

301809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA

39
de J.

Universidad Nacional Autónoma de México

ANALISIS PARA DETERMINAR EL EJERCICIO DE LA
PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA EN EL DIVORCIO
VOLUNTARIO Y SUS DIFERENTES ALTERNATIVAS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MARIA DEL CARMEN CUBILLAS LOPEZ

LIC. MARTIN MARTINEZ VARGAS
PRIMER REVISOR

LIC. JOSE ADRIAN GODINEZ G.
SEGUNDO REVISOR

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.

1993



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 está 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.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL MATRIMONIO, DIVORCIO Y

PATRIA POTESTAD

	<i>Página</i>	
<i>I.1</i>	<i>Derecho en Grecia</i>	<i>1</i>
	<i>A) Matrimonio</i>	<i>1</i>
	<i>B) Divorcio</i>	<i>3</i>
	<i>C) Patria Potestad</i>	<i>4</i>
<i>I.2</i>	<i>Derecho Romano</i>	<i>5</i>
	<i>A) Matrimonio</i>	<i>5</i>
	<i>B) Divorcio</i>	<i>7</i>
	<i>C) Patria Potestad</i>	<i>10</i>
<i>I.3</i>	<i>Derecho Germánico</i>	<i>14</i>
	<i>A) Matrimonio</i>	<i>14</i>
	<i>B) Divorcio</i>	<i>16</i>
	<i>C) Patria Potestad</i>	<i>16</i>
<i>I.4</i>	<i>Derecho Frances</i>	<i>18</i>
	<i>A) Matrimonio</i>	<i>18</i>
	<i>B) Divorcio</i>	<i>20</i>
	<i>C) Patria Potestad</i>	<i>23</i>

C A P I T U L O I I

MATRIMONIO

	<i>Página</i>
<i>II.1 Concepto</i>	<i>24</i>
<i>II.2 Elementos de Existencia:</i>	<i>28</i>
<i>II.2.1 Voluntad de los Contrayentes</i>	<i>28</i>
<i>II.2.2 Objeto</i>	<i>29</i>
<i>II.2.3 Solemnidades requeridas por la Ley</i>	<i>30</i>
<i>II.3 Elementos de Validez:</i>	<i>32</i>
<i>II.3.1 Capacidad de las partes</i>	<i>32</i>
<i>II.3.2 Ausencia de Vicios de la Voluntad</i>	<i>34</i>
<i>II.3.3 Lícitud en el Objeto</i>	<i>35</i>
<i>II.3.4 Formalidades</i>	<i>39</i>

C A P I T U L O I I I

DIVORCIO VOLUNTARIO

<i>III.1 Concepto</i>	<i>44</i>
<i>III.2 Requisitos</i>	<i>47</i>
<i>III.3 Partes</i>	<i>49</i>
<i>III.4 Procedimiento</i>	<i>50</i>
<i>III.5 Consecuencias</i>	<i>55</i>
<i>a) En relación a los Cónyuges</i>	<i>55</i>
<i>b) En relación con los hijos</i>	<i>57</i>
<i>c) En cuanto a los bienes</i>	<i>58</i>

C A P I T U L O I V
P A T R I A P O T E S T A D Y C U S T O D I A

	<i>Página</i>
<i>IV.1 Fundamento</i>	59
<i>IV.2 Concepto</i>	60
- <i>Concepto Jurídico</i>	63
<i>IV.3 Características</i>	65
<i>a) Cargo de Interés Público</i>	65
<i>b) Irrenunciable</i>	66
<i>c) Intransferible</i>	67
<i>d) Imprescriptible</i>	69
<i>IV.4 Sujetos</i>	70
<i>IV.4.1 Sujetos Activos</i>	70
- <i>De los hijos nacidos fuera del</i> <i>matrimonio</i>	72
- <i>De los hijos adoptivos</i>	73
<i>IV.4.2 Sujetos Pasivos</i>	73
<i>IV.5 Consecuencias</i>	74
<i>a) Sobre la persona del menor no emancipado</i>	74
<i>IV.6 Excusa</i>	79
<i>IV.7 Pérdida</i>	80
<i>IV.8 Suspensión</i>	81
<i>IV.9 Extinción</i>	82
<i>IV.10 Custodia</i>	83

C A P I T U L O V

CAUSAS Y ALTERNATIVAS QUE DETERMINAN LA PERDIDA DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA

(ARTICULO 444 FRACCIONES III Y IV DEL CODIGO CIVIL)

	<i>Página</i>
V.1 <i>Por las costumbres deparadas de los Padres</i>	90
V.2 <i>Malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos</i>	96
V.3 <i>Por la exposición que el padre o la madre -- hicieran de sus hijos, o porque los dejen -- abandonados por más de seis meses</i>	102
 <i>ALTERNATIVAS</i>	 107
 <i>CONCLUSIONES</i>	
 <i>BIBLIOGRAFIA</i>	

INTRODUCCION

*El presente trabajo a sido realizado retomando y -
analizando aspectos que se originan como consecuencia del -
matrimonio, figura jurídica cuya función primordial es la -
convivencia de dos seres de diferente sexo, y la procrea---
ción de la especie, aplicando todos aquellos aspectos indis-
pensables para el buen desarrollo tanto de los propios cón-
yuges como de los menores, como son; la educación, la ali-
mentación, la integración, entre otros.*

*Objetivos que muchas de las ocasiones se ven trun-
cados por problemas que los padres como cónyuges presentan,
recurriendo para encontrar la posible solución al divorcio
y olvidandose por completo de las consecuencias y resulta-
dos que este acarrea a los menores.*

*México es un país con un alto índice de casos de -
disolución del vínculo matrimonial (Divorcio), especifica--
mente el Divorcio Voluntario, como consecuencia de la gran
facilidad con que puede ser solicitado y tramitado, un sim-
ple convenio en el que los cónyuges para evitarse grandes -
males, procurarán ponerse de acuerdo, ocultando las verda--
deras causas que motivo en ellos el llegar a la ruptura del
matrimonio, que traeria como consecuencia la pérdida del --
ejercicio de la patria potestad por alguno o ambos cónyuges.*

Es sumamente importante analizar que los hijos no son objetos de los cuales los padres puedan disponer a su antojo, el ejercicio de la patria potestad es realmente una gran necesidad que debiera concientizarse en los padres, determinando todos aquellos derechos y obligaciones que éste origina, para un buen ejercicio.

Para tal efecto, hemos desarrollado nuestro trabajo en cinco capítulos:

CAPITULO I.- Encontraremos los antecedentes históricos que existen de la familia, el divorcio voluntario y la patria potestad, desde sus orígenes, comenzando por Grecia y Roma, pasando por el Derecho Germánico, para finalmente retomar los antecedentes de Francia, cuatro países fundamentales y base de estas Instituciones.

CAPITULO II.- Analizaremos al matrimonio; conceptualización, características y actividades de la pareja como cónyuges, base necesaria para la procreación e integración de la familia y la sociedad, que cuando no llegan a consolidarse traen como consecuencia el recurrir al divorcio, repercutiendo en cada miembro de la familia.

CAPITULO III.- Enfocaremos todo lo relativo al divorcio voluntario, conceptualización, características, requisitos; en razón, a que es un tipo de divorcio muy específico que requiere del acuerdo de las partes para su realización, el cual deberá manifestarse en el convenio que contenga plenamente establecidos y manifestados todos los aspectos consernientes a los bienes y el ejercicio de la patria potestad y custodia de los hijos.

CAPITULO IV.- Definiremos y analizaremos, a los sujetos, características, consecuencias del ejercicio de la patria potestad, conjunto de deberes y derechos cuyo fin primordial es el buen desarrollo físico, intelectual, social, entre otros, en beneficio exclusivo de los hijos.

CAPITULO V.- Analizaremos la aplicación del Artículo 444 del Código Civil, exclusivamente en sus Fracciones III y IV, para establecer que también en el divorcio voluntario debe existir la pérdida del ejercicio de la patria potestad y custodia de uno o ambos progenitores. Canalizando alternativas que resuelvan esta gran necesidad; solución que tendrá como único propósito el beneficio integro de los menores.

C A P I T U L O I

*GENERALIDADES DEL MATRIMONIO, DIVORCIO
Y PATRIA POTESTAD*

I.1 DERECHO EN GRECIA

A) Matrimonio:

El matrimonio tenía lugar por compra, pagando el novio al padre de la novia el precio correspondiente en bueyes o su equivalente. Pero la compra suele ser recíproca pues, de ordinario el padre entrega a la novia una importante dote. La ceremonia tiene, a la vez carácter familiar, religioso y va acompañada de grandes banquetes, danzas y bulliciosa alegría. (1)

La familia homérica aparece como una Institución vigorosa y amable en la que abundan las esposas ejemplares y los hijos fieles.

Posteriormente limitó las dotes buscando que los matrimonios se realizaran por motivos de afecto entre los cónyuges y para la educación de los hijos. (2)

En Atenas, la edad matrimonial se adquiría al llegar el hombre a los treinta y cinco años y la mujer a los veinticinco, existieron leyes que decretaron la pública infamia contra el celibato. En el mismo día de la boda la mujer debía entregar al esposo la dote, la que en un comienzo fue limitada, sobre todo por Sólon quien no quiso que en el ma-

(1) CHAVEZ Asencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1990, pág. 32

(2) CHAVEZ Asencio Manuel F., Ibid. pág. 33.

trimonio se buscaba la acumulación de fortunas.

Posteriormente la dote fue decreciendo en importancia y se declaró que debía ser respetada por los acreedores del marido no teniendo éste más facultad que la de administrador, debiendo restituirla en caso de separación o de muerte sin hijos.

Los griegos conocieron el amor romántico, pero muy raramente en cuanto a causa del matrimonio. Corrientemente el matrimonio se negociaba por medio de parientes o por casamientos profesionales que miraban no el amor sino a la dote. Hecha la elección y aceptada la dote, tiene lugar en el domicilio del padre de la novia la celebración de solemnes espousales en los que deben intervenir testigos, no siendo en cambio necesaria la presencia de la desposada. Sin estos desponsorios formales no había unión valedera para el Derecho Ateniese, y ellos venían a ser como el primer acto del complejo rito matrimonial. El segundo acto, que tenía lugar -- pocos días después, consistía en una fiesta en casa de la novia. Los novios debían purificarse previamente en sus hogares mediante un baño ritual. El marido podía tomar, amén de su esposa, una concubina. Las Leyes de Dracón autorizaban el concubinato y después de la expedición de Sicilia del --- Año 415, habiendo disminuido el número de ciudadanos a causa de la guerra, por lo que, muchas jóvenes no podían encontrar marido, las leyes permitieron expresamente los matrimonios --

dobles y entre los que cumplieron con la patriótica obligación, fueron Sócrates y Eurípides. La esposa solía aceptar a la concubina con resignación oriental, segura de que, ---- cuando se marchitasen los encantos de la segunda mujer, se convertiría, de hecho en una esclava doméstica, y de que só lo la prole del primer matrimonio era reputada legítima. (3)

B) Divorcio:

El matrimonio en Grecia fue siempre monógamo, pero era legalmente lícito el concubinato. Además, la abandonada educación de las mujeres y el sentido griego, condujeron a - mirar con indulgencia, y aun a admitir en el contrato a las cortesanas, muchas veces de gran cultura intelectual.

