



UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

“BREVE ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL DIVORCIO Y LA
NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 162 DEL
CÓDIGO CIVIL DE VERACRUZ”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ENRIQUE DE JESÚS SAMBERINO VILLARREAL

Director de Tesis
LIC. FELIPE DE JESÚS RIVERA FRANYUTI

Revisor de Tesis
LIC. JOEL CAMARGO SEGOVIA



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS:

A mi Madre: La eterna guerrera, gracias por enseñarme que en la vida todo lo que se obtiene es porque se lucha para tenerlo, por enseñarme que nunca nos debemos de rendir, aunque no veamos la salida de los problemas siempre seguir adelante. Por llevar en carne y hueso esa frase que nos gusta “no importa que tan duro pegue la vida, siempre hay que pararnos y seguir adelante”, te amo madre, gracias eres el mejor ejemplo que puedo tener.

A mi Abuelita: Por siempre estar conmigo, aunque físicamente no estés, por creer en mí a tal grado que aunque te me hayas ido seguiste procurándome hasta que lograra esta meta; gran parte de lo que soy ahora es gracias a ti.

A mis Hermanos: Por ser lo que más amo en mi familia, por ser mi fuente de inspiración y por darme el coraje para salir adelante por ustedes.

A mi Abuelo Enrique: Por apoyarme como mi abuela lo hubiera hecho, por consentirme y darme siempre lo que te pido, por divertirme cada vacaciones que paso con ustedes y por enseñarme a andar en bicicleta y a chiflar son cosas que han servido toda la vida.

A mi abuela Edith: Por siempre apoyarme cuando lo necesite, desde pagarme la primaria como cuando estoy enfermo estar al pendiente aunque este lejos, por consentirme cuando estoy de vacaciones cocinando lo que me gusta. Por ser un ejemplo de persona y de cómo sacar una familia adelante.

A mi Padre: Por enseñarme lo que es trabajar para llegar a ser un buen abogado, por darme trabajo; gracias por darme el coraje cuando lo necesite y más por el esfuerzo que haces en el presente por acercarte como padre.

A mi Tío Iván: Pocha! Gracias por estar conmigo y cuidarme tantas veces, por ser como un padre para mí cuando estaba chico y por enseñarme las virtudes de la paciencia.

A mi Tía Janett: Por cuidarme cuando era niño y ser como una madre cuando mi mamá estaba enferma, por estar pendiente de mí aunque estemos lejos y siempre estar ahí cuando lo necesito.

A mis Amigos: Por siempre estar ahí pendientes cuando los necesito, por enseñarme caminos que durante mis problemas no podía ver, por siempre darme refugio cuando no tenía donde dormir, por siempre escucharme. Sin ustedes no estaría aquí.

Al Licenciado Felipe de Jesús Rivera Franyuti: Por apoyarme a realizar este proyecto; por escuchar mis angustias y siempre darme un buen consejo, Gracias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema.....	3
1.2 Justificación.....	3
1.3 Objetivos	4
1.3.1 Objetivo general	4
1.3.2 Objetivos específicos	5
1.4 Hipótesis de trabajo	5
1.5 Determinación de Variables	5
1.5.1 Variable independiente.....	5
1.5.2 Variable dependiente	6
1.6 Tipo de Estudio	6
1.6.1 Investigación Documental	6
1.6.1.1 Bibliotecas Públicas	6
1.6.1.2 Bibliotecas Privadas	6
1.6.1.3 Bibliotecas Particulares	7
1.6.2 Técnicas Empleadas	7
1.6.2.1 Fichas Bibliográficas	7

CAPÍTULO II ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. La familia en el Derecho Romano	8
2.1.1. Iustaenuptiae y concubinato en sentido romano	8
2.1.2. Requisitos para las iustaenuptiae	10
2.1.3. El paterfamilias y la manus	14
2.1.4. La patria potestad	20
2.1.4.1. Fuentes de la patria potestad	22
2.1.4.2. Extinción de la patria potestad	29
2.1.5. Tutela y curatela en general.....	30
2.1.6. Diferencia entre tutela y curatela.....	32
2.1.7. Infantes impúberes.....	33
2.1.8. Curatela de menores de veinticinco años	35
2.1.9. Protección del pupilo	36
2.1.10. Terminación de la tutela	38

CAPÍTULO III DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO

3.1. Concepto de Familia	40
3.1.1. Concepto Jurídico	46
3.2. Naturaleza Jurídica	48
3.3. Historia de la Familia.....	51
3.4. Derecho de Familia	53
3.5. Actos y Derechos de Familia.....	57
3.6. Clases de Familia.....	57
3.6.1. Familia Nuclear o Elemental	58
3.6.2. Familia Extensa o Consanguínea	59
3.6.3. Familia Monoparental.....	59
3.7. Familia Adoptiva.....	60

3.7.1. Diversidad de Familias Adoptivas	60
3.8. Parentesco	61
3.8.1. Parentesco Consanguíneo	62
3.8.2. Parentesco por Afinidad	64
3.8.3. Parentesco por Adopción	64

CAPÍTULO IV EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO

4.1. Concepto de Divorcio	65
4.2. Divorcio en Europa	66
4.2.1. Divorcio en Italia.....	66
4.2.2. Divorcio en Bélgica	67
4.2.3. Divorcio en Holanda.....	67
4.2.4. Divorcio en China.....	68
4.2.5. Divorcio en Polonia	69
4.2.6. Divorcio en Austria	69
4.2.7. Divorcio en España	70
4.2.7.1. Divorcio por Común acuerdo.....	72
4.2.7.2. Divorcio Contencioso	74
4.2.7.3. Documentos que deberán acompañar las demandas de divorcio.....	76
4.2.7.4. Efectos del Divorcio.....	77
4.2.7.5. Medidas Provisionales	77
4.2.7.6. La liquidación del Régimen Económico Matrimonial	80
4.2.7.7. Implicaciones en materia de Seguridad Social	84
4.2.8. Divorcio en Francia	84
4.2.8.1. Efectos del Divorcio	85
4.2.8.2. Liquidación de la Sociedad Conyugal	85
4.2.8.3. Consecuencias acerca de la Patria Potestad	86
4.2.8.4. Pago de Alimentos	86

4.2.9. Divorcio en Inglaterra y Gales	87
4.2.9.1. Efectos Jurídicos del Divorcio en España	89

CAPÍTULO V DEL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO

5.1. Concepto de Divorcio	90
5.2. Historia del Divorcio en México	91
5.3. Divorcios contemplados en la Legislación Veracruzana	93
5.4. Divorcio Administrativo	93
5.5. Divorcio por Mutuo Consentimiento	94
5.6. Divorcio Necesario	96

CAPÍTULO VI PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 162 DEL CÓDIGO CIVIL DE VERACRUZ

6.1. Exposición de Motivos	103
6.2. Propuesta de Reforma	106
CONCLUSIONES	108
BIBLIOGRAFÍA	110

INTRODUCCIÓN

Las causas que me orillaron a la realización del presente trabajo de investigación, es la elaboración de un análisis de la figura del divorcio aplicada a la legislación de Veracruz, planteado con ello la necesidad de regular el porcentaje que por concepto de pensión deba recibir el cónyuge que lo necesite, sin perder de vista la complejidad que ello conlleva lo cual se desarrollara en cada capítulo del presente.

De ahí que en el Segundo Capítulo del presente trabajo de investigación mencionaremos los antecedentes históricos de la familia; empezando con la familia en la Roma antigua, desde el concubinato, hasta las responsabilidades del paterfamilias, la patria potestad, las fuentes que originan esto como las que lo extinguen, las maneras en las que el Estado protege a los pupilos y a incapaces.

En el Tercer Capítulo mencionaremos lo que ha sido el derecho de familia en nuestro país, como su definición y concepto acerca de la familia, los diferentes tipos de familias que existen y que son legales en nuestro país, como la extensa, nuclear, monoparental y adoptiva. El concepto jurídico de la familia, así como la del matrimonio y la del parentesco. La naturaleza jurídica de la familia y del matrimonio, que autoridad jurisdiccional está facultada para ver controversias de esta materia, para entender todo esto mencionaré la historia de la familia en

nuestro país; quien vela el derecho de familia como su historia y elementos jurídicos.

En el siguiente capítulo que es el Cuarto apreciaremos como se viven los divorcios en las legislaciones diferentes a la nuestra, es decir, en el derecho comparado; de manera especial profundizaremos en algunas legislaciones europeas y demás estados donde está permitido el divorcio, sus elementos, supuestos, efectos, etc. De manera especial profundizaremos más en el divorcio de la legislación española, ya que como es bien sabido es la más parecida a la nuestra por condiciones históricas. En cada legislación analizada haré comentarios si me parece oportuno donde hago ver las similitudes o diferencias con nuestra legislación.

En el Capítulo Quinto profundizaré acerca del divorcio en nuestra legislación empezando de manera general, es decir, en ámbitos federales, hasta aterrizar en la legislación local del Estado de Veracruz. Donde analizaremos lo dispuesto para el divorcio en el Código de la materia, hasta llegar a los procedimientos que se encuentran legislados. Así también describiré paso por paso las etapas de dichos procedimientos, para lograr una mejor comprensión de lo que es el divorcio y la manera de obtenerlo.

En el Capítulo final que es el Sexto expondré de manera ejemplificativa las razones por las que me baso en presentar esta propuesta de reforma, situaciones en las que el Juzgador deberá analizar antes de tomar determinaciones acerca de la fijación de algún porcentaje, terminando con como pretendo que debería de quedar el artículo reformado.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

¿Es necesario reformar el artículo ciento sesenta y dos del Código Civil de Veracruz?

1.2 JUSTIFICACIÓN.

Es necesario, ya que como he logrado apreciar en el poco tiempo de mi práctica profesional, no se encuentra legislado la mejor forma de regular el porcentaje acerca de la percepción de alimentos en los casos de divorcio necesario en el Estado.

Esto debido a múltiples factores uno de ellos es que en el Código en cuestión no se encuentra una tabla o algún medio para cuantificar dichas pensiones; es por eso que el Juez a la hora de fijar una pensión valora las circunstancias planteadas en los escritos de demanda; sin embargo queda muy al

arbitrio del juzgador la fijación de la misma. Dejando fuera muchas circunstancias que debería de apreciar el Juez, como lo son necesidades del acreedor o incluso las posibilidades económicas del deudor alimentario.

Es de verse en la realidad que en ocasiones el juzgador impone pensiones demasiado altas a personas que en efecto no lo necesitan y es más cuestión de venganza o de cierto resentimiento hacia la contraparte que cuestiones de necesidad; o caso contrario hay ocasiones en las que los acreedores alimentarios sufren de alguna incapacidad para laborar, alguna enfermedad o simplemente dedicaron su vida al hogar olvidando por completo adquirir algún oficio o bienes para subsistir en el futuro, y las pensiones fijadas por el administrador de justicia no son suficientes para subsistir o en algunos casos son excesivas.

Es por lo que hay que implementar en la Legislación local algún medio para cuantificar dichas pensiones en base a circunstancias específicas que adelante mencionaré, esto con el fin de que el Juez pueda fijar porcentajes que realmente ayuden al acreedor que lo necesita y también para el caso en contrario no deje en estado de indefensión al deudor que se ve obligado a otorgar una pensión a quien no lo necesita.

1.3 DELIMITACIÓN DE OBJETIVOS.

1.3.1 OBJETIVO GENERAL.

Este objetivo propone que el otorgamiento dependa tanto de la capacidad para trabajar del cónyuge; proponiendo el otorgamiento de un porcentaje similar al que le corresponde a un hijo.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

Hacer mención de los antecedentes históricos de la Familia; así como del Derecho de Familia en México.

Hacer un breve análisis de los tipos de divorcio en el Derecho Mexicano y en el Derecho Comparado, sus características, elementos y requisitos; así como sus causales en caso del divorcio necesario.

Mencionando ciertas circunstancias por las cuales el Juzgador deberá regirse al otorgamiento del porcentaje de la pensión, a fin de una mejor administración de justicia.

1.4 HIPÓTESIS DE TRABAJO.

El planteamiento estriba en el hecho de buscar elementos que conlleven a la fijación de un porcentaje por concepto de alimentos al cónyuge que los necesite.

1.5 DETERMINACION DE VARIABLES.

1.5.1 VARIABLE INDEPENDIENTE.

Podemos ver que en el concepto de divorcio es toda disolución o terminación del matrimonio de los cónyuges, la palabra divorcio tiene un significado más exacto que es la extinción de la vida conyugal, y ésta es declarada por una autoridad competente que llevó a la vez un procedimiento específico y promovido una causal determinada o por mutuo consentimiento de los cónyuges o en forma administrativa.

1.5.2 VARIABLE DEPENDIENTE.

La necesidad otorgar el porcentaje de la pensión en base a la capacidad para trabajar del cónyuge; proponiendo el otorgamiento de un porcentaje similar al que le corresponde a un hijo. Con el fin de que el Juez pueda fijar porcentajes que realmente ayuden al acreedor que lo necesita y también para el caso en contrario no deje en estado de indefensión al deudor que se ve obligado a otorgar una pensión a quien no lo necesita.

1.6 TIPO DE ESTUDIO.

1.6.1 INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL

Llevada a cabo en la recopilación de información de distintos títulos de libros, así como leyes de nuestro Estado, principalmente en el Código Civil del Estado y en la bibliografía relacionada y vinculada con el área del derecho familiar.

1.6.1.1 BIBLIOTECAS PÚBLICAS.

- a) Biblioteca de la Universidad Veracruzana USBI, ubicada en S.S. Juan Pablo II y Blvd. Ruiz Cortines; Boca del Rio, Veracruz.
- b) Biblioteca Magisterial ubicada en el Parque Zamora en el Centro de la Ciudad y Puerto de Veracruz, Veracruz.

1.6.1.2 BIBLIOTECAS PRIVADAS.

- a) Biblioteca de la Universidad Autónoma de Veracruz Villa Rica, ubicada en Urano sin número esquina Progreso, en Boca del Rio, Veracruz.

- b) Biblioteca de la Universidad Cristóbal Colón Campus Torrente Viver, ubicada en Carretera La Boticaria Km. 1.5 sin número, colonia Militar, en el Municipio de Veracruz, Veracruz.

1.6.1.3 BIBLIOTECAS PARTICULARES.

- a) Biblioteca particular del Despacho Samberino, ubicada en Gómez Farias número setecientos cincuenta, Colonia Flores Magón; Veracruz, Veracruz.

1.6.2 TÉCNICAS EMPLEADAS

Para la realización de la presente investigación jurídica, de cada una de las obras revisadas en las bibliotecas mencionadas, se elaboraron fichas bibliográficas.

1.6.2.1 FICHAS BIBLIOGRÁFICAS.

Registran los datos de la investigación, las cuales se diseñaron siguiendo los lineamientos metodológicos y cuentan con los siguientes requisitos:

1. Nombre y apellido del autor
2. Título del libro.
3. Edición.
4. Editorial.
5. Lugar y fecha de edición.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO.

2.1.1. IUSTAENUPTIAE Y CONCUBINATO EN SENTIDO ROMANO.

Fuera del *contubertium*¹, el derecho romano nos muestra dos formas de matrimonio que de ninguna manera tenían la importancia jurídica que tiene el matrimonio actualmente.

a) *Iustaenuptiae*, con amplias consecuencias jurídicas.

b) Concubinato, de consecuencias jurídicas reducidas, las cuales si bien es verdad que aumentan poco a poco, nunca llegan al nivel del matrimonio justo.

Estas dos formas matrimoniales tienen los siguientes elementos comunes:

¹ Convivencia sexual entre esclavos, autorizada por los señores. Esta figura podía tener efectos jurídicos después de la manumissio.

a) Se trata de uniones duraderas y monogámicas de un hombre con una mujer. Los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en la vida.

b) Ambas formas son socialmente respetadas, y para ninguna de ellas se exigían formalidades jurídicas o intervención Estatal alguna. Estas antiguas uniones fueron “vivías”, no celebradas en forma jurídica, y tenían pocas consecuencias jurídicas. Para nosotros es difícil intuir lo que haya significado el matrimonio romano, pero por otra parte los romanos hubieran considerado monstruoso el hecho de que los cónyuges modernos perpetúes a veces un matrimonio, contra la voluntad de uno de ellos, una vez que haya desaparecido el afecto marital. Quizá podemos decir que la propiedad se relaciona con la posesión, como el matrimonio moderno con el romano.

Con el apogeo del cristianismo, para el cual el matrimonio es un sacramento, se comienza a organizar la celebración de aquel en forma más rígida, mientras que la iglesia reclama, al mismo tiempo, la jurisdicción en esta materia. Desde la reforma, en un país tras otro, el Estado ha ido arrebatando esta jurisdicción a las autoridades eclesiásticas; proceso que todavía no ha terminado en todas partes, en México sí.

Lo que distingue las *iusta nuptiae* del concubinato, en primer lugar es que si falta alguno de los requisitos (que a continuación mencionaré) para las *iusta nuptiae*, la convivencia sexual debe clasificarse de concubinato en sentido romano, no en el moderno. Pero si se reúnen estos requisitos, existe la “presunción” de que se trate de *iusta nuptiae*. Sin embargo, los cónyuges pueden declarar expresamente que su matrimonio debe considerarse como una unión sin consecuencias jurídicas, aunque sí con pretensión de permanencia; es decir, como un concubinato.

El consensualismo en esta materia retrocede lentamente en la época cristiana, hasta que el Concilio Tridentino (1563) concede el triunfo definitivo a un severo formalismo.

2.1.2 REQUISITOS PARA LA *IUSTAENUPTIAE*.

Los efectos jurídicos del derecho romano posterior al Renacimiento, dividen los requisitos respectivos en dos grupos:

a) Una categoría más importante, cuya violación es un *impedimentumdirimens* causando la nulidad del matrimonio.

b) Otra categoría de requisitos, cuya inobservancia no es más que un *impedimentum tantum* que puede dar lugar a multas, sanciones disciplinarias para el funcionario descuidado, etc., pero no a la nulidad del matrimonio.

La distribución de los requisitos en las dos categorías ha variado algo en el curso de la historia jurídica occidental. Dichos requisitos son originalmente:

a) Que los cónyuges tengan el *connubium*. Antes de la *LexCanuleia* de 445 a de J.C., esto quería decir que ambos fueran de origen patricio; posteriormente, significa que ambos sean de nacionalidad romana o pertenezcan a pueblos que hayan recibido de las autoridades romanas el privilegio del *connubium*.²

b) Que sean sexualmente capaces: el hombre, mayor de catorce años; la mujer, mayor de doce. Así, el eunuco no podía celebrar *iustaenuptiae*. El derecho canónico medieval no quiso reducirse en este punto a límites demasiado estrictos.

² Este requisito pierde, desde luego mucho de su importancia por la Constituio Antoniniana de 212 d. de J.C.

c) Que tanto los cónyuges como sus eventuales *paterfamilias* hayan dado su consentimiento para el matrimonio y que este no adolezca de vicios.

d) Que los cónyuges no tenga otros lazos matrimoniales. La Tradición monogámica es más fuerte que la tradición poligámica del antiguo testamento, la tradición germánica de las “*Nebenfrauen*” y la naturaleza humana. Ello no impide que la facilidad para obtener el divorcio permitiera a los romanos una poligamia sucesiva. Tertuliano pretende que el divorcio es como el fruto natural del matrimonio, y por San Jerónimo conocemos el caso de una mujer que era la vigésima primera esposa de su vigésimo tercer marido.

e) Que no exista un parentesco de sangre dentro de ciertos grados. Esta restricción es de carácter eugenésico, las investigaciones de Freud en su libro *Tótem y Tabú* hacen inverosímil esta explicación.

El límite de lo permisible en el parentesco colateral ha variado generalmente entre tres y cuatro grados. La fase cristiana del desarrollo romanista añadió, a este respecto, el parentesco espiritual (padrinos y ahijados) al civil y extendió la prohibición hasta incluir a los adfines (hermana de la difunta esposa, etc.)³, aumentándose en la Edad Media hasta catorce los grados de esta prohibición, severidad suavizada por la posibilidad de dispensas.

f) Que no exista una gran diferencia de rango social, requisito sensato que no ha logrado sobrevivir en nuestra era de igualdad teórica. Para el matrimonio es indispensable cierta similitud de educación y de intereses. El actual consejo de sentido común “cásate dentro de tu propia clase social” tuvo en la antigüedad un refuerzo jurídico.⁴

³ El parentesco artificial entre adoptado y adoptante, aún después de anularse la adopción, constituye también un imperialismo.

