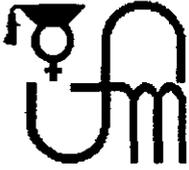


302909
1
lej



UNIVERSIDAD FEMENINA DE MÉXICO
ESCUELA DE DERECHO

“CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO
EN RELACIÓN A LA PATRIA POTESTAD”

“ T E S I S “

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO.

P r e s e n t a:

LILIAM CALCANELO GONZALEZ
L

México, D.F. 1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

270233



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

**MIGUEL ANGEL CALCANELO HERRERA Y
MARTHA EUGENIA GONZALEZ MARTINEZ.**

*A Ustedes, que siempre estuvieron
en mis noches de desvelo,
que siempre me alentaron a seguir,
a Ustedes que me llevaron adelante,
no importando lo difícil del camino,
me dieron aliento y una meta por alcanzar,
a Ustedes que con mano dura,
me enseñaron las virtudes
de la humildad, honradez, lealtad,
y de ser una mujer de trabajo y estudio.
A ustedes, que aunque no estuvieron conmigo,
me acompañaron, levantándome al caer
hoy les ofrezco lo mejor que puedo darles..*

A MIS HERMANOS.

*Sabiendo que no existirá,
una forma de agradecer
una vida de sacrificio y esfuerzos,
quiero que sientan
que el objetivo logrado,
también es de Ustedes, y
que la fuerza que me ayudo a
conseguirlo fue su apoyo.*

**A MI PEQUEÑA FERNANDA
Y A DAVID.**

*Sabiendo que jamás existirá una forma
de agradecer una vida de lucha,
sacrificio y esfuerzos constantes,
sólo deseo que entiendan
que el logro mío, es logro suyo,
que mi esfuerzo es inspirado en Ustedes,
y que son mi único ideal.*

A MIS FAMILIARES Y AMIGOS.

*Con un profundo agradecimiento,
ahora que ha llegado
la culminación del camino,
que juntos hemos recorrido y
aquel sueño tantas veces anhelado
y siempre apoyado,
llegó a una realidad.*

**AL LIC. PEDRO ALARCON
CASAS Y ASOCIADOS.**

*Con respeto, admiración y gratitud,
por su valiosa colaboración e
inapreciable amistad.*

INDICE

CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO EN RELACIÓN A LA PATRIA POTESTAD

Página

INTRODUCCION

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO Y DE LA PATRIA POTESTAD.4

1.1. Antecedentes del Divorcio.4

1.1.1. En Grecia.4

1.1.2. En Roma.8

1.1.2.1. Influencia del Cristianismo.12

1.1.3. En la Edad Media.21

1.1.3.1. El Concilio Tridentino.26

1.1.4. En México.34

1.2. Antecedentes de la Patria Potestad.38

1.2.1 En Roma.38

1.2.2. En México.42

CAPITULO II.- BREVE ESTUDIO DE LOS TÉRMINOS DIVORCIO Y PATRIA POTESTAD.45

2.1. Concepto de Divorcio.45

2.2. Concepto de Patria Potestad.49

2.2.1. Concepto de Filiación como origen de la Patria Potestad.	52
--	----

CAPITULO III.- DIVORCIO Y SUS TIPOS.	56
---	----

3.1. Divorcio.	56
3.2. Estudio del artículo 267 del Código Civil (causales de divorcio).	65
3.3. Tipos de Divorcio.....	78
3.3.1. Divorcio Sanción.....	79
3.3.2. Divorcio Remedio.	79
3.3.3. Divorcio Condena.	79
3.3.4. Divorcio Caducidad.	81
3.4. Clases de Divorcio.	81
3.4.1. Divorcio Administrativo.	81
3.4.2. Divorcio Necesario.	82
3.4.3. Divorcio Voluntario.	83

CAPITULO IV.- FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD.....	86
--	----

4.1. Fuentes de la Patria Potestad.	86
4.1.1. Matrimonio.	86
4.1.2. Legitimación.	90
4.1.3. Adopción.	92
4.2. Efectos del divorcio en relación a la Patria Potestad.....	96
4.2.1. Terminación de la Patria Potestad (artículo 443 del Código Civil).	97
4.2.2. Pérdida de la Patria Potestad (artículo 444 del Código Civil).....	98
4.2.3. Suspensión de la Patria Potestad (artículo 447 del Código Civil).	100
4.3. Estudio del artículo 283 del Código Civil.	101

ACLARACION PERTINENTE (ADENDA)	110
CONCLUSIONES	112
BIBLIOGRAFIA	117
LEGISLACION	121
JURISPRUDENCIA	122

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo que he denominado "CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO EN RELACIÓN A LA PATRIA POTESTAD", tiene como objetivo principal, analizar y establecer puntos importantes a los cuales se les tiene que dar solución en el cuerpo de la sentencia de divorcio, tales como lo son la pérdida, suspensión y terminación de la patria potestad en los casos de divorcio, de este modo despertar el interés sobre un tema el cual pienso es de suma importancia, ya que considero que la sentencia de divorcio no tiene porque efectuarse siguiendo lo dispuesto por el artículo 283 de nuestro Código Civil vigente, toda vez que el mismo tiene características peculiares de gran importancia, que lo llevan en un momento determinado a no proporcionar a las partes resultados que sean para éstas justos y equitativos.

Para lograr un mayor abundamiento en el estudio del presente trabajo, y así poder desglosar todos y cada uno de los puntos relativos a la patria potestad en la sentencia de divorcio, debemos mencionar que en el primer capítulo analizaremos lo referente al tema de los Antecedentes Históricos a manera de introducción, comprendiendo lo que viene a ser la disolución del vínculo matrimonial denominado divorcio, como lo es de la patria potestad.

Se analiza desde un punto de vista conciso lo que viene a ser la disolución del vínculo matrimonial, esto es, en diversas legislaciones y en

nuestro derecho, dicho análisis contempla desde lo que fueron los inicios de la regulación de la citada figura jurídica (divorcio), hasta lo que es en la actualidad, y de la misma forma lo referente a la patria potestad, estudiando así de una manera general lo que eran anteriormente estas instituciones y sus cambios, hasta lo que es hoy en nuestros días.

Por otra parte en nuestro capítulo segundo se presenta un estudio de los términos divorcio y patria potestad, así mismo la filiación como origen de la patria potestad.

En nuestro tercer capítulo abundamos en sí sobre lo que es el tema del divorcio y algunos aspectos importantes del mismo, como lo son las causales existentes para disolver el vínculo-matrimonial y decretarse el divorcio, así como sus tipos y clases, esto es desde el primer Código que lo reguló en nuestro país hasta lo que es en la actualidad, pasando por los Códigos Civiles de 1870 y 1884, y de igual forma lo que es la Ley del Divorcio de 1914 y la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

En el capítulo cuarto se presentará claramente lo que es la patria potestad, auxiliándonos de las fuentes que dan origen a la misma y que son el matrimonio, la legitimación y la adopción, y de esta misma institución se analizan todos y cada uno de los efectos del divorcio relacionados con la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad.

Por último cabe señalar que se hace un estudio de lo que establece el actual artículo 283 de nuestro Código Civil, y en el mismo punto se

realiza una propuesta legislativa, ya que considero que al juez no se le tienen que otorgar las amplias facultades que cita dicho artículo, para resolver lo conducente a la situación en que han de quedar los hijos, una vez que ha sido decretado el divorcio, así mismo pienso que el medio idóneo para que el juez dicte sentencia de divorcio, se encuentra contemplado por el artículo 283 de nuestro Código Civil, antes de la reforma de 1983, con lo cual al dictar sentencia, encontramos que contempla el citado artículo características importantes para que ésta sea justa y equitativa para las partes, y esto a fin de no dejar a las mismas sin condición alguna de defenderse.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO Y DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1.- ANTECEDENTES DEL DIVORCIO.

1.1.1. EN GRECIA.

En el inicio del desarrollo de la legislación Griega, y dentro de sus características, uno de los puntos más importantes que llegó a dificultar el divorcio fue la llamada dote, que es aquella que se refiere al patrimonio que la mujer aportaba al matrimonio con el fin de ayudar con todas las cargas matrimoniales y de igual forma al desarrollo económico de la familia, contribuyendo en su solidez.

En los tiempos Homéricos "El divorcio podía tener lugar por parte del marido y por medio de la mera devolución o abandono de la mujer" (1), la cual al ser abandonada sin razón alguna, tenía derecho a solicitar alimentos, así como que se le fuese restituida la dote o que se le pagaran intereses, sin importar el tiempo que hubiese transcurrido después de la fecha en que fue realizada la celebración del matrimonio.

De lo anterior hay que retomar que no solamente el hombre era aquel que podía dar lugar al divorcio, sino que también la mujer en algunas ocasiones contaba con la posibilidad de solicitarlo, siempre y cuando ésta

(1) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo IX. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, Argentina. p. 41.

acudiera ante la autoridad especial, la cual estaba establecida para decretar o no el divorcio en los casos en que era demandado por la mujer, dicha autoridad fue llamada Arconta.

Durante el desarrollo de las leyes de Atenas, se dio la creación de las leyes de Solón, en la cual se les otorgaba a ambos cónyuges el derecho de repudiar a su compañero, que tiempo atrás, era el hombre el que únicamente podía repudiar a su mujer, teniendo en cuenta que una causal principal para retomar la repudiación era la esterilidad, tanto en el hombre como en la mujer.

Así mismo el adulterio fue otro de los motivos importantes para decretar el divorcio, ya que cuando se realizaba el mismo, en ocasiones era castigado con la muerte (en Tenodos -pequeña ciudad de Grecia-), basándose en las leyes áticas, y en otros casos para el hombre que se relacionaba ilícitamente, con cualquier otra mujer casada se le solicitaba una indemnización, sin tener otro castigo o pena más que su propia deshonra, motivo por el cual el adulterio solo era válido y sancionado, cuando era cometido por mujeres casadas, ya que el marido, además de su cónyuge podía relacionarse con la mujer elegida como concubina y con cortesanas.

De lo citado anteriormente, debemos tener presente el papel que socialmente desempeñaban las mujeres en esa época, según la relación existente entre éstas y el hombre, las cuales eran divididas en tres clases:

- LA MUJER CASADA: La cual tenía dos misiones importantes que desempeñar dentro del matrimonio, y que eran procrear los hijos legítimos deseados por su cónyuge y; mantener siempre vivo el sagrado fuego del hogar, siendo fiel guardiana de la casa.

- LAS CONCUBINAS: Mujeres que se relacionaban con hombres casados únicamente para desarrollar los cuidados diarios que exigía la salud del concubino.

- LAS CORTESANAS: Eran aquellas mujeres, las cuales única y exclusivamente servían para satisfacer los placeres del hombre.

Retomando lo ya mencionado anteriormente se denota que la importancia de la moral matrimonial no es la suficiente como lo requiere la actualidad, ya que en estos pueblos antiguos se presentaba una gran variedad de casos en los cuales la mujer tenía que relacionarse con diversos hombres, sin que esta relación fuera ilícita, considerando como punto importante el hecho de que "El marido anciano, casado con mujer joven, si tenía entre sus amigos algún guerrero joven de quien se agradase, podía relacionarlo con su mujer, y mejorando la casta, hacer propio lo que se procrease." (2)

Así mismo "Cuando el marido no era capaz de hacer concebir a la mujer, podía buscar auxiliares, estando la esposa obligada a recibirlos, sin que el hecho constituya adulterio." (3)

Fustel D' Coulanges, ratificando lo dicho por Plutarco y apoyándolo dice: "En el caso de que un matrimonio fuera estéril por culpa del marido, tampoco por eso debía dejar de constituirse la familia y un hermano o

(2) Idem.

(3) Idem.

pariente del marido debía sustituirle, obligándose la mujer a entregarse a ese hombre. El hijo que naciera era considerado como del marido y continuaba su culto." (4)

En Atenas existían dos tipos de sanciones para aquellas personas que fuesen adúlteras; las sanciones pecuniarias y las infamantes.

El marido estaba obligado a repudiar a su mujer cuando ésta era adúltera, la cual era entregada a su cómplice desde el momento en que se descubría el adulterio, como legítima esposa, y dentro de lo cual al marido la ley le autorizaba que podía matar al amante tanto de la mujer legítima, como la que fuera elegida como concubina, mantenida para procrear los hijos libremente, teniendo como única exigencia la de no ser adúltera y desleal.

Ya descubiertos los adúlteros, la ley establecía proceder con más calma y sin prisa alguna del marido traicionado, "Cuando el marido hubiera atraído al delincuente, cuando se cometiera el delito en una casa de prostitución o cuando la mujer fuera prostituta conocida." (5), fuera de estas circunstancias el acto contra el amante, era considerado como un homicidio común, el cual era realizado no sólo al hombre delincuente, sino también a la mujer adúltera.

El único pueblo Griego en el cual no tenía trascendencia alguna el adulterio, fue en Esparta, ya que era el único lugar en toda Grecia donde no existía el adulterio, como consecuencia de la mala reputación de las mujeres espartanas, mismas que eran consideradas como las más corrompidas de Grecia, y que sin tener pena o sanción alguna, podían relacionarse con

(4) Ibid. p.42.

(5) Idem.

cualquier hombre, sin importar la situación matrimonial en que éstos se encontraran.

1.1.2. EN ROMA.

En el Derecho Romano antes de ser conocido y legalizado el divorcio, existía la repudiación, la cual era únicamente concedida al hombre, ya que a la mujer no se le otorgaba el derecho de repudiar a su marido, y en los tiempos de Rómulo, cuando la mujer era adúltera se le sancionaba con repudio. preparándole un veneno o encerrándole y proporcionándole llaves falsas de la puerta de salida, y así mismo la esterilidad era motivo de repudiación hacia la mujer.

Los Romanos se adjudican de los pueblos Griegos lo citado en la ley de Solón, y contemplaron el repudio en la Ley de las Doce Tablas, teniendo tal derecho, tanto el marido como la mujer que fuesen adúlteros, aumentando de este modo las causales de repudio establecidas por Rómulo, mismas que no exigían ya legalizado el divorcio, razones para solicitarlo, pero en los casos de adulterio si era necesario presentar las razones para considerar la repudiación.

En la ley establecida por Rómulo, los únicos casos en los que se autorizaba el divorcio era por adulterio, abandono de hogar y el aborto, formándose así en un sentido amplio la primera época del divorcio en forma, la cual va desde la fundación de Roma hasta la Ley de las Doce Tablas. caracterizando este período por la dificultad con la cual era disuelto el matrimonio.

Una segunda época pasa a ser contemplada de la Ley de las Doce Tablas, hasta el advenimiento del Imperio de Augusto, mismo que es

caracterizado por una profunda depresión moral en el seno familiar romano. “La vida de familia se relajó considerablemente y declinó la antigua severidad de las costumbres. Cometiéndose grandes delitos en familias principales; el matrimonio perdió su rigor jurídico, recayendo la mujer raras veces en la manus del marido.

Degeneraron también las relaciones entre los sexos, y la antigua disciplina dio lugar a las terribles sociedades secretas de las bacanales, el Senado Consultor Marcianum las había suprimido, pero su espíritu se conservó...”(6)

El divorcio podía tener lugar por consentimiento de los dos cónyuges o por voluntad de uno solo.

El complicado y gran avance de estos pueblos antiguos acerca del repudio, el cual tenía diversas formas de ser castigado, pero una gran similitud en su severidad, fue trabajado y procesado hasta llegar finalmente a traducirlo en divorcio, y de este modo darle una mayor importancia y rapidez a la disolución del vínculo matrimonial.

Ya establecido el divorcio en el Derecho Romano, existen diversas causas de disolución matrimonial, pero pueden dividirse en dos grandes grupos: por causas involuntarias de los cónyuges y por un acto deliberado o falta de *affectio maritalis* de alguno o de ambos cónyuges.

Por causas involuntarias de los cónyuges son:

(6) AHRENS, E. Historia del Derecho. Traducción. Giner, Francisco y A.. C. de Linares. número 63. Editorial Impulso. 1945. p. 149.

Muerte de uno de los esposos. EL marido podía volver a casarse inmediatamente, pero en cambio la viuda debía guardar el luto durante diez meses, a fin de evitar confusión de parto en relación a la paternidad del hijo que pudiera nacer durante este período.

La mujer que se casaba antes del término fijado y las personas que tuvieran autoridad sobre ella, así como el segundo marido, incurrían en infamia (falta de honorabilidad o de consideración social y jurídica, en la que incurren los afectados por una nota censoria en razón de su conducta, en atención a una decisión judicial contra ellos pronunciada, en virtud de la disposición de una ley o de una cláusula del edicto o simplemente por estimación desfavorable de los ciudadanos), pero subsiste el matrimonio.

El Derecho Romano admite además de esta causa natural de disolución, otras formas, fundado en la desaparición de la capacidad de los contrayentes producida por incapacidad de alguno de los cónyuges o por sobrevenir un impedimento.

La capacidad se pierde en primer lugar por la incapacidad máxima sufrida por uno de los cónyuges, bien por hacerse esclavo de un particular o hacerse ciervo de la pena (condenación a las minas o el internamiento a la escuela de gladiadores.) En el Derecho Antiguo se castigaba con esta pena al que se sorprendía en flagrante delito de robo. Se le denominaba de esta forma porque no tienen más dueño que su castigo), y cuando alguno cayese prisionero del enemigo.

El segundo grupo en que se puede clasificar las causas de disolución del matrimonio son las que se encuadran dentro de un acto deliberado, por falta de *affectio maritalis* y son: cuando se trata de un acto unilateral de cualquiera de los cónyuges, es decir, el repudio y cuando media la voluntad del marido y la mujer, es decir, el divorcio.