El divorcio podía tener lugar por parte del marido y por medio de la mera disolución 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 arconta.

Una Ley de Solón, en Atenas daba a la mujer como -- al marido, el derecho de repudiar a su cónyuge, menciona --- Montesquieu y esta Ley fue tomada por los romanos para in--- cluirla en las Doce Tablas.

(3) CHAVEZ Asencio Manuel F., Ibid. pág. 34

A través de los antecedentes y la historia griega antigua, la mujer legítima tenía una doble misión que realizar; proporcionar hijos a su cónyuge y mantener el fuego sagrado del hogar. El marido es libre de tener concubina y trato con cortesanas, sin que se considere tal actuación --- constitutiva de adulterio, ni de simple censura.

Hay imperativo en la necesidad de mantener el culto familiar, de perpetuar la especie, mediante sucesión legítima. Sólo los hijos de la mujer legítima son legítimos, -- capaces, mediante la iniciación, de mantener el culto de los antepasados. (4)

C) Patria Potestad:

En el Derecho Germánico, desde épocas muy remotas, tal vez desde sus orígenes, el Munt (Institución que equivale a la patria potestad) tuvo siempre un carácter tuitivo. En ese derecho, el poder de los padres sobre los hijos no -- era vitalicio, se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayor 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 o podía ejercer la patria potestad a la muerte del padre. (5)

(4) GALINDO Garfias Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, Parte General Personas, Familia, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1987, pág. 475.

(5) DICCIONARIO JURIDICO OMEBA, Tomo IX, Editorial Driskill, Buenos Aires Argentina, 1986, pág. 41.

I.2 DERECHO ROMANO

A) Matrimonio:

En la Antigua Roma, la Ley no dictó principio alguno acerca de esta formación del matrimonio. Los documentos jurídicos limitan a indicar que la manus se adquiriera por medio de la confarreatio, la coemptio y el usus; pero como el matrimonio y la manus debieron de confundirse en sus orígenes, claro está que la confarreatio, la coemptio y el usus fueron las formas más primitivas del matrimonio.

La confarreatio es un acto solemne que se verifica en presencia del Gran Pontífice, de la Sacerdotisa de Júpiter y de diez testigos, que representaban las diez curias en Roma.

La coemptio, esencialmente civil, es una venditio imaginaria llevada a efecto por medio de la emancipatio, que se separa de la confarreatio por el carácter religioso de ésta, aunque en ambas la manus nace en el mismo acto del matrimonio. La forma es la misma de adquirir las cosas preciosas, el libre pens y los cinco testigos, con la sola diferencia de que las palabras que se pronunciaban eran distintas. La mujer no se compraba liberorum causa, es decir, para tener hijos y no esclavos como los de una concubina servil, preguntándole en el acto si quería ser materfamilias, y a su

vez la mujer al marido si consentia en ser paterfamilias.

El usus es la adquisición por una especie de usuapio; lo que la caracteriza es la ausencia absoluta de formas. Relaciones sexuales que se transforman pasado un año en un matrimonio con manus, sin ninguna ceremonia, ni al -- comienzo ni al fin. La Ley de las Doce Tablas estableció un procedimiento mediante el cual podía la mujer interrumpir la prescripción, *usurpatio trinociti*, ausentándose tres noches seguidas del domicilio conyugal.

Consideradas la *confarreatio* y la *coemptio*, fácil es aceptar que fueron productos de la evolución de la ciudad, puesto que ambas producían los mismos efectos jurídicos, así, la *confarreatio*, por su carácter religioso, se nos presenta como un privilegio para los patricios; los plebeyos, como no gozaban de los auspicios de los dioses, se valían de la *coemptio*, forma mediante la cual se subsana ésta desigualdad. No sucede lo mismo en cuanto al *usus*, toda vez que es esencia de ésta la posibilidad de que la mujer pueda o no caer en *manus*, con lo que se atenta fuertemente contra la organización primitiva de la familia romana. El matrimonio sin *manus* es la base de una familia sin unidad, sin --- culto, sin patrimonio único, vale decir, opuesto diametralmente al ideal romano. El matrimonio libre no encaja en nada en la constitución fundamental del hogar en - - - -

Roma. (6)

B) Divorcio:

En Roma y dado que se reconocieron diferentes matrimonios, bueno será tratar esas distintas formas de matrimonio reconocidas por las leyes de la época, aun cuando no estuvieran debidamente reglamentadas por ella, como pasaba en el *contubernium* y en *concubinatio*.

En cuanto a la *Justae Nuptiae con manus*, cabe observar que la mujer no podía imponer el divorcio a su marido, pues carecía de poder para substraerse de la potestad de su esposo como quiera que el divorcio implicaba ese defecto, -- al igual que el hijo carecía de aptitud legal para substraerse al mismo poder paterno, siendo de recordar que la mujer, asumía situación análoga a la de los hijos, por lo que mira al marido, este si tenía la facultad de repudiar a su mujer dando fin así a la *manus*.

El origen del divorcio se remonta a las primeras edades de Roma como medio de disolución del matrimonio, pero en hecho la severidad de las costumbres y el respeto que el sentimiento nacional presentaba a la fidelidad conyugal habían impedido la práctica de esta costumbre entre los roma--

(6) RAMIREZ Mac Gregor Carlos, *El Matrimonio, Estudio Histórico y de Derecho Comparado*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1930, pág. 16

nos.

El divorcio, que consistía en la disolución del -- vínculo conyugal, podía tener lugar por mutuo consentimiento (bonna gratia) o por repudiación significada por un esposo a su cónyuge. Este principio subsistió para el divorcio bonna gratia, pero la Ley Julia de Augusto quiso que la repudia--- ción fuese hecha en presencia de siete testigos, ciudadanos romanos púberes, porque eran de efectos muy útiles por todo aspecto, fijan el momento preciso de la disolución. La sanción era la nulidad de la repudiación y del segundo matrimonio en su caso.

El divorcio tenía que resultar de la libre volun-- tad de los esposos, bajo la influencia del cristianismo, --- Justiniano suprimió el divorcio por el consentimiento mutuo, salvo que los esposos no quisieran observar continencia ---- absoluta, pero muy pronto se derogó esta decisión.

En cuanto al matrimonio sine manus, hay que apun-- tar que existió la más absoluta libertad de divorciarse. El matrimonio sine manus se consideraba como un estado de he--- cho, como cierto género de vida que suponía la aquiescencia mutua de los esposos. Cuando termina este acuerdo de voluntag des, por hecho de los esposos, el de uno sólo, marido o mu-- jer, el matrimonio daba fin; había un divorcio.

*Había dos clases de divorcio; el divorcio por mutuo consentimiento, o *divortium* propiamente dicho, y el divorcio por voluntad de uno de los esposos, o *repudium*. Por lo que el divorcio se practicaba libremente entre los esposos, sin que estuviera subordinado a ninguna forma especial ni a ninguna causa determinada.*

La autoridad pública no intervenía en Roma, ni para la celebración, ni para la disolución del matrimonio. Se casaban y se divorciaban con igual facilidad, como en la -- unión libre de nuestros días.

A pesar de los principios nuevos admitidos en materia de matrimonio por el cristianismo, especialmente sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, los emperadores cristianos no se atrevieron a suprimir, ni a limitar la facilidad del divorcio, por lo que se conservó el divorcio por mutuo consentimiento.

Es de hacer notar que en Roma tanto durante el Imperio como la República, el matrimonio fue siempre posible disolverlo por la voluntad concurrente de ambos cónyuges, -- advirtiéndose, que fue Roma uno de los Antiguos pueblos que -- con más brillantez y ciencia, se preocupó por elaborar un -- sistema, que alcanzó casi perfección, en materia de Derecho Civil, campo al que pertenece, por su propia naturaleza, to do lo relativo al matrimonio. En relación a la amplia liber

dad que en Roma se consedió en cuanto a la disolución del -- vínculo matrimonial, es como surge el divorcio por mutuo con sentimiento de los cónyuges, lo que no podría implicar, la libertad absoluta e irrestricta de éstos para liquidar o dar fin al vínculo que importa el matrimonio.

C) Patria Potestad :

En el Antiguo Derecho Romano, la patria potestad -- se caracterizó por ser un conjunto de derechos que le pertenecían al padre sobre la persona y los bienes de sus hijos -- legítimos. El paterfamilias de la época clásica tenía en Roma derechos que podía ejercer el padre, pero en ningún caso la madre y que nunca se extinguían, a no ser que el padre -- emancipara al hijo. (7)

Roma es la Institución jurídica de la patria potes--- tad, porque siempre se ha considerado al romano, como el de recho clásico. En él se inspiran todas las legislaciones románico bárbaras que gobernaron a los pueblos durante la --- Edad media.

La fuente natural de la patria potestad es el ma-- trimonio o "justae nuptiae", pero puede tener otras fuentes como la adopción y la legitimación, esta última en tiempo de

(7) VALENCIA Zea A., Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia, Editorial Temis, Bogota, 1970, pág. 371

los emperadores cristianos. Las "Justae nuptiae" era el matrimonio establecido y sancionado por el Derecho Civil. Sólo aquel que las había contraído podía gozar de los derechos de la patria potestad, puesto que los hijos que nacían del matrimonio justo estaban sometidos a su poder, eran "alieni juris".

Para contraer el matrimonio legal se necesitaban determinadas condiciones: pubertad de los esposos, consentimiento de los mismos, consentimiento de los padres y "connubium".

Connubium es poder - como dice Ulpiano - de tomar esposa según el Derecho.

Derecho especialísimo del cuidado romano; ni los peregrinos, ni los latinos, ni los esclavos tienen tal derecho. Ello se explica porque las justas nupcias tienen por fin la continuación de un rito jurídico-religioso creado especialmente por y para los ciudadanos romanos. Así pues, ---aquel que tiene el connubium puede contraer justas nupcias y los hijos que nazcan de ellos estarán sometidos a la patria potestad. Los hijos nacidos de cualquiera otra unión nacen "sui juris", es decir libres, y no sometidos a la potestad del padre. Por lo que la patria potestad sólo estaba instituida en beneficio del padre. Este tiene autoridad absoluta, por lo menos en los primeros tiempos, sobre la persona y

los bienes del hijo que es parte de su propiedad por lo que alguien llamó el "jus seminis".

El padre podía abandonar a sus hijos. Tal derecho le concede la Ley de "infantibus expositis" dictada al Año 347.

Tenía el poder de darlos en "mancipius". Es decir cederlos a un tercero para su servicio a cambio de un precio por un tiempo determinado, la potestad de hacer dar muerte a su hijo también estaba en manos del padre. Bajo el Imperio se abusó de tal manera de ese poder, que el gobierno superior hubo de intervenir en él de las relaciones familiares, para poner alto a la crueldad de los padres. "La patria potestad debe ser piedad y no atrocidades; nam patria potestad in pietate deber, nom in atrocitate consistere".