⁴ Para poder celebrar *iustaenuptiae* con Teodora – de tan dudoso origen-, Justiniano tuvo que cambiar la legislación.

g) Que la viuda deje pasar un determinado *tempusluctus*, para evitar la *turbatio sanguinis*, requisito que se extendió también a la mujer divorciada.

h) Que no exista una relación de tutela entre ambos cónyuges. Solo después de terminar la tutela y de rendir cuentas, el ex tutor puede casarse en *iusta nuptiae* con su ex pupila.

i) Además, dispensas en las fuentes, encontramos algunas restricciones más que son, por tanto, requisitos de carácter negativo. Así, el justo matrimonio no puede celebrarse entre adúltera y amante, entre raptor y raptada, con personas que hayan hecho voto de castidad, entre gobernador y una mujer de provincia, etc. Merece también especial mención que el soldado no podía celebrar un matrimonio justo, porque no quiso dar la patria potestad a persona que por su trabajo debían conservar su libertad de movimiento.

Desde el siglo II, los requisitos para el matrimonio justo se extiende en gran parte al concubinato. Pero, en compensación, éste recibe también algunas ventajas jurídicas que antes solo acompañaban a las *iusta nuptiae* de manera que las dos instituciones se acercaban cada vez más. Sin embargo, en materia de ventajas jurídicas, el concubinato quedaba siempre por debajo de las *iusta nuptiae*.

Los efectos jurídicos de las *iustae* son los siguientes:

1. Los cónyuges se deben fidelidad. A este respecto, el derecho romano trata mas severamente a la esposa que al marido, ya que la infidelidad de aquella introduce sangre extraña en la familia. Las “aventuras” del marido, siempre que no tengan lugar en la ciudad del domicilio conyugal, no son causa de divorcio; en cambio, la mujer adúltera comete siempre delito público.

2. La Esposa tiene el derecho y también el deber de vivir con el marido. Este puede reclamar la entrega de la esposa, si esta se queda, sin su permiso, en una casa ajena.

3. Los cónyuges se deben mutuamente alimentos, y estos se determinan en vista de las posibilidades del que los debe y de las necesidades del que los pide.

4. Como ya sabemos, los hijos nacidos de tal matrimonio caen automáticamente bajo la patria potestad de su progenitor.

5. Los hijos de justo matrimonio siguen la condición social del padre. Desde que la Revolución Francesa se acabó con el principio de que cada clase social tiene un propio régimen jurídico.

6. Los cónyuges no pueden mutuamente hacerse donaciones “para que no se priven recíprocamente de sus bienes por mutuo amor”. La cause celebre de Mecenas, en tiempos de Augusto, demuestra que el temor respectivo del legislador romano no era infundado. El derecho moderno amplía, y al mismo tiempo, restringe este principio. Lo ha hecho extensivo a todo contrato entre cónyuges, pero ha sustituido la prohibición total por el requisito de una autorización judicial. En cuanto a las donaciones entre cónyuges, actualmente son válidas, pero revocables en todo tiempo.

7. Además, desde la época de Augusto, se prohíbe a la esposa que salga fiadora de su marido, disposición que el senadoconsulto Velejano, de 46 d. de J.C., amplió considerablemente, quitando los efectos procesales a toda fianza otorgada por una mujer para garantizar obligaciones, no solo de su marido, sino también de un tercero.

8. Un cónyuge no puede ejercer contra el otro una acción por robo. El derecho moderno ha suavizado esta restricción en el sentido de que, en este caso, solo se persigue a petición de la víctima.

9. En materia Civil la condena que obtenga un cónyuge contra el otro, puede ir más allá de las posibilidades de la parte vencida, de manera que tal condena puede privar al vencido de sus bienes suntuarios, etc., pero debe dejarle un mínimo para poder subsistir de acuerdo con su rango social. Esta idea no ha sido recogida por el derecho moderno; pero si la condena que obtiene la esposa causa la ruina definitiva del marido, la esposa le deberá alimentos, de acuerdo con el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal.

10. En caso de quiebra o concurso del marido, se presume que cuanto haya adquirido la esposa en el matrimonio, procede del marido y entra a la masa de quiebra. Si se trata de adquisiciones hechas por la esposa con ingresos propios, a ella corresponde comprobar esta circunstancia.

11. La viuda pobre tiene ciertos derechos, bastante limitados, a la sucesión del marido, si muere intestado.

12. La afinidad con la suegra, o el suegro, constituye un impedimento para matrimonio con éstos, después de disolverse el matrimonio del que surgió esta forma de parentesco.

2.1.3 EL PATERFAMILIAS Y LA MANUS.

“El centro de toda *domus* romana es el *paterfamilias*, quien es dueño de los bienes, el señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los *iura* patronatos sobre los libertos. Tiene la patria potestad de los hijos y nietos, y muchas veces, como veremos, posee la *manus* un vasto poder sobre la propia

esposa y las nueras casadas *cum manu*. Además, es el juez dentro de la *domus*, y el sacerdote de la religión del hogar. Como una especie de “monarca domestico” puede imponer, inclusive, la pena de muerte a sus súbditos, ejerciendo el terrible *iusvitae nevisque*. Sin embargo, para medidas tan drásticas, el paterfamilias estaba bajo cierta vigilancia moral, por parte, primero de la organización gentilicia; y luego, del censor”.⁵

Así la antigua familia romana es como una pequeña monarquía, ya hemos visto que Bonfante considera la Roma antigua como una confederación de gentes; y cada *gens*, como una confederación de *domus*, de monarquías domésticas.

Esta manera de ver la antigua familia facilita la comprensión de varios temas jurídicos. Por ejemplo, de la misma manera que la antigüedad no reconocía la doble ciudadanía, tampoco podía admitir una “doble ciudadanía doméstica”. En caso de matrimonio, debía establecerse claramente si la esposa entraba en la monarquía doméstica del marido (matrimonio *cum manu*), o si continuaba siendo miembro de la *domus* paterna. Quizá, la función original del testamento fuera la de permitir al monarca doméstico la designación de sucesor.

Hagamos constar que no era necesario ser padre para poder ser *paterfamilias*. El término “familia” significa, en el antiguo latín, “patrimonio doméstico”. Así, *paterfamilias* significa el que tiene “poder” (de la misma raíz que *pater*) sobre los bienes domésticos. Observaremos, de paso que, en el latín posterior, el término “familia” comienza a referirse a un sector determinado del patrimonio doméstico, o sea, los *famuli*, es decir, los esclavos.

En la práctica moderna, la palabra “familia” significa un grupo de personas unidas a la vez por intimidad y parentesco. Desgraciadamente, el término moderno

⁵ MARGADANT S Guillermo F., “Derecho Romano”, Vigésima Sexta Edición, México, Editorial Esfinge S.A., 2005, Pág. 196.

peca de gran vaguedad. Unas veces, corresponde al concepto de *domus*; otras, más bien al de *gens*.

El término *paterfamilias* designa, por tanto, a romano libre y *sui iuris*, en otras palabras, una “persona”, independientemente de la cuestión de si está casado y tiene descendientes.

Un hijo legítimo, recién nacido, cuyo padre muere, si no tiene un abuelo paterno, es un *paterfamilias*, aunque todavía sin capacidad de ejercicio, desde luego. En cuanto a la mujer, el término de *paterfamilias* existió, pero solo como título honorífico en la intimidad del hogar, y no como término jurídico. Si una romana libre y *sui iuris* dirige su propia *domus* por ser soltera o viuda, por ejemplo, no puede tener la potestad sobre los hijos, y necesita, personalmente, un tutor para todas las decisiones importantes.

El antiguo *paterfamilias*, en resumen, es la única persona que en la antigua Roma tiene una plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal, en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la *domus* dependen de él y participan de la vida jurídica de Roma a través de él.

Los esclavos, los hijos o la esposa o nuera *in manu*, adquieren sólo para el patrimonio del *paterfamilias*, en caso de obtener algún beneficio por su trabajo, por donaciones, etc. Como consecuencia lógica de lo anterior, los delitos cometidos por quienes se encuentren bajo la autoridad de un *paterfamilias*, es decir, por los *alieni* y los esclavos, crean, por parte de este, el deber de indemnizar a la víctima o a su familia, deber al que puede sustraerse mediante el abandono noxal. En otras palabras, solo el *paterfamilias* es realmente una persona. Los miembros de su *domus* reciben de él una capacidad jurídica de segundo orden, como la luz de la luna es solo reflejo de la solar.

Las relaciones entre los *paterfamilias* y los diversos miembros de sus *domus* son las siguientes:

a) Sobre los clientes el *paterfamilias* tiene un poder patronal que se acerca mucho al ya descrito poder del antiguo señor sobre *ius libertos*. Muchos autores creen que originalmente la categoría de los clientes se compone precisamente de antiguos esclavos.

b) Sobre los esclavos el *paterfamilias* tiene un poder comparable al que tiene sobre la propiedad privada, con las salvedades arriba expuestas.

c) Sobre su esposa y sus nueras puede tener la *manus*.

d) Sobre hijos y nietos tiene la patria potestad.

La *manus*: “como Max Kaser ha demostrado con gran claridad, el antiguo derecho romano piensa en posiciones de poder. Su objeto se agota en la tarea de resolver si a una persona determinada le corresponde poder sobre otra persona o cosa.

Todo lo que pertenece al antiguo *iuscivile*, por referirse a esta distribución de cosas y seres humanos entre diversas *domus*, está caracterizado por formas claras y plásticas.

¿Pertenece entonces el matrimonio romano al *iuscivile*, conforme a lo anterior?

No, ya que el mero matrimonio romano no produce modificación alguna en la distribución de cosas o personas entre diversas “monarquías domésticas”; el padre conserva la patria potestad sobre su hija casada con otro romano, y la mujer

sui iuris que celebra un matrimonio simple, *sine manu*, conserva el poder sobre sus propios bienes”⁶.

No es sorprendente, a la luz de lo anterior, que el matrimonio romano, por quedar fuera del *iuscivile*, no revista forma alguna y que, además no intervenga en su celebración el Estado. En tiempos imperiales, cuando penetran en Italia las influencias de oriente, y, con ellas, la tendencia a considerar el matrimonio como un acto jurídico formal, los jurisconsultos sienten el matrimonio romano, como nos demuestra el *Corpus iuris*.

Sin embargo, este matrimonio que no pertenece directamente al *iuscivile* y no reviste forma jurídica, puede combinarse con una institución netamente jurídica, la *manus*.

Si consideramos la *domus* romana como una pequeña entidad política, una especie de monarquía doméstica, entonces podemos ver la *manus* como una naturalización doméstica de la mujer en la *domus* del marido. Esta *conventio in manum* puede combinarse con el matrimonio mismo, algo que es frecuente en plena época republicana, pero también puede hacerse con independencia de todo matrimonio. En este último caso, la institución servía para que una mujer se liberara de una tutela desagradable.

La *conventio in manum* se verificaba de tres modos:

a) Como consecuencia automática de un matrimonio celebrado en forma de la *conferratio*, ceremonia religiosa en honor de *IupiterFarreus*, en presencia de un flamen de Júpiter, y durante la cual los cónyuges debían comer un pastel de trigo.

⁶ MARGADANT S Guillermo F., “Derecho Romano”, Vigésima Sexta Edición, México, Editorial Esfinge S.A., 2005, Pág. 198.

Aquí parece, a primera vista, que encontramos una celebración formal de un matrimonio, pero, analizando la figura con más cuidado, vemos que lo formal se debe al elemento *conventio in manum* y no al elemento “matrimonio”.

b) La *conventio in manum* pudo tomar la forma de una *co-emptio*, acto solemne en que intervienen el antiguo *paterfamilias* de la novia y el nuevo, y que algunos autores consideran un recuerdo de la compra de la esposa.

c) También puede la *manus* resultar del *usus*, por el cual una esposa, por el hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año, cambia su nacionalidad doméstica. No se trata de una *conventio in manum* que operara por el mero transcurso del tiempo, como sugieren algunos autores, sino que se necesita para este cambio de la condición jurídica de la mujer el consentimiento formal del original *paterfamilias* (o del tutor de la mujer). Si la esposa no deseaba estar bajo el poder del marido, solía participar en las fiestas religiosas de su antigua *domus* para demostrar que seguía sujeta a ésta. De ahí que la ausencia de la esposa, durante tres días del hogar conyugal, fue considerada como un indicio de que el matrimonio había sido celebrado *sine manu*.

Una vez que la esposa había entrado en alguna *domus* distinta a la original, el nuevo *paterfamilias*, su suegro o su marido, tenía un poder sobre ella análogo al que tenía sobre sus hijos. Mediante la *conventio in manum*, la esposa entraba en la nueva familia *filiae*, es decir, en el lugar que correspondía a una hija; así, en el *iuscivile* la esposa *cum manu* es tratada, en relación con varias materias, por ejemplo, cuando se trata de la repartición de la herencia del marido, como si fuera hija de su propio cónyuge.

Aún después de caer en desuso la *manus*, el marido conservaba el poder en el matrimonio romano; y la tremenda decadencia social e intelectual de la mujer

en la época postclásica, condenando a la mujer a los humildes placeres del hogar, ponía en realidad social en armonía con el derecho. Sólo los *iusnaturalistas* de la Época de las Luces comienzan a dudar si tal situación de inferioridad de la mujer correspondiera realmente al derecho “natural”.

2.1.4. LA PATRIA POTESTAD.

“La potestad paternal pertenece al jefe de la familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes, de derecho civil y no puede ejercer más que un ciudadano Romano sobre un hijo también ciudadano”⁷.

“Este poder, que normalmente duraba hasta la muerte del *paterfamilias*, nos muestra los siguientes aspectos:

a) El padre o abuelo tenía un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlo, aunque, en caso de llegar a este extremo, sin causa justificada, el *paterfamilias* se exponía a sanciones por parte de las autoridades gentilizas o del censor. Este derecho se fue suprimiendo en varias etapas.

b) Por ser el *paterfamilias* la única “persona” verdadera dentro de la familia, originalmente, el hijo no podía ser titular de derechos propios. Todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del *paterfamilias*, principio suavizado, poco a poco, por la mayor independencia de los hijos en relación con los *peculios* que les fueron confiados, y por creciente frecuencia de la emancipación.”

⁷ PETIT Eugene, “Derecho Romano”, Vigésima Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2008, pág.100.

Augusto, permite ya que el hijo sea propietario de un "*peculio castrense*", ganando por su actividad militar, y, bajo Constantino, se añade a este privilegio un derecho análogo respecto del *peculio quasi-castrense*, obtenido por el ejercicio de alguna función pública o eclesiástica. Además, este emperador concedía al *filiusfamilias* la propiedad de los bienes adquiridos por sucesión de su madre, sus abuelos, etc.

Originalmente, el usufructo del *peculio castrense* correspondía al *paterfamilias*, pero el emperador concede un importante privilegio más al *filiusfamilias*: no sólo que, en caso de muerte del padre, el *peculio* en cuestión sea entregado directamente al hijo, sin entrar en la masa sucesoria, sino que el hijo pueda, inclusive, disponer por testamento de los bienes de que se trata. Un siglo después, Adriano suprime también aquel usufructo paternal.

Finalmente, en tiempos de Justiniano, sólo los *bona adventicia* quedan todavía bajo la administración del *paterfamilias*, quien goza, respecto de ellos, de una de usufructo. Sin embargo, el donante o el *de cuius*, del cual estos bienes se habían obtenido, podía haber dispuesto que quedaran exentos de estas facultades paternas, a las cuales el padre mismo podía también renunciar en beneficio del hijo. Poco a poco, el derecho romano se acercaba así al derecho moderno, que ha suprimido la incapacidad patrimonial de los *alieni iuris*.

Tratándose del mencionado usufructo legal, el padre no tenía la obligación de garantizar su manejo, recibiendo así una condición privilegiada en comparación con el usufructo común y corriente. El derecho moderno ha reducido a la mitad el usufructo legal del padre respecto de los bienes del hijo. Confirmando la idea romana, exceptúa al padre del deber de dar la fianza que debe proporcionar normalmente todo usufructuario. Pero la gran diferencia respecto del sistema romano es que allí la administración y el usufructo duraban normalmente toda la

vida del *paterfamilias*, mientras que para nosotros la mencionada situación termina normalmente cuando el hijo llega a los dieciocho años.

El *paterfamilias* era responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por el *filiusfamilias*, pero podía recurrir al “abandono noxal”, entregando al culpable para que expiara su culpa mediante trabajo.

c) La patria potestad que, en su origen fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en una figura que, ya en tiempos de Marco Aurelio, se reconoce la existencia, en la relación padre-hijo, de un recíproco derecho de alimentos, la *patria potestas* se mueve hacia una *patria pietas*.

La amplia extensión jurídica, unida a la excesiva duración de la patria potestad, era un rasgo típico del derecho romano que el derecho moderno no ha adoptado. También en el mundo mediterráneo antiguo fue considerado como una peculiaridad romana que encontraba su fundamento, no en el *ius Pentium*, sino en el *iuscivile*. En la práctica, el sistema era soportable, cuando menos en los tiempos históricos, por la difundida costumbre de emancipar a los hijos cuando ellos lo deseaban y también por el sistema de *peculios*, que los padres solían confiar a sus hijos para que los administraran, quedándose éstos con parte de los beneficios”.⁸

2.1.4.1 FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

Como fuentes de la patria potestad, el derecho romano señala una natural y general, al lado de tres artificiales y excepcionales, entre las cuales la

⁸ MARGADANT S Guillermo F, “Derecho Romano”, Vigésima Sexta Edición, México, Editorial Esfinge S.A., 2005, Pág.200.

“legitimación” requiere, un fundamento natural. Faltaba, sin embargo, el actual reconocimiento por testamento y ante notario o autoridades.

a) Las *iustaenuptiae*. Mientras los hijos nacidos de un concubinato duradero son naturales *liberi*, exentos de la patria potestad, y mientras los hijos nacidos de las relaciones transitorias son sólo *spurii*, los nacidos después de ciento ochenta y dos días, contados desde la terminación de éstas, son considerados como hijos legítimos del marido de la madre, salvo la prueba a cargo del marido de la madre, de que no haya podido tener contacto carnal con ella, sea a causa de un viaje, sea por enfermedad, impotencia, etc. En el derecho preclásico, ningún hijo valía como tal sin un acto expreso por parte del padre.

Entre los romanistas de los últimos siglos ha habido una famosa controversia sobre la condición del hijo nacido antes de los primeros ciento ochenta y dos días del matrimonio.

El derecho mexicano presume que tal hijo es fruto del matrimonio en el cual nació, aunque fuera concebido antes, limitando drásticamente la facultad del padre de combatir esa presunción.

Los hijos nacidos de *iustaenuptiae*, respecto de los cuales el padre no haya intentado, o no haya logrado, comprobar la imposibilidad precitada, caen bajo la patria potestad. Pueden (desde la época clásica) reclamar alimentos del padre, y a su vez, tienen el deber de proporcionarlos.

En caso de hijas, éstas tienen derecho además (desde el emperador Augusto) a que el padre les dé una *dote* adecuada a su clase social.

Otras consecuencias del nacimiento en *iustaenuptiae* son que los hijos deberán obtener el consentimiento del padre para celebrar a su vez un “justo

matrimonio”, y que el padre tiene un derecho de administración y usufructo sobre determinados bienes adquiridos por el hijo, con todos los efectos que ya hemos señalado.

En cuanto a la prueba de la filiación, el derecho romano admite:

1. Una comprobación mediante los registros públicos de nacimiento, establecidos quizá por Augusto, en relación con su legislación caducaría.
2. La comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo.
3. En último caso, la prueba testimonial.

El derecho mexicano confirma estas soluciones, exigiendo, que la prueba testimonial debe siempre acompañarse de algún otro medio probatorio.

b) La legitimación. Este procedimiento sirve para establecer la patria potestad sobre hijos naturales y se realiza en una de las siguientes formas:

1. El “justo matrimonio” con la madre, algo que no siempre era posible.⁹
2. Un rescripto del emperador, posible escape en los casos en que el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable. El emperador sólo autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos.
3. La “*obilación a la curia*”. En este caso el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara la desagradable y arriesgada de función *decurión*, consejero Municipal, que respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros

⁹ Pensamos en el caso de una concubina respecto de la cual el marido no tuviera el *connubium*, o una concubina difunta.

discales decretados por el exigente Bajo Imperio. Además, el padre debía separar de su patrimonio inmuebles por cierta cantidad, para garantizar la gestión de su hijo en la *curia*.

El derecho moderno todavía conoce la “legitimación” como modo excepcional de establecer la filiación, sólo que sus efectos son algo distintos, debido al diferente alcance que nuestro derecho da a la patria potestad. Así, en Roma, la legitimación de una persona mayor de edad hacia sufrir a esta última una *capitisdeminutiominima*. En cambio, en el derecho moderno, el hijo mayor legitimado no sufre una reducción en sus derechos, sino que recibe importantes ventajas, como son: derechos sucesorios abintestato, derecho al apellido del padre, e incluso a alimentos, en caso de necesidad. A cambio de ellos, sólo se le impone el deber de dar alimentos, en caso de que el padre legitimado caiga en la miseria.