Debe advertirse, sin embargo, que algunos autores no están conformes en cuanto el significado de esas palabras; ya que para algunos autores, el repudio era la expresión del deseo de poner fin al matrimonio, y el divorcio era el efecto producido por dicha expresión.

Los Romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta que el *affectio maritalis* había desaparecido. Se explica esta causa de disolución porque en el matrimonio romano el *affectio maritalis* era esencial en la relación conyugal y su desaparición era suficiente para la ruptura.

Tanto el divorcio como el repudio, por su naturaleza, no debían exigir formas, como tampoco las debía exigir el matrimonio, era suficiente un simple aviso, por escrito, o por medio de un mensajero.

Un concepto de repudio puede ser "Disolución de un matrimonio legítimo durante la vida de los esposos, por la voluntad de uno de ellos".

Lo cierto es que el repudio fue reconocido por numerosos pueblos del Oriente. Así se leía en el Código de Hamurabí: El cual citaba que si una mujer llegaba a menospreciar a su marido y le hacía saber que no quería ser

suya, se examinaba a dicha mujer en secreto acerca del perjuicio del cual fuese víctima, y si ésta era una buena ama de casa sin tacha alguna y si su marido salía de casa dejándola mucho tiempo sola y descuidándola, ésta no era culpable, podía tomar su ajuar y retirarse a casa de su padre. Esta es una forma de repudio si bien a cargo de la mujer.

Roma conoció la repudiación, antes de que apareciera el divorcio legalmente afianzado. Los historiadores romanos sitúan hacia el siglo VI de la Era Cristiana los primeros casos de divorcio. Con anterioridad sólo existía la repudiación de la mujer por el esposo, estando ésta sometida a la manus del marido, solamente éste podía repudiar en el matrimonio, por causas graves, Rómulo permitió que el marido repudiara a su mujer, si ésta cometía adulterio.

La repudiación practicada en distinta forma por los diversos pueblos, evolucionó hasta llegar a ser traducida en disolución del vínculo matrimonial, por mutuo consentimiento, o por cualquiera de los cónyuges hacia el otro.

Es obvio que el repudio precedió a el divorcio como última forma evolutiva de la disolución matrimonial.

Dentro del Derecho Romano el Divorcio se puede definir como: "La ruptura voluntaria del lazo conyugal, resultante del consentimiento mutuo de los cónyuges o de la voluntad de uno solo".(7)

1.1.2.1. INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO.

La iglesia católica mantuvo siempre el sistema de indisolubilidad del vínculo matrimonial, como un delito eficaz para dar una organización firme a

(7) BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Editorial Revis. México 1959.

la familia; durante los primeros siglos del cristianismo, tuvo sin embargo, que aceptar los principios del Derecho Romano, y así vemos que los emperadores cristianos desde Constantino a Justiniano lo restringen cada vez más.

A partir del Imperio de Constantino se produce un esfuerzo por reconstruir todo el derecho sobre bases cristianas, este emperador sólo admite el repudium en un número muy pequeño de casos, al margen de los cuales el esposo que repudiara a su mujer era castigado y no podía contraer nuevo matrimonio; se introducen ciertas penas para castigar los repudios sin causa legal. Así por ejemplo, la mujer que sin fundamento legítimo ponga fin a su matrimonio, pierde sus derechos dotales, y si se trata del marido, se le obliga a hacer efectiva la donación que por escrito prometió ya que éstas tienen como principal finalidad conceder a la mujer inocente de repudio, una ventaja patrimonial positiva a costa del marido. Por esta razón, se exigía para la celebración del matrimonio, el otorgamiento por parte del marido, de una donatio propter nuptias, lo mismo que la constitución de una dote por parte de la mujer; para de esta manera contrarrestar hasta cierto punto, la libertad legal del repudio y del divorcio.

Se llegó a distinguir entre divorcio por mutuo consenso o divorcio propiamente dicho, y el divorcio unilateral o repudio, mientras se respetó en un principio el primero, se reaccionó contra el segundo, estableciendo las *iustae causae* que lo hacían lícito, en los demás caso estaba castigado.

Sin embargo, la Iglesia luchó contra las leyes romanas y las costumbres germánicas que autorizaban el divorcio, y logró poco a poco,

obtener su supresión. Como no era posible mantener ciertos hogares profundamente desunidos, la Iglesia creó la separación de cuerpos, que no es otra cosa sino el divorcio antiguo, disminuido en sus efectos y conservó la palabra misma de divorcio, pero indicando que se reducía a una separación de habitación. Los esposos separados no podían volver a casarse, aún cuando en la Iglesia mosaica se autorizó y reglamentó lo que ahora llamamos divorcio en cuanto al vínculo matrimonial.

El procedimiento que estableció Moisés consistía en entregar a la esposa el libelo de repudio y hacerlo saber a la familia de su cónyuge. Según algunos historiadores, estaba obligado a pagar al padre el precio de la esposa, que de esta manera, era tratada como un bien económico.

Los profetas combatieron el divorcio que se practicaba desde tiempos anteriores a los de Moisés, según el libro de Malaquías.

El texto relativo es el contenido en los versículos 1 al 4 del capítulo 24 del Deuteronomio, que dice:

“Si un hombre toma una mujer, y después de haber cohabitado con ella, viniere a ser mal vista de él por algún vicio notable, hará una escritura de repudio, y la pondrá en manos de la mujer, y la despedirá de su casa.

Si después de haber salido toma otro marido;

Y éste también concibiere aversión a ella, y le diere escritura de repudio, y la despidiere de su casa, o bien si él viene a morir;

No podrá el primer marido volverla a tomar por mujer; pues quedó amancillada y hecha abominable delante del Señor, no sufras que con un tal

pecado sea contaminada la tierra, y cuya posesión te ha de dar el Señor Dios Tuyo." (8)

En el nuevo testamento las cosas cambian por completo. La Iglesia Católica establece que Jesucristo condenó el divorcio, según se desprende de los textos de los evangelios de San Mateo, capítulo X, versículo 11 y 12, San Lucas, capítulo XVI, versículo 18, y San Marcos.

En el Evangelio de San Lucas, se lee: "Todo el que repudia a su mujer, y se casa con otra, adúltera: y el que se casa con la repudiada del marido, adúltera." (9)

San Mateo: capítulo V, versículo. 7 a 9, 31 y 32. En este evangelio existe una diferencia ya que autoriza el divorcio en caso de adulterio.

De estos versículos se ha inferido que el matrimonio es una sola carne no podrán separarse sin romper esa unidad.

San Pablo a su vez confirma la indisolubilidad del matrimonio en la Epístola a los Corintios, versículo 7, que establece:

"En cuanto a las cosas de que me escribisteis bueno le sería al hombre no tocar mujer, pero a causa de las fornicaciones, cada uno tenga su propia mujer, y cada una tenga su propio marido. El marido cumpla con la mujer, el deber conyugal, y asimismo la mujer con el marido.

(8) La Santa Biblia. Sociedad Bíblica Americana. Nueva York, 1935. p. 214.

(9) Ibid p. 53.

La mujer no tiene potestad sobre su propio cuerpo, sino el marido; ni tampoco tiene el marido potestad sobre su propio cuerpo, sino la mujer.

No os neguéis el uno al otro, a no ser por algún tiempo de mutuo consentimiento, para ocuparos sosegadamente a la oración; y volved a juntaros en uno, para que no os tienta Satanás a causa de vuestra incontinencia.

Mas esto digo por vía de concesión no por mandamiento. Quisiera más bien que todos los hombres fueran como yo; pero cada uno tiene su propio don de Dios, uno a la verdad de un modo, y otro de otro. Digo, pues, a los solteros y a las viudas, que bueno les fuera quedarse como yo, pero si no tienen don de continencia, cásense, pues mejor es casarse que estarse quemando.

Pero a los que están unidos en matrimonio, mandado, no yo, sino el Señor: Que la mujer no se separe del marido; y si se separa, quédese sin casar, o reconcíliese con su marido, y que el marido no abandone a su mujer..."(10)

Finalmente el Concilio de trento estableció definitivamente la indisolubilidad del vínculo matrimonial desde el punto de vista de la Iglesia Católica Apostólica Romana.

En cuanto al Código Canónico, este no menciona siquiera la palabra divorcio: en el capítulo X, del título VII, del libro III, se trata de la

(10) Ibid. p. 190.

separación de los cónyuges, y se subdivide el capítulo en dos artículos, en uno de los cuales se enfoca la disolución del vínculo, o sea, el divorcio pleno y en el otro, la separación del lecho, mesa y habitación.

El principio general, rígido e invariable, adoptado por el Código Canónico, es el que establece el canon 1118 que dice:

"El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte." (11)

Dispone, a su vez, el canon 1615 que:

"El matrimonio válido de los cristianos se llama rato si todavía no ha sido consumado; rato y consumado, si entre los cónyuges ha tenido lugar el acto conyugal, al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial y por el que los cónyuges se hacen una sola carne."(12)

Por lo que se refiere a la indisolubilidad, dispone el canon 1013:

"La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario." (13)

La causa por la anulación del matrimonio rato, son entre: la impotencia posterior al casamiento, el odio implacable de los cónyuges,

(11) PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Segunda edición. Editorial Porrúa. México 1979. p. 21.

(12) Código de Derecho Canónico. Cuarta Edición. p. 418.

(13) Idem.

cualquier enfermedad que haga imposible el uso del matrimonio, el peligro de perversión; el divorcio civil obtenido por la otra parte, etc.

Según el canon 1120, párrafo primero del mencionado Código, "el matrimonio legítimo entre personas no bautizadas, ya sea rato, ya haya sido consumado, se disuelve en favor de la fe por el Privilegio Paulino. Dicho privilegio consiste en la facultad que tiene el cónyuge no creyente, que se convierte al cristianismo, de disolver su matrimonio y contraer otro nuevo, si su consorte se niega a hacerse cristiano o a cohabitar pacíficamente con él.

Este privilegio se funda en la epístola de San Pablo, versículo 11 de los Corintios que establece:

"Y si una mujer tiene marido que no sea creyente y él consiste en vivir con ella, que no lo abandone.

Porque el marido incrédulo es santificado en la mujer, y la mujer incrédula en el marido, pues de otra manera vuestros hijos serían inmundos, mientras que ahora son santos. Pero si el incrédulo se separa, sepárase, pues no está el hermano o la hermana sujeto a servidumbre en semejante caso, sino que a paz no llamó a Dios..." (14)

La separación de lecho, mesa y habitación implica la separación perpetua. La vida en común de los cónyuges implica la comunidad de lecho, mesa y habitación, y a ella se opone la separación, la cual puede ser total o parcial, temporal o perpetua. El canon 1128 sin especificar las causas de separación, dice que pueden existir algunas que la legitimen en todo o en parte.

(14) La Santa Biblia. La Sociedad Bíblica Americana. Nueva York. p. 185.

Dispone el canon 1128 "que los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, si no hay una causa justa que los excuse". (15)

La causa principal que autoriza la separación de que se trata es lo que el Código llama crimen de adulterio, y así lo expresa el canon 1129, que dice: Por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, romper aún para siempre, la vida en común, a no ser que él haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya cometido.

Cabe destacar que en el Derecho Canónico no siendo por adulterio jamás puede decretarse la separación perpetua, sino tan sólo la temporal, la cual puede concederse por un plazo de tiempo determinado o por un tiempo indefinido, mientras subsiste la causa de la separación. El canon 1131, considera otras causas de separación, dice lo siguiente: "Si uno de los cónyuges da su nombre a una secta acatólica; si educa acatólicamente a los hijos; si lleva una vida de vituperio o de ignominia, si es causa grave de peligro para el alma o para el cuerpo del otro; si con sus servicios hace la vida en común demasiado difícil; esto y otras causas semejantes son todas ellas causas legítimas para que el otro cónyuge pueda separarse con autorización del Ordinario Local, y hasta por autoridad propia, si le consta con certeza y hay peligro en la tardanza". (16)

En todos estos casos, al cesar la causa de la separación, debe restaurarse la comunión de la vida.

(15) Código de Derecho Canónico. Op. Cit. p. 420.

(16) PALLARES, Eduardo Op. Cit. p.23.

Los tratadistas entienden que las causales citadas, no son las únicas, tratándose de una mera enunciación.

La separación ejerce influencia sobre la situación de la prole.

Dispone el canon 1132, al respecto:

“Hecha la separación, los hijos han de ser educados por el cónyuge inocente, y si uno de ambos cónyuges fuese católico, por el cónyuge católico, a no ser que en uno y otro caso hubiese decretado otra cosa el Ordinario para bien de los mismos hijos, salva siempre la educación católica de los mismos”. (17)

Pronunciada la sentencia de divorcio, deben ser puestos los hijos al cuidado del cónyuge inocente, si el bien de los hijos lo aconseja, puede el juez tomar otro acuerdo, este precepto puede producir un resultado injusto en el sentido de que si el cónyuge no culpable profesa una religión no católica, por ese hecho perderá la patria potestad sobre sus hijos, a pesar de ser inocente.

El divorcio que autoriza la Iglesia Católica consiste en la separación de cuerpos temporal o perpetua. El divorcio fue sostenido sistemáticamente, en cambio, por los países protestantes, es decir, por la reforma, que se fundó en los principios de la Iglesia de Oriente, la cual tomó como punto de partida la interpretación de San Mateo, con diferencia de la Iglesia de Occidente, que se inclinó por la teoría de la indisolubilidad y la sancionó definitivamente, como se ha venido viendo en el Concilio de Trento.

(17) Código de Derecho Canónico. Op. Cit. p. 500.

1.1.3. EN LA EDAD MEDIA.

La Edad Media abarca un espacio de diez siglos comprendidos entre la caída del Imperio Romano de Occidente, a la conquista de Constantinopla por los Turcos.

En la Edad Media se pueden distinguir dos períodos:

A) Alta Edad Media o época de las invasiones (siglo V a X):

B) Baja Edad Media o época feudal (siglo XI a XV).

Con la caída del Imperio Romano el Corpus Juris Civiles cayó en desuso. Los invasores aplicaron a los habitantes de la península italiana versiones del derecho civil romano que eran mas burdas y menos refinadas. Los invasores también llevaron consigo sus propias costumbres legales que sólo eran aplicadas a ellos pero no a sus conquistados basados en su norma jurídica de que la nacionalidad de una persona le acompaña a todas partes.

A pesar de esto comenzó a gestarse cierta fusión de leyes triviales germánicas con instituciones jurídicas Romanas en ciertas regiones de Italia, del sur de Francia y de la península Ibérica; con el correr de los siglos esta mezcla produjo lo que los europeos llaman todavía un Derecho Romano vulgarizado o barbarizado.

Jurídicamente puede sostenerse que la edad Media empieza desde que cesa el Imperio del Derecho Romano, para ser sustituido por la fusión de las leyes bárbaras y demás cuerpos legales no influidos aún por el Derecho Canónico, pero sí por el Cristianismo.

Debe hacerse notar que los pueblos que abrazaron el cristianismo eran especialmente los germanos, mismos que eran afectos al divorcio, el matrimonio era considerado por éstos como fundamental para su organización jurídica y política, tenía un carácter sagrado, que la doctrina cristiana no hizo más que añadir la sanción religiosa.

Por su parte los francos, en general y sus reyes en particular practicaban el divorcio no obstante su conversión al catolicismo.

En cuanto a España y a los pueblos de su influencia encontramos el fuero juzgo, en cuya colaboración el elemento eclesiástico tomó parte principal, si bien se hace desaparecer el repudio, y se admite el divorcio, fijando como causal el adulterio; debía hacerse en juicio ante tribunal civil competente y producía todos los efectos de la disolución en favor del cónyuge inocente.

Las Siete Partidas también se ocupan del divorcio: la segunda que autoriza el divorcio por causa de adulterio y ordena al marido que acuse a su mujer. Otra ley de las mismas partidas define el adulterio diciendo que es:

“El yerro que home face yaciendo a sabiendas con mujer que es casada con otro, el tomó este nombre de dos palabras del latín alteriu et torus, que quiere tanto decir en romance como lecho de otro, porque la mujer es contada por lecho de su marido et non della”. (18)

Esta concepción, es característica de la Edad Media, ya que es más rigurosa que sobre el mismo concepto da el evangelio de San Marcos, capítulo X, versículo 11 y 12, donde se hacía posible el adulterio a ambos cónyuges. La característica del Derecho Hispano de esta época es de la

(18) Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 45.

prohibición del divorcio absoluto sólo para los cristianos, en cuanto al celebrado con arreglo a otras religiones, cabía la disolución por repudio y divorcio.

En Gran Bretaña, hasta el año 1857, el matrimonio se consideraba indisoluble, pues sólo podía ser decretado por el fuero eclesiástico, que redujo la cuestión a una simple separación de cuerpos

Esta era la situación de los principales países, pero en general en la Edad Media era la siguiente:

El fundamento de la sociedad medieval era la familia, como lo había sido para los Romanos y Germanos. Sin embargo, hubo de transcurrir bastante tiempo para que se aceptara la concepción cistriano-católica según la cual el hombre debe vivir en régimen de monogamia y considerarse indisoluble el matrimonio. Se ha conservado una fórmula de divorcio la cual expresa:

“Siendo público y notorio que no podemos seguir viviendo juntos el diablo lo quiere así, y Dios no protege nuestra convivencia, lo mejor es que disolvamos nuestra unión ante hombres de conciencia y respeto, como ya lo hemos hecho. Si, por tanto, el que fue mi marido desea tomar por esposa a otra mujer, podrá hacerlo, y la que fue mi esposa quedará, a su vez, en libertad de tomar otro marido, si tal es su voluntad”. (19)

Las reiteradas prohibiciones de la Iglesia dan a entender, que durante la época carolingia, eran bastante frecuentes los casos de hombres y mujeres que, en vida de la otra parte, contraían segundas nupcias después de divorciarse de su primer cónyuge; en general la gente se casaba muy joven.