Al final del Imperio, Constantino publicó una ley que mandaba castigar como parricida a todo aquel que hubiere dado muerte a su hijo fueren cuales fueren los motivos. En el derecho romano, a partir de las Doce Tablas constituye esa extraña y persistente patria potestad en beneficio del padre antes que del hijo y de la que confesaba Gayo no ser especialísima de los ciudadanos romanos. Nunca perteneció la patria potestad a la mujer, pues la esposa estaba sometida a ella, es decir, no era sino una hija más bajo la auto-

ridad del Jefe de familia. (8)

Es cierto que las Constituciones de los Emperadores más tarde Jurisprudencia de los parlamentos la habían -- disminuido mucho, y que las costumbres la atenuaron aun más en su rigor, pero las reglas primitivas habían subsistido -- en algunos puntos esenciales.

1o. La patria potestad nunca pertenece a la madre.

2o. Se prolonga cualquiera que fuese la edad del -- hijo.

3o. El hijo no podía en principio, adquirir por su cuenta: salvo los peculios, todo pertenecía al padre, correspondiendo a éste el goce de los bienes cuya propiedad era -- del hijo.

4o. El hijo era incapaz de celebrar el contrato de mutuo y de testar.

A pesar del tiempo transcurrido y de las reformas operadas, en nada había cambiado el espíritu de la Institución: Continuaba siendo una especie de poder doméstico, establecido sobre todo, en interés del poder más que en el hijo, y al cual no se podía renunciar. (9)

(8) LEON Gabriel, Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad y en la Legislación Mexicana, Escuela Libre de Derecho, México, D.F., -- 1949, pág. 13

(9) MARCEL Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Introducción, Familia, Matrimonio, Editorial Cardenas Editores, México, D.F., 1991, pág. 15

I.3 DERECHO GERMANICO

A) Matrimonio:

El matrimonio, bajo la forma de la monogamia, existió en Germania; pero, lejos de ser una causa de subordinación de la mujer, como en Roma, parece más bien que era una especie de emancipación que la sustraja de la autoridad de la familia, sin que perdiera por ello su carácter de miembro de ésta, con la que seguía vinculada como antes. El matrimonio no modifica sensiblemente su condición; no la vincula con los parientes de su marido y, aunque le impone, -- sin duda, nuevos deberes, éstos quedan colocados en un orden jerárquico inferior a los que le impone su estado jurídico primitivo. El marido ejerce sobre ella un poder limitado, y al morir éste, la mujer vuelve a su familia de origen, a la cual nunca ha dejado de pertenecer.

El mundium, palabra genérica, aplicable a todos -- los casos de protección ejercida sobre un ser más débil, difiere profundamente de la patria potestad de los romanos, -- aunque Fustel de Coulanges, Summer Maine y otros sostienen que el mundium era una Institución idéntica con igual extensión de facultades. Sea cual fuera la naturaleza del mundium, considerado como poder absoluto o como poder protector, éste era transmitido al marido por medio del matrimonio, quien lo compraba a su padre, sus parientes o su tutor.

Para Meynial, lo que se compra no es el mundium, ni mucho -- menos la mujer; el consentimiento, es decir, la no oposición del matrimonio, pues, de lo contrario este derecho debía pasar, como cualquier otro derecho, a los herederos del marido, cuando en realidad la mujer vuelva a formar parte de su familia de origen. El precio de la cesión del mundium, que se llamaba *pretium nuptiale*, debía ser pagado por el novio -- antes del matrimonio, y si primitivamente éste se atribuía -- al padre, se puede presumir que una parte de él fuera atribuida a la mujer un concepto de dote, independientemente de la *faderfun*, o sea, una cantidad de bienes que el padre donaba. Otra Institución de bienes establecidos a favor de la -- mujer es la *morgengabe*, llamada donación de la mañana, por -- que se constituía por el marido al día siguiente de las nupcias, y que para algunos es la misma dote.

El matrimonio se disolvía como en Roma, por repudio y por divorcio. El marido tenía el derecho de repudiar a su mujer; solamente que, cuando lo hacía sin causa justa, estaba sujeto a ciertas formalidades. La mujer, en cambio, no -- tenía facultad de abandonar a su marido sino en casos graves y específicamente determinados.

El divorcio se permitía por mutuo consentimiento y por voluntad de un sólo cónyuge. Sin embargo, el marido que rompía el vínculo perdía el precio pagado, y así era la mujer a quién, el marido tenía derecho a la restitución del --

precio. Bajo la influencia de la Iglesia se impuso, en este caso, a la mujer la obligación de retirarse a un monasterio o a otro lugar semejante, donde debía vivir en completa castidad. (10)

B) Divorcio :

La ordenación uniforme del derecho sustantivo de --divorcio, reconociendo como causas de ruptura del vínculo :
 a) El adulterio; b) El atentado contra la vida; c) El abandono malicioso y; d) La perturbación culpable del matrimonio --como consecuencia de la infracción grave de los deberes matrimoniales en virtud de conducta deshonrosa e inmoral. Junto a estos casos de divorcio sanción, se incluyó la enfermedad mental incurable. El matrimonio puede disolverse por --divorcio, cuando ha fracasado y se entiende que ha fracasado cuando ha finalizado la comunidad de vida de los cónyuges y no puede esperarse que se restablezca. (11)

C) Patria Potestad :

La potestad del padre recibe en el Derecho Germánico el nombre de Munt y significa un derecho y deber de protección.

(10) RAMIREZ Mac Gregor Carlos, *Ibid.* pág. 39

(11) CHAVEZ Ascencio Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1985, --pág. 420

En el Derecho germánico, en efecto, las amplias -- facultades que el padre ostente sobre la persona del hijo -- recuerdan las de la originaria potestad del Derecho romano. El padre tenía el derecho de exponer al hijo inmediatamente después del nacimiento; el de castigarle a su arbitrio; el de venderlo en caso de necesidad o por pena e incluso matarle, de disponer su matrimonio y el de representarle en el -- proceso. En cuanto a los bienes, al hijo se le reconocía ca pacidad matrimonial; pero el padre, como señor del munt sobre el hijo, tenía también la potestad sobre el patrimonio -- de éste, tomando dicho patrimonio en su Gewerw, administra-- ción y aprovechamiento. En orden, en fin, a la duración del poder, la potestad del padre terminaba siempre al separarse el hijo de la comunidad doméstica paterna.

Al evolucionar el Derecho Germánico, se suprimie-- ron o modificaron, por influencia del cristianismo, algunas de las facultades paternas. El derecho de exposición fue, -- así, suprimido; y el de disponer el matrimonio de las hijas se convirtió en un simple derecho de consentimiento. Las re laciones paternas se transformaron, también, por influen-- cia del derecho romano, al aplicarse el patrimonio del hijo la doctrina romana de los peculios, siquiera fuese bastante modificada. Y la extinción de la patria potestad se admi-- tió en los casos en que el hijo entrara en una relación de -- servicios. De este modo la patria potestad fue, en definiti--

va, un poder temporal, que cesaba al hacerse el hijo independiente. (12)

La patria potestad de la madre aparece en el derecho germánico en la doble dirección de atribución de aquélla en defecto del padre y de coparticipación en aquélla con la madre. El derecho germánico hace recaer el poder paternal - sobre la cabeza del padre y de la madre "par la nature et -- raison si l'un des père er mère a voulrie, l'a". Para Sanchez Roman, esta coparticipación de ambos padres es lo más - notable en orden de la autoridad sobre los hijos en los pueblos septentrionales.

I.4 DERECHO FRANCES

A) Matrimonio:

El pensamiento cristiano dejó huellas profundas, - pero con la revolución francesa en 1789 se dió un gran paso atrás en materia familiar al quitarle al matrimonio su carácter religioso y conceptualarla como un contrato, el cual se -- consideraba como la simple manifestación del consentimiento, y se mina la principal fuente de la familia.

Sin embargo esta situación no fue duradera. Una dé

(12) CASTAN Tóbeñas José, Derecho Civil Español. Común y Foral, Tomo - IV, Derecho de Familia, Relaciones Paterno Filiales, Editorial --- Reus, Madrid, 1944, pág. 20.

cada más tarde cuando se discutía el Proyecto del Código Civil Frances. Portalis sostuvo que la naturaleza asociaba al hombre por medio del matrimonio a su obra creadora y que las nupcias llevaban implícitas un carácter de permanencia para el logro de su doble fin de organizar la familia y perpetuar la especie. Y así fue como el Código de Napoleón --- adoptando una postura transaccional, si bien mantuvo la secularización del matrimonio y admitió el divorcio, solamente lo hizo para casos excepcionales, llegándose más tarde, en 1816 cuando cae Napoleón, a su total supresión.

El Código de Napoleón fue una combinación entre el derecho antiguo y revolucionario. Respecto del matrimonio, la Constitución en su Título II, Artículo 7, señalaba: "La Ley únicamente considera el matrimonio como un contrato civil".

Por esta época la Reforma venía afirmando la autoridad del poder civil en tema de matrimonio, y esta postura, junto con la de los países católicos de no reconocer otra forma matrimonial que la canónica, creó un problema en toda Europa; si se consideraba la unidad de forma matrimonial, ni los protestantes podían contraer matrimonio en país católico, ni los católicos en país protestante. El remedio fue el matrimonio civil subsidiario, que facilitaba una forma matrimonial a los disidentes del culto oficial. A la vez, la tendencia a la secularización fue introduciendo el matri

monio civil obligatorio, en países católicos y luego reconocido por el Código de Napoleón como única forma posible: dicho texto legal establece, incluso, su procedencia obligatoria, prohibiendo a los ministros de cualquier culto llenar -- anteriormente la forma religiosa. El matrimonio civil se generalizó en el siglo XIX, bien en forma única, bien como ---- electivo. (13)

B) Divorcio:

En Francia donde al igual que en muchas otras partes del mundo civilizado se sucitó la cuestión de si debía -- permitirse o no el divorcio como institución legal, desde el Siglo IX había triunfado la causa de los que negaban la procedencia de la institución. La Revolución Francesa, después -- de haber secularizado el matrimonio y declarado, según la --- Constitución del 3 de septiembre de 1719 "que la Ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil", estable-- cío el divorcio por la famosa ley del 20 de septiembre de --- 1972.

La facultad de divorciarse resulta de la libertad - individual que se perdería por un compromiso indisoluble. Con lógica implícita deduce la ley las consecuencias de esta --- afirmación. Y así en primer lugar, el matrimonio como todo --

(13) Ibid, pág. 44

contrato debe poder deshacerse por la voluntad concorde al -
 Matuus dessensus de los contratantes por consiguiente, la --
 Ley autoriza el divorcio por mutuo consentimiento y permitia
 a los dos esposos romper su unión por una simple decisión --
 del oficial del estado civil.

En segundo lugar, como la voluntad de uno de los es-
 posos no puede estar encadenada indefinidamente por la del -
 otro, la ley autoriza el divorcio, demanda de una de las ---
 partes por causas determinadas muy variadas y numerosas. A pe-
 sar de la multiplicidad de las causas de divorcio se creyó
 necesario dar nuevas facilidades, un decreto posterior 4-9 -
 Floreal, año II concluyó, de dar al matrimonio la fisonomía
 de unión libre, al decir que el oficial podría conceder el -
 divorcio ante una simple acta de notoriedad expedida por el
 consejo general del Municipio o ante el testimonio de seis -
 ciudadanos que declararían que los esposos se encontraban se-
 parados hace seis meses al menos.

El Derecho revolucionario no contentó con derribar
 la tradición por el restablecimiento del divorcio, suprimió
 la separación de cuerpos, como Institución, atacada por su -
 origen de carácter profesional. En adelante (decía el Artícu-
 lo 7 de la Ley del 20 de septiembre de 1792) no podrá conce-
 derse ninguna separación de cuerpos, los esposos no podrán -
 ser desunidos más que por el divorcio.

El Código Civil no suprimió el divorcio: la influencia de Bonaparte fué factor en su conservación. Pero se tomaron precauciones para poner fin a los abusos. Las causas fueron numerosas, el divorcio por incompatibilidad de caracteres fue suprimido: se hizo más difícil el divorcio por mutuo consentimiento, en fin el acceso al divorcio se hizo menos fácil, por el hecho de un procedimiento largo y complicado. El promedio de divorcios en París disminuyó.

Como puede apreciarse, que si bien fué producto de la Revolución, que se implantará el divorcio y aún que se permitiera por el simple consentimiento de los cónyuges, es de notar que la ley que facultó tal disolución no fué producto del desbordamiento consecuente e inmediato de la misma, sino que se produjo con reposo, algún tiempo después 1792. Los redactores del Código Civil, mantuvieron la institución del divorcio, pero con miras absolutamente diferentes de las del legislador revolucionario. Vuelve a afirmarse al principio de la indisolubilidad del matrimonio, considerándola no solamente como un ideal, sino como una regla que no puede derogarse más que en casos excepcionales.

El Divorcio por mutuo acuerdo siguió autorizado, pero con un carácter diferente del que había presentado bajo la ley de 1792. Ya no es el mutuo acuerdo de los esposos, el mutus dissensus modo de disolución normal de todos los contratos y por consiguiente del matrimonio, es más bien una presun

ción que denota la existencia de otra causa determinada y un medio de disimularla a la malicia del público.

C) Patria Potestad:

La Institución de la Patria Potestad tiene su raigambre en las costumbres generales de los hombres y en la naturaleza de los mismos. La historia de la Institución jurídica "Patria Potestad", debe ser estudiada en los textos jurídicos y en las relaciones de costumbre jurídicamente sancionada. El desarrollo de las costumbres generales de los hombres que dieron origen a la patria potestad, se encuentra la organización patriarcal resultado necesario de la circunstancias. Constituido el varón en la autoridad, sus hijos le estaban sometidos. Cuando los hijos contraían matrimonio -- seguían viviendo bajo la autoridad del padre, de ellos y sus hijos.

La historia de las normas que delimitan y fijaron los deberes del padre para con los hijos, el conjunto de esas normas es lo que ha venido a llamarse: Institución Jurídica de la Patria Potestad.

CAPITULO II

MATRIMONIO

II.1 CONCEPTO:

Para definir al matrimonio, es conveniente hablar muy brevemente de los esponsales.

Esponsales, palabra que proviene de la voz latina spondeo, que significa promesa de futuras nupcias, de donde emana el nombre de esposa y esposo, que se les da a los cónyuges, en razón de la promesa que se hicieron de contraer matrimonio.

En el Derecho Civil, la palabra esponsales, se refiere a la sponsalia de futuro, compromiso formal dado por escrito y aceptado por el otro interesado, de contraer matrimonio entre sí.

El Artículo 139 del Código Civil para el Distrito Federal define a los esponsales como:

"La promesa para contraer matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye a los esponsales".

Es requisito para la validez de los esponsales, -- que quienes los celebran, tengan capacidad para contraer matrimonio (Artículo 140 del Código Civil). La capacidad para contraer matrimonio se adquiere a los dieciséis años cumplidos en el hombre y a los catorce años cumplidos en la mujer (Artículo 148 del Código Civil). Cuando los prometidos son

menores de dieciocho años, aun cuando tengan aptitud para --
contraer matrimonio, requieren del consentimiento de sus re--
presentantes legales (Artículo 141, 646 y 647 del Código Ci--
vil).

Los esponsales no producen la obligación de con---
traer matrimonio, ni puede estipularse pena alguna por no --
cumplir la promesa. Esto quiere decir que no puede forzarse
a cumplir con la palabra empeñada a aquella persona que des--
pués de otorgar esponsales, se niega a celebrar el matrimo--
nio prometido, los prometidos en matrimonio, tienen siempre
la posibilidad de retractarse de los esponsales otorgados, -
hasta el momento mismo de la celebración del matrimonio.

La ruptura sin justa causa, de los esponsales o --
del hecho de que definitivamente no dar cumplimiento a la --
promesa otorgada produce los siguientes efectos: El de re--
sarcir a su prometido los gastos que éste hubiere hecho, con
motivo del matrimonio, que se había ofrecido. Deberá indem--
nizar a la prometida a título de separación moral, con una -
cantidad de dinero que será fijada por el Juez. Si el matri--
monio no se celebra, podrán exigirse mutuamente la devolu---
ción de todos aquellos bienes que se hubieron donado, con --
motivo del matrimonio que al fin no se celebró. Por lo que
podemos concluir que los esponsales son aquellas personas de
diferente sexo que se comprometen formalmente por escrito a
contraer matrimonio. Así pues la validez de los esponsales

requiere:

- a) *Edad para contraer matrimonio*
- b) *Forma escrita*
- c) *Aceptación del compromiso y,*
- d) *En su caso, el consentimiento de los representantes legales, de los prometidos en el caso de que uno o ambos sean menores de edad.*

La palabra matrimonio deriva de la voz latina matrimonium, que significa "Carga de la madre", aunque la realidad para nuestro tiempo es otra, ya que las cargas en los pilares de la familia; para la madre son la maternidad y para el padre la manutención del hogar, y para ambos el apoyarse al cuidado, crianza de los hijos y a la organización del hogar.

Sara Montero Duhalt, adopta el concepto genérico de matrimonio: "Forma legal de constituir la familia a través de la unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el derecho". (14)

No está por demás mencionar que en la anterior definición se especifica que el fin del matrimonio es el de --

(14) *MONTERO Duhalt Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A., - México, D.F., 1990, pág. 96.*

constituir una familia a través de la unión de dos o más -- personas de sexo distinto, conviene manifestar que el término dos, no es aplicable a nivel mundial ya que en algunos -- pueblos aun existen matrimonios poligámicos, en cuanto al -- sexo hasta el momento deben ser opuestos (hombre y mujer), -- aunque moderadamente empiezan a surgir formas aberrantes de matrimonio entre homosexuales.

El matrimonio, como todo acto jurídico, debe cumplir con requisitos necesarios para su validez, como son: -- Elementos de existencia o esenciales para que surja a la vida jurídica, y por elementos de validez, para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a la nulidad.

Los elementos de existencia del acto jurídico que deben mencionarse para el matrimonio son:

- a) La voluntad de los contrayentes
- b) El Objeto y,
- c) Las solemnidades requeridas por la Ley.

En cuanto a los elementos de validez tenemos:

- a) La capacidad de las partes
- b) Ausencia de vicios de la voluntad
- c) Lícitud en el objeto y
- d) Formalidades.

II.2 ELEMENTOS DE EXISTENCIA

II.2 Voluntad de los Contrayentes:

El matrimonio es un acto jurídico bilateral que requiere del consentimiento expreso de los contrayentes. Esta se manifiesta en la solicitud de matrimonio que se presenta ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los pretendientes, y en la ceremonia de la boda al contestar "Si" a la pregunta del Juez en el sentido de que si acepta a la persona con quién se va a casar. El matrimonio es un acto libre, por lo que aun habiéndose expresado previamente por escrito a través de la solicitud de matrimonio, es necesario ratificar, verbalmente y de presente (contrayentes o por medio de apoderado) ante la autoridad del Registro Civil. Si en el momento de la pregunta uno de los contrayentes -- (o los dos) contestarán negativamente, o se abstuvieran de contestar, el matrimonio no tendrá efecto.

Nadie puede ser casado contra su voluntad, la libre voluntad de los cónyuges no puede ser suplida ni por el ordenamiento jurídico, ni por la voluntad de los padres de los contrayentes; sólo estos pueden expresar la voluntad libre -- que al coincidir con la del otro contrayente crea, como causa, el vínculo matrimonial. No es necesario para la voluntad que ambos tengan presente explícitamente en el momento de contraer todas las finalidades del matrimonio. Sólo es necesario para que el matrimonio sea válido, que ambos contrayentes

no ignoren que el matrimonio es una sociedad permanente entre el hombre y la mujer para engendrar hijos y ayudarse entre sí. Ese conocimiento se presupone en todas las personas naturalmente capaces, después de la pubertad.

II.2.2 El Objeto:

La Ley de Relaciones Familiares de 1917, en su Artículo 13 definía al matrimonio por su objeto:

"El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Lo define no como un contrato social, sino como un contrato civil de acuerdo con la definición Constitucional, y agrego que es vínculo disoluble que tiene por objeto perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

El perpetuar la especie ahora ya no se considera - el objeto determinante por el que se contrae matrimonio, y - del cual el Código Civil Vigente se abstiene de definir y -- únicamente establece los derechos y deberes que se adquieren por el matrimonio. En razón, de que son válidos los matrimonios entre personas de edad mayor o que por particulares circunstancias, no pueden o desean procrear hijos, está última se encuentra respaldada por el Artículo 40. Constitucional -

y reproducida en el Código Civil en el Artículo 162, Párrafo II que estipula:

"Toda persona tiene derecho a decidir - de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de - sus hijos".

Se debe también manifestar como objeto del matrimonio, el deber a que los cónyuges están obligados y el cual - se establece en el Párrafo I del mismo Artículo 162:

"Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno con su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente".

En otras palabras el objeto del matrimonio consiste en que tanto el hombre como la mujer, hagan vida en común, que deberá estar sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por su propia voluntad, y que consistirá en la creación de derechos y obligaciones - entre los cónyuges y en relación con los hijos.

II.2.3 Solemnidades requeridas por la Ley:

El Artículo 146 del Código Civil establece:

"El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades que ella exige".

En cuanto a su definición es un contrato solemne, -
 pues requiere de la intervención de una autoridad, de ciertas palabras expresas y del levantamiento de una acta que --
 incluye ciertos requisitos forzosos.

El Código Civil, expone en que consiste la solemnidad en el Artículo 102 del citado Código, segundo parrafo, -
 que a la letra dice:

"El Juez del Registro Civil leera en -
 voz alta la solicitud de matrimonio, -
 los documentos que con ella se hayan -
 presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes -
 si es su voluntad unirse en matrimonio, si están conformes, los declarará unidos en nombre de la Ley y de la sociedad".

La segunda de las solemnidades está referida en el -
 Artículo 103 en las Fracciones I, VI y el Parrafo final, que establecen:

Fracción I:

Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los -
 contrayentes;

Fracción II:

La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la sociedad.

El acta será firmada por el Juez del - Registro Civil, los contrayentes, los testigos y las demás personas que hu-- bieran intervenido si supieren y pudie-- ren hacerlo.

En el acto se imprimirán las huellas - digitales de los contrayentes.

El matrimonio es un acto solemne y por lo tanto, - las declaraciones de voluntad de los contrayentes deben re-- vestir la forma y ritual que la Ley establece, en ausencia - de la cual, el acto de celebración del matrimonio, será ---- inexistente.

II.3 ELEMENTOS DE VALIDEZ

II.3.1 Capacidad de las Partes:

La capacidad de las partes en cuanto al matrimonio se establece en el Artículo 148 del Código Civil para el Dis-- trito Federal, la edad mínima para la mujer es de catorce y dieciséis años para el hombre.

Se exige que las personas cuenten con el desarrollo

sexual llamado pubertad, este varia, ya que puede darse precozmente o con atraso, dependiendo del medio, geográfico, de los hábitos alimenticios, de la herencia y de muchos factores más, y de la cuál el derecho toma el promedio más cercano a la realidad.

Los menores de edad para celebrar el acto del matrimonio requieren del consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad y tutela (Artículo 149 y 150 del -- Código Civil). Cuando los ascendientes o tutores niegan la autorización sin justa causa, puede suplir esta la autoridad administrativa, la cual se establece en el Artículo 151 del Código Civil, que a la letra dice:

"Los interesados pueden recurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados, según el caso, - cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el -- que hubieren concedido. Las mencionadas autoridades después de levantar una información sobre el particular, suplirán o no el consentimiento".

Cuando falten los padres o tutores, el Juez de lo - Familiar de la residencia del menor, podrá prestar el consentimiento para que pueda realizarse validamente el acto, mediante una jurisdicción voluntaria que se debe promover.

II.3.2 Ausencia de Vicios de la Voluntad:

En el matrimonio sólo pueden darse dos de los vicios de la voluntad, el error y no cualquier tipo de error, sino el de identidad y la intimidación o violencia.

Error; la voluntad debe estar exenta de vicios, - el error vicia el consentimiento, si recae sobre la persona del contrayente, es decir, sobre persona distinta a aquella con la que se desea unir. Y sólo puede darse en los matrimonios que se realizan por medio o a través de apoderado, o en el caso de gemelos idénticos.

Violencia; es el segundo vicio de la voluntad que puede invocarse para pedir la nulidad del matrimonio. "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contrato (de su cónyuge) de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado" -- (Artículo 1819 del Código Civil).

La violencia que consiste en la fuerza o miedo -- graves, tiene especial importancia en el caso del rapto; y la cual se encuentra establecida en el Artículo 156, Fracción VII;

"Son impedimentos para celebrar el con-

trato de matrimonio:

La fuerza o miedo graves. En caso de raptó subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras --- ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente puede manifestar su voluntad".

El raptó configura también un delito, establecido en el Código Penal para el Distrito Federal, en los Artículos 267 a 271. Tipifica el Artículo 267 al delito de raptó como:

"El apoderamiento de una persona, por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse".

II.3.3 Licitud en el Objeto:

Consiste en que el matrimonio se efectúe sólo entre personas que no tienen prohibiciones legales para llevarlo -- acabo. Y están establecidas como impedimentos en las Fracciones del Artículo 156 del Código Civil:

Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

I. La Falta de edad requerida por la Ley, cuando no haya sido dispensada.

Catorce años para la mujer y dieciséis para el hombre, y pueden conceder las dispensas de edad por causas graves justificadas el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados.

II. La falta de consentimiento del que, o los -- que ejerzan la patria potestad; el tutor o el Juez en sus -- respectivos casos:

Se refiere a los padres o tutor según sea el -- caso, cuando no autorizan se celebre el matrimonio, por ser -- menores de edad.

III. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o -- descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se -- extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral -- desigual el impedimento se extiende solamente a los tíos y -- sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan ob-- tenido dispensa;

IV. El parentesco de afinidad en línea recta, -- sin limitación alguna;

V. El adulterio habido entre las personas que -- pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido -- judicialmente comprobado;

VI. El atentado contra la vida de alguno de los -- casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

VII. *La fuerza o miedo graves. En el caso del raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad, (el cual ya fue expuesto como vicio de la voluntad).*

VIII. *La impotencia para la cópula; y las enfermedades crónicas e incurables que sean además, contagiosas o hereditarias.*

La falta de satisfacción sexual de cada uno de los cónyuges o padecer enfermedades contagiosas como sífilis, síndrome de inmuno deficiencia adquirida (SIDA) que aun no está regulado en la Ley pero que está comprobada su peligrosidad, son por ejemplo, impedimentos para contraer matrimonio, y se determinan mediante los exámenes médicos solicitados a los contrayentes.

IX. *Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la Fracción II del Artículo 450 del Código Civil:*

Los estados de incapacidad a los que referimos son el natural y el legal; es cuando los mayores de edad están disminuidos y perturbados de su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos

o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que esto les provoque, no pueden gobernarse por sí mismos, o manifestar su voluntad - por algún medio.

X. El matrimonio subsiste con persona distinta de aquella con quién se puede contraer.

De estos impedimentos sólo dos son los indispensables, la falta de edad y el parentesco por consanguinidad en línea colateral desigual.

Entre los contrayentes debe existir el vínculo de la tutela y curaduría, el matrimonio debe celebrarse con la autorización del Juez de lo Familiar para celebrarlo, sin -- esta autorización es ilícito.

Debe haber transcurrido el plazo de trescientos -- días después de haber sido disuelto el primer matrimonio, o sea en los casos de muerte del marido, divorcio o nulidad, - durante el cual la mujer no debe contraer el segundo matrimo nio. Cuando no han transcurrido los plazos, en caso de di-- vorcio, que se impone a los divorciados, ya sea que se trate de un divorcio contencioso o de divorcio voluntario, para -- que pueden contraer nuevas nupcias (Artículo 289 del Código Civil).

II.3.4 Formalidades:

Las formalidades previas al matrimonio están contenidas en los Artículos 97 a 101 del Código Civil.

Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes, que deberá contener los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de los padres, si estos fueren conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de esta. Manifiestar que no tiene impedimento legal para casarse y que su voluntad es unirse en matrimonio, el escrito que contenga toda esta información deberá ser firmado por los solicitantes, y si alguno no pudiera o no supiere escribir lo hará otra persona conocida, mayor de edad y vecina del lugar.

Actualmente la mayoría de las oficinas del Registro Civil, cuentan con un formato establecido que únicamente debe llenarse y anexar la siguiente documentación:

El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciséis

años y la mujer mayor de catorce, la constancia de que pres-
tan su consentimiento para que el matrimonio se celebre, de-
los padres cuando el hijo o la hija no cumple con la edad mí-
nima requerida, a falta de estos o por impedimento, los abue-
los paternos y a falta o por imposibilidad de los anteriores,
los abuelos maternos en caso de que ambos o uno sobrevivan. -
A falta de los padres y abuelos necesitarán el consentimiento
de los tutores y a falta de éstos del Juez de lo Familiar de
la residencia del menor. Los interesados pueden acudir al --
Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados,
cuando tanto los ascendientes o tutores nieguen su consenti-
miento. Se requiere además de la declaración de dos testigos
mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste
que no tienen impedimento legal para casarse. Si no hubiere
dos testigos que conozcan a ambos pretendientes deberán pre-
sentarse dos testigos por cada uno de ellos.

Un certificado suscrito por un médico titulado que -
asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendien-
tes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna --
crónica e incurable, que sea además, contagiosa y heredita---
ria.

Deberán anexar convenio que expresará si el matrimo-
nio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo -
el de separación de bienes. Si los pretendientes son meno-
res de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo -

consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio.

Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido - si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad del matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente. Finalmente copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.

Puede darse el caso de que los pretendientes, por falta de conocimiento no puedan redactar el convenio que establece el régimen de sociedad por el que se casarán, el Juez del Registro Civil, tendrá la obligación de redactarlo, con los datos que los mismos pretendientes le suministren.

El Juez del Registro Civil a quien se presente la solicitud de matrimonio, y verifique que reuna los requisitos ya establecidos, hará que los pretendientes y los ascendientes o tutores que deben presentar su consentimiento, conozcan ante él y por separado sus firmas. Los testigos mayores de edad que les conste que no tienen impedimento para casarse declararán bajo protesta de decir verdad; ante el mismo Juez del Registro Civil. Y se cerciorará de la autenticidad del certificado médico presentado.

Una vez establecidas estas formalidades el matrimonio se celebrará dentro de los ocho días siguientes, en el -

lugar, día y hora que señale el Juez del Registro Civil.

Las formalidades establecidas para el momento de la celebración del matrimonio, estan estipuladas en los Artículos 102 y 103 del Código Civil.

Los pretendientes o su apoderado especial constituido y dos testigos por cada uno de ellos, que acrediten su identidad, deberán estar presentes en el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio. Acto continuo el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la Ley y de la sociedad.

Reunido lo anterior el Juez levantará el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes; si son mayores o menores de edad; los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres; el consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores o de las autoridades que deban suplirlo; que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

la declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la Ley y de la sociedad; el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes; los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son, en qué grado y en qué línea; que si cumplieron con las formalidades exigidas por el Artículo --- 102 del Código Civil.

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos, y demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo. En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.

C A P I T U L O I I I

DIVORCIO VOLUNTARIO

III.1. CONCEPTO:

La palabra divorcio proviene del Latín *divortium*, que significa disolución del matrimonio. Forma sustantiva - del antiguo *divortiere*, que significa separarse (*direiteración; voltere, dar vueltas*). Según el pensamiento etimológico, el divorcio significa "dos sendas que se apartan del camino". En el sentido jurídico, abarca dos posibilidades; la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo. (15)

El Divorcio es el único medio eficaz, para establecer la paz hay que dar a cada uno su libertad, como antes -- del matrimonio. La ventaja del divorcio es hacer posible -- otro matrimonio a los esposos desunidos. Se objeta a esta -- ventaja el interés de los hijos. y es cierto que son sacrificados en el Divorcio. (16)

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884, se reglamentó el divorcio voluntario en los Artículos 246 y 231, se señalaba que cuando ambos consortes convinieren en divorciarse en cuanto al lecho y habitación sólo podría lograrse ocurriendo por escrito al Juez. Y no podía pedirse "sino pasados dos años de la celebración del matrimonio". El Código -

(15) ROJINA Villegas Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia*, Tomo II, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1987, pág. 383.

(16) MARCEL Planiol y Ripert. *Ibid.* pág. 371

de 1870 agregaba que el divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad. Solicitada la separación, en el Código de 1790 debía dejarse pasar tres meses y un mes en el de 1884, para que después cualquiera de los cónyuges pidiera la resolución judicial. (17)

La Ley de Relaciones Familiares estableció por primera vez en México, la disolución del matrimonio, mediante resolución judicial, a instancia de ambos cónyuges que declararán su voluntad concorde de querer divorciarse. (18)

La Ley que estableció en México el Divorcio en --- cuanto al vínculo fue expedida en el Puerto de Veracruz por el primer Jefe del Ejército Constitucionalista, C. Venustiano Carranza, el día 12 de abril de 1917. (19)

El Código Civil Vigente en el Distrito Federal, -- adopta el mismo sistema y además habilita dos vías de divorcio por voluntad de los consortes. Una de ellas, por medio de un procedimiento Civil, que se conoce con el nombre de -- Divorcio Administrativo y otro procedimiento, que los cónyuges deben tramitar ante la autoridad judicial en la vía de -- jurisdicción voluntaria, Divorcio Voluntario o por Mutuo Con

(17) CHAVEZ Ascencio Manuel F., Ibid. pág. 451

(18) GALINDO Garfias Ignacio, Ibid. pág. 371

(19) PALLARES Eduardo, El Divorcio en México, Editorial Porrúa, S.A., - México, D.F., 1991, pág. 35

sentimiento.

En cuanto al concepto jurídico, el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio -- válido.

Sara Montero Duhalt, establece como concepto jurídico del divorcio: "La disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por la autoridad competente - ante la solicitud por mutuo acuerdo de los cónyuges". (20)

El Artículo 266 del Código Civil establece:

"El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

El Artículo 267 en su Fracción XVII establece la causal de divorcio por mutuo consentimiento.

El Código Civil regula dos formas de divorcio, dependiendo de la autoridad ante quien se trámite; el divorcio voluntario administrativo, que se solicita ante el Juez del Registro Civil (autoridad administrativa), y el divorcio voluntario judicial interpuesto ante el Juez de lo Familiar.

(20) MONTERO Duhalt Sara, Ibid. pág. 254

III.2 REQUISITOS:

El Artículo 272 señala los requisitos y características del Divorcio Voluntario Administrativo:

- 1o. Que ambos cónyuges convengan en divorciarse.
- 2o. Que ambos sean mayores de edad.
- 3o. Que no tengan hijos.
- 4o. Que hayan liquidado la sociedad conyugal.
- 5o. Que tengan más de un año de casados (Artículo 274 del Código Civil).

Cuando los cónyuges que quieren divorciarse por mutuo consentimiento y tienen hijos, o sean menores de edad, - tienen que recurrir al Juez de lo Familiar de su domicilio, para solicitar el divorcio, y deberán reunir los siguientes requisitos:

- 1o. Que los cónyuges convengan en divorciarse (solicitud).
- 2o. Que tengan hijos (copias certificadas de actas de nacimiento) o;
- 3o. Sean menores de edad.
- 4o. Recurrir ante el Juez de lo Familiar que corresponda a su domicilio.
- 5o. Tener más de un año de casados (copia certificada del acta de matrimonio).

Con la solicitud de divorcio y los anteriores requisitos debe adjuntarse un convenio, base del divorcio, establecido en el Artículo 273 del Código Civil, en el que se fijan los siguientes aspectos:

1o. La persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, pudiendo ser uno de los mismos cónyuges u otra persona que se designe.

2o. El modo de cubrir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento, como después;

3o. El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

4o. Los alimentos que un cónyuge dará al otro, en los términos del Artículo 288, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse.

El párrafo segundo del Artículo 288 establece; en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. El mismo derecho tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se -

una en concubinato.

5o. La forma de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidarla al ejecutoriarse el divorcio.

Debe observarse que el convenio, aún cuando exista acuerdo entre las partes, se requiere para su validez la -- aprobación del Juez de lo Familiar que conoce del divorcio y que sin esta autorización no puede decretar la disolución -- del vínculo matrimonial, mientras no hayan quedado debidamente garantizados los derechos de los hijos y su situación, -- guarda, así como los alimentos que debe prestar el cónyuge -- al otro durante el procedimiento y después de decretado el -- divorcio y las necesidades de los hijos.

III.3 PARTES:

En el divorcio voluntario se puede hablar de tres:

1o. Los cónyuges que por mutuo acuerdo han decidido divorciarse.

2o. El Juez de lo Familiar a quien se presentará -- la solicitud de divorcio (anexando copias certificadas de -- las actas de matrimonio y nacimiento de los hijos, etc.).

Es la parte que dará inicio al procedimiento de divorcio voluntario.

3o. El Ministerio Público, representante cuya --

función es velar por los intereses de los hijos, quien estará presente en las juntas de avenencia, y cuidará de las formalidades esenciales del procedimiento.

III.4 PROCEDIMIENTO:

El procedimiento se establece y se exige en los -- Artículos 674 y 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Los cónyuges que deseen divorciarse por mutuo consentimiento deben acudir al Juez de lo Familiar de su domicilio o competente, presentando el convenio, y adjuntando copias certificadas de las actas de nacimiento de los hijos menores y del matrimonio.

Recibidas la solicitud, el Tribunal cita a los --- cónyuges y al Ministerio Público a una primera Junta de Avenencia, en donde los cónyuges deberán identificarse plenamente ante el Juez, que se efectuará después de los ocho días - y antes de los quince de admitida la solicitud.

El Juez exhortará a los interesados a procurar una reconciliación. Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente el convenio oyendo previamente el Juez todas las disposiciones del Ministerio Público. Los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aque---

llos, y de los que el cónyuge deba dar al otro mientras dura el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento.

Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el Tribunal a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada. En la misma el Juez volverá a exhortar a la reconciliación de los cónyuges. Si esta no se logra, y en el divorcio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el Tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia de divorcio y decidirá sobre el convenio presentado.

Los cónyuges pueden hacerse presentar por procurador o apoderado excepto en las juntas de avenencia en que se requiere su comparecencia personal, tomando en cuenta que la finalidad que persigue la Ley, es que el Juez exhorte directamente a los consortes para procurar avenirlos.

Es evidente que la intervención del procurador o apoderado podrá hacer que no se cumpla plenamente con la finalidad, si el Juez cumple con su deber de hablar directamente a los sentimientos, a la conciencia de los cónyuges para procurar avenirlos. El apoderado o procurador juzgará el asunto de una manera impersonal, fría y no se logra el efec-

to que la Ley persigue de procurar por el Juez la reconciliación.

Estamos aquí en presencia de un acto que debe ser personalísimo, y que sería inexistente el poder que se otorgase para comparecer ante las juntas de divorcio, justamente porque el objeto directo de este acto jurídico, resulta imposible.

El Artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles, impide que se conceda la representación, de los consortes por apoderado en el divorcio voluntario, dicho precepto establece:

"Los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador a las juntas a que se refieren los Artículos 675 y 676".

El cónyuge menor de edad, igual que en el divorcio necesario, necesita de un tutor especial durante todo el trámite de divorcio voluntario.

En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el Tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente.

De la misma manera, la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado -

en que se encuentre si aún no hubiere sentencia ejecutoria--
da. En este caso no podrán volver a solicitar el divorcio -
por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconci-
liación (Artículo 276 del Código Civil).

"Los cónyuges que hayan solicitado el -
divorcio por mutuo consentimiento, po--
drán reunirse de común acuerdo en cual-
quier tiempo, con tal de que el divor--
cio no hubiere sido decretado. No po---
drán volver a solicitar el divorcio por
mutuo consentimiento sino pasado un año
desde su reconciliación".

La muerte de uno de los cónyuges pone fin al jui--
cio de divorcio, tanto al solicitado por mutuo consentimiento,
como al pedido por uno sólo de los cónyuges. En estas -
circunstancias, los herederos del muerto tienen los mismos -
derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido
dicho juicio (Artículo 290 del Código Civil).

En el caso de que el Ministerio Público se oponga
a la aprobación del convenio, por considerar que viola los -
derechos de los hijos o no quedan bien garantizados, propon-
drá las modificaciones que estime procedentes y el Tribunal
lo hará saber a los cónyuges para que dentro de los tres ---
días siguientes manifiesten si aceptan las modificaciones.

En caso de que no las acepten, el Tribunal resuelve

rá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la Ley cuidando de que en todo caso queden debidamente garantizados -- los derechos de los hijos.

Cuando el convenio no este conforme a lo dispuesto para aprobarse, no podrá decretarse la disolución del matrimonio.

La sentencia que decreta el divorcio por mutuo con sentimiento, es apelable en el efecto devolutivo. La que -- niegue es apelable en ambos efectos.

Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, se enviará copia de la misma al Juez del Registro Civil que levantó el acta de divorcio y la anotación correspondiente -- al margen del acta de matrimonio que ha quedado disuelto --- (Artículo 291 del Código Civil y 682 del Código de Procedimientos Civiles).

Los cónyuges que se divorcien voluntariamente para que puedan volver a contraer matrimonio es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

Medida que muy pocas veces es tomada en cuenta por el Juez del Registro Civil, ya que por una modica cantidad -- olvida o corrige este requisito.

III.5 CONSECUENCIAS:

a) En relación a los cónyuges:

En virtud del divorcio los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio, estableciendo -- una serie de limitaciones temporales a esta "entera capacidad", sin mucho fundamento, pues si el divorcio ha disuelto el vínculo no hay razón para prohibir un nuevo matrimonio -- inmediato más que en los casos de posible confusión de la -- paternidad por el nuevo matrimonio de la divorciada.

Recordando alguna de las razones de Carranza en la exposición de motivos de la Ley que introdujo el divorcio -- en México, resulta también sin objeto las prohibiciones del Artículo 289 del Código Civil, pues si el divorcio es "un -- poderoso factor de multiplicidad de los concubinatos", no -- hay razón para hacer esperar dos años al divorciado para -- permitirle un nuevo matrimonio, pues con eso sólo se logra prolongar dos años el amasiato preexistente. (21)

Los divorciados tienen el estado civil de divorcia dos, sin que vuelvan a ser solteros por haber terminado con su matrimonio, pues soltero es, quien no ha contraído matri monio.

Al pago de la pensión alimenticia a cargo de uno --

(21) PACHECO E. Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano. --- Editorial Panorama, México, D.F., 1985, pág. 173.

de los cónyuges, que comúnmente es aquel a quien no ha quedado la guarda y custodia de los hijos. Razón por la cual les es muy fácil cambiar de domicilio, renunciar a su trabajo, y olvidarse de tan importante obligación. El precepto anterior se encuentra respaldado por el Artículo 336 del Código Penal para el Distrito Federal que establece:

"Al que sin motivo abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado".

Estas pensiones derivadas del divorcio; no son realmente pensiones de alimentos, pues se deben independientemente de la necesidad del acreedor o de la posibilidad del deudor; que comúnmente son del cónyuge varón hacia la mujer. Ya que en los casos de divorcio voluntario no puede decretarse una pensión a favor del esposo, a menos que se encuentre en estado de necesidad, incapacitado, o sobre el recaiga el ejercicio de la patria potestad y custodia de los hijos menores.

La obligación alimentaria termina con la mayoría de edad del hijo, a menos que éste se encuentre en estado de necesidad.

b) *En relación con los hijos:*

Los hijos son siempre los grandes perdedores en todo juicio de divorcio, cualquiera que sea la causa de éste y cualquiera que sea la edad de aquéllos. En nuestro tiempo, que tanto se habla de la protección a la infancia, de derechos de los menores y de protección a los hijos, la legislación permite que esos derechos sean negados y seriamente --- afectados por sus padres divorciantes, pensando en proteger a la misma infancia es tratar de llenar solamente sus necesidades materiales.

Si el matrimonio tiene por finalidad natural educar a los hijos, los esposos adquieren desde el momento mismo del matrimonio la obligación de educar a los que puedan tener, y el hijo, desde el momento de ser concebido, tiene derecho a ser educado por sus padres, de la mejor forma que estos puedan hacerlo. El hijo tiene derecho no sólo a ser alimentado por sus padres y satisfacer así sus necesidades materiales, sino a ser educado lo cual incluye la cultura y todo el ambiente necesario para desarrollar las potencias -- que el hombre lleva al nacer. El divorcio, por tanto, en el campo jurídico, es siempre violatorio de los derechos de los hijos.

En cuantas ocasiones el juzgador se percata del peco interés que alguno de los cónyuges tiene hacia los hijos,

y aún así, otorga sin tomar ninguna medida establecida, la patria potestad a ambos, lo que posteriormente trae como consecuencia el abandono e incumplimiento de los deberes, derechos y obligaciones, que comúnmente surgen al contraer nuevo matrimonio.

c) En cuanto a los bienes:

En el convenio los cónyuges señalaron lo relativo a la administración de la sociedad conyugal mientras duraba el procedimiento y a la liquidación de la misma, una vez ejecutado el divorcio. En cuanto a los bienes se aplicarán, por lo tanto los acuerdos acordados y aprobados dentro del convenio presentado ante el Juez de lo Familiar que conozca del -- divorcio voluntario.

C A P I T U L O I V

P A T R I A P O T E S T A D Y C U S T O D I A

IV.1 FUNDAMENTO:

En el antiguo derecho la patria potestad, era considerada únicamente como una Institución en favor del padre, por lo que, se ejercía como potestad paterna, esta figura fue evolucionando a través del tiempo, hasta llegar al derecho moderno, que encuentra su justificación en el bienestar de los hijos.

La patria potestad se considera como una función social, como un conjunto de facultades dirigidas al cumplimiento de deberes y de obligaciones que la Ley impone, por lo que ya no puede entenderse como un derecho de los padres sobre los hijos, sino como una función a aquéllos, única y exclusivamente en beneficio de estos (los hijos menores o no emancipados).

El fundamento de la patria potestad, según coinciden la gran mayoría de los Autores, se encuentra en el Derecho Natural, teniendo su origen en el hecho de la procreación, al respecto el Autor Español José Cástan Tobeñas, expresa:

"El fundamento de la patria potestad es el derecho natural. Radica en el poder paterno, ciertamente, en la naturaleza humana, que confiere a los padres la -- misión entrañante de derechos, deberes, de asistir y formar a los -----"

hijos. (22)

Este criterio se sustenta por la Suprema Corte de Justicia en la siguiente tesis Jurisprudencial:

LA PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE .-

"La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la Ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones paterno filiales, independientemente de que estas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él". (23)

Por lo que la patria potestad es una Institución natural que no necesita del Derecho Positivo para actuar, -- aunque no hubiera Estado habría patria potestad.

IV.2 CONCEPTO:

El concepto etimológico de patria potestad se encuentra compuesto por vocablos, provenientes del Latín y significan: "Patrius", patria - "Patrium", relativo al padre y Potestad de "Potestas", dominio.

Esta definición ponía de manifiesto el contenido -

(22) CASTAN Tobeñas José, Ibid. pág. 184.

(23) AMPARO DIRECTO 5391/72, Carlos Miguel Rocha Escudero, 12 de julio de 1973, Unanimidad de 4 Votos, ponente: Ernesto Solís López, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 55, --- Cuarta Parte, Julio 1973, Tercera Sala, pág. 47.

de la Institución, por lo que en los tiempos actuales resulta incorrecta, puesto que ya no es un poder, ni su ejercicio corresponde única y exclusivamente al padre.

El concepto de patria potestad es variante de acuerdo al contenido, razón por la que se han producido varias y diferentes definiciones que sin embargo coinciden sin duda alguna.

Rafael de Pina, define a la patria potestad como el:

"Conjunto de facultades -que suponen - también deberes- conferidas a quienes lo ejercen (padres, abuelos, adoptantes) destinados a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes". (24)

La anterior definición, abarca los principales aspectos de la patria potestad, pero no complementa cuales son esas facultades y deberes.

El Licenciado Ignacio Galindo Garfias, sostiene -- que la patria potestad es:

"La autoridad atribuida a los padres - para el cumplimiento del poder de educar a sus hijos menores de edad no ---

(24) DE PINA Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., -- México, D.F., 1978, pág. 300.

emancipados. En esta manera aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad". (25)

El Autor en la anterior definición de Autoridad -- atribuida a los padres, no es correcta porque no es solamente una autoridad atribuida a los padres, sino también una -- obligación de los mismos, y únicamente menciona a los pa---dres, cuando debería también referirse a los abuelos y adoptantes.

Castan Vázquez, conceptua a la Institución como:

"El conjunto de derechos y deberes -- que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de los hijos no emancipados, como medio de -- realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la -- prole". (26)

El maestro Castan Vázquez, limita los efectos de -- la Institución a la persona y el patrimonio del hijo.

Podemos observar que las anteriores definiciones -- reúnen los elementos comunes, que caracterizan a la Institución de la patria potestad, y que son:

(25) GALINDO Garfias Ignacio, Ibid. pág. 668

(26) CASTAN Vázquez José, Ibid, pág. 9

Es un deber-derecho, que se toma en cuenta como -- dos aspectos esenciales de la patria potestad, esos deberes y derechos los concede la Ley, función que se atribuye a los padres, abuelos y tutores, buscando cumplir con la finalidad de educación y protección de los hijos menores o no emancipados.

CONCEPTO JURIDICO:

Nuestro derecho no cuenta con ninguna Ley, Código o Artículo que diga específicamente que debe entenderse por patria potestad.

El Artículo 411 del Código Civil, regula únicamente la conducta que los hijos deben tener hacia los padres y ascendientes.

"Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad, y condición deben honrar y respetar a su padres y demás -- descendientes".

El Artículo 412, deriva los sujetos pasivos de esta relación: Los hijos menores de edad.

El Artículo 414, sobre los hijos de matrimonio la patria potestad se ejerce:

- I. Por el padre y la madre.
- II. Por el Abuelo y la Abuela paternos.

III. Por el Abuelo y la Abuela maternos.

El objeto de la Institución comprende tanto a la persona como a los bienes de los hijos, y su finalidad es la guarda, protección y educación de los menores.

Una vez retomadas las definiciones de algunos tratadistas y los Artículos del Código Civil que nos encaminan hacia una definición, que busque retomar sus principales aspectos, se propone la siguiente:

"La patria potestad es una institución jurídica que comprende todas las facultades como los deberes que tienen los padres o adoptantes, abuelos (paternos o maternos), sobre la persona y los bienes de los hijos o nietos, en su caso, menores no emancipados, para lograr el desarrollo de los mismos, a través del sostenimiento, de la educación, así como la protección, actualizando los supuestos enmarcados por la Ley para el ejercicio de la misma.

Se menciona el ser una institución jurídica porque se encuentra regulada por la Ley.

Las facultades y los deberes a que nos referimos, y que únicamente mencionaré por el momento son: La obligación de suministrar alimentos, deber de respeto y obediencia de los hijos, deber de los padres de educar convenientemente

a los hijos, facultad de corregir a los hijos, facultad (deber) de representación de los hijos, administración de los bienes de los hijos, obligación de los padres hacia los hijos de proporcionar un domicilio para la guarda y custodia de los mismos.

La Institución tiene por objeto la persona y los bienes de los hijos, y la finalidad que se busca, es cumplir logrando el desarrollo de los hijos a través del sostenimiento, de la educación, asistencia y protección.

IV.3 CARACTERISTICAS:

a) Cargo de Interés Público:

Es una Institución de orden público porque los bienes que protege interesan a toda la sociedad.

La actitud de proteger, velar, educar y mirar por el interés y el beneficio de los hijos es en buena medida derivada de la naturaleza misma. La mayor parte de los progenitores, los padres y, sobre todo las madres, asumen sus responsabilidades como tales en forma no sólo espontánea, sino amorosamente entregada al bienestar del hijo. La protección de los crios es en buena medida natural, forma parte del instinto de conservación extendido ya no sólo al individuo sino a la especie misma. La vida es de valor por excelencia, sustento de todos los demás que configuran el sentido

de la existencia humana. El derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección de los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público.

La patria potestad es un Institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a sí mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta Institución se consideran de interés público, al establecerlo la Ley como un cargo irrenunciable.

b) Irrenunciable:

Tiene el carácter de irrenunciable, pues quienes la ejercen no pueden renunciar a cumplir con los deberes -- que la misma impone.

Expresamente el Artículo 448 del Código Civil, determina que la patria potestad no es renunciable, de acuerdo con el texto del Artículo 6o. del mismo ordenamiento, sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afectan directamente el interés público. La patria potestad tiene su significado de interés público, de ahí que textualmente se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto; traer hijos al mundo.

La irresponsabilidad de los progenitores con sus hijos, muy extendida con respecto a los padres de los hijos que nacen fuera del matrimonio, así como también aquellos - que creen que el estar divorciados o el no convivir diariamente con sus hijos, no los obliga a ninguna responsabilidad hacia los menores, y que dejan toda la carga a la madre, (o al padre) misma que precariamente puede cumplir con ella, es uno de los mayores males que padece la humanidad, origen en gran parte de las torpezas y aberraciones en la conducta de las personas y que repercuten inevitablemente en la conflictiva social característica de nuestro mundo.

Como excepción de carácter de irrenunciable, la Ley prevee dos supuestos en los cuales las personas a ejercer la patria potestad, podrán excusarse de su cumplimiento. Estos casos son:

a) Cuando tengan 60 años cumplidos

b) Cuando por su mal estado habitual de salud, - no puedan atender debidamente a su desempeño (Artículo 488 del Código Civil).

c) Intransferible:

Son derechos personalísimos, y por lo tanto, indelegables e intransferibles. Casi todas las relaciones de -- carácter familiar son personalísimas, no pueden por ---- ello ser objeto de comercio, no pueden transferirse por

ningún título oneroso, ni gratuito. Tal es la patria potestad solamente permite una forma de transmisión derivada de la adopción. Cuando un menor de edad esta sujeto a la patria potestad y los que la ejercen (padres y abuelos) dan su consentimiento para que el hijo ó nieto sea dado en adopción, transmiten a través de este acto el ejercicio de la patria potestad, que pasa a los padres adoptivos. Fuera de este acto jurídico que tiene, que revestir de todas las formalidades exigidas por la Ley y ser acordadas por un Juez de lo Familiar, no existe otra forma de transmitir la patria potestad.

d) Temporal:

Son facultades-deberes, temporales ya que se extinguen al llegar los menores a la mayoría de edad ó emanciparse tal como lo establece el Artículo 412, ya antes citado.

Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello, dura tanto como la minoría de edad de los hijos ó hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría, esto es el ejercicio de la patria potestad con respecto de cada hijo son dieciocho años en que comienza la mayoría de edad de acuerdo con el Artículo 646 del Código Civil que establece:

"La mayoría de edad comienza a los die-

ciacho años cumplidos".

e) *Imprescriptible:*

La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción. Quién está obligado a desempeñar o no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para entrar en su ejercicio. Lo que sucede con él o los sujetos que sin ser padre, madre o ascendiente protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo, este cargo.

Es imprescriptible ya que los derechos y deberes que se derivan de ella no se extinguen con el transcurso del tiempo, esto es, el hecho de que aunque durante determinado tiempo este derecho no es ejercitado, no se pierde, por lo que el beneficiario puede solicitar en cualquier momento se le autorice.

Es aquí donde realmente no es comprensible que una persona que se nombro como beneficiario para ejercer la patria potestad (padre o madre), que nunca se preocupo por desempeñar este nombramiento, nunca cumplió con los deberes que como tal debe desempeñar, y sin importar el tiempo transcurrido, en el momento que se lo proponga, con un simple reclamo puede solicitar ejercer ese derecho, sin importar el perjuicio que causa a los menores.

IV.4 SUJETOS:

Los sujetos de la patria potestad, están considerados como activos y pasivos, atendiendo a si ejercen o se encuentran sujetos a la misma.

IV.4.1 Sujetos Activos:

Debemos entender por sujeto activo, quién debe desempeñar el cargo, y son: Los padres conjuntamente o solamente la madre, o sólo el padre, los abuelos paternos o los abuelos maternos o los adoptantes.

La Ley no establece diferencias para los tipos de sujetos pasivos, pero si los establece para los sujetos activos. Esto no encuentra justificación, ya que el Código Civil de 1928 pretendió poner en un plano de igualdad a los hijos, ya sean nacidos dentro o fuera del matrimonio.

- De los hijos nacidos fuera del matrimonio:

El Artículo 414 del Código Civil señala las personas que están obligadas a ejercer la patria potestad, son:

- a) El padre o la madre
- b) El abuelo o abuela paternos
- c) El abuelo o abuela maternos

Esto es, la patria potestad será ejercida por am--

los padres, o por los abuelos paternos o maternos según la determinación del Juez de lo Familiar, de acuerdo con el Artículo 418 del citado ordenamiento:

"A falta de los padres ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las Fracciones II y III del Artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

Este Artículo fue objeto de adición en el año 1974, en lo concerniente a el: orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso, anteriormente a esta adición no se otorgaba al Juez la facultad discrecional de decidir, a quién correspondería el ejercicio de la patria potestad.

Con respecto al orden establecido en el Artículo 414 para obtener el ejercicio de la patria potestad, es censurable la discriminación que existe para los abuelos maternos dejándolos en un segundo plano con relación a los abuelos paternos. En todo caso, y tratándose de parejas (de abuelos), debiera ser el Juez quien determine a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad, teniendo, siempre en cuenta el interés y bienestar de los nietos, quienes deberán ser escuchados en sus preferencias si ya están en uso de razón (la edad promedio es a los siete años de edad).

El Artículo 420 se refiere a todos los llamados -- preferentemente, pero no existe ninguno llamado preferente-- mente y también menciona un orden preestablecido:

"Solamente por falta o impedimento de - todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los Artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a -- quienes corresponde ejercer la patria - potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho".

Por lo que propongo una reforma al Artículo ante-- riormente citado:

"Solamente por falta o impedimento de - los padres, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden que determine el Juez de lo fami--- liar. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponda ejercer la patria potestad la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho".

- De los hijos nacidos fuera del matrimonio:

Estan encargados del ejercicio de la patria potestad del menor nacido fuera del matrimonio, de acuerdo a lo - establecido en el Artículo 415 primer párrafo del Código Civil, los padres cuando ambos lo hayan reconocido y vivan jun

tos. Al separarse continuará ejerciendo la patria potestad - el que ellos acuerden, a falta de convenio entre los padres - para ejercerla, será el Juez de lo Familiar quién decida cual de los padres continuará el ejercicio de la patria potestad - en razón a lo dispuesto en el Artículo 417 del Código Civil.

- De los hijos adoptivos:

La patria potestad surge en la relación entre adoptante y el adoptado, que es ejercida únicamente por el adoptante respecto del adoptado, como lo señala el Artículo 419 - del Código Civil.

La relación del adoptante y adoptado respecto de - la patria potestad, se sigue por las reglas correspondientes el hijo nacido dentro del matrimonio, la única diferencia es que si sólo uno de los cónyuges lo adopta, sobre el recaera el ejercicio de la patria potestad, quién lo adopte sea cónyuge de alguno de sus padres, entonces si será ejercida por - las dos personas.

V.4.2 Sujetos Pasivos:

El sujeto pasivo es aquel sobre quién se cumple, -- como son los hijos, nietos o adoptados menores de edad, y --- puede darse el caso que los menores no tengan padres o abue-- los, esto trae como consecuencia el no estar sujetos a --

la patria potestad, por lo que se les nombrará un tutor.

IV.5 CONSECUENCIAS O EFECTOS:

Las consecuencias de la patria potestad, se han -- realizado partiendo de dos puntos, cuando los efectos recaigan sobre la persona y bienes del menor, limitando de esta - forma los efectos de la patria potestad, valga la redundan-- cia al patrimonio y a la persona del menor.

Para cumplir con el propósito y obligación de pro-- teger y formar a los menores hijos.

a) Sobre la persona del menor no emancipado:

En primer término existen los sometidos a la patria potestad, un deber de respeto y obediencia que afecta a la - persona del menor, este precepto se encuentra establecido en el Artículo 411 del Código Civil que señala:

"Los hijos cualesquiera que sea su es-- tado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascen-- dentes".

Deber que no se extingue al concluir el ejercicio de la patria potestad por ser de carácter predominantemente ético.

"Este último deber, de carácter predom

minantemente ético, y que no se extingue por la emancipación, es pues, consecuencia, más bien que de la patria potestad en sentido específico de la relación paternofilial en sentido amplio". (27)

La Institución obliga a proveer al mantenimiento - del hijo, derecho que no nace propiamente de la patria potestad, si no que más bien nace de la relación de parentesco, - ya que no nace únicamente entre los sujetos relacionados por la patria potestad, aunque sean los principales obligados, - sino que también dicha obligación, aunque sea subsidiaria, - los demás parientes hasta los colaterales dentro del cuarto grado. además esta obligación no desaparece por la mayor edad del hijo, sino que subsiste mientras exista la relación necesidad-posibilidad, su fundamento se encuentra establecido en el Artículo 303 del Código Civil:

"Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae a los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado".

Para dar contenido al deber de formar hombres de - provecho social y autosuficientes, recae en los ascendientes

(27) CASTAN Tobeñas José, *Ibid.* pág. 273

la responsabilidad moral y la obligación legal de educarlos convenientemente. Y para poder cumplir la Ley otorga a los ascendientes (a quienes se les otorga la patria potestad), - las facultades de corregir y castigar en forma conveniente y no excesiva a sus hijos, para lo cual contarán, en caso necesario, con el auxilio de las autoridades, haciendo uso de -- amonestaciones y correctivos.

Es aceptado que los padres puedan aplicar a sus - hijos ligeros correctivos o castigos a fin de que se sometan a su autoridad, pero siempre y cuando vayan, en interés del menor y de la familia.

Para facilitar el desempeño de sus facultades en - el cumplimiento de los deberes que la patria potestad les -- impone, la legislación obliga a los menores no emancipados a vivir en el domicilio de quienes lo ejerzan, salvo permiso - de ellos o decreto de la autoridad competente.

Difícil resulta trazar una división entre las fa-- cultades y los derechos que impone la patria potestad, ya -- que están íntimamente ligados y unos no podrían darse sin -- los otros y viceversa. Así es que para educar conveniente-- mente cumpliendo con este deber, se debe tener correlativa-- mente la facultad de corregirlo, así mismo, a este deber de educar se vincula la facultad de guarda y custodia, relacio-- nado a su vez con la obligación y derecho del menor de no --

abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad se encuentran sometidos. De la obligación de guarda, vigilancia y custodia, deviene la patria potestad por los actos, daños y perjuicios que cause quien esta bajo su potestad, si es -- que dichos daños se han causado por falta de una adecuada -- vigilancia.

La patria potestad se ejerce sobre los menores de edad no emancipados, quienes en tanto no alcancen la mayoría de edad, no pueden disponer de su persona, ni de sus bienes.

Los bienes que adquiere por su trabajo, las personas que ejercen la patria potestad no tienen ningún derecho sobre ellos, corresponde al menor en plenitud, la propiedad, la administración y el usufructo sobre ellos.

Los bienes que adquiere por cualquier otra forma; cuando el menor haya adquirido por medios diferentes a su -- trabajo, (por herencia, legado, donación, etc.), la propie-- dad y la mitad del usufructo corresponde a quién ejerza la - patria potestad sobre él.

El padre no puede disfrutar del usufructo ni tener administración de los bienes que el menor adquiere por heren-- cia, conforme lo establece el Artículo 1320 del Código Ci--- vil.

El Artículo 430 contiene enumeradas las causas por

las cuales se extinguen el derecho de usufructo.

Los padres pueden renunciar a la mitad del usufructo que les corresponde y esta renuncia se toma como donación.

Se puede señalar que los que ejercen la patria potestad sobre el menor, en calidad de representantes legales, de los mismos únicamente tendrán facultades de administración, sin poder disponer de los bienes de sus hijos.

Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de los bienes de los hijos: Asimismo, los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o disminuyan, pero esta protección deberá ser solicitada por las personas interesadas, por el menor cuando hubiere cumplido la mayoría de edad o por el Agente del Ministerio Público en todo caso.

Quienes ejerzan la patria potestad deberán entregar a sus hijos, luego de que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen. Tienen también la obligación de reparar los daños y perjuicios que se causen al menor por mala administración de los bienes de éste.

IV.6 EXCUSA:

La Ley permite que los que ejercen la patria potestad o los que tengan que entrar en el ejercicio de la misma, se excusen de cumplirla en ciertas circunstancias plasmadas en el Artículo 448 del Código Civil.

- 1) Cuando tiene más de 60 años cumplidos y;
- 2) Cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda atender debidamente a su desempeño.

Norma realmente justa, pues el ejercicio de la patria potestad implica el cumplimiento de deberes que en muchas ocasiones son extenuantes o agotadores, por lo que muchas personas adultas que cumplen con la edad manifestada o por su mala salud les es imposible desempeñarla debidamente.

Cuando quién la ejerce o deba de ejercerla se encuentre en estas condiciones, puede excusarse de cumplir ante el Juez de lo Familiar quién determinará quién debe entrar en el cargo si existe alguna de las personas obligadas, o si no existe se nombrará tutor legítimo o dativo.

La excusa es una facultad otorgada por la ley, esto quiere decir que los padres o abuelos, aunque rebasen la edad de sesenta años o su estado de salud sea habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es beneficio indispensable para el descendiente.

IV.7 PERDIDA:

Consiste en la extinción del derecho a procurar tal cargo y puede ser consecuencia de un acto propio del sujeto - que pierde el derecho o bien de otro de los ascendientes que son llamados a ejercer la patria potestad.

El Artículo 444 del Código Civil determina las causas de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad o sea:

a) 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;

b) Las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o el abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos aun --- cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la luz penal.

c) Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Las causas de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad son originadas por un acto no propio, y son de dos tipos, una realizada por los padres y otra por los ascendientes que se encuentren ejerciendo la patria potestad bien

sean los padres o uno de los abuelos.

IV.8 SUSPENSION:

El Código Civil Vigente en su Artículo 447 establece las causas por el que se suspende el derecho a ejercer -- la patria potestad:

- a) Por la incapacidad declarada judicialmente;
- b) Por la ausencia declarada de forma;
- c) Por la sentencia condenatoria que imponga como pena esta sanción.

Incapacidad declarada judicialmente, el Artículo - 465 del Código Civil, establece que al ser declarado incapaz uno de los sujetos que se encuentre encargado de ejercer la patria potestad, el derecho pasará al ascendiente que corresponda conforme a la Ley y a falta de quien la ejercite, se -- proveyerá al menor un tutor, conforme, al Artículo 491 del mismo ordenamiento, