



UNIVERSIDAD
DON VASCO A.C.

UNIVERSIDAD DON VASCO, A. C.

872709

4

INCORPORACIÓN No 8727-09 A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



ESCUELA DE DERECHO

"ANÁLISIS DE LA IMPORTANCIA DE LA
REFORMA AL ARTÍCULO 242 DEL CÓDIGO
CIVIL DE MICHOACÁN".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

Edgar Iván Orozco Silva

284652

ASESOR: LIC. RAFAEL ORTIZ GOVEA



URUAPAN, MICHOACÁN; JUNIO DEL 2000.



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.

UNIVERSIDAD DON VASCO, A.C.

INCORPORACION NO. 8727-09

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO.

ESCUELA DE DERECHO

ANALISIS DE LA IMPORTANCIA DE LA REFORMA AL ARTICULO
242 DEL CODIGO CIVIL DE MICHOACAN.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

EDGAR IVAN OROZCO SILVA.

ASESOR: LIC. RAFAEL ORTIZ GOVEA.

URUAPAN, MICHOACAN.

2000



UNIVERSIDAD DON VASCO, A.C.
Escuela de Derecho

ENTRONQUE CARRETERA A PATZCUARO 1100
 APARTADO POSTAL 66 TELS. 4-25-26, 4-17-46, 4-17-22
 URUAPAN, MICHOACAN.



CLAVE UNAM 8727-09
 ACUERDO. 2/8/95

AUTORIZACIÓN DE IMPRESIÓN DE TESIS

NOMBRE DEL ALUMNO ORCZO SILVA EDGAR IVAN
A. PATERNO A. MATERNO NOMBRE(s)

SE AUTORIZA LA IMPRESIÓN DE LA TESIS: (TÍTULO COMPLETO)

ANÁLISIS DE LA IMPORTANCIA DE LA REFORMA AL ARTICULO
243 DEL CODIGO CIVIL DE MICHOACAN.

OBSERVACIONES:

URUAPAN, MICH., A 25 DE JUNIO DEL 2000

[Signature]
 ASESOR

[Signature]
 ALUMNO

[Signature]
 DIRECTOR TÉCNICO

**A mis padres; a mis hermanos,
y a todos aquellos que se
sientan con derecho a que se
les dedique la presente.**

INDICE.

INTRODUCCION	1
--------------------	---

CAPITULO 1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA

POTESTAD.....	7
1.1. Evolución histórica.....	8
1.1.1. Antes del Derecho Romano.....	8
1.1.2. En el Derecho Romano	8
1.1.3. En España.....	15
1.1.4. En Francia	16
1.1.5. En el Derecho Germánico.....	17
1.1.6. En el Derecho Canónico.....	19

CAPITULO 2. ASPECTOS HISTORICOS DEL DIVORCIO.....20

2.1. Orígenes y evolución histórica.....	21
2.1.1. Babilonia.....	21
2.1.2. China.....	22
2.1.3. Derecho Hebreo.....	22
2.1.4. Derecho Canónico.....	23

2.1.5. Grecia.....	25
2 1.6. Roma.....	26
2 1.7. España.....	27
2 1.8. Francia	28
2.1.9. México.....	28
2.2. El problema sociojurídico del divorcio.....	29
2.3. La separación de cuerpos.....	32

CAPITULO 3. ASPECTOS DOGMATICOS DEL DIVORCIO 36

3.1 Significado y definición del divorcio.....	37
3.2 Características de la acción de divorcio	38
3.3. Causas de divorcio	48
3.4. Efectos del divorcio	50

CAPITULO 4. LA PATRIA POTESTAD.....56

4.1. Concepto y definición	57
4.2. Evolución histórica.....	59
4.3. Naturaleza jurídica	67
4.4. Contenido.....	69
4.5 Modos de adquirirla.....	70
4.6. Extinción y suspensión	71

CAPITULO 5 DE LA NECESARIA REFORMA AL ARTICULO
242 DEL CODIGO CIVIL DE MICHOACAN75

CONCLUSIONES87

PROPUESTA89

BIBLIOGRAFIA.....90

ANEXOS92

INTRODUCCIÓN

ANTECEDENTES

Dentro de este apartado podemos señalar que son varias las causas por las cuales se plantea la modificación de las dos fracciones aludidas del artículo 242 del Código Civil del Estado. Una de ellas es que por simple lógica la aplicación del derecho no debe ser tajante y de la misma forma sin estudiar cada circunstancia en particular, es decir, y respecto al tema que nos ocupa, la patria potestad de los hijos menores de edad de un matrimonio disuelto, es un tema muy delicado, debido a la importancia de esta institución dentro del derecho civil y en general en la sociedad en su conjunto. Por ello es que propongo que se faculte al Juez de Primera Instancia de lo Civil para que con apoyo en una diversidad de elementos estudie lo relativo a la patria potestad de los hijos de un matrimonio que pretende disolverse; tomando en cuenta a los infantes, a los padres, las circunstancias que motivaron la tramitación del divorcio, y, en general, todo aspecto relevante y de suma importancia para los hijos.

Por otra parte, es bien sabido que los menores tienen una esfera de derechos que, por su edad, les protege y les asigna ciertas características especiales, como por ejemplo el derecho de percibir alimentos, de recibir educación, pero, aquí también se debe de tomar en cuenta que los menores de 18 años tienen capacidad, al menos la mayoría, de discernir acerca de con cual de sus padres quieren estar, de cual reciben

mejor trato, y, en pocas palabras, cual de sus padres es su predilecto para el caso que éstos se separen.

Por otra parte, debemos de considerar que por naturaleza, los hijos deben estar con su madre, pero, ¿Qué pasa cuando ella es condenada a la pérdida de la patria potestad de sus hijos?. Se podría decir que en estos casos es muy difícil para el hijo desarrollarse, que el estar separado de su protectora trae consecuencias que perdurarán toda la vida

Así pues, lo que se propone con la reforma a estudio, es que se le concedan al juez la más amplias facultades para que determine con cual de los ex esposos quedarán los hijos en lo relativo a la patria potestad, o que si lo determina necesario, privarlos a los dos de tal derecho y nombrar un tutor especial.

Por otra parte, en la actualidad la sociedad esta cada vez más desordenada, y en consecuencia, es más fácil que un matrimonio determine que ya no tiene objeto seguir con esa relación conyugal, pero, es aquí donde se deberá de tomar en cuenta lo mejor para los hijos menores de edad, respecto a con cual de los padres es preferible que permanezcan.

Lo que se busca es que la pérdida de la patria potestad de los hijos respecto al cónyuge culpable, no sea una norma tajante y en vez de esto que el juez determine, con la intervención; por ejemplo, del Ministerio Público adscrito, además de dictámenes realizados por trabajadores sociales y la debida intervención de las partes, tíos o hermanos mayores; los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que, en su caso, conservará o no cada uno de los esposos respecto de la persona y bienes de sus hijos, tomando siempre en cuenta el interés particular de los menores con entera

independencia de la responsabilidad de los cónyuges por el divorcio.

En virtud de lo anterior se debe señalar, que el Derecho es cambiante; cambiante porque se tiene que adecuar a la realidad social y a no verse desplazado por los cambios generados dentro del entorno social, en virtud de que como conjunto de reglas que es, debe de actualizarse para que ninguna conducta quede fuera de su reglamentación

Consecuencia de ello y de que este proceso de actualización del derecho no es uniforme, en nuestro país algunas entidades federativas, como Zacatecas, el Distrito Federal y el Estado de México, otorgan al juez amplias facultades para resolver lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, tomando en cuenta como justificación el beneficio de los hijos menores habidos en matrimonio.

Dentro de la legislación Sustantiva del Estado de Michoacán, el artículo 242 del Código Civil sanciona con la pérdida de la patria potestad al cónyuge culpable que dió lugar al divorcio necesario, es decir, dicho dispositivo legal impone al juzgador necesariamente la obligación de decidir la situación de los hijos en base a las reglas establecidas en tal presupuesto, aún cuando no se hubiere demandado expresamente la pérdida de la patria potestad.

A mayor abundamiento, las dos primeras fracciones son las que nos parecen más tajantes y trascendentes, ya que son estas, principalmente, las que sancionan al esposo culpable de la pérdida de la patria potestad de los hijos menores.⁷

Por tanto, tratándose de los casos de divorcio necesario, los hijos no siempre deberían quedar, por las razones expuestas en anteriores apartados, siempre bajo la

patria potestad del cónyuge inocente, sino que ese aspecto debe ser resuelto por el juzgador en uso prudente de su arbitrio jurídico, pudiendo quedar con el culpable o llamar al ejercicio de la patria potestad a los abuelos, tíos, hermanos mayores o en su caso, designar tutor sin que ello signifique que, de acreditarse en juicio alguna causa que justifique la privación de ese derecho, tendría que condenarse forzosa e ineludiblemente a la pérdida de la patria potestad, al progenitor que diere lugar a ella.

OBJETIVO GENERAL

Analizar la importancia de la reforma el artículo 242 del Código Civil.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- ❖ Analizar la situación actual de la patria potestad.
- ❖ Estudiar la causas de pérdida de la patria potestad.
- ❖ Señalar la pérdida de la patria potestad como sanción del divorcio necesario.
- ❖ Hacer notar lo rígida que es la ley por imponer siempre la pérdida de la patria potestad al cónyuge culpable de la tramitación del divorcio
- ❖ Analizar otras legislaciones que no contemplan necesariamente la pérdida de la patria potestad por el esposo culpable del divorcio.
- ❖ Puntualizar las diferencias existentes al respecto y el porque de ellas.
- ❖ Estudiar los motivos por los cuales se debe de tomar en cuenta cada caso concreto

de divorcio y no como una generalidad

- ❖ Analizar la circunstancia de que los menores pueden intervenir en decidir con cual de sus padres quieren estar si estos se separan.

HIPOTESIS:

- ❖ ¿Es lógica la propuesta de la reforma del artículo 242 del Código Civil ?
- ❖ ¿Es justa actualmente la medida de pérdida de la patria potestad al cónyuge culpable?
- ❖ ¿De que facultades goza el juez en la actualidad para el estudio de lo relativo a la patria potestad en el divorcio necesario?
- ❖ ¿Se debe escuchar a los menores en esta cuestión?
- ❖ ¿Se debe aplicar el Derecho en la actualidad de una forma tajante respecto al tema de estudio?
- ❖ ¿Traería beneficios la reforma planteada?
- ❖ ¿Quiénes serían los más beneficiados con el cambio del artículo 242?

METODOLOGIA.

La investigación para la realización de los fines del trabajo final, se basará en apoyo tanto bibliográfico o documental, como de campo

Dentro de la documental se deberá consultar una serie de obras —que se mencionan en el apartado de bibliografía —, además de las que se vayan conociendo mientras se realice el trabajo. Además se apoyará en investigaciones que se realizarán en los Juzgados de lo Civil, la cuales cuantificarán las veces en que se aplica esta medida, es decir, la pérdida de la patria potestad en los divorcios necesarios, además se revisarán medios de información que tengan una fuerte relación con el tema abordado, como por ejemplo revistas, periódicos o demás medios impresos, tomando en cuenta además, y debido a los tiempos en que vivimos, que se podrá encontrar información en Internet; la cual es un masivo medio de información que se puede consultar de manera constante.

En lo referente a la investigación de campo, esta se basará en una serie de entrevistas directas y en encuestas que tendrán por fin conocer la opinión de la generalidad respecto al tema elegido como fundamentación de la tesis. Se buscará con este tipo de información, conocer el punto de vista de hombres y mujeres de todas las edades, así como de los menores; los cuales; como hemos dicho, son los que resienten la pérdida de la patria potestad, buscando, por su puesto, la claridad y la justificación de la reforma planteada.

CAPITULO 1.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1.- EVOLUCION HISTORICA.

1.1.1.- Antes del Derecho Romano.

“Atendiendo a la evolución que ha tenido la familia, la organización de la patria potestad solamente es posible en la familia monogámica, sea matriarcal o patriarcal, ya que en ese contexto se puede hablar de la existencia de un jefe de familia.

En tanto que en la India aparece una patria potestad dividida, en virtud de que el padre era el jefe de la familia y la madre gobernaba a las mujeres del grupo.

Entre los árabes y chinos el padre era el único que ejercía la patria potestad.

Por su parte, en Grecia el padre tenía un poder absoluto, sobre todo si la actividad a la que se dedicaba era la agrícola, en cambio si la actividad era la pastoril o el comercio, la patria potestad se encontraba dispersada y sus miembros adquirirían independencia y personalidad.

En el cristianismo la patria potestad se inclinaba hacia la noción del deber”.
(SANCHEZ, M;1998:499)

1.1.2. En el Derecho Romano.

Para entrar al estudio de la patria potestad en el Derecho Romano, primero debemos advertir que esta figura era como una consecuencia del dominio quiritarario, de

derecho civil. Así, no tenía los límites que la razón y el consentimiento general de los pueblos suelen prefijarse, pues ni competía a ambos padres, ni reconocía por objeto principal la educación de los hijos, ni terminaba cuando estos podían llegar a constituir otras familias. Efecto de tal consideración era que el padre en su calidad de juez doméstico tenía el derecho de vida y muerte sobre su hijo, que podía venderlo, darlo en noxa, hacer propias todas sus adquisiciones, y extender sobre sus nietos el mismo poder ilimitado. La costumbre en un principio, y después las leyes, vinieron a dulcificar esta institución, quedando limitada la potestad del padre: primero, a castigar módicamente a los hijos por las faltas que cometían, siendo peculiar del juez el conocimiento de sus delitos; segundo, a vender al hijo recién nacido, sanguinolento, como le llama el emperador Constantino, sólo en caso de extrema necesidad; tercero, a hacer suyas o tener participación en las adquisiciones de los hijos; cuarto, a retener en su poder a sus descendientes por línea de varón.

La patria potestad es definida en el Derecho Romano como el poder jurídico que el paterfamilias tiene sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, descendientes legítimos de los varones dependientes a ella, extraños ingresados en la familia por adopción o arrogación y sobre los hijos naturales legitimados. Originariamente se le consideró como un poder absoluto a favor del padre, evolucionando progresivamente sin perder el carácter de potestad sobre las personas y bienes de los sometidos.

“En Roma, pues, las consecuencias de la patria potestad son las siguientes: a) No se modifican a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por edad ni por el matrimonio se les puede libertar; b) Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre el que la ejerce; mientras esté sometido, su

autoridad se borra delante de la del abuelo paterno; c) Y, por último, la madre no puede tener nunca la potestad paternal". (SANCHEZ, M; 1998: 500)

En sus efectos, esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía, al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos

Por otra parte, cabe hacer mención que la familia romana se organizó como agrupación monogámica patriarcal. Los parientes agnados y cognados así organizados, constituyen una familia que merced a ese sistema patriarcal, adquiere duración y estabilidad y facilita la transmisión hereditaria. La organización patriarcal, tiene bases a la vez religiosas y económicas; el jefe de la familia es el sacerdote, el juez, el legislador, dentro del grupo de parientes que se desenvuelve de manera autónoma. Para lograr esa unidad y la duración y estabilidad del grupo, el pater familias se encuentra investido de un conjunto de poderes y de derechos en el ejercicio de esa autoridad, que es la patria potestad.

"Durante los primeros siglos, la potestad paternal hizo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas, tiene sobre ellos poder de vida y muerte, puede manciparlos, a un tercero y abandonarlo.

En tiempos de la República, hacía uso de ese derecho con más moderación".
(Idem)

Hacia el fin del siglo II de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección.

Ahora bien, "el padre podía mancipar al hijo que tenía bajo su autoridad, por

regla general el padre mancipaba al hijo en un momento de miseria y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. Esta práctica también fue cayendo en desuso y en la época de Antonio Caracalla, la veta de los hijos se declaró ilícita y sólo fue permitida al padre en un caso de mucha necesidad para procurarse alimentos” (Idem)

En cuanto a los bienes, el hijo estuvo primitivamente en una situación comparable a la del esclavo, no tenía bienes propios, todo lo que adquiere, propiedades, derechos de crédito, etcétera, pertenecen al jefe. Bajo el imperio los hijos podían adquirir ciertos bienes.

“En la fase imperial, durante el tiempo de Marco Aurelio, se reconoce la existencia de un derecho de alimentos recíproco.

Se reconocen como fuentes de la patria potestad al matrimonio o *justae nuptias*, a la adopción o a la legitimación.

Se llama *justae nuptia* o *justum matrimonium* al matrimonio legítimo, conforme a las reglas del Derecho Civil en Roma.

La adopción produce el efecto de establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *justae nuptias* entre el hijo y el jefe de familia”. (Idem)

La evolución de este concepto se nota en el diverso concepto de legitimación, mismo que indica ciertos medios por los cuales los Emperadores cristianos, para favorecer las uniones regulares, permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato.

Los hijos habidos de *justae nuptias*, de adopción o legitimados tenían derecho a recibir alimentos, y en el caso de las mujeres a recibir dote, debían obtener el consentimiento del padre para celebrar un justo matrimonio, y al padre le correspondía

en administración los bienes de su hijo y el usufructo de dichos bienes.

Ahora bien, para entender la patria potestad dentro del Derecho Romano, mencionaremos los siguientes aspectos:

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

La venta esta todavía permitida por Justiniano, siempre que se trate de situaciones de emergencia financiera. La exposición es objeto de una amplia y variada legislación, durante el Bajo Imperio, y, finalmente, tratada como un crimen, equiparable al homicidio.

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

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

Originalmente, el usufructo del peculio castrense correspondía al paterfamilias,

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

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

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

El *paterfamilias* era responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por el *filiusfamilias*, pero podía recurrir al "abandono noxal",

entregando al culpable para que expiara su culpa mediante trabajo.

En este mismo orden de ideas, cabe mencionar que la patria potestad, que, en su origen fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos. así hallamos que, ya en tiempos de Marco Aurelio, se reconoce la existencia, en la relación padre-hijo, de un recíproco derecho a alimentos.

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

Finalmente, La patria potestad se extinguía por muerte del padre o del hijo, por la adopción, por casarse una hija *cum manu*, por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o, en el derecho justinianeo, también burocráticas, por emancipación (expulsión) y por disposición judicial.

1.1.3.- EN ESPAÑA

Antes de tocar a fondo este apartado, tal vez es de sobrado conocimiento la dependencia del Derecho Mexicano respecto de la legislación que ahora se estudia, esta dependencia trae por consecuencia que en nuestro país la mayoría de conceptos jurídicos, entre ellos lo relacionado con la patria potestad, tengan fuertes raíces europeas y más que nada españolas, descubriéndose las características del viejo continente en nuestras normas, como por ejemplo , en el caso particular, la suavidad que se da a la patria potestad respecto del Derecho Romano, el cual, como ya se vio, era muy drástico y asfixiante del hijo.

En la primitiva familia española, "la patria potestad no era tan rigurosa como en Roma, sin embargo, el padre conservaba amplio poder sobre sus hijos. La patria potestad se otorgó subsidiariamente a la madre en el fuero juzgo" (SÁNCHEZ, M; 1998. 501)

Ahora bien, no obstante que las Partidas acogieron para España el Derecho Romano, y que en este cuerpo de leyes, la patria potestad se denomina officium virile y se constituye como un poder absoluto y perpetuo a favor del padre, se percibe respecto del ejercicio de la patria potestad, la influencia de ciertas ideas cristianas que influyeron sobre esta institución ya desde el imperio romano (particularmente a partir de Constantino) en el sentido de que la patria potestad, debía ser ejercida con piedad paternal

La patria potestad terminaba "por la promoción del hijo para desempeñar ciertas dignidades o cargos públicos, por ejemplo. cónsul, perfecto, patricio, consejero del rey,

obispo, (part. 4º. tit. 18-leyes 7ª a 14ª). (Idem)

1.1.4.- EN FRANCIA

En la Legislación Francesa, el poder del padre sobre la persona del hijo no era tan absoluto y el trato no tenía caracteres tan rigurosos. El padre y la madre ejercían la patria potestad hasta la mayoría de edad, en que la patria potestad se extinguía

Así pues, la patria potestad en el Derecho Francés ha acentuado el principio de la autoridad paterna en la familia legítima. El Código Civil de 1804 otorga al padre el ejercicio de la patria potestad. Este poder se extingue, como ya se dijo, a la mayoría de edad del hijo y recientemente el Código Civil francés hace una clara distinción de los casos en que se puede privar o suspender a los padres del ejercicio de tal derecho.

Por lo que, en conclusión, el Derecho Civil Francés termina con el carácter coercitivo, inflexible e inamovible de la patria potestad, modificando su concepto al grado en que se afirmaba que la patria potestad no existía a la luz de ese derecho, lo que era inexacto ya que sólo se mantenía la institución con características atenuadas, suaves, sin traumatismos autoritarios y sin los excesos que tenía el paterfamilias sobre la persona y bienes del pupilo dentro del Derecho Romano.

La importancia de la ley francesa dentro del tema a estudio, es, precisamente por el Código de Napoleón de 1804, el cual sienta las bases de esta institución y la consagra en su derecho con las características ahora conocidas: a saber, como

protectora del hijo, como autoridad del padre sobre él y sobre sus bienes en forma limitada y a cambio de poderlos usufructuar, se le imponen cargas y responsabilidades en el cuidado de ellos.

1.1.5.- En El Derecho Germánico.

En el Derecho Germánico, desde sus orígenes, “la *munt* que era la institución equivalente a la patria potestad tuvo siempre un carácter tuitivo. El poder de los padres sobre los hijos no era vitalicio, a diferencia de Roma, se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayoría de edad, comprende el derecho de cuidar al hijo y no se conocía la privación de la capacidad de los hijos para adquirir bienes. La mujer participaba en el ejercicio de la patria potestad a la muerte del padre”. (Idem)

“El *landrecht* prusiano hablaba sólo de la patria potestad del padre, pero obligaba a los hijos a venerar y obedecer a ambos padres, dando a la madre el derecho de cuidar y a educar a los hijos junto al padre”.

El padre, por su parte, “tiene el usufructo del patrimonio del hijo con ciertas excepciones. Con el usufructo va paralelamente un derecho del padre a la administración, pero incluso sobre el patrimonio del hijo, exento de usufructo, el padre tiene la administración tutelar durante la menor edad de aquél”. (Idem)

La patria potestad se extingue cuando el hijo mayor adquiere una posición económica separada del padre y lo mismo cuando un hijo mayor explota un negocio

propio o es investido de un cargo público, aunque aún recibiese apoyo del padre. La hija se exime de la patria potestad por el matrimonio si se casa con el consentimiento del padre, otorgado por éste o suplido por el juez; sin embargo, mientras la hija es menor y hasta su mayoría, el padre conserva ciertos derechos tutelares.

A la madre, en cambio, no competen derecho de igual naturaleza a los del padre. Una vez muerto éste, se constituye la tutela sobre los hijos menores. La madre puede ser nombrada tutor. Si el padre no ha nombrado tutor alguno, el juez tiene que preferir a la madre. Según la regulación prusiana de la tutela, la madre era llamada a la tutela de sus hijos, pero siempre después de aquél a quien el padre hubiera designado como tutor.

El Derecho Civil alemán estatuye una potestad de los padres a la cual está sujeto el hijo, sólo hasta la mayor edad. Comprende el derecho y el deber de cuidar de la persona y del patrimonio del hijo y tiene por tanto un carácter tutelar. Va unido con el derecho del disfrute del patrimonio del hijo. Corresponde en primer lugar al padre y en segundo lugar, a la madre.

Así pues, en este Derecho, es donde se vislumbra más la actual concepción que tenemos de la patria potestad, ya que en esta el padre no tiene ilimitados poderes sobre los hijos, su autoridad no trasciende más allá del vástago, la madre puede ejercerla y además, se contempla la extinción que por causas aún son válidas dentro del derecho.

1.1.6.- En El Derecho Canónico.

En lo relativo a esta legislación, se vislumbra que “el artículo 1136 del Código de Derecho Canónico señala que: “los padres tienen la obligación gravísima u el derecho primario de cuidar en la medida de sus fuerza de la educación de la propia, tanto física, social y culturalmente, como moral y religiosa”. (Idem)

CAPITULO 2.

ASPECTOS HISTORICOS DEL DIVORCIO.

2.1 Orígenes y evolución histórica.

El repudio es la manera más antigua de divorcio. El Código de Hammurabi permitía el repudio a cargo de la mujer; “el Código de Manú permitía que la mujer estéril fuera reemplazada al cabo de ocho años de convivencia. Cuando una mujer que “bebe licores, se porta mal, se enferma o es pródiga”, dice la misma ley, o a aquélla a la que se le hubieran muerto todos sus hijos en la menor edad, o que no hubiera engendrado más que mujeres, estaba sometida a la repudiación. En su caso, podía originarse el derecho de repudiación en la mujer, si su cónyuge no conservase la virtud de la vida matrimonial. En nuestros tiempos, de manera excepcional lo consagra Uruguay y solamente lo puede hacer la mujer”. (SÁNCHEZ, M; 1998: 359)

2.1.1.- Babilonia.

En la antigua Persia, en China y Japón se practicó el repudio, en el Derecho de la India, según las leyes de Manú, se congregaban otras causas de divorcio, como son: la incompatibilidad de caracteres, enfermedad incurable, etc.

En Babilonia existía “el repudio y la esterilidad de la mujer como causas de divorcio. La esterilidad de la mujer después de nueve años de casada, permitía al marido casarse con otra mujer además de la primera”. (Idem)

2.1.2.- China.

La antigua China reconocía el repudio, la esterilidad, la impudicia, la falta de consideración y respeto debido a los suegros, la charlatanería, el robo, el mal carácter y la enfermedad incurable.

2.1.3.- Derecho Hebreo.

En el Derecho Hebreo existió la repudiación, el versículo 14 del Capítulo XXI del Génesis del Antiguo Testamento, señala que. "Abraham, esposo de Agar, quien fue madre de Ismael, se levantó muy de mañana y tomó pan y un odre de agua, y díolo a Agar, poniéndolo sobre su hombro, y entrególe al muchacho y despidióla. Y ella partió y andaba errante por el desierto de Bar-Sheba".

En el Deuteronomio (cap. XXIV, vers. 1 y sigs.) se encuentran los siguientes preceptos: "Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradara por haber hallado en ella alguna cosa torpe, le escribirá carta de repudio y se la entregará en su mano y despedirá de su casa, podrá ir y casarse con otro hombre. Y si la aborreciere éste último, y le escribiere carta de repudio y la despidiere de su casa, o si muriere el postrer hombre, que la tomó para sí por mujer, no podrá su primer marido que la despidió volverla a tomar para que sea su mujer, después que fue amancillada; Porque es abominación delante de Jehová".

La ley bíblica no hace referencia a una institución que constituye típicamente el divorcio "Para la Biblia no existe más que una repudiación; el divorcio surge de las reglas del Talmud, que fue el creador del auténtico divorcio, como se conoce en la ley israelita y como ha pasado al Derecho Positivo Moderno.

Las causas de divorcio fueron la esterilidad y el adulterio". (SÁNCHEZ, M; 1998: 360)

2.1.4.- Derecho Canónico.

La iglesia católica mantuvo siempre el sistema de indisolubilidad del vínculo matrimonial, como un medio eficaz, para dar una organización firme a la familia legítima.

El concilio de Trento estableció definitivamente la indisolubilidad del vínculo matrimonial desde el punto de vista de la iglesia católica, apostólica y romana.

El Código de Derecho Canónico no menciona ni siquiera la palabra divorcio: en el Capítulo X, del Título VII, del Libro III, se trata "De la separación de los cónyuges", ahí se trata de la disolución del vínculo, o sea, el antiguo divorcio pleno o perfecto y de la separación del lecho, mesa y habitación.

El matrimonio rato y consumado de bautizados *no puede ser disuelto por ningún poder humano y por ninguna causa, excepto por la muerte.* El canon 1615 dispone 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”. (Idem)

La unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, así lo señala el canon 1013.

“El canon 1119 admite los diversos casos de disolución de matrimonio consumado entre bautizados, los que se reducen a dos situaciones: 1º. Tanto por disposición del Derecho en virtud de la profesión religiosa solemne; 2º. Como por dispensa concebida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga”. (SÁNCHEZ, M;1998. 361)

Las causas para la anulación del matrimonio rato, son, entre otras: La impotencia posterior al casamiento, el odio implacable de los cónyuges, cualquier enfermedad que haga imposible el uso del matrimonio; el peligro de perversión; el divorcio civil obtenido por la otra parte

El matrimonio legítimo entre personas no bautizadas, ya sea rato, ya haya sido consumado, se disuelve a favor de la fe por el Privilegio Paulino; dicho privilegio consiste en que si uno de los cónyuges infieles se bautiza y el otro permanece en la infidelidad de tal modo que, hechas las interpelaciones debidas, ni quisiera convertirse ni cohabitar con el convertido pacíficamente, o sea, sin injuria del Creador y sin desprecio de la Religión Cristiana, o si se obstinare en pervertir a la parte fiel; y por el mismo hecho de celebrarse el nuevo matrimonio se disuelve el primero, contraído válidamente en la infidelidad, hubiese o no matrimonio consumado.

Conforme al Código de Derecho Canónico, la única causa admitida para la separación perpetua de los cónyuges, es el adulterio de uno de ellos, 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 subsista la causa de la separación.

2.1.5.- Grecia.

Esta civilización admitió el divorcio por parte del marido y por medio de la mera devolución o abandono de la mujer; pero ésta, si era abandonada sin razón, podía reclamar que se le restituyera la dote o que se le pagasen los intereses y sus alimentos. También la mujer podía pedir el divorcio ante el arconte. El adulterio se castigaba en Tenedos con la muerte. El adúltero sorprendido in fraganti, podía ser muerto por el marido conforme a las leyes áticas.

Una ley de Solón, en Atenas, "daba a la mujer como al marido el derecho de repudiar a su cónyuge, entre las causas se encuentra la esterilidad y el adulterio, este último sólo se consideraba adulterio el cometido por, o con mujer casada". (Idem)

2.1.6.- Roma.

El divorcio se consideraba como una de las formas que permitían disolver el matrimonio.

La mujer, sometida casi siempre a la manus del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciar en estas uniones, que solo el marido podía ejecutar y siendo por causas graves. Fue solamente en los matrimonios sin manus donde en esta materia tenían los dos esposos los derechos iguales. Hacia el fin de la República el derecho de divorciarse correspondía a ambos cónyuges.

“El divorcio podía efectuarse de dos maneras: a) Bona Gratia, es decir, por mutua voluntad, el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido; b) Por repudiación, es decir, por voluntad de uno de los consortes, aunque sea sin causa.

La lex Julia de adulteris, del año 18 a.C., estableció que el repudio debiera participarse por medio de un libelo, en presencia de siete ciudadanos púberos.

Durante el régimen justiniano existían cuatro formas de divorcio: a) Divortium ex iusta causa, esto es, motivado por una culpa de la otra parte, en cuanto reconocida por la ley; Divortium sin causa; c) Divortium communi consensu, es decir, por el simple acuerdo común; y, d) Divortium bona gratia, o fundado en una causa, no proveniente de culpa del otro cónyuge: impotencia incurable, voto de castidad, cautividad de guerra”.

(SÁNCHEZ, M;1998:367)

2.1.7.- España.

La Ley de Matrimonio Civil de 1870 y el Código Civil de 1889, rechazaron el divorcio vincular, estableciendo que “el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges” (art. 52), y que “el divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados (art 104).

La Constitución de 1931 estableció, en su artículo 43, “que el matrimonio podía disolverse “por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación, en este caso, de justa causa; y la Ley de Divorcio de 1932, admitió el divorcio vincular, bajo esas dos modalidades de divorcio por mutuo disenso y divorcio causal, conservando, al lado suyo, la simple separación personal, con el nombre de separación de personas y bienes. En 1939 se derogó la ley de Divorcio de 1932 y para finalmente en 1981 reimplantar el divorcio”. (SÁNCHEZ, M; 1998: 362)

En el artículo 85 del Código Civil Español se lee: “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”. En el artículo 86 se establecen las causas de divorcio.

2.1.8.- Francia.

El Derecho Francés antiguo, permaneció ajeno a la existencia del divorcio. La figura del divorcio surge a merced de la obra revolucionaria. La ley del 20 de septiembre de 1792, no solo admite el divorcio en atención a motivos concretos, sino que también en virtud del mutuo disenso, inclusive por incompatibilidad de caracteres

El Código Civil de 1804 (Código de Napoleón) “regula igualmente el divorcio, reduce el número de causas, suprime el divorcio por incompatibilidad de carácter, se conserva el mutuo disenso y pone ciertas trabas para conseguirlo.

En 1816 se suprimió el divorcio contra el que se había pronunciado la iglesia católica y a partir de 1884 se restauró nuevamente esta figura”. (SÁNCHEZ, M, 1998:363)

2.1.9.- México.

En los Códigos de 1870 y 1884, existió el divorcio por separación de cuerpos, bien como divorcio por mutuo consentimiento, bien como divorcio necesario para determinadas causas. En la Ley de Divorcio de 1914 expedida por Carranza en el Puerto d Veracruz, se reguló por primera vez el divorcio vincular voluntario y necesario, señalando sólo dos causas: a) Cuando ya no se pudieran o fuera indebido realizar los fines del matrimonio; y, b) Cuando se cometiesen faltas graves por uno de los cónyuges

que hicieran irreparable la desavenencia conyugal

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, vuelve a admitir el divorcio vincular voluntario o por mutuo consentimiento, y el divorcio necesario, aumentando el número de causales.

El Código Civil (ahora vigente en el Distrito Federal) que se publicó en 1928, pero que entró en vigor el 1º de octubre de 1932, reconoce en la actualidad los siguientes tipos de divorcio: el divorcio vincular, que puede ser por mutuo consentimiento, (de tipo administrativo o de tipo judicial) necesario, y el divorcio por separación de cuerpos, que no llega a disolver en forma total el vínculo matrimonial solamente se suspende la obligación de cohabitar con el otro cónyuge.

2.2. El problema sociojurídico del divorcio.

El matrimonio constituye la base de la familia en una sociedad organizada. En consecuencia, la cohesión y estabilidad del grupo social, exige que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y que la unión de los cónyuges subsista durante la vida de los consortes. Esta exigencia social se impone, en interés del cuidado y educación de los hijos.

El divorcio, disolviendo el matrimonio, destruye al mismo tiempo al grupo familiar y con ello, priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico, moral e intelectual.

Prescindiendo de consideraciones ético religiosas, el divorcio se encuentra en pugna con los intereses superiores de la colectividad social y por lo tanto, no se puede aceptar, por lo menos en principio como una institución deseable; antes bien, se justifican las medidas que en diversos países se han adoptado para evitar los divorcios o para hacer difícil la disolución del vínculo matrimonial. Al respecto no debe existir discusión sobre el particular. Por lo tanto el problema sociojurídico del divorcio no se plantea en esos términos. Se presenta a discusión, considerando la cuestión desde el punto de vista más humano, en el sentido de cuáles deben ser los motivos que en la ley se consideren como causas justificadas de divorcio. porque la resolución judicial que declare la disolución del vínculo, debe ser pronunciada en el caso en que de hecho, el estado matrimonial ya ha desaparecido entre los consortes

La cuestión se desplaza a la comprobación fehaciente, concienzuda, de que efectivamente ya no subsiste entre los consortes que pretenden divorciarse, la situación socio familiar de un verdadero matrimonio. No puede pensarse que, en este caso, la sociedad tenga interés en mantener el vínculo jurídico. Ripert y Boulanger (1963), se expresan así del divorcio, desde el punto de vista social: "Se destruye pues el matrimonio, para satisfacer el interés individual de los esposos. El valor social de la institución se mide por los peligros de esa decisión. Si el divorcio es un remedio excepcional para situaciones trágicas, es un mal bastante leve, lo lamentable es que la práctica del divorcio se ha difundido mucho y en todas las clases de la población... Se termina por considerar el divorcio como la solución normal de un matrimonio a prueba. El matrimonio pierde así su fuerza y se quebranta la institución de la familia".

En cuanto al interés primordial de los hijos, no puede negarse que las constantes

disensiones y reyertas entre los padres, lejos de ofrecer un clima favorable, para la adecuada formación de la prole, crean un ambiente negativo en la mente de la niñez y de la juventud para su debido desarrollo.

No puede desconocerse en manera alguna que los jóvenes, hombres y mujeres de las actuales generaciones son las primeras víctimas de ese desajuste, que se observa en la familia moderna y que el creciente número de divorciados, ha sido uno de los factores importantes que han contribuido a formar este actual estado de cosas respecto de la juventud moderna.

Bronislaw Malinowski (1964), sostiene que: “En la actualidad la institución del matrimonio presenta síntomas de desajuste como otras instituciones, porque estamos viviendo una época de rápidos y profundos cambios en la estructura de nuestra civilización”.

Pero debemos tratar de conocer mejor con un criterio objetivo, las raíces del problema. La institución del divorcio, por sí misma, no es la causa de ese malestar o *inconformidad de la juventud con el establishment*. El número creciente de divorcios es índice alarmante de ese desajuste en la familia a que alude Malinowski. La proliferación de los divorcios, es un síntoma del mal que trata de atacarse. En este sentido el divorcio, que se emplea hoy en día como un medio fácil para eludir las responsabilidades de los consortes frente a la prole y frente a la sociedad, ha recibido las críticas que deben ser enderezadas hacia otras causas más profundas

La crisis del matrimonio moderno y en consecuencia de la familia, pone en claro que los elementos constitutivos del grupo familiar, no se agotan en la satisfacción sexual, ni en la necesidad de crianza de la prole.

Este elemento psíquico fundamental, el verdadero amor conyugal, que requiere un sentido de responsabilidad y de vocación de sacrificio entre los esposos, tiende hoy en día a debilitarse y revierte, en muchos matrimonios modernos en la sola satisfacción de la relación sexual, de la comodidad de vida y conveniencia personal.

Cuando entre los consortes desaparece la convicción de que el matrimonio es el medio natural de integración del individuo y la sociedad, las causas de la disolución de la familia no se encuentran en la institución del divorcio, ni en el desajuste de los elementos del grupo familiar, sino que el germen destructivo, se encuentra en factores de otra índole, de carácter social, político, económico, que han trastocado los valores éticos en la formación del individuo.

2.3.- La separación de cuerpos.

Es “el estado de dos esposos, que han sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vivir juntos” Ripert, Georges y Boulanger Jean, 1965. La separación de cuerpos no rompe el vínculo conyugal, sólo dispensa a los consortes del deber de cohabitación.

En el Derecho Canónico, a la separación de cuerpos se le denomina “divorcio (divortium quoad torum et mensam) y tiene la misma finalidad de autorizar la separación de los cónyuges en la habitación; viven separados corparaliter pero no sacramentaliter. La separación de cuerpos, autorizada por los canonistas, constituye una reacción frente

al primitivo divorcio, que permite a los divorciados contraer nuevas nupcias porque la separación de cuerpos, dejando subsistente el vínculo matrimonial no admite la posibilidad de un nuevo matrimonio". (GALINDO, G; 1995. 607)

La separación de cuerpos según nuestro Código Civil (artículo 267 fracciones VI y VII) no procede, como ocurre en el Derecho francés, en todos los casos en que puede tener lugar el divorcio vincular, sino que se ofrece como una medida optativa, sólo en los casos mencionados en las dos fracciones citadas del artículo 267 del Código Civil; es decir, cuando uno de los consortes padece una enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, cuando sufre impotencia incurable, si sobreviene después de celebrado el matrimonio, o caer en enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción. Sólo en estos casos, el cónyuge sano. podrá optar por la simple separación de cuerpos o por el divorcio vincular.

El legislador ha establecido este remedio y permite la separación de los cónyuges, por la existencia del estado patológico en que se encuentra el otro cónyuge, independientemente de todo concepto de culpa imputable al esposo enfermo. En las demás causas de divorcio mencionadas en el artículo 267 del Código Civil, la conducta del cónyuge demandado, es violatoria de los deberes conyugales, lo cual implica que ha incurrido en culpa.

La sentencia judicial que decreta la separación de cuerpos, produce el efecto de autorizar la vida separada de los cónyuges, y como consecuencia de ello, quedan relevados de prestarse el débito conyugal.

La separación de cuerpos entre los consortes, no puede tener lugar por el mutuo consentimiento de ellos; siempre habrá de fundarse en la comprobación de la existencia

de las causas que en forma limitativa, señalan las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil.

La causa que da lugar al divorcio no vincular, no entraña en ningún caso la aplicación de sanciones contra el cónyuge enfermo, “en consecuencia, marido y mujer conservan el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de ambos; salvo el caso de la fracción VII del artículo 267 en que el cónyuge interdicto queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad (artículo 447 fracción I del Código Civil)”. (Idem)

Tampoco se disuelve la sociedad conyugal, que por lo tanto subsiste y el cónyuge enfermo podrá seguir administrando los bienes comunes, si antes de la declaración de la sentencia que autorice la separación tenía la administración de los mismos, ya indudablemente o en forma conjunta con el cónyuge sano; excepto que la sentencia que autorice la separación corporal, se funde en que uno de los cónyuges padezca enajenación mental. En este supuesto, declarado judicialmente el estado de interdicción, el cónyuge sano debe administrar los bienes de la sociedad conyugal.

Ha de observarse también que, tratándose de la separación de cuerpos, la reconciliación entre los consortes, no pone fin al procedimiento judicial, porque el cónyuge sano no imputa al demandado haber incurrido en falta. Sólo procede el desistimiento de la acción, para que el juez pueda fundadamente sobreseer el procedimiento.

Como efecto de la sentencia que decreta la separación de cuerpos, desaparece el domicilio conyugal. En efecto, el concepto de domicilio conyugal implica dos elementos: a) la residencia común de los cónyuges, y b) el deber de vivir juntos (artículo 163 del Código Civil).

La violación del deber de fidelidad en que incurra cualquiera de los cónyuges autorizados judicialmente para vivir separados, constituye adulterio y es causa de divorcio de acuerdo con la fracción I del artículo 267 del Código Civil, pero no configura el tipo de delito penal, en aquellos códigos penales que como el del Distrito Federal, en virtud de que faltaría el elemento "domicilio conyugal" para tipificar la conducta delictuosa de acuerdo con el artículo 273 del Código Penal

El divorcio no vincular que por medio de la separación de cuerpos, ha sido adoptado en el Código Civil del Distrito Federal, no ha llenado en la práctica el propósito que movió al legislador al establecerlo; porque aparte de que legislativamente fue adoptado sólo en los casos a que se refieren las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, condena a los cónyuges separados a una continencia carnal que deben mantener por vida.

CAPITULO 3

ASPECTOS DOGMATICOS DEL DIVORCIO.

3.1.- Significado y definición del divorcio.

El término divorcio “se deriva de la palabra *divortium* y, del verbo *divertere*, que significa irse cada uno por su lado. El divorcio puede ser pleno o vincular, que disuelve el vínculo matrimonial y es el único que deja a la expareja en verdadera aptitud de contraer nuevo matrimonio y, el divorcio que no produce la ruptura del vínculo matrimonial, sino que solamente suspende la vida conyugal, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio”. (SÁNCHEZ, M; 1998: 400)

Tanto el divorcio vincular como el divorcio por separación de cuerpos, se consideran como algo no deseable o como un mal, sin embargo las legislaciones que lo han adoptado –casi todas- pretenden evitar un mal mayor

Los divorciados no siempre pueden volver a contraer matrimonio, particularmente en el divorcio por separación de cuerpos el vínculo matrimonial no se disuelve, solamente afloja dicho vínculo. En el divorcio vincular si se genera una ruptura del vínculo matrimonial y efectivamente deja a la pareja en la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio, siempre y cuando haya transcurrido un año, cuando se trata del divorcio necesario y siempre que se refiera al cónyuge que haya dado causa al divorcio. Cuando se trate de la mujer, aunque ella no haya dado lugar al divorcio, no puede contraer matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo, esto. con el propósito de proteger la paternidad de un posible hijo dentro de ese plazo.

3.2.- Características de la acción de divorcio.

La primera de las características de la acción de divorcio, es la caducidad de la acción, entendiéndose por caducidad la extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del tiempo que determine la ley, sin que se pueda evitar esa extinción, interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo.

Así pues, las acciones de divorcio están sujetas a caducidad, aún cuando ambos cónyuges quisieran evitar el escándalo que provocaría la demanda de divorcio, o el distanciamiento entre familias de ambos consortes u otras consecuencias, el inocente tendrá que ejercitar la acción sin que pueda confiarse un reconocimiento expreso que hiciera el culpable, aún cuando fuese en un documento auténtico, de la causa de divorcio. Este acto de reconocimiento no tiene la virtud de interrumpir el plazo de caducidad, como si ocurre en materia de prescripción. Tampoco la ley admite que la caducidad pueda suspenderse, y ello porque se considera que es de orden público. De tal manera que tendrá que correr necesariamente el término extinguiéndose el derecho o la acción, aún cuando hubiese causa que imposibilitara su ejercicio.

Justamente entre cónyuges "es como tiene caso hablar de que el término para intentar la acción de divorcio no puede suspenderse, como si ocurre para la prescripción en cuanto obligaciones entre consortes. Tiene, por consiguiente, vital importancia evitar la caducidad de la acción de divorcio para no exponerse a que la acción se extinga, cualquiera que sean las circunstancias que de manera fundada impidieran hacerla valer". (ROJINA, V; 1998: 485)

No todas las acciones de divorcio están sujetas a caducidad, porque ello

dependerá de la naturaleza de la acción de que se trate. Desde luego tendremos que distinguir acciones de divorcio que implican causas de tracto sucesivo, y acciones que implican causas de realización momentánea. Cuando la causa es de tracto sucesivo, quiere decir que día a día se comete el acto que da motivo al divorcio y, por lo tanto, no puede correr un término de seis meses tomando en cuenta los primeros actos que originaron esa causa, supuesto que vienen en seguida otros en los que se reincide en la misma falta que da origen al divorcio; o bien, en la misma situación, aún cuando no implique una falta, como las enfermedades crónicas e incurables, que sean contagiosas o hereditarias.

Son causas de tracto sucesivo el abandono injustificado del domicilio conyugal por más de seis meses, la ausencia, las enfermedades que hemos mencionado, la locura incurable y la impotencia para la cópula.

No existe posibilidad de que en estas causas de tracto sucesivo comience a correr el término de caducidad, por la misma naturaleza de las cosas, pues no va a depender de la voluntad de los consortes el que se compute el estado que da origen al divorcio a partir de un cierto momento. En efecto, si la causa depende de una situación objetiva, de un estado de hecho, como haberse separado de la casa conyugal, estar ausente, encontrarse enfermo, es evidente que mientras se mantenga esa situación que es el motivo por el cual la ley concede el divorcio, el cónyuge inocente o el sano, en el caso de las enfermedades, podrá intentar su acción.

En cambio, las causas de realización momentánea, que no implica un estado, una situación que se prolonga en el tiempo, sino que se realiza en un momento dado, por ejemplo, injurias, adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o la

corrupción de los hijos, evidentemente que si pueden definirse en el tiempo. Pero se toma en cuenta no el momento en que realmente sucedieron los hechos, sino el momento en que el cónyuge inocente tenga conocimiento de los mismos. Podrá transcurrir un largo plazo para conocer el adulterio, pero a partir del momento en que se conozca, corre el término de seis meses de caducidad. Habrá otras, sobre todo cuando implique la comisión de un delito, que sólo hasta que se conozca la sentencia en el orden penal (para aquellas causales que requieren ser declaradas exclusivamente por el juez penal competente) cuando comenzará a correr el tiempo de caducidad de seis meses. En cambio, aquellas causas que constituyan delitos, que no necesiten ser declaradas por el juez penal, sino que el juez civil puede libremente apreciarlas. El conocimiento de la causal no requerirá que exista una sentencia en el orden penal y correrá el término de caducidad de seis meses, a partir del día en que se conoció el hecho. Por ejemplo, el adulterio, la tentativa del marido para prostituir a su esposa, los actos encaminados para la corrupción de los hijos, las injurias graves, o la sevicia. Podrá ocurrir que estas causas de realización momentánea se repitan y que en ocasiones vengan a constituir una especie de trato indebido o injusto de un cónyuge frente al otro, como ocurre con las injurias o con la sevicia, o en la tentativa del marido para prostituir a la mujer, cuando se repita constantemente para tratar de explotarla o de corromper a sus hijos. Ello no quiere decir que entonces la causa es de tracto sucesivo, sino sólo significará que hay causas independientes; que pueda ocurrir que opere la caducidad respecto de un primer adulterio y esté viva la acción por un segundo adulterio; que respecto de las injurias de enero ya ocurrió la caducidad, pero por las injurias de febrero o de marzo, la acción esté viva. Es frecuente que esta conducta

inmoral o delictuosa de un cónyuge respecto del al otro, o en perjuicio de los hijos, se repita, y, por lo tanto, si el cónyuge inocente perdono tácitamente, por no haber intentado la acción dentro de los seis meses, las primeras injurias, el primer adulterio, los primeros actos de corrupción de los hijos, tendrá perfecto derecho de un momento dado de continuar esa conducta delictuosa o inmoral del otro cónyuge, para entablar su demanda de divorcio, pero dentro del término de caducidad de seis meses que establece la ley.

Otra característica de la acción de divorcio, es el carácter personalísimo de la misma, entendiéndose por tal, aquella que sólo puede intentarse exclusivamente por la persona facultada por la ley. La acción de divorcio es "personalísima porque no puede ser ejercitada más que por el interesado, ni siquiera por los herederos, no acreedores, ni persona alguna, en general". (SÁNCHEZ, M, 1998 403)

Ahora bien, una comparación de las diversas legislaciones nos permite establecer como principio general que el cónyuge menor de edad si puede hacer valer directamente la acción de divorcio sin necesidad de ser asistido por los que ejercieron la patria potestad, o por el tutor, ya que su matrimonio produjo de pleno derecho la emancipación y, además, porque se considera que se trata de una decisión estrictamente íntima, personal, que no deben ni pueden asumirla los que antes ejercieron la patria potestad o el tutor. También respecto del cónyuge mayor de edad incapacitado por enajenación mental, idiotismo, imbecilidad, o por la afectación de sus facultades mentales debido al uso excesivo de drogas enervantes o embriaguez consuetudinaria, se niega en la mayoría de los derechos positivos que pueda un tutor especial, que al efecto se le nombrare, intentar la acción de divorcio.

La acción de divorcio se extingue por reconciliación o por perdón expreso o tácito. En relación con estas disposiciones, cabe hacer las reflexiones siguientes. Debe distinguirse el perdón de la reconciliación. Generalmente, en la doctrina se confunden, pero en realidad el perdón supone cónyuge culpable y cónyuge inocente. Es decir, en primer término, "una causa de divorcio que implique culpabilidad; en segundo lugar, que la misma sea aceptada expresa o tácitamente por el cónyuge culpable, y en tercero, que no obstante ese reconocimiento de la culpa, el inocente de manera expresa perdona al culpable o tácitamente por el cónyuge culpable, y en tercero, que no obstante ese reconocimiento de la culpa, el inocente de manera expresa perdona al culpable o tácitamente, a través de una conducta que revele ese propósito, no siendo suficiente que deje correr el término para decidir en su caso el final del mismo, si presenta su demanda de divorcio, o se abstiene de hacerlo, porque esto equivaldría a no conceder el perdón, después de haber mantenido la posibilidad de otorgarlo o negarlo". (ROJINA, V; 1998: 492)

La conducta a través de la cual deduzcamos el perdón tácito, debe ser de tal manera evidente que se reanude la vida conyugal en todas sus manifestaciones y, sobre todo, a través de la comunión espiritual, en la ayuda recíproca, en la convivencia común con la manifestación posible, según las circunstancias, de la relación sexual. Si hubiere controversia después, respecto de que si hubo o no perdón tácito (ya que el expreso es indubitable, categórico, constará ante testigos o por escrito, y por consiguiente podrá probarse plenamente ante el juez) en ese caso el juez tendrá que estudiar si los hechos ocurridos después de la causa de divorcio, son evidentemente significativos de un perdón tácito, como lo admitirá si se reanuda la vida en común, sin

continúan las relaciones sexuales; pero también podrá deducirlo aún cuando no hubiere trato sexual, del cumplimiento de las demás obligaciones que impone el matrimonio, especialmente a través de una vida cordial en común. No se limita por consiguiente en la ley, la facultad del juez para poder deducir si hubo perdón tácito.

Es esencial, obviamente, que haya una causa susceptible de perdón, y que el cónyuge inocente sea ante la misma el que esté conforme en no intentar su acción de divorcio para reanudar la vida conyugal en todas sus manifestaciones externas y sobre todo, íntimas. Es impropio, como dice el artículo 279 del Código Civil del Distrito Federal, que ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 de esa misma ley, puede alegarse cuando haya habido perdón expreso o tácito, porque eso es tanto como afirmar que todas las causas de divorcio son susceptibles de perdón. Solamente lo son, las que constituyen delitos, hechos inmorales, o conducta culposa y en este último artículo, hay unas que no implican hechos imputables, como son, la locura, las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias, y la impotencia incurable para la cópula. Evidentemente que estas enfermedades ni pueden ser susceptibles de perdón, ni es posible hablar de perdón de una enfermedad, lo que a su vez entraña un gravísimo problema: en el supuesto impropio de que a través de una manifestación expresa, o de una conducta, se desprenda que no obstante la locura, la enfermedad, la impotencia incurable, el cónyuge sano da manifestaciones evidentes de no hacer valer su acción de divorcio, y desde luego no la entabla dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se haya comprobado de manera indiscutible la locura incurable, la enfermedad o la impotencia, no podríamos estimar que bien por esa declaración expresa, o por su conducta, ha habido perdón de la causa de divorcio.

Por otra parte, la acción de divorcio puede ser objeto de "renuncia o desistimiento. Solamente pueden renunciarse las causas de divorcio ya consumadas, es imposible jurídicamente renunciar a causas de divorcio que pudieran ocurrir en el futuro, además, son susceptibles de renuncia todas las causas enumeradas para obtener el divorcio necesario, exceptuando la locura incurable, las enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas o hereditarias, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio". (ROJINA, V; 1998: 499)

Puede también la acción de divorcio ser objeto de desistimiento, lo que implica una renuncia pero de la acción ya intentada. Es decir, la renuncia puede presentar dos formas: antes de que se intente la acción, o una vez intentada. Pero en ambos casos la causa de divorcio se manifiesta por el cónyuge inocente que la renuncia, no hay propiamente ni perdón ni reconciliación, simplemente no se ejercita el derecho de exigir el divorcio. Se prescinde, pues, de intentar el divorcio.

Hay que estudiar el caso en que la demanda puede ya haberse formulado, y estando en trámite el juicio de divorcio es posible que el cónyuge actor se desista de la acción intentada. Pero aquí se presenta un problema muy frecuente en los divorcios. Esto en virtud de que el cónyuge que no ha dado lugar al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que pone fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; más en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio. No se podrá presentar este desistimiento

en aquellos casos en que habiendo fracasado en la prueba el cónyuge actor, para evitar una sentencia adversa, es decir, que absuelva al demandado y, por consiguiente que después éste pueda a su vez demandarlo, obteniendo con seguridad sentencia favorable, sucediendo esto en realidad en muchos casos de juicio de divorcio, en los que después de haberse rendido las pruebas, se comprende por el cónyuge actor que no va a obtener sentencia favorable y que está expuesto, cuando se pronuncie sentencia en a que no se conceda el divorcio, a que después el otro cónyuge que fue injustificadamente demandado, promueva a su vez divorcio, con la seguridad de que obtendrá sentencia a su favor, con gravísimas consecuencias, por ejemplo, privándole de la patria potestad de los hijos, además de los efectos de tipo económico en cuanto alimentos y donaciones.

La acción de divorcio se extingue con la muerte de cualesquiera de los cónyuges. Consiste en que la acción se extingue y se da por terminado el juicio en el caso de muerte de cualesquiera de los cónyuges, sin prejuzgar respecto de las consecuencias jurídicas en cuanto el cónyuge inocente o culpable, y sin tomar en cuenta las pruebas que ya se hubiesen rendido aún cuando de ellas resultare plenamente probada la causa de divorcio. Se parte para este supuesto de la consideración fundamental de que la acción de divorcio tiene por objeto la disolución del vínculo matrimonial. De tal manera que si por la muerte de uno de los cónyuges durante el juicio, ya quedó disuelto el matrimonio, necesariamente el procedimiento debe terminar, porque ya no habrá materia para la sentencia. Así pues, si la materia de la sentencia consistió en resolver sobre la disolución del matrimonio, y ésta se produjo ya por la muerte de uno de los cónyuges, se considera en los distintos códigos civiles,

que el juicio deberá terminar sin que el juez pueda establecer otro tipo de consecuencias en orden a la culpabilidad o no culpabilidad del cónyuge demandado

Ahora bien, si es verdad que la sentencia de divorcio pierde su materia ante la muerte de cualesquiera de los cónyuges ocurrida durante el juicio, también es cierto “que podrían regularse en la ley diferentes consecuencias jurídicas, especialmente en cuanto a las sanciones de carácter patrimonial, para aplicarlas al cónyuge culpable, bien sea que sobreviva al inocente o muera durante el juicio”. (ROJINA, V, 1998: 509)

Por otra parte, pero en el mismo orden de ideas, si estaba probada la causa de divorcio, y ya el juez no pudo sentenciar por la muerte del culpable, dentro del divorcio que, por ejemplo, sea relativo a una causal de robo entre consortes, tendrá que substanciarse un juicio independiente, fundándose en las pruebas que se rindieron en el juicio de divorcio, para demostrar la causa del mismo, que serán las mismas que acrediten el hecho ilícito que servirá de base para que se condene a la sucesión del cónyuge culpable.

Finalmente, la acción de divorcio sólo se otorga al cónyuge que no dio causa al mismo, o en su caso, al esposo sano, más, sin embargo, esta característica no es observada en todos los códigos civiles. “En algunos se sigue el criterio de que sólo puede pedir el divorcio el cónyuge que no hubiere dado causa a él, lo que equivale a decir que será el inocente, o bien el cónyuge sano en los casos de aquellas enfermedades a que ya se ha hecho referencia; pero existen leyes sustantivas de otros países que permiten ejercitar el divorcio ante ciertas causas comunes a ambos consortes, como serían por ejemplo, la incompatibilidad de caracteres, o la conducta recíproca de ambos esposos que haga imposible la vida conyugal”. (Idem)

Evidentemente que esta característica de la acción de divorcio no impedirá que si ambos consortes han dado causa, bien incurriendo en el mismo hecho, por ejemplo, injurias recíprocas, o cometiendo hechos diferentes, podrán entablar sus respectivas demandas que deberán acumularse para resolver en el mismo juicio. Sería contrario a la técnica procesal, y, además, originaría graves problemas desde el punto de vista civil, que las demandas de divorcio se tramitaran por separado, porque necesariamente llegaría un momento, ante jueces diferentes, en que una sentencia se pronunciase antes que la otra, y entonces, al quedar disuelto el matrimonio por la primera, ya no podrá pronunciarse la segunda, originándose la situación injusta de que sólo se tomase en cuenta la causa de divorcio que se hizo valer en aquella demanda que por la mayor rapidez en el procedimiento pudo ser resuelta antes que la otra, o que por dilaciones de tipo procesal, ya no se tomará en cuenta, no obstante que se hubiese probado plenamente la causa de divorcio. Las consecuencias entonces, para considerar sólo cónyuge culpable al que resultó condenado por la primera sentencia, privándolo de la patria potestad de sus hijos y aplicándole las sanciones patrimoniales, se referirían injustamente sólo a uno de los esposos. Pero esta razón, aún en el caso de que las demandas se presenten ante distintos jueces, deberán acumularse para que en la misma sentencia se resuelva el divorcio juzgando de las causas que respectivamente invocaron las partes en cada una de sus respectivas demandas.

3.3.- Causas de divorcio.

En primer lugar, por causa, o causal de divorcio se entiende la justificación de carácter limitativo y no ejemplificativo, para solicitar el divorcio necesario, así pues, cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón.

En nuestro Estado, el artículo 226 del Código Civil, es que señala las causas o causales del divorcio, por lo cual lo transcribiremos a continuación:

“226.- Son causas de divorcio:

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

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

III.- El hecho de que el marido pretenda prostituir a su mujer, ya haciéndolo directamente, ya recibiendo dinero o cualquier remuneración con el objeto de disimular o permitir que otro tenga relaciones sexuales con su mujer;

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge para que el otro cometa algún delito, aún cuando no sea de incontinencia carnal;

V.- Los actos inmorales que el marido o la mujer ejecuten para corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria; y la impotencia incurable después de celebrarse el matrimonio;

VII.- Padecer enajenación mental incurable;

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

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

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

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

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 160 siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 161 y 162;

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

XIV.- El hecho de que uno de los cónyuges cometa un delito no político, infamante y que merezca prisión mayor de dos años;

XV.- El mutuo consentimiento;

XVI.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso desmedido y persistente de drogas enervantes cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituir un motivo de desavenencia conyugal;

XVII.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña. siempre que a tal acto señale la ley una

pena mayor de un año de prisión.

Así pues, finalmente respecto a este tema, se debe hacer mención que para la integración y posterior procedencia de las causales anotadas, hay elementos bien definidos que hacen procedente su invocación por parte del cónyuge que en ella se apoye

3.4. Efectos del divorcio.

En primer lugar, para los efectos del divorcio se debe distinguir entre los efectos provisionales, que se producen durante la tramitación del juicio, y los efectos definitivos, que se causan una vez pronunciada la sentencia ejecutoriada que disuelve el vínculo matrimonial, por lo que en ese orden nos ocuparemos de su estudio

En lo relativo a los efectos provisionales, la legislación civil coincide en que en el juicio de divorcio necesario, al presentarse la demanda, y en casos urgentes, antes de su presentación, puede el juez tomar providencias para separar a los cónyuges, depositar a la mujer, si se dice que dió causa al divorcio, confiar la custodia de los hijos a uno de los esposos, si se pusieron de acuerdo, o bien, si no lo hubiere, el juez podrá determinar si concede esa custodia durante el procedimiento a uno de ellos o a tercera persona. Ahora bien, para comprender los efectos provisionales del divorcio, es que a continuación transcribiremos los artículos relativos contenidos en el Código Sustantivo Civil:

Artículo 233. Mientras se decreta el divorcio el Juez autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas conducentes al aseguramiento de la subsistencia de los hijos a quienes haya obligación de dar alimentos

Artículo 235 El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundándose en las causas previstas por las fracciones VI y VII del artículo 226 tendrá derecho de pedir que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa podrá decretar esa suspensión, y quedarán vivas las demás obligaciones creadas por el matrimonio

Artículo 241. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I. Separar a los cónyuges en todo caso,

II. Depositar en casa de personas de buenas costumbres a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio, y el marido pidiere el depósito.

La casa que para esto se destine será designada por el Juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya;

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

IV. Dictar las medidas convenientes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer;

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

VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez previo el procedimiento que fije el Código de Procedimientos Civiles, resolverá lo conveniente.

Por otra parte, los efectos definitivos en el juicio de divorcio, son, desde luego, los de mayor trascendencia, "porque se van a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, por consiguiente, estos efectos se pueden dividir en: a) Efectos en relación a la persona de los cónyuges; b) Efectos en relación a los hijos; y, c) efectos en relación a los bienes de los consortes". (ROJINA, V;1998: 519)

El efecto directo del divorcio es la extinción del vínculo matrimonial, los cónyuges dejan de serlo y adquieren libertad para contraer un nuevo matrimonio válido. El cónyuge declarado inocente puede contraer nuevas nupcias en cualquier momento; la cónyuge inocente deberá esperar que transcurran trescientos sesenta días contados desde la fecha de la separación judicial para volver a casarse, plazo que tiene por objeto evitar la confusión de la paternidad con respecto al hijo que la mujer pudiera dar a luz dentro de los plazos legales que se establecen para imputar certeza de paternidad con respecto al marido, en cuanto al esposo culpable la ley impone como sanción la espera para volver a contraer nuevo matrimonio, un año.

En cuanto a los bienes de los consortes, el que diere lugar al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá

reclamar lo pactado en su provecho. El divorcio disuelve la sociedad conyugal; por ello, ejecutoriada el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con respecto a los hijos. El cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos otorgados por el culpable, mismos que serán fijados por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica. El cónyuge culpable nunca tendrá derecho a alimentos por parte del otro, pero si ambos son declarados culpables, ninguno podrá exigir alimentos al otro.

En cuanto a los hijos, la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual 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 del juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del Código Civil para llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor. El padre o la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos. Están obligados, en proporción a sus bienes e ingresos, a contribuir a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad. Esta limitación a los alimentos en razón de la mayoría de edad de los hijos en contra del principio general de que los alimentos se deben en razón de la necesidad del que los recibe y de la capacidad del que debe darlos; primordialmente entre padres e hijos

A continuación se hará una transcripción de los fundamentos legales de tales

efectos definitivos dentro del divorcio establecidos en el Código Civil del Estado.

Artículo 111. La sentencia ejecutoria que decreta un divorcio se remitirá en copia certificada al Juez del Estado Civil para que levante el acta correspondiente.

Artículo 242. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes:

I. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XVI del artículo 226 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.

II. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVII del artículo 226 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. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor; y, III. En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 226 los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Artículo 244. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Artículo 245. El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Artículo 246. En los casos de divorcio la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté incapacitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, ni a la indemnización que concede este artículo.

Artículo 247. En virtud del divorcio los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse, sino después de un año, a contar desde que se decretó el divorcio.

Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio entre sí, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

Artículo 249. El juez de Primera Instancia que haya conocido del divorcio, remitirá copia de la sentencia ejecutoriada al Juez del Estado Civil ante quien se celebró el matrimonio para que levante el acta correspondiente y haga la anotación respectiva en el acta de matrimonio.

Artículo 260. Los cónyuges deben darse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale.

CAPITULO 4.
LA PATRIA POTESTAD.

4.1. Concepto y definición.

La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de éste o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación.

Por lo que, para lograr esa finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez por el padre y la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes y deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere.

En el Derecho Francés Ripert y Boulanger la definen como "el conjunto de poderes y derechos que la ley acuerda a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos menores para que puedan cumplir con sus deberes. Planiol señala que "es el conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padre. Colín y Capitant, por su parte dicen que es: "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre ellos. En el Derecho

Español encontramos las siguientes definiciones. Clemente de Diego la considera como: “el deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos”. Albaladejo la define como: “el conjunto de facultades que la ley otorga a los padres sobre sus hijos menores y sobre sus bienes. (GALINDO, G, 1995:689)

Julien Bonnecase, le da una extensión de mayor relieve a la patria potestad, pues la define en un sentido amplio, expresando que “es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios”. Henri, Leon y Jean Mazeud ubican la patria potestad dentro de las relaciones jurídicas entre padres e hijos, y las califican como vínculos de autoridad sobre la persona de ellos; señalando además que de acuerdo con el artículo 213 del Código Civil francés, esa autoridad se ejerce “en interés común del patrimonio y de los hijos”. (GALINDO, G;1995:690)

En resumen, se puede considerar a la patria potestad como el conjunto de facultades, derechos, poderes y deberes que corresponden a los padres, abuelos o adoptantes respecto de sus hijos, nietos o adoptados menores de edad o no emancipados y de sus bienes.

4.2.- Evolución histórica.

En Roma la patria potestad (patria potestad) constituía un poder que era ejercido por el padre sobre los hijos legítimos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños arrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados.

Los romanistas señalan el carácter absoluto que esta institución tuvo originariamente, cuyo poder no se diferenciaba, realmente, del ejercido sobre los esclavos, sobre la mujer sujeta por convenio in manus mancipatio, pero, en virtud de una evolución lenta, pero no interrumpida, fue perdiendo el carácter despótico que primitivamente tuvo para convertirse en una institución tutiva, destinada a la protección de los sujetos a ellas.

La patria potestad romana surgía normalmente de las justas nupcias y de manera excepcional de la adopción y de la legitimación.

En las instituciones de Justiniano se dice: *In potestate nostras sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus.* (Están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de justas nupcias Lib I, Tít. VIII. Número II). Este principio es el que infunde todo el sustento del sistema romano en el que campea básicamente la idea del poder. Este se manifiesta abiertamente en el seno de la familia, mediante la autoridad suprema del pater. Igualmente el derecho de propiedad está concebido dentro de la misma idea: poder usar, gozar, disfrutar y hasta abusar. (MAGALLÓN, Ibarra; 1988:513)

En la instituta de Justiniano se consigna la siguiente disposición: "El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Así pues, el que nace de ti y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto o tu nieta, y de la misma manera tu biznieto o biznieta, y así los demás. Más el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre. (MAGALLÓN, Ibarra; 1988:516)

Gómez de la Serna agrega que el poder absoluto sin ninguna clase de

restricciones, fue desde la cuna de la ciudad el principio de la potestad paterna: en consecuencia el hijo se consideraba como una cosa, que estaba en el dominio quirritario del jefe de familia. Su condición se equiparaba a la del esclavo, y aún bajo cierto aspecto era peor; puesto que este se libertaba por la manumisión del poder ajeno, y el hijo varón necesitaba ser manumitido hasta por tercera vez para adquirir la independencia.

La patria potestad de los romanos, como una consecuencia del dominio quirritario, era de derecho civil. Así, no tenía los límites que la razón y el consentimiento general de los pueblos suelen prefijarse, pues ni competía a ambos padres, ni reconocía por objeto principal la educación de los hijos, ni terminaba cuando estos podían llegar a constituir otras familias. Efecto de tal consideración era que el padre en su calidad de juez doméstico tenía el derecho de vida y muerte sobre su hijo, que podía venderlo, darlo en noxa, hacer propias todas sus adquisiciones y extender sobre sus nietos el mismo poder ilimitado. La costumbre en un principio y después las leyes vinieron a dulcificar esta institución, quedando limitada la potestad del padre: primero, a castigar módicamente a los hijos por las faltas que cometían, siendo peculiar del juez el conocimiento de sus delitos; segundo, a vender el hijo recién nacido, sanguinolento, como le llama el Emperador Constantino, sólo en caso de extrema necesidad; tercero, a hacer suyas o tener participación en las adquisiciones de los hijos; cuarto, a retener en su poder a sus descendientes por línea de varón. (MAGALLÓN, Ibarra; 1988:517)

En el Derecho Romano, la patria potestad es un conjunto de poderes y de derechos de los que está investido el pater familias, para lograr la unidad, la duración y estabilidad del grupo.

Es ejercida por el pater, como persona sui juris. Excluye de su ejercicio a las mujeres que pertenecen al grupo familiar. Es una autoridad en sus principios absoluta, absoluta, vitalicia. Para ejercer sus funciones de autoridad suprema dentro del grupo familiar, el pater familias se hallaba investido de un poder que respecto de la mujer era la manum y respecto de los hijos ese poder era la "patria potestad". En cuanto a los esclavos que también formaban parte del grupo familiar, la autoridad del jefe de la

familia era ejercida por medio del *mancipium*. La base sobre la que descansa la organización de la familia romana, difiere enteramente de la familia moderna. En efecto en la actualidad, el grupo familiar está constituido por los parientes consanguíneos y toma su origen del concepto de filiación; en cambio en Roma la familia no se refiere a la idea de generación o paternidad, no alude al concepto de descendencia, sino solamente indica una organización autónoma como un poder de mando. La patria potestad que se ejerce por el pater familias dentro del grupo de familia. en el derecho romano primitivo, la autoridad del pater era casi absoluta, tenía el derecho de castigar a los hijos, exponerlos y a través del *jus noxae dandi*, podía entregarlos a un extraño para librarse de toda responsabilidad por los delitos cometidos por ellos. Podía exponerlos o desampararlos

Esta autoridad dictatorial absoluta, que en los orígenes se atribuía al pater familias, durante el desenvolvimiento del derecho romano fue suavizándose a través de los siglos. Así por ejemplo un edicto de Constantino, atenuó las facultades del padre y mejoró grandemente la situación del hijo, declarando que la patria potestad no in atrocitate, sed in pietate consistere (Dig. 48, 9, 5).

La patria potestad es definida en el Derecho Romano como el "poder jurídico que el paterfamilias tiene sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, descendientes legítimos de los varones dependientes a ella, extraños ingresados en la familia por adopción o arrogación y sobre los hijos naturales legitimados. Originariamente se le consideró como un poder absoluto a favor del padre, evolucionando progresivamente sin perder el carácter de potestad sobre las personas y bienes de los sometidos. (ELÍAS, Azar; 1997:368)

Originariamente la potestad era la jefatura doméstica que el paterfamilias ejercía en forma absoluta sobre los miembros de una familia.

Se reconocían diferentes formas del poder del padre: en la persona y bienes de los hijos, en la persona de la mujer y sobre los esclavos. En los primeros se llamaba esta relación patria potestad, en la segunda se llamó manus y en la tercera dominica potestad, con el común denominador de la potestad que era la imagen y símbolo del poder del padre. A la potestad del padre se encontraban sometidos como consecuencia

de este poder los hijos, sus hijos y sus respectivas esposas solo con las que hubieran contraído matrimonio cum manu o sine manu y los esclavos.

En relación con la persona de los hijos, el paterfamilias podía aplicarles castigos corporales y darles muerte, previa opinión de otros parientes cercanos con quienes formaba el iudicium domesticum, podía abandonarlos o venderlos; entregar al hijo a su deudor; abandonar al menor en caso de extrema miseria.

La patria potestad tenía como fuentes: El hijo nacido en iustae nuptia o iustum matrimonium; Por adopción; Por arrogación, especie de adopción por persona sui iuris.

La patria potestad se extinguía por: Muerte del paterfamilias, Pérdida de su libertad; Pérdida de su estado civil; Cuando el padre arrogado o da al hijo o hija en adopción o in manus respectivamente, o cuando el hijo se emancipaba.

En Roma las consecuencias de la patria potestad son las siguientes: a) No se modifican a medida de este desarrollo de las facultades de los que están sometidos, ni por edad ni por el patrimonio se les puede libentar; b) Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre el que la ejerce; mientras esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno; c) Y, por último, la madre no puede tener nunca la potestad paternal. (SÁNCHEZ, M;1998:499)

Es sus efectos, esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía, al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos.

Durante los primeros siglos, la potestad paternal se hizo del Jefe de Familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas, tiene sobre ellos poder de vida y de muerte; puede manciparlos, a un tercero y abandonarlo.

En tiempos de la República, hacía uso de ese derecho con más moderación.

Hacia el fin del siglo II de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección.

El padre podía mancipar al hijo que tenía bajo su autoridad, por regla general el padre mancipaba al hijo en un momento de miseria y en un precio en efectivo, ejecutando una verdadera venta. Esta práctica también fue cayendo en desuso y en la

época de Antonio Caracalla, la venta de los hijos se declaró ilícita y sólo fue permitida al padre en un caso de mucha necesidad para procurarse alimentos.

El jefe de familia podía dejar a sus hijos, abandonándolos.

En cuanto a los bienes, el hijo estuvo primitivamente en una situación comparable a la del esclavo, no tenía bienes propios, todo lo que adquiere, propiedades, derechos de crédito, etc., pertenecen al jefe. Bajo el imperio los hijos podían adquirir ciertos bienes.

En la fase imperial, durante el tiempo de Marco Aurelio, se reconoce la existencia de un derecho de alimentos recíproco.

Se reconocen como fuentes de la patria potestad al matrimonio o *justae nuptias*, a la adopción o a la legitimación.

Se llama *justae nuptia* o *justum matrimonium* al matrimonio legítimo, conforme a las reglas del Derecho Civil de Roma.

La adopción produce el efecto de establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *justae nuptias* entre el hijo y el jefe de la familia.

La legitimación, indica ciertos medios por los cuales los Emperadores cristianos, para favorecer las uniones regulares, permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato.

Los hijos habidos de *justae nuptias*, de adopción o legitimados tenían derecho a recibir alimentos, y en el caso de las mujeres a recibir dote, debían obtener el consentimiento del padre para celebrar un justo matrimonio, y al padre le correspondía en administración los bienes de su hijo y el usufructo de dichos bienes.

La patria potestad se extinguía por la muerte del padre o del hijo, por la adopción, por casarse una hija *cum manu*, por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o, en el derecho justiniano, también burocráticas, por emancipación (*expulsión*) y por disposición judicial. (ELÍAS, Azar; 1997:369)

En la España medieval encontramos que el Fuero Juzgo se percibe claramente una influencia germánica respecto de la organización de la patria potestad. En este

cuerpo de leyes, la influencia del Derecho romano, como es sabido, se vio oscurecida por el Derecho germánico. (GALINDO, G;1995:692)

No obstante que las Partidas acogieron para España el Derecho romano, y que en este cuerpo de leyes la patria potestad se denomina *officium virile* y se constituye como un poder absoluto y perpetuo a favor del padre, se percibe respecto del ejercicio de la patria potestad, la influencia de ciertas ideas cristianas que influyeron sobre esta institución ya desde el imperio romano (particularmente a partir de Constantino) en el sentido de que la patria potestad, debía ser ejercida con piedad paternal

Debe observarse que siguiendo la tradición del Derecho romano, la patria potestad en el Derecho español antiguo, sólo se concebía en la familia legítima. Durante este período, casi desaparece el concepto romano de patria potestad como *derecho del pater* y se transforma, a través del *derecho consuetudinario*, en un deber de protección hacia el hijo. Desde entonces, empezó a considerarse que la patria potestad tenía su fundamento no en el derecho positivo, sino el derecho natural.

En la primitiva familia española la patria potestad no era tan rigurosa como en Roma, sin embargo, el padre conservaba amplio poder sobre sus hijos. La patria potestad se otorgó subsidiariamente a la madre en el fuero juzgo.

La patria potestad terminaba por la promoción del hijo para desempeñar ciertas dignidades o cargos públicos, por ejemplo: cónsul, perfecto, patricio, consejero del rey, obispo, (part. 4º. tit. 18-leyes 7ª a 14ª). (Idem)

Se dice generalmente que, en la concepción del derecho francés, los derechos de la patria potestad son atribuidos al padre y a la madre para satisfacer el deber de educación, de protección y de manutención que ellos tienen en consideración de sus hijos. La idea es verdad y la institución de la caducidad de la potestad paterna la ha subrayado. Será, mientras tanto, inexacto el pretender que se falle en considerar estos derechos únicamente como una función y negarle todo carácter de derechos subjetivos, es decir, de prerrogativas atribuidas a los padres Este carácter no se encuentra

únicamente en el derecho de disfrute legal, en donde él está patente, aún cuando no parezca un derecho esencial. El se hace visible también y sobre todo, en el derecho de escoger la orientación moral, intelectual y profesional que le será dada al hijo. Negar que el padre tenga, a título su prerrogativa, la libertad de esa elección, es admitir que aquella perteneciera a los poderes públicos, que pudieran imponerle su voluntad a este respecto. (MAGALLÓN, Ibarra; 1988:524)

Marcel Planiol agrega que la expresión "patria potestad" nunca ha sido exacta en el Derecho francés, porque lo que corresponde a los padres es más bien una tutela, es decir, una carga, más que una potestad. Además de que ella ya no pertenece solamente al padre, como la romana, sino que también la ejercita la madre a falta de aquél. (Idem)

La patria potestad en el derecho francés ha acentuado el principio de la autoridad paterna en la familia legítima. El Código Civil de 1804 otorga al padre el ejercicio de la patria potestad. Este poder se extingue a la mayoría de edad del hijo. A partir de la ley del 22 de septiembre de 1942, la patria potestad concebida en el Código Civil, como un poder o autoridad del padre, se transforma en una potestad que debe ser ejercida en interés común del patrimonio y de los hijos. Adquiere así la patria potestad el carácter de una función temporal, ejercida en interés del grupo familiar legítimo. También la ley del 22 de mayo de 1946, proclama la idea de que los tribunales pueden privar del ejercicio de la patria potestad al padre o a la madre que por su conducta, o su salud, puedan comprometer la formación adecuada de los hijos.

A partir de esta ley de 1946, se acentúa la dirección del Derecho francés, hacia una mayor intervención de los tribunales en el ejercicio de la patria potestad y en el control de la misma.

El derecho civil francés termina con el carácter coercitivo inflexible e inamovible de la patria potestad, modificando su concepto, al grado en que se afirmaba que la patria potestad no existía a la luz de ese derecho, lo que era inexacto ya que solo se mantenía la institución con características atenuadas, suaves, sin traumatismos autoritarios y sin los excesos que tenía el paterfamilias sobre la persona y bienes del

pupilo, en los derechos Romano y Germánico.

Es, precisamente el Código de Napoleón de 1804 el que sienta las bases de esta institución y la consagra en su derecho con las características con las que ahora se conoce: como protectora del hijo, como autoridad del padre sobre él y sobre sus bienes en forma limitada y a cambio de poderlos usufructuar, se le imponen cargas y responsabilidades en el cuidado de ellos.

El sistema jurídico que ha imperado en la legislación civil del Distrito Federal, ha encontrado en los antecedentes romanos que hemos expuesto, el sedimento básico para su elaboración. Así en el Código de 1870 se considera a la patria potestad con relación a las personas; reconociendo que los principios de justicia son los adecuados para conservar en bien de la sociedad las relaciones de padres e hijos. En este terreno se realizó una notable aportación, ya que el Código de las Partidas y los posteriores de España –siguiendo literalmente las leyes romanas- habían quitado a la madre la potestad que el Fuero Juzgo le concedía. Sin embargo, la sociedad –cuando este cuerpo de leyes entró en vigor- ya había depuesto la antigua prevención contra las mujeres. Así el legislador de 1870 podía decir que la distinta educación modifica, sino desnaturaliza, los elementos morales de la mujer, y que como al tratarse de la vida doméstica, la mujer tiene tanta o más inteligencia que el hombre, el cuidado de los hijos es tanto más eficaz, cuanto más vivo es el sentimiento. No era posible ya –entonces- negar a una madre el ejercicio del más sagrado de los derechos. (MAGALLÓN, Ibarra; 1988:527)

En otro aspecto, la primera legislación civil del Distrito Federal no se contentó con ese paso, sino que dando otro, amplió la patria potestad a los abuelos y abuelas. Contra los primeros, sólo podía alegarse la edad; pero como se les concede facultad de renunciar a la patria potestad, es prudente creer que el abuelo que no se considere ya capaz de ejercer aquel derecho, lo renunciará en bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas operan las mismas razones que respecto de la madre y concurren las mismas circunstancias que en los abuelos. El pensamiento dominante en esta materia y en la de sucesiones, fue no introducir en los negocios domésticos a personas extrañas,

sino cuando se puede evitar,; y como en ambas debe intervenir el Ministerio Público, cree que tienen los menores las suficientes garantías.

En el capítulo final del Código de 1870 se regulan los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad. Estas disposiciones son de derecho común, a excepción de la que concede a los padres la facultad de nombrar consultores a la madre y abuelas. Este Código y el subsiguiente de 1884 solo tuvieron cambios en razón de pequeñas modificaciones de origen exclusivamente gramatical

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

El poder de la madre y los ascendientes se ejerce sobre las mismas personas que tiene el padre bajo su potestad, porque siendo el objeto del legislador el que los menores tengan siempre en la familia una autoridad protectora, no debía exceptuar de este beneficio a ninguno de ellos, -así es-, que muerto el padre, la madre en su caso, o los ascendientes, van recibiendo de su antecesor la patria potestad. (MAGALLÓN, Ibarra; 1988:529)

4.3.- Naturaleza jurídica.

Para comenzar este apartado, se debe tomar en cuenta que los que ejercen la patria potestad se encuentran dotados de ciertos poderes o facultades; que colocan a los que la ejercen, en la posibilidad de cumplir los deberes que tienen respecto del descendiente o menor. Los poderes o facultades se concretizan en la posibilidad de

corregirlos y castigarlos mesuradamente, de educarle convenientemente, de otorgar permisos para dejar la casa o para abandonar el país, de representarlo en juicio, de contraer obligaciones por él, de administrar sus bienes, de gozar de la mitad del usufructo, etcétera. (GALINDO, G; 1995:693)

Paralelamente a los poderes o facultades que la ley concede a los que ejercen la patria potestad, existe la obligación o deber de estos y que principalmente se manifiesta en la obligación de educarle convenientemente, de observar una conducta que sirva de buen ejemplo, rendir cuentas de la administración de los bienes de los descendientes, entre otros aspectos.

En la naturaleza jurídica de la patria potestad se destaca que siendo un cargo de derecho privado, se ejerce en interés público.

Por su parte, Galindo Garfias, considera que desde el punto de vista interno, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades.

Desde el punto de vista externo, la patria potestad se presenta como un derecho subjetivo, o sea, que frente a todo poder exterior a la familia, el titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo. Como un derecho subjetivo, la patria potestad es de ejercicio obligatorio y en este punto, encontramos nuevamente una coincidencia o semejanza con ciertos derechos subjetivos públicos; no existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer el encargo.

4.4. Contenido.

Para comenzar diremos que la autoridad paterna se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo, la atribución de esta función protectora de los hijos menores, descansa en la confianza que inspiran por razón natural, los ascendientes, para desempeñar esta función. El derecho objetivo toma en cuenta consideraciones de orden natural, ético y social, para hacer de los padres las personas idóneas para cumplir con esta misión.

La patria potestad tiene un contenido de orden natural (la procreación) y a veces afectivo (la adopción) de carácter ético (el deber de mirar por el interés de la prole) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad). (GALINDO, G; 1995:697)

Desde el punto de vista natural, no puede negarse que el ordenamiento jurídico toma en cuenta el sentimiento de afecto y el interés de los progenitores, para desempeñar ese cargo de la manera más eficaz.

La patria potestad forma parte importante de la organización de aquel grupo social primario que es la familia.

Ahora bien, el contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos, se presenta en el estado de obediencia y de respeto de los descendientes hacia los padres.

Desde el punto de vista de autoridad paterna, el fundamento ético de la patria potestad consiste en que la función encomendada al padre y a la madre, no se agota en

la procreación del hijo o de los hijos, impone a los padres la responsabilidad moral de la formación de sus menores hijos desde el punto de vista físico, intelectual y espiritual.

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

De la conjunción de estos elementos se desprende, finalmente, que el orden jurídico exige que la autoridad paterna se encuentre sólidamente establecida dentro del grupo familiar, y explica a la vez porqué en el derecho privado se reúne en esta institución, el interés de los hijos y el de los padres en el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad y del Estado. (GALINDO, G; 1995:698)

4.5.- Modos de adquirirla.

Tres son los modos de adquirir la patria potestad, a saber: la procreación, la legitimación y la adopción. (SÁNCHEZ, M; 1998:503)

La procreación de un hijo dentro de una relación matrimonial, hace adquirir el derecho de los padres para compartir el ejercicio de la patria potestad, igual derecho corresponde a los abuelos paternos y maternos cuando faltan los padres.

Cuando el hijo es procreado fuera de matrimonio, si los padres lo reconocen y viven juntos, a ambos les corresponde el ejercicio de la patria potestas, el mismo derecho

tienen los abuelos paternos y maternos cuando faltan los padres; si los padres no viven juntos y reconocen al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá la patria potestad y en caso de desacuerdo el juez lo resolverá; si los padres no viven juntos y el reconocimiento del hijo es en diferente momento, la patria potestad la ejercerá el que primeramente lo haya reconocido.

La legitimación es una manera de hacer legítimo lo que antes no era, y más concretamente, a hacer legítimos a los hijos nacidos fuera de matrimonio.

El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración. Los padres deben reconocer al hijo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante el mismo.

La adopción simple hace que los padres adoptantes ejercerán la patria potestad sobre los adoptados. En la adopción plena el derecho es transferible a los padres de los adoptantes, esto es, como si fueran los abuelos.

4.6.- Extinción y suspensión.

La patria potestad no es renunciable, sólo puede ser objeto de excusa cuando quienes deben ejercerla han cumplido la edad de sesenta años; o cuando por su mal estado habitual de salud, no pueden atender cumplidamente esa función. GALINDO, G; 1995:707)

La patria potestad se extingue por las siguientes causas:

- a) Cuando el hijo alcance la mayoría de edad;
- b) Por muerte del hijo;
- c) Porque no haya ascendientes en quienes recaiga la patria potestad.

Además, en los casos de extinción de la patria potestad, en que ésta desaparece de un modo absoluto y en los cuales debe ser substituida por la tutela, existen casos en que se suspende o se pierde el ejercicio de la autoridad paterna. En estos supuestos, no se extingue la patria potestad; su ejercicio recae entonces en el otro progenitor y a falta o por imposibilidad legal de éste, en los ascendientes de ulteriores grados.

Se suspende la patria potestad:

- a) Por la interdicción de la persona a quien corresponde su ejercicio, declarada por sentencia judicial;
- b) Por ausencia declarada en forma;
- c) Por sentencia que imponga como pena esa suspensión.

La patria potestad en el caso de ausencia, debe entenderse en suspenso, respecto del ascendiente que ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero, aunque haya dejado persona que lo represente; porque la patria potestad por la naturaleza y fundamento de la institución, es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de

representante.

En el caso de que en uno y varios negocios judiciales o extrajudiciales, las personas que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de los hijos, el ejercicio de la patria potestad queda suspendido únicamente respecto de ese negocio o de actos o hechos que tengan relación con el, la representación del menor debe recaer en el otro progenitor, si no tiene interés opuesto al del hijo, o si lo tiene, en un tutor especial que nombrará el juez de lo familiar

Finalmente, para aclarar estos aspectos de la patria potestad, transcribiremos algunos preceptos legales del Código Civil estatal, para ver en la práctica estos puntos a estudio:

Artículo 395. La patria potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II. En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 242;
- III. Cuando las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudieran comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; y,
- IV. Por la exposición que el padre o la madre hagan de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Artículo 398. La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por ausencia declarada en forma; y,

III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

CAPITULO 5

DE LA NECESARIA REFORMA AL

ARTICULO 242 DEL CODIGO CIVIL DE

MICHOACAN.

Para comenzar este apartado, considero necesario transcribir las dos primeras fracciones del artículo 242 del Código Civil, para así estar en condiciones de conocer lo que en realidad se busca con la propuesta a estudio.

“Artículo 242. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes

I. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XVI del artículo 226 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.

II. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVII del artículo 226 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. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor; y, III. En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 226 los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos”.

Así pues, este artículo es el que da las bases para decidir lo relativo a la patria potestad en los casos de divorcio necesario respecto a los hijos menores, pero debemos hacer mención que este precepto es unilateral, además de imperativo. Unilateral en el sentido de que ordena que necesariamente al cónyuge culpable de la

tramitación del divorcio se le condene a la pérdida de la patria potestad de sus menores hijos habidos en matrimonio, sin tomar en cuenta más consideraciones; e imperativo porque impone al juzgador que conoció de la tramitación del divorcio la orden de privar al culpable de ejercer ese derecho natural.

Desde un punto de vista personal, se estima que este artículo es contrario a derecho, porque priva de una manera irreflexiva a un ascendiente de ejercer la patria potestad sobre sus menores hijos, además, no toma en cuenta aspectos tan importantes y fundamentales como los derechos de los menores, mismos que deben ser reconocidos y ejercidos por los hijos de los cónyuges divorciados, para que ellos también sean tomados en cuenta al momento de decidir la pérdida de la patria potestad por uno de sus padres, o inclusive por los dos.

Las consecuencias de que este precepto esté redactado en la forma en que se encuentra, se refieren a que no se toma en cuenta en modo absoluto al cónyuge culpable de la tramitación del divorcio necesario, siendo esto contrario a toda fórmula de derecho, ya que, aunque sea éste quien haya dado origen a la tramitación de la disolución del vínculo matrimonial, el que no quiera estar más tiempo con su cónyuge no significa que siente lo mismo respecto a sus hijos, o sea, son dos puntos totalmente distintos, pero que sin embargo se tratan en la misma sentencia de divorcio.

Ahora bien, no necesariamente el que un cónyuge sea "inocente", significará que es mejor padre que el otro, o que, en principio, no dió origen al divorcio, porque, por ejemplo, tenemos la causal IX del artículo 225 de la Ley Sustantiva, la que dispone que será causa de divorcio necesario: "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 separado entable la demanda de divorcio”, por lo que, en sentido estricto, el esposo que invoque esta causal, en primer lugar tuvo que haber dado con su conducta motivo alguno y suficiente como para que el otro, en su caso, ejercitara acción de divorcio, pero que, si no lo realizó en el plazo de una anualidad, automáticamente se convierte en cónyuge inocente, por haber sido abandonado y la ley ahora le confiere a quien no era culpable éste adjetivo. Este carácter de ahora causante, antes no, da a quien originariamente realizó una acción o conducta que podían ser enmarcadas dentro de las causas para pedir el divorcio, un derecho a demandar el divorcio y en consecuencia a privar a su pareja de la patria potestad de sus menores hijos, pero, se debe pensar en el hecho de que si un cónyuge abandonó por cualquier causa el domicilio conyugal, esta conducta implica un total cambio en el estilo de vida del abandonante, y del abandonado, por lo que, se sostiene, por esta variación en su forma de vida se da lugar a una multitud de situaciones nuevas en lo relativo al comportamiento y en lo conducente a la manutención del esposo que ahora depende íntegramente de sí mismo, y por lo cual, no le será posible demandar el divorcio, en virtud de que tiene una serie de eventos diversos en su nueva forma de vivir, pero, en cambio, el abandonado podrá esperar cómodamente a que le demanden o no el divorcio, pero si no lo hacen en un año, podrá ejercitar el derecho que la causal a comento le confiere, y, siendo realistas, si tiene más medios con que solventar las afrentas de un juicio, será seguro que obtenga sentencia a su favor y que en consecuencia los hijos menores de edad queden con un padre que de una forma u otra hubiera dado origen al divorcio en su contra, pero que no se le demandó por una serie de factores.

ESTA TESIS NO SALE DE LA BIBLIOTECA

Además se debe de pensar en el hecho de que si un cónyuge quiere separarse, ésta separación encontrará su razón de ser en que se ha vuelto insostenible la relación matrimonial, sin que esto signifique que el que quiere divorciarse se fundamenta en los hijos, es decir, los menores y/o incapaces sujetos a la patria potestad no tienen que cargar con la responsabilidad de la separación de sus padres; no son más que víctimas de las circunstancias del medio en que se desenvuelven. En los términos actuales del artículo que se estudia, los hijos son sólo vistos como una consecuencia inherente al matrimonio, sin que se les otorguen los derechos que corresponden a todo ser humano, en especial cuando se trata de una edad en la que los acontecimientos de sus padres aunados a los propios de su edad pueden generar serios trastornos emocionales y conductuales; en resumen, los sujetos a la patria potestad no son tomados en cuenta bajo ningún aspecto dentro del divorcio de sus progenitores, otorgándoseles como una prestación accesoria al cónyuge que obtuvo sentencia favorable a sus particulares intereses.

Las vigentes normas del Código Civil sobre la pérdida de la patria potestad de los hijos no son congruentes con las razones que verdaderamente deben determinar el retiro de dicha potestad.

En efecto, el actual artículo 242 de la Ley Sustantiva Civil, sanciona con pérdida de la patria potestad muchos casos en que, aún existiendo una seria razón para la ruptura del vínculo conyugal, aquella no necesariamente determina, por sí sola, la inidoneidad del progenitor para ejercer la potestad sobre los hijos. Dicho en otros términos, la patria potestad ha de conservarse o retirarse en función de las relaciones específicas que medien entre el padre o la madre y sus hijos, y no en función de los

conflictos que hayan surgido entre los esposos.

Por otra parte, ya hay diversas legislaciones que han cambiado el sistema de privar al cónyuge culpable de la patria potestad de sus menores hijos, en la forma en que se encuentra redactado el precepto a estudio, como por ejemplo en los estados de Guanajuato, Distrito Federal, Estado de México, Nuevo León, Yucatán, entre otros, con independencia del carácter de la situación jurídica en que hayan quedado los ex cónyuges, con una gran importancia en lo relativo al interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación, conservación de su patrimonio, entre otros aspectos, obteniendo el juez los elementos de juicio que considere necesarios para ello.

En efecto, las legislaciones antes invocadas prevén en sus Códigos Civiles, supuestos distintos a los que actualmente se manejan en nuestro estado respecto al tema que aquí es objeto de estudio, por lo cual veremos su contenido para así estar en condiciones de determinar o no la funcionalidad de estos artículos en relación con el relativo de Michoacán.

El Distrito Federal en su artículo 283 señala que: “La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente 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”.

Por su parte, el Código Civil del estado de Guanajuato en el artículo 337. contempla que “la sentencia de divorcio fijara la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes: I. cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones III, V y XV del artículo 323, los hijos quedaran bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. si los dos fueren culpables quedaran bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrara tutor II. en todos los demás casos el juez decidirá sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y a la custodia de los hijos menores de edad, determinando su conservación, perdida o suspensión para uno o ambos cónyuges, independientemente del carácter de vencedor o perdedor en juicio, mirando solo el beneficio de los menores. en su caso, llamara a quien legalmente corresponda el ejercicio de la patria potestad o designara tutor. III. en los casos de las fracciones VI VII del artículo 323, los hijos quedaran en poder del cónyuge sano pero el consorte enfermo conservara los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos”.

Ahora bien, la Legislación Civil del Estado de México contempla en este punto dentro del artículo 267, que “en la sentencia que decrete el divorcio, el tribunal determinara los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservaran cada uno de los cónyuges, respecto a la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbre, educación y conservación de su patrimonio. para tal efecto deberá el tribunal oír al ministerio publico, a los cónyuges; y en caso de estimarlo necesario, a los abuelos, tíos o hermanos mayores, pudiendo además, discrecionalmente acordar de oficio cualquiera providencia que considere benéfica para los hijos. los hijos quedaran bajo la custodia

del cónyuge no culpable debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 246. si los dos fueron culpables del divorcio, los hijos quedaran al cuidado del ascendiente a quien corresponda la patria potestad; y si no lo hubiere, se les nombrara tutor. en el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedaran bajo la custodia del cónyuge sano, pero el enfermo conservara los demás derechos sobre la persona y los bienes de los hijos”.

El artículo 283 del Código Sustantivo Civil de Nuevo León estatuye que: “en la sentencia que decreta el divorcio, el juez determinara los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad y custodia que conservará cada uno de los cónyuges, respecto a la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. para tal efecto deberá el juez oír al ministerio publico, a los cónyuges; y en caso de estimarlo necesario a los abuelos, tíos o hermanos mayores, pudiendo además, discrecionalmente acordar de oficio cualquiera providencia que considera benéfica para los hijos. No será aplicable lo previsto en el párrafo anterior, cuando las causas de divorcio sean las que se señalan en el artículo 267 fracciones VI a excepción de la enfermedad referida en último termino y VII, en cuyos casos los hijos quedaran bajo la custodia del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservara los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos y XVII, supuesto este último en el cual se estará a lo previsto en el artículo 273 fracción I de este código. Para los efectos del párrafo primero de este artículo, el juez podrá hacer antes de pronunciar sentencia definitiva, oír al ministerio publico, a los hijos mayores de doce años y, en caso de estimarlo necesario a familiares o personas que concurran con los mismos”.

El artículo 204 del Código Civil de Yucatán estatuye que, "la sentencia de divorcio fijara la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes: I. si el divorcio se fundase en alguna de las causas previstas en las fracciones I, III, IV, V, VI, VII, XII, XIII y XVII del artículo 194 de este código, los hijos quedaran bajo el cuidado y la patria potestad del cónyuge que no haya dado causa al divorcio. a la muerte de este, a petición de parte interesada se estará a los dispuesto en la fracción siguiente. II. en los demás casos, el juez gozará de las mas amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su perdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos debiendo obtener los elementos de juicio que considere necesarios para ello. el juez observara las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello.

Así pues, lo que se busca con la reforma pretendida es que la condena a la pérdida de la patria potestad no se haga por el sólo hecho de que se demuestre que el cónyuge demandado incurrió en una causal de divorcio, sino que es necesario que su privación sea indispensable, que; asimismo, cuando se emita el fallo se fije en su totalidad la situación de los hijos en todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la pérdida o no de la patria potestad por parte del esposo perdidoso y si se da éste supuesto sea sólo cuando queden acreditados los extremos que en su caso la conformarían, tomando en cuenta, además, las actuaciones efectuadas, los elementos de prueba aportados y la conducta procesal asumida por las partes en el juicio.

Además, para corroborar la postura del presente trabajo se realizaron cien encuestas, mismas que fueron repartidas entre personas de distintos niveles sociales,

económicos y culturales, con las cuales se busca dar una mayor solidez e integración al problema a estudio, las cuales tienen la siguiente redacción:

En Michoacán se establece que en caso de divorcio necesario el cónyuge culpable será siempre privado del ejercicio de la patria potestad de sus hijos, sin importar la causa del divorcio o su culpabilidad, ni tampoco la situación personal y afectiva de los hijos

1.- ¿Considera que antes de decidirse la pérdida de la patria potestad en un divorcio, es necesario investigar con cual padre y en su caso, si con los abuelos estarían mejor los hijos de los padres divorciados?.

Si. No.

2.- ¿Estima Usted que al juez que conoce del divorcio se le tienen que conceder amplias facultades para que decida con cual de los ascendientes, padre, madre o abuelos, estarían mejor los hijos de los divorciados?.

Si. No.

3.- ¿Cree Usted que debe seguir aplicándose la disposición actual que concede al cónyuge que gana el divorcio, el ejercicio exclusivo de la patria potestad, sin atender a la salud, estado emocional y bienestar de los hijos habidos en el matrimonio?.

Si. No.

Ahora bien, los resultados de estos cuestionarios fueron los siguientes:

* Respecto a la primer pregunta, el 97% de los encuestados dijo que antes de decidirse la pérdida de la patria potestad en un divorcio, es necesario investigar con

cual padre y en su caso, si con los abuelos estarían mejor los hijos de los padres divorciados, mientras que sólo el 3% consideró no necesaria tal investigación.

* En la pregunta marcada como número dos hubo más variación en el resultado, ya que el 73% consideró que al juez que conoce del divorcio se le tienen que conceder amplias facultades para que decida con cual de los ascendientes, padre, madre o abuelos, estarían mejor los hijos de los divorciados, en tanto que el 27% estimó como impropia tal concesión.

* Por su parte, en la última pregunta el 14% estimó que debe seguir aplicándose la disposición actual que concede al cónyuge que gana el divorcio, el ejercicio exclusivo de la patria potestad, sin atender a la salud, estado emocional y bienestar de los hijos habidos en el matrimonio, mientras que el 86% dijo que no debía seguir aplicándose tal criterio.

Así pues, con los resultados obtenidos podemos darnos cuenta de que los encuestados consideran que es necesario investigar con quien deben estar los hijos de los padres divorciados, que, además, se le deben conceder facultades al juez para que estudie todo lo relativo al mejor cuidado de los menores del matrimonio disuelto, y, estiman que no debe seguir aplicándose la disposición actual, ya que no se toma en cuenta ningún aspecto de los menores. De lo anterior podemos deducir que, si bien no es una encuesta amplia o con un lenguaje jurídico muy amplio, se ve claramente la necesidad que hay de adecuar los preceptos legales relativos a la pérdida de la patria potestad como consecuencia de la tramitación de un divorcio; por lo que, se corrobora, la postura que da origen a este trabajo, o sea, la necesaria reforma al artículo 242 del Código Civil de Michoacán.

Por lo anterior, se sugiere modificar el artículo 242, a fin de que no se imponga, automática e indiscriminadamente, la pérdida de la patria potestad, sino que resuelva el juez, quien deberá contar con amplias facultades para ello, prudentemente, lo que convenga a este respecto, ponderando las circunstancias de cada caso y sin perjuicio de otras normas del Código Civil sobre el ejercicio de la patria potestad.

Una propuesta, respecto a la redacción que creemos debería tener este dispositivo legal, sería la siguiente: Artículo 242 - La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente 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.

CONCLUSIONES.

En el presente trabajo abordamos el estudio de la pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio necesario respecto al cónyuge culpable de la tramitación de tal proceso. Vimos que el artículo 242 del Código Civil del Estado es el que sanciona al cónyuge culpable con la pérdida de la patria potestad de los hijos menores habidos en el matrimonio.

Ahora bien, desde el comienzo de la investigación se sostuvo que este precepto sancionaba de una forma indiscriminada y sin tomar en cuenta las características del matrimonio disuelto, así como la relación de los hijos con sus padres y demás aspectos fundamentales para el buen desarrollo de los hijos

- ❖ En el desarrollo del trabajo, se analizaron diversos aspectos relacionados con el divorcio, la patria potestad y demás aspectos relativos a la institución del matrimonio, estudiando los antecedentes de tales aspectos, además de características que han venido desarrollándose a través de la historia.
- ❖ El objetivo general del trabajo consistió en el estudio de la reforma del artículo en comento cumple con las condiciones básicas de un derecho justo, es decir, igualdad o equidad, aplicación a un caso concreto, justicia, que es el fin primordial del derecho, entre otros aspectos esenciales.
- ❖ Ahora bien, se realizó una investigación comparando nuestra legislación a la de otros estados, para, a través de este proceso, observar si el artículo 242 del Código Civil del Estado, se encuentra acorde a las normas de otras entidades.

Además, se aplicó un cuestionario a cien personas, con las preguntas y los resultados expuestos en el capítulo anterior.

Así pues, de lo narrado podemos precisar que el objetivo general se cumplió, además de los objetivos específicos *corrieron la misma suerte, dado que se analizó la situación actual de la patria potestad en nuestro estado, se estudiaron las causas de pérdida de la patria potestad, así como la pérdida de esta en los casos de divorcio necesario*

- ❖ La hipótesis principal de este trabajo, además de las planteadas en forma diversa, engloban la idea de la necesidad de reformar el artículo 242 del Código Civil del Estado de Michoacán, lo cual se reflejó con los resultados del proceso de investigación y con las encuestas; las cuales, para ser más exactos, dejaron ver que la gran mayoría de quienes la contestaron estuvieron en desacuerdo con la actual redacción del precepto legal que se estudia..

RECOMENDACIONES

Se recomienda que se realice una nueva redacción del precepto legal, lo cual desde el inicio se planteó como fundamental, dado que se estima que el artículo 242 del Código Civil del Estado de Michoacán, es un tanto inadecuado a la realidad social, al no considerar características particulares relativas al divorcio, tales como su motivación, la situación afectiva de los hijos sujetos a la patria potestad, así como diversos aspectos tanto jurídicos como sociales de los precitados sujetos. Por tanto, se deben otorgar al juez facultades para que estudie todo lo relativo a la patria potestad dentro de un matrimonio que pretende disolverse, para que así tanto los ex cónyuges, como los hijos queden en la mejor situación posible.

BIBLIOGRAFIA.

ACOSTA Romero, M. 1996. "Código Civil para el Distrito Federal Comentado". Ed. Porrúa. México.

ARELLANO García, C. 1999. "Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica". Ed. Porrúa. México.

CHÁVEZ Asencio. M. 1996. "La Familia en el Derecho (relaciones jurídica conyugales)". Ed. Porrúa. México.

ELIAS Azar, E. 1997. "Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano". Ed. Porrúa. México.

GALINDO Garfias, I. 1995. "Derecho Civil". Ed. Porrúa. México.

MAGALLÓN Ibarra, J. 1988. "Instituciones de Derecho Civil", Ed. Porrúa. México.

•

PALLARES Eduardo. 1984 "El Divorcio en México". Ed Porrúa México.

ROJINA Villegas, R. 1998. "Derecho Civil Mexicano". Ed Porrúa México.

SANCHEZ Márquez, R. 1998. "Derecho Civil". Ed. Porrúa. México.

1974. "Reforma del artículo 283" en la revista *Diario de debates del Congreso de la República*. N0. 12, Septiembre.(pp.37-40) México.

1999 "Código Civil para el Estado de Michoacán". Ed. ABZ.

ANEXOS

ENCUESTA

En Michoacán se establece que en caso de divorcio necesario el cónyuge culpable será siempre privado del ejercicio de la patria potestad de sus hijos, sin importar la causa del divorcio o su culpabilidad, ni tampoco la situación personal y afectiva de los hijos.

1.- ¿Considera que antes de decidirse la pérdida de la patria potestad en un divorcio, es necesario investigar con cual padre y en su caso, si con los abuelos estarían mejor los hijos de los padres divorciados?.

Si. No.

2.- ¿Estima Usted que al juez que conoce del divorcio se le tienen que conceder amplias facultades para que decida con cual de los ascendientes, padre, madre o abuelos, estarían mejor los hijos de los divorciados?.

Si. No.

3.- ¿Cree Usted que debe seguir aplicándose la disposición actual que concede al cónyuge que gana el divorcio, el ejercicio exclusivo de la patria potestad, sin atender a la salud, estado emocional y bienestar de los hijos habidos n el matrimonio?.

Si. No

1.- ¿Considera que antes de decidirse la pérdida de la patria potestad en un divorcio, es necesario investigar con cual padre y en su caso, si con los abuelos estarían mejor los hijos de los padres divorciados?.

	F	%
SÍ	97	97%
NO	3	3%
TOTAL	100	100%

2.- ¿Estima Usted que al juez que conoce del divorcio se le tienen que conceder amplias facultades para que decida con cual de los ascendientes, padre, madre o abuelos, estarían mejor los hijos de los divorciados?.

	F	%
SÍ	73	73%
NO	27	27%
TOTAL	100	100%

3.- ¿Cree Usted que debe seguir aplicándose la disposición actual que concede al cónyuge que gana el divorcio, el ejercicio exclusivo de la patria potestad, sin atender a la salud, estado emocional y bienestar de los hijos habidos n el matrimonio?.

	F	%
SÍ	14	14%
NO	86	86%
TOTAL	100	100%

GRAFICA