Otra diferencia es que el derecho moderno concibe, como modo de legitimación, únicamente el matrimonio subsecuente de los padres. No necesitamos en la actualidad modos semejantes al rescripto imperial, ya que el padre moderno tiene la facultad de reconocer a sus hijos naturales ante el oficial del Registro Civil, por escritura notarial, por testamento o por confesión judicial, y a causa de estas nuevas y generosas vías que el derecho moderno otorga al respecto, se pueden reducir a una sola las tres antiguas formas posibles de legitimación.

c) La adopción. Por este procedimiento, el paterfamilias adquiría la patria potestad sobre el *filiusfamilias* de otro ciudadano romano. Este último debía prestar, desde luego, su conocimiento para ello.

Originalmente, la adopción se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias de la persona por adoptar. Vendiendo a esta tres veces y recuperando su patrio

potestad después de cada venta, el antiguo *paterfamilias* perdía la patria potestad, según las XII tablas; y después de la tercera venta, el adoptante reclamaba ante el *pretor* la patria potestad sobre la persona por adoptar, cuyo antiguo *paterfamilias* figuraba en este proceso ficticio como demandado. Como éste no se defendía, el magistrado aceptaba luego, como fundada, la acción del actor adoptante. Así se combinaban tres ventas ficticias con un proceso ficticio para llegar al resultado de la *adoptio*.

Justiniano decide que tal acumulación de ficciones no es necesaria y que basta con una mera declaración ante el magistrado, hecho por ambos *paterfamilias*.

Como *adoptionaturaminitatur*, el adoptante debía tener dieciocho años más que el adoptado y la *adoptio* creaba los mismos impedimentos matrimoniales que la filiación natural. Además, como el derecho imperial quiere estimular los matrimonios, sólo permite la *adoptio* a ancianos mayores de sesenta años. Si un joven quiere tener hijos, que se case.

El derecho moderno mexicano ha reducido el mínimo de edad del adoptante. De sesenta años a treinta, ya que para él la única justificación de este límite es la de asegurar que el adoptante comprenda lo que está haciendo.

Ambos derechos exigen, además, que el adoptante no tenga hijos legítimos, un requisito tratado con más elasticidad en el derecho romano que en el moderno, para evitar que la adopción perjudique a los intereses de éstos.

Notemos de paso que la adopción es el típico ejemplo de un acto jurídico que no admite ni término, ni condición.

Como el adoptado salía de su familia original, perdía allí sus derechos sucesorios; y, en caso de que su nuevo *paterfamilias* lo emancipara, se encontraba de pronto “solo en el mundo”, privado de todo derecho sucesorio

abintestado. Por eso, Justiniano declaró que el adoptado, además de adquirir derecho sucesorio abintestado con relación al adoptante, pero no respecto de los parientes de éste, conservaba tal derecho dentro de su familia original. Además, normalmente, el adoptante no adquiría la patria potestad sobre el adoptado. Esta adopción, estructurada por Justiniano, es realmente sólo una sombra de lo que esta figura había sido originalmente. Fue calificada como *adoptio* plena; en casos excepcionales, hubo todavía una *adoptio* plena, que otorgaba la patria potestad al adoptante, creando además derechos sucesorios mutuos.¹⁰

Después de una larga fase en la que la adopción cayó en desuso (salvo en unas familias aristocráticas que la utilizaron para perpetuar su nombre), la Revolución Francesa hizo de nuevo popular esta institución. Fue copiada por el derecho anglosajón, en este siglo, y creció en importancia por el impacto de las dos guerras mundiales. El derecho moderno, suele restringir la adopción de mayores (México la permite tratándose sólo de incapacitados). Por lo demás, encontramos rasgos de la *adoptio* plena (el adoptante adquiere la patria potestad si el adoptado es menor de edad) y de la *adoptio minus* plena (cuando el adoptado no pierde sus derechos sucesorios en su antigua familia).

d) La *adrogatio*. Esta permite que un *paterfamilias* adquiriera la patria potestad sobre otro *paterfamilias*, por ejemplo, su propio hijo natural, en cuyo caso la *adrogatio* servía como un sustituto del moderno reconocimiento. La *adrogatio* está rodeada de los mismos requisitos de fondo que hemos señalado en el caso de la *adoptio*. Sin embargo, el procedimiento formal es más severo. Esto es explicable por las siguientes razones: por la *adrogatio* podía extinguirse eventualmente un culto doméstico; también podía tener, como consecuencia, que una *gens* perdiera alguna rica *domus* a favor de otra *gens*, lo cual podría perpetuar el equilibrio político en la antigua Roma; y, finalmente, como el adrogado entraba

¹⁰ La *adoptio* plena sólo era posible si el adoptante era un ascendiente del adoptado, por ejemplo, el abuelo materno; o el abuelo paterno, después de que éste hubiera emancipado a su hijo y a su nieto.

con todo su patrimonio bajo el poder del adrogante, existía un peligro de *agrogationes* inspiradas en motivos deshonestos. De ahí que la Roma republicana exigía para esta institución la aprobación de los comicios, con intervención sacerdotal. Cuando los comicios cayeron en desuso, se exigió el consentimiento de treinta *lictors*, hasta que Diocleciano decidió que la aprobación personal del emperador era necesario para la *abrogatio*, además, del consentimiento del adrogante y del adrogado.

La adrogación de impúberes sólo se permitió a partir de Antonio Pío. La legislación trataba de proteger, en tal caso, los intereses patrimoniales del adrogado. Si moría antes de llegar a la pubertad, el adrogante debía devolver el patrimonio del adrogado a los parientes originales de éste. En caso de ser desheredado por el adrogante, o en su caso de ser emancipado, el adrogado recuperaba sus bienes originales. Además, en caso de desheredación, el adrogado podía reclamar una cuarta parte de lo que le hubiera correspondido en caso de sucesión vía legítima, o sea, abintestado.

En el derecho moderno, como la división *alieni iuris-sui iuris* ya no existe tampoco se necesita el dualismo de una *adrogatio* al lado de una *adoptio*.

Observemos, finalmente, que el derecho canónico medieval, en su afán de contrariar a los padres pecaminosos, pero con resultados muy perjudiciales para los hijos, prohibió el establecimiento artificial de la patria potestad respecto de hijos propios, adulterios o incestuosos.

El sistema canónico mismo ha revisado, entre tanto, esta severa actitud, pero su posición anterior ha dejado huellas en el derecho civil de muchos países; no así en México, que ha orientado su legislación, sobre todo, al interés de los hijos permitiendo que sean reconocidos por el padre, aun en estos dos supuestos excepcionales.

2.1.4.2. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Señalaremos primeramente que los derechos relacionados con el parentesco sólo pueden extinguirse o modificarse de acuerdo con modos limitativamente previstos por el derecho objetivo.

En materias tan delicadas, y de origen público, no podemos dar rienda suelta a la voluntad de los participantes: *iurasanguinis nullourie dirimipossunt*; una formulación algo torpe para decir que los derechos de sangre no pueden anularse libremente por actos jurídicos privados. Un simple convenio entre padre e hijo no basta, por tanto, para terminar con la patria potestad.

“Esta se extinguía por las siguientes razones:

- a) Por la muerte del padre;
- b) Por la muerte del hijo;
- c) Por la adopción del hijo de otro *paterfamilias* o la *adrogatio* del *paterfamilias*;
- d) Por casarse una hija *cum manu*;
- e) Por nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o, en el derecho Justiniano, también burocráticas;
- f) Por emancipación, figura que evolucionó desde ser castigo hasta convertirse en una ventaja al hijo a solicitud suya;

g) Por disposición judicial, como castigo del padre, o, automáticamente, por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en tiempos del Bajo Imperio, caracterizado por su pobreza general”.¹¹

Por la extinción de la patria potestad, el hijo se convertía en paterfamilias, aún sin ser necesariamente padre, como hemos visto, salvo en caso de adopción, adrogación del paterfamilias o muerte del hijo.

La hija fuera de los casos de adopción, adrogación del Paterfamilias, muerte o matrimonio *cum manu*, se convertía en una persona *sui iuris*, sin llegar a ser jefe de una *domus*; normalmente, entraba bajo la tutela de algún pariente, como veremos.

2.1.5. TUTELA Y CURATELA EN GENERAL.

“El impúbero en tutela puede, por excepción, tener un curador en los casos siguientes:

a) Si el tutor sostiene un proceso con su pupilo. Ya sabemos que no puede dar su *auctoritas* en un asunto estando él interesado. En el tiempo de las acciones de la ley era necesario un tutor especial, pero, bajo el procedimiento formulario, era suficiente nombrar un curador, cuya regla existía aún en tiempos de Justiniano;

b) Si el tutor ha hecho admitir una excusa temporal es necesario durante este intervalo, nombrar un curador en su lugar;

¹¹ MARGADANT S Guillermo F., “Derecho Romano”, Vigésima Sexta Edición, México, Editorial Esfinge S.A.,2005,Pág.206.

c) Y, por último, mostrándose el tutor incapaz aun siendo fiel, se le une un curador”.¹²

Todo ser humano que reuniera las cualidades de libertad, ciudadanía y de ser *sui iuris*, era una “persona” para el derecho romano. Podía ser titular de derechos y sujeto pasivo de obligaciones, pero no siempre podía ejercer aquéllos. A veces, era demasiado joven, o sufría enfermedades mentales, o dilapidaba sus bienes, algo que, para los romanos, tan materialistas, era casi tan grave como la locura.

Además, se consideraba en Roma que era prudente colocar bajo cierta vigilancia a la mujer *sui iuris*, aún después de que llegara a la pubertad. Tales personas, total o parcialmente incapaces, fueron puestas bajo la protección de tutores y curadores; sin embargo, debemos advertir desde ahora que la diferencia entre estas dos funciones era muy distinta de la establecida en el derecho moderno.

La tutela ha tenido un lugar en el desarrollo histórico y la figura que encontramos al final de este desenvolvimiento nos muestra perfiles completamente distintos de los iniciales. Nació como un poder establecido en interés de la familia del pupilo, auténtica propietaria de los bienes de éste, según el sentimiento jurídico primitivo de tantos pueblos antiguos, siempre inclinados a la idea de una copropiedad familiar. De ahí la íntima relación entre la sucesión y la tutela.¹³

Poco a poco, se convierte ésta en un cargo establecido en beneficio del pupilo. De un derecho del tutor, un poder jurídico, un *manus*, pasa a ser un *onus*,

¹² PETIT Eugene, “Derecho Romano”, Vigésima Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2008, Pág.,149.

¹³ La tutela por vía testamentaria, y, a falta de esta, por vía legítima, escondiéndose originalmente al próximo agnado, muestra un claro paralelismo con la sucesión, que se trasmite por vía testamentaria y, a falta de testamento, por vía legítima, en cuyo caso se aprovechan los próximos agnados.

una molesta obligación a la cual el nombrado puede sólo sustraerse alegando y comprobando una causa de dispensa (edad, enfermedad, otras tutelas a cargo del nombrado, altas funciones, etc.) en íntima relación con este desenvolvimiento de *munus* o *unus*, de asunto familiar se convierte la tutela en materia pública.

2.1.6. DIFERENCIA ENTRE TUTEL Y CURATELA.

“La diferencia entre curatela y tutela en el derecho romano es una cuestión que se presta a controversia. El refrán romano *tutor datur personae, curatorrei*, es de dudosa interpretación. Para proteger al pupilo contra el tutor, se prohíbe a éste, precisamente, toda intervención en lo que se refiere a la salud o a la educación del pupilo.”¹⁴

Se ha pretendido que la tutela estaba ideada para situaciones normales, como la infancia, impubertad, sexo femenino, mientras que la curatela servía para remediar situaciones excepcionales como la prodigalidad, la locura, o la inexperiencia de algunos púberes menores de veinticinco años.

También se ha sugerido que se trata de una diferencia, originada en tiempos muy remotos, en que era general la costumbre de hacerse justicia por propia mano, y que el tutor era un hombre fuerte para proteger a infantes, impúberes y mujeres, mientras que el curador era un sabio consejero para personas físicas capaces, pero mentalmente algo débiles.

De todos los modos, la distinción romana entre ambos conceptos no corresponde a la actual. En el derecho moderno, el curador es una persona que debe vigilar al tutor, un medio más de protección del pupilo contra del tutor. Por tanto, en el derecho romano, un incapaz tiene, algunos casos, un tutor; en otros,

¹⁴ MARGADANT S Guillermo F., “Derecho Romano”, Vigésima Edición, México, Editorial Esfinge S.A., 2005 Pág.220.

un curador. En cambio, en el derecho mexicano moderno, el incapaz tiene conjuntamente un tutor y un curador.

2.1.7 INFANTES IMPÚBERES

Incapaces por razones de edad eran el *infans*, literalmente, alguien que todavía no sabe hablar correctamente, hasta la edad de siete años; el impúber, entre los siete años y el comienzo de la capacidad sexual, es decir, hasta la edad de doce años para muchachas y catorce para muchachos; y, finalmente, el menor; entre el comienzo de la pubertad y los veinticinco años.

Infantes e impúberes tenían un tutor que se designaba por testamento o por vía legítima. En este último caso se escogía al próximo agnado; o bien, a falta de las posibilidades anteriores, por nombramiento oficial, que hacía el pretor o los tribunos; luego, desde Claudio, el cónsul y, finalmente, desde Marco Aurelio, un pretor especial.

Justiniano estableció a este respecto una distinción entre pupilos ricos y pobres, designando magistrados más importantes para otorgar la tutela dativa en caso de los primeros.

Este método de designar a los tutores se ha conservado en el derecho actual con la misma prelación establecida por Roma entre las tres formas. Podía haber también pluralidad de tutores, a fin de repartir la tarea, según la clase de determinados negocios.

En el caso del *infans*, el tutor debía realizar los actos jurídicos en el que el pupilo tenía interés, mediante la *gestionegotiorum*. En el caso, las consecuencias de los actos respectivos repercutían en el patrimonio del tutor, ya que éste no tenía la representación directa del pupilo como en el derecho moderno. El tutor

romano intervenía en los negocios del pupilo a nombre propio, aunque por cuenta del pupilo, y en el momento de la rendición de las cuentas de la tutela, cuando ésta terminaba, tenía el tutor que hacer los traspasos necesarios al patrimonio del ex pupilo, y recibir los traspasos correspondientes a gastos hechos y deudas contraídas por él en el ejercicio de la *gestionegotiorum*. Este sistema se califica como de representación indirecta.

Tratándose de un impúber, el tutor podía escoger entre la *gestionegotiorum* y la *auctoritatisinterpositio*. En este último caso, el acto en cuestión se realizaba en presencia tanto del tutor como del pupilo. Este actuaba personalmente, y el acto producía sus efectos directamente en su propio patrimonio. Esta posibilidad de la *auctoritatis interposition* en caso de pupilos de una edad que ya permite cierto juicio propio es un gran acierto; permite preparar paulatinamente al pupilo para su futura gestión independiente. El derecho moderno persigue un fin semejante cuando exige que el pupilo mayor de dieciséis años sea consultado para los actos importantes relacionados con la administración de su patrimonio.

Además, el impúber podía celebrar, sin *auctoritatisinterpositio*, todos los negocios que mejoraran su posición; por ejemplo, aceptar un legado o una donación no onerosa. En cuanto a negocios bilaterales que imponían deberes al impúber, pero que también le otorgaban derechos, éstos eran “claudicantes”: los derechos conferidos al impúber eran exigibles por éste, pero sus deberes no tenían sanción procesal. Como tal situación no parecía muy justa hacia el impúber, en tales casos, plenamente responsable hasta del importe de su enriquecimientos, el cual podía ser muy inferior al importe que debía, según el contrato en cuestión”¹⁵

¹⁵ Un impúber ya cercano a la mayoría de edad y que, por su desarrollo intelectual, ya debería comprender el alcance de sus actos, podía ser considerado como *capax doli*, y condenado por más del enriquecimiento obtenido.

2.1.8. CURATELA DE MENORES DE VEINTICINCO AÑOS.

Llegado a la pubertad, el ciudadano romano, masculino y *sui iuris*, tenía originalmente la plena capacidad de ejercicio (cosa explicable: la tutela era un poder establecido en protección de los próximos agnados de manera que, una vez que el pupilo podía tener hijos propios que recibirían la herencia, desaparecía la *ratio iuris* de la tutela). Sin embargo, no se puede esperar un criterio maduro en un joven de catorce años; de ahí que en 191 a. de J.C., una *Lex Plaetoria* estableció cierta protección para *minorisvigintiquinqueannorum*, también simplemente llamados *minores*.

Quien, con mala fe, se aprovechaba de la falta de experiencia de estos menores incurria en sanciones penales; además, el *minor* perjudicado podía pedir la rescisión del negocio en cuestión por una *in integrumrestitutio*; pero si se trataba de una imprudente promesa formal por parte suya, se concedía una *exceptio legis Plaetoriae* contra la posible *actio* con que la parte contraria tratara de obtener el cumplimiento.

Observemos que los dos últimos recursos procedían aun en caso de que el otro contratante hubiera obrado de buena fe; solo se exigía, como requisitos para estas dos medidas protectoras, que hubiera habido un daño para el *minor*, que este daño hubiera sido grave y previsible por un adulto experimentado. Así, el *minos* podría solicitar la *in integrumrestitutio*.

A causa de esta *Lex Plaetoria*, resultaba arriesgado celebrar negocios con *minoris*, y los terceros exigían a menudo que el *praetor* nombrara un curador al *minos* con quien deseaba celebrar un negocio importante. El *minor* debía estar de acuerdo con este nombramiento, pero después de dar su conformidad y de recibir su curador, ya no podía recurrir a las citadas medidas protectoras.

Bajo Marco Aurelio, la curatela, concedía primero *ad hoc*, llega a ser permanente, y aunque, por regla general, no se dio contra la voluntad del *minor*, encontramos, desde Constantino, una excepción al respecto: en materia procesal, el *minor*, tenía que aceptar un curador.

Así, en vez del actual salto brusco de la minoría a la mayoría de edad, suavizado eventualmente por una emancipación, o una *venia aetatis*¹⁶, el derecho romano establece una zona de transición con una curatela cuya aceptación queda al arbitrio del *minor*, pero a la cual es impulsado, en negocios importantes, por la presión respectiva de terceros, que tendrían miedo de contratar con un *minor* sin curador. En la práctica, por tanto, tratándose de pupilos ricos, la tutela de los impúberes, al terminar por la pubertad, cedía su lugar inmediatamente a la curatela de los menores y el tutor debía rendir sus cuentas al ex pupilo, asistido por su nuevo curador.

2.1.9. PROTECCIÓN DEL PUPILO.

Paralelamente a lo anterior, se aumenta paulatinamente las garantías a favor del pupilo. En tiempos de las XII Tablas, el tutor deshonorado tenía que contar con el riesgo de ser acusado del crimen *suspectitutoris*, acusación infame que cualquier ciudadano podría presentar, si sospechaba un fraude cometido por un tutor en perjuicio de su pupilo. Además de esa sanción, al expupilo mismo le correspondía un *actio de retonibusdestrahendis* para obtener una indemnización del doble del daño sufrido por culpa del tutor.

Por intervención del pretor se añadían a estas garantías la *in integrumrestitutio*, para la anulación de negocios fraudulentamente celebrados por el tutor el perjuicio del pupilo, y la *actio negotiorumgestorum*, en caso de perjuicios

¹⁶ La emancipación no produce todos los efectos de la mayoría de edad sino que crea una condición jurídica entre minoría y mayoría

sufridos por el pupilo a causa de la torpeza del tutor, sin que este hubiera cometido un acto deshonroso.

Además, encontramos una *actiotutela*, de carácter general. Con todas estas medidas procesales, creadas a favor del pupilo, este recibía una protección represiva bastante eficaz, con la importante limitación de que el tutor respondía de su culpa in concreto. Pero, además, se construía un sistema de medidas preventivas en beneficio del pupilo.

En primer término, en cuanto tomaba posesión de su cargo, debía el tutor preparar un inventario, bajo la vigilancia de funcionarios públicos.

Además, Séptimo Severo dispuso que los tutores necesitaban una especial autorización judicial para vender bienes raíces de su pupilos, sensata disposición que el derecho postclásico extendió a todos los objetos de valor y que el derecho moderno ha recogido.

En el mismo sentido preventivo encontramos que, contrariamente a lo que sucede en el derecho moderno, el tutor romano solo podía ocuparse de cuestiones patrimoniales, sin poder intervenir en asuntos que se relacionaran con la salud o educación de su pupilo, el cual no tenía que vivir necesariamente en casa del tutor. Generalmente vivía con su madre que desde luego, no tenía la patria potestad y no podía ser “tutora”. También pertenece a las medidas preventivas la prohibición de que el tutor celebrara un matrimonio justo con su pupila sin liquidar previamente las cuentas de la tutela, de manera que le estaba vedado este camino para obtener el *beneficiumcompetentiae*.

Otras disposiciones preventivas prohíben que el tutor hiciera un testamento para el pupilo o que realizara donaciones con los bienes de este, salvo las que el decoro social exige de vez en cuando.

Este conjunto de reglas represivas y preventivas se completaba con el principio de que el dinero recibido en virtud de la tutela, debía ser invertido en forma segura, de preferencia en terrenos. Tales fondos no debían quedarse más de dos meses sin invertir, salvo pena de que el mismo tutor indemnizara al pupilo por intereses dejados de ganar.

También hubo fianzas obligatorias que debían otorgar los tutores, salvo los testamentarios y los que fueran nombrados, después de una seria investigación, por el magistrado. Y debemos mencionar la hipoteca tácita, general, que recibía el pupilo sobre los bienes del tutor y la preferencia de que gozaba, por tanto, en caso de concurso o quiebra.

Trajano añadió todavía a este sistema protector una acción subsidiaria que el pupilo podía ejercer contra los magistrados que hubieran nombrado a un tutor indigno de confianza o que hubieran aceptado fiadores insolventes.

Con tales disposiciones, el derecho romano creó una protección eficaz del pupilo contra la mala fe o torpeza de su tutor, protección que el derecho moderno ha copiado en gran parte.

2.1.10 TERMINACIÓN DE LA TUTELA.

La tutela de infantes o impúberes termina con la muerte, la pérdida de libertad o de la ciudadanía, la *adrogatio* o el matrimonio *cum manu*, por parte de la persona incapaz; y, además, se extinguía cuando ésta llegaba a la pubertad. Se cambiaba al tutor en caso de muerte o *capitisdeminutio* de éste, y también cuando presentaba una excusa válida o se comprobaba que había cometido el crimen *suspectitutoris*.

Al terminar la tutela, el tutor rendía cuentas y se ajustaba la relación financiera entre tutor y pupilo, mediante un traspaso del saldo que el uno debía al otro. Si el tutor estaba en deuda con el pupilo, este disponía de la *actiotutela* (directa), pero si el saldo era favorable al tutor, éste podía ejercer la *actiotutela* contraria.

CAPÍTULO III

DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO

3.1 CONCEPTO DE FAMILIA.

“Rama del Derecho Familiar relativa al conjunto de normas jurídicas que rigen la formación, el funcionamiento y los efectos de las relaciones familiares así como su disolución y la sucesión hereditaria entre personas”¹⁷.

Ofrecer una definición exacta sobre la familia es una tarea compleja debido a enormes variedades que encontramos y al amplio espectro de culturas existentes en el mundo, la familia ha demostrado históricamente ser el núcleo indispensable para el desarrollo de la persona, la cual depende de ella para su supervivencia y crecimiento, no se desconoce con esto otros tipos de familia que han surgido en estas décadas, las cuales también enfrentan desafíos permanentes en su estructura interna, en la crianza de los hijos/as, en su ejercicio parental o maternal, por mencionar algunas la familia de madres solteras, de padres separados las cuales cuentan con una dinámica interna muy peculiar.

¹⁷ BAQUEIRO Rojas Edgard, “Derecho Familia”, Primera Edición, México, Editorial Oxford, 2008, Pág. 4.

La familia es un grupo social básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio presente en todas las sociedades, idealmente, la familia proporciona a sus miembros protección, compañía, seguridad social, la estructura y el papel de la familia varían según la sociedad.

La familia nuclear es la unidad principal de las sociedades más avanzadas, este núcleo está subordinado a una gran familia con abuelos y otros familiares, una tercera unidad familiar es la familia monoparental, en la que los hijos viven solo con el padre o con la madre en situación de soltería, viudez o divorcio, se han desarrollado diferentes teorías sobre la evolución de las estructuras familiares y sus funciones, según éstas, en las sociedades más primitivas existían dos o tres núcleos familiares, a menudo unidos por vínculos de parentesco, que se desplazaban juntos parte del año pero se dispersaban en las estaciones en que escaseaban los alimentos.

Con la llegada del cristianismo, el matrimonio y la maternidad se convirtieron en preocupaciones básicas de la enseñanza religiosa, después de la forma protestante en el siglo XVI el carácter civil, la mayor parte de los países occidentales actuales reconocen la relación de familia fundamentalmente en el ámbito del derecho civil.

La familia constituye el grupo natural del cual surgen individuos que conforman la sociedad.

La familia es el grupo social en el que recae todo tipo de responsabilidad para que una sociedad se defina y desarrolle. Entre ellas se hallan las que se refieren directamente en lo individual, a cada uno de los sujetos unidos por vínculos de sangre producto de convivencia intersexual y de filiación o por vínculos jurídicos, como ocurre con la unidad familiar en su totalidad. Ha evolucionado, hay cambios algunos de los cuales estamos presenciando, el origen

de la familia y su estudio no comprende el descubrimiento de ésta si no el estudio e investigación de cómo ha sido, y, cuáles han sido sus cambios y cuáles sus funciones.

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre y dieron origen a diversos tipos de familia, las cuales reflejan una gran variedad de situaciones económicas, sociales, políticas, jurídicas, etc.

Debido a esto la familia es una institución que ha sido definida de muy distintas formas, se le ha considerado como primera asociación humana o como la célula natural y necesaria de la sociedad, también como el núcleo de toda organización social o el medio en que el individuo logra su desarrollo físico, síquico y social de igual manera se ha dicho de ella que es la unidad económica que conforma la base de la seguridad material del individuo en sus diversas etapas de desarrollo, al principio en el seno de la familia en que nace y posteriormente en la familia que hace, así mismo, se le ha señalado como la institución cuyos miembros se relacionan por derecho, deberes y obligaciones recíprocas.

Lo anterior se debe a que el término familia, posee distintas acepciones, pues su significado depende del ángulo en que se coloque el estudio para reflexionar científicamente sobre ella, y por consiguiente, conocerla, en este sentido, el concepto de familia, no será el mismo si se mira desde el punto de vista de origen, si se analiza a partir de sus formas de organización y evolución en el tiempo o si se considera en razón de sus efectos, entendidos estos como derechos, deberes y obligaciones que vinculan a sus miembros desde el punto de vista legal.

La ley no da una definición, se buscaron diversos elementos; sujeción (los integrantes de la familia se rigen por uno de sus miembros), la convivencia (los

miembros de la familia viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa), el parentesco (conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad), la filiación (conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o la filiación, aunque excepcionalmente por la adopción).

La familia es una institución social, la ley impone la regulación no solo al matrimonio, sino también a la filiación y a la adopción. La calidad de miembro de la familia depende de la ley y no de la voluntad de las personas.

La familia es una institución jurídica pero no una persona jurídica. En esta materia no cabe aceptar figuras que sean nítidamente patrimoniales.

La evolución histórica nos ayuda a conocer la evolución de la familia, permite comprender sus roles, al principio existía endogamia (relación sexual indiscriminada entre varones y mujeres de una tribu) luego los hombres tuvieron relaciones sexuales con mujeres de otras tribus (exogamia). Finalmente la familia evoluciono hasta su organización actual (monogamia).

Este vínculo familiar permite el ejercicio de los derechos subjetivos familiares entre quienes tienen tal vinculación.

Para algunos autores en el concepto de familia nada importa que el vínculo jurídico, sea legítimo o ilegítimo, así no existirían clases de familias distintas, con extensión y cualidades privativas, las diferencias se hallan en cuanto a la regulación de estos vínculos.

La calidad de miembro de la familia es precisada por el Derecho Civil en la forma ya establecida, y aunque algunas leyes especiales se aparten en alguna

medida del ordenamiento civil para el otorgamiento de ciertos derechos, quienes forman la familia no son otros que los determinados por él.

El concepto de familia tiene dos acepciones: 1) Instrumento o conjunto de instrumentos públicos de los cuales emerge el estado de familia de unas personas, se alude al título de estado en un sentido formal. 2) Causa o título de un determinado emplazamiento de familia se prueba con el título formalmente hábil, este también puede aprobar el emplazamiento por otros medios cuando no es posible obtener el título.

El emplazamiento en el estado de familia requiere del título de estado en sentido formal, ya que solo mediante él se hace oponible erga omnes y permite ejercer los derechos y deberes que corresponden al Estado, tal es el caso de que alguien se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman a su vez, ser los padres.

En este caso hay posesión de estado y tiene importancia jurídica porque permite a la ley presumir que quienes en los derechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en el estado de familia, se reconoce por medio de esa conducta la existencia de los presupuestos sustanciales del estado y esta posesión debe estarlo debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento expreso, si no quedarse desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo biológico.

La familia constituye el núcleo de la sociedad, representa el tipo de comunidad perfecta, pues en ella se encuentran unidos todos los aspectos de la sociedad, económicos jurídicos, socioculturales, etc. Son muchas definiciones que hay de familia pero la mayoría plantea que es la estructura social básica donde padres e hijos se relacionan, esta relación se basa en fuertes lazos afectivos, pudiendo de esta manera sus miembros formar una comunidad de vida y amor,

ésta familia es exclusiva, única, implica una permanente entrega entre todos sus miembros sin perder identidad. Entendemos de esta manera que lo que afecta a un miembro afecta directa o indirectamente a toda la familia, por ello hablamos de sistema familia, de una comunidad que es organizada, ordenada, y muchas veces relacionada con su entorno.

La familia es una institución que influye con valores y pautas de conductas que son presentados especialmente por los padres, los cuales van conformando un modelo de vida para sus hijos enseñando normas, costumbres, valores, que contribuyan en la madures y autonomía de sus hijos, influyen de sobremanera en este espacio la religión, las buenas costumbres y la moral en cada uno de los integrantes más pequeños.

La familia es un hecho social universal, ha existido siempre a través de la historia y en todas las sociedades, es el primer núcleo social en el cual todo ser humano participa, para su constitución del encuentro y relación de un hombre y una mujer que quieran unirse en un proyecto de vida común, mediante el afecto hacia los hijos que surgirán de su relación. En cuanto a las funciones que ella tiene vemos que, independientemente del tipo, de familia que se trate, ésta cumple ciertas características básicas que están relacionadas con lo que la familia hace. De hecho, como institución primordial de la sociedad, la familia desempeña ciertas funciones básicas que le son propias, éstas pueden variar en forma como se le expresen en el tiempo, pero en todas las épocas las familias las han ejercido.

En las líneas generales, la familia se preocupa de la reproducción y del cuidado físico de sus miembros y está a cargo del bienestar y desarrollo psicológico y social de cada uno de ellos. La familia esta orgánicamente unida a la sociedad, en este sentido transforma las sociedades revolucionarias al provocar cambios sustanciales, en la familia se hacen ciudadanos, y estos encuentran en ella la primera escuela de las virtudes que engendran en la vida y en el desarrollo de la

sociedad, constituyendo el lugar natural y el instrumento más eficaz de humanización de la sociedad, colabora de manera original y profunda, en la construcción del mundo, haciendo una vida propiamente humana en particular protegiendo y transmitiendo las virtudes y valores.

La familia está fundada en el amor. Y esto es lo que mueve a todos sus miembros a construir día tras días una comunidad siempre renovada, en la cual todos tienen igual dignidad e importancia; el amor hace que la unidad familiar se dé basándose en la entrega de cada uno a favor de los demás.

Es por ello que la familia es el lugar por excelencia donde todo ser humano aprende a vivir en comunidad con actitudes de respeto, servicio, fraternidad y afecto.

En el sentido técnico-jurídico, la familia es el conjunto de personas entre las cuales median relaciones de matrimonio o de parentesco consanguinidad, afinidad o adopción a las que la ley atribuye algún efecto jurídico, la familia se considera como la unidad social básica, donde el individuo se forma desde su niñez, para que en su edad adulta se conduzca, como una persona productiva para la sociedad donde se desarrolla.

3.1.1 CONCEPTO JURÍDICO.

Se atiende a las relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía del matrimonio o del concubinato y a la procreación, conocidas como parentesco, así como a las provenientes de las formas de constitución de organización del grupo familiar a las que la ley reconoce ciertos efectos, deberes y obligaciones entre sus miembros hasta cierto límite. Por eso este concepto de familia se refiere al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia.

Desde el punto jurídico la simple pareja forma una familia, porque entre ambos miembros se establecen relaciones jurídicas familiares que los rigen y que constituye un conjunto de deberes, derechos y obligaciones recíprocos que le son propios.

El vínculo jurídico familiar es la relación que existe entre dos individuos, derivado de la unión matrimonial de la filiación o del parentesco y en virtud del cual existen de manera independiente y habitualmente recíproca determinados derechos subjetivos que entonces pueden considerarse como derecho subjetivos familiares, la familia puede ser o no ser reconocida por el orden jurídico si la reconoce significa que ambos conceptos coinciden.

Como medio necesario para realizar el orden social los vínculos biológicos y jurídicos deben coincidir, entre ambos y existir concordancia y discordancia.

La concordancia pura se produce cuando el vínculo jurídico corresponde al vínculo jurídico creado en contra de las disposiciones legales, por lo cual la relación está sujeta a una causa de nulidad.

Cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas, se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de relaciones familiares. El acto jurídico familiar es una especie dentro del género acto jurídico, la teoría general del acto jurídico, sus presupuestos y condiciones de validez es aplicable el acto jurídico familiar, aunque el contenido de estas relaciones este predeterminado por la ley.

Estos actos jurídicos pueden tener por inmediato la creación, modificación, conservación e incluso la extinción de relaciones familiares. Hay actos jurídicos familiares unilaterales y bilaterales, el unilateral es el reconocimiento del hijo, el bilateral el conocimiento del matrimonio.

3.2 NATURALEZA JURÍDICA.

Tradicionalmente se ha considerado que el derecho de familia, es una sub rama del derecho civil, sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas solo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del derecho con principios propios.

“No podemos colocar al derecho de familia dentro del derecho público, pues independientemente de los criterios para clasificar el derecho público y privado, la intervención del Estado es distinta a la que observamos en el derecho público y predomina las relaciones entre personas que son miembros de la familia orientadas hacia un fin familiar y social”¹⁸.

En lo que concierne a la naturaleza de la sociedad conyugal, se ha pretendido ver en ella una verdadera sociedad creadora de personalidad jurídica, con patrimonio y representación propios, distinta de los cónyuges.

Pero casi la totalidad de la doctrina nacional y extranjera no está de acuerdo en ellos, ya que la familia no es ni puede ser una persona moral.

Propiciaría el absurdo si cuando los esposos optaran por el régimen de sociedad conyugal, la familia tendría personalidad jurídica, en caso contrario cuando se elige el régimen de separación de bienes carecería de ella.

El Código Civil del Estado de Veracruz en su Artículo 172 considera que los bienes comunes pertenecen a ambos cónyuges de lo que se deduce que no hay

¹⁸ CHAVEZ Asencio Manuel, “La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Familiares”, Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2003, Pág.157.

una tercera persona titular de los mismos y la naturaleza de la sociedad conyugal que no es la de una sociedad, sino la de una comunidad, de bienes que sólo puede existir entre cónyuges y su finalidad es la protección del patrimonio familiar, éste debe ser administrado por ambos.

La administración y división de los beneficios se guían por las capitulaciones matrimoniales, en las cuales los esposos se concedan mediante un acuerdo establecido su intervención en la administración y disposición de los bienes del patrimonio como la transmisión en propiedad de 50% de los mismo sin alterar la naturaleza del pacto, quedando 50% en propiedad del otro cónyuge. La sociedad conyugal tienen características que la distinguen tanto de la copropiedad como de la sociedad propiamente dicha. Estas también tienen sentido y razón de ser en el matrimonio por eso surge, existe y desaparece con el matrimonio, el régimen de sociedad conyugal, puede terminar durante el matrimonio, si así lo acuerdan los cónyuges y optar por otro.

Respecto de la naturaleza de la adopción como acto jurídico. Conviene establecer la distinción con otras especies de actos.

El Código Civil francés con un criterio individualista, considera la adopción como un contrato entre el adoptante y el adoptado, o sus representantes legales, padres o tutores, celebrado entre particulares, si bien el acuerdo de voluntades entre adoptante y adoptado o sus representantes, no es suficiente para que tenga lugar la adopción.

Es necesaria la autorización judicial, todo debe llevarse a cabo en nuestro derecho ante el Juez Civil, de acuerdo con las normas especiales establecidas según sea el caso, como en el del Código de Procedimientos Civiles.

Debe concurrir en el acto de la adopción, junto a la voluntad de los particulares, la voluntad del órgano judicial coordinándose entre sí, porque si bien el adoptante tiene un interés particular generalmente de carácter afectivo, para llevar a cabo la adopción, ese interés privado se conjunta con el interés que tiene el Estado en la intervención del órgano jurisdiccional para cuidar que la adopción se lleve a cabo en beneficio del menor, de allí que el acto de la adopción, sea un acto jurídico complejo, de carácter mixto, en el que por participar a la vez el interés de los particulares y del Estado, debe considerarse como acto mixto.

Además, y por similares consideraciones, desde hace varios años diversos Estados han creado judicaturas especializadas en esta materia, denominadas comúnmente juzgados o tribunales de familia.

Contenido moral o ético.- Esta rama jurídicamente posee normas sin sanción o con sanción reducida y obligaciones, fundamentalmente incoercibles, por ellos no es posible obtener el cumplimiento forzado de la mayoría de las obligaciones de familia, quedando entregadas al sentido ético o a la costumbre, (una importante excepción es el derecho de alimentos).

Regula situaciones o estados personales.- Es una disciplina de estado civiles (de cónyuges, separado, divorciado, padre, madre e hijo, etc.) que se imponen, además dichos estados pueden originar relaciones patrimoniales (derechos familiares patrimoniales), pero con modalidades particulares pues no son consecuencia de tales estados y por tanto, inseparable de ellos.

Predominio del interés social sobre el individual.- Esta rama posee un claro predominio del interés social (o familiar) en sustitución del interés individual ellos genera importantes consecuencias, como el predominio del interés social sobre el individual, normas de orden público, reducida autonomía de la voluntad y las relaciones de familia.

“las normas que integran el Derecho de familia son, como todas en general reguladoras. El derecho hace posible la vida social a través de las normas que regulan las relaciones entre las personas, entre estos y el Estado y entre las naciones”¹⁹.

3.3 HISTORIA DE LA FAMILIA.

Los estudios históricos muestran que la estructura familiar ha sufrido pocos cambios a causa de la emigración a las ciudades y de la industrialización, el núcleo familiar era la unidad más común en la época preindustrial y aun sigue siendo la unidad básica de organización social en la mayor parte de las sociedades industrializadas modernas, sin embargo la familia moderna ha variado con respecto a su forma más tradicional, en cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres. Las crisis y dificultades sociales, económicas y demográficas de las últimas décadas han hecho redescubrir que la familia representa un valiosísimo potencial para el amortiguamiento de los efectos dramáticos de problemas como el paro, las enfermedades, la vivienda, las drogadependencias o la marginalidad, la familia es considerada hoy como el primer núcleo de solidaridad dentro de la sociedad, siendo mucho más que una unidad jurídica, social y económica, la familia es ante todo una comunidad de amor y solidaridad.

Actualmente en pleno siglo XXI, la familia vive uno de los momentos más tensos dentro de su historia, si lo comparamos con una computadora que es acechada por diferentes tipos de virus, es igualmente lo que le sucede a la familia pero con virus como la infidelidad, la violencia intrafamiliar, la emigración, el machismo, etc. Cabe destacar que dentro de cada familia es necesario que tenga

¹⁹ CHAVEZ Asencio Manuel, “La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Familiares”, Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2003, Pág.142.

una base sólida para la educación de sus hijos y el fomento de los valores morales para fortalecer a la familia y sociedad.

Antropólogos y sociólogos han desarrollado diferentes teorías sobre la evolución de las estructuras familiares y sus funciones. Según en las sociedades mas primitivas existían dos o tres núcleos familiares, a menudo unidos por vínculos de parentesco que se desplazaban juntos parte del año pero dispersaban en las estaciones en que escaseaban los alimentos.

La familia era una unidad económica, los hombres cazaban mientras que las mujeres recogían y preparaban los alimentos y cuidaban de los niños. En este tipo de sociedad era normal el infanticidio y expulsión del núcleo familiar de los enfermos que no podían trabajar.

Después de la Reforma protestante en el siglo XVI, el carácter religioso de los lazos familiares, fue sustituido en parte por el carácter civil. La mayor parte de los países occidentales actuales reconocen la relación de familia, fundamentalmente en el ámbito del derecho civil.

De la época prehistórica hasta nuestro tiempo, han surgido una serie de transformaciones las cuales nos dan la pauta de que la noción de la familia está en pie, pero la estructura ha cambiado de acuerdo al tiempo y a la complejidad de la sociedad.

Casi todas las actividades humanas se desarrollan dentro de la esfera de lo social, es por eso aquel se dice que el núcleo de la familia es tan indispensable para el desarrollo del hombre, es ahí donde se forja el carácter y la personalidad de cada individuo y no podemos dejar pasar desapercibido que del núcleo familiar en donde cada uno se ha desenvuelto es muy diferente.

El objetivo es analizar la estructura familiar hasta nuestros tiempos, el desarrollo que se ha ido dando entorno a ella y los cambios evolutivos que han ido surgiendo conforme al tiempo y la modernidad, que gracias a la convivencia y la necesidad de subsistir han hecho los grupos sociales mas complejos.

Este siglo se desarrolla en los discursos de los teólogos católicos, próximos a la Monarquía, que observan la destrucción de la familia por los efectos del individualismo revolucionario. Ya no se trata de intervenir en nombre de un discurso puramente moral, sino de combatir la pobreza que es la fuente de desuniones familiares, el patrocínio, la filantropía y el catolicismo reformador social serán remplazados por los principios higienistas de comienzos del siglo XIX en su labor de regeneración de la fe.

3.4 DERECHO DE FAMILIA.

El derecho de familia está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan, las relaciones familiares. Estas relaciones integran el derecho civil.

“Los padres son los responsables de que en su familia prevalezca un ambiente de armonía y cooperación, de reciproco respeto que permita a los hijos desarrollarse en condiciones propicias para el desenvolvimiento de sus aptitudes físicas, mentales y morales”²⁰.

En derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones, regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones filiales, las que determinan el régimen patrimonial, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc.

²⁰ Artículo 7º, de “La Ley de Asistencia Sociales y Protección de Niños y Niñas de Veracruz”.

El interés familiar limita las facultades individuales, en nuestro país el derecho de familia está básicamente contenido en el Código Civil Procesal para el Distrito Federal en el Artículo 940. Con posterioridad se dictaron leyes que organizaron los requisitos del estado civil de las personas.

A partir de la mencionada reforma del Código Civil para el Distrito Federal en la que atinadamente se adicionó el Título Cuarto Bis, de la familia en los citados artículos se refieren las características que asumirán las relaciones entre los miembros de la familia, así mismo indica la naturaleza de las disposiciones familiares, el objeto de tal regulación y señala quiénes son sus sujetos y sus fuentes al establecer que las disposiciones que regulan a la familia son de orden público y de interés social, así mismo precisamente el objeto de las disposiciones referente a la familia que tienden a proteger la organización y el desarrollo integral de sus miembros a partir del respeto a su dignidad pues ello permite detallar con claridad la pretensión de esta normatividad.

Las relaciones jurídicas entre los miembros de la familia, al señalar que ellas se integran a partir del conjunto de deberes y obligaciones que tienen entre si los sujetos que la forman y ellos por el solo hecho de ser miembros de la misma, la relación se basa en la relación interpersonal entre el hombre, la mujer y los hijos.

La definición de derecho de familia, se puede decir que es la institución jurídica que surge de la propia naturaleza biológica, ética y social del ser humano, es una comunidad de vida primaria vinculada por lazos de matrimonio o concubinato y parentesco, cuyas relaciones interpersonales de sus miembros, constituyen un conjunto de deberes, derecho y obligaciones reguladas por el derecho que deben darse en un ambiente de consideración solidaria, respeto a su dignidad e integridad física y síquica que el Estado está interesado en proteger.

Se integra la definición de lo que se conoce como derecho de familia, el cual es parte del derecho privado que se vincula con el público para reglamentar las relaciones entre los miembros del conglomerado derecho familiar en cuanto a su constitución, organización y disolución, responde a la regulación jurídica de los hechos biosociales, derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio o el concubinato de la filiación y el parentesco, el derecho de la familia es el conjunto de normas jurídicas de orden público e interés social que regulan la constitución organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos.

La familia es la primera forma de organización social, que ha existido en todos los pueblos y en todas las épocas, de las que hay testimonios históricos. La familia surgió porque el hombre necesitó agruparse para defenderse de la naturaleza, satisfacer sus necesidades de alimento y protección y cuidar su descendencia.

Este es uno de los probables factores que le dieron a la familia humana un carácter permanente. Este grupo organizado que constituye la familia tiene también fundamentos de tipo legal en la sociedad, el matrimonio es la base de la familia ya que toma las relaciones conyugales como base de la unidad familiar, este conducto tan universal entre nosotros, que nos inclinamos a considerar el matrimonio y la familia como ligados inseparables, sin embargo, hay algunas sociedades que establecen una distinción precisa entre ambos, o sea entre familia y matrimonio.

Los derechos de familia se derivan de los actos de familia, son por regla general irrenunciables, inalienables, intransmisibles e imprescriptibles, y además, tienen a ser derecho y deberes. Sin embargo, los beneficios económicos provenientes de ellos, en algunos casos, pueden renunciarse o percibirse. Las dos instituciones fundamentales del derecho de familia, son el matrimonio y la filiación.

Además, los cuerpos normativos dedicados al derecho de familia se preocupan de la situación de las personas sujetas a la autoridad de otro.

Las respuestas jurídicas a las nuevas formas de familia, tienen como presupuesto la neutralidad del derecho. El planteamiento podría ser que nuestra sociedad no conoce un único modelo familiar, sino una multiplicidad de modelos que resultan de las diferentes concepciones que existen sobre la sexualidad y las relaciones afectivas y convivenciales, así como de las distintas formas que tienen los ciudadanos de organizar esas mismas relaciones.

La ausencia de un conjunto de ideas y valores definidos respecto a las relaciones de carácter familiar han hecho que esas modificaciones no tengan un sentido claro, y que las reformas hayan sido muchas veces, incoherentes, contradictorias entre sí, y en ocasiones de escasa funcionalidad social.

Una primera respuesta sería la que hace el derecho sobre la familia en torno a la convivencia y la afectividad, bastaría pues, con que dos personas se quisieran y vivieran juntas, en este planteamiento quedarían efectivamente igualadas las parejas homosexuales y las heterosexuales, y sería también indiferente que estuvieran casadas o no, estaría igualmente presente en todos esos modelos familiares, y por tanto lo razonable sería tratarlas de manera semejante.

Sin embargo no resulta convincente, de hecho ni en el tratamiento clásico de la familia, ni tampoco en los más modernos, son suficientes la convivencia o la afectividad, o ambas simultáneamente. Así resulta con toda claridad del sistema de impedimentos matrimoniales, que impide casarse a quienes incurren en alguno de ellos y deja fuera del derecho su relación, aunque se quieran y vivan juntos, pero lo llamativo es, en realidad que esta misma forma de hacer las cosas desde el punto de vista jurídico, es la adoptada cuando se ha decidido regular legalmente

las uniones de hecho, una de las primeras reglas es la que establece los impedimentos no matrimoniales es decir, la que fija que las personas van a quedar fuera de este nuevo régimen, por mucho que se quieran y vivan juntos, cuando una ley dice que dos personas que ya están casadas pero no entre sí, no pueden constituir pareja estable, no está diciendo que no puedan vivir juntos y quererse, lo que está diciendo es que ni han bastado ni bastan esa convivencia y afectividad para fundamentar la regulación jurídica de la familia.

Desde otro punto de vista, su convivencia y afectividad fueran efectivamente el fundamento y razón de ser del derecho de familia, lo que no estaría claro es que es lo que hay en esas situaciones que impulsa a la sociedad y al derecho a ocuparse de ellas.

3.5 ACTOS Y DERECHOS DE FAMILIA.

Los actos de familia son habitualmente solemnes, o sea, requieren de ciertas formalidades (el matrimonio, la adopción, etc.); y comúnmente no pueden ser objeto de modalidades.

Los derechos de familia que derivan de los actos de familia, son por regla general irrenunciables, inalienables, intransmisibles, imprescriptibles y además, tienden a ser derechos y deberes, sin embargo, los beneficios económicos provenientes de ellos, en algunos casos, pueden renunciarse o prescribirse.

3.6 CLASES DE FAMILIA.

La familia es la más compleja de todas las instituciones, aunque en nuestra sociedad muchas de sus actividades tradicionales hayan pasado parcialmente a otras, todavía quedan sociedades en las que la familia continua ejerciendo las funciones educativas, religiosas protectoras, recreativas y productivas, no falta

quien la acuse de incapacidad para la misión encomendada, de que no cumple con su deber, será por negligencia o por torpeza moral pero evidentemente esas recriminaciones son absurdas, porque la familia no es una persona ni una cosa sino una comunidad. Ahora hay que reconocer que no siempre los adultos en específico los padres cuentan con todos los elementos que les permitan educar de manera correcta a sus hijos.

Existen varias formas de organización familiar y de parentesco, las cuales son:

Familia nuclear, o elemental, familia extensa o consanguínea, familia monoparental.

3.6.1 FAMILIA NUCLEAR O ELEMENTAL.

“Es una familia universal y se caracteriza por ser un grupo social por tener residencia común, cooperación económica y reproducción, incluye adultos de ambos sexos y sus hijos”²¹.

En la conformación y desarrollo de la familia nuclear intervienen aspectos psicológicos, sociales, sexuales y afectivos entre otros. La modernización forjó el modelo familia nuclear, donde padres casados conviven con sus hijos dependientes.

Los requerimientos sociales y económicos nos hacen especificar que la familia nuclear se caracteriza por ser un grupo social, por tener residencia común, cooperación económica y reproducción; incluye adultos de ambos sexos y a sus hijos, sean propios o adoptivos.

²¹ CHAVEZ Asencio Manuel, “La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Familiares”, Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2003, Pág.185.

En la sociedad moderna, especialmente en las zonas urbanas, la familia conyugal nuclear, compuesta únicamente por padres e hijos a constituir la unidad doméstica normal.

En el tema de familia se opina que esta reducción de la familia y la pérdida progresiva de la importancia de los vínculos parentales, constituye una tendencia mundial que ha afectado en primer término a los países más desarrollados, se percibe ya incluso, aunque de modo mucho más tenue, en sociedades tradicionales.

La nueva célula doméstica constituye normalmente una unidad económica independiente, en las sociedades de tradicionales los vínculos de parentesco poseen una importancia tal que determina de por vida el estatus socioeconómico de los miembros del grupo social, en nuestra sociedad moderna la adquisición de un estatus depende de calificaciones y habilidades personales que muy pocos tienen que ver con relaciones de parentesco.

3.6.2. FAMILIA EXTENSA O CONSANGUÍNEA.

Se compone de más de una unidad nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, sobrinos, primos y demás por ejemplo la familia de triple generación incluye a los padres a sus hijos casados o solteros a los hijos políticos y a los nietos.

3.6.3 FAMILIA MONOPARENTAL.

Es aquella que se constituye por uno de los padres y sus hijos. Esta puede tener diversos orígenes, ya sea por qué los padres se han divorciado y los hijos

quedan viviendo con uno de los padres, por lo general la madre, por un embarazo precoz donde se configura otro tipo de familia dentro de la mencionada.

3.7 FAMILIA ADOPTIVA.

“Es la que adquiere el adoptado por razón del parentesco derivado de la adopción”²².

“Los padres en la medida de sus posibilidades, están obligados a proporcionar a los hijos la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, habitación, vestido, educación y demás derivadas de su condición especial”²³.

“Los adoptantes se obligan, con respecto a los adoptados, en los mismos términos que establecen las disposiciones anteriores para los padres”²⁴.

El apartado de las familias adoptivas ocupa un lugar importante dentro de nuestro trabajo, ya que son ellas, junto con los niños, el eje central de nuestro estudio y sin los cuales éste carecería de sentido.

3.7.1 DIVERSIDAD DE FAMILIAS ADOPTIVAS.

Dentro de las familias adoptivas hay una gran diversidad en lo que se refiere a los motivos que las llevan a adoptar, las características de los que adoptan y de las que son adoptados, el tipo de relaciones que se establecen dentro de ellas, etc. Se puede incluso dar el caso de encontrar dos familias adoptivas con más diferencias entre sí de las que puedan tener una familia biológica y otra adoptiva; ya que por ejemplo, una familia que adopta a una niña

²² DE PINA Vara Rafael, “Diccionario de Derecho”, Trigésima Tercera Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2007, Pág.287.

²³ Artículo 10 de “La Ley de Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas de Veracruz”.

²⁴ Artículo 11 de “La Ley de Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas de Veracruz”.

recién nacida vive circunstancias muy distintas a la que adopta un niño de 8 años que ya tiene experiencias vitales y cuya adaptación va a estar condicionada por la vida que llevó en esos 8 años.

Otra diferencia notable dentro de las familias es la diferente opinión que ellas mismas puedan tener de sus circunstancias. Así, hay familias que se consideran comunes con respecto a las demás familias, y la única diferencia que ven es, evidentemente, la del vínculo biológico.

Otras familias, en cambio, se consideran especiales por el hecho de tener un hijo adoptado, y ven a las familias biológicas como algo totalmente ajeno a ellas; hecho que no siempre es positivo de cara a una buena adaptación del niño, tanto familiar como socialmente.

Como ya decíamos antes, las diferencias no solo vienen marcadas por las características del niño que se adopta, sino también por las de los que adoptan. Por ejemplo, a la adopción se puede llegar por caminos muy diferentes, con niveles de apoyo tanto familiar como social o profesional muy distintos, y con actitudes educativas también muy diferenciadas.

Por lo tanto, pasando por alto el vínculo biológico que existe en las familias no adoptivas, no hay tantas diferencias entre unas y otras en lo que se refiere al funcionamiento interno de ambas.

3.8 PARENTESCO.

El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.

En el parentesco la situación establece que ese crea entre los diversos sujetos relacionados permite la aplicabilidad constante de todo el estatuto familiar relativo a esta materia, para que no sólo se produzcan consecuencias momentáneas o aisladas, sino que se mantengan las mismas en forma más o menos indefinida.

“El parentesco es la relación que existe entre los miembros de una familia. Según el concepto que se tenga de familia y la amplitud que se otorgue a esta, serán los diversos grados de parentesco”²⁵.

“Las tres formas del parentesco, por consanguinidad, por afinidad o por adopción.

Deben estar declaradas y reconocidas por la ley, pues aun cuando podría pensarse que los vínculos derivados de la sangre los impone la naturaleza misma, también no es menos cierto que sólo en la medida que el derecho reconozca la existencia de esos vínculos consanguíneos habrá parentesco para los efectos de la ley.

En el parentesco por afinidad y en el parentesco civil, o por adopción la ley es la que determina quienes son los sujetos vinculados por la relación parental y los actos jurídicos que producirán las consecuencias de derecho”²⁶.

3.8.1 PARENTESCO CONSANGUÍNEO.

El parentesco consanguíneo es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor

²⁵ PACHECO E. Alberto, “La Familia en el Derecho Civil Mexicano”, Segunda Edición, México, Editorial Panorama, 1998, Pág.32.

²⁶ ROJINA VILLEGAS Rafael, “Compendio de Derecho Civil, Introducción Personas y Familia”, Trigésima Primera Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2010, Pág.260.

común. El parentesco consanguíneo existe en dos líneas jurídicamente: recta y transversal, en los siguientes términos, la línea recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras, la transversal se compone de la serie de radios entre personas que sin descender unas de otras proceden de un progenitor o tronco común.

La línea recta puede ser ascendente o descendente, ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede, es la liga al progenitor con los que de él procedan, la misma línea es pues ascendente o descendente según el punto de partida, y la relación a que se atienda.

La línea transversal puede ser igual o desigual, según que los parientes se encuentren en el mismo grado o distintos.

“El parentesco consanguíneo produce un impedimento para contraer matrimonio entre los parientes”²⁷.

La forma de computar el parentesco en la línea recta, consiste en contar el número de generaciones o bien el número de personas, excluyendo al progenitor, los hijos se encuentran con relación a los padres en primer grado, pues solo hay una generación entre ellos o bien por el número de personas tendremos dos pero debemos excluir al progenitor, resultando así que hay un solo grado.

En la línea transversal, el cómputo es menos sencillo, por cuanto que existen en realidad dos líneas: en esta línea los grados se cuentan por el número de generaciones subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran excluyendo la del progenitor o tronco común.

²⁷PACHECO E. Alberto, “La Familia en el Derecho Civil Mexicano”, Segunda Edición, México, Editorial Panorama, 1998, Pág.32.

3.8.2 PARENTESCO POR AFINIDAD.

Este parentesco se define de la siguiente manera, el parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes, del varón. Este tipo de parentesco viene a constituir una combinación del matrimonio y del parentesco consanguíneo, pues representa la línea recta y la línea transversal, la esposa de este parentesco de afinidad con los ascendientes, descendientes o colaterales de su marido, en los mismos grados que existan respecto a los citados parientes consanguíneos.

“El parentesco de afinidad nace siempre del matrimonio, con los parientes del o de la cónyuge”²⁸. El parentesco por afinidad produce solo consecuencias muy restringidas, no existe el derecho de alimentos que se reconoce en algunas legislaciones como la francesa entre el yerno o nuera y sus suegros o bien en una manera general entre afines de primer grado en la línea directa, se extingue el parentesco por afinidad así como en los casos de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por nulidad.

3.8.3 PARENTESCO POR ADOPCIÓN.

Este parentesco resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato. Por virtud del mismo se crea entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo. Tal como se encuentra regulada esta institución en nuestras leyes, se desprende que la misma nace de un acto jurídico de carácter mixto.

²⁸ ELIAS Azar Edgar, “Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano”, Primera Edición, Editorial Porrúa S.A., 1995, Pág.45.

CAPÍTULO IV

EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO.

4.1 CONCEPTO DE DIVORCIO.

Antes de poder entrar en los diferentes enfoques que se le dan al divorcio en los diferentes países que se enunciarán adelante, es preciso dar una idea general de lo que es en sí el divorcio.

El divorcio (del latín *divortium*) es una de las formas mediante las que puede disolverse el vínculo matrimonial; se da por roto el vínculo que unía a los cónyuges de un matrimonio válidamente celebrado; y en un sentido amplio, se refiere al proceso jurídico que tiene como objetivo dar término a una unión conyugal. El divorcio fue asentado por primera vez en el Código Civil francés de 1804.

Su antecedente histórico lo encontramos en el Derecho Romano a través del Repudium, acto por el que operaba la voluntad de los esposos en el que intervenían formalidades como notificar al otro cónyuge su voluntad de separarse. En el Derecho Azteca. El matrimonio podía disolverse solamente en virtud de unar

resolución judicial y éste derecho de pedir el divorcio era igual para el hombre y la mujer. Lo solicitaba el hombre por esterilidad de la mujer, pereza de ésta, desaseo e incompatibilidad de caracteres, y la mujer tenía el derecho de pedirlo cuando no fuera sostenida por el hombre, o por maltrato físico e incompatibilidad de caracteres. Existen otros antecedentes al derecho actual referente al divorcio los cuales serán nombrados con posterioridad en el capítulo correspondiente al divorcio en el derecho mexicano.

4.2 DIVORCIO EN EUROPA.

A nivel internacional, la ley de divorcio es particular para cada país, dado que la inmigración es un fenómeno en alza en la Unión Europea, es muy frecuente que los miembros de la pareja sean de distinta nacionalidad. Dentro de los países que forman la Unión Europea, España es el país con mayor tasa de divorcios. En muchos casos los conflictos sobre el patrimonio y los bienes comunes pueden durar meses e incluso años.

4.2.1 DIVORCIO EN ITALIA.

En este país el cónyuge que interpone la demanda de divorcio debe tener domicilio fijo en Italia o vive en Italia desde mucho tiempo antes de promover la demanda; es característica en este país que si uno de los conyuges se opone al divorcio, la separación obligatoria precedente al divorcio puede durar hasta siete años. Después de concederse el divorcio, el Tribunal a petición de parte, asigna periódicamente una pensión de alimentos al cónyuge que carezca de los medios adecuados o por incapacidad no pueda obtener dichos alimentos de forma personal. Esta obligación cesa si el acreedor vuelve a casarse. En este derecho el pago periódico de alimentos puede hacerse en un solo pago, esto si se transfiere el derecho de propiedad de un inmueble al acreedor alimentario.

4.2.2 DIVORCIO EN BÉLGICA.

Para poder promover el divorcio en este país al menos uno de los cónyuges debe tener la nacionalidad belga o se encuentra instalado en forma permanente en este país. Las únicas causas por las cuales se puede dar el divorcio son por el adulterio, los excesos, malos tratos y las injurias graves y la separación de hecho. Después de haberse decretado el divorcio el acreedor alimentario puede obtener una pensión en función a los bienes e ingresos del deudor, cuyo importe de la pensión deberá garantizar la existencia en circunstancias iguales a las que disfrutaba durante el matrimonio. La pensión no podrá exceder de un tercio de los ingresos del cónyuge deudor. Una característica de este derecho es, que sin importar que los cónyuges no se hayan casado en Bélgica podrán obtener su divorcio en este país siempre que la ley del país donde hayan contraído nupcias no establezca alguna limitante.

4.2.3 DIVORCIO EN HOLANDA.

Para promover el divorcio en este país es necesario tener domicilio fijo en Holanda o haber residido durante mucho tiempo en este país. La única causal admisible para la obtención del divorcio en este derecho es el deterioro continuo de la relación matrimonial. Esta razón puede aducirse cuando el mantenimiento de la convivencia se ha hecho insostenible y no existe ninguna posibilidad de reanudar una relación conyugal adecuada. En el caso que el divorcio solo lo promueva uno de los cónyuges, el promovente debe demostrar dicho deterioro continuo si el otro cónyuge lo niega. El Juez es quien valorará si es cierto dicho deterioro de la convivencia o no. En este derecho la pensión otorgada al acreedor alimentario podrá durar como máximo doce años; pero en caso de matrimonios que hayan durado menos de cinco años, la obligación de alimentos durará el tiempo que haya durado el matrimonio. Las capitulaciones matrimoniales solo son posibles si se elevan a escritura pública y la audiencia provincial (son tribunales de justicia que tienen su sede en la capital de la provincia y ejercen su jurisdicción

sobre toda ella, conocen de asuntos civiles y penales, se estructuran en secciones formadas por tres o cuatro magistrados) las aprueba. Durante la separación las relaciones patrimoniales de la pareja se rigen por el régimen de bienes gananciales, es decir, los bienes que hayan adquirido durante el matrimonio, que comprenderá las deudas y bienes de la pareja, quedando excluidos los bienes personales propios de cada cónyuge.

4.2.4 DIVORCIO EN CHINA.

En el 2002 el gobierno chino modificó las condiciones de divorcio y hacerlas más modernas así como también ha procedido a hacer más sencillos los procesos de divorcio. En el caso que ambos cónyuges deseen de mutuo acuerdo el divorcio, éste será concedido sin necesidad de un tiempo previo obligatorio de separación, en este caso ambos cónyuges deben de ir conjuntamente al Registro Civil y solicitar el divorcio; cuando el registrador se haya cerciorado que lo hacen de forma voluntaria y que todas las cuestiones relativas a los hijos y bienes han sido acordadas se extenderá el acta de divorcio. En el caso que solo uno de los cónyuges desee el divorcio, se llevará a cabo un proceso de conciliación o mediación y si no se da se realiza una demanda de divorcio ante un Tribunal en el que intervendrá un jurado popular. El tribunal en primer lugar va a intentar que las partes lleguen a un acuerdo en una fase que se conoce como conciliación. Una de las causales más comunes es la separación de cuerpos por dos años. Una particularidad del divorcio en China es que durante un embarazo y después de un año de nacido el hijo o medio año después de haberse producido el aborto, no podrá el hombre solicitar el divorcio, esto no se aplica si fuera la mujer quien lo solicita o en casos excepcionales donde el tribunal aceptará la solicitud de divorcio por parte del hombre. Para el caso de la liquidación de la sociedad conyugal podrá ser acordada por las partes, sino llegasen a un acuerdo será el jurado del tribunal competente el que decida sobre el reparto de los bienes en función de las circunstancias del caso y prestando especial atención a los intereses de los hijos y de la mujer a través de sentencia. Cuando uno de los cónyuges se haya ocupado

de la crianza de los hijos o a las labores del hogar, tendrá el otro cónyuge una obligación de compensarle o indemnizarle económicamente si lo hubiese solicitado.

4.2.5 DIVORCIO EN POLONIA.

En este derecho se debe ser polaco o tener residencia permanente en Polonia para poder promover el divorcio; es característica de este derecho que si uno de los cónyuges no desea el divorcio el Juez podrá denegarlo si el bienestar de los hijos se encuentra en peligro; en caso de que el Tribunal decretara el divorcio en la sentencia correspondiente deberá especificar cuál de los cónyuges fue el culpable de la separación. Si ambos cónyuges solicitan el divorcio el Tribunal renuncia a pronunciar cual de los cónyuges fue el culpable. En el caso que uno de los cónyuges tuvo la culpa tendrá la responsabilidad de dar al otro una pensión en el caso que el no culpable tenga dificultades económicas, la pensión quedara en base a las posibilidades razonables, la capacidad de ingresos y posibilidades económicas, esto para no dejar desprotegido al cónyuge culpable. En el supuesto que la ruptura del vinculo conyugal deteriore la estabilidad económica del cónyuge no culpable, el culpable deberá aportar dinero necesario para restablecer la estabilidad al otro aunque éste no se encuentre en un estado de necesidad económica. La obligación de dar alimentos cesa cuando el acreedor alimentario contrae nuevas nupcias. En caso de que ninguno de los dos cónyuges sea declarado culpable de la ruptura, la obligación de dar alimentos cesa en cinco años después de decretado el divorcio.

4.2.6 DIVORCIO EN AUSTRIA.

Para promover el divorcio en este Estado al menos uno de los cónyuges debe ser austriaco. En el supuesto que los cónyuges tengan nacionalidad diferente, la residencia permanente, será el criterio a seguir para saber si este derecho será competente. Si ambos cónyuges están de acuerdo con la separación

bastara la separación previa de seis meses; en caso contrario, si solo uno de los cónyuges lo desea será necesario la separación previa de al menos tres años. El cónyuge culpable deberá pagar al otro una pensión ajustada al nivel de vida de los cónyuges, siempre que los ingresos del no culpable sean insuficientes. Si la responsabilidad de la ruptura corre a cargo de ambos cónyuges, se podrá conceder al que no pueda mantenerse por sí mismo, una manutención equitativa en función de necesidades y posibilidades económicas del otro cónyuge. En caso de que sea por común acuerdo la separación, el pago de la pensión queda a arbitrio de los cónyuges, de la misma forma ambos pueden renunciar al pago de este.

4.2.7 DIVORCIO EN ESPAÑA.

El divorcio en este derecho puede ser solicitado por ambos cónyuges o uno de ellos con el consentimiento del otro. Si es el caso en que ambos cónyuges deseen el divorcio deberá presentarse junto a la demanda de separación un convenio regulador. Este caso se denomina divorcio de mutuo acuerdo.

También puede ser solicitada por uno de los cónyuges, de forma unilateral. Este supuesto se denomina divorcio contencioso, que en nuestro derecho es el equivalente al divorcio necesario.

En el convenio regulador que se menciona en el divorcio por común acuerdo, se deben considerar asuntos relevantes como la custodia de los hijos comunes o el uso de la vivienda familiar, etc.

El convenio regulador es una de las vías a través de las que se regulan estos aspectos, puesto que permite establecer el marco mediante el que se regularán las relaciones de los cónyuges tras el divorcio. Las normas civiles permiten bastante autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones de

las partes tras la nueva situación. Por ello, antes o durante la tramitación del procedimiento pueden pactar la mayoría de los aspectos de la misma. Los cónyuges pueden acordar cuál es la pensión a pagar, con quién se quedan los niños, cuál es el régimen de visitas, quién seguirá disfrutando de la vivienda familiar, etc.

En los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo el convenio regulador se convierte en un requisito imprescindible que debe acompañar a la presentación de la demanda, en nuestro derecho sería el equivalente al convenio judicial que se anexa al escrito inicial en el divorcio por común acuerdo. Este convenio permite una cierta libertad de pacto entre los cónyuges, pero sólo llegará a ser vinculante si el Juez, una vez comprobada su legalidad, lo incluye en la sentencia. De lo contrario, el Juez suplirá las carencias del convenio presentado por los cónyuges, tras ofrecerles la posibilidad de modificarlo.

En los casos en que no se anexe el convenio regulador, será el Juez, en la sentencia, el que establezca todas las normas que regularán la relación entre los cónyuges (con quién se quedan los niños, cuál es el régimen de visitas, quién seguirá disfrutando de la vivienda familiar, etc.), si bien ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que los cónyuges, en el procedimiento contencioso de divorcio, en la propia celebración del juicio, se someterá a la aprobación del Juez los acuerdos a los que hubieren llegado sobre las consecuencias que tendrá el divorcio, en la propia celebración del juicio.

El contenido del convenio regulador debe referirse, al menos, a los siguientes aspectos:

- Quién disfrutará del uso de la vivienda familiar.

- Quién se quedará a cargo de los hijos comunes, cómo se desarrollará el ejercicio de la patria potestad (conjunto de derechos y deberes de los padres para con los hijos), el régimen de visitas y las comunicaciones y estancias con los hijos.

- El régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, si el establecimiento de dicho régimen se considera necesario.

- Cómo se contribuirá a las cargas del matrimonio (Pensiones de alimentos para los hijos menores de edad; para los mayores de edad; los gastos derivados de la vivienda familiar, etc.).

- La liquidación, si procede, del régimen económico del matrimonio.

- La pensión que, en su caso deberá pagar un cónyuge a otro.

El convenio regulador, o las medidas adoptadas por el Juez en su defecto, podrán ser modificados judicialmente con posterioridad si cambian las circunstancias que fueron determinantes a la hora de su adopción, a través del denominado "incidente de modificación de medidas".

4.2.7.1 DIVORCIO POR COMUN ACUERDO.

En el divorcio por mutuo acuerdo ambos cónyuges deberán de estar de acuerdo para solicitarlo, o solicitado por uno con el consentimiento del otro. El requisito básico para proceder a este tipo de divorcio es que ambos cónyuges estén de acuerdo en deshacer el vínculo que los une y que así lo soliciten al Juzgado y que hubiesen transcurrido al menos 3 meses desde la celebración del matrimonio. Esa solicitud, denominada "demanda de divorcio", es un escrito dirigido al Juzgado en el que solicitan la ruptura del vínculo matrimonial los dos cónyuges conjuntamente o solamente uno, y el otro se adhiere posteriormente a esa petición. Otro requisito imprescindible consiste en que se presente junto con la demanda de divorcio una propuesta de convenio regulador.

El procedimiento del divorcio de mutuo acuerdo dará comienzo mediante la presentación, ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio conyugal, o el del domicilio de cualquiera de los cónyuges si estos ya vivieran separados, de una demanda de divorcio firmada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro. Esa demanda será acompañada por una serie de documentos exigidos por la Ley. Los cónyuges deberán comparecer por medio de Abogado y Procurador, pudiendo ser el mismo para ambos.

En el plazo de tres días los cónyuges serán citados para que, por separado, ratifiquen su deseo de divorciarse ante el Juez y su conformidad con lo estipulado en el Convenio. Si los cónyuges no ratifican su deseo de divorciarse: El Juez acordará que se archive el asunto, aunque los cónyuges podrán reiniciar el proceso de divorcio por la vía contenciosa. Si los cónyuges ratifiquen su deseo de divorciarse, El Juez examinará si el convenio regulador propuesto por los mismos es ajustado a derecho (si no es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges). Si el Juez no aprueba el convenio presentado, concederá a los cónyuges un plazo de diez días para proponer un nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados. Presentada la nueva propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo el Juez resolverá lo que estime oportuno, atendiendo siempre al interés familiar.

Una vez ratificados, y en el caso de que algún hecho relevante no pudiera ser acreditado con los documentos presentados con la demanda, deberán en ese mismo escrito proponer las pruebas de que quieran valerse (testigos, prueba pericial, etc.) para acreditarlo. Para la práctica de dichas pruebas contarán con un plazo de diez días.

Además, si hay hijos menores de edad, el Juez recabará un informe del Ministerio Fiscal. El Juez oír a los hijos si tienen suficiente juicio y si son mayores de 12 años, trámite que se realizará de forma privada y respetando, en todo caso,

el derecho a la intimidad del niño y la confidencialidad. En los divorcios de mutuo acuerdo en la práctica solamente en un porcentaje muy pequeño de asuntos se acuerda oír a los menores, y ello con la finalidad de no provocar un trastorno o trauma innecesario a los menores. Sin más trámites, el Juez dictará sentencia que, si se han cumplido los requisitos legales señalados, deberá conceder el divorcio, produciéndose, desde ese momento los efectos del mismo.

Los cónyuges podrán recurrir tanto la sentencia que deniegue la separación o divorcio como el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto. Para hacerlo, se deberá presentar un escrito, en los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, ante el mismo Juez que la dictó, señalando la intención de recurrir. Posteriormente, se dispondrá de un plazo de veinte días para interponer el recurso, debidamente fundamentado, ante el Juzgado que dictó aquella resolución, que lo elevará a la Audiencia Provincial competente, que será quién definitivamente resuelva. Aunque se presente este recurso, la decisión del Juez seguirá siendo eficaz mientras no se resuelva el mismo. Es el equivalente a la apelación en efecto devolutivo en nuestro derecho.

La sentencia o el auto que apruebe en su totalidad la propuesta de convenio, sólo podrán ser recurridos por el Ministerio Fiscal, y en interés de los hijos.

4.2.7.2 DIVORCIO CONTENCIOSO.

Este divorcio es cuando solo uno de los cónyuges solicita la ruptura del vínculo matrimonial, parecido a nuestro derecho en el divorcio necesario. En este divorcio, la demanda de divorcio será presentada por uno de los cónyuges y siempre y cuando hubiesen transcurrido al menos 3 meses desde la celebración del matrimonio. Junto con la Demanda se presentará el proyecto de medidas o efectos del divorcio que propone el cónyuge demandante.

Es posible que antes de la presentación de la demanda de divorcio se solicite que el Juez fije una serie de medidas provisionales. El procedimiento, de forma esquemática, puede resumirse en lo siguiente: una vez presentada la demanda de divorcio por uno de los cónyuges, el procedimiento se tramitará por los cauces del denominado juicio verbal, si bien con la peculiaridad de que la contestación de la demanda se hará por escrito. La demanda será acompañada por una serie de documentos exigidos por la Ley. Posteriormente, se celebrará una vista ante el Juez a la que deberán acudir obligatoriamente ambos cónyuges; de lo contrario se considerarán admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca (lo equivalente a que se decrete rebeldía en nuestro derecho). Ambos cónyuges deberán ir acompañados por sus respectivos Abogados y Procuradores. En el mismo acto de la vista se practicarán las pruebas propuestas, y admitidas, para acreditar los hechos que alegan los cónyuges. En caso de no poder practicarlas en el momento de la vista, esas pruebas se practicarán en un momento posterior señalado por el Juez, siempre dentro de los treinta días siguientes.

Si hay hijos menores de edad, el Juez recabará un informe del Ministerio Fiscal. El Juez oír a los hijos si tienen suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de 12 años, trámite que se realizará de forma privada y respetando, en todo caso, el derecho a la intimidad del niño y la confidencialidad.

De forma posterior a la práctica de la prueba, se tendrá por concluida la vista y se dictará sentencia acordando o no el divorcio y, en el primer caso, estableciendo los efectos que el divorcio produce (guarda y custodia de hijos, régimen de visitas, pensión, vivienda). La sentencia del Juez se podrá recurrir en apelación. Para hacerlo, se deberá presentar un escrito, en los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, ante el mismo Juez que la dictó, señalando la intención de recurrir. Posteriormente, se dispondrá de un plazo de

veinte días para interponer el recurso, debidamente fundamentado, ante la Audiencia Provincial, que será quién definitivamente resuelva.

En cualquier momento del proceso de divorcio contencioso, los cónyuges, actuando consensualmente, pueden solicitar que continúe el procedimiento por los trámites del divorcio de mutuo acuerdo, para lo que necesariamente deberán presentar el correspondiente convenio regulador.

4.2.7.3 DOCUMENTOS QUE DEBERÁN ACOMPAÑAR LAS DEMANDAS DE DIVORCIO.

Los documentos a aportar dependen del tipo de proceso de divorcio. En todo caso será necesario presentar:

- Certificado de matrimonio: expedido por el Registro Civil o Juzgado de Paz de la ciudad donde se celebró el matrimonio.

- Certificado de nacimiento de los hijos en caso de que los hubiese: Expedido por el Registro Civil.

- Poder General para Pleitos: se trata de una escritura pública en la que se otorgan poderes al Abogado y al Procurador, para que puedan actuar en el Juzgado en defensa y representación de los cónyuges. También puede otorgarse en el Juzgado, es el denominado "poder apud acta".

- Si se solicitan medidas de carácter patrimonial, el cónyuge que las solicite deberá aportar los documentos que permitan evaluar la situación económica. Si no cuenta con ellos deberá solicitar los mismos a través del Juzgado (ej: declaraciones tributarias, nóminas, etc).

- Algunos Juzgados exigen el certificado de empadronamiento o residencia acreditativa del domicilio de los cónyuges.

- Además, en los casos de divorcio de mutuo acuerdo, será necesario presentar la propuesta de convenio regulador, firmado por ambos cónyuges.

4.2.7.4 EFECTOS DEL DIVORCIO.

La principal consecuencia del divorcio es la disolución del matrimonio. Queda disuelto el régimen económico del matrimonio. La sentencia del divorcio sólo afectará a terceros de buena fe, a partir de la fecha de la inscripción del divorcio en el Registro Civil, puesto que a partir de ese momento puede ser conocida por cualquiera. (Ejemplo: uno de los cónyuges contrata el servicio de unos profesionales para realizar obras en la vivienda familiar cuando ya hay sentencia de divorcio pero aún no se ha inscrito en el Registro Civil. El empresario podrá actuar como si estuviesen casados, responderán del importe ambos cónyuges). Sin embargo, el efecto para los cónyuges es inmediato desde que se dicte la sentencia. Otro efecto es la pérdida de los derechos sucesorios entre los cónyuges

4.2.7.5 MEDIDAS PROVISIONALES.

En la mayoría de las ocasiones, una vez iniciados, o incluso justo antes del inicio del proceso de divorcio, es necesario la adopción de un cierto número de medidas que permitan, mantener la integridad física y moral de las partes. Es por ello que, la normativa civil establece la posibilidad de que se adopten medidas que permitan la conservación y gobierno de los intereses de ambos cónyuges, estas medidas operan en tres frentes:

a) Previamente a la admisión de la demanda a trámite (Medidas Provisionales Previas): se podrán formular la solicitud de éstas no será necesaria la intervención de Abogado ni Procurador; se solicitan algunas de las siguientes medidas:

-Respecto a los hijos comunes sujetos a patria potestad: determinar a cargo de cuál de los cónyuges quedarán los hijos, y la manera en que el otro cónyuge

podrá visitarlos y cumplir con el deber de velar por ellos. Excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren, o incluso a una institución pública. Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

-Respecto de la vivienda familiar: determinar cuál de los cónyuges podrá seguir utilizándola, cuestión que es independiente de quién sea el propietario de la misma. Asimismo, y previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

-Respecto a las cargas del matrimonio (los gastos necesarios para el sostenimiento de la familia y el hogar conyugal): fijar la forma en que cada cónyuge deberá seguir contribuyendo a ellas y la manera en que se actualizarán esas cantidades, además de disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.

-Respecto a los bienes gananciales o comunes (pertenecen a ambos cónyuges), previo inventario: determinar quién podrá continuar haciendo uso de los mismos, y las reglas para administrarlos, disponer de ellos y la obligación de rendir cuentas sobre los mismos.

-Respecto a los bienes privativos (únicamente de uno de los cónyuges): el Juez determinará el régimen de administración y disposición de los bienes que, siendo privativos, estuvieren sujetos a la satisfacción de las cargas del matrimonio.

Posteriormente se celebrará una comparecencia en la que los cónyuges, acompañados de sus respectivos Abogados y Procuradores, expondrán sus alegaciones y se practicarán las pruebas admitidas por el Juez, encaminadas a acreditar las alegaciones. Si no es posible practicarlas en ese mismo acto, el Juez fijará una fecha dentro de los diez días siguientes. El Juez, tras escuchar a las partes y al Ministerio Fiscal, si hubiera hijos menores o incapacitados, determinará la adopción o no de las medidas solicitadas. Las medidas provisionales previas adoptadas dejarán de tener validez si dentro de los treinta días siguientes a su adopción por el Juez, no se presenta la demanda de divorcio. Una vez presentada y admitida a trámite la demanda, el Juez previa comparecencia de las partes, podrá confirmar o modificar las medidas.

b) La Confirmación o modificación de las Medidas Provisionales Previas se da si el Juez así lo considera oportuno. Para ello citará a los cónyuges para que comparezcan acompañados de sus respectivos Abogados y Procuradores. Se expondrán las alegaciones de cada parte y se practicarán las pruebas admitidas por el Juez, encaminadas a acreditarlas. Si no es posible practicarlas en ese mismo acto, el Juez fijará una fecha dentro de los diez días siguientes. El Juez, tras escuchar a las partes y al Ministerio Fiscal, en su caso, determinará la modificación de las medidas provisionales, o la confirmación de las ya existentes.

Por la simple admisión de la demanda a trámite: la simple admisión a trámite de la demanda de divorcio, produce los siguientes efectos:

Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro y la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. A estos efectos cualquiera de los cónyuges podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil.

Contra el auto que dicte el Juez en relación con la adopción de medidas provisionales no cabe recurso alguno.

4.2.7.6 LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

La normativa civil establece que la sentencia firme de divorcio produce la disolución del régimen económico matrimonial. Una vez disuelto el régimen económico habrá que proceder a su liquidación (excepto en el supuesto de que el régimen matrimonial sea de separación de bienes), es decir a repartir a cada cónyuge lo que le corresponde de ese patrimonio común. Esta liquidación puede realizarse por dos vías:

a) De mutuo acuerdo: los cónyuges pueden incluir la liquidación del régimen económico matrimonial dentro del contenido del convenio regulador que presenten junto con la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo.

Otra posibilidad es que los cónyuges, de manera previa al proceso matrimonial, hayan acudido a un Notario para proceder a la liquidación de su sociedad, por lo que la liquidación quedaría al margen del convenio y del propio proceso de nulidad, separación o divorcio.

b) Mediante un procedimiento judicial: en el caso en que no se pueda llegar a una liquidación pactada del patrimonio conyugal, habrá que proceder a liquidarlo por vía judicial mediante el procedimiento específico contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este procedimiento se realizará de manera simultánea al de divorcio, si así lo solicita alguno de los cónyuges en la demanda o, en caso contrario, con posterioridad a éste solicitándolo mediante una nueva demanda. Si la liquidación judicial se produce con posterioridad a la sentencia de divorcio,

conocerá de este procedimiento el mismo Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido de éstos.

Una vez admitida la demanda, los pasos para llegar a la liquidación serían los siguientes:

Cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que se realice un inventario de los bienes y deudas de la sociedad de gananciales. Tal solicitud deberá acompañarse de una propuesta en la que deberán constar las diferentes partidas, los diferentes apartados de los que deberá constar el inventario, asimismo, se acompañarán los documentos que justifiquen esas partidas. Posteriormente, se fijará día y hora para la formación del inventario. A ese acto acudirán los dos cónyuges y el Secretario Judicial. Si no comparece uno de ellos sin causa justificada, se entenderá que está de acuerdo con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este último caso o si las partes llegan a un acuerdo sobre el inventario, éste quedará reflejado en un acta. Si se producen controversias entre los cónyuges sobre la formación del inventario, se realizará una vista ante el Juez para intentar aclarar los extremos y, finalmente, el Juez dictará sentencia aprobando el inventario y estableciendo lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario. Una vez concluido el inventario, ya sea por acuerdo entre los cónyuges, ya sea por la resolución judicial dictada al respecto, y siendo firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, los cónyuges presentarán una propuesta de liquidación que incluya la satisfacción de las deudas que, en su caso, tuviese la sociedad de gananciales con cada uno de los cónyuges, teniendo en cuenta en la formación de los lotes las preferencias que establezcan las reglas civiles aplicables. Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber hasta donde éste alcance:

Primero: Los bienes de uso personal (salvo las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor, que no se incluirán dentro de este supuesto porque son considerados bienes privativos de cada cónyuge, no son patrimonio común).

Segundo: La explotación económica que gestione efectivamente.

Tercero: El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.

Cuarto: En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

En los casos tercero y cuarto podrá solicitar el cónyuge, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero.

Una vez admitida la solicitud de liquidación, se citará a los cónyuges para que comparezcan ante el Secretario Judicial y lleguen a un acuerdo sobre el reparto. Si uno de los cónyuges no comparece sin justificación se entenderá que está conforme con la propuesta de liquidación que efectúe el cónyuge que haya comparecido. Si no llegan a un acuerdo sobre este extremo, se procederá al nombramiento de contador mediante comparecencia de los interesados ante el Secretario Judicial, si las partes no se ponen de acuerdo sobre la persona que debe ejercer dicho cargo, se designará por sorteo entre abogados ejercientes con especiales conocimientos sobre la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio. También, y por los mismos procedimientos se procederá, si fuera necesario, al nombramiento de peritos, nunca más de uno para cada clase de

bienes, para que procedan a evaluarlos. En un plazo máximo de dos meses el contador deberá presentar escrito en el que expresará:

-La relación de los bienes que forman el caudal partible.

-La valoración de los bienes.

-La liquidación de la masa de bienes, es decir, su división y adjudicación a cada una de las partes.

Presentado este escrito se dará traslado del mismo a los litigantes para que en un plazo máximo de diez días manifiesten si se oponen a las operaciones divisorias practicadas por el contador. Si no manifiestan nada al respecto se les tendrá por conformes. Si mostraran oposición se les citará a una comparecencia para intentar que lleguen a un acuerdo al respecto. Si en dicha comparecencia logran un acuerdo, el contador hará las operaciones divisorias de conformidad con el acuerdo alcanzado. Si no logran dicho acuerdo el Juez, siguiendo los trámites establecidos para el juicio verbal, oirá a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que considere útiles para la resolución del litigio, se practicarán las mismas y dictará sentencia.

Una vez que se haya realizado la partición y la adjudicación, cada cónyuge adquirirá la propiedad y la posesión de los bienes que se le otorguen, siendo la resolución judicial que en su caso se dicte el título que permitirá al beneficiario solicitar en el Registro de la Propiedad que éstos queden inscritos a su favor, sin que sea necesario pagar el correspondiente Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, serán los herederos de dicho cónyuge los que prosigan con las operaciones necesarias hasta liquidar finalmente la sociedad conyugal.

4.2.7.7 IMPLICACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.

El cónyuge divorciado tendrá derecho a la pensión de viudedad. El derecho a este tipo de pensiones los tienen, tanto el cónyuge legítimo en el momento del fallecimiento, como los anteriores cónyuges. La cuantía de la pensión se repartirá entre los diferentes ex-cónyuges en proporción al tiempo de convivencia de cada uno de ellos con el fallecido. El derecho a la pensión de viudez se perderá si el ex-cónyuge del fallecido vuelve a contraer otro matrimonio.

4.2.8 DIVORCIO EN FRANCIA.

En este país existen tres supuestos por los que se puede dar el divorcio:

a) El divorcio por mutuo acuerdo, que, a su vez adopta dos formas distintas, puede ser por demanda conjunta o bien solicitado por un cónyuge con el consentimiento del otro. Pueden pedir el divorcio por demanda conjunta los cónyuges que están de acuerdo en el principio de la ruptura y todas sus consecuencias. No tienen que dar a conocer la causa, sino solamente presentar al juez un proyecto de convenio que regule las consecuencias del divorcio. El divorcio solicitado por un cónyuge con el consentimiento del otro supone el reconocimiento por ambos de la existencia de hechos que hacen insoportable la convivencia. A diferencia de lo que sucede cuando la demanda es conjunta, quien se encarga de regular las consecuencias del divorcio es el juez. Los efectos son los de un divorcio por culpa compartida.

b) El divorcio por cese de la convivencia conyugal. Éste está condicionado por la existencia, durante un mínimo de seis años de una separación de hecho de los cónyuges, de una alteración de las facultades mentales de uno de los cónyuges tan grave que ya no exista ninguna convivencia conyugal, sin que pueda, según las previsiones más razonables, existir en el futuro.

c) El divorcio por incumplimiento de los deberes conyugales. Éste se puede solicitar por un esposo por hechos imputables al otro que constituyan una infracción grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio y hagan insoportable la convivencia.

4.2.8.1 EFECTOS DEL DIVORCIO.

Estos son los efectos del divorcio una vez que la sentencia causa estado.

a) Cesan los deberes de fidelidad, convivencia y asistencia.

b) Ambos cónyuges vuelven a ser libres para volver a contraer matrimonio, aunque, en principio, la esposa deberá observar un plazo de 300 días desde la disolución del anterior. Este plazo empieza a contar a partir de la fecha de la resolución que autorice la residencia separada u homologue, en caso de demanda conjunta, el convenio temporal celebrado al respecto. Por otra parte, cuando la sentencia de divorcio se dicta por cese de la convivencia conyugal, este plazo no se aplica.

c) Tras el divorcio, cada uno de los cónyuges recobra el uso de su apellido. No obstante, si el demandante es el esposo y el divorcio se dicta por cese de la convivencia conyugal, la mujer tiene derecho a seguir usando el apellido del marido. En los demás casos, la esposa puede conservar el uso del apellido del marido bien con el consentimiento de éste, bien con la autorización del juez, siempre y cuando demuestre que ello entraña un interés particular para ella o para los hijos.

4.2.8.2 LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Si el divorcio se dicta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste pierde las donaciones y ventajas matrimoniales que le había otorgado el otro cónyuge. Si se dicta el divorcio por culpa compartida de ambos cónyuges, cada

uno de ellos puede revocar estas disposiciones. Si la demanda ha sido conjunta, estas donaciones y ventajas se mantienen, salvo revocación convencional de los cónyuges. En caso de divorcio por cese de la convivencia conyugal, el esposo demandado las conserva de pleno derecho.

Si la demanda es conjunta no se dicta sentencia mientras los cónyuges no se ponen de acuerdo sobre la liquidación de sus intereses económicos. En las otras formas de divorcio, los cónyuges se pueden poner de acuerdo sobre dicha liquidación antes de que se dicte sentencia, pero no están obligados a hacerlo. En este caso, la liquidación es posterior a la sentencia.

4.2.8.3 CONSECUENCIAS ACERCA DE LA PATRIA POTESTAD.

El divorcio no tiene consecuencias particulares en las normas que regulan la patria potestad, que en principio comparten, por lo tanto, ambos progenitores. No obstante, si los intereses del niño lo exigen, el juez puede decidir confiar el ejercicio de la misma a uno de los cónyuges. Ambos progenitores han de seguir contribuyendo al mantenimiento y a la educación del niño. Esta contribución adopta la forma de una pensión alimenticia que uno de los progenitores paga al otro, aunque puede también adoptar la forma, en todo o en parte, de la asunción directa de los gastos contraídos en beneficio del niño. Puede, por último, pagarse bajo la forma de un derecho de uso y habitación.

4.2.8.4 PAGO DE ALIMENTOS.

En principio, el divorcio extingue la obligación de socorro mutuo, excepto si se dicta con motivo del cese de la convivencia conyugal. En este caso, dicho deber se mantiene en beneficio de la parte que no ha interpuesto la demanda, que puede, en cualquier momento, reclamar al otro cónyuge una pensión alimenticia, que será revisable en función de las variaciones de las necesidades y los recursos de ambos ex cónyuges. En los demás casos, uno de los cónyuges puede estar

obligado a abonar al otro una pensión destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida respectivas. La cuantía de esta pensión se fija según las necesidades del cónyuge acreedor y los recursos del deudor, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y su evolución en un futuro previsible.

En principio se trata de un capital que puede consistir en una suma de dinero o en un abandono de bienes en propiedad, en usufructo o para uso y habitación. Si el cónyuge deudor no puede pagar el capital inmediatamente, el juez puede autorizarlo a hacerlo en un plazo máximo de ocho años. A título excepcional, si la edad o el estado de salud del acreedor no le permiten subvenir a sus necesidades, el juez puede fijar la pensión compensatoria en forma de renta vitalicia.

4.2.9 DIVORCIO EN INGLATERRA Y GALES.

En este derecho para la obtención del divorcio, uno de los cónyuges deberá presentar por escrito una demanda al tribunal competente que en este caso sería el tribunal del condado (county court), en esta demanda el cónyuge que promueve deberá de probar que la ruptura matrimonial es irremediable y deberá aportar pruebas de que se cumple al menos uno de los cinco supuestos que se indican más adelante. Para poder promover el divorcio deberá haber transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

Los supuestos que deberán de darse para poder demandar el divorcio son los siguientes:

a) El adulterio, si el demandante considera intolerable la convivencia con su cónyuge;

b) El comportamiento irracional, es decir, que los comportamientos de un cónyuge hagan imposible la convivencia para el otro;

c) El abandono, que un cónyuge abandone al otro por un periodo de dos años;

d) La separación durante un periodo de dos años, con el consentimiento de ambos cónyuges;

e) La separación durante un periodo de cinco años, esto sin el consentimiento del otro cónyuge.

Se deben aportar pruebas de que se ha cometido alguna de estos supuestos. El tribunal deberá investigar en la medida de lo posible los hechos alegados por el demandante y los alegados por su cónyuge (el demandado). Si el tribunal considera satisfactorias las pruebas, el Juez dictará la sentencia de divorcio.

El tribunal puede suspender el procedimiento en cualquier momento para que los cónyuges traten de salvar su matrimonio. Si el tribunal se encuentra convencido de que es irremediable la ruptura del matrimonio, dictará en primer término una sentencia condicional. La sentencia firme de divorcio se podrá solicitar transcurridas seis semanas de la sentencia condicional, no existe tiempo límite para solicitar la sentencia firme. Sin embargo, si se tardan más de doce meses en solicitarla, el solicitante deberá adjuntar una explicación por escrito, indicando:

a) Los motivos del retraso;

b) Si ha convivido con su cónyuge desde la fecha en que se dictó la sentencia condicional;

c) En el caso de que sea la esposa quien ha interpuesto la demanda, si ha tenido descendencia tras la obtención de la sentencia condicional y, si es así, los hechos pertinentes y si alega o no a la paternidad de su esposo.

El juez puede ordenar que confirme su explicación mediante una declaración jurada, y puede incluir la orden en la demanda si lo estima conveniente.

4.2.9.1 EFECTOS JURÍDICOS DEL DIVORCIO EN ESPAÑA.

a) Los cónyuges ya no tendrán que seguir conviviendo, y serán estos si deciden mantener los apellidos del cónyuge o cambiarlos.

b) El reparto de los bienes se rige por la ley del divorcio (matrimonial causes act). Después de dictada la sentencia el Juez podrá ordenar la transferencia de los bienes de un cónyuge al otro, a un hijo común u otra persona, en interés del menor.

c) Se podrán ordenar pagos periódicos, la venta de bienes, obligar el pago de pensiones y ordenar un pago único.

d) Con respecto a los hijos menores de edad. Las medidas sobre la situación de éstos se presentarán al tribunal antes de que se dicte sentencia firme. Tras el divorcio, ambos progenitores seguirán teniendo responsabilidad parental sobre los hijos comunes. Ambos cónyuges estarán obligados a mantener a los hijos menores de edad que hayan vivido con ellos como hijos de familia.

e) En cuanto a la obligación de alimentos, ésta se extingue al obtener el divorcio, excepto en lo relativo a la disposición prevista sobre el reparto de los bienes conyugales.

CAPÍTULO V

DEL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.

5.1. CONCEPTO DE DIVORCIO.

La palabra divorcio encuentra su etimología en el verbo latino “*divertere*”, que significa que cada cual se va por su lado; por otro lado el artículo doscientos sesenta y seis del Código Civil para el Distrito Federal manifiesta que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. “De forma general; podríamos conceptualizar el divorcio como la disolución de la convivencia marital en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, por causas posteriores a la celebración del matrimonio, establecidos expresamente por la ley”.²⁹

También se define como “El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley”³⁰

²⁹ DE LA MATA Pizaña Felipe y Garzón Jimenez Roberto “Derecho Familiar y sus reformas recientes a la Legislación del Distrito Federal”, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2005, Pág.161

³⁰ GALINDO Garfias Ignacio “Derecho Civil”, doceava Edición, México, Editorial Porrúa, 1993, Pág. 577

En cuanto al concepto procesal se refiere a que es un procedimiento legal en el que se disuelve el vínculo matrimonial, lo cual se resuelve ante a una autoridad competente, con base en las causas específicas dictadas por la ley.

Con el divorcio se puede dar también la obligación de dar al otro cónyuge alimentos. “Los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco; también son consecuencia del matrimonio y del concubinato. El derecho de alimentos es la facultad que tiene una persona denominada alimentista, para exigir de otra lo necesario para vivir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio, del concubinato o del divorcio en determinados caso”³¹

5.2. HISTORIA DEL DIVORCIO EN MÉXICO.

En la época de los Aztecas o mejor llamados Mexicas solo podían tener una esposa y se le denominaba *Cihuatlantli*, *Nociuauh* o *Áhuatlantli* (esto es mujer legítima), y aunque se aceptaba la poliginia, solo la primera mujer tenía el carácter de esposa. El divorcio era consentido, pudiendo ser solicitado tanto por el hombre como por la mujer; así, ante los tribunales mexicas para al fin lograr una sentencia judicial la separación para que los antiguos esposo y esposa pudieran contraer nuevas nupcias.

Durante la época colonial, tan solo existía el “divorcio eclesiástico” o declaración canónica del matrimonio, el cual, de acuerdo a la Iglesia Católica Romana es una institución divina, perpetúa e indisoluble. Esto es que una vez contraído el matrimonio religioso, no puede disolverse con la muerte de uno de los cónyuges; esto quiere decir que en ciertas situaciones donde la convivencia matrimonial sea imposible, puede darse una separación física de los esposos,

³¹ CHAVEZ Asencio Manuel F. “Convenios Conyugales y Familiares”, Primera Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 1991, Pág. 142

pero no el divorcio, por lo que ante los ojos de Dios los cónyuges no eran libres de contraer nuevas nupcias.

Fue hasta el año mil ochocientos setenta, incluso después de la creación del primer código civil que fue hecho en Oaxaca, cuando por fin en las leyes mexicanas permitieron que la pareja se separara, tal como lo estipulaba la Iglesia Católica. Sin embargo, no se autorizaba la separación definitiva ni que hubiera nuevos matrimonios por parte de los cónyuges. En ese año se establecieron siete causales para el divorcio en el Código Civil, las cuales eran: adulterio de alguno de los cónyuges, propuesta del esposo para prostituir a la esposa, incitación o violencia hacia alguno de los cónyuges para que cometa algún delito, corrupción o tolerancia de ésta a los hijos, abandono de hogar por más de dos años, crueldad y falso testimonio hecho por alguno de los cónyuges contra el otro.

En este Código Civil establecía que el adulterio infringido por la esposa siempre era motivo de divorcio, en cambio, el adulterio efectuado por el hombre sólo era válido si lo cometía en la casa común o cuando hubiera concubinato. Además, la mujer sólo podía argumentar el adulterio como causal de divorcio si su esposo la insultaba públicamente o si la otra mujer la maltrataba. El divorcio no podía pedirse antes de dos años de matrimonio.

La ley de divorcio fue decretada hasta el 29 de diciembre de 1914, durante el gobierno del presidente Venustiano Carranza, con ella se estableció en México la disolución del vínculo matrimonial. Dicha ley establecía que el matrimonio podría disolverse por el mutuo o libre consentimiento de los cónyuges, si es que el matrimonio tenía más de tres años de celebrado o en cualquier momento, debido a causas que hicieron imposible o indebida su realización. Una vez disuelto el matrimonio, los cónyuges podrían contraer un nuevo matrimonio.

5.3. DIVORCIOS CONTEMPLADOS EN LA LEGISLACIÓN VERACRUZANA.

El Código Civil de Veracruz contempla tres tipos de divorcio:

- a) Divorcio Administrativo.
- b) Divorcio por Mutuo Consentimiento.
- c) Divorcio Necesario.

Aunque en nuestro código no vengan mencionados tal cual estos tipos de divorcio, si los contemplan en los artículos ciento cuarenta y uno y ciento cuarenta y seis del citado código.

5.4. DIVORCIO ADMINISTRATIVO.

Este divorcio encuentra su fundamento en el artículo ciento cuarenta y seis del Código Civil de Veracruz. Este tipo de divorcio solo se podrá dar cuando ambos cónyuges estén de acuerdo a divorciarse, sean mayores de edad, no hayan procreado hijos durante su matrimonio, no hubieren adquirido bienes o bien hayan liquidado la sociedad conyugal si se hubieren casado por este régimen.

El procedimiento es sencillo: ambos cónyuges se presentaran personalmente ante el Encargado del Registro Civil del lugar de su domicilio, deberán comprobar que son casados y mayores de edad, y manifestaran ante el Encargado su voluntad de divorciarse. El Encargado levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y los citará a los quince días para ratificar dicha acta, pasados los quince días los cónyuges se presentarán a ratificar dicha acta, una vez hecha la ratificación el Encargado los declarará divorciados, levantará el acta respectiva y hará las anotaciones correspondientes.

Este divorcio perderá sus efectos si se comprueba que tienen hijos, sean menores de edad los divorciados o bien no hayan liquidado la sociedad conyugal; además de esto serán castigados con las penas que establezcan el código de la materia.

5.5. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

Este tipo de divorcio tiene su fundamento en la fracción décima sexta del Código Civil del Estado, en la cual establece que una causal para el divorcio es el Mutuo consentimiento. Este divorcio ocurre a diferencia del anterior cuando a pesar de que existe común acuerdo para divorciarse se encuentra que hay hijos o bienes adquiridos en sociedad conyugal.

El procedimiento de este divorcio es relativamente sencillo y rápido, ya que basta con la presentación de un escrito donde se demanda al Juez competente el divorcio señalando la causal de este el mutuo consentimiento; a este escrito se deberá acompañar un convenio donde se fijen los siguientes puntos:

a) Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

b) El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

c) La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

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

e) 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.

Esto con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo ciento cuarenta y siete del Código de la materia. Este divorcio no puede pedirse sino hasta que haya transcurrido un año de contraer nupcias. Durante el procedimiento 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 haya obligación de dar alimentos. Si existiere una reconciliación de los cónyuges y no se decrete el divorcio, podrán estos solicitarlo nuevamente un año después de haber existido la reconciliación.

El procedimiento, es el siguiente:

Se presenta el escrito inicial de demanda acompañado del convenio donde se fijaron los puntos mencionados con anterioridad, el juez acordará y citará a las partes a la audiencia que deberá celebrarse a los cinco días de presentada la demanda, en esta audiencia intervendrá el Ministerio Público, se completará la personalidad de los promoventes y se denunciará el convenio antes mencionado, una vez ratificado su manifestación de separarse junto con el convenio de divorcio, el Juez en la misma audiencia debería resolver, pero debido a la gran carga de trabajo de los tribunales esto no sucede así, incluso en la audiencia mencionada con dificultad acude el Ministerio Público Adscrito al Juzgado lo que realmente sucede es que los promovente acuden al Juzgado solamente a ratificar el convenio, el cual una vez ratificado se le dará Vista al Ministerio Público para que el término de cinco días manifieste si se opone o no se opone a disolver el vínculo matrimonial, el Ministerio Público siempre velará por el interés, mayor que será en el caso de los hijos; si el Ministerio Público no se opone al convenio, éste se turnará para resolver con el Juez, el cual elevará el convenio a categoría de cosa

juzgada, haciendo las veces de una sentencia. Una vez salida la resolución, se pedirá al Juez acuerde lo conducente para que expida las copias certificadas del expediente en cuestión, así como el oficio para el Encargado del Registro Civil para que se expida en el Registro el acta de divorcio y se hagan las anotaciones correspondientes.

5.6 DIVORCIO NECESARIO.

En esta figura encontramos un juicio donde tanto la parte actora como la demandada tendrán un pleito judicial extenso y desgastante, ya que la relación que los unía acabó en malos términos, tan es así que tendrá alguno de los cónyuges caer en algunas de las causales para que el otro pueda demandar este divorcio. “Dada la gravedad de la disolución del vínculo conyugal, el legislador no ha querido que los tribunales tengan la facultad de establecer causas diferentes de los que el considero los únicos justificados”³²

El artículo ciento cuarenta y uno del Código Civil nos dice que son causas de divorcio las siguientes:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges. Como comentario personal esta causal es muy difícil de probar a menos que se logre comprobar que el cónyuge que caiga en este supuesto cohabite con otra persona, tenga un hijo debidamente registrado con otra persona después de haberse casado o por confesión judicial.

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;

³² PALLARES Eduardo “El Divorcio en México” Sexta Edición, México, Editorial Porrúa S.A, 1991, Pág.60

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;

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 a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo cien y el incumplimiento, sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo ciento dos;

XII.-La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena 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, cuando amenazan causar 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. Este supuesto es el que invocaremos en nuestro proyecto con relación al artículo ciento sesenta y dos de este mismo código.

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. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto en el artículo doscientos cincuenta y cuatro TER de este Código.

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.

Una vez entendido lo anterior vemos que este procedimiento se llevará de la misma manera que un juicio ordinario civil, es decir no tendrá un procedimiento especial, solo basta con justificar la demanda con alguna de las causales antes mencionadas para que sea admitida y pueda prosperar. En nuestro Estado aún no contamos con un juzgado especializado en materia familiar, los denominados “Juzgado de lo Familiar”, sin embargo nuestra legislación faculta y le da la competencia de estos asuntos a los Jueces de Primera Instancia para conocer y resolver estos juicios, siempre que el último domicilio conyugal este en la Ciudad donde se promueve el Juicio.

Como este procedimiento se da igual que un juicio ordinario civil, consta de las mismas etapas, las cuales son: La presentación de la demanda, el auto de inicio, emplazamiento, vista de la contestación, audiencia o audiencias, alegatos y se turna a resolver; debido a que como ya lo mencione es un juicio ordinario civil recae en la voluntad de las partes impugnar por medio de algún recurso los autos o la sentencia que recaiga en el asunto, inclusive podrá llegar al juicio de amparo en los casos que las partes lo estimen necesario.

El escrito inicial de demanda es elaborado de la misma manera que en un juicio ordinario, es decir deberá contener la autoridad a la que va dirigida, el proemio, prestaciones, hechos, derecho, pruebas, puede o no pedir medidas cautelares, puntos petitorios, fecha y firma. Debemos promover la demanda ante el Juez que sea competente; de la misma forma redactar en forma precisa las prestaciones que se le reclama a la contraparte, pudiendo ser el puro divorcio o inclusive la fijación de una pensión que el Juez estime necesaria; los hechos en los cuales se basan la demanda, en ellos se deberá decir lo ocurrido durante el matrimonio que alguno de los cónyuges cayó en alguna causal y por eso se pide el divorcio; debemos fundamentar nuestra demanda en los artículos de la legislación de la materia que nos faculten en pedir lo que pedimos; de la misma forma se deberán exhibir las pruebas necesarias que hagan prueba contundente de que nuestro decir es verdad y no deje al criterio del Juez alguna duda que

absuelva a la contraparte de lo que se le requiere; las medidas cautelares son más que nada cuando existe miedo fundado de que el cónyuge que promueve el divorcio pueda sufrir algún maltrato por el cónyuge demandado y pida la separación de cuerpos, inclusive cuando existe algún hijo menor en el matrimonio se pide el depósito del menor o la algún medio que obligue a la contraparte del pago de la pensión fijada provisionalmente por el Juez; los puntos petitorios son para decirle al Juez que deberá de hacer una vez de leído lo anterior y deberá de acordar en el auto de inicio y al final del juicio, si este tuvo razón; la firma del actor y la fecha en que lo hace acompañado de su nombre.

Las Medidas Cautelares “Pueden dividirse en dos clases: las que conciernen a las personas de los cónyuges y de sus hijos y las relativas a los bienes y obligaciones de naturaleza patrimonial”³³

Una vez acordado por el Juez el escrito inicial, saldrá el auto de inicio donde contendrá lo solicitado por el promovente para la contraparte, así también ordenará el Juez se notifique a la contraparte de manera personal por ser la primer notificación, apercibiéndolo que deberá contestar la demanda en un término de nueve días, así como si le dio curso a las medidas cautelares solicitadas por la parte actora y ordenará girar oficio al pagador del acreedor alimentario si se solicitó la pensión; entre otras cosas más que dicta el Juez en el auto de inicio pero éstas estimo más importantes.

Una vez emplazado la contraparte tendrá que contestar la demanda en un término de nueve días, de no hacerlo será decretado en rebeldía, es decir, que se dará por confeso de todos los hechos que manifestó la parte actora y quedará desprotegido durante el juicio. En caso contrario si el cónyuge demandado da contestación a la demanda, opondrá las excepciones, dará contestación a los hechos, exhibirá sus pruebas, si se fijó una pensión provisional hará la

³³ PALLARES Eduardo “El Divorcio en México” Sexta Edición, México, Editorial Porrúa S.A, 1991, Pág.100

reclamación de la misma buscando la disminución del porcentaje fijado por el Juez y tratara de desvirtuar todo lo manifestado por la parte actora. Una vez que sea acordada la contestación ésta se dejará a vista de tres días a la parte actora, para que ésta pueda atacar lo vertido en la contestación.

Después de que se desahogue la vista de la contestación, se deja el expediente para que a petición de parte se fije fecha y hora para celebrar la primer audiencia que encuentra su fundamento en el artículo doscientos diecinueve del Código Adjetivo de la Materia, en dicha audiencia el Juez deberá exhortar a las partes para que un tiempo máximo de quince minutos llegue a un arreglo, de no ser así se procede al desahogo de las pruebas que han sido admitidas por él, en la práctica esta audiencia en la realidad se desahogan solo las pruebas documentales ya que esta audiencia durará solo una hora y será suspendida por las extenuantes labores del juzgado, dejando las pruebas pendientes para la siguiente audiencia contemplada por el artículo doscientos veintiuno, la fijación de fecha y hora para que se lleve a cabo esta segunda audiencia quedará a petición de parte; esta audiencia es la última, con ella se cierra el periodo probatorio, por lo tanto el Juez deberá apercibir a las partes de que las pruebas que no estén debidamente preparadas para su desahogo serán decretadas desiertas, en esta audiencia por lo general son desahogadas las pruebas confesionales y las testimoniales las que se deberán desahogar en términos de ley.

Una vez cerrado el periodo probatorio, las partes deberán manifestar sus alegatos, donde harán ver al Juez que en su decir está la verdad de los hechos y que las pruebas que desahogaron son contundentes para probar su dicho; cerrado el periodo de alegatos de dos días, se turnará a resolver el expediente con el Juez, el cual deberá analizar detalladamente los autos y las manifestaciones vertidas en el expediente para poder dictar una resolución.

Dicha resolución deberá contener como cualquier otra, el resultando, que no es más que una breve historia sobre lo acontecido durante el juicio; los

considerandos, que son los fundamentos legales por los que se declaró el Juez competente para conocer del juicio, así como los razonamientos lógico- jurídicos por los cuales dictara esta sentencia, así como los fundamentos legales en los que se basa su decir; y por final los puntos resolutivos, que es lo que resuelve el Juez en los considerandos pero de forma concreta, es decir, si el actor probó su acción o el demandado su excepción, si condena o no a la otra parte, si disuelve el vínculo, la fijación de la pensión definitiva si fue pedida, la pérdida de la patria potestad y la custodia de los menores.

Esta como cualquier otra resolución puede verse impugnada por los recursos contemplados en la materia, es decir se puede apelar esta resolución en el término de cinco días a partir de que haya sido hecha la notificación, esta apelación será admitida en ambos efectos, por lo que el Juez impugnado mandará el expediente a su superior jerárquico para que éste confirme o revoque la resolución, después de haber sido confirmada o revocada dicha resolución podrá alguna de las partes promover el juicio de garantías si se percata que alguna de sus garantías fue violada durante la tramitación de este juicio.

Al final de todo lo mencionado y si se le da la razón a la parte actora si se rompe el vínculo matrimonial, deberá el Juzgador girar oficio al Encargado del Registro Civil donde fue hecho el matrimonio para que expida el acta correspondiente y haga las anotaciones necesarias; este oficio será acompañado con las copias certificadas para que el Encargado de dicho Registro pueda expedir el acta de divorcio. Una vez divorciados se deberá liquidar la sociedad conyugal si la hubiere y se dividirán los bienes comunes. Los ahora divorciados tendrán la capacidad de volverse a casar después de un año el cónyuge que no haya dado lugar a la separación y el que se culpable de la separación podrá hacerlo hasta transcurrir dos años.

CAPÍTULO VI
PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 162 DEL CÓDIGO CIVIL DE
VERACRUZ.

6.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El artículo ciento sesenta y dos del Código Civil de Veracruz menciona:

“En los casos de divorcio, 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 en favor del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias. Además, 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.

En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, ni a la indemnización que concede este artículo. Igualmente, en el caso de la causal prevista en la fracción XVII del artículo 141 de este ordenamiento, excepto que el juez tomando en cuenta la necesidad manifiesta de uno de los dos, determine pensión a favor.”

El segundo párrafo es materia de este estudio, ya que pretendo exhibir las omisiones del legislador al modificarlo y al otorgar una pensión a la parte no culpable por haber incurrido en la causal XVII del artículo ciento cuarenta y uno de dicho código.

Si bien es cierto que existe la obligación entre los cónyuges de dar alimentos, también es cierto que esta causal manifiesta que por el solo hecho de existir la separación por más de dos años, sin importar la causa que originó esto, es decir, no existe algún culpable ya que al Juzgador no le debe importar si alguno de los dos cónyuges originó esta separación, solo deberá dar el divorcio por existir esta; no deberá analizar las causas subjetivas.

Esto contempla de manera lógica que ningún cónyuge podrá ser declarado culpable por el divorcio; por ende y en lógica jurídica no podrá ser obligado a otorgar alimentos al otro cónyuge ya que no es culpable de la separación. A esto de manera ilustrativa me permito citar la siguiente jurisprudencia:

“ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES. NO SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS EN LOS CASOS DE DIVORCIO FUNDADO EN LA CAUSAL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 141, FRACCIÓN XVII, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ.

Del citado numeral y fracción, se aprecia que la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la origine, puede ser invocada por cualquiera de ellos y no existirá cónyuge culpable; por tanto, es evidente que tampoco existe cónyuge inocente y, por ende, no resulta aplicable para las partes lo contemplado por el artículo 473, fracción I, del citado código, que refiere al derecho alimentario a favor de quien tenga el carácter de excónyuge inocente (concurriendo con los demás requisitos que el dispositivo legal indica); consecuentemente, es ilegal sustentar con base en dicho numeral la consideración de que la excónyuge tiene derecho a seguir percibiendo alimentos

por haberse dedicado al cuidado del hogar y de sus hijos, pues tales circunstancias tienen como base primordial que la excónyuge tenga el carácter de inocente, lo cual no acontece en el supuesto del mencionado artículo 454, fracción XVI, al no existir cónyuge culpable. Es aplicable por analogía a lo anterior la jurisprudencia por contradicción 1a./J. 4/2006, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, marzo de 2006, página 17, de rubro: "ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES. NO SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS EN LOS CASOS DE **DIVORCIO** FUNDADO EN LA CAUSAL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 141, FRACCIÓN XVII, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ.", porque aun cuando interpreta el artículo 141, fracción XVII, del Código Civil para el Estado de Veracruz, lo contemplado en dicho numeral se encuentra inmerso casi textualmente en el referido 454, fracción XVI."

Esta Tesis Jurisprudencial es del año dos mil seis, y la reforma al artículo en cuestión fue hecha en el año dos mil ocho; presumo que fue debido a que el Legislador encontró que a pesar de que no existe cónyuge culpable ni inocente, es injusto que el cónyuge que se dedicó toda la vida matrimonial al cuidado del hogar y de los hijos, excluyendo sus ganas de crecer profesional o económicamente, quede sin la protección de los alimentos.

A esto debemos apreciar los diversos supuestos por los que pueden pasar los cónyuges. A manera de ejemplificar esto mencionaré algunos supuestos por los que he llegado a la conclusión de mi propuesta de reforma.

En el supuesto de que los cónyuges tengan una edad avanzada de más de cincuenta años, y en el cual uno de los cónyuges se dedicó al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, olvidándose de trabajar o encontrar un oficio para subsistir, ya que durante todo el matrimonio fue el otro cónyuge quien proporcionaba los medios para el mantenimiento del hogar. Y al final esta pareja se separa por más de dos años debido a que él que otorgaba los medios para

subsistir decidió ya no cohabitar con el otro, y el cónyuge que dedicó su vida al hogar se ve limitada debido a su edad y se encuentra impedida para laborar; deberá el cónyuge que si se dedico a laborar otorgar una pensión equivalente a la de un hijo, ya que sería injusto para el cónyuge dedicado al hogar que al final de la historia todo el sacrificio hecho sea en vano y deba buscar los medios para subsistir a una edad avanzada, para que este supuesto se pueda dar, el cónyuge dedicado al hogar desde el momento de la separación debió de promover una pensión, para que así el Juez en el divorcio pueda contemplar que existe en verdad la necesidad de que se le otorgue dicha pensión.

En otro supuesto que es una pareja joven de no más de cuarenta años y se da la separación por más de dos años, y de igual manera uno de los cónyuges se dedicó al hogar y el otro a laborar para sostener los gastos del hogar; sin embargo al final de la vida conyugal estos se separan y uno de los dos promueve el divorcio encausado en ésta fracción, deberá el Juez percatarse que ambos cónyuges se encuentran en una edad laboral óptima, analizando también que el cónyuge que proporcionaba los medios para el mantenimiento del hogar puede rehacer su vida amorosa con alguna otra pareja, y el hecho de otorgar una pensión a su antigua pareja resultaría casi imposible rehacer su vida, sin embargo no se deberá dejar en un estado de imposibilidad para subsistir al cónyuge dedicado al hogar; por lo que en este supuesto a manera de hacer justicia el Juez deberá de otorgar una pensión al cónyuge dedicado al hogar equivalente al porcentaje fijado para un hijo con la especificación que esta pensión deberá durar un año, término justo para que el cónyuge dedicado al hogar pueda encontrar un oficio o empleo por el cual pueda subsistir.

6.2. PROPUESTA DE REFORMA

A manera ejemplificativa mas no limitativa mencioné estos supuestos que a mi lógica deberían de ser tomados por el legislador para reformar el artículo ciento sesenta y dos del Código Civil de Veracruz. Quedando de la siguiente forma:

“En los casos de divorcio, 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 en favor del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias. Además, 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.

En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, ni a la indemnización que concede este artículo. Igualmente, en el caso de la causal prevista en la fracción XVII del artículo 141 de este ordenamiento, el juez determinará pensión a favor de uno de los cónyuges cuando; se trate de cónyuges menores de cincuenta años de edad, los cuales tendrán derecho a la pensión que le corresponde a un hijo. Cuando se trate de cónyuges de no más de cuarenta años de edad tendrá derecho a la pensión que le corresponde a un hijo únicamente durante el primer año de divorcio”.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Es importante conocer lo que era para los antiguos romanos la familia como tal, y las demás uniones que además de estar ligadas por un lazo sentimental creaban obligaciones y derechos sobre la pareja como con la familia. Esto nos sirve ya que de aquí encontramos la mayoría de las bases de nuestro derecho nacional actual.

SEGUNDA: Una vez entendido lo que era la familia y demás relaciones que creaban obligaciones y derechos entre la pareja y la familia; es importante conocer lo que representa la familia en nuestro país, así como su historia a través del tiempo, que existen varias clases de familia, inclusive se puede obtener una familia en el caso de la adopción, es importante también que conozcamos que existe una rama del derecho especializada en la familia, que es exclusivamente a la que nos referimos cuando hablamos de divorcio.

TERCERA: Es importante en estos tiempos, que nuestro país esté actualizado en el orden jurídico para evitar el rezago en todos los aspectos de la vida jurídica del país; es por eso que analizamos los diferentes tipos de divorcios

que existen en algunos países; con esto podemos comparar nuestra legislación con la de los otros países y darnos cuenta que podemos completar nuestro ordenamiento jurídico con algunas especificaciones que hacen otros países; de ahí que surgiera la idea de la reforma que sugiero.

CUARTA: Ya que vimos lo que es el divorcio en diferentes ordenamientos, ahora analizaremos lo que ha sido el divorcio en la historia de México, así como su concepto y como lo llaman algunos autores. De ahí observaremos específicamente el derecho en el Estado de Veracruz; estudiaremos los tres tipos de divorcios contemplados en nuestra legislación, su procedimiento hasta su culminación y efectos jurídicos que conlleva.

QUINTA: Una vez analizado y estudiado todo lo anterior es que se puede proponer una reforma al artículo ciento sesenta y dos del Código Civil Veracruzano; ya que a mi parecer se encuentra inconcluso y deja en un estado desprotegido a las partes ya que es solo el arbitrio del juez el que determina un porcentaje de la pensión; por esta y otras razones que expliqué en mi exposición de motivos es que propongo esta reforma.

BIBLIOGRAFÍA

MARGADANT S Guillermo F., "Derecho Romano", Vigésima Sexta Edición, México, Editorial Esfinge S.A., 2005.

PETIT Eugene, "Derecho Romano", Vigésima Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2008.

BAQUEIRO Rojas Edgard, "Derecho Familia", Primera Edición, México, Editorial Oxford, 2008.

CHAVEZ Asencio Manuel, "La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Familiares", Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2003.

DE PINA Vara Rafael, "Diccionario de Derecho", Trigésima Tercera Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2007.

PACHECO E. Alberto, "La Familia en el Derecho Civil Mexicano", Segunda Edición, México, Editorial Panorama, 1998.

ROJINA VILLEGAS Rafael, "Compendio de Derecho Civil, Introducción Personas y Familia", Trigésima Primera Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2010.

ELIAS Azar Edgar, "Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano", Primera Edición, Editorial Porrúa S.A., 1995.

DE LA MATA Pizaña Felipe y Garzón Jiménez Roberto "Derecho Familiar y sus reformas recientes a la Legislación del Distrito Federal", Segunda Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 2005.

GALINDO Garfias Ignacio, "Derecho Civil", doceava Edición, México, Editorial Porrúa, 1993.