(19) BÜHLER, Johannes. Vida y Cultura en la Edad Media. Versión española de Wenceslao Roce. Fondo de Cultura Económica. p. 238.

La inexistencia de una forma pública, religiosa o civil, como requisito indispensable para la validez del matrimonio, traían como consecuencia toda clase de abusos. Las ideas entre el pueblo en cuanto a la libertad de las uniones sexuales, tanto en el hombre como en la mujer, eran bastante relajadas, y durante toda la Edad Media había gran abundancia de hijos ilegítimos. El adulterio era más frecuente entre los maridos que entre las esposas, pero en la capa baja de la población no parece que las mujeres fuesen tampoco muy escrupulosas en cuanto a la fidelidad conyugal.

Esta época se caracteriza por las contradicciones más sorprendentes ya que , mientras en una parte se ensalzaban y encarecían entre los deberes más importantes, como la castidad y la fidelidad conyugal, en otra parte se contemplaba, con cierta pasividad, las infracciones a estos preceptos. Su frecuencia la atestiguan dos obispos al declarar en su sínodo celebrado en Aquisgrán en el año 862 que "son pocos y hasta nos atreveríamos a decir que ninguno, los hombres que van al matrimonio en estado de completa castidad."
(20)

En la lírica y la épica caballerescas se habla del amor libre como de la cosa más natural del mundo; en las ciudades procurábase a veces poner remedio a estos males por medio de providencias generales que no garantizaban por cierto la observancia de una moral impecable, así, en una de las actas del consistorio de Estamburgo, con fecha 1409, se lee:

(20) Ibid. p. 240.

“Tanto el burgomaestre como los regidores están de acuerdo en que quien mantenga relaciones ilícitas, sea hombre o mujer, sin exceptuar a nadie, debe separarse del hombre o de la mujer con quien vive fuera de matrimonio, para volver con su legítimo marido y su legítima esposa y hacer vida común con él o con ella, y además sin demora, entre este mismo momento y el próximo domingo.” (21)

Y como las uniones ilegales no provocaban mucho escándalo, era lógico que los hijos nacidos de ellas disfrutasen dentro de aquella sociedad de una posición bastante soportable.

Al final de la Edad Media, los hijos ilegítimos de varón sólo se distinguían de los nacidos dentro del matrimonio en que no heredaban las prerrogativas sociales de su padre ni compartían los derechos de la familia, fuera de esto hallábanse equiparados a los demás hijos y su padre no sólo les daba educación, sino que casi siempre los beneficiaba con legados a la hora de testar. La misma esposa y la familia. No es posible saber, ni siquiera aproximadamente, cuál sería la proporción de las unidades ilegítimas, mantenidas durante corto o largo tiempo, con respecto a las uniones conyugales.

Contribuyó poderosamente a imponer con carácter general el punto de vista de la iglesia, la valerosa y consecuente oposición del Papa Nicolás II a los planes de divorcio del Rey Lotario II; la actitud del Papa fue tan enérgica, que llegó incluso a destituir a los Arzobispos de Colonia y tréveris, por haberse mostrado dispuestos a plegarse a los designios del Rey.

(21) Ibid. p. 241.

1.1.3.1. EL CONCILIO TRIDENTINO.

Son fuentes de conocimiento del derecho humano positivo, que es aquél que proviene de la iglesia, todos aquellos documentos o compilaciones que contienen las normas jurídicas emanadas de los órganos legislativos de la iglesia.

Esta serie de compilaciones se pueden dividir en cuatro grandes categorías, que corresponden a cuatro diversos períodos históricos:

a) El primero va desde los principios de la vida de la iglesia hasta Graciano (mitad del siglo XII), y es llamado período del Jus Antiquum o de la Edad Antigua.

b) El segundo va desde Graciano hasta el Concilio de Trento (siglo XII-XVI), y se llama período de la Edad Media o del Jus Nivum.

c) El tercero va desde el Concilio de Trento hasta la codificación de 1918, y se denomina período de la Edad Nueva o del Jus Novissimum.

d) El último período es aquel que se inicio con la codificación y lo encontramos actualmente en curso.

El Concilio Tridentino convocado por el Papa Pablo III con la Constitución Initio del 22 de mayo de 1542, misma que tuvo principio el 13 de diciembre de 1542, y terminó, después de varias interrupciones el 5 de diciembre de 1563. Tuvo una duración de 18 años, transcurridos bajo los pontificados de Pablo III, Julio III y Pío IV.

En el Concilio Tridentino se representa un gran acontecimiento en la historia de la iglesia. Con sus cánones relativos a la definición de los dogmas y a la renovación de las costumbres y de la disciplina eclesiástica, se corona la obra de la contra reforma.

Fueron en total veinticinco sesiones, en tres distintos periodos y fue en el último bajo Pío IV de 1562 a 1563 donde tuvo lugar la sesión relativa al matrimonio.

El día 11 de noviembre de 1563 se celebró la sesión XXIV, que era la octava bajo Pío IV.

La exposición dogmática trataba sobre el sacramento del matrimonio, tema sobre el que los padres se habían ocupado durante gran parte del año 1563.

El decreto dogmático estaba integrado por una introducción relativamente corta, seguida por doce cánones.

El más importante es el primero:

“ Si alguien dice que el matrimonio no es verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley evangélica, instituido por Jesucristo, sino que es una invención de los hombres, introducida en la iglesia, y que no confiere la gracia, sea anatema.” (excomuni6n) (22)

El Concilio tridentino establece que el matrimonio no era

(22) L. Cristioni. Historia de la Iglesia. Editorial. Edicep. Volumen XIX. Trento. Valencia España. p. 245.

“asunto profano”, sino un sacramento de Jesucristo, era un hecho sobre el cual no existía ninguna clase de diferencia de opinión entre los padres y los teólogos conciliares, (lo mismo que sobre el sacrificio de la misa). La fe en este punto era uniforme e inequívoca.

Establecieron también el derecho de la Iglesia a poner impedimentos matrimoniales y la unidad e indisolubilidad del matrimonio. Las dos controversias, aparecidas en las deliberaciones de Bolonia, sobre si los llamados matrimonios clandestinos, o sea los secretos concertados sin testigos, en particular los celebrados por menores de edad, podían ser declarados inválidos por la Iglesia o por sus padres, y si por adulterio de uno de los cónyuges se rompe el vínculo matrimonial dieron lugar a los debates generales sobre los once cánones relativos al matrimonio.

Lo que más se discutió fue la cuestión de si el concilio podía declarar inválidos los matrimonios clandestinos.

Estaban prohibidos desde hacía tiempo, pero sucedía a menudo que personas que habían celebrado un matrimonio secreto, a pesar de la prohibición, contraían nuevos vínculos en la confianza de que ese matrimonio sin testigos no podía ser probado ante los tribunales. El único medio eficaz parecía ser, declararlo nulo, o sea despojarlo de cualquier efecto legal. Pero entonces se formuló la pregunta: ¿Es que la potestad de la Iglesia sobre la forma del sacramento del matrimonio va tan lejos que puede declarar inválido el consentimiento de los contrayentes al matrimonio, que es parte esencial del mismo, si este consentimiento no cumple con determinadas condiciones.?

Las opiniones estaban divididas. El secretario del concilio resumió de esta forma el resultado del primer debate: Algunos eran de la opinión de que se tenían que abolir totalmente los matrimonios; la Iglesia podía y debía hacerlo. Los otros representaban la opinión contraria: los matrimonios clandestinos no estaban permitidos, es verdad, pero eran matrimonios verdaderos y válidos y no podían, por lo tanto, ser abolidos en favor de la abolición completa de los españoles y los franceses. Las dos orientaciones teológicas se habían aferrado de tal forma a sus opiniones, que era de temer que una decisión del concilio en favor de la invalidez de los matrimonios clandestinos, adoptada por escasa mayoría, no sería aceptada por la minoría y tendría como consecuencia una apelación al Papa.

Tras un prolongado debate, se pudo llegar a un acuerdo. El decreto Tametsi, aprobado en la sesión del 11 de noviembre del año de 1565, hizo la concesión de que el matrimonio clandestino era en sí un matrimonio válido, pero solamente mientras no hubiera sido declarado nulo por la Iglesia.

La validez del matrimonio se condiciona a la observancia de una formalidad, a saber: que el consentimiento sea otorgado en presencia del párroco competente y de dos o tres testigos. Quien no cumpla esta formalidad, contrae matrimonio nulo. Además el concilio dispuso la legalización de los matrimonios en un registro matrimonial que debe ser llevado por el párroco. Las dos formalidades, la observancia de la forma y la legalización, crearon un nuevo derecho eclesiástico. El registro matrimonial dio el impulso para mejorar y desarrollar la institución del registro eclesiástico. Sobre el registro del bautismo se dio también una disposición que es de derecho matrimonial: tiene que

contener, además del nombre del bautizado, el de los padrinos, porque el ser padrino da lugar al impedimento matrimonial de parentesco espiritual.

En definitiva el Concilio Tridentino estableció como requisito de validez del matrimonio su celebración ante un sacerdote y testigo, y además se estableció definitivamente la indisolubilidad del vínculo matrimonial desde el punto de vista de la Iglesia católica apostólica romana.

Además el concilio daba leyes concretas con respecto al problema del impedimento de "parentesco espiritual", "honestidad pública" y de "afinidad ilícita". Tomaba medidas contra la violación de las leyes matrimoniales en lo concerniente a los "raptos" y "concupinarios". Renovaba las disposiciones tendientes a asegurar contra los "señores Temporales", plena libertad del matrimonio, así como la reglamentación concerniente a los "tiempos prohibidos".

En resumen el 11 de noviembre de 1562, la asamblea promulgó, en su vigesimocuarta sesión la siguiente doctrina:

1.- El matrimonio es verdadero y propiamente uno de los siete sacramentos instituidos por Nuestro Señor Jesucristo y no una invención humana en el seno de la Iglesia.

2.- Queda prohibido a los cristianos, por ley de Dios, tener varias esposas a la vez.

3.- Compete a la Iglesia establecer la lista de los impedimentos dirimentes o prohibidores, y dispensar de ellos, al menos en determinados casos.

4.- El vínculo matrimonial no queda disuelto por herejía, no por cohabitación molesta, no por ausencia prolongada.

5.- Por el contrario, el matrimonio roto, pero no consumado, se disuelve por la profesión religiosa solemne de los dos cónyuges.

6.- Es herético sostener que la Iglesia se equivoca cuando enseña que el adulterio no disuelve al matrimonio y que ninguno de los dos cónyuges, incluso el no culpable, pueda contraer ulterior matrimonio contraído así sería adulterio.

También es herético mantener que la Iglesia está en el error cuando acuerda o decreta, en numerosos casos, la separación de cuerpos y de cohabitación.

7.- Ni los clérigos con órdenes sagradas ni los religiosos con votos solemnes pueden contraer válidamente matrimonio, aun cuando no se sientan llamados a la observancia del voto de castidad que han hecho, pues Dios no rechaza conceder este don a aquellos que se lo piden debidamente y jamás permitirá que sean tentados por encima de sus esfuerzos.

8.- El estado conyugal no puede situarse por encima de la virginidad o del celibato. Por el contrario, es mejor y más honroso permanecer en la virginidad o en el celibato que entrar en el matrimonio.

9.- No es de ningún modo una superstición pagana o tiránica prohibir la solemnidad del matrimonio en determinado tiempo del año y no se deben condenar las bendiciones y otras ceremonias utilizadas para el matrimonio en la Iglesia.

10.- Las causas matrimoniales no son de otra competencia que de los jueces eclesiásticos.

Es interesante mencionar que hubo un grupo de padres y teólogos del concilio que sintieron inquietud por las nuevas tierras halladas por españoles y portugueses, más aún, varios de sus problemas salieron a relucir en las sesiones, y aun el hecho de su existencia tuvo algún influjo en las discusiones teológicas sobre la necesidad de la fe.

Respecto a la sesión del matrimonio, hubo largas deliberaciones sobre la conveniencia de poner impedimento dirimente (es el que estorba para contraer matrimonio entre determinadas personas, y cuando se contrae produce la nulidad de matrimonio o su inexistencia, e impedimento que sólo produce su ilicitud pero no lo invalida) a los matrimonios clandestinos contraídos por impulso privado sin intervención de las bendiciones de la Iglesia.

El 21 de agosto de 1563 resonó el nombre de América en el concilio, en labios del general (eclesiástico superior de una orden religiosa) de los franciscanos, Francisco de Zamora, se declaró partidario de que anulasen los matrimonios clandestinos, y entre otras razones, alegó unas cartas que había recibido de su comisario en Nueva España, en las que decía que en los pueblos de indios ya convertidos en la fe, donde hay numerosísimo gentío, contraían matrimonio clandestinamente con dos, tres o cuatro a la vez, por lo cual rogaba al general que acudiese al pontífice y le pudiese que propedia al concilio que declarase nulos los matrimonios clandestinos para la Iglesia nueva de las Indias Occidentales, y además, que en ellas pudiesen los religiosos con autoridad pontificia resolver y dispensar en todos los casos matrimoniales, el

comisario de la Orden de San Francisco en México que dio estos informes es probable que fuese Fray Francisco de Bustamente.

En la sesión XXIV, celebrada el 11 de noviembre de 1563, el concilio promulgó la doctrina católica sobre el sacramento del matrimonio, y en el decreto de reforma, publicó el célebre capítulo que comienza tametsi, que sólo admite como válido los matrimonios contraídos ante el párroco y dos o tres testigos.

Se puede hablar de una influencia importante aunque indirecta de Trento en América, a través de los concilios provinciales, que se fueron celebrando en los territorios de los virreinos y audiencia de Indias, Trento, principalmente en sus numerosos decretos disciplinarios, fue aplicar, en la organización de la vida religiosa, acomodando las disposiciones generales del concilio a las necesidades particulares de los diversos pueblos y culturas indígenas. En el año 1565 se celebró en México el concilio provincial convocado por el arzobispo Fray Alonso de Montúfar, este concilio es breve, y dio 28 capítulos que fueron promulgados el 11 de noviembre de 1565, la primera de las causales ordena que los prelados guarden y manden guardar lo ordenado y mandado por el Santo Concilio Tridentino.

Sin embargo, hay que hacer notar que ni la Nueva España ni las restantes iglesias de la América Española estuvieron representadas en Trento, debido al escaso conocimiento que poseían los altos funcionarios de la Curia romana, por cuyas manos pasaban los documentos y la gestión del concilio, de aquellas nuevas sedes.

1.1.4. EN MÉXICO.

México es conocida como una de las naciones más antiguas de América del Norte, nuestros antepasados datan de hace aproximadamente unos doce mil años, refiriéndonos sin duda a pueblos o a agrupaciones primitivas, según lo establecido por nuestros historiadores y de igual forma por antropólogos.

El ser humano ha sido y es el único que ha logrado hacerse dueño en gran parte de la elaboración de sus propios víveres, ya que todas las épocas del progreso de la humanidad son similares, de tal manera que en cada una de ellas al hombre nunca se le han proporcionado los medios necesarios para su subsistencia, siendo el único en extender sus propios medios para evitar así la desaparición del ser humano.

Nuestros historiadores han tratado de introducir un orden lo más preciso posible en la prehistoria de la humanidad.

Dicho estado es la infancia del género humano, viviendo encima de árboles, el principal producto de esa época es un lenguaje articulado, el ser humano ha salido del reino animal, no hay más remedio que aceptar esa transición.

Como consecuencia de esa transición, comienza el hombre a hacerse más independiente ocupando nuevas zonas para subsistir y utilizando ya la cacería y los instrumentos de piedra sin pulimentar, conocidos con el nombre de paleolíticos, en esta época se descubre el fuego por medio del

frotamiento de piedras o maderos, logrando con esto un gran avance en la civilización.

Con el transcurrir del tiempo el hombre aprende a elaborar productos artificiales, valiéndose de los productos de la naturaleza como primeras materias, por medio de la industria propiamente dicha y de lo que en aquella época era conocido como arte.

De lo mencionado precedentemente, tenemos que al inicio de la unión del hombre en sociedad y al comenzar el agrupamiento de nuestras diferentes culturas, es de señalar que éstas vivían sin organización política, social, cultural y geográfica alguna, por lo cual no fue posible determinar en forma clara su modo de vida.

Dentro de sus tribus y tomando en cuenta la falta de organización entre ellas sobresale un sistema de parentesco en contradicción con sus verdaderos vínculos de familia.

Posteriormente en el desarrollo de estas diferentes culturas, quedan notoriamente marcadas las clases sociales, en las que no podían relacionarse unas con otras, es decir, no estaba permitido o era mal visto que se unieran en matrimonio individuos de una clase social con otra, al estar precisamente diferenciadas las clases sociales.

Así mismo encontramos que ya establecidas y desarrolladas cada una de las diferentes culturas de nuestros antepasados, en relación a éstas, las más sobresalientes y desarrolladas son aquellas que fueron denominadas como

la cultura Maya y la cultura Azteca, mismas que se organizaban de la siguiente manera:

- CULTURA MAYA: Dicha cultura practicaba la monogamia exogámica, es decir, se celebraba el matrimonio de un hombre con una mujer que no fuera perteneciente al mismo grupo familiar y que no llevara el mismo apellido de su consorte.

Posteriormente al matrimonio, ya celebrado en forma, el novio trabajaba durante un lapso de cinco años al servicio de su suegro, de quién no recibía pago alguno, sólo se le proporcionaba a cambio alimentos, de ahí que era necesario, él vivir con su suegro por cinco años, después de haber contraído el matrimonio, y ya una vez cumplido con esto se estaba en condiciones de independizarse y establecer así su domicilio conyugal, pudiendo ambos esposos tomar decisiones propias y de este modo no depender en ninguna forma del suegro.

Aquellas personas que en un momento determinado se quedarán viudas y quisieran volverse a casar, no se les era permitido realizar ceremonia alguna, el único ritual que se les era permitido como símbolo de matrimonio o unión hecho con posterioridad, consistía en que la mujer en el centro de un círculo realizado por sus familiares y amigos cercanos, le diera de comer al hombre, y con lo cual bastaba para que se entendiera que ella lo aceptaba, y quedarán unidos en matrimonio por segunda ocasión.

En el caso de darse el abandono de cualquiera de los cónyuges, el que era abandonado tenía la posibilidad de contraer nuevo matrimonio, pero el cual era celebrado sin ritual o formalidad alguna, incluyendo la religiosa.

- CULTURA AZTECA: Su organización estaba basada en la familia, tenían en la práctica el carácter de una verdadera poligamia, su jefe fue siempre el más anciano, la mujer era reprimida de todos los derechos que en aquella época se le otorgaban al hombre, a quién por el transcurso del tiempo, y al ser el más anciano del grupo, pasaba a ser el jefe, y de ahí de que éste tenía mayores atribuciones para ordenar y decidir respecto de infinidad de situaciones, no así la mujer, quién tenía pocas atribuciones dentro del grupo, al limitársele precisamente por razón de su sexo.

El hombre únicamente tenía una esposa, la legítima, que era llamada cihuatlantlí, con quién se casaba realizando todo el ritual correspondiente para el matrimonio, pero fuera de lo anterior el varón podía tener las concubinas que fuesen y que convivieran con él y con su cihuatlantlí, aunque con las concubinas no se realizaba ceremonia alguna en el momento ni posteriormente de iniciada la relación

La edad correcta para contraer matrimonio era entre los veinte y los veintidós años aproximadamente, no importando el sexo de que se trate, y teniendo como limitación el no poder casarse padres e hijos, padrastros y entenados, ni hermanos entre sí, teniendo el joven que solicitar previamente el consentimiento de su maestro del Calmecac o Telpochcalli, "En la solemnidad nupcial, los contrayentes eran situados cerca del fuego, sentados uno frente al otro, se intercambiaban vestidos y se daban de comer entre sí, como símbolo de su futura ayuda mutua".(23)

(23) ALVEAR ACEVEDO, Carlos. Historia de México. Épocas Precortesianas, Colonial e Independiente. Editorial, Jus. México, 1977. p. 83.

Entre los plebeyos era muy común que se diera la unión libre, misma que temporalmente suplía al matrimonio, y con posterioridad, reuniendo algunos requisitos establecidos se realizaba la celebración matrimonial.

En esta época se contemplaba el divorcio entre los aztecas, teniendo que haber sido decretada una sentencia judicial, dejando ésta a los contrayentes en posibilidad de contraer nuevo matrimonio, y como ya se indicó anteriormente no se realizaba ceremonia alguna cuando cualquiera de los esposos quisiera contraer un segundo matrimonio.

1.2.- ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

1.2.1. EN ROMA.

En términos generales encontramos que con anterioridad a la patria potestad existía el matriarcado y la promiscuidad.

La patria potestad es una institución que tiene su base u origen en la filiación, fue una de las instituciones mejor organizadas por los romanos, con sus bases bien definidas en la familia monogámica, no importando que tipo de familia predominara, ya fuera patriarcal o matriarcal.

Las normas de la legislación romana fueron y son aquellas que se retomaron en gran parte por nuestro Derecho Civil Mexicano, sirviendo estas normas así mismo, en el Derecho vigente aplicable.

Dentro de la sociedad romana, las familias eran divididas en dos diferentes clases, que a continuación se mencionan, mismas que eran claramente marcadas.

ALIENI JURIS: Que eran aquellos individuos que se encontraban sometidos o bajo la autoridad de otro, sirviendo única y exclusivamente a éste, sin poder actuar bajo sus propias decisiones o las ordenes de otras personas, y dentro de esta autoridad encontramos las siguientes:

A) La autoridad que ejercía el señor sobre el esclavo.

B) La autoridad paterna que actualmente es la patria potestad.

C) La manus: Es la autoridad que ejercía el marido o un tercero sobre la mujer casada.

D) La mancipium: Era aquella autoridad que ejercía un hombre libre sobre otro de igual condición.

Las últimas dos formas en que era ejercida la autoridad derivada de la patria potestad, desaparecieron al mismo tiempo en que lo hizo el derecho establecido por el Emperador Justiniano, quedando única y exclusivamente la patria potestad y designando a todas las personas alieni juris como hijos de familia, aún cuando fuesen esclavos, se les daba un trato similar al que se le era dado a los hijos de aquellos que ejercían la autoridad de la institución denominada patria potestad.

SUI JURIS: Eran aquellas personas las cuales no estaban sometidas a ningún tipo de autoridad, es decir, dependientes sólo de ellas mismas, llamados paterfamilias, y que en cambio si podían hacer valer su autoridad sobre sus descendientes o esclavos, los cuales podían tener

patrimonio propio y ejercer poderes sobre sus subalternos, a las mujeres que se encontraban en la misma situación eran llamadas materfamilias, y en este sentido tenían los mismos derechos que los padres sobre sus hijos.

La patria potestad era ejercida principalmente sobre los descendientes del paterfamilias sin limitación de grados, que de este modo pasaban a formar parte de la familia civil, es decir, se ejercía dicha autoridad por un ciudadano que fuera romano, sobre un hijo que fuese también romano, y en su caso sobre otras personas que no eran hijos, como sucede con los esclavos y las esposas de aquellos que estaban sometidos a la autoridad del paterfamilias, no siempre era el padre quién ejercía esta autoridad, sino que en la mayoría de los casos era el abuelo paterno, por ser el más anciano dentro del grupo familiar, esta autoridad era manifestada tanto en las relaciones personales como en todas aquellas relaciones patrimoniales.

La autoridad ejercida por el padre o el abuelo paterno, llamado paterfamilias tenía por objeto el interés y protección del hijo, así como de los bienes que adquiriera por cualquier medio, los cuales pasaban a formar parte del patrimonio alcanzado por el paterfamilias, ya que como se indicó anteriormente, el único que gozaba del derecho de tener y administrar su patrimonio era el más anciano del grupo, y en su caso las mujeres que desempeñaban el papel de materfamilias dentro del citado núcleo familiar.

“Durante los primeros siglos el jefe de familia tiene sobre los hijos derecho de vida y muerte, pudiendo manciparlos a un tercero o

abandonarlos”(24), dicha autoridad era totalmente absoluta, teniendo los hijos que aceptar la mancipación hecha por el padre, y con las personas que este eligiera o con las cuales tuviese una deuda pendiente y no pudiese ser solventada, esta mancipación no podía ser realizada por más de tres ocasiones.

Durante el desarrollo de la citada institución y hacia finales del siglo II de nuestra era, ésta se fue suavizando de tal manera que el paterfamilias ya no tenía los derechos de vida y muerte sobre los hijos, que anteriormente ejercía sobre de sus descendientes, es decir sus hijos, sino que únicamente su facultad era el derecho de corrección y castigo, hacia los hijos, y de esta forma sólo las faltas graves cometidas por los hijos, o aquellas que merecían pena de muerte, se castigaban y por su gravedad, tenían que ser denunciadas ante el magistrado y aquel padre que fuese capaz de matar a su propio hijo, por el simple hecho de que este lo desobedeciera o cometiera otra clase de falta que fuese considerada como grave era denominado y tratado socialmente como parricida.

Los hijos podían ser mancipados cuando su padre se encontraba en la miseria, haciendo la cesión de su hijo a cambio de una cantidad determinada de dinero o como garantía de una obligación adquirida por el padre, entregándolo en condición de un esclavo, pero cuando el hijo era mancipado en tres ocasiones, recuperaba su libertad, y perdía el padre cualquier autoridad sobre el mismo, pasando éste a ser, un cuidado *siu juris*.

(24) Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 795.

Otra forma de que el hijo pasara a ser un ciudadano *sui juris*, y dejara de ser ciudadano *alieni juris*, era de que fuera abandonado por su padre, y de este modo quedar libre de cualquier autoridad paterna, dicha limitación fue hecha a los padres por las autoridades en tiempos de el Emperador Justiniano.

Estas características se fueron suavizando con el transcurrir del tiempo, la patria potestad pasó a ser una función obligatoria y no un derecho para los padres, el hijo pudo tener patrimonio propio y administrar sus propios bienes, sin tener que pedir autorización alguna a su padre y así llegar dicha institución a ser en nuestros días una institución dedicada a la protección del menor, y atendiendo su provecho y su beneficio.

1.2.2 EN MÉXICO.

No siempre la patria potestad ha sido ejercida como se cita anteriormente por el padre y la madre, puesto que a falta de los padres, los abuelos son los que entran al ejercicio, de la misma, según el orden que establece la Ley en nuestros días. ya que anteriormente, tanto la madre como las abuelas se encontraban alejadas de éste sagrado derecho, misma limitación que se contemplaba dentro del Derecho Romano-Canónico por nuestros antepasados.

Fue hasta 1870 que se extiende este derecho tanto a las madres como a las abuelas sean paterna o en su caso materna, el derecho de poder ejercer la patria potestad sobre sus descendientes, reconociendo el legislador de aquella época que no había nadie mejor que ellas a falta de los

padres que fuesen capaces de cumplir con los fines de la citada institución, desempeñando este cargo de una manera consiente y adecuada al correcto desarrollo de esta instituciones sobre aquellos en quien recaiga.

Para el mejor funcionamiento durante el desarrollo de la patria potestad se fue continuando con la tradición, en cuanto al ejercicio de la misma, y estableciéndose sobre esto, la igualdad de derechos para el ejercicio de dicha institución o figura jurídica, ya que dicho ejercicio, recaía en uno de los padres en los casos en que faltare el otro, por lo que el mencionado ejercicio podía darse tanto para el padre como para la madre del o de los menores hijos que se hubieran procreado.

De este modo se tienen bases muy parecidas, en los Códigos y Leyes pasadas a las vigentes, tal es el caso de los Códigos de 1870, 1884 y 1928, al igual que la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, misma en la que se contempla el ejercicio de la patria potestad en su capítulo XV, XVI y XVII, específicamente contemplándose dicho ejercicio, en lo prescrito por los artículos 238 al 269.

Una notoria diferencia entre las normas que regían la sociedad y lo hacen actualmente es la citada en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, que establecía o prescribía en su artículo 269, que "La madre o abuela que pase a segundas nupcias pierde la patria potestad. Si no hubiera persona en quien recaiga, se proveerá a la tutela conforme a la Ley", y se mencionaba lo anterior igualmente en el Código Civil de 1884, en su artículo

400, cambiando en la legislación actual, específicamente en lo prescrito por el artículo 445 de dicho ordenamiento, en el cual, se encuentra establecido precisamente que: "La madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad".

En nuestro Código Civil vigente la patria potestad se encuentra regulada por el título octavo, comprendiendo tres capítulos y del artículo 411 al 448.

CAPITULO II

BREVE ESTUDIO DE LOS TÉRMINOS DIVORCIO Y PATRIA POTESTAD.

2.1.- CONCEPTO DE DIVORCIO.

Nuestro Código Civil define el divorcio de igual manera que lo hizo la Ley Sobre Relaciones Familiares y menciona en su artículo 266 que: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Así mismo lo estableció la Ley de Relaciones Familiares, citándolo en su artículo 75 y diciendo que: " El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Con el divorcio se extingue el matrimonio válido, esto es en vida de los cónyuges y sólo es decretado el mismo a las personas que con anterioridad se unieron en matrimonio.

La institución denominada divorcio, tiene que ser decretada en su momento por el juez de lo familiar competente y cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos establecidos por la Ley, en el caso de no ser válido el matrimonio y por tanto en este caso, no se está en condiciones de tramitar o gestionarse el divorcio, y ya que en todo caso, se estará en la posibilidad, de tramitar la nulidad del matrimonio, específicamente, esto se da, cuando se ha celebrado un matrimonio, y posteriormente se celebra otro y no se ha tramitado el divorcio del primer matrimonio y por tanto el segundo matrimonio que se

celebra, es el que es nulo y por lo tanto se debe tramitar la nulidad de éste, señalando que la resolución que se dicte en el juicio de nulidad del matrimonio, da lugar a efectos diferentes de una sentencia de divorcio.

Una segunda definición es aquella proporcionada por el autor Eduardo Pallares, citando que el divorcio "Es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros". (25)

La definición anterior se refiere tanto a los artículos relativos a la manera en que se lleva a cabo el divorcio, como a los efectos que este produce, como lo son la ruptura del vínculo matrimonial y el de otorgar a los cónyuges la facultad de contraer nuevo matrimonio, después de que se haya cumplido el plazo establecido por la ley para ello.

Otra definición moderna de divorcio es: "La ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretado por autoridad competente y fundado en alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley". (26)

De la definición citada, para el maestro Galindo Garfias, desde el punto de vista jurídico el divorcio viene a ser la disolución del vínculo matrimonial, el cual sólo tiene lugar al ser decretado por autoridad judicial y en ciertos casos por autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, comprobando así la imposibilidad o el rompimiento del

(25) PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa. México 1984.p.36.

(26) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Editorial Porrúa. México 1991. p.577.

matrimonio y por tanto de que subsista la vida matrimonial.

Desde luego y en relación al divorcio, nuestro Código Civil contempla las causales por las cuales se puede solicitar éste, ante el Juez de lo Familiar, o bien solicitarse dicho divorcio en forma administrativa, señalando que en este último caso dicho divorcio se tramita ante el C. oficial del registro civil y siempre y cuando haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio y de que en éste no se hayan procreado hijos, cumpliéndose desde luego los requisitos legales que se señala para este divorcio.

De este modo se denotan todas y cada una de las finalidades del divorcio, así como sus formalidades para poderse decretar el mismo, y encontrando entonces una gran diversidad de definiciones de éste, las cuales tienen el mismo objetivo que las anteriormente citadas, pero existiendo una gran similitud entre ellas, y así paso a citar algunos de los conceptos o definiciones que han desarrollado diversos tratadistas, destacando definiciones que considero son las más acertadas al respecto.

El Diccionario Razonado de legislaciones y jurisprudencia, señala en relación al tema de que se trata en este capítulo, lo siguiente: "Como el matrimonio legítimamente contraído no puede disolverse por razón de haber sido elevado a sacramento, no se entiende por divorcio la entera disolución del vínculo matrimonial, sino solamente la separación de bienes y habitación entre el marido y la mujer, quienes no por eso adquieren la libertad de pasar a otras

nupcias mientras viviere uno de los dos". (27)

Los autores Baqueiro y Buenrostro definen en su obra que sirvió de estudio para este trabajo, que el divorcio se contempla como "Disolución del vínculo matrimonial declarado por la autoridad. Separa un juez competente por sentencia legal a personas unidas en matrimonio". (28)

El Diccionario Jurídico Mexicano de la UNAM, ofrece este concepto citando que: "Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la Ley, ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales del procedimiento". (29)

Para el autor Rafael De Pina el divorcio "significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso". (30)

(27) Diccionario Razonado de Legislaciones y Jurisprudencia. Editorial Temis. Bogotá, Colombia 1991. p.355.

(28) BAQUEIRO ROJAS, Edgard Y BUENROSTRO, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México 1990. p.148.

(29) Diccionario Jurídico Mexicano. U.N.A.M. Editorial porrúa. México 1992. p.1184.

(30) DE PINA VARA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial. Porrúa. México 1963. p.340.

El maestro Eduardo Pallares en su Diccionario de derecho Procesal Civil hace alusión a la definición de divorcio preceptuada en el artículo 266 del Código Civil vigente y manifiesta que ésta "produce en consecuencia, dos efectos, uno negativo y otro positivo. Por el primero deja de existir el vínculo jurídico que obliga a los cónyuges; por el segundo, les otorga plena capacidad para volver a contraer matrimonio." (31)

De lo anteriormente citado y de una manera general tenemos que el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente, mediante un procedimiento y en base a las causas o causales establecidas por la Ley que ejercita o con las que se fundamenta para pedir el divorcio uno de los cónyuges, o bien la voluntad de ambos, para solicitar, la extinción de su matrimonio, a través de un procedimiento, seguido ante la autoridad judicial competente, o bien ante la autoridad administrativa respectiva.

2.2.- CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

La patria potestad es creada para proteger a la familia en todos los sentidos, con plenos poderes para salvaguardar los intereses de los hijos menores de edad e incapacitados, con características importantes para proteger los derechos de quienes la ejercen, y también para determinar las obligaciones que queden a su cargo.

(31) PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. México, D. F. 1970. p.260.

La patria potestad es un medio para cumplir un deber; de modo tal que el interés jurídico tutelado no es uno o varios individuos y su derecho subjetivo, sino la familia como unidad, lo que le interesa a la sociedad y se encuentra tutelado en las respectivas legislaciones que regulan la vida social en nuestro país, como lo es el Código Civil vigente.

Según Empero, define lo siguiente: "La potestad es encausada y absoluta en todo lo que se refiere a la educación, vigilancia de la conducta y formación de la personalidad de los hijos".(32)

Para el autor Josserand, "Los derechos derivados de la patria potestad son derechos-funciones, pues están condicionados por el fin para que fueron creados, es decir, la protección y educación de los hijos. En consecuencia, éstos derechos deben ejercerse de modo tal que no desvirtúen el propósito de la institución". (33)

Para el maestro Rafael de Pina Vara, patria potestad "Es un conjunto de facultades que supone también deberes conferidos a quienes los ejercen (padres, abuelos, adoptantes según el caso) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes". (34)

(32) Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo. VII. Instituto de investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa. México 1985. p.797

(33) Idem.

(34) DE PINA VARA, Rafael. Op.Cit. p.381.

Según el Diccionario de Legislaciones y Jurisprudencia es "La autoridad que las leyes dan a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos legítimos". (35)

Para los autores Edgard Baqueiro y Rosalía Buenrostro, la patria potestad la consideran como "El conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden representen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en tal período". (36)

Según "Colín y Capitán definen a la patria potestad, diciendo que "Es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sometimiento, de alimentación y de educación a que están obligados". (37)

"Por su parte Planiol define a la patria potestad como El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales". (38)

(35) Diccionario Razonado de Legislaciones y Jurisprudencia. Op.Cit. p.226.

(36) BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Op.Cit. p.226.

(37) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.Cit. p.669.

(38) Ibid. p.p. 669, 670.

Así de este modo tenemos que nuestro Código Civil vigente no establece de una manera clara y precisa, respecto de lo que en la actualidad viene a ser la patria potestad, quedando así este concepto a la simple y vaga interpretación de quienes la ejercen y en su caso de la autoridad que en procedimiento o controversias del orden familiar tiene que dictaminar la solución a los conflictos que le han sido planteados por las partes en las diversas controversias, citando tal ordenamiento que : “ En la relación existente entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición”.

Estableciendo de una manera breve y general, la patria potestad viene a ser un conjunto de derechos y obligaciones conferidos a los padres y en su defecto a los abuelos, restringidos estos por la ley, sobre la persona y los bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados, siendo irrenunciables tales derechos y obligaciones, tanto para los padres como para los abuelos e hijos, tal y como lo establece la ley.

Desde luego debemos tener presente que todas las definiciones señaladas con anterioridad, cumplen con la misma finalidad de proteger el bienestar de los menores, tanto en su educación, como en su alimentación, así como la buena y perfecta administración de sus bienes, que deben ser protegidos por quienes ejercen la patria potestad.

2.2.1. CONCEPTO DE FILIACIÓN COMO ORIGEN DE LA PATRIA POTESTAD.

En nuestro Código Civil vigente no se establece claramente lo que es la filiación, no establece ésta, como aquella relación existente entre dos o

más individuos, así mismo no menciona la finalidad para la cual fue creada la filiación, mencionando únicamente como es que se lleva a cabo la comprobación de la filiación paterna, ya que la maternal es plenamente comprobada con el simple hecho de que se dé a luz un hijo, y con el acta de alumbramiento, queda comprobado en un cien por ciento la maternidad.

Así, de este modo realizare un breve apunte de las diferentes formas en que consideran o definen a la filiación algunos autores o tratadistas, mismos que se basan en lo someramente mencionado por nuestras leyes, es decir por el Código Civil.

Rojina Villegas menciona que: La filiación, tomada en el sentido natural de la palabra, es la descendencia en línea recta, comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea, pero en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estricto, y comprende exclusivamente la limitación, porque esa relación se produce idénticamente así misma en todas las generaciones. La relación existente entre el padre y la madre, hacia sus hijos, denominada filiación, toma también los nombres de paternidad, cuando ésta es vista desde el padre hacia los hijos y maternidad, cuando es desde la madre, hacia los mismos.

Por lo tanto la filiación puede definirse como "La relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra.

Este hecho crea el parentesco de primer grado, y su repetición produce las líneas o series de grados". (39)

"La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo". (40)

"Es la relación padres e hijos, ascendientes descendientes". (41)

Desde el punto de vista del instituto de Investigaciones Jurídicas: "Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo." (42)

Según los autores Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro, determinan que: "La filiación crea un parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo a los cuales la ley atribuye derechos y obligaciones." (43)

Para el maestro Ignacio Galindo Garfias , "La filiación es la relación que existe entre dos personas de las cuales, una es la madre o el

(39) ROJINA VILLEGAS. Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1980. p 591

(40) Diccionario Jurídico Mexicano Op.Cit. p. 58

(41) Diccionario Jurídico Mexicano. Op Cit p. 1447

(42) Idem

(43) BAQUEIRO ROJAS. Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía Op.Cit p 179

padre de la otra. La filiación consanguínea está fundada en el hecho biológico de la procreación, del cual el derecho deriva un conjunto de relaciones jurídicas." (44)

Tomando en cuenta lo anterior podemos decir que la filiación es el vínculo de unión existente, entre ambos padres y los hijos, relación que recibe el nombre de paternidad, cuando es entre el padre e hijos y maternidad cuando esta es entre la madre y sus hijos, teniendo en cuenta que el padre engendra al hijo y la madre lo concibe.

(44) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.Cit. p.631.

CAPITULO III DIVORCIO Y SUS TIPOS.

3.1.- EL DIVORCIO.

“La naturaleza jurídica del divorcio en cuanto al vínculo matrimonial, se basa en un acto jurisdiccional o administrativo, por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio deja de producir sus efectos, tanto en relación a los cónyuges como respecto de terceros.” (45)

El primer Código Civil en México fue el decretado en los años de 1827 y 1828, por el estado de Oaxaca, mismo que fue anterior a los Códigos de Bolivia del año 1830, Perú en 1852 y el de Chile en 1855, por lo que el citado Código de Oaxaca, resulta ser el antecedente a los Códigos Civiles posteriores a la fecha de su decreto.

El Código Civil de Oaxaca constó de tres libros que fueron expedidos por separado; comprendiendo dentro del primer libro denominado de las personas, lo relativo al divorcio en su título sexto, así mismo del artículo 144 al 168, aceptando sólo el divorcio por separación de cuerpos, donde la única causal era el adulterio y en los casos de divorcio temporal se aceptaba como causal el hecho de que uno de los consortes hubiese caído en la herejía, cuando la mujer temiere ser involucrada en los crímenes de su marido, por locura de uno de los cónyuges y por causa de crueldad y malos tratos.

(45) PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. México, D. F. 1970. p. 260.

El Código Civil de 1870 no aceptaba el divorcio vincular, reglamentando únicamente el divorcio por separación de cuerpos, perdurando así el vínculo matrimonial y quedando subsistentes las obligaciones de proporcionar alimentos, fidelidad e imposibilidad de contraer nuevas nupcias, sus efectos son que ya no estaban obligados a cohabitar juntos, la separación material de los cónyuges y no hacer vida marital.

En el capítulo V del citado Código se regula todo lo relativo al divorcio, contemplándolo dentro de sus artículos 239 al 279, en el cual se admiten seis causales de divorcio, de las cuales cuatro son por delitos y de las dos restantes la sevicia, que en su mayoría siempre será delito, y aún cuando no se llegue a ese extremo constituirá junto con el abandono del domicilio conyugal, las seis causales de divorcio, porque como se menciona en la exposición de motivos de tal Código "Además de inducir sospecha fundada de mala conducta, siempre el resentimiento y la desconfianza, hacen sumamente difícil la unión conyugal".

Las causales legítimas aceptadas por dicho Código son las siguientes:

- "El adulterio de uno de los cónyuges.
- La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- La incitación a la violencia de uno de los cónyuges hacia el otro.
- La corrupción respecto de los hijos, y;

- Una falsa acusación de un cónyuge para el otro”.

El Código Civil de 1884 al igual que el Código de 1870, sólo admiten el divorcio por separación de cuerpos.

Entre los Códigos Civiles de 1870 y el de 1884, sólo existía una diferencia de grado, es decir, que el primero establecía en su contenido mayores requisitos, audiencias y plazos, para que el juez en el momento oportuno, pudiese decretar el divorcio por separación de cuerpos.

En ambos Códigos se regulan como causales de separación de cuerpos algunas de las que establece el Código Civil vigente como causales de divorcio vincular.

El Código de 1884 regulaba lo relativo al divorcio en el capítulo V, comprendiendo de los artículos 226 al 256, dentro de las cuales establece trece causales de divorcio y que son:

- “Adulterio.
- El que la mujer dé a luz un hijo declarado ilegítimo.
- La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- Incitación de un cónyuge hacia el otro para cometer un delito.
- El concepto para corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción.
- El abandono del domicilio conyugal sin causa justa.
- La sevicia, amenazas o injurias graves.

- La acusación falsa.
- La negativa de un cónyuge a proporcionar alimentos al otro.
- Vicio de juego o embriaguez.
- Enfermedad crónica e incurable además de contagiosa o hereditaria.
- Infracciones de las capitulaciones matrimoniales.
- Mutuo consentimiento”.

El Código Civil de 1884, de una manera general amplió los preceptos del Código de 1870, en todo lo relativo a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades, reduciendo de una manera muy notable todos los trámites.

El Código Civil expresa notablemente la abolición de las ideas del individualismo en relación a la materia económica, la autoridad casi absoluta del marido sobre la mujer y los hijos.

Durante la vigencia del Código Civil de 1884, en pleno período revolucionario, y estando como primer jefe del Ejército Constitucional Don Venustiano Carranza, promulgó en el Estado de Veracruz, la Ley del Divorcio de 29 de diciembre de 1914, cuyas disposiciones fueron incorporadas más tarde en la Ley Sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917.

En la Ley de 1914 citada antes, ya no se realizaba una lista de las causales de divorcio, en la exposición de motivos de dicha Ley, se ve el propósito evidente de terminar con las relaciones matrimoniales.

De esta forma es que en la citada Ley se reconoce el divorcio vincular necesario, el cual era comprendido dentro de la primer serie de causas, aquéllas que hacían imposible o indebida la relación de los fines del matrimonio; impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie; enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias y situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no ser realizada la vida en común ya no se podía cumplir con los fines del matrimonio.

Dentro de la segunda serie de causas era posible considerar a todas aquellas faltas graves de uno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal, (se incluían delitos de un cónyuge contra el otro, de uno de los cónyuges contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas, los cuales arrojen una mancha incurable); los hechos inmorales graves de prostitución de la mujer, de la tolerancia del marido para prostituirla, o de la ejecución de los hijos y el incumplimiento de obligaciones conyugales en lo relativo a los alimentos y el abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los bienes.

El autor Ramón Sánchez Medaí dice que la razón de la creación de la mencionada Ley fue que "para complacer a dos de sus ministros Palavicini y Cabrera que planeaban divorciarse de sus respectivas esposas. Carranza, Jefe a la Sazón tan sólo de una de las fracciones en plena guerra civil,

expidió sorpresivamente dos decretos (29 de diciembre de 1914 y 29 de enero de 1915), por los que introdujo en México el divorcio vincular, confirmando luego lo anterior en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, y en nuestro Código Civil actual". (46)

La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, adopta dentro de sus disposiciones, los preceptos contemplados en la Ley de 1914, instituyendo al divorcio como un medio jurídico por medio del cual se podía disolver el vínculo matrimonial que unía la vida de los esposos, así mismo tomo en cuenta las causales de divorcio reguladas por el Código Civil de 1884, suprimiendo una fracción de las capitulaciones matrimoniales, ya que el citado Código ha sido el único que las admitió, para poder disolver el vínculo matrimonial, y agregando en su artículo 76 que enumera las causales de divorcio, y son las siguientes:

Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sea punible en cualquier circunstancia, o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la Ley una pena que no baje de un año de prisión, la ausencia del marido por más de un año con el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio, y cambiando en otras los términos dados, el abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses (Código Civil de 1884, más de un año) consecutivos, en el Código Civil vigente se reúnen en la misma causal, lo que en el anterior eran varias causales, manejando así esta Ley doce causales de divorcio, sobre la base de las que contenía el Código de 1884.

(46) DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Primera edición. Editorial Porrúa. p.p 243, 244

Es notorio que esta Ley vino a cambiar las bases de la sociedad y la familia mexicana de aquella época, además de que introdujo la igualdad en la capacidad jurídica de ambos sexos, misma que se establece en su exposición de motivos:

“Que las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares.”

“Que los derechos y obligaciones personales de los consortes deberán establecerse sobre una base de igualdad entre éstos y no en el imperio que, como resto motivo de la “manus” romana, se ha otorgado al marido, y deben, además, consignarse en los preceptos legales las prácticas que emanan de la costumbre, a fin de hacer que la ley sea lo suficientemente respetada; por todo lo cual se ha creído conveniente determinar un modo expreso que ambos cónyuges tienen derechos y consideraciones iguales en el seno del hogar.”

La citada Ley de 1917, regula lo relativo al divorcio en el capítulo VI, que contempla del artículo 75 al 106, prescribiendo así XII causales de divorcio que son las siguientes:

I.- “El adulterio de uno de los cónyuges;

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

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

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

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

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

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

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

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

X.- El vicio incorregible de la embriaguez;

XI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, Un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia o tratándose de personas distintas de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que no baje de un año de prisión, y

XII.- El mutuo consentimiento”.

El día 30 de agosto del año de 1928, se promulgó nuestro Código Civil actual, el cual entro en vigor el día primero de octubre de 1932, mismo que lo encontramos influenciado por la idea de socialización del derecho.

Las ideas en las cuales se baso el citado Código Civil, fueron aquéllas que se retomaron en gran parte del Código de 1884; de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, y un poco de lo citado en los Códigos Argentino, Chileno, Suizo y Alemán, predominando a fondo en gran parte nuestro derecho Civil Mexicano, por lo que dicho Código es una copia fiel de los citados Códigos, en muchos de sus artículos prescritos en cada uno de sus libros.

Encontrando así, de una manera muy general que el citado Código Civil vigente, promulgado en el año de 1928, acepta todas y cada una de las causales establecida en la Ley Sobre Relaciones Familiares, mismas que permitían dar pauta a la disolución del vínculo matrimonial, por medio del llamado divorcio vincular, y no tomando ya en consideración el divorcio por separación de cuerpos, que se contemplo en las legislaciones referidas anteriormente, esto es en el Código Civil de 1870.

El mencionado Código de 1928 regula todo lo señalado en relación a la citada figura jurídica del divorcio en su capítulo X, y contemplándose así mismo, en los artículos del 266 al 291 de la citada Ley.

3.2.- ESTUDIO DEL ARTICULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL (CAUSALES DE DIVORCIO).

Como ya se indico en el capítulo anterior de dicho trabajo, el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente mediante un procedimiento, y en base a las causas o causales señaladas por la ley, por lo que pasando específicamente a señalar las causales de divorcio en nuestro derecho mexicano, encontramos como se cita en el Código Civil y que son las siguientes:

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

"Consiste en la unión sexual que no sea contra natural de dos personas que no estén unidas en matrimonio civil, y de las cuales una de ellas o

las dos, estén casados civilmente con un tercero". (47)

El Código Penal vigente no define el adulterio y únicamente lo sanciona. Tampoco lo hace el Código Civil, esta omisión de la ley se suple con el concepto gramatical que se tiene de este acto.

La prueba de esta causa es muy difícil de producirse directamente, en la práctica es más aceptado demandar el divorcio por injurias graves y no por adulterio, considerando como tales injurias la conducta del adulterio con su cómplice.

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."

Respecto a esta causal, el hijo sólo puede ser declarado ilegítimo cuando nace antes de que se cumplan los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, por que de lo contrario si nace después, el hijo se presume legítimo, aunque esta es una presunción juris tantum (es decir, se acepta prueba en contrario), pero sólo puede ser destruida con las pruebas y circunstancias que mencionan las disposiciones legales.

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

(47) PALLARES, Eduardo. El divorcio en México. 2a. Edición. Editorial Porrúa. 1979. p. 563.

Esta causal se refiere a los maridos lenones, que explotan especialmente a su cónyuge obligándolo a tener comercio carnal con otras personas.

El lenocinio que considera esta causal de divorcio puede ser expreso o tácito en una hipótesis, la ley supone en el marido un acto positivo, el de promover la prostitución, mientras que en otra admite que basta la actitud positiva, sin previa propuesta del marido, para que el mismo reciba a cambio dinero o cualquier otra recompensa.

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

Incitar a la violencia significa provocarla, pero la causal sólo se produce si la provocación tiene por objeto inducir a la persona a cometer un delito.

Civilmente no se necesita que el delito se realice ya que esta causal es independiente de la responsabilidad penal en que pueda incurrir el cónyuge provocador si el otro, a instancias suyas, comete el delito.

La provocación puede ser la palabra, por escrito, e incluso por medio de determinados actos como el desprecio; no es necesario que el delito que se ejecute como consecuencia de la incitación, sea un acto de violencia, basta que un cónyuge provoque en el otro un estado de violencia, pero no que el delito sea un acto violento; ya que puede serlo en otra naturaleza, e incluso delito contra la propiedad, por que la ley no exige lo contrario.

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

Para que la causal exista, es necesario que los cónyuges ejecuten actos inmorales (prostitución, embriaguez, etc.), tendientes a corromper a sus hijos, y no sólo en que sean tolerantes o débiles con ellos. La Ley exige pluralidad de actos inmorales, como son los mencionados anteriormente, prostitución, embriaguez, etc.

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

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

Estas causales, están en relación con el llamado divorcio por separación de cuerpos y el artículo 267 del Código Civil, al respecto establece que: " Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable es necesario, que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecer la enfermedad."

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

Separar significa poner a una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otra; la separación que menciona no sólo consiste en el acto de abandonar la morada conyugal, sino también en el rompimiento de las relaciones conyugales.

La H. Suprema Corte de Justicia, ha establecido la jurisprudencia de que, por separación del hogar conyugal, no ha de entenderse el hecho material de salir de ella y no volver a la vida en común. Afirma que consiste en que uno de los cónyuges rompa sus relaciones matrimoniales con el otro, y deje de cumplir las obligaciones que derivan del vínculo matrimonial, es por que no suministre alimentos, no cuide a sus hijos, ni los asista en caso de enfermedad y se desatienda por completo de sus deberes matrimoniales.

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

La norma supone que uno de los esposos se separo por causa bastante para que nazca a su favor el derecho de solicitar el divorcio; si la separación justificada se prolonga por más de un año, sin que el esposo que se separo demande el divorcio, el legislador concede al cónyuge abandonado el derecho de pedir el divorcio, para que su situación jurídica no quede indefinida por más tiempo.

No se puede argumentar que la norma es injusta respecto del cónyuge que abandono el hogar por una causa grave que de ofendido se convierta en ofensor, al poder ser demandado por su cónyuge, por que la ley le ha dado oportunidad bastante para pedir el divorcio necesario.

Ahora bien por separación de la morada conyugal, no sólo se entiende según se ha dicho, el hecho material de salir de ella y no volver a la misma, sino que también, y principalmente el no cumplir con las obligaciones que derivan del matrimonio, es decir, las relativas a suministrar alimentos y el hecho de abandonar a su propia suerte a los hijos y al otro cónyuge.

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

La declaración de ausencia, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge ausente cumpla con las obligaciones que se derivan del matrimonio.

Por esta razón, con o sin culpa del declarado ausente, la ley concede al otro cónyuge la acción de divorcio.

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

Sevicia, crueldad excesiva, los malos tratos, golpes, para que esta se dé, se requiere que los malos tratos de palabra o de obra, hagan imposible la

vida conyugal, en este caso los tribunales tienen un amplio poder de apreciación, ya que tradicionalmente se ha considerado que la sevicia existe cuando hay malos tratos o diferentes actos de crueldad, pero bastará uno solo si es de tal gravedad que revela en la persona que lo ejecuta una perversión moral indudable. Es decir, que se debe entender a la sevicia, en función de su finalidad, que los malos tratos que la constituyen rompan definitivamente la armonía entre los cónyuges, haciendo imposible la vida conyugal.

INJURIAS GRAVES: Es toda expresión proferida o toda acción ejercida para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa.

La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha orientado en el sentido de que la injuria que es causa de divorcio no se identifica como el delito que castiga el Código Penal, y por lo tanto no es necesario para que proceda la acción de divorcio, que previamente a ella se haga la averiguación penal correspondiente, además se estiman como causas de divorcio actos que no son constitutivos del delito del mismo nombre.

Los tribunales tendrán un amplio poder de apreciación respecto de la gravedad del hecho injurioso.

La injuria puede consistir tanto en palabras como en hechos, cuando la injuria se hace verbalmente, hay que tener en cuenta la clase social de las personas de que se trató, sus costumbres y el lenguaje habitual que se use, ya que cambia mucho de acuerdo con la educación y el medio en que se vive.

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

La causal prevista en esta fracción comprende el caso no sólo de negativa de uno de los cónyuges a proporcionar alimentos a su pareja y a sus hijos, sino además comprende el caso de abandono moral del cónyuge que elude el cumplimiento de la obligación de contribuir al sostenimiento del hogar, proveyendo a la formación y educación de los hijos, de acuerdo a su cónyuge, actuando de una manera indiferente con respecto de la colaboración mutua que se deben entre los cónyuges.

Comprende también esta causal el caso de desacato del marido o de la mujer a la sentencia que pronuncia el juez para resolver el desacuerdo que haya surgido entre los esposos en lo que se refiere al manejo del hogar, a la educación de los hijos o a la administración de los bienes.

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

Esta causal si requiere previamente que se siga el juicio penal, se pronuncie sentencia y se declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le imputó el otro cónyuge.

Si en esa sentencia se establece que el acusado es inocente de un delito que merecía una pena mayor de dos años de prisión, entonces el cónyuge calumniado, tendrá ya plenamente comprobada su causal de divorcio, pero se requiere que la sentencia penal que declare su inocencia cause ejecutoria.

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

La naturaleza infamante del delito, es difícil de determinar. En general por infamia se entiende el descrédito del honor, la reputación o el buen nombre de una persona.

Debe tenerse en cuenta que calificar la infamia del delito, las circunstancias en que se cometió ponen de manifiesto la perversidad del cónyuge a quien se le imputan esos hechos.

Son delitos infamantes aquellos comprendidos dentro de la clasificación contra la integridad o el honor de la Nación.

Con fundamento en el artículo 95 Constitucional, que considera como tales delitos "robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama del concepto público".

Debe hacerse notar que en la Legislación Mexicana en el artículo 267 fracción XIV del Código Civil es el único que hace mención de los llamados delitos infamantes; por lo tanto puede sostenerse que la referencia a ellos

que hace dicha fracción no tiene más razón de ser que lo prevenido en el artículo 95-IV Constitucional.

XV.- "Los hábitos del juego o 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".

El juego que menciona esta norma a de ser de los llamados juegos de azar, porque son los que, por las pérdidas económicas que producen, causan la ruina de la familia.

El vicio de la embriaguez degenera de tal modo al que lo tiene, que lo convierte en un seguimiento para cumplir sus obligaciones familiares. Otro tanto se puede decir del uso indebido de drogas enervantes.

En el juicio de divorcio será indispensable rendir prueba pericial para demostrar que el cónyuge demandando es drogadicto.

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

Esta norma se refiere a ciertas clases de delitos que no son punibles cuando los comete un cónyuge en contra de otro, como lo es el robo de infante, que no es castigado cuando lo comete la persona que ejerce la

patria potestad sobre el infante, y como consecuencia es frecuente en México que los propios padres se lleven a sus hijos gracias a esta impunidad.

XVII.- "El mutuo consentimiento".

Causal en la cual los dos cónyuges convienen voluntariamente dar por terminado el vínculo matrimonial que los une.

Para solicitar el divorcio invocando dicha causal, es necesario que haya transcurrido un año después de la celebración del matrimonio, reunidos los requisitos del artículo 272 del Código Civil, el divorcio puede ser llevado a cabo por la vía Administrativa, o de lo contrario se tendría que promover juicio ante el juez de lo Familiar competente.

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

Causal por medio de la cual los cónyuges no necesitan probar si hubo una causa justificada o no para invocar el divorcio y para que con anterioridad a lo mismo se haya realizado la separación de los cónyuges, bastando sólo ésta para que deje de existir convivencia entre la pareja y de este modo no cumplir con uno de los fines del matrimonio.

Como resultado de dicha separación y a su vez la invocación del divorcio, no habrá cónyuge culpable ni cónyuge inocente.

XIX.- " 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 por el artículo 323 ter. De este Código.

XX.- “ El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello”.

Causales más recientes dentro de las veinte que contempla el Código Civil actual para solicitar el divorcio, mismas que para poder ser probadas plenamente por aquel cónyuge que ha demandado el divorcio, tienen que violar lo claramente establecido por los artículos 323 Bis. y 323 ter. de nuestro citado Código, mismo que señala en su título sexto, capítulo III de la violencia familiar lo siguiente:

“Artículo 323 Bis. Los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social. Al efecto, contará con la asistencia y protección de las instituciones públicas de acuerdo con las leyes.

Artículo 323 ter. Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente

contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato”.

Esto con la finalidad de salvaguardar la armonía familiar, tomando en cuenta que tanto los niños como la mujeres, vienen a ser los integrantes más afectados dentro del núcleo familiar, y aunado a esto hay que considerar la forma de vida tan acelerada y agresiva que socialmente se desarrolla en nuestro país, y como consecuencia de ello en un gran número de casos se culmina con la violencia familiar y en ocasiones se pone fin a la familia, base del matrimonio, no importando el daño presente o posterior que la citada violencia ocasiona en aquellos individuos sujetos a esta.

Sobre lo anterior encontramos que el autor Rafael De Pina, señala las causales de divorcio “como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento a una determinada legislación y mediante procedimiento legalmente establecido al efecto”. (48)

De igual forma al realizar un estudio comparativo de las instrucciones, los autores Antonio Aguilar Gutiérrez y Julio Derbez Muro, consideran que para los fines del estudio de las citadas causales es necesario realizar una clasificación de las mismas, con el fin de evitar confusiones entre éstas y advertir sus diferencias.

(48) DE PINA VARA Rafael. Derecho Civil Mexicano .Editorial Porrúa. México 1963. p.342.

Dicha clasificación es la siguiente:

- a) - Causas eugenésicas.
- b).- Causas fundadas en la infidelidad de los cónyuges.
- c).- Causas fundadas en la separación de los esposos.
- d):- Causas fundadas en el abandono de las obligaciones alimentarias.
- e).- Causas fundadas en la falta de respeto de uno de los cónyuges a la persona del otro.
- f).- Causas fundadas en la conducta inmoral de uno de los cónyuges.
- g).- El mutuo consentimiento". (49)

En relación a las causas eugenésicas éstas quedan "ligadas a ciertas ineptitudes físicas para la vida conyugal (alcoholismo, abuso de estupefacientes y de excitantes, enajenación mental incurable, enfermedades crónicas, contagiosas, hereditarias e impotencia)". (50)

3.3.- TIPOS DE DIVORCIO.

El tratadista Rafael Rojina Villegas en su tratado de Derecho Civil Mexicano, hace un amplio estudio de las causales de divorcio, por lo que estimo que dicho autor de las bases para hablar de los diversos tipos de divorcio, desde el punto de vista sanción, remedio, condena y caducidad por lo cual señalaré cada uno de ellos.

(49) Idem.

50) BAQUEIRO, Edgard y BUENROSTRO, Rosalia Op.Cit. p. 150

3.3.1.- DIVORCIO SANCIÓN. Supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio y en la sentencia encontramos la sanción que se aplica al culpable. Presupone culpa de alguno o de ambos esposos como por ejemplo la contemplada en el artículo 267 fracción XII del Código Civil que dará lugar a la condena de alimentos y en el que se sanciona el incumplimiento del deudor alimentario.

Se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien, un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio. Artículo 267 fracción I a XVI, excepto fracción VI y VII.

3.3 2.- DIVORCIO REMEDIO. "En él no se puede hablar de cónyuge culpable, pues no le es imputable la causal, como es el caso de enfermedades graves, contagiosas e incurables, -la impotencia o la locura- pero siendo ésta motivo para no poder llevar a cabo una convivencia normal". (51) No puede imputarse responsabilidad a ninguno de los cónyuges.

Se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias. Artículo 267-fracción VI y VII.

3.3.3.- DIVORCIO CONDENA. Dicho divorcio es en el cual se dicta un auto o mandamiento en el que se establece pena, o se ordena entregar o hacer algo, por medio de una sentencia dada por los Tribunales.

(51) Idem

**ESTA TESIS NO DEBE
CALIR DE LA BIBLIOTECA**

De lo ya mencionado, nuestro Código Civil supone en su artículo 81 que todas las sentencias son condenatorias o de absolución ya que las mismas previenen que el fallo deberá absolver o condenar al demandado.

Las condiciones para que la sentencia sea de condena y de este modo sean enfocadas dentro de lo que es el Divorcio Sanción son:

“Inexistencia de una norma jurídica que imponga al demandado la obligación, cuyo cumplimiento exige el actor, o faculte al juez para imponerla en el caso de las sentencias dispositivas”.

“Que dicha obligación sea exigible en el momento en que se pronuncie el fallo, no siendo necesario que lo haya sido cuando se presentó la demanda, según opinión de los jurisconsultos modernos. Este punto de vista no lo aceptan los tribunales mexicanos. Basta el primer extremo porque así lo exige la economía del procedimiento. Este principio tiene excepciones importantes en las llamadas condenas de futuro”.

“Que el derecho del actor sea violado o desconocido por el demandado, voluntaria o involuntariamente, con mala fe o sin ella. En estas circunstancias radica el interés procesal que debe existir para que proceda a pronunciar una sentencia de condena”.(52)

“Que el actor y el demandado estén legitimados en la causa o lo que es igual, que el actor sea el titular del derecho declarado en la sentencia y el demandado la persona obligada”. (53)

(52) Idem.

(53) PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. México p.p. 688, 689.

3.3.4.- DIVORCIO CADUCIDAD. El citado divorcio viene a ser aquel en el cual se impone una sanción condicional al cónyuge, por no realizar voluntaria y conscientemente un determinado hecho positivo.

Es así como el autor Gutiérrez y González explica brevemente la naturaleza de la caducidad, diciendo entonces que "es la pérdida de un derecho porque no se efectúa una conducta exigida dentro de dicho plazo".

Relacionando así este tipo de divorcio con el cumplimiento de aquellas obligaciones contempladas en nuestro Código Civil en los artículos 162, 163 y 164.

Teniendo en cuenta el enfoque anterior, lo es desde el punto de vista en que lo ven los diversos tratadistas que han hecho el estudio del divorcio antes mencionado, pero desde luego hay que diferenciar los anteriores señalamientos de los tipos de divorcio, de las clases del mismo para que se decrete la disolución del vínculo matrimonial, y que son el Divorcio Administrativo, Contencioso o Necesario y el Voluntario, y al respecto paso a realizar un breve apunte de estas clases de divorcio.

3.4. CLASES DE DIVORCIO

3.4.1.- DIVORCIO ADMINISTRATIVO. Previsto en el artículo 272 del Código Civil, que a la letra dice:

"Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la

sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse”.

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

“El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia”.

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

3.4.2.- DIVORCIO NECESARIO: “Es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretado por autoridad judicial competente y en base a causa específicamente señalada en la ley”. (54)

(54) Idem.

Dicho divorcio es también llamado contencioso ya que el mismo es demandado por un esposo en contra del otro.

3.4.3.- DIVORCIO VOLUNTARIO. "Es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges". (55)

En nuestro Código Civil está establecido de dos formas:

A).- Divorcio Voluntario Administrativo, solicitado ante el Juez del Registro Civil del domicilio en el cual se ubica el hogar conyugal.

B).- Divorcio Voluntario Judicial. Este es solicitado ante el Juez de lo Familiar correspondiente, cuando los cónyuges tienen hijos o no son mayores de edad, y de igual manera cuando no se ha disuelto la sociedad conyugal en los casos de haber sido celebrado el matrimonio bajo este régimen.

Al respecto y en relación a las consecuencias jurídicas que el divorcio ocasiona en lo relativo a la figura jurídica de la patria potestad el maestro Eduardo Pallares nos presenta una crítica del sistema establecido por el Código Civil y establece que aunque los jurisconsultos consideran que hay varios tipos de divorcio, y a uno de esos tipos se le denomina divorcio sanción, por que en el mismo se impone al cónyuge culpable diversas penas

(55) BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Editorial Harla. México 1984. p. 511.

entre las que figuran la pérdida de la patria potestad sobre los menores hijos habidos en el matrimonio, y de ello que no siempre es bueno privar al cónyuge culpable del derecho que tiene a desempeñar la patria potestad sobre de sus hijos.

También acontece, y con cierta frecuencia, que el cónyuge inocente, no obstante sus virtudes, carezca de la capacidad moral para educar defender y guiar a sus hijos, por lo cual será perjudicial a éstos que queden a su cuidado sin intervención de ninguna otra persona.

“Teniendo en cuenta las razones anteriores, es lógico llegar a los siguientes resultados:

1.- No debe establecerse como regla general obligatoria para los tribunales la de que, en todo caso, deberá perder la patria potestad el cónyuge culpable;

2.- Es evidente que hay causas de divorcio como las mencionadas en las fracciones III, IV y V del Art. 267 del Código Civil, que suponen tal inmoralidad en el cónyuge que incurre en ellas, que es necesaria la pérdida de la patria potestad, no sólo impuesta como sanción , sino también para proteger a los hijos de un progenitor que se envilece de tal manera. En estos casos los tribunales están obligados a decretar la pérdida de la patria potestad;

3.- En cambio, en otros es más provechoso otorgar a los tribunales un poder discrecional para decretar la mencionada sanción;

4.- Debemos tomar en cuenta también que cuando la causa de divorcio priva al cónyuge de su libertad personal, la prisión que sufre le impida

CAPITULO IV

FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD

4.1.- FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

Es todo aquello que da nacimiento al Derecho Objetivo, es decir aquello que da nacimiento a las normas jurídicas, ya sea fuentes sustantivas o fuentes procesales, por lo que tratándose de las fuentes de la patria potestad encontramos al matrimonio, legitimación y adopción, por lo que en este capítulo realizo un breve estudio respecto de las fuentes antes mencionadas, y de esta manera tener en forma concreta un mayor abundamiento en lo que es referente a la patria potestad

4.1.1.- MATRIMONIO.

Dentro de la institución denominada divorcio es de señalar que existen diversas teorías acerca del origen de la familia y por lo tanto del matrimonio.

Una de las principales teorías sobre el citado origen de la familia y como consecuencia del divorcio es la establecida por el profesor A. Kneckt, según la cual hay que desechar definitivamente la idea de una serie evolutiva articulada a través de etapas que, arrancando de un primitivo estado animal, culminaría en el matrimonio y la familia, establece que la familia comparte su antigüedad con el hombre, y que el matrimonio como institución ético jurídica llega con sus raíces hasta los primeros tiempos.

La familia humana aparece históricamente, como la base de toda comunidad de vida; como institución social que surge en todos los lugares y en todos los siglos doquiera que actúa el hombre histórico o contemporáneo.

El matrimonio se basa en las relaciones naturales de un sexo con otro y en la necesidad de su unión para la conservación del género humano, pero además debe existir un acto voluntario, destinado a la formación del mismo, que es el contrato matrimonial.

El matrimonio más antiguo de la historia entre los pueblos, se revela, de un lado como exigencia de la naturaleza espiritual y corpórea del hombre, y de otro, como exigencia de su condición racial.

Es cierto que por la celebración del matrimonio, anteriormente se adquiría importancia únicamente de carácter religioso y no jurídico, sancionando así, solamente a aquellas personas las cuales violan las reglas establecidas por la religión, sin importar que en un momento dado la Ley hubiese establecido sanciones a aquellos actos que pudiesen ser equiparables a los citados en la religión.

Se encuentra el origen del matrimonio en épocas muy remotas; en el llamado matrimonio por grupos en que los hombres de un clan o de una tribu tomaban como esposas a las mujeres de otra tribu, esta institución también recibe el nombre de Exogamia.

Estas sociedades primitivas vivieron en la promiscuidad sexual y por este motivo el parentesco tenía que determinarse por la línea materna, produciéndose el dominio de la mujer.

Es de señalar que la naturaleza del matrimonio es de carácter civil, y es a partir del año de 1859, donde deja de ser un acto puramente religioso, para convertirse en un contrato sujeto a autoridad civil, y sancionado, aún cuando en el sentido religioso no sea considerado como falta o violación a sus reglas.

Para los romanos el matrimonio era la unión de dos personas de diferente sexo efectuada con la intención común de ser marido y mujer y procrear y educar a los hijos que de dicha unión nacieran, constituyendo entre ellos una comunidad absoluta de vida.

El matrimonio ha sido definido por algunos autores, y según su punto de vista, de diversas formas: No olvidando que de una manera breve y general "el matrimonio es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos". (56).

No obstante que el matrimonio se puede considerar desde varios puntos de vista, es decir, como un acto jurídico solemne, como un contrato, como una institución social reglamentada por la ley, y como un sacramento, dicho contrato implica acepciones fundamentales, mismas que son necesarias para el correcto y mejor entendimiento de su definición y que son:

A).- Como un acto jurídico: Un acto voluntario de un hombre y una mujer, realizado en un lugar y tiempo determinado, ante un funcionario competente, designado por el estado para realizar dicho acto, en el cual se tiene como finalidad, crear una unidad de vida entre ellos.

(56) BRAVO GONZALEZ. A BIALOSTOVSKY, Sara. Compendio de Derecho Romano Editorial Pax México. 1966. p 43.

B).- Un conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión.

C).- Como estado de matrimonio: Es una situación en la cual se van a originar derechos y obligaciones que se traducen en un estado general de vida y son los derivados del acto jurídico y las normas que lo regulan.

Así encontramos que el matrimonio "Es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne. Esto a pesar de que el Código Civil lo define simplemente como un Contrato Civil". (57)

Otra definición de matrimonio es la que contienen las Instituciones del emperador Justiniano: "Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem vitae continens", que se traduce de la siguiente forma: "Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer, con el propósito de convivir en forma permanente e indisoluble. Esta definición explica el modo esencial del matrimonio, que es la intimidad y comunidad de vivir, ideal e intencionadamente perpetua entre los cónyuges." (58)

De este modo y como lo señalan nuestros teóricos del derecho y de la ley se concluye que el matrimonio es "Un contrato Civil" por medio del cual se unen dos personas voluntariamente, y se realiza mediante autoridad competente y es la base del Derecho de Familia, del cual derivan todos los derechos y potestades, y por lo tanto regula la patria potestad.

(57) Diccionario Jurídico Mexicano Op Cit México p.2085.

(58) BONFANTE, Pedro Instituciones de Derecho Romano Editorial Reus 1959 p 180

4 1 2.- LEGITIMACIÓN.

Respecto de la legitimación, esta es definida como el reconocimiento hecho de los hijos nacidos antes del matrimonio de sus padres, en el cual se les otorga a ellos mismos la calidad de hijos nacidos dentro del mismo. de lo que se desprende que para el reconocimiento que se hace respecto a los hijos nacidos antes del matrimonio, es la libre voluntad de los padres su reconocimiento, lo cual es precisamente para reconocer a través de la legitimación el hecho antes mencionado, es decir, el de haber procreado hijos antes de que los padres de estos contraigan matrimonio, con los requisitos que la ley establece, para celebrar dicho matrimonio.

También la legitimación al igual que otras de las instituciones contempladas y reguladas por nuestro Código Civil, viene a cambiar muchas de las ideas de nuestros antepasados, ya que la misma no sólo es regulada actualmente, sino que ya era con anterioridad controlada por nuestros Códigos pasados, y esta contemplación era de igual forma que la patria potestad ya que únicamente recaía sobre el padre.

Dicha institución de la legitimación, por tradición fue retomada del derecho romano, en el cual las mujeres eran apartadas de los derechos que actualmente les otorga la Ley, es decir, por fortuna a través de la legitimación, actualmente quedaron atrás las prescripciones del derecho romano, que indiscutiblemente eran contrarias a los derechos de las mujeres y precisamente a través de la legislación actual, se considera que de este modo se contribuye en un mejor desarrollo dentro del seno familiar para la familia en

general, esto con el fin de que tanto los padres como los hijos mantengan salvaguardados sus intereses.

Esa limitación hecha a la mujer, desaparece mucho tiempo atrás y por lo cual ahora, no sólo el padre sino también la madre tiene el derecho de legitimar a su hijo, lo que se considera es de un gran avance para salvaguardar tanto los intereses de los hijos como de los padres, quienes tienen el deber de atender, cuidar y velar por sus hijos, tanto en su integridad física como incluso en el aspecto moral, ya que con la legitimación, no sólo se reconoce el nacimiento de los hijos previamente al matrimonio, sino que con dicha legitimación nacen los derechos de los hijos legitimados, así como los derechos y obligaciones de los padres.

De lo citado, hay que contemplar que, desde que inicia la regulación de la legitimación a la actualidad, esta puede ser hecha, durante o con posterioridad al matrimonio de los padres, teniendo así que la legitimación no es otra cosa que el reconocimiento de los hijos hecho por sus padres, al haberse procreado hijos, antes del matrimonio situación que también puede hacerse posteriormente al matrimonio que celebran sus padres, por lo que precisamente los momentos para realizar la legitimación sobre hijos que se procrearon, como ya se indico, previamente al matrimonio que se celebra, es al momento del matrimonio.

Pero desde luego lo anterior, puede hacerse también inclusive posteriormente a la celebración del matrimonio, y con lo cual ya los hijos

adquieren los derechos y por que no las obligaciones, entre otras el de respetar a los padres, quienes por la legitimación generan el derecho y la obligación sobre los hijos, no solamente en su persona, sino también en sus bienes, ya que puede darse el caso de que los hijos por determinadas circunstancias, como lo puede ser por herencia o donación entre otros, tienen la posibilidad de adquirir bienes a su favor, y de ahí la importancia de la legitimación en nuestro Derecho.

El único medio por el cual se puede realizar y quedar complementada la legitimación de los hijos es el matrimonio posterior de los padres, al nacimiento de los hijos de éstos, de ahí que existan dos importantes y únicos requisitos para alcanzar el perfeccionamiento de la citada institución y lo son el matrimonio posterior de los padres al nacimiento del hijo, y el reconocimiento voluntario que ambos realicen respecto del hijo, ya que el hijo pudo haber sido reconocido desde el momento de su nacimiento no por uno sino por ambos padres, o durante la celebración del matrimonio, y de este modo no siendo necesario el reconocimiento posterior, y faltando sólo el matrimonio, pero desde luego el reconocimiento que se hace de hijos, por ambos padres, lo es en forma totalmente voluntaria.

4.1.3.- ADOPCIÓN.

Sobre la adopción tenemos que el Código Civil, define esta figura como: Un acto jurídico por medio del cual y con apego a las formalidades legales se recibe como hijo propio a un menor o incapacitado que no lo es naturalmente.

Así mismo encontramos que en México la adopción fue heredada del Derecho Privado Español, misma que es regulada, en el año de 1917 en la Ley Sobre Relaciones Familiares y en 1928 por nuestro Código Civil, en el cual se regula ampliamente a la figura de la adopción y encontramos así que a la fecha se ha facilitado esta a tal grado que la misma cumple con una función protectora de los menores e incapacitados, los cuales necesariamente por su condición, requieren de la protección y beneficios que se otorgan a través de la adopción, pero desde luego con las limitantes o condiciones que establece la propia Ley, a través de las diferentes disposiciones legales que se encuentran señaladas o prescritas en las leyes respectivas.

La adopción viene a ser dentro del parentesco familiar, la tercera fuente dentro del parentesco mismo, ya que en ella se establece un parentesco civil entre la persona que se adopta y la adoptada, existiendo únicamente un parentesco civil y desde luego es este parentesco, muy diferente al parentesco que nace de una relación biológica entre los padres progenitores, destacando que a través de la adopción se establece un parentesco civil única y exclusivamente, entre el adoptado y los adoptantes, señalando que desde luego para obtener la adopción, se debe de cumplir con los requisitos esenciales marcados por la legislación vigente.

De lo ya dicho debemos tener presente que prácticamente en la sociedad, la institución de la adopción, viene a ser una vía por medio de la cual se satisfacen los deseos de aquellos matrimonios que no pueden procrear hijos, por cuestiones biológicas y en un segundo término, por el que se pasa a una adaptación a la sociedad, señalando que esta no tiene la misma frecuencia que

el anterior, habida cuenta que la que se menciona en segundo término pasa a ser una posible adaptación a la sociedad y aún más importante al seno familiar, de los niños abandonados o recogidos por establecimientos benéficos, de estas dos tesis planteadas se tiene como finalidad, el equiparamiento de los hijos adoptados al de hijos legítimos en un cien por ciento.

De ahí que pasa la adopción a ser una figura jurídica, sumamente importante, para proteger dentro del seno familiar y proporcionando las atenciones y cuidados a niños abandonados o recogidos en establecimientos benéficos, ya que en ocasiones cuando se llegan a encontrar menores abandonados, los cuales requieren de la protección y cuidados inmediatos, que proporcionan los establecimientos benéficos que por disposición legal se han constituido.

Pero desde luego sobre esta figura de la adopción, la ley contempla una serie de requisitos para que se dé esta y precisamente por que la finalidad de la misma es el proporcionar a los adoptados, las atenciones y cuidados que se debe de otorgar a los menores, los que indudablemente por esa minoría de edad, requieren de las mencionadas atenciones y cuidados a la que en estricto sentido humanitario tienen derecho.

De este modo y considerando que no esta establecida claramente por nuestra legislación, en el Código Civil, la definición de lo que es la adopción, encontramos en este mismo ordenamiento, Código Civil, que se pueden adoptar uno o más menores o incapacitados, así como ambos

simultáneamente, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y condiciones que se estipulan en la misma ley.

Respecto de lo anterior los requisitos de la citada institución son:

“Artículo 390. El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

I.- Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio, según circunstancias de la persona que trata de adoptar;

II.- Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse; y

III.- Que el adoptante es persona de buenas costumbres.”

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente.

Existen dos tipos de adopción.

PLENA: Aquella por medio de la cual el adoptado se integra a la familia del adoptante plenamente, como si fuera hijo propio, y en caso de matrimonio de los adoptantes, pasan estos a ejercer la patria potestad de la persona que adopta y teniendo ambos todos los derechos y obligaciones tanto de padres como de hijos, conservando la familia del adoptado derechos y deberes, excepto la patria potestad.

SIMPLE: Aquella la cual se regula en nuestra legislación como tutela legítima de aquellos menores que son abandonados, brindándole protección un particular o una institución benéfica, mismos que no ejercen la patria potestad.

4.2.- EFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACIÓN A LA PATRIA POTESTAD.

Dentro de los efectos de la sentencia pronunciada en los juicios de divorcio, encontramos que la patria potestad pasa a ser uno de los puntos importantes de la misma, y dentro de la cual se determinará sobre el ejercicio de ella, decretando así el juez, sobre la terminación, suspensión y pérdida de esta, y del mismo modo decretando a favor de cualquiera de los cónyuges; de ambos; o del ascendiente correspondiente, sobre de quien recaerá el ejercicio de la citada figura jurídica, esto es la determinación sobre quien recaerá el ejercicio de la patria potestad.

Antes de hablar propiamente de los efectos mencionados y que son la pérdida suspensión y terminación de la patria potestad, se estableció ya que el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente, mediante un procedimiento, y en base a las causas o causales señaladas por la ley, que podrá ser invocada por cualquiera de los cónyuges que se considere afectado en sus intereses, o que requiera sea declarado en su favor un derecho.

De este mismo modo quedó señalado que la patria potestad viene a ser un conjunto de derechos y obligaciones conferidos a los padres y en su

defecto a los abuelos, por el orden que señala la misma ley, la que en su orden, señala a los abuelos paternos y maternos, y de este modo da prioridad para ejercer la patria potestad a los abuelos paternos, restringiéndose a estos por la ley misma, dicho ejercicio sobre la persona y los bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados, y siendo irrenunciables tales derechos y obligaciones, tanto para los padres, como a los ascendientes de estos que legalmente tengan derecho al ejercicio de la mencionada patria potestad, respetando siempre el orden establecido por nuestra propia ley.

De tal modo, la ley, en nuestro Código Civil vigente, señala prescribiéndose en la misma las formas existentes de terminación, pérdida y suspensión de la patria potestad y sobre lo cual específicamente se señala lo siguiente, de acuerdo a lo establecido en nuestra legislación.

4.2.1.- TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD (Artículo 443, del Código Civil).

Sobre la terminación de la patria potestad en nuestro Código Civil se establece lo siguiente:

“Artículo 443 del Código Civil.- La patria potestad se acaba.

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

II.- Con la emancipación, derivada del matrimonio.

III.- Por la mayor edad del hijo”.

4.2.2.- PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD (Artículo 444, del Código Civil).

De lo que es referente a la pérdida del ejercicio de la patria potestad, nuestro Código Civil vigente establece en su artículo 444 lo siguiente:

"Artículo 444 del Código Civil. La patria potestad se pierde por resolución judicial:

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

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código Civil.

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

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

V.- Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor, y

VI.- Cuando el que la ejerza se condenado dos o más veces por delito grave.

“Artículo 444 Bis. La patria potestad podrá ser limitada cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar previstas en el artículo 323 ter. de este Código, en contra de las personas sobre las cuales la ejerza”.

El ejercicio de la patria potestad se acaba cuando, quien la ejerce comete un acto indebido, mismo que es culpable por parte del titular, y es de este modo que la ley pone fin al desempeño de la citada institución, señalando entonces la misma ley ciertos acontecimientos, motivo por los cuales se deberá concluir el citado ejercicio.

También establece nuestro multicitado Código que la patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado a ello, por delitos considerados como graves, y en los casos de divorcio, teniendo presente que estos, serán valorados de graves, según las facultades otorgadas al juez en lo establecido por el artículo 283 de nuestro Código Civil vigente, al dictar el juez sentencia en donde se fija la situación de los hijos, así mismo cuando los padres tienen costumbres depravadas, den malos tratos a los hijos o abandonando sus deberes y de este modo comprometiendo la salud de los menores, la seguridad o la moralidad de estos, no importando que estos hechos no cayeran en sanción de la ley penal alguna, el mencionado abandono deberá ser por más de seis meses.

“ La pérdida de la patria potestad puede trascender en muchos casos a los hijos, es decir moral o económicamente.

Por su propia naturaleza es bilateral, en el sentido de que la sufren al mismo tiempo y cada parte a su modo, el ascendiente que la merece y los hijos que no han cometido ninguna culpa, sobre todo cuando por virtud de ella no pueden ver ni tratar familiarmente al otro cónyuge, lo que sucede con demasiada frecuencia. Hemos sido testigos de que, sea el marido o la mujer que han triunfado en el juicio de divorcio pone toda clase de obstáculos para evitar que su consorte privado de la patria potestad visite, vea y trate a sus hijos por que se cree con derechos a hacer sufrir a los hijos y al ascendiente de esa cruel manera.

Puede suceder que el cónyuge culpable, no obstante serlo, posea mejores dotes educativos para cuidar y educar a sus hijos, por lo tanto, es irracional privarlo de todo derecho en materia tan importante.” (59)

4.2.3.- SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD (Artículo 447, del Código Civil).

En relación a la suspensión de la patria potestad el Código Civil establece:

“Artículo 447 del Código Civil.- La patria potestad se suspende:

I.- Por la incapacidad declarada judicialmente.

II.- Por la ausencia declarada en forma.

III.- Por la sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión”.

(59) PALLARES, Eduardo. Op.Cit. p 280.

4.3.- ESTUDIO DEL ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 283, reformado el 27 de diciembre de 1983, cita que:

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

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

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

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

Sobre estos nuestro Código Civil, establece actualmente que:

"Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver

todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor”.

“Si bien, el divorcio rompe el vínculo conyugal, no por eso se extinguen todas las obligaciones que derivan del matrimonio. Subsisten algunas de ellas como son las procedentes de la patria potestad y, en determinados casos, las que la ley impone al cónyuge culpable en beneficio del inocente, tales como las de suministrarle alimentos.” (60)

Por lo que uno de los puntos importantes que debe resolverse en el juicio de divorcio, es aquel que se refiere a la situación, tanto económica como personal en que han de quedar los hijos después de que el matrimonio haya sido disuelto.

El artículo 283 del Código Civil vigente, sobre lo anterior regula lo relativo, a la patria potestad como consecuencia de divorcio, tomando en cuenta los elementos necesarios del juicio, así mismo otorga al juez las más amplias facultades para resolver lo referente a la patria potestad, citando el mencionado artículo, que el juez debe de tomar en consideración los elementos de juicio necesario y se le otorgan a éste las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

(60) Ibid. p.282.

Conforme a lo citado anteriormente el juez goza de las más amplias facultades para resolver de una manera determinante, y sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, concediendo el artículo 284 del Código Civil, y por tanto otorgando a los familiares el derecho de pedir al juez acuerde, a petición de éstos, conceda y dicte en su sentencia, medidas que resulten benéficas para los menores, en efecto este último artículo prescribe que: "antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

El juez podrá modificar esta decisión atento a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444, fracción III".

En relación a los capítulos de mi tesis antes presentados es de señalar que en las diferentes etapas de la historia de la humanidad, los pueblos han sumado esfuerzos para establecer y hacer respetar los principios que rigen la conducta externa del hombre en sociedad.

De tal manera que uno de los puntos obtenidos es precisamente las figuras jurídicas del "Divorcio" y de la "Patria Potestad".

Así encontramos que nuestros antepasados en sus distintas legislaciones, contemplaban en todas y cada una de las diferentes leyes, y así mismo se contemplan en la actualidad puntos importantes que tienen una

misma finalidad, sobre el Divorcio y la Patria Potestad, efectivamente sobre lo anterior es de señalar que;

Dentro de las finalidades citadas es de importancia mencionar que el divorcio tanto en Grecia, como en Roma e inclusive en nuestro país, llevan al matrimonio a la conclusión o terminación del mismo, ya que tomando en cuenta que con diferencia de causas como lo son por ejemplo el adulterio, amenazas, bigamia, etc.; el divorcio termina con la convivencia de la vida en común que llevaban los cónyuges, y los deja en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, siendo así la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente, mediante un procedimiento de divorcio y en base a las causas o causales señalados por la ley.

Como ya se mencionó el matrimonio viene a ser una institución o conjunto de normas privadas que reglamentan las relaciones de los cónyuges, creando un estado de vida permanente, en el cual dos personas se unen voluntariamente, por medio de un contrato civil realizado ante autoridad competente.

Sobre lo anterior es de mencionar que dentro del divorcio, se encuentran diferentes tipos del mismo que son el divorcio sanción, remedio, condena y caducidad, teniendo en cuenta el enfoque anterior y visto desde el punto de vista social es de importancia señalar las clases existentes de esta figura jurídica, para que se decrete la disolución o terminación del vínculo

matrimonial, y que puede tramitarse a través del divorcio necesario o contencioso, el administrativo, y el divorcio voluntario, clasificado este último en judicial y administrativo.

Así mismo la patria potestad en las diferentes legislaciones cumple con una gran cantidad de derechos y obligaciones, conferidos a los padres y en su defecto a los abuelos, restringidos estos por la ley, sobre la persona y los bienes de los hijos menores de edad y no emancipados, y siendo irrenunciables tales derechos, tanto para los padres como para los hijos, precisamente por que el espíritu de la ley lo es el de buscar necesariamente, el bienestar de los menores, quienes por esta cualidad, deben ser protegidos a través de las leyes, respecto de las cuales deben ser respetadas por los padres o en su defecto por los abuelos de los hijos menores de edad.

De lo anteriormente dicho es de hacer notar que, en la actualidad, no tiene importancia alguna las finalidades que anteriormente tenía la citada institución jurídica, respecto a la patria potestad ya que la misma era una facultad que recaía sobre el padre hacia los hijos, facultad la cual era totalmente drástica, ya que aquel padre que ejercía, la citada patria potestad, tenía derechos de vida y muerte, sobre los hijos y actualmente, por fortuna los derechos de este ejercicio, sólo lo son en beneficio y protección de los hijos menores de edad, a quienes se les debe de respetar y proteger, ya que por el hecho de ser menores debe de dárseles un trato adecuado a su edad.

Dentro de los puntos importantes que maneja la patria potestad, encontramos como uno de los principales a la filiación, misma que es la fuente de la patria potestad, y que no es otra cosa que el vínculo de unión existente, entre padres e hijos, llamada paternidad, vista desde el padre hacia los hijos y maternidad, desde la madre hacia los hijos.

Así mismo se tienen presentes las diversas instituciones que dan nacimiento a la patria potestad y que son las que a continuación se pasa a realizar un breve estudio:

- El matrimonio, el cual es un contrato civil, por medio del cual se unen dos personas voluntariamente y se realiza ante autoridad competente y que es la base fundamental del Derecho Familiar, ya que de él se derivan todos los derechos, y potestades, que surgen para los contrayentes de dicho matrimonio que celebran.

- Legitimación, es el reconocimiento de los hijos nacidos antes del matrimonio de sus padres, en el cual se les otorga a los mismos la calidad de hijos nacidos dentro del matrimonio.

- La adopción, es un acto jurídico por medio del cual y con apego a la ley se recibe como hijo propio a un menor o incapacitado que no lo es naturalmente, y esta puede ser plena o simple.

Por último deseamos agregar que nos ha parecido de suma importancia revisar el marco dentro del cual se enfocan los puntos, a los cuales

se les tiene que dar solución en la sentencia de divorcio, y en el cual están presentes los relacionados a la patria potestad, y que son la situación en la que han de quedar los hijos.

Sobre esto el artículo 283 de nuestro Código Civil, otorga al juez las más amplias facultades para resolver lo conducente a la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad, considerando entonces, y basándonos en el estudio hecho anteriormente sobre estos puntos, que en la actual legislación, se contempla en el citado artículo una deficiencia lo suficientemente grande, para descartar las facultades otorgadas al juzgador, ya que se considera que al juez no se le deben proporcionar estas facultades tan importantes para resolver los citados problemas, ya que el mismo como ser humano, sufre como todos los demás integrantes de la sociedad de una diversidad de inestabilidades emocionales, es decir, como ser humano esta sujeto a errores, e inclusive por sus estados de ánimo, se vería afectada en un momento determinado la resolución tomada, y como consecuencia de esta sentencia, dejar en desventaja a una de las partes, y con ello inclusive pasar a afectar a los hijos que hayan procreado las partes.

Se considera que conforme al mencionado artículo 283 del Código Civil citado, no se da lugar a que exista equidad entre éstas, es decir, igualdad entre las partes, al no basarse el juez en un principio de derecho que debe ser regulado en la misma ley, para aplicarse al caso planteado, por lo que esto debe estar prescrito en el Código Civil.

Efectivamente considero que es de vital importancia el hecho de que las facultades que se otorgan al juzgador, deben estar reguladas en forma

expresa en la ley por que con ello en efecto, no sólo se daría al correspondiente juez, las más amplias facultades para resolver lo relativo a los derechos y obligaciones referentes a la patria potestad, sino que también se le estaría dando el marco o fundamento legal para resolver sobre lo anterior, con gran beneficio para la defensa de las partes que intervienen en un procedimiento y como consecuencia cumplir con el espíritu de la ley, respecto al de otorgar a los menores hijos de un matrimonio, la mejor atención y protección legal y con ello se evitaría también el hecho de que el juez, resuelva sin contar con fundamento o marco legal sobre la patria potestad, y evitar con ello también posibles errores humanos, que pueden darse en algunos casos por inestabilidad emocional del juzgador.

Por lo que se reitera que considero que el actual artículo 283 del Código Civil, no es correcto, ya que con el amplio criterio otorgado al juez para resolver lo conducente, no se es justo con las partes.

Una manera de que la citada sentencia de divorcio, fuese equitativa para las partes, sería retomando lo citado en el artículo anterior derogado 283, reformado el 27 de diciembre de 1983, ya que la sentencia de divorcio establecida por el juez es de suma importancia, para las partes y muy en especial para resolver la situación de los hijos, por el simple hecho de que su contenido, no sólo va a ser resolutive a un problema que aqueja a los cónyuges, sino que a su vez, este pasa a ser dañino psicológicamente, tanto para los padres como a los hijos, es decir, viene a provocar una descompensación emocional, tanto en los cónyuges como en los hijos.

En consecuencia la propuesta legislativa de nuestra parte es la siguiente:

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

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

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

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

Lo anterior para que las partes estén en condición de defenderse, en el juicio y todavía más para que se encuentren en mejor condición de resolver sobre la situación de los hijos.

ACLARACION PERTINENTE (ADENDA).

Aún cuando en el desarrollo de este trabajo de tesis, el artículo 283 del Código Civil fue reformado para quedar en la forma siguiente:

“Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante del procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”.

También en relación a lo anterior considero que caben las conclusiones que a continuación formularé, porque efectivamente es necesario que el juzgador para resolver la situación de los hijos en un divorcio tenga los elementos que estuvieron vigentes antes de las últimas reformas que ha tenido el Código Civil en materia de divorcio y de patria potestad.

Pienso que de igual forma y aún con las citadas reformas el Juez sigue teniendo en sus manos las más amplias facultades para resolver lo relativo a la patria potestad en los casos de divorcio, teniendo así éste como única limitación de las citadas reformas, el hecho de que en los casos de violencia familiar los hijos quedarán bajo el cuidado y custodia del cónyuge no violento, quedando de este modo completamente igual las facultades y en su

caso limitaciones que son otorgadas al Juez, no importando el daño que pueda ocasionar la resolución tomada, misma que no sólo afectaría a una o ambas partes, sino que también un probable error en la sentencia puede provocar una descompensación en diferentes aspectos hacia los hijos, principalmente en el aspecto emocional, de igual forma considero que aún con las mencionadas reformas una manera de evitar lo señalado y de que dicha sentencia sea justa y equitativa, tanto para los padres como para los hijos, es retomando lo citado en el anterior artículo 283 del Código Civil, antes de ser reformado en el año de 1983.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: En las diferentes etapas en la historia de la humanidad, los pueblos han sumado esfuerzos para establecer y hacer respetar los principios que rigen la conducta externa del hombre que vive en sociedad.

SEGUNDA: Durante esta evolución se han planteado diferentes acepciones a cerca del divorcio, así encontramos que en los pueblos griegos y romanos el adulterio y la esterilidad era el principal punto para decretar el divorcio, causal que, inclusive, hasta la fecha sigue vigente.

TERCERA: De nuestros antepasados la cultura que contemplaba el divorcio era la azteca, el cual tenía que ser decretado mediante sentencia judicial, dejándose a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

CUARTA: El Código Civil de 1884 en forma general reprodujo los preceptos contemplados en el Código de 1870, así mismo la entrada en vigor de la Ley Sobre Relaciones Familiares del año de 1917, adopta las disposiciones contempladas en la Ley del Divorcio de 1914, cambiando las bases sobre las que se cimentaba la familia mexicana, y debido a este cambio se contempla como consecuencia positiva la regulación del divorcio vincular.

QUINTA: De esta forma encontramos que a pesar de existir diversas legislaciones que regulan lo relativo al divorcio, atendiendo a diversos puntos de vista, así como ideas y costumbres, establecemos que éstas tenían en común una misma finalidad: La disolución del vínculo matrimonial.

SEXTA: En mi opinión el matrimonio viene a ser un contrato civil, por medio del cual se unen dos personas voluntariamente, y se realiza mediante autoridad competente y es la base del Derecho Familiar, del cual derivan todos los derechos y potestades, por lo tanto regula la patria potestad.

SÉPTIMA: De una manera general, considero que el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente, mediante un procedimiento, y en base a las causas o causales señaladas por la ley.

OCTAVA: La figura del divorcio al ser tan extensa nos presenta una gama de diversos tipos, entre los que encontramos el divorcio sanción, divorcio remedio, divorcio condena y divorcio caducidad, mismos que se derivan de un procedimiento necesario o contencioso, administrativo o voluntario.

NOVENA: Una de las consecuencias derivadas del divorcio es hasta la fecha el ejercicio de la patria potestad que en nuestros antepasados era ejercida únicamente por el padre y el abuelo paterno, siendo posteriormente un derecho obligatorio para ambos padres, la única salvedad que se presentaba en esta figura jurídica en nuestros antepasados, fue que la madre o la abuela que pasara a segundas nupcias perdía por ese sólo hecho la patria potestad de los hijos, situación que en la actualidad no se presenta, salvo en determinados casos.

DÉCIMA: El ejercicio de la patria potestad actualmente es de suma importancia en la sociedad, nuestros antepasados ejercían esta figura jurídica de manera drástica, teniendo derecho de vida y muerte sobre los hijos, en la legislación actual, los derechos de este ejercicio deben ser en beneficio y protección del menor, situación por medio de la cual queda demostrado que esta institución jurídica ha tenido avances importantes a través del tiempo.

DÉCIMA PRIMERA: Así mismo a mi juicio la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones conferidos a los padres y en su defecto a los abuelos, restringidos estos por la ley, sobre la persona y los bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados, y siendo irrenunciables tales derechos y obligaciones, tanto a los padres como a los abuelos e hijos.

DÉCIMA SEGUNDA: Como consecuencia el análisis del artículo 283 de nuestro Código Civil vigente, considero que las facultades otorgadas para determinar lo conducente a la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad como consecuencia de divorcio, van más allá de lo que realmente puede probarse dentro del juicio, es decir, se le otorgan al juez amplias facultades que a opinión de la suscrita deben ser restringidas dada la subjetividad con la que se puede determinar el ejercicio de la patria potestad, y así mismo el juez como ser humano, sufre como todos los demás integrantes de la sociedad de una diversidad de desestabilidades emocionales, las cuales afectarían en un momento determinado la resolución tomada y como consecuencia de esta sentencia, dejar en desventaja a una de las partes, por no existir equidad entre éstas, es decir, igualdad

entre las mismas, al no basarse el juez en un principio de derecho que debe regular su hacer, en el caso planteado, por lo que esto debe estar prescrito en el Código Civil.

DÉCIMA TERCERA: Como consecuencia de lo anteriormente citado no hay que olvidar que otro de los puntos importantes de la citada restricción es la descompensación emocional que la resolución tomada ocasiona, tanto a los padres como a los hijos, ya que ésta no sólo va a ser resolutive a un problema que aqueja a las partes, sino que también hay que tomar en consideración a los hijos, y así mismo alcanzar igualdad y equidad entre las partes.

DÉCIMA CUARTA: En consecuencia la propuesta legislativa de nuestra parte es la siguiente:

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

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

SEGUNDA.- Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste el cónyuge

culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer éste. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor.

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

Lo anterior para que las partes estén en mejor condición de defenderse en el juicio y todavía más para que se encuentren en mejor condición de resolver sobre la situación de los hijos.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- AHRENS, E. Historia del Derecho. Traducción Francisco Giner y A. C. De Linares. Editorial: Impulso. México 1945.
- 2.- ALVEAR ACEVEDO, Carlos. Historia de México. Épocas Precortesiana, Colonial e Independiente. Editorial: Yus. México 1977.
- 3.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Tercera Edición. Editorial: Harla. México 1984.
- 4.- BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Editorial: Revis. México 1959.
- 5.- BRAVO GONZALEZ, Agustín, y BIALOSTOVSKY, Sara. Compendio de Derecho Romano. Editorial: Pax-México. México 1966.
- 6.- BÜHLER, Johannes. Vida y Cultura en la Edad Media. Editorial: Fondo de Cultura Económica.
- 7.- Código de Derecho Canónico. Cuarta EDICIÓN. Biblioteca de Autores Cristianos. México 1962.
- 8.- Consultor Didáctico. Base 10.- Historia. Tomo: 7. Editorial: Egedsa. México 1984.
- 9.- COUTO, Ricardo. Derecho Civil Mexicano. Tomo: I, II De Las Personas. Editorial: La Vasconia. México 1919.
- 10.- CRISTIANI, L. Historia de la Iglesia. Editorial: Edicep. Vol. XIX. Trento, Valencia, España 1970.

- 11.- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Primera Edición: Editorial Porrúa
- 12.- DE J. LOZANO, Antonio. Diccionario Razonado de Legislaciones y Jurisprudencias Mexicanas. Tomo I, II. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 1991.
- 13.- DE PINA VARA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial: Porrúa. México 1963.
- 14.- DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción-Personas-Familia. Volumen I.
- 15.- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo D-H. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial: Porrúa, S.A. UNAM. México 1992.
- 16.- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VII. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial: Porrúa, S.A. UNAM. México 1985.
- 17.- Diccionario Razonado de Legislaciones y Jurisprudencia. Editorial Temís. Bogotá, Colombia 1991.
- 18.- Enciclopedia Autodidáctica 2000. Temática. Historia Universal y de México Editorial Cultural. Madrid, España.
- 19.- Enciclopedia Autodidáctica Quillet. Tomo IV. Editorial Grolier. México 1987.
- 20.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IX, XXI. Editorial Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, Argentina 1966.
- 21.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Parte general Personas y Familia. Editorial Porrúa. México 1991.

22.- GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. ¿Que es el Derecho Familiar?. Editorial: Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México 1987.

23.- La Santa Biblia. Soc. Bíblica Americana. Nueva York 1935.

24.- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones Jurídicas de Derecho Civil. Tomo: III. Derechos de Familia. Editorial: Porrúa. México 1988.

25.- MALET, Alberto. Historia Romana. Los Orígenes. Editorial: Librería Hachette, S.A. Buenos Aires, Argentina 1941.

26.- Nueva Enciclopedia Temática. Tomo: 7, 12. Editorial: Cumbre, S.A. México 1986.

27.- PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil; Editorial: Porrúa. México 1966.

28.- PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial: Porrúa. México 1984.

29.- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado práctico del Derecho Civil Familiar. Tomo: II. La Familia, Matrimonio, Divorcio y Filiación. Editorial: Cultural. S.A. Habana 1946.

30.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial: Porrúa. México 1980.

31.- BAQUEIRO ROJAS, Edgard. y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Colección de Textos Jurídicos Universitarios Editorial: Haria. México 1990.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CÓDIGO CIVIL DE 1870.

CÓDIGO CIVIL DE 1884.

CÓDIGO CIVIL DE 1928.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

CÓDIGO CIVIL DE OAXACA.

CÓDIGO CIVIL COMENTADO. DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. TESIS DE EJECUTORIAS 1917-1975. APÉNDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. MÉXICO 1975.