág. 44.

vida. ¹⁶ Sin entrar aún al tema sobre la definición de la familia, bastemos la citada para esta parte del estudio. Desde luego, como veremos posteriormente, aunque la familia debe estar fundamentalmente basada en el matrimonio, hay muchas que se constituyen por madres solteras que hay que tomar en cuenta desde el punto de vista sociológico, podemos decir que el derecho de familia tiene por objeto la organización de la solidaridad doméstica. "En general, el problema sociológico del derecho consiste en determinar los diferentes sistemas que regulan las diversas manifestaciones de la solidaridad humana."¹⁷ La familia es el núcleo fundamental y primordial, así como el más antiguo de todos en la sociedad. En la verdadera célula de la sociedad base y piedra angular de todo ordenamiento social.

No sólo porque constituye un grupo material e irreductible, que ha estado siempre presente en la sociedad es importante sino también porque en ella se desarrollan valores especiales que forman a las personas, a los nuevos ciudadanos y nuevos miembros de la iglesia.

La familia no es sólo factor importantísimo en la vida social, sino también en la vida política y eclesial porque quien se forma dentro de una familia, con los padres consientes de su responsabilidad en el ejercicio de una autoridad bien entendida, serán buenos ciudadanos y buenos cristianos.

2.4. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

La palabra matrimonio se aplica indistintamente a dos situaciones diferentes, si bien unidas entre sí por una relación de causa y afecto: la celebración del matrimonio y el matrimonio en sí (sociedad conyugal) que forman marido y mujer.

¹⁶ FUEYO Laneri Fernando, *Derecho Civil*. Citado por ROGINA Villegas Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, tomo II. *Derecho de Familia*, vol. I pág. 28.

¹⁷ ROGINA Villegas Rafael, *op. cit.*, pág. 29.

Belluscio señala que esta puede tener tres significados diferentes, de los cuales sólo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En primer sentido, matrimonio es el acto de la celebración; en un segundo es el estado que para los contrayentes se derivan de ese acto; y en el tercero es la pareja formada por los esposos.

Las significaciones jurídicas en las dos primeras, que han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de matrimonio-fuente o matrimonio-acto y matrimonio-estado respectivamente. El matrimonio-fuente es, el acto por el cual la unión se contrae, y el matrimonio-estado es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de la celebración.¹⁸

Para poder comprender el matrimonio desde el punto de vista jurídico, conviene determinar su naturaleza jurídica. El matrimonio crea un estado de vida que origina deberes, derechos y obligaciones. Enseguida conocer los fines del matrimonio, que se derivan de su naturaleza jurídica.

En relación al problema de la naturaleza jurídica del matrimonio entendemos que se refiere al acto de su constitución, y también al estado matrimonial que se genera. Sobre este particular, Zannoni expresa que el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio se refiere al acto mismo por el cual se lo celebra. En cambio, las relaciones jurídicas que siguen de esta celebración, sean patrimoniales o extrapatrimoniales, ya atañen al estado civil mismo de casados que revisten los contrayentes, haciendo surgir los derechos de deberes personales.

Para comprender la naturaleza jurídica del matrimonio, debemos referirnos, tanto al acto de su constitución como al matrimonio estado de vida.

¹⁸ *Derecho de Familia*, tomo I, pág. 283. Depalma, B. Aires, 1975.

2.4.1. VARIAS POSICIONES DOCTRINALES

a) Como contrato.- El vínculo matrimonial, los derechos y deberes de los cónyuges tienen su origen, su causa, en el mutuo consentimiento. La concepción contractual civil se remonta a las opiniones de los canonistas disidentes, quienes sustentaban la idea de la separabilidad entre el contrato. Esta concepción fue elaborada en Francia, alcanzó su máxima expresión legislativa en la Constitución de 1791, la que consideró al matrimonio como un contrato civil, podemos considerar que también fue la opinión unánime de los juristas en el siglo XIX y persiste aún en nuestro siglo. Con base en las ideas de algunos teólogos de los siglos XV XVI que sostenían la separabilidad entre el sacramento y el contrato de matrimonio, los filósofos del siglo XVIII especialmente Montesquieu y Voltaire resolvieron separar el contrato del sacramento, sometiendo primero a la Ley civil y dejando el segundo a la iglesia. "el acto constitutivo del vínculo, es un acuerdo de voluntades entre los cónyuges: la circunstancia de ser un acuerdo cuyas consecuencias vienen marcadas por el ordenamiento jurídico no le priva de carácter contractual, porque la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción del contrato"¹⁹.

b) El elemento esencial es el acuerdo entre las partes.- La opinión de que es un contrato se ha generalizado, aún cuando no se determine que clase de contrato, aunque los autores encuentren diferencias con los contratos patrimoniales y una serie de limitaciones a la voluntad que no aparecen en los contratos en general, y para algunos al exceder los límites de las figuras contractuales clásicas les induce a considerar el matrimonio como un negocio jurídico bilateral de contenido amplio. Por eso hablan de negocio jurídico bilateral de orden familiar y carácter solemne²⁰. El matrimonio es un "derecho viviente" por la larga tradición legislativa que en México lo han considerado contrato, pero la

¹⁹ *Derecho de Familia*, Tomo I, Pág. 25. Librería Bosch, Barcelona, 1974.

²⁰ ROJINA Villegas Rafael, *Derecho de Familia*, tomo I pág. 264 antigua librería Robredo, México, 1959.

figura del contrato matrimonial soporta todas las investiduras porque la técnica no ha podido encontrar otra forma jurídica para estructurarla legalmente.

c) Como institución.- La teoría de la institución tuvo su desarrollo en Francia a partir de principios de siglo, enfrentándose a la concepción de matrimonio como un contrato civil, podemos entender como institución un conjunto orgánico de normas jurídicas, orientadas al mismo fin, que reglamentan funciones o actividades sociales y sus relaciones jurídicas, que por su importancia está sujeta a la tutela del Estado. Referida al matrimonio es el conjunto de leyes que tiene como fin el reglamentar la comunidad conyugal. Se cree que el matrimonio tiene un carácter institucional porque en él encontramos precisamente un conjunto de principios, de elementos sociales y jurídicos que se regulan dentro de la idea del propio matrimonio, y que mediante él, se funda la base orgánica de la nueva familia, se principia una nueva vida para ambos esposos. Si advertimos que existe un desarrollo equivocado de la teoría de la institución en materia matrimonial, no cabe duda que si hay una institución en el matrimonio, pero que éste no es una institución ni mucho menos de aquellas a las que se refiere la teoría del derecho público. El matrimonio dando cabida a una institución no se agota en ella, pues es algo anterior a la institución misma y ésta representa no su idea primaria, sino en todo caso su idea final. Debemos tomar en cuenta que la teoría de la institución no se refiere solamente al matrimonio; la aplicación a él es sólo un capítulo dentro de una visión mucho más amplia de la vida social y del derecho. Las diferencias señaladas entre contrato e institución nos permite concluir que si bien el matrimonio es un conjunto de normas jurídicas que tienen un fin, y en ese sentido es una institución, no lo será desde el punto de vista de una institución irrevocable que escapa a sus fundadores y se despersonaliza, en donde hay jerarquía, que es adaptable en el sentido que se modifica, porque si hay algo personalizante, que nunca escapa a sus fundamentos (los cónyuges) es el matrimonio, donde la jerarquía no existe al ser los dos iguales, y en nuestro derecho comparten la autoridad, y por su fin social e interés público no es adaptable.

d) Como acto de poder estatal.- La tesis de que el matrimonio no es un contrato sino un acto de poder estatal proviene de Antonio Cicu, quien niega que el matrimonio sea formalmente un contrato. No existe el matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil, y su presencia no es sólo declarativa sino constitutiva "matrimonio es un acto del Estado, suponiendo, con miras sobre todo a la Legislación Italiana que es el Estado quién lo constituye a través de la declaración del oficial del estado civil. El consentimiento de los esposos es sólo un presupuesto de aquel acto del estado. No es un contrato, ni un negocio bilateral sino un acto unilateral del estado, que sólo presupone la declaración de la voluntad de los esposos sin las cuales el acto no podría surgir."²¹

e) Como estado jurídico.- Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos en virtud de que constituyen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida. El matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los miembros una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio un estado de derecho. Al matrimonio lo caracterizamos un estado de derecho sujeto a un estatuto jurídico que origina derechos y obligaciones entre los consortes, creando una forma permanente de vida regulada en constitución, en sus efectos y en su disolución por la ley.

f) Como acto jurídico.- Se le considera también como acto jurídico en cuanto procede de la voluntad de los esposos, pero no contrato ya que no tiene

²¹ CASTAN Tobeñas José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo V, *Derecho de Familia*, pág. 106. Reus, S.A., Madrid 1976.

naturaleza económica, y de aquí derivan distintas conclusiones de actos jurídicos. El matrimonio como acto jurídico-condición "como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan en la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua".

El matrimonio desde el punto de vista jurídico debe analizarse desde dos momentos: el de su celebración, y el posterior a esa celebración.

La Iglesia ha puesto mucho énfasis en el consentimiento: por lo que se asemejaría a la figura de un contrato.

Desde nuestro orden jurídico, se trata de un acto jurídico, al momento de su celebración, y analizar sus sujetos, su forma, su prueba, y todo aquello relacionado al acto jurídico.

Pero no queda allí el matrimonio, en un mero acto jurídico, ese acto jurídico es una puerta de entrada a la Institución del matrimonio establecida por la ley, como vínculo preorganizado de manera imperativa por la Ley. La familia, que es una institución entendida como sistema de normas, no significa que el legislador pueda disponer el contenido de esas normas según su arbitrio.

El estado actual de la ciencia del derecho estima haber superado ya los conceptos básicos de la polémica doctrinal sobre el matrimonio, y lo define más que como un sacramento, o un contrato, como una institución jurídica, en lo personal opinaría institución de orden público, de la que deriva un estado matrimonial a la vez que una situación conyugal, sin embargo así como el derecho eclesiástico acepta y hasta subsume la noción del contrato en la forma sacramental, igualmente en el derecho civil, el contrato debe de ser un

presupuesto de la institución matrimonial; no justificándose que se haga un análisis exhaustivo desde el punto de vista técnico, de las diferencias que existen entre los contratos en general y el contrato matrimonial, esencialmente porque son distintos, ello no significa que la unión matrimonial no sea un contrato. Así podemos concluir que el matrimonio aun como sacramento, como contrato civil y como institución de orden público constituye propiamente un sistema jurídico. Sistema porque estructura y organiza en abstracto un hecho que se expresa en forma de institución, del que resulta en forma concreta un conjunto de relaciones, situaciones y estados que se conjugan en un todo, en el cual sus partes son interdependientes; no pudiendo comprender un hecho aislado de él, así como la filiación debe captarse en relación con la paternidad; los alimentos, la tutela, la emancipación se conjugan en función de la patria potestad, ya que ellas señalan reglas específicas que se entrelazan todas entre si. Todas las formas de derecho familiar se encuentran vinculadas ordenadamente en una universidad: el matrimonio.

2.5. CONCEPTO

Algunos conceptos comunes son: unión, hombre y mujer, consorcio, indisolubilidad, sociedad, comunidad, perpetuación, ayuda, común destino, constitución legítima de la familia, institución social y jurídica para formar la familia.

Es imposible dar un concepto de matrimonio que resuma en sí todas las diferentes regulaciones que, a lo largo de la historia y en los diferentes países, han definido dicha institución. Algunos dicen que es un solo elemento, la unión sexual, el que puede registrarse como común a todas estas distintas regulaciones.

Por lo tanto, para poder dar un concepto del matrimonio, es necesario partir del derecho natural. Situándonos en ese plano podemos decir que el matrimonio es la comunidad de vida, establecida entre dos personas, por libre decisión de su

voluntad y con carácter indisoluble, con el objeto de procrear hijos y educarlos, y de asistirse recíprocamente.

Los caracteres propios del matrimonio que la diferencian de otros tipos de comunidad son: diversidad de sexos, unidad, consensualidad, indisolubilidad, fines propios. La forma no responde a la esencia del matrimonio, sino más bien a una necesidad social. Para un concepto del matrimonio debemos tomar en cuenta dos aspectos uno como acto constitutivo y el otro como estado de vida; como acto constitutivo, es un acto jurídico conyugal, (pacto conyugal) en el que interviene además, la voluntad del juez del Registro Civil para constituir el vínculo conyugal, el que se traduce en el matrimonio-estado como comunidad íntima y permanente de vida, de un hombre y una mujer en orden al amor conyugal, la promoción humana de ambos y la procreación responsable.

Se puede intentar un concepto diciendo que el matrimonio es un compromiso jurídico, público y permanente de vida conyugal. Al señalar que el matrimonio es un compromiso jurídico se destaca el acto jurídico constitutivo, el matrimonio-acto, como acto plurilateral y mixto que le da el carácter de público la participación del representante oficial en la celebración de la boda, como permanente se quiere significar que es intrínsecamente indisoluble, porque los cónyuges por sí mismos no pueden disolverlo; se requiere, la resolución de una autoridad, bien sea, el juez de lo familiar en el divorcio judicial contenciosos o voluntario o el juez del registro civil en el divorcio administrativo. Al calificar el compromiso de vida conyugal se está haciendo referencia al matrimonio-estado, es decir, a la comunidad de vida que tiene un calificativo de conyugal por los deberes, derechos y obligaciones que se generan, y son necesarios para el cumplimiento de los fines objetivos del matrimonio: amor conyugal, procreación responsable y la promoción humana de ambos consortes.

2.6. DEFINICION

Del matrimonio se han dado muchas definiciones, entre otras las siguientes:

Se puede definir como la unión de un solo hombre y una sola mujer que conviven para realizar los fines esenciales de la familia como institución social y civil.

“El contrato solemne regulado exclusivamente por las Leyes Civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos”²².

Rodolfo de Ibarrola: “unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, procedida de la manifestación del consentimiento, por el acto jurídico de la celebración ante el oficial del Registro Civil”.

De las definiciones que anteceden puedo intentar una definición diciendo que es “la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, celebrada conforme a las Leyes del Estado y ante un Magistrado Civil, para el cumplimiento de todos los fines de la vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación del consentimiento y la asistencia mutua sometida al estatuto legal que regula sus relaciones”.

²² DE DIEGO, citado por CASTAN Tobeñas José, en el *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo V, *Derecho de Familia*, vol. I, Pág. 200.

2.7. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO

Estas características se originan por su propia naturaleza, son innatas al matrimonio, lo identifican y lo diferencian de cualquier comunidad humana. Estas características son:

1. Orden Público.- La institución del matrimonio y sólo por excepción la Ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por lo tanto en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada, así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad.²³

2. Legalidad.- Para la celebración del matrimonio se requiere de una serie de requisitos legales, formas y solemnidades previstos en la Ley, que si no se satisfacen podrá haber nulidad o inexistencia según falten dichos requisitos formales. La legalidad no es simplemente un "papel" como suele decirse para argumentar que lo predominante es el amor y el consentimiento de los novios, que puede manifestarse ante personas distintas del Juez del Registro Civil. Es un compromiso de vida que por su importancia para la pareja debe hacerse y constar con las formas y solemnidades legales. Tiene efectos en la comunidad y frente al Estado.²⁴

3. Permanencia.- Es una consecuencia de la fidelidad prometida entre los cónyuges y del interés que existe en la sociedad y en el Estado, que se convierte en indisolubilidad por exigencia religiosa. Los cónyuges están obligados a permanecer unidos, nuestro régimen legal en relación al matrimonio es de carácter monogámico, cimentándose en la permanencia, la razón del ser y finalidad del matrimonio se sustenta en la idea de respeto y comprensión absoluta

²³ *Jurisprudencia* 165 *Sexta Época*, pág. 517, Sección Primera, vol. Tercera Sala Apéndice de Jurisprudencia 1917, 1965, visible en la pág. 565 de la Actualización I Civil de Ediciones Mayo.

²⁴ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.74, México D.F.1990.

entre los cónyuges, para dar la creación moral a la célula que constituye la familia.²⁵

4. Unidad.- La unidad y la convivencia, comprenden también lo que es la vida en común o el deber de cohabitación, para lo cual es necesaria la existencia de un domicilio conyugal. La unidad y convivencia son valores que se encuentran en el matrimonio y necesarios para la promoción de sus fines.²⁶

5. Singularidad.- La unidad trae consigo la singularidad, que significa la unión entre un solo hombre y una sola mujer, es decir, está prohibida la poligamia y la poliandria. La singularidad es consecuencia de la naturaleza humana y del matrimonio.²⁷

6. Igualdad.- La igualdad entre cónyuges, que reconoce nuestra actual legislación no ha sido siempre igual debido a la existencia de la potestad marital que condicionaba o limitaba a la capacidad de la mujer, por lo tanto, efecto del matrimonio es la igualdad de los cónyuges, que es un valor o riqueza y que implica deberes recíprocos para su respeto o incremento. El amor conyugal requiere la igualdad, que es otro de los valores que encontramos y se promueven en el matrimonio.

7. Libertad.- Necesaria para el consentimiento válido como requisito esencial para contraer matrimonio, no se pierde en la vida matrimonial. No hay sujeción de uno al otro ni sometimiento alguno; su violación puede ser una injuria grave a la persona del otro cónyuge, que puede originar el divorcio como sanción, la libertad.

2.8. MATRIMONIO-ACTO

Los contrayentes manifiestan su consentimiento, lo que es esencial para la celebración de cualquier acto jurídico; pero dada la importancia que para la

²⁵ CHAVEZ ASENCIO MANUEL F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.75, México D.F.1990.

²⁶ *Ibidem* p.77

²⁷ *Ibidem* p.79

sociedad y el estado tiene el matrimonio, participa en la celebración el representante de la autoridad, en nuestro caso el Juez del Registro Civil, es decir, son tres personas que se presentan como necesarias para la existencia del matrimonio-acto. El consentimiento y la declaración son esenciales para la constitución del matrimonio-acto, el consentimiento es la manifestación de la voluntad, consecuencia de un proceso de la persona que conoce, valora, decide y por el consentimiento se comprometen a ciertos y determinados deberes, derechos y obligaciones y la declaración el Juez no se compromete personalmente, solo constata que se han cumplido los requisitos de forma y fondo y declara unidos a los contrayentes que se convierten en cónyuges.

El matrimonio-acto tiene por objeto el vínculo jurídico conyugal y la comunidad de vida entre un hombre y una mujer, con sus correspondientes deberes, derechos y obligaciones conyugales.²⁸ A diferencia de otros contratos, por la naturaleza de la persona humana y la propia naturaleza del matrimonio, éste no puede terminarse por voluntad de las partes, ni rescindirse por incumplimiento o violación de los deberes y obligaciones conyugales, siempre se requiere de la declaración de la autoridad pública, que se expresará en sentencia por el Juez de lo familiar. En el caso de que hubiere mutuo acuerdo para la disolución del matrimonio, no basta el acuerdo de ambos cónyuges, siempre requerirá la presencia y resolución de la autoridad pública. En el caso de incumplimiento por o violación de deberes u obligaciones conyugales, que hace procedente el divorcio contencioso, también la presencia de la autoridad hace que el matrimonio produzca efectos *erga omnes*. Los efectos entre los cónyuges es resultado de consentimiento de ambos. El acto jurídico conyugal y la declaración judicial, de acuerdo a lo visto tienen distintos efectos. Por el consentimiento se genera el acto jurídico familiar que produce sus efectos jurídicos consistentes en la creación de deberes personales y las obligaciones y derechos económicos entre los cónyuges,

²⁸ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.86, México D.F.1990

que son intrínsecamente permanentes; la sola voluntad de los consortes no puede terminar esta relación jurídica. La declaración del Juez del Registro Civil tiene distintos efectos jurídicos, que son: legalidad al acto jurídico; hace que este produzca efectos *erga omnes*; y confirma la permanencia evitando que las partes lo puedan dar por terminado, los efectos jurídicos del consentimiento que los contrayentes expresan y los efectos jurídicos de la declaración del Juez del Registro Civil son diversos, pero complementarios y necesarios para que la pareja contraiga matrimonio.²⁹

Siguiendo los principios generales, encontramos en nuestro Código Civil los elementos de existencia y de validez de los actos jurídicos, así como las reglas sobre capacidad, lo relativo a vicios del consentimiento, el objeto, el motivo o fin de los contratos, así como lo relativo a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos, podemos determinar como elementos esenciales de un acto jurídico: la manifestación de la voluntad y la existencia de un objeto física y jurídicamente posible; pero en el caso especial del matrimonio debemos agregar, la celebración ante la presencia del Juez del Registro Civil y dos testigos (solemnidad), y la diferencia de sexos, son elementos de validez de todo acto jurídico, la capacidad; la ausencia de vicios de voluntad; la licitud en el objeto, motivo o fin del acto; y la forma cuando la Ley lo requiera. Podemos definir los elementos esenciales como "aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, ya que faltaría al mismo un elemento de definición; en cambio son elementos de validez aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa según lo disponga la Ley".³⁰

²⁹ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.87, México D.F.1990.

³⁰ *Ibidem*, p.88

2.9. MATRIMONIO-ESTADO

El vínculo jurídico conyugal genera, un estado jurídico. El estado jurídico es una situación permanente de la naturaleza o el hombre, que el derecho toma en cuenta para atribuirle consecuencias que se traducen en deberes, obligaciones y derechos constantes, de tal manera que todo el tiempo que se mantenga esa situación se continuarán produciendo los efectos jurídicos; referido al matrimonio es una situación permanente generada por el acto jurídico matrimonial. Puede comprender una situación permanente del hombre, cuando es regulada por el derecho, estas situaciones pueden referirse a su edad, a su capacidad, a sus relaciones en la familia o con el Estado. De ahí la posibilidad de hablar de un estado de capacidad o incapacidad; de un estado de familia o de un estado político. El estado jurídico, generado por el vínculo jurídico conyugal, es la comunidad que es el matrimonio-estado, la que se define como la comunidad íntima y permanente de vida de un hombre y una mujer en orden al amor conyugal, promoción humana de ambos y a la procreación responsable.

2.9.1. NATURALEZA JURIDICA

El matrimonio-estado no es un acto jurídico, por la sencilla razón de que es una relación jurídica. Acto Jurídico lo es un pacto conyugal. Del pacto conyugal que genera el vínculo deriva la comunidad de las que hay una relación jurídica permanente entre los cónyuges.³¹ Existe comunidad en el sentido genérico siempre que un derecho o conjunto de derechos estén atribuidos a una pluralidad de sujetos, correspondiéndoles en común; referida al matrimonio se comprenden todos los derechos así como obligaciones y deberes que se atribuyen a los cónyuges como sujetos de la relación jurídica. Comunidad conyugal es: universal, en cuanto se comprende todos los deberes, obligaciones y derechos conyugales;

³¹ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.157, México D.F.1990.

es necesaria porque se origina de la voluntad de los cónyuges; forzosa porque no admite división, es decir, no se puede imputar determinados deberes y obligaciones a un solo de los cónyuges, pues ambos son titulares de los mismos derechos y responsables de los mismos deberes y obligaciones.³²

En el matrimonio, tanto en el matrimonio-acto como en el matrimonio-estado, la libertad es esencial.

2. 10. DEBERES Y OBLIGACIONES CONYUGALES.

El matrimonio como Acto Jurídico genera una relación jurídica. Esta se integra, por un conjunto de deberes jurídicos conyugales y en forma complementaria por obligaciones necesarias para que los consortes puedan vivir en común. Los efectos personales del matrimonio de alcance recíproco, están constituidos por un complejo de deberes y facultades situados en la persona de cada uno de los cónyuges, desprendidos de la naturaleza y esencia íntima de la institución son lazos de unión instalados en la misma pareja sin trascendencia exterior, y no se conciben sin el matrimonio no tienen otro alcance que da realidad a los designios fundamentales del mismo.³³ El objeto del Acto Jurídico matrimonial es crear un vínculo jurídico conyugal o un estado-jurídico o comunidad íntima de vida, donde surgen los deberes y facultades, así como las obligaciones y derechos conyugales necesarios para la conservación y fortalecimientos del vínculo.³⁴ Debemos tomar en cuenta que estos deberes y obligaciones no son efectos del matrimonio, al objeto del Acto Jurídico matrimonial, el cual, a semejanza de los Actos Jurídicos en general crea derechos y obligaciones; en la caso del matrimonio es la creación de deberes y obligaciones con sus correspondientes

³² CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.158, México D.F.1990.

³³ *Tratado de Derecho Civil Español* tomo II, Derecho de Familia, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, pág. 217.

³⁴ *Derecho de Familia*, vol. I, Segunda Edición, Bosh, Casa Editorial, Barcelona, 1979, pág. 197.

facultades y derechos, como efectos que se derivan de la institución matrimonial, son actos o instituciones que derivan del mismo. Son distintos del matrimonio; de lo contrario no serían efectos, sino parte a título de ejemplo: el régimen matrimonial de bienes, la emancipación, y las consecuencias de la filiación al considerar hijos de matrimonio los habidos de esa unión.

Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y socorrerse mutuamente, toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, por lo que toca al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

“Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social o cuando se establezca en un lugar insalubre o indecoroso. Deberán contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse a la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades, lo anterior no está obligado a que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.”³⁵

“Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para ser efectivos estos derechos. Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales por lo tanto, de común acuerdo arreglarán, todo lo relativo

³⁵ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág.56, Puebla, Puebla México, 2001.

a la educación y establecimiento de los hijos a y la administración de los bienes que a estos pertenezcan. En caso de que los cónyuges no estuvieran conformes sobre alguno de los puntos indicados, el juez de lo civil correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá sin forma de juicio lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos. Los cónyuges concertarán entre si la mejor distribución del cuidado y atención de las cargas conyugales y dirección de los trabajos del hogar. Podrán desempeñar cualquier actividad excepto la que dañe la moral de la familia o la estructura de ésta, cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe alguna actividad de esa naturaleza y, el juez de lo civil resolverá sobre la oposición.³⁶

Los cónyuges mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios, y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos correspondan, sin que para tal objeto necesiten del consentimiento del otro cónyuge; salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre la administración de los bienes y en aquellos para lo que estén impedidos de acuerdo con la Ley.³⁷

2.11. FINES DEL MATRIMONIO

La finalidad del matrimonio es la procreación de hijos y como consecuencia necesaria y exigencia de la naturaleza humana, la educación de los mismos, pues los hijos no nacen educados y es lo natural que sean los padres que los trajeron al mundo los que se encarguen y queden obligados a llevar a cabo su educación. Para eso la naturaleza provee de un afecto paterno y materno a los progenitores que crean el medio ambiente más adecuado para la correcta educación de la prole. El sano desarrollo físico y psicológico de los hijos se logra más fácilmente por los padres que por extraños, por mucho interés que estos pongan en su

³⁶ Ibidem, p.58.

³⁷ Ibidem, p.60.

educación. El hombre debe de ser educado, necesita de esta para poder realizar todas las posibilidades de su propia naturaleza humana. Estos son los dos fines principales del matrimonio; la procreación y la educación. El matrimonio tiene también unos fines que son la ayuda mutua.

La Ley sobre Relaciones Familiares establecía que "los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y a socorrerse mutuamente".³⁸

La finalidad del matrimonio tiene que ser también la causa final de los contrayentes, así estos al saber cuáles son los fines del matrimonio los deben de aceptar, de lo contrario habrá duda sobre la validez de condiciones contrarias al matrimonio, como segundo aspecto debe tomarse en cuenta la capacidad de los cónyuges deben tener para lograr sus fines, pues de lo contrario quizás no fuera válido el matrimonio.

2.12. EFECTOS DEL MATRIMONIO ENTRE CONYUGES

El efecto del matrimonio es el vínculo que se forma entre los cónyuges cuyo contenido son derechos y deberes para ambos. Esos derechos y deberes son iguales para ambos esposos y son recíprocos o sea que todo derecho de un cónyuge es obligación en el otro. "Lo que se señala como efectos son en realidad, deberes conyugales, que si bien nacen o se originan del matrimonio son parte del mismo y no su efecto. El objeto del Acto Jurídico es la creación, modificación, transmisión de derechos y obligaciones e indirectamente la cosa misma. Aplicado al matrimonio, el objeto del matrimonio-acto es la creación del vínculo jurídico con sus respectivos deberes, derechos y obligaciones conyugales y el objeto del

³⁸ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.163, México D.F.1990.

matrimonio-estado es el ejercicio de esos derechos así como el cumplimiento de los deberes y obligaciones dentro de la comunidad íntima de vida.³⁹

Al tratar los efectos del matrimonio se debe tomar en cuenta el resultado de la relación causa a efecto. La causa es el matrimonio con su objeto y fines propios. Del matrimonio se derivan diversas consecuencias jurídicas que crean estados jurídicos familiares y conyugales y relaciones jurídicas generadas por otros actos jurídicos que no constituyen el matrimonio, que son distintas a éste, y en estos casos su existencia sólo puede explicarse por su relación de causa a efecto con el matrimonio.⁴⁰

³⁹ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.178, México D.F.1990.

⁴⁰ *Ibidem*, p.179.

CAPITULO III

DIVORCIO

3.1. VISION HISTORICA

El divorcio fue introducido en la Legislación Civil Mexicana, por decreto de 29 de diciembre de 1914 publicado el 2 de enero de 1915 en el Constitucionalista, Periódico Oficial de la Federación que se editaba en esta ciudad de Veracruz, sede entonces del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. La introducción del divorcio en México, no fue precedida de polémicas ni de discusiones de ningún tipo, como sucedió en España o Italia, pues a nadie se consultó al respecto, ya que se hizo en pleno periodo revolucionario, sin que hubiera precedido ninguna declaración en tal sentido del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, ni estuviere incluido el tema en ninguno de sus discursos de carácter oficial. En efecto, no hay ningún rastro al tema del divorcio, ni siquiera al tema de modificar revolucionariamente el entonces vigente derecho de la familia, en el Plan de Guadalupe suscrito por Carranza y que fue la bandera de la Revolución llamada Constitucionalista, ni en el discurso ante el Congreso del Estado de Sonora del propio Carranza, en donde delineo las políticas de su futuro gobierno al triunfo de

la Revolución, ni en ninguna otra de las actuaciones que hasta entonces había tenido el que sólo era para esa época Primer Jefe del Ejército Constitucionalista.

En virtud de las facultades que le concedía el Plan de Guadalupe el cual nunca mencionó nada referente al matrimonio reformó la Legislación, y concretamente el Código Civil, introduciendo el divorcio vincular, o sea el divorcio que disuelve el vínculo del matrimonio lo cual fue una novedad trascendente en la Legislación Mexicana que desde entonces nadie se ha atrevido a reformar, pues atacar al divorcio no es democrático. La Reforma pasó inadvertida en aquel tiempo, ya que la época no era para discusiones sobre tales temas, ante la lucha ramada a matar o morir que sostenían los carrancistas, villistas, zapatistas y demás facciones revolucionarias. El decreto que introdujo el divorcio, tiene una exposición de motivos de interés, pues resume muchos de los argumentos que entonces se daban para fundamentar el divorcio.

La Reforma de Carranza modificó la legislación anterior que sólo permitió un divorcio consistente en la separación de los cónyuges, sin romper el vínculo, y por tanto sin autorizar un nuevo matrimonio de los separados. Esta indisolubilidad del matrimonio fue confirmada más tarde en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 como en el vigente Código Civil, ya que ambos reglamentan el divorcio vincular como un logro definitivo de la Revolución hecha a Gobierno.⁴¹

En el decreto de 1914, en la exposición de motivos decía que si el objeto esencial del matrimonio es la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda, los contrayentes quienes van a soportar las cargas de la vida, desgraciadamente no siempre se alcanzaban los fines por los cuales se contrajo; después se alegó que, de acuerdo con el principio establecido por las Leyes de Reforma, que el matrimonio era un contrato civil formado por la espontánea libre

⁴¹ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.426, México D.F.1990.

voluntad de los contrayentes, "es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo o cuando existan causas que hagan difícilmente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias".⁴²

La Ley sobre Relaciones Familiares, expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logra el paso definitivo en materia de divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias. Así mismo esta Ley establecía que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Se conserva el divorcio por separación de cuerpos, que se relegó a segundo término, quedando como excepción enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación de lecho y habitación.⁴³

Se prevenía que los cónyuges recobraba su entera capacidad de contraer matrimonio y cuando se decretaba el divorcio por causa de adulterio, el cónyuge culpable no podía contraer matrimonio, sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio. Por otro lado la mujer no podía contraer matrimonio sino pasados trescientos días de la disolución del primero.⁴⁴

El divorcio ha sido una de las instituciones jurídicas que más ha apasionado a los juristas, a filósofos, y a los mismos legisladores.

En confirmación del criterio antes enunciado, también se dice que el divorcio puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista: el moral, el filosófico, el religioso, el social, el jurídico. El divorcio es una separación que se manifiesta como una conducta que a medida que se desarrolla en su avance, va

⁴² Idem.

⁴³ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.427, México D.F.1990.

⁴⁴ Idem

estableciendo siempre una mayor distancia entre los cónyuges de manera que nunca más vana encontrar el punto original de unión.⁴⁵

La palabra divorcio encuentra su etimología en el verbo latino *divertere* que entraña que cada cual se va por su lado. El divorcio es el rompimiento y disolución del vínculo conyugal que une válidamente a una pareja que, mediante una sentencia deja a sus partes en aptitud de contraer legalmente un nuevo matrimonio. Los decretos de 1914 y 1915 de Veracruz y de la Ley sobre Relaciones Familiares mantiene el divorcio que rompe el vínculo conyugal que había sido establecido en razón de la unión matrimonial, y deja a los consortes en aptitud de celebrar una nueva unión válidamente. Así al divorcio de los Códigos del siglo pasado se le llama divorcio separación, y al actual, divorcio vincular.

Los criterios a los que hacemos referencia, la exposición de motivos que precede a la presentación del proyecto del Código Civil vigente había dicho: se estableció una forma expedita para obtener el divorcio por mutuo consentimiento, cuando los cónyuges son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo liquidan la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron. En tales condiciones, los cónyuges no necesitan recurrir a la autoridad judicial para que decrete el divorcio, sino que personalmente se presentarán ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio y, previa identificación de los consortes y comprobación de las circunstancias que se han mencionados, el mismo registrador los declarará divorciados levantándose el acta correspondiente.

El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges, que obran en pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también esta interesada

⁴⁵ MAGALLON Ibarra Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo III, Editorial Porrúa, pág. 355, México, 1988.

la sociedad en que los hogares no sean focos constantemente de disgusto y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos.⁴⁶

Debemos entender siempre que el divorcio está concebido en realidad en el orden jurídico como una sanción, resultante de una conducta que ha roto el vínculo de mutua consideración entre los cónyuges y que provoca un estado de profundo alejamiento que impide que la unión pueda regenerarse, hemos encontrado dos tipos diversos de causales: una, que está concebida en razón de la existencia de una injuria. Entendemos por ese concepto aquella conducta que lacera, que lastima, que destruye, que aflige los sentimientos más íntimos y delicados de la persona, sea en su honor, en su moral, en su calidad humana, en su patrimonio y que daña, agravia y ultraja su dignidad. La idea se refiere a la visión genérica de lo que es una injuria que se contrae a otro tipo de manifestaciones, que pueden ser verbales, escritas o por señas que impliquen desprecio y la intención de ofender y lesiona el patrimonio moral de la persona, esto es, su dignidad. La otra fórmula de las causales que ha empleado nuestro legislador es aquella que podemos ubicar en la idea de la salud. Esto es, la existencia de un padecimiento físico que entraña un malestar biológico, esto es una enfermedad, ya sea consecuencia de una conducta voluntaria como la que resulta de un contagio venéreo o que aparece involuntariamente; pero que al sobrevenir, afecta de tal manera la subsistencia del vínculo conyugal, que justifica su rompimiento. En estas diversas causales aparece el divorcio remedio. Tenida consideración de los aspectos que hemos expuestos, podemos agregar que nuestro Código vigente consagra diecinueve causales para conceder el divorcio necesario; agregando al igual que las Leyes que le antecedieron una complementaria resultante del procedimiento de divorcio o de nulidad matrimonial

⁴⁶ MAGALLON Ibarra Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo III, Editorial Porrúa, México, 1988, pág.356.

“fallido”, contemplado en el capítulo IV de los matrimonios nulos e ilícitos del Código Civil del Estado de Veracruz.⁴⁷

Como mencionamos anteriormente una de las causas de divorcio común en nuestros días es el adulterio esto es cuando un hombre y una mujer, estén casados y uno de ellos sostiene relaciones con persona ajena a la sociedad conyugal.

Cabe señalar que esta situación no resulta nada fácil de comprobar a menos que aportemos a nuestro escrito inicial que podría consistir no solo en el testimonio de personas a quienes le consten tales situaciones, además se podría comprobar también con fotografías. Una manera más sencilla de lograrlo sería si de la relación extramarital, se hubiese procreado un menor y este fuese asentado por el cónyuge culpable, para lo cual bastará con exhibir una copia certificada del acta de nacimiento correspondiente.

Con esto no queremos dar a entender que el adulterio sea la única ni la más grave de las causas que justifiquen al divorcio; pero obviamente es quizás la más hiriente o más dolorosa, pues es presupuesto de ella la infidelidad, que viola el deber personalísimo que limita la unión sexual de uno con una, debemos entender que la infidelidad a la que se contrae esta causal es eminentemente sexual.

El adulterio es una conducta que se comete en secreto, la injuria como la causal, se actualiza en el momento en que el ofendido se entera de él.

En el Derecho Civil Mexicano es ilícito todo adulterio ejecutado por el marido o la esposa cualesquiera que sean las circunstancias en que se realice,

⁴⁷ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág.62, Puebla, Puebla México, 2001.

puesto que sin distingos produce las siguientes acciones y sanciones privadas que puede ejercitar el cónyuge ofendido:

- a) El divorcio necesario solicitable dentro de los seis meses contados desde que se tuvo conocimiento de la infidelidad.
- b) El cónyuge culpable pierde la patria potestad sobre sus hijos, sin perjuicio de sus obligaciones.
- c) Pierde los derechos que tuviere a alimentos y todo lo que se le hubiere prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste.
- d) Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.
- e) Además constituye impedimento no dispensable para contraer matrimonio y causa de nulidad en su caso.

3.2. CONCEPTO

Es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y se funda en una de las causas que se expresan en la Ley.

El divorcio tiene su origen en la voz latina *divortium*, que evoca la idea de separación de algo que ha estado unido, desde el punto de vista jurídico el divorcio 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.⁴⁸

La resolución que decreta la ruptura del vínculo matrimonial, debe 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

⁴⁸ GALINDO Garfias Ignacio, *Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas, Familia*, Novena Edición Editorial Porrúa, pág. 577, México 1989.

en el juicio la existencia de hechos en tal manera graves que considerados en la Ley como causa de divorcio, han provocado la ruptura de ese consenso necesario para mantener el vínculo o porque marido y mujer están de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial.⁴⁹

3.3. DEFINICION

Disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.⁵⁰

Son causas de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.
- II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- III. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, sea o no de incontinencia carnal.
- IV. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos o al otro cónyuge así como la tolerancia en su corrupción;
- V. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.
- VI. Padecer enajenación mental incurable.
- VII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.
- VIII. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.

⁴⁹ GALINDO Garfias Ignacio, *Derecho Civil, Primer Curso Parte General, Personas, Familia*, Novena Edición, Editorial Porrúa, pág. 577, México 1989.

⁵⁰ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág. 71, Puebla, Puebla México, 2001.

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

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

XI. La negativa injustificada de los cónyuges al cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 100 y el incumplimiento sin justa causa, de la sentencia ejecutoria por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 102.

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

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

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

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

XVI. El mutuo consentimiento.

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

XVIII. Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos, entendiéndose por violencia familiar el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerce un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.

XIX. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades judiciales que se hayan ordenado, tendentes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello.⁵¹

Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio, debe consistir en actos positivos, no en simples omisiones. La propuesta del marido para prostituir a la mujer será causa de divorcio, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.⁵²

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

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

Por otro lado en relación al incumplimiento sin justa causa, de la sentencia ejecutoria por alguna de los cónyuges, estos tendrán en el hogar autoridad y

⁵¹Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág. 62, Puebla, Puebla México, 2001.

⁵² Ibidem, p. 75.

consideraciones iguales, por lo tanto de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

En caso de que los cónyuges no estuvieren conformes sobre algunos de los puntos indicados, el Juez de lo Civil correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá, sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos.⁵³

3.4. CLASES DE DIVORCIO

Al tratar de divorcio en materia civil podemos encontrar una división entre divorcio vincular y no vincular; también se puede contemplar como sanción por un acto de suma gravedad de uno de los cónyuges o como remedio a una situación insostenible; y por último el divorcio voluntario, en sus dos aspectos el administrativo y el judicial, así como también el divorcio necesario, en donde en este último veremos las causas previstas en la Ley.⁵⁴

3.4.1. VINVULAR Y NO VINCULAR

El divorcio no vincular se refiere a la separación de cuerpos, que encontramos en el derecho canónico y en forma limitada también en Derecho Civil Mexicano. En estos sistemas el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, administración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente hacer vida marital. Es decir, en el caso de que uno de los cónyuges sufra alguna enfermedad crónica o incurable,

⁵³Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág. 62, Puebla, Puebla México, 2001.

⁵⁴ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.438, México D.F.1990.

que sea además contagiosa o hereditaria, cuando después de celebrado el matrimonio, padezca impotencia o bien cuando sufra enajenación mental incurable el cónyuge sano, si no desea hacer valer estas causas para disolver el vínculo matrimonial, puede solicitar del juez competente la autorización para vivir separado de su consorte enfermo (suspensión del deber de cohabitación) y el juez podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las obligaciones que derivan de la relación conyugal: el deber de fidelidad y de ayuda mutua.

En la hipótesis mencionada los efectos de la sentencia que se pronuncia, son restringidos, se limitan al otorgamiento de una simple dispensa del cumplimiento del deber de cohabitación, que no a un verdadero divorcio, sin embargo, a esta situación entre consortes se le denomina divorcio no vincular.

Por otro lado el divorcio vincular su principal característica es la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. Es el divorcio que está vigente en la Ley sobre Relaciones Familiares y se ha conservado en nuestro Código vigente.⁵⁵

3.4.2. SANCION Y REMEDIO

El divorcio sanción sólo puede ser decretado judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables que, en el proceso, se imputan a uno de los cónyuges. Tales hechos pueden ser imputables a ambos cónyuges, cada cual alega y aprueba lo que atribuye a otro. Esta alegación se hace efectiva, mediante un proceso contencioso y debe circunscribirse a las causas de divorcio o separación taxativamente numeradas por la Ley, como el adulterio, el maltrato, el abandono, injurias graves, etcétera. Si los hechos no fueren probados, el Juez desestima la demanda de divorcio aún cuando existiere la evidencia de que la

⁵⁵ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.438, México D.F.1990.

unión matrimonial está desintegrada. En síntesis, la sentencia de divorcio exige la prueba de la culpa, de uno o ambos cónyuges y el divorcio implica una sanción contra el o los culpables que se proyectan en los efectos: pérdida o restricción al derecho alimentario.⁵⁶

La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar el divorcio aún cuando no se aleguen y prueben hechos imputables a uno de los cónyuges, a los dos, si no obstante el vínculo matrimonial está virtualmente desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conducta culpable: el divorcio importa esencialmente, un remedio, una solución al desquicio matrimonial, y no una sanción, tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Por eso se acepta el divorcio por petición conjunta de los esposos, divorcio por mutuo consentimiento, en aquellos están dispensando las causas que motivan esa petición.

Es también en el divorcio remedio que se admite alegar hechos no culpables, como la locura, enfermedades mentales, conductas derivadas de dichos trastornos, o enfermedades contagiosas que afecta a uno de los cónyuges.⁵⁷

Dentro del divorcio vincular necesario, podemos mencionar el divorcio sanción y el divorcio remedio. El primero se motiva por las causas que se refieren a delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge contra terceras personas, hechos inmorales, incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio; actos contra la naturaleza misma del matrimonio. El divorcio remedio se instituye como una protección a favor del cónyuge sano, o de los hijos, contra las enfermedades crónicas incurables que se hagan más contagiosas o hereditarias. Queda comprendido en el divorcio-remedio, el divorcio voluntario,

⁵⁶ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.439, México 1990.

⁵⁷ ZANNONI Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, tomo II, pág. 2.

pues a través de el se separan los cónyuges que no han podido conservar la comunidad conyugal.

3.4.3. DIVORCIO VOLUNTARIO Y NECESARIO

Encontramos también el divorcio necesario y el voluntario, y éste que se subdivide en divorcio administrativo y judicial. El divorcio necesario o contencioso, origina un proceso con todas sus partes. En cambio, el divorcio voluntario puede ser administrativo ante el Juez del Registro Civil en casos determinados, o voluntario ante el Juez de lo Familiar, sin limitación y sin necesidad de expresar la causa o causas que lo originan, bien sean por haber motivos de sanción, o como remedio.⁵⁸

3.4.3.1. DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO

Para proceder a este tipo de divorcio se requiere: que ambos consortes convengan en divorciarse; que sean mayores de edad; que no tengan hijos; y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Encargado del Registro Civil; comprobarán con las copias certificadas que son casados y mayores de edad y manifestarán de manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse. El Encargado del Registro Civil, previa identificación de los consortes levantará un acta en la que 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 Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

⁵⁸ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.441, México 1990.

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, y entonces aquellos sufrirán las penas que establece nuestro Código Civil.⁵⁹

Los consortes deben presentarse personalmente; no podrán actuar mediante representante, por tratarse este caso de divorcio de un acto personalísimo, no admite representación alguna.

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

3.4.3.2. DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

En este tipo de divorcio en que ambos cónyuges convengan en divorciarse y sean mayores de edad, tengan hijos o no hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, acudirán ante el Juez de su domicilio para completar su personalidad, fijar la situación en que deban quedar los hijos y liquidar y dividir los bienes de la sociedad. El Juez señalara día y hora para una audiencia que debe celebrarse a los cinco días de presentada la solicitud. En esa audiencia, con intervención del Ministerio Público, se completara la personalidad de los promoventes y se denunciara el convenio que los interesados hayan formalizado, de acuerdo con el Código Civil.⁶⁰ A falta de convenio sobre los hijos o en este mismo, en lo que sea compatible con los arreglos que propongan los cónyuges, el

⁵⁹ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág. 76, Puebla, Puebla México, 2001.

⁶⁰ Ibidem, p.75.

juez procurara que los hijos queden confiados al cuidado de los mismos en justa proporción, siguiente hasta donde se estime oportuno, la elección de los propios hijos, expresada por estos libremente. En caso de incapacidad de los mismos para optar o expresar su elección, el juez decidirá en los términos convenientes al interés social y familiar de los hijos y los padres. El Juez, con auxilio del Ministerio Público y de los interesados, suplirá las deficiencias u omisiones para la liquidación social. En la misma audiencia resolverá el Juez; y en caso de quedar resuelta la situación de los hijos y de los bienes, aprobara el convenio formulado por las partes, declarara disuelto el vinculo matrimonial y mandara remitir copia de su resolución al Encargado del Registro Civil, para que se hagan las anotaciones en el libro correspondiente, se proceda a la inscripción del divorcio y se levante el acta respectiva. El Ministerio Público participa para velar por los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores e interdictos, y también para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y divorcio.

Los cónyuges están obligados a presentar al Juzgado un convenio ya que la solicitud de divorcio no debe ser admitida sin la presentación de este convenio, en que se fijen los siguientes puntos:

- I.-Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II.-El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.
- IV.-La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo;
- 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.⁶¹

El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.⁶² Mientras que se decreta el divorcio, el Juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos.⁶³

Lo exigido por el Código es lo mínimo que debe convenirse entre los divorciantes, pero se observa que faltan pactos con referencia al derecho de visita, a los derechos de los cónyuges en el régimen de separación de bienes y a la casa de habitación familiar.

El derecho de visita corresponde al progenitor que no tiene la custodia del hijo con el fin de continuar la convivencia y participar en lo que le corresponde en el ejercicio de la patria potestad. Es algo sumamente importante precisar para evitar conflictos futuros.

"El convenio regulador en caso de divorcio tiene como características las siguientes:

- a. Acto Jurídico.- Es un Acto Jurídico del derecho de familia de carácter mixto, en el que intervienen los cónyuges, el ministerio público como auxiliar y el juez de lo familiar para homologarlo y dictar la resolución. No es un acto solemne, pero si jurisdiccional.

⁶¹ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág. 77, Puebla, Puebla México, 2001.

⁶² Ibidem, p. 78.

⁶³ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág. 78, Puebla, Puebla México, 2001.

- b. Transacción.- Lo es porque los cónyuges se hacen recíprocas concesiones para prevenir o evitar una controversia en el juicio de divorcio. Si no se disuelve el vínculo conyugal por resolución judicial el convenio no producirá efecto legal alguno. Transaccional porque se origina por un conflicto conyugal y los interesados buscan la solución y proponen un estatuto para que, se resuelva la crisis entre los protagonistas.
- c. Es un convenio modificable.- No obstante que el convenio sea aprobado por el juez y se integre en la sentencia que disuelve el vínculo y, consecuentemente adquiera fuerza obligatoria de sentencia ejecutoria, este puede ser modificado cuando cambien las circunstancias previstas por el convenio.
- d. No rescindible.- El convenio una vez aprobado por el Juez no puede rescindirse por incumplimiento de alguno de los obligados. En este supuesto procede cumplimiento forzoso, inclusive por vía judicial.
- e. Efecto de sentencia ejecutoria.- Aprobado el convenio tiene toda la fuerza de sentencia ejecutoria, misma que resuelve sobre el divorcio. El convenio contiene disposiciones o estipulaciones referidas a los cónyuges, otras a los hijos, y a los bienes de la sociedad conyugal. En relación a los cónyuges, se señala la casa habitación que cada uno de ellos ocupará durante el procedimiento, así como la cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio. En relación a los hijos, debe designarse la persona quienes sean confiados, y el modo de satisfacer sus necesidades tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio. También debe mencionarse si los dos cónyuges, o sólo uno de ellos ejercerá la patria potestad y en poder de quién quedarán los hijos. En estos casos ambos cónyuges conservarán la patria potestad pero puede convenirse que sólo uno de ellos tenga la custodia."⁶⁴

⁶⁴ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.456, México 1990.

En la práctica es necesario reflexionar sobre esto, toda vez que si ambos ejercen la patria potestad, necesariamente surgirán conflictos en cuanto a la educación de los hijos y demás actos necesarios para su capacitación, quizás convenga en que uno de ellos sea el que la ejerza, y será aquel con quien viva teniendo derecho el otro para hacer visita a los hijos.⁶⁵

En relación a los bienes, se debe determinar la manera de administrar lo que hubiere en sociedad conyugal durante el procedimiento, y la forma como se liquidará después de ejecutoriado el divorcio. Debe designarse a liquidadores y además acompañar un inventario y avalúo de todos los bienes inmuebles y muebles de la sociedad. A diferencia del divorcio administrativo el papel del Juez es activo, hecha la solicitud, citará al Tribunal a los cónyuges y al Representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificaran plenamente, que se efectuará después de los ocho días, y antes de los quince días siguientes y si asistieran los interesados los exhortará para procurar su reconciliación.⁶⁶

Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores, a la separación de los cónyuges, a los alimentos de aquellos y a las medidas de aseguramiento que estime necesarias.

Si insisten los cónyuges en su propósito de divorciarse, los citará el Tribunal a una segunda junta, la que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada, y en ella volverá a exhortar a aquellos con el propio fin de procurar la reconciliación. Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaran bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el Tribunal oyendo el parecer del Representante del Ministerio

⁶⁵ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.458, México 1990.

⁶⁶ Idem.

Público sobre este punto, dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

Se trata de un acto personalísimo, previene que los cónyuges no pueden hacerse representar por Procurador en las juntas antes mencionadas, y que deben comparecer personalmente. El Ministerio Público puede oponerse al convenio, por considerar que se violan los derechos de los hijos, o porque no quedan bien garantizados, o puede promover modificaciones que, si son aceptadas por los cónyuges se continuará el procedimiento. En caso contrario el Tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la Ley, cuidando que en todo caso queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.⁶⁷

Las audiencias o juntas de avenencia deben celebrarse dentro del término fijado por la Ley, de lo contrario se consideran nulas por tratarse de Leyes procesales que son de orden público. El divorcio por mutuo consentimiento, en la vía judicial o en la vía administrativa, no se funda en la violación de los deberes conyugales, y por lo tanto, no se plantea entre los cónyuges conflicto alguno. De allí que el legislador haya optado por simplificar en lo posible los procedimientos en esta clase de divorcio.

En los casos en que el divorcio por mutuo consentimiento puede ser decretado por el Juez del Registro Civil, la intervención de dicho funcionario se limita a la comprobación de que se han llenado los requisitos que la Ley establece, para que proceda esa vía de divorcio, se cerciorará de la identidad de los cónyuges y de que efectivamente es voluntad de ambos divorciarse.

En el divorcio voluntario que se tramita en la vía judicial, la intervención del Juez y del Ministerio Público cuando hay hijos, aparte de aquella función de

⁶⁷ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.459, México 1990.

comprobar la identidad de los consortes y la firmeza de su voluntad de divorciarse, cumple la función importante de garantizar el interés de los hijos de los que pretenden divorciarse y cerciorarse de que en la disolución de la sociedad conyugal, la distribución de los bienes que la constituye no reporta ventajas o provechos injustificados para ninguno de los divorciados. La sentencia que decreta el divorcio judicial, es apelable en el efecto devolutivo, la que lo niegue es apelable en ambos efectos.

La apelación puede ser interpuesta por cualquiera de los cónyuges que pretenda divorciarse o por el ministerio público. Es obvio que los cónyuges en el divorcio por mutuo consentimiento no puedan apelar de la sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial. Pero podrán interponer el recurso de apelación contra la sentencia que niegue el divorcio y contra los puntos resolutive de la sentencia de divorcio que modifique una o varias de las cláusulas del convenio presentado por ellos, tanto sobre la situación y guarda de los hijos como respecto de la liquidación de la sociedad conyugal o sobre alimentos.

El Ministerio Público podrá apelar la resolución judicial que decreta niegue el divorcio y que resuelva sobre los puntos relativos a la situación y guarda de los hijos, así como respecto de la liquidación y disolución de la sociedad conyugal, también debe de hacerse notar, que una vez que ha sido aprobado judicialmente el convenio, no puede ser rescindido por incumplimiento de cláusulas y sólo tiene lugar la ejecución forzada de las obligaciones que en el han contraído los consortes, puesto que la fuerza obligatoria del convenio deriva de la aprobación otorgada por el Juez en la sentencia de divorcio.

3.4.4.3. DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO

Como se menciona con anterioridad el divorcio necesario o contencioso origina un proceso con todas sus partes: demanda, contestación, periodo

probatorio con su ofrecimiento y desahogo, sentencia, apelación, etcétera, este sólo procede por causas que estén previstas en la Ley y que no se pueden aducir otras por analogía, de tal forma que éste se limita por la legislación.⁶⁸

Además de que el divorcio requiere la existencia de un matrimonio válido, la acción de divorcio debe hacerse valer ante el Juez competente por persona capaz y legitimada procesalmente para accionar.

Es necesario que la causal invocada se encuentre comprendida en cualquiera de las causas señaladas en el artículo 141 del Código Civil del Estado de Veracruz, las cuales he mencionado con anterioridad.

Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes:

- I.-Separar a los cónyuges en todo caso;
- II.-Dictar a solicitud de cualquiera de los cónyuges las medidas de protección social o de amparo personal que, a juicio del Juez, deban adoptarse para seguridad física o moral del cónyuge que necesite ese amparo;
- III.-Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;
- IV.-Dictar las medidas convenientes para que no cause ninguno de los cónyuges perjuicio en los bienes del otro;
- V.-Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta;
- VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar

⁶⁸ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.442, México 1990.

provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

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

VII.- La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar.⁶⁹

3.4.4.3.1. PRINCIPIOS GENERALES

Conviene sentar algunos principios que rigen esta materia que son:

A. *El divorcio como excepción.*- La excepción es el divorcio que disuelve el matrimonio y la excepción confirma la regla. Las instituciones familiares son permanentes por naturaleza, a diferencia de lo transitorio de las relaciones jurídicas de carácter patrimonial económico. Así lo observamos en la adopción, en el reconocimiento de hijos el matrimonio, etcétera. Suponer que el divorcio fuera lo que pretenden las parejas al casarse, sería tanto como convertir la excepción (divorcio) en principio y el matrimonio en algo transitorio. La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y no sólo por excepción la Ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. El Acto Jurídico que genera el estado jurídico matrimonial, que es la comunidad humana de vida, matrimonio-estado, puede originarse por el amor que los novios se tienen, lo que constituye el motivo determinante de su voluntad; puede reconocer otros motivos como son: los económicos, políticos y sociales.

Tiene el matrimonio como fines, la promoción integral de los consortes, el amor conyugal y la paternidad responsable. Si estos fines no se logran plenamente o el amor termina, ya se creo una institución que trasciende a los consortes con mayor razón si tienen hijos, respecto a la cual está interesada toda la sociedad. Siendo

⁶⁹ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág. 79, Puebla, Puebla México, 2001.

excepción el divorcio, deben regularse cuidadosamente las causales que permitan disolver el matrimonio, debiendo tratarse de causas de tal gravedad que hagan imposible la vida conyugal, bien sea por alguna enfermedad o bien por un acto ilícito de un consorte contra el otro. Es decir, es excepcional porque pone fin al matrimonio.⁷⁰

B. *Limitación de las causas.*- Son causas de divorcio necesario las que enuncian los artículos 141 y 144 del Código Civil del Estado. Este principio se deriva de que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y el Estado que solo en forma limitativa se establecen las causas de divorcio, y no ejemplificativas por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas de otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón.⁷¹

C. *Conducta ilícita.*- El proceso de divorcio está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, al consorte culpable responsable de los daños y perjuicios como autor de un hecho ilícito. Es ilícito por ser contrario a las Leyes de orden público, como son las relativas al matrimonio y a la familia, y a las buenas costumbres, porque las causales de divorcio fundamentalmente van en contra de la moral y las buenas costumbres.

D. *Partes.*- Son partes en el juicio los cónyuges; ambos tienen capacidad para participar en el juicio. El ministerio público no interviene a diferencia del divorcio voluntario judicial. El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

E. *Acción.*- La vía es Ordinaria Civil. Es frecuente que planteada la demanda de divorcio por uno de los cónyuges en la que se imputan ciertos y determinados hechos al otro, éste al contestar reconvenga también el divorcio por causas que atribuye al cónyuge actor. Por ejemplo: un cónyuge intenta la acción de divorcio

⁷⁰ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, p.460, México 1990

⁷¹ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág. 71, Puebla, Puebla México, 2001.

argumentando injurias graves, y el otro al contestar niega los hechos de injurias, pero lo acusa de sevicia. Puede suceder que ambos ofrezcan pruebas y cada uno llegue a probar su causa, de tal manera que quedan probados por un lado las injurias y por otro la sevicia.⁷²

F. *Rebeldía*.- En todo proceso al haber transcurrido el término del emplazamiento sin haber sido contestada la demanda se hará la declaración de rebeldía sin que medie petición de parte y se abrirá el periodo de ofrecimiento de pruebas, la Ley señala que se presumirán confesados los hechos de la demanda que se dejen de contestar. Por lo tanto la rebeldía que se decrete hará que se tenga por negada la demanda, debiendo la parte actora probar todas sus afirmaciones contenidas en los hechos narrados.⁷³

G. *Las causales deben probarse plenamente*.- En los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad. Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia, durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos.⁷⁴

H. *Pruebas*.- En cuanto a la prueba testimonial, pueden declarar parientes, domésticos y amigos, por considerar que son los más aptos por conocer la realidad del matrimonio de los que contienden en un divorcio necesario, porque ninguna persona como ellos puede estar más enterada de las desavenencias conyugales.⁷⁵

I. *Caducidad de la acción*.- Si transcurren un determinado tiempo sin que el cónyuge inocente intente la acción de divorcio ésta caduca. La acción de divorcio

⁷² CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.465, México 1990.

⁷³ Ibidem, p. 466.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.466, México 1990.

debe ejercitarse dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda. Esto se confirma por el artículo 143 del Código Civil que no dice: que cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge, esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio. El término fijado por la Ley para el ejercicio de la acción de divorcio es un término de *caducidad* y no de *prescripción*. Ambas son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, pero se diferencian en que la caducidad es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio y la prescripción sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima. En divorcio, el término para el ejercicio de la acción se estima como caducidad porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción, su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo sería constante, afectándose todos los derechos y obligaciones que forman el estado civil del matrimonio, la Ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio cuando la causal es un hecho, pero no cuando se trata de una causal que implica una situación permanente. Cuando la Ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio, este debe promoverse precisamente dentro de él, pues se trata de una condición necesaria para el ejercicio de la acción y la autoridad judicial no sólo está facultada, sino tiene la obligación de estudiar si la acción se ejercitó oportunamente.⁷⁶

J. *Sentencia*.- No hay divorcio sin sentencia. Debe intervenir el Juez de lo familiar y su sentencia tiene características de declaratoria y de condena. Declara la culpabilidad de alguno de los cónyuges, y como consecuencia la disolución del vínculo. Condena al culpable, en términos generales, a la pérdida de la patria potestad, al pago de la pensión alimenticia, a la pérdida de las donaciones hechas en consideración al otro cónyuge y al pago de daños y perjuicios. Las resoluciones judiciales dictadas en negocio de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria

⁷⁶ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.467, México 1990.

potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que provengan las Leyes, pueden alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.⁷⁷

La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o de cualquiera otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de la convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos del Código de Procedimientos Civiles que nos dice: Los tribunales no podrán variar ni modificar sus sentencias después de firmadas; pero si aclarar algún concepto, o suplir cualquiera omisión que contengan sobre puntos discutidos en el litigio.

Estas declaraciones podrán hacerse de oficio dentro del día hábil siguiente al de la publicación de la sentencia, o a instancia de parte, presentada dentro del día siguiente al de la notificación. En este último caso, el Juez o Tribunal, resolverá lo que estime procedente, dentro del día siguiente al de la presentación del escrito en que se solicita la aclaración.

K. Sanciones.- El divorcio trae como consecuencia sanciones que se aplican al cónyuge culpable, lo que hay que tener en cuenta al entablar la demanda, a fin de comprenderlas en el mismo escrito, tomando en cuenta que las sanciones provienen de la misma causa de divorcio. Cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto a una misma cosa, y provengan de una misma causa,

⁷⁷ Ibidem p.469.

deben intentarse en una sola demanda; por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras. Se señalan como sanciones previstas en nuestro derecho las siguientes: pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad; alimentos al cónyuge inocente; alimentos a favor de los hijos; daños y perjuicios a pagar al cónyuge inocente; devolución de las donaciones hechas a favor del culpable y pérdida de lo prometido; devolución, o revocación de las donaciones antenuptiales en los casos de divorcio por adulterio o por abandono; resarcimiento de los daños causados por daño moral; espera de dos años para volver a casarse.

L. *Terminación del juicio.*- El juicio de divorcio puede terminar por alguna de las siguientes circunstancias: perdón, expreso o tácito del cónyuge ofendido; reconciliación de los cónyuges; desistimiento del cónyuge que no ha dado causa de divorcio; y muerte de alguno de los consortes. Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 141 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito.

La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación. El cónyuge que no haya dado causa al divorcio, puede antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él; mas, en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie.

La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio.⁷⁸

⁷⁸ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, p.470, México 1990

3.5. SEPARACION DE LECHO Y HABITACION

Es el estado de dos esposos que han sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vivir juntos. La separación de cuerpos no rompe el vínculo conyugal, sólo dispensa a los consortes del deber de cohabitación. El Código Civil del Estado contiene los únicos casos en que se permite la separación de los cónyuges sin pedir el divorcio el cual nos dice que el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones V y VI del artículo 141 que son: padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio; así como padecer enajenación mental incurable, podrán 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.⁷⁹

En estos casos el Juez se requiere la intervención del Juez de lo Familiar, para que mediante sentencia judicial, se decrete la separación de cuerpos, autorizándose a los cónyuges a una vida separada.

Como principales consecuencias de esta separación, podemos mencionar las siguientes: serán relevados del cumplimiento de alguno de los deberes conyugales, y en especial del débito conyugal. No trae como consecuencia sanción en contra del cónyuge enfermo, impotente o enajenado.

Ambos cónyuges conservan el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio.

⁷⁹ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág.72, Puebla, Puebla México, 2001.

En relación a la sociedad conyugal, el cónyuge enfermo podrá seguir administrando los bienes de la misma, salvo que la separación obedeciera a enajenación mental, en cuyo caso deberá ser declarado en estado de interdicción, de tal forma que el cónyuge sano sea quien administre los bienes de la sociedad conyugal. Se releva a los consortes de vivir en el domicilio conyugal.

Los cónyuges separados deben seguir comportándose de tal forma que cumplan con todos los otros deberes y obligaciones que no se excluyan por razón de la enfermedad, impotencia o enajenación; y cualquier violación a ellos, si se incurre en alguna de las causas de divorcio, podría originar un juicio de divorcio con el cual quedaría terminado el vínculo conyugal.

La separación de cuerpos entre consortes, no puede tener lugar por el mutuo consentimiento de los cónyuges; siempre habrá que fundarse en la comprobación de la existencia de las causas mencionadas.

Tratándose de la separación de cuerpos, la reconciliación entre los consortes no pone fin al procedimiento judicial, porque el cónyuge sano no imputa al demandado haber incurrido en falta, sólo procede al desistimiento de la acción, para que el Juez pueda fundadamente sobreseer el procedimiento.

Como efecto de la sentencia que decreta la separación de cuerpos, desaparece el domicilio conyugal, el concepto de domicilio conyugal implica dos elementos a) la residencia común de los cónyuges y b) el deber de vivir juntos.

Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecer la enfermedad.

3.6. LOS PROCEDIMIENTOS DE DIVORCIO

El divorcio vincular procede de la mutua voluntad de los cónyuges "divorcio de mutuo consentimiento" o por demanda fundada de uno de los consortes en contra del otro "divorcio litigioso necesario" tiene establecido en la Ley vías diferentes y procedimientos distintos en uno y otro caso; pero cualquiera que sea la hipótesis o fundamento de la solicitud de divorcio, para que este proceda se necesita forzosamente:

1. *La existencia de un matrimonio válido.*- Es un requisito lógico necesario, para la disolución del vínculo matrimonial, ese requisito queda satisfecho con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio de quienes pretenden divorciarse. El matrimonio tiene a su favor la presunción de validez, mientras no haya sido pronunciada una sentencia ejecutoria, que declare su nulidad.

2. *Capacidad de las partes.*- Los menores de dieciocho años aun cuando hayan sido emancipados, requieren la asistencia de un tutor dativo para solicitar su divorcio, ya se trate de divorcio contencioso o por mutuo consentimiento. La intervención del tutor en el procedimiento de divorcio de menores de edad, tiene por objeto integrar y no subsistir en el procedimiento, la voluntad del pupilo autorizando con su firma en unión de este último, los escritos o instancias que se presenten durante los trámites de divorcio, porque se trata de una decisión personalísima de los cónyuges que no admite la institución de la representación propiamente dicha, para obtener la disolución del vínculo no pueden ser representados por el tutor. El tutor se limitará a asistir al cónyuge menor en la secuela de procedimiento judicial de divorcio. Puesto que en todos los casos de divorcio voluntario, la disolución del vínculo matrimonial, ha de ser fundada en la firme voluntad de los que pretendan obtenerla, esta determinación aparece clara en el divorcio por mutuo consentimiento, vía en la cual se exige la comparecencia personal de ambos consortes en las juntas previas al pronunciamiento del divorcio acompañados si se trata de menores de edad, del tutor dativo. Así mismo basta el sólo hecho de que los consortes que pretendan divorciarse por mutuo

consentimiento vuelvan a reunirse en cualquier momento, antes de que el divorcio hubiere sido decretado, para que este hecho, ponga fin al procedimiento de divorcio. No pueden volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación. De la misma manera la reconciliación entre los cónyuges en el juicio de divorcio contencioso, pone fin al juicio de divorcio cualquiera que sea el estado de procedimiento, antes de que se pronuncie sentencia ejecutoria, que decreta la disolución del vínculo. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al Juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

El tutor debe intervenir en la celebración del convenio que presentan los menores de edad que pretenden divorciarse por mutuo consentimiento, respecto de sus bienes, y en cuanto a la situación y guarda de los hijos de ambos.

3. *Legitimación procesal.*- Desde el punto de vista de la legitimación procesal, son los cónyuges que pretenden divorciarse, los únicos que tiene interés legítimo, personalísimo en obtener la disolución de su matrimonio. Si respecto de los menores de edad es improcedente la solicitud de divorcio suscrita por el tutor tratándose de mayores de edad con plena capacidad de goce y de ejercicio, nada impide que puedan instituir apoderado para tramitar el juicio de divorcio necesario, más no en el caso de divorcio por mutuo consentimiento.

Cuando proceda el divorcio en la vía administrativa, queda excluida la intervención del apoderado para obtener el divorcio, la comparecencia ha de ser personal, tanto en la presentación de la solicitud de divorcio como en la ratificación de dicha solicitud. El Juez competente para conocer y decidir el divorcio, es el del domicilio conyugal y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado. Cuando existe una separación de hecho entre los cónyuges, el Juez competente es el del domicilio del cónyuge abandonado.⁸⁰

⁸⁰ GALINDO Garfías Ignacio, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Familia, Primer Curso*, Novena Edición, Editorial Porrúa, pág. 588, México 1989.

3.7. EFECTOS DEL DIVORCIO

Para comprender los efectos del divorcio hay que hacer una división, los efectos que se producen en el divorcio voluntario y, los efectos que se producen en el divorcio necesario o contencioso. En cada caso procede una segunda división para estudiar los que se producen provisionalmente, durante la tramitación del proceso, aquellos que son definitivos y consecuencia de la sentencia ejecutoria que disuelve el vínculo matrimonial.

Algunas resoluciones judiciales firmes pueden alterarse o modificarse como puede ser lo relativo a los alimentos y al ejercicio o suspensión de la patria potestad. Las resoluciones judiciales dictadas de carácter provisional, pueden modificarse en la sentencia interlocutoria o en la definitiva.

Los problemas que se pueden derivar del que podríamos llamar derecho de visita, que corresponde al progenitor que no tiene la guarda de los hijos, y que sin embargo tiene el derecho a visitarlo y a salir con ellos.⁸¹

3.7.1. EFECTOS EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO

Encontramos efectos provisionales y definitivos, pues en el administrativo sólo se consigna como efecto la disolución del vínculo. En el divorcio administrativo se formula un convenio entre los consortes que regula su nueva situación como divorciados. No teniendo hijos no se pactará nada sobre este aspecto, pero entre ellos puede haber situaciones que regular. Desde luego, este convenio no se presenta al Juez del Registro Civil; se hará por separado y en caso necesario se podrá homologar ante un juez de lo familiar para que éste le de el efecto de sentencia ejecutoria. A diferencia del divorcio voluntario judicial se prevén en la

⁸¹ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.535, México 1990.

legislación con mayor cuidado todos los efectos, tanto provisionales como definitivos, y estos son aplicables según las circunstancias, al divorcio administrativo.⁸²

3.7.1.1. EFECTOS PROVISIONALES

Mientras que se decreta el divorcio, el Juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos.

Las medidas provisionales se relacionan: a) los cónyuges b) con la mujer c) con los hijos d) con los alimentos y e) con los bienes.

a) En relación a los cónyuges.- Previene que en el convenio que se presente al juzgado los cónyuges designen la casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

b) Mujer embarazada.- Es posible que al plantearse el divorcio voluntario judicial, además de que hubieren hijos la mujer estuviera embarazada. En relación al divorcio voluntario puede presentarse un conflicto entre el administrativo y el judicial cuando los consortes conviniendo divorciarse, fueran mayores de edad, hubieren liquidado la sociedad conyugal, no tuvieren hijos, pero la mujer estuviere embarazada, en este caso procede el divorcio voluntario judicial, pues el concebido ya tiene derechos y personalidad.

c) En relación a los hijos.- En el convenio se deberá designar la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, durante el procedimiento como después ejecutoriado el divorcio, normalmente se confían los hijos a alguno de los progenitores, hacen referencia también a los abuelos maternos o paternos que son quienes pueden tener la custodia. Los padres se han puesto de acuerdo quien

⁸² CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág. 536, México 1990.

tendrá la guarda de los hijos y al forma en como se ejercitará el derecho de visita por el otro progenitor.

d) En relación a los alimentos.- Es obligatorio que durante el procedimiento se determine una cantidad que a título de alimento un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio; también debe determinar en el convenio el modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio. El Juez dicta medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quien tenga la obligación de dar alimentos, así mismo determina la forma cómo se hará el pago y como se garantizarán. La garantía comprende tanto los alimentos que un cónyuge debe dar al otro, como los que se deben sal a los hijos, la garantía puede ser cualquiera de las condiciones como depósito, prenda o hipoteca.

e) En relación a los bienes.- Cuando la sociedad conyugal no hubiere sido disuelta, deberá señalarse en un convenio lo relativo a su disolución. Deberá haber un inventario de los bienes, avalúo de los mismos, nombramiento de liquidadores y la proposición de la participación entre ambos cónyuges.

f) Cláusulas adicionales.- Son las que hacen referencia al derecho de visita, al derecho de los cónyuges en el régimen de separación de bienes y a la casa habitación.

g) Obligatoriedad del convenio.- La plena obligatoriedad del convenio se obtiene solo al incorporarse en la sentencia que dicte el Juez. Debe de aceptarse que alguna fuerza debe tener esta aprobación provisional, de tal manera que pueda obligarse a los divorciantes a cumplirlo, la separación de los cónyuges, respecto de la cual el Juez puede actuar a petición de alguno de ellos para lograr la efectiva separación y que cada uno de ellos viva en casa señalada en el convenio. La administración de la sociedad conyugal mientras se liquida, la custodia que puede tener alguno de los progenitores y le derecho que tiene el otro de visitarlos. Lo relativo a la pensión alimentaria para los hijos y la que un cónyuge debe dar al otro durante el proceso. En estas materias el Juez podrá actuar par que se cumpla lo convenido y provisionalmente aprobado y para intervenir de

oficio en los asuntos que afectará a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger sus miembros.⁸³

3.7.1.2. EFECTOS DEFINITIVOS

a) Alimentos.- Al cambiar el estado familiar de cónyuges a divorciados, cambia el fundamento de los alimentos, y la Ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma Ley señale. Si el fundamento y la obligación de dar alimentos es solidaridad humana, al variar la situación personal que la ley establece para que se tenga derecho a pedirlos, cambia su fundamento, aún cuando quede subsistente la obligación de darlos, lo que cambia es la razón para darlos. Este fundamento varía según se trate de divorcio contencioso o voluntario. En el primero es la sanción al cónyuge culpable, pues en estos casos el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente. En el caso de divorcio por mutuo consentimiento su fundamento es la compensación que entre cónyuges se deben por el tiempo de duración del matrimonio. La mujer siempre tiene derecho a la compensación, es decir, a recibir alimentos independientemente de su posibilidad o imposibilidad para trabajar. Este de hecho lo disfrutará si no tiene ingresos suficientes, lo que significa que si no tiene ingreso alguno deberá recibir la compensación mayor que si tuviere algunos, en cuyo caso sólo se compensará lo faltante, esto se explica porque la mujer, con el advenimiento de los hijos, se avoca a su atención, educación y sostenimiento del hogar dejando o por lo menos disminuyendo el trabajo remunerado que hubiera estado desempeñando, el varón no siempre tiene derecho a recibir alimentos. Lo tendrá cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos

⁸³ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág. 536, México 1990.

suficientes. En ambos casos se disfrutará de los alimentos mientras no se contraigan nuevas nupcias o se unan en concubinato. La pensión alimenticia convenida, podrá variarse, aumentándose o disminuyéndose, y habrá ajuste automático según varia el salario mínimo de Veracruz.

b) Patria potestad y el Derecho de Visita.- Como la patria potestad es irrenunciable, ambos padres la conservan. Todos los derechos, deberes y obligaciones quedan vigentes y es responsabilidad de ambos padres cumplirlos. Como el divorcio produce el efecto de disolver el vínculo conyugal y los padres vivirán separados, uno de ellos tendrá la guarda o custodia de los hijos, que se determina también por el mutuo acuerdo entre ellos y se somete a la consideración del Juez en el convenio que se presenta para su aprobación. El padre que tenga la custodia, necesariamente ejercerá la patria potestad, aún cuando ambos la conservan. Por conveniencia de los hijos, quien los tenga deberá decidir y ejercer los deberes relativos a la patria potestad. Jurídicamente puede haber casos en los que conservando ambos progenitores la patria potestad, sólo uno tenga la guarda o custodia. Necesariamente uno de ellos la ejercerá, y lo será quien tenga la custodia, sin que signifique que el otro carezca de derechos y obligaciones. Debe vigilar y ayudar, pudiendo oponerse razonablemente a las decisiones del otro progenitor.

En relación al derecho de visita pueden presentarse conflictos, puede ser que el padre que tiene el derecho de visita, sea un obstáculo serio a la educación y formación de los hijos. Se puede llegar al extremo de que sea necesario obtener una resolución judicial para que quien tiene derecho de visita pierda la patria potestad, al presentarse alguna de las circunstancias que se prevén.

En relación a este derecho de visita debemos tomar en cuenta que no es ajeno a la patria potestad. Solo tiene el derecho de visitas quien conserva la patria potestad, quien la pierde perderá este derecho, este derecho de visita trae implícito el cumplimiento de los deberes y obligaciones de quien ejerce la patria

potestad, de tal forma que sólo se puede exigir el derecho de visitas para el cumplimiento de su responsabilidad de padre.⁸⁴

3.7.2. EFECTOS EN EL DIVORCIO NECESARIO

Por otro lado los efectos del divorcio necesario al igual que el voluntario se dividen provisionalmente durante la tramitación del juicio y aquellos que son definitivos y son consecuencia de la sentencia ejecutoria que disuelve el vínculo matrimonial.

3.7.2.1. EFECTOS PROVISIONALES.

Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes:

I.-Separar a los cónyuges en todo caso;

II.-Dictar a solicitud de cualquiera de los cónyuges las medidas de protección social o de amparo personal que, a juicio del Juez, deban adoptarse para seguridad física o moral del cónyuge que necesite ese amparo;

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

IV.-Dictar las medidas convenientes para que no cause ninguno de los cónyuges perjuicio en los bienes del otro;

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

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

⁸⁴ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág. 539, México 1990.

provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

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

VII.- La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar.⁸⁵

3.7.2.2. EFECTOS DEFINITIVOS

Los efectos definitivos son consecuencia de la sentencia ejecutoria en un juicio de divorcio y son:

a) En relación a los cónyuges.- Se refieren a su estado familiar, a su capacidad para contraer nuevo matrimonio, a la propia capacidad de los cónyuges en relación a ciertas prohibiciones, al apellido, a los alimentos, a los daños y perjuicios que se pueden ocasionar y a la seguridad social. En cuanto al *estado familiar* los esposos dejan de estar casados, y como consecuencia adquieren el estado de divorciados, es decir se extingue un estado familiar y se crea otro. En *relación a su capacidad para contraer nuevo matrimonio* el Código Civil nos dice que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, pero siempre es necesario que transcurra el término fijado por la Ley antes de volver a contraerlo ya sea de un año en divorcio voluntario o dos años en el divorcio necesario al cónyuge culpable a partir de que se decreta el divorcio. *Capacidad de los cónyuges* estos como tales tiene ciertas incapacidades ya que requieren autorización judicial para contratar entre ellos; para que un cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, o en el contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre cónyuges cuando el matrimonio esté

⁸⁵ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág. 72, Puebla, Puebla México, 2001.

sujeto al régimen de separación de bienes. Así el divorcio al disolverse el vínculo conyugal, trae como consecuencia que estas incapacidades conyugales terminen ya que al dejar de ser cónyuges ambos pueden contratar entre sí sin necesidad de autorización judicial. En cuanto al *apellido*, es costumbre que la mujer casada no pierda su apellido y que sólo agregue al suyo el del marido anteponiendo la palabra "de". Al divorciarse debe suprimirse el apellido del marido porque el no hacerlo significa que continúa casada, lo que es contrario a la sentencia de divorcio. En relación a los *alimentos*, actualmente en nuestra legislación, en el divorcio necesario el pago de alimentos a favor del inocente se considera una sanción, las resoluciones sobre alimentos se decretan por el Juez de lo Familiar, son provisionales y siempre podrán modificarse atendiendo a las necesidades del acreedor alimentario y a las posibilidades del deudor, tendrán un incremento automático equivalente al incremento porcentual del salario mínimo salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. Sobre los *daños y perjuicios* el culpable responderá de estos daños al cónyuge inocente como autor de un hecho ilícito, como daños y perjuicios se señalan algunos que se refieren a los hijos porque puede acontecer que el divorcio traiga como consecuencia gastos extras en relación a los hijos, como podrían ser internados, nuevas escuelas a los que deberían ir los hijos por razones de trabajo del cónyuge bajo cuya custodia quedan y los que se refieren en relación a los cónyuges ya que existe una sola casa donde vive toda la familia, al haber divorcio se requieren dos y el cónyuge inocente puede demandar como daños y perjuicios la instalación de la nueva casa, con el mobiliario que requiera para él y sus hijos. Se consideran como daños y perjuicios todo lo relativo a la mudanza, arreglo de la nueva casa. En relación a los cónyuges, puede argumentarse como perjuicio la privación de las ganancias que el cónyuge inocente resintiere con motivo de la disolución de la sociedad conyugal. Es decir mientras la sociedad conyugal persista, ambos cónyuges disfrutarán de los gananciales que produzcan los bienes sujetos a la sociedad conyugal, habría interés económico, el cónyuge inocente puede reclamar esta privación ilícita de los

gananciales, al enfrentarse a una nueva situación, se verá en una inferioridad respecto a otras personas, hombres y mujeres, en el mercado de trabajo, lo cual también implica un daño y perjuicio. En relación a la *seguridad social* se da al beneficiario, que lo es el trabajador y a su familiares surge el problema en el caos de divorcio cuando la mujer divorciada, que había estado recibiendo la protección de la seguridad social, con motivo del divorcio deja de recibir los beneficios independientemente que sea la cónyuge culpable o inocente. Basta que el beneficiario, en este caso el marido, comunique al Instituto Mexicano del Seguro Social, el divorcio para que éste de de baja a la mujer como familiar y no tenga derecho alguno. En relación a los hijos, estos seguirán siendo beneficiarios toda vez que el parentesco por el divorcio no se modifica. Dentro del concepto de alimentos está lo relativo a la asistencia en caso de enfermedad, en la legislación actual no se prevé esta situación en el divorcio lo que genera una injusticia contra la mujer que es quién ha estado recibiendo los beneficios por concepto del cónyuge, urge encontrar una solución sobre el particular de tal forma que la divorciada inocente pueda seguir contando con los beneficios de la seguridad social.⁸⁶

b) En relación a los hijos.- Los efectos se relacionan en cuanto al apellido, legitimidad, patria potestad y alimentos. En relación al apellido este no se altera, a diferencia de lo que acontece con la mujer divorciada, los hijos conservan los apellidos de ambos. En relación a los *alimentos*, los consortes divorciados tendrán que contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y educación de estos hasta que lleguen a la mayoría de edad. Por tratarse de hijos de matrimonio debe aceptarse que mientras no se disuelva o nulifique el matrimonio los hijos existen y siempre serán de matrimonio. En cuanto a la *patria potestad* el Juez resuelve en qué casos procede condenar a algunos de los progenitores a la pérdida, suspensión de la patria potestad, así cómo la manera de recuperarla, también puede limitar el ejercicio de algunos

⁸⁶ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág.553, México 1990.

deberes, derechos u obligaciones del progenitor responsable, quien conservará la patria potestad restringida; pero que los hijos quedan bajo la custodia y el cuidado de alguno de ellos, en cuyo caso será este quien ejerza jurídicamente la patria potestad, y al otro le corresponde la vigilancia y el derecho de visita.⁸⁷

c) En relación a los bienes.- Se refiere a la disolución de la sociedad conyugal y la devolución de las donaciones. En relación a la *disolución de la sociedad conyugal* se previene que ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Tal y como lo señala el artículo 161 del Código Civil del Estado y nos dice que ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad. En las *donaciones* el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho; esto se refiere a que le cónyuge culpable pierda lo que hubiere recibido del otro, o de un tercero en consideración del cónyuge inocente. Conviene precisar que ésta reversión de lo donado no puede operar en pleno derecho, pues es necesario que sea parte de la sentencia de divorcio. De aquí la importancia que al demandar el divorcio, se demande también la devolución de lo que el cónyuge inocente hubiere dado al culpable y sólo así podrá comprenderse esto dentro de la sentencia.⁸⁸

⁸⁷ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, pág. 561, México 1990.

⁸⁸ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág. 85, Puebla, Puebla México, 2001.

CAPITULO IV PATRIA POTESTAD

4.1. VISION HISTORICA.

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, interdicción, ausencia del llamado preferentemente, entraría al ejercicio de la patria potestad el que seguía en el orden después de la muerte seguía el abuelo paterno, después el materno. Fue en la Ley sobre Relaciones Familiares donde se 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 los abuelos maternos, lo que recibe el Código Civil actual, de tal forma que la patria potestad se ejerce mancomunadamente.⁸⁹

⁸⁹ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, Cuarta Edición, pág. 269 Editorial Porrúa, México 2001.

4.2. NATURALEZA JURIDICA.

En relación a su naturaleza jurídica podemos encontrar las siguientes:

a) Como Institución.- La patria potestad es una institución establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él, o de hijos adoptivos, es una institución necesaria para la cohesión del grupo familiar que comprende tanto a la familia conyugal como a la originada por reconocimiento.

b) Derechos y Deberes.- El conjunto de facultades y deberes conferidos a los ascendientes que estos ejercen en relación a las personas y bienes de los hijos menores para cuidar, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida que su estado de minoridad lo requiere. Mientras son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, alimentación y educación a que están obligados.

c) Poder.- Autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. No hay una relación jurídica entre iguales, pues el padre y la madre ejercen una potestad. La autoridad paterna está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre, al objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto en razón de su juventud e inexperiencia. Ellos están obligados a ejercerlo personalmente ya que ese ejercicio es indelegable a terceros.

d) Reconocimiento de la Facultad Natural.- La patria potestad debe ser el reconocimiento de una Facultad Natural de procreador, que se ejerce mientras el procreado necesite la atención.

e) Función.- La patria potestad la identifican como una función que ejerce el padre para protección de los hijos. Así se regulan la patria potestad como una función temporal productora de deberes para el padre y limitan las facultades atribuidas a este.⁹⁰

⁹⁰ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, Cuarta Edición, pág. 270 Editorial Porrúa, México 2001.

4.3. CONCEPTO.

Proviene del latín *patrius*, lo relativo al padre y *potestas*, potestad. Actualmente se ve más que un poder, una protección; protección que, por otra parte, no es específicamente paternal puesto que incumbe a los esposos y aún a la madre sola en defecto del padre.⁹¹

Conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la Ley reconoce a quienes la ejercen (padres o abuelos), quienes lo cumplen y ejercen como una función propia derivada de la paternidad y la maternidad, en orden a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes, un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la Ley; se funda en las relaciones naturales paterno-filiales, independientemente de que estas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.⁹²

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

4.4. DEFINICIÓN.

Conjunto de deberes, obligaciones y derechos conferidas a los padres, abuelos adoptantes, según sea el caso, destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.

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

⁹¹ Ibidem, p. 265.

⁹² Ibidem, p. 272.

modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes sobre previsión social y delincuencia infantil que se expidan en el Estado.⁹³

Conjunto de derechos que la ley otorga a los padres y demás ascendientes sobre los hijos no emancipados para el cumplimiento de los deberes de crianza y educación a que están obligados, concediéndoles autoridad para el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los hijos.

4.5. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

Pueden derivarse algunas características que nos permita conocer más esta institución, si es que por institución entendemos un conjunto de normas que en abstracto comprenden y regulan una situación determinada.

a) *Personal*.- Es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos a través de terceros.

b) *Participación de ambos*.- Participan el padre y la madre en el caso de matrimonio y concubinato, y en ausencia de ellos los abuelos paternos o maternos. Sólo en caso de que el padre o la madre legalmente o por muerte de uno no pudieran ejercer la patria potestad, lo hará el que quede.

c) *Obligatorio*.- Ejercer la patria potestad es obligatorio, y esta obligatoriedad se deriva de su propia naturaleza, no pueden desligarse los padres; es irrenunciable, sólo puede excusarse quien tenga sesenta años cumplidos, o cuando por su mal estado de salud no pueda atender debidamente su desempeño.

d) *Representación total*.- La patria potestad significa una representación total y diversa a la que pueda encontrarse en derecho patrimonial. Es una representación que comprende a la persona del menor y sus bienes, en relación a la persona para

⁹³ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, editorial Cajica, pág. 142, Puebla, Puebla, México.

el desempeño de sus deberes jurídicos familiares que buscan la promoción integral del menor en todo caso el aspecto humano, psicológico y espiritual. En cuanto a los bienes, corresponde a la administración del patrimonio del menor, las limitaciones impuestas por la ley.

e) *Temporal*.- La patria potestad es temporal, termina o se acaba: por la muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; con la emancipación derivada del matrimonio; por la mayoría de edad del hijo.

f) *Irrenunciable*.- La patria potestad no es renunciable, sólo excusable. Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad se derivan de su propia naturaleza, se trata de una función de orden público y debemos recordar que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, o bien cuando la renuncia no implique perjuicio de derechos de tercero. Si la patria potestad pudiera renunciarse, habría más hijos sin padre, abandonados de los que se observan ordinariamente en nuestra comunidad.

g) *Intransmisible*.- Los derechos, deberes y obligaciones que integran esta relación jurídica están fuera de comercio. No pueden ser materia de transferencia o enajenación, corresponde a los padres y abuelos exclusivamente.

h) *Imprescriptible*.- Los deberes, obligaciones y derechos, que implican la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo; por ser parte del derecho de familia presentan esta característica.

i) *Tracto sucesivo*.- El ejercicio de la patria potestad es continuado y por el tiempo requerido hasta que como institución se acaba. Se trata de una prestación que no se agota al cumplirse. Es de tracto sucesivo, que implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores.

j) *Orden público*.- La patria potestad es de orden público, no es posible renunciarla; no sólo es de orden público en relación a los que la ejercen, sino también por interés que se observa del estado a través de los funcionarios adecuados. Como la patria potestad tiene por objeto la debida formación de los menores que serán los futuros ciudadanos, el estado está interesado en esta institución. Encontramos la participación del Ministerio Público que puede

intervenir cuando los padres no cumplan con sus deberes y obligaciones, también los consejos locales de tutelas tendrán intervención para exigir el debido cumplimiento de los padres, señalándose la necesidad de que existe un tutor en caso de que las personas que ejerzan la patria potestad tengan interés opuesto al de los hijos, también la posible intervención que tienen los jueces familiares.

k) *Responsabilidad en el ejercicio de la patria potestad.*- La patria potestad se ejerce en relación a la persona del menor y de sus bienes. En relación a los bienes, existe la posibilidad de que una mala administración genera daños y perjuicios, quien ejerce la patria potestad tiene la obligación de dar cuenta de su administración al hijo, y entregarle luego que se emancipe o llegue a la mayoría de edad todos los bienes y frutos que le pertenecen. Consecuentemente, pueden generarse daños y perjuicios por una mala administración que eventualmente podrá tipificar un delito. Respecto a los progenitores y abuelos que ejercen la patria potestad en relación a la persona del hijo, la legislación no prevé sanción compensatoria en caso de incumplimiento, está la pérdida de la patria potestad como sanción, pero esto no compensa al hijo los daños causados en relación a su persona.⁹⁴

4.6. FORMA DE EJERCERLA.

Está presente la moral, proclama que los padres están obligados a procurar a sus hijos todo lo necesario para el sustento, vestido, educación y prepararnos para si inserción en la comunidad. Nuestro Código señala las funciones de la patria potestad indicando que quienes la ejerzan tendrán bajo su cuidado la guarda y educación de los menores y en el aspecto económico la administración de los bienes, y la representación del menor, buscando en todo el desarrollo integral de éste. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres.

⁹⁴ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, Cuarta Edición, pág. 274, Editorial Porrúa, México 2001.

Cuando por cualquier circunstancia debe de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.⁹⁵

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

4.7. RESPONSABILIDAD FILIAL.

La patria potestad no significa un poder o potestad sobre el hijo, pues éste tiene dignidad y libertad; tampoco significa potestad sobre los bienes del mismo, pues la administración y dominio de los bienes de éste se encuentran limitados por la ley. Se trata de una relación jurídica entre personas, aún cuando una de ellas sea menor de edad y se encuentre en una situación de subordinación, en cuyo caso los deberes son diversos, pero relacionados, porque los sujetos están en distinta situación o línea. Son desiguales, el padre que educa y administra necesariamente dará órdenes o reprimirá, y requiere de la otra parte, del hijo, la obediencia y la aceptación.

"A quienes corresponde la responsabilidad filial es a los hijos habidos de matrimonio, a los hijos extramatrimoniales reconocidos y a los hijos adoptivos, pero deben reunir ciertos requisitos que son:

1. *El hijo debe de ser menor de edad.*- La mayoría de edad civil está fijada a los dieciocho años.

2. *El hijo no debe estar emancipado.*- La emancipación se obtiene como resultado del matrimonio.

3. *Que existan personas que puedan ejercer la patria potestad.*- Es decir que existan los progenitores o en ausencia de ellos, los abuelos paternos o maternos.

⁹⁵ Ibidem, p. 280.

4. *Que exista reconocimiento.*- En relación a los hijos extramatrimoniales necesario es el reconocimiento de uno o de ambos para que exista la relación paterno-filial⁹⁶.

4.8. DEBERES Y DERECHOS GENERALES

La responsabilidad de los padres en el cumplimiento de los deberes debe de estar de acuerdo con el desarrollo de los hijos. Comprende la formación corporal, espiritual y social, que atenderá a la creciente capacidad y crecientes necesidades del hijo. La asistencia y consideración en la relación jurídica familiar es recíproca, es sólo deber de los padres atender esta asistencia y consideración, sino que los hijos deben responder con los mismos deberes.

El ejercicio de la patria potestad siempre se hace en beneficio del hijo, pero no en forma discriminada, sino de acuerdo a su personalidad.⁹⁷

4.8.1. EN RELACION A LA CUSTODIA.

La custodia y cuidado es el primer deber de los padres en relación a los hijos menores no emancipados, tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado.

La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes y de proporcionarles alimentos.

⁹⁶ CHAVEZ Ascencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, Cuarta Edición, pág. 282 Editorial Porrúa, México 2001.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 289.

La custodia se da con solicitud, atención, amor y respeto a la personalidad del menor. Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

Los derechos, quienes ejercen la patria potestad pueden fijar libremente su residencia que constituye el elemento para determinar el domicilio de la persona física, el cual se reputa domicilio legal para el menor no emancipado, mientras estuviere el hijo en la patria potestad no puede dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.⁹⁸

La guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre puede, obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. El hijo menor no emancipado no tiene derecho para abandonar el domicilio paterno, salvo cuando haya cumplido la mayoría de edad y se trata de darse de alta en el ejército.

En la custodia están comprendidos otros deberes y derechos correlativos de esta relación paterno-filial como son la convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos y la educación completa, que comprende la moral y la religiosa.

"El Código Civil nos dice que mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente"⁹⁹

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, editorial Cajica, pág. 148, Puebla, Puebla, México 2001.

4.8.1.1. CONVIVENCIA

El deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad.

Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia, tiene por objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del menor, es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual.¹⁰⁰

4.8.1.2. PROTECCION A LA PERSONA

Dentro del cuidado y custodia está la protección de la persona del hijo frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral.

Corresponde al hijo el deber de aceptación y respeto de la protección que le brindan sus padres.

En cuanto a las facultades, son recíprocas, pues a los padres les corresponde el derecho de cuidarlo y amonestarlo y al hijo el de ser protegido.¹⁰¹

4.8.1.3. VIGILANCIA DE SUS ACTOS

El deber de vigilancia, los padres responderán de las consecuencias dañosas en que hayan incurrido sus hijos en cuanto a ellas se deban a la falta de vigilancia; los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

¹⁰⁰ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, Cuarta Edición, pág. 291 Editorial Porrúa, México 2001.

¹⁰¹ Idem.

Este deber de vigilancia es para la formación de los hijos, se les vigila en la familia y fuera de ella, no sólo para evitar daños sino en plan de promoción humana. Al hijo le corresponde la obediencia y respeto como deberes para evitar la responsabilidad de los daños con cargo a quines ejercen la patria potestad. En cuanto a las facultades, corresponde a los padres el derecho a la corrección y amonestación, y a los hijos el derecho de ser protegidos.¹⁰²

4.8.1.4. DESMEMBRAMIENTO DE LA CUSTODIA

La situación normal es que ambos consortes, que son los padres, tengan la custodia, al igual que es normal que los concubinos la tengan. Puede haber situaciones especiales por las cuales, uno de los consortes se vea privado de la custodia por sentencia o que alguno de ellos la tenga por ausencia o muerte del otro. También se presenta el caso en relación al hijo extramatrimonial que fuera reconocido por uno de los padres en primer lugar y que no vivieren juntos.¹⁰³

4.8.2. EN RELACION A LA EDUCACION

A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.¹⁰⁴

Aún cuando la educación esté comprendida dentro del concepto de alimentos, es un deber de los cónyuges que corresponde a ambos en igualdad de

¹⁰² CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, Cuarta Edición, pág. 292 Editorial Porrúa, México 2001.

¹⁰³ Ibidem, p. 296.

¹⁰⁴ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág.148, Puebla, Puebla, México, 2001.

responsabilidad, en caso de separación, corresponde la educación a quien tenga la custodia, al ser quien ejerce la patria potestad.¹⁰⁵

Para la educación del menor en muchas ocasiones se necesita corregirlos, facultad que está expresamente consignada en la Ley a favor de quienes ejercen la patria potestad.

Para los efectos de lo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor, actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica ya que los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.¹⁰⁶

4.8.3. EN RELACION AL MATRIMONIO

En relación al matrimonio de los menores existen deberes y facultades recíprocas, por parte de los que ejercen la patria potestad está el deber de otorgar el consentimiento, si no existe objeción fundada para que sus menores hijos, al alcanzar la edad núbil, puedan contraer matrimonio, tiene los que ejercen la patria potestad, consecuentemente la facultad de negar el consentimiento, si tienen fundadas razones para ello, los menores de edad tiene el derecho de obtener el consentimiento de sus padres, y en caso que lo nieguen o revoquen, pueden acudir al Juez de lo Familiar para suplirlos, pero también tienen el deber de atender la decisión y el consejo de los padres en relación al matrimonio que pretenden contraer.

¹⁰⁵ CHAVEZ Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, Cuarta Edición, pág. 297 Editorial Porrúa, México 2001.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 111.

4.8.4. EN RELACION A LA ADMINISTRACION DE SUS BIENES

Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones del Código Civil.¹⁰⁷

Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por ambos padres, abuelos o adoptantes, la administración de los bienes será conjunta y, se requerirá el consentimiento expreso de ambos para los actos más importantes de la administración.¹⁰⁸

La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio, los arreglos para terminarlo requerirán del consentimiento expreso de ambos ascendientes, cuando su ejercicio sea conjunto; y de la autorización judicial cuando la Ley lo requiera expresamente.¹⁰⁹

Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

- I.-Bienes que adquiera por su trabajo;
- II.-Bienes que adquiera por cualquiera otro título.¹¹⁰

Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que

¹⁰⁷ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág.150, Puebla, Puebla, México 2001.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 151.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Ibidem, p. 152.

el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.¹¹¹

Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.

La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo, se considera como donación.¹¹²

Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad.¹¹³

El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del Título VI del Código Civil que nos habla en relación a los alimentos, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

I.-Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;

II.-Cuando contraigan ulteriores nupcias;

III.-Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.¹¹⁴

Cuando por Ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado,

¹¹¹ Código Civil del Estado de Veracruz, Séptima Edición, Editorial Cajica, pág.152, Puebla, Puebla, México 2001.

¹¹² Idem

¹¹³ Idem

¹¹⁴ Ibidem, p. 153.

con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos; ni dar fianza en representación de los hijos.

Siempre que el Juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial.

Cuando el que enajene sea el padre o la madre del menor, el producto de la venta puede quedar en poder de dichos ascendientes, a su solicitud, mientras se impone o se invierte en la adquisición de otro inmueble.

El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

I.-Por la emancipación o la mayor edad de los hijos;

II.-Por la pérdida de la patria potestad;

III.-Por renuncia.

Las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.¹¹⁵

Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso.

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

4.9. MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad se acaba:

I.-*Con la muerte* del que la ejerce.- Si no hay otra persona en quien recaiga.- se acaba la patria potestad con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga. Esto supone que es el último sobreviviente de los que deben ejercer la patria potestad. La muerte del último genera la necesidad de nombrar tutor al menor no emancipado, quien ejerza la patria potestad sea

¹¹⁵ Ibidem, p. 155.

declarado interdicto, y no hubiere ascendiente a quien corresponda el ejercicio de la misma, termina la institución y se les proveerá de tutor.

II.-Con la emancipación.- En nuestro derecho sólo esta contemplada la emancipación derivada del matrimonio.

III.-Por la mayor edad del hijo.- La patria potestad termina al alcanzar el hijo sujeto a ella a su mayoría de edad. Desde ese momento se presume que ya no necesita la función protectora de la madre y del padre.¹¹⁶

La patria potestad se pierde:

I.-Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

II.-En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 157 que nos dice "La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad....."

III.-Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; Asimismo, cuando tolere que otras personas atenten o pongan en riesgo la integridad física o moral de los menores.

IV.- Por la exposición que el padre, la madre o ambos hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses. En los casos de adopción, tomando en cuenta el interés superior del menor, acreditada su situación de abandonado, el Juez resolverá previamente la pérdida de la patria potestad;

V.- Por la entrega que el padre o la madre o quien ejerce la patria potestad hiciere del menor a una institución de asistencia social pública o privada con la finalidad de que sea dado en adopción.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 156

VI.- Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor.¹¹⁷

La patria potestad podrá ser limitada cuando el que la ejerce incurre en conductas de violencia familiar, en contra de las personas sobre la cual se ejerza.

Los padres y los abuelos que pasen a segundas nupcias, no pierden por este hecho la patria potestad.

El nuevo cónyuge no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.¹¹⁸

La patria potestad se suspende:

I.-*Por incapacidad declarada judicialmente.*- Es decir, al estado de interdicción que se establece por medio de sentencia de Juez de lo Familiar competente, como consecuencia de un proceso seguido ante él. Están excluidos aquellos incapaces de hecho, en este caso se trata, no de la suspensión de la patria potestad, sino de la suspensión en el ejercicio de la patria potestad que ejercerá el cónyuge sano pero conservará el enfermo todos los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad.

II.-*Por la ausencia declarada en forma.*- El ausente está imposibilitado para ejercerla y se le suspende del ejercicio de la patria potestad

III.-*Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.*- Como pueden ser excesiva dureza en las amonestaciones, conducta negligente que comprometiera la salud, seguridad, honorabilidad de los hijos.¹¹⁹

La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse:

¹¹⁷ Idem

¹¹⁸ Ibidem, p. 158

¹¹⁹ Ibidem, p. 159

I.-Cuando tengan sesenta años cumplidos.- Cuando se tengan sesenta años cumplidos, quien la ejerza puede solicitar la resolución judicial para que se le excuse del cumplimiento. No basta cumplir esa edad, se requieren razones suficientes para decidir.

II.-Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.- Cuando impida atender debidamente el desempeño de la patria potestad que exige la atención y cuidado constante, las interrupciones por motivo de salud no son aceptables, por lo que será razón suficiente para lograr la resolución judicial que disculpe al progenitor en este caso.¹²⁰

En los diversos casos en que la patria potestad se pierde, los ascendientes que ejercían la patria potestad, pierden los derechos inherentes a ésta, pero no quedan liberados de las obligaciones que les incumben, las cuales continuarán en todo su vigor en favor de los hijos, hasta tanto que la patria potestad se acabe.

4.10. ASPECTOS JURIDICOS DEL DERECHO DE CONVIVENCIA

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público.¹²¹

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo el cuidado y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el

¹²⁰ Idem

¹²¹ Ibidem, p. 144

menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o la resolución judicial.¹²²

Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que, por ésta, exista peligro para éstos.¹²³

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a solicitud de cualquiera de ellos, el Juez resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplican al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor.

Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial.¹²⁴

¹²² Idem

¹²³ Ibidem, p. 145

¹²⁴ Ibidem, p. 146

4.10.1. RÉGIMEN DE CONVIVENCIA O VISITA

En sentido estricto, importan el contacto periódico de relativa duración y frecuencia, entre el padre que no ejerce la tenencia y su hijo.

El derecho de visitas se encuentra regulado en normas del Código Civil, ratificadas por normas internacionales en la materia.

En caso de separación de hecho de los cónyuges, separación personal decretada en juicio, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada convivencia y de supervisar su educación.

La Convención sobre los Derechos del Niño, son los preceptos de fuente originariamente internacional que forman parte de nuestro derecho interno, por la ratificación de dicha Convención.

4.10.2. NATURALEZA JURIDICA.

El derecho de convivencia, es un derecho natural de orden público, siendo esa su esencia jurídica, que permite a las personas beneficiadas por la legislación mantener una adecuada convivencia para preservar el bienestar psicofísico de las partes titulares de este régimen legal.

Se trata de un derecho-deber subjetivo familiar que otorga la facultad jurídica de requerir la efectivización del contacto interrumpido padre-hijo; para lo cual, el requirente se limitará a demostrar la existencia del parentesco con el menor. En consecuencia, para suspender o prohibir el ejercicio de este derecho será necesaria la acreditación del perjuicio para la salud moral o psico-física de los

menores, en cuyo supuesto, deberá existir un pronunciamiento judicial que suspenda el derecho de convivencia.

Como el derecho de convivencia tiene su fundamento en el orden natural, por ser un derecho natural, en el caso de los padres no convivientes, se considera que las visitas hacen al ejercicio del derecho de vigilancia y contralor respecto del menor que tiene el padre no conviviente.

El denominado derecho de visita se establece a favor del progenitor que no queda a cargo de la guarda o tenencia de los hijos menores para posibilitar, por un lado el control sobre la educación, formación y asistencia material y moral de ellos y desde luego, permitir que no se prive a los hijos del trato frecuente y afectuoso con su padre o madre.

Algunos autores sostienen que el derecho de visitas es uno de los aspectos del ejercicio de la patria potestad, otros que deriva de tales potestades paternas; mientras que otra corriente sostiene que su fundamento deriva del parentesco existente entre las personas ligadas por dicho vínculo.

El derecho de visitas además del beneficio que posibilita el contacto entre padre-hijo; apunta a un lógico interés social, que también lo fundamenta, es obvio que el Estado y la sociedad tienen interés en que exista y se mantenga la debida vinculación entre los miembros de la familia. Ello posibilita el adecuado desarrollo psico-físico de los menores, convirtiéndolos en seres aptos para insertarse positivamente en la sociedad.- Si tenemos en cuenta que la privación del afecto paterno-filial produce grandes consecuencias psicológicas en los menores, como todo aquello que es contrario al orden natural de las cosas, se evitan los daños que la desunión y el aislamiento provocan en menores que terminan siendo marginados, por diferentes motivos, ante la ausencia efectiva de control paternal o maternal.

Por encima de todo, impera el interés del menor, atento que el adecuado desarrollo del menor tiene relación causal directa con la forma de funcionamiento del núcleo primario donde desarrolla su vida, que es la familia, generadora de la personalidad de todo ser humano. La disfunción familiar, en orden a todo lo relacionado con el menor traerá consecuencias en el mismo, pudiendo generar patologías que se evidencian en la conducta y, lógicamente, en su posterior inserción social. De allí que este tema tenga fundamental importancia y deba ser mirado con especial cuidado por Jueces y abogados de familia, debiéndose requerir en tales supuestos la intervención del equipo interdisciplinario familiar.

En consecuencia, la obstrucción injustificada de la adecuada comunicación entre padres e hijos, debe ser especialmente tratada, pudiendo el órgano jurisdiccional imponer terapia obligatoria a todo el entorno familiar, para superar esta situación. Ello sin perjuicio de las sanciones que sean necesarias en caso de persistir una conducta dolosa en las partes.-

4.10.3. SUSPENSIÓN DE LA CONVIVENCIA.

El derecho de convivencia o visita es un derecho natural, de orden público, necesario para el adecuado desarrollo psico-físico de los menores, que posibilita el contacto afectuoso, además de la posibilidad de controlar y ejercer vigilancia sobre el menor; como consecuencia de los derecho deberes que impone la patria potestad. Como consecuencia, para su efectivización, solamente se requiere la demostración de la existencia del parentesco.

Sin embargo, el interés superior del menor que sustenta esta posición, en forma primordial, también permite que se examine los supuestos en que la efectivización de tal derecho-deber, implica un riesgo cierto, siendo necesaria la suspensión; o bien si se dan otros supuestos que, sin constituir la premisa

anteriormente citada, hacen procedente la suspensión definitiva o bien por un período de tiempo que se fijará judicialmente.

Por tratarse de un derecho de orden público, la suspensión de su ejercicio, solamente puede efectuarse a través de una resolución judicial que así la determine, indicando debidamente las causas y el tiempo, respetando así, normas elementales del debido proceso legal.

Es lógico que la situación de los niños cuyos padres no conviven, conlleve, en los hechos, a la restricción de la patria potestad y su ejercicio queda condicionado a la decisión de los jueces. Los jueces de familia se encuentran dotados de facultades para imponer al grupo medida de terapia familiar en interés de los menores, cuando el referido juicio, sea de tal magnitud de perturbe el adecuado desarrollo de los hijos. La atribución de la guarda a uno de los progenitores no priva ni suspende el ejercicio de la patria potestad del otro, sin embargo tal función parental tendrá que acondicionarse o adecuarse a las nueva forma de vida de todo el grupo familiar, por lo cual su ejercicio no deberá afectar las funciones del padre que ejerce la tenencia del menor.

En consecuencia, al progenitor no conviviente le asiste el derecho a obtener el mal llamado régimen de visitas. Es necesario analizar la posibilidad de disponer judicialmente la suspensión del régimen de visitas otorgado o convenido por los padres:

1.- En algunos casos se ha dispuesto la suspensión del régimen de visitas como consecuencia del incumplimiento de obligaciones alimentarias. Se entiende que no es posible reclamar el derecho a las visitas, por lo cual consiste en una sanción al deudor moroso de los alimentos; además como medio coercitivo para obtener el cumplimiento. En todos los supuestos la suspensión del régimen de visitas, ha tenido carácter restrictivo, la medida de suspensión tiene carácter restrictivo, se sujeta al prudente arbitrio judicial, que deberá evaluar primero la

existencia de las causas que llevan al pedido de suspensión de las visitas y si tal decisión no resultará perjudicial al interés superior del niño.

La suspensión de la convivencia, no debería de ser procedente aunque exista incumplimiento alimentario. Si la idea consiste en aplicar una sanción al incumplidor, la misma no puede extenderse a quien es ajeno a tal conducta, pues no solamente se trata del derecho-deber del progenitor sino también del derecho del menor a tener contacto y afecto con su padre, derecho al que se ha referido como un derecho natural de orden público. Si la suspensión de la comunicación afecta al niño, dicha resolución es violatoria de su interés superior y no debería dictarse.

2.- El régimen de visitas puede ser suspendido, cuando su ejercicio resulte perjudicial al interés del menor, en razón de la conducta asumida por el progenitor; supuesto en que se encuentre en peligro la salud psico-física del niño, tal situación es necesario proceder con premura para evitar un mal grave e irreversible.

Respecto de la pérdida de la patria potestad, dispuesta siempre por resolución judicial, se produce como una sanción legal cuando la conducta del progenitor es de tal gravedad que contraría los principios tuitivos que la sustentan.

Las causales darán lugar a la suspensión de la convivencia, como medida cautelar previa, mientras se sustancia la acción principal, dispuesta por las normas.

Es obvio que la convivencia queda concluida como una consecuencia de la misma, en forma definitiva con el dictado de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

a.- *Delito cometido por el padre o madre contra los hijos menores.*- Para que funcione la primera causal, debe tratarse de un delito doloso contra la persona o contra los bienes del menor. Los culposos, aún cuando provengan de culpa o negligencia, no integran la causal, por inexistencia de intención de dañar. En este

sentido, debe existir previa condena penal por el delito imputado al padre o madre, sosteniendo que opera la prejudicialidad de la acción penal sobre la civil por pérdida de la patria potestad. Debe funcionar la suspensión de la convivencia como cautelar de protección del menor, toda vez que, de lo contrario, la integridad psico-física del niño, estará en peligro potencial si se diera el supuesto de condena. El Juez de Familia, puede y debe ameritar la conducta del progenitor en forma independiente, dictando sentencia cautelar de la persona del menor, mientras se sustancia el juicio penal, pues muchas veces, bastará que se haya colocado a los hijos en situación de peligro material o moral, en forma intencional, para que proceda la suspensión de la convivencia.

b.- *Exposición o abandono de hijos menores.*- La exposición es una forma típica del abandono, siendo éste el género. El abandono se produce aunque no exista exposición, significa colocar al menor en peligro material o mora, carencia de vivienda, desnutrición, mendicidad, vagancia, etc. Consiste en abandonar el menor en la vía pública, guardando de incógnito su identidad.

c.- *Dar consejos inmorales a los hijos o colocarlos dolosamente en peligro material o moral.*- Es necesario que la conducta del progenitor sea dolosa, tenga la intención cierta o propósito de corromper al menor.

d.- *Cuando existen causas graves que así lo aconsejen.*- Conductas que hagan presumir la posibilidad de abandono del menor, o bien que se pruebe que la comunicación no será beneficiosa para el menor, cuyo interés superior habrá de velarse.

e.- *Peligro en que se encuentre el menor.*- Por diferentes conductas asumidas por el progenitor o por imposibilidad de cumplir el régimen de visitas por la madre, cambio de domicilio por razones laborales, enfermedad del menor, etc., es necesario que se solicite y se otorgue la suspensión del régimen de visitas convenido o fijado judicialmente.

4.10.4. OPINION DEL MENOR.

Los menores son sujetos de derecho y no objetos de protección, no son bienes privados de los padres, han nacido de ambos, y éstos son por lo tanto, imprescindibles para su crianza y realización como seres aptos para la sociedad.

Es necesario escucharlos; hasta hace unos años, el menor era totalmente ajeno a la contienda judicial, donde se trataba nada menos que de su vida, sus afectos, sus sentimientos. Los padres libraban sórdidas batallas judiciales, por este preciado menor convertido en objeto. La moderna concepción del derecho de familia nos demuestra, lo conveniente de oír al menor. La Convención de los Derechos del Niño expresamente se refiere al derecho de todo niño a ser oído.

La opinión del menor significa una opinión libre, es decir que, no esté viciado por la influencia del progenitor conviviente, que muchas veces lleva al menor, a reiterar un libreto muy bien elaborado, será siempre necesario el trabajo conjunto del equipo interdisciplinario del Juez de Familia.

En todo asunto relacionado al derecho de convivencia de padres e hijos, la opinión del menor, será un elemento más a tener en cuenta para resolver las cuestiones relativas al mismo, pues para la resolución del conflicto, será importante el interés del menor.

Será prioritario, analizar la opinión del menor, ya que a los siete años, tiene noción de la realidad y alrededor de los doce años adquirió capacidad de simbolización. Es siempre conveniente tener en cuenta que en ambas edades, este sujeto de derecho adolece de la madurez emocional y carece de la experiencia de vida.

Los niños, se enfrentan con sus progenitores, sentimiento que perjudica su relación con el padre, sobre todo si tiene la permanente influencia o libreto del que

ejerce la tenencia. No obstante que el actual contacto con el padre se supone que provoca rechazo en las menores, es necesario que la madre o padre reflexionen en pro de los niños y tomen las medidas que los acerquen al padre o a la madre conviviente, a fin de que tengan un buen crecimiento y desarrollo psicológico. Esta causa demuestra a ciencia cierta, la necesidad del contacto paterno-filial, aún en los supuestos de colisión entre la opinión del menor.

La opinión del menor adquiere gran importancia cuando existen problemas de abuso sexual, malos tratos físicos y psíquicos, todo ello fundamentado por el exhaustivo estudio del equipo interdisciplinario del Juez de Familia. Las características de esta opinión, será vinculante para el Juez, se trata justamente de valores esenciales que hacen a su integridad como ser humano, que la justicia debe defender.

CONCLUSIONES

A lo largo de la realización del presente, se analizaron importantes figuras jurídicas, como es el matrimonio, el divorcio y patria potestad; pero sobre todo el derecho de convivencia en nuestra legislación civil, la cual considero necesario para concluir la presente tesis de la siguiente manera:

PRIMERA: La familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, por lo que debe recibir la protección y asistencia necesaria para asumir esta responsabilidad. Desafortunadamente, la familia se ve afectada al momento de la separación de los cónyuges, es decir, en un divorcio.

Cuántas veces no hemos escuchado estas frases: ¡Nunca más volverás a ver a tus hijos! ¡Si deseas visitarlos, tendrá que ser en mi residencia, y con mi presencia! ¡No admito que lleves a los niños a tu casa, porque tú vives con la otra! ¡No quiero que mis hijos te vean con tu nuevo marido! Frases como las anteriores, corresponden por lo general a comportamientos amenazantes de parejas separadas, de mujeres dolidas o padres enojados que prolongan su conflicto más allá de la disolución de su relación marital. Es la manipulación entre los esposos, utilizando indebidamente a los hijos como instrumento de venganza entre ellos mismos. Estas actitudes tienen relación directa con lo que se conoce como el derecho de convivencia de un cónyuge a los hijos menores que están bajo la custodia y cuidado personal del otro. ¿Qué es el derecho de convivencia?

Mientras exista una situación normal de convivencia, corresponde a los dos padres el cumplimiento conjunto de los deberes de cuidar a los hijos menores de edad y ejercer el derecho natural de comunicarse con ellos dentro de las más variadas manifestaciones de la vida doméstica. Pero cuando se produce la ruptura de la unidad marital, las cosas cambian y es preciso acordar o reglamentar la forma como se cumplirán, hacia el futuro esas obligaciones, y se ejercerán tales derechos. Porque, en el primer caso corresponde a los padres el cuidado personal, de la crianza y educación de sus hijos; en tanto que en circunstancias de separación, a pesar de que los hijos sean sacados del cuidado personal de uno de ellos, no puede prohibírsele al otro visitarlos con la frecuencia y libertad que convengan sus progenitores, o que el Juez considere convenientes.

SEGUNDO: El derecho de convivencia está concebido como un medio idóneo para fortalecer el afecto y la relación con los hijos, para mantener la unidad familiar en circunstancias de deterioro de las relaciones de los progenitores y consiste, en la comunicación con los hijos, ya sea a través de entrevistas personales, o teléfono, etc., a fin de estrechar las relaciones de parentesco. Pero este derecho tan elemental y natural, no es siempre respetado por los representantes legales de los menores. Es frecuente ver casos en los que un padre o madre dificulta, obstaculiza u obstruye la práctica de esas visitas por el otro, o hace exigencias impropias, como la de que ellas se efectúen bajo su vigilancia, o con la supervisión de otros parientes o allegados. Inclusive, hay casos en que, por exageradas prevenciones, se pide la intervención de los comisarios de familia o de la policía de menores, para entregar a los niños al otro padre. Es deber de los Jueces de Familia reglamentar el derecho de convivencia promoviendo el acercamiento entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y evitando que se desdibuje o disminuya la imagen que éste tiene de su progenitor.

TERCERO: La reglamentación de la convivencia debe hacerse de tal modo que procure el contacto natural de los menores con sus progenitores, con fluidez y espontaneidad. Sólo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o su salud física o moral, pueden los padres ser privados de este derecho. Los derechos de los hijos no pueden estar supeditados a los conflictos y problemas suscitados entre sus progenitores, independientemente de quién los haya provocado y de las motivaciones que animen las posiciones personales antagónicas entre ellos. Así las cosas, no puede un padre, caprichosa o arbitrariamente, impedir que se lleve a cabo la convivencia a sus hijos por parte del otro, pues quien así actúa, terminaría frustrando en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y de posibilidades.

CUARTO: Es necesario para el adecuado crecimiento de todo menor, contar con la presencia de ambos progenitores, en lo que hace a su crianza, posibilitando la formación de un ser psico-físicamente apto para insertarse en la sociedad en la cual deberá actuar de forma positiva.

Es importante remarcar la necesidad de asegurar la debida convivencia padre-hijos, en función de los indudables beneficios para la formación de los menores. Nada tienen que ver las relaciones del marido y de la mujer con la conducta probable que uno u otro observarán con sus hijos.

Nadie puede obligar a dos personas a permanecer juntas contra su voluntad, pero cuando una pareja tiene hijos debe hacer lo posible para protegerlos del daño emocional que supone el divorcio de los padres. Aunque la situación sea difícil, si después de meditarlo seriamente todavía creen que el divorcio es realmente la única salida posible, no deben olvidar que el problema es del matrimonio y los hijos no tienen porque pagar ninguna culpa.

Para un niño el divorcio de sus padres es un golpe muy duro, aun si se hace en los mejores términos, ni que hablar si se convierte en una batalla campal entre ambos y él queda en medio. Es un hecho comprobado que los hijos de padres divorciados acusan el impacto del divorcio en mayor o menor grado, por el resto de su vida, sin embargo si los padres cuidan los términos y formas del divorcio pueden minimizar el daño.

Algo que ningún padre debe olvidar es que el divorcio pone fin a su relación de pareja, no al derecho de todo niño a tener un papá y una mamá, y mucho menos prohibirle convivir con alguno de sus padres. Por eso, los padres deben considerar la estabilidad emocional de sus hijos como lo más importante se esfuerzan por llegar a un acuerdo de divorcio sin litigios o peleas en tribunales.

Si es difícil conciliar posiciones, por lo menos deberían esforzarse por evitar que los niños sean testigos de discusiones o peleas. Una vez que se haya llegado a un acuerdo, es fundamental respetarlo para evitar roces y más daño a los niños.

Aun cuando uno de los padres haya sido muy herido por el otro, no tiene derecho a pedir que los hijos tomen partido, no debería criticar al otro, ni tratar de ponerlos en su contra. Tampoco es sano convertir al niño en un 'botín de guerra', castigando a su ex, no permitiendo que lo vea.

Es muy importante para la salud emocional del niño saber que si ama a uno de sus padres no traiciona al otro, sino que tiene derecho a amar a ambos por igual y que ellos lo amarán siempre, sin importar que ya no estén juntos. La comunicación con los hijos es fundamental, por supuesto ellos no necesitan

conocer todos los detalles que condujeron a la separación de sus padres, pero si es necesario que se les explique que esta decisión no cambiará el amor que le tienen.

Hay tomar muy en cuenta que en la mente de los niños, en particular los más pequeños, surge el temor de que, si sus padres pudieron dejar de amarse, tal vez mañana dejen de amarlos a ellos, o tal vez crean que ellos tienen la culpa de que uno de sus padres se haya ido de la casa. Debe dejárseles bien claro que no tuvieron nada que ver con el divorcio y que por lo tanto tampoco pueden hacer nada para revertir la situación. Es necesario escucharlos y permitir que expresen sus sentimientos, corrigiendo los pensamientos errados con mucha paciencia y amor.

QUINTO: Cuando se hayan completado los detalles del divorcio, es muy importante que ambos padres se determinen a tratar de dar la mayor estabilidad a los niños. Tal vez puedan arreglar que quien tenga la custodia de los niños, siga viviendo en el hogar conyugal, para evitar sumar el impacto de una mudanza al del divorcio. También es importante que el niño siga teniendo contacto con las familias de ambos padres, el afecto de los abuelos y tíos puede suministrarles un gran consuelo, y contención cuando papá o mamá estén demasiado tristes o necesiten un tiempo a solas.

El efecto en la conducta de los niños puede variar, pero es común que baje su rendimiento escolar y hasta tengan problemas en su trato con otros. La clave para manejar estos problemas es el equilibrio, el niño necesitará más comprensión, paciencia y amor, pero no puede permitirse que haga lo que quiera, todos necesitamos límites y no ponérselos puede hacer que el niño piense que a sus padres no les importa lo que haga.

Si el acuerdo de divorcio resulta en la custodia compartida, es muy importante que ambos padres se pongan de acuerdo en las decisiones que tengan que ver con la educación, disciplina, cuidado de la salud, etc. Si ambos son flexibles y razonables, pero mantienen un criterio unificado en estos aspectos, disminuirá el sentimiento de confusión del niño, pues sabrá que si hay algo que mamá no permite, tampoco lo hará papá y viceversa. Si la custodia se otorga solo a uno de los padres, no es razón para que el otro sea excluido de la vida de su hijo, si no llegan a un acuerdo previo, el juez señalará sus derechos de visita, que deberán ser respetados por ambas partes. No hay nada más frustrante para un niño que pasar toda una tarde esperando por el padre que nunca vino a buscarlo para pasear.

Lo importante es que ninguno de los padres desaparezca de la vida del niño, aún cuando cada uno rehaga su vida y tenga una nueva pareja, el niño necesita del padre y la madre, no hay padrastro ni madrastra, por amoroso que sea que lo reemplace. Si las circunstancias hacen que uno de ellos esté lejos y no pueda ver a sus hijos tanto como lo desearía, no hay argumentos, para no tener contacto regular con ellos.

Si los padres logran dejar a un lado las diferencias personales y llegar a un acuerdo razonable en lo que respecta a la custodia de los hijos, derechos de convivencia, cuota alimentaria y la disposición del hogar conyugal, se evitarán mucho sufrimiento adicional para los hijos y para ellos mismos.

Cuando no se logra llegar a un entendimiento, queda en manos del juez la determinación de estas cuestiones, él tiene la obligación de velar por los intereses del niño. Su decisión se basa no solo en el deseo de los padres, sino en lo que beneficiara al niño con la relación que tiene con cada uno de los

padres y las posibilidades de cada padre para suministrar lo necesario, material y emocionalmente, para su desarrollo.

Desgraciadamente, los cónyuges en lo que menos piensan es en el bienestar de sus hijos ya que los usan como un arma en contra del cónyuge no conviviente, por lo general es la mujer quien solicita el divorcio y la causa más común es el adulterio y esto la lleva a sentir dolor, odio o resentimiento hacia el otro cónyuge y la manera en que "castiga" al ex marido es el negarle la convivencia con sus hijos, sin pensar en el daño que le ocasiona a estos, ya que los perjudica tanto moral como emocionalmente.

SEXTA: Lamentablemente no existe en nuestro Código Civil una medida de castigo que obligue a la madre o al padre que tiene bajo su cuidado la guarda y custodia de sus menores hijos a que conviva con el otro, y es reiterado el caso del padre o madre que se ve injustamente privado del contacto con sus hijos, o con un régimen restringido de visitas, durante mucho tiempo, a veces varios años a causa de las demoras ocasionadas por prolongados y desgastantes juicios, durante cuyo transcurso las injustas situaciones de insuficiente contacto paterno-filial se dilatan indefinidamente, hay situaciones en que se ven obligados a padecer un largo peregrinaje por los estrados judiciales y terminan abandonando por agotamiento e impotencia.

Esta situación a veces los impulsa a los padres a desistir definitivamente ante la impotencia de sus esfuerzos; el sistema tal como está hoy concebido no ofrece garantías suficientes y frente a la ansiedad e inquietud que la incertidumbre genera desde la ley y desde la justicia de los hombres, queda solo la esperanza de encontrar jueces equitativos, pero ¿quién puede atreverse a asegurar que su

conflicto pueda tener la suerte de haber quedado sometido a un Juez dispuesto a actuar con equidad y cumplir su misión servidora del derecho?.

SEPTIMA: Por todo lo anterior, creo necesario sancionar una norma que reglamente el ejercicio del derecho de convivencia, es decir, que se adicione a implemente a nuestro Código Civil de Veracruz una medida de castigo para que de esta manera se obligue al padre o a la madre que tiene bajo su custodia el cuidado de sus hijos a que conviva con el otro; esto con la finalidad de evitar un desequilibrio emocional en el menor.

BIBLIOGRAFIA

CHAVEZ Asencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho, "Convenios Conyugales Y familiares"*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1990.

CHAVEZ Asencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho, "Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares"*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1994.

CHAVEZ Asencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho, "Relaciones Jurídicas Conyugales"*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1990.

CHAVEZ Asencio Manuel F. *La Familia en el Derecho, "Relaciones Jurídicas Paterno Filiales"*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 2001.

GALINDO Garfías, Ignacio. *Derecho Civil, "Parte General, Personas, Familia"*, Novena Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1989.

HERNANDEZ López, Aarón. *El Divorcio, Practica Forense de Derecho Familiar*, Editorial Porrúa.

DE IBARROLA, Antonio. *Derecho de Familia*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1990.

MONTERO Duhalt, Sara. *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México D.F., 1984.

MAGALLON Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil "Derecho de Familia"*, Tomo III, Editorial Porrúa, México D.F. 1988.

PALLARES Eduardo. *El Divorcio en México*, Editorial Porrúa, México D.F., 1968.

PENICHE López, Edgardo. *Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil*, Editorial Porrúa.

DE PINA Vara, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Volumen 1, Editorial Porrúa, México D.F. 1998.

DE PINA Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Vigésimo séptima edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1999.

ROJINA Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil, "Introducción, Personas y Familia"*, tomo I, Editorial Porrúa, México D.F., 1998.

ROJINA Villegas, Rafael. *Derecho de Familia," Derecho Civil Mexicano"*, Editorial Porrúa. México D.F. 1999.

SANCHEZ Medal, Ramón. *Los grandes Cambios en el Derecho de Familia en México*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1979

PACHECO, Alberto E. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, Segunda Edición, Panorama Editorial, México D.F., 1985.

LEGISGRAFIA

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Veracruz.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Sobre Relaciones Familiares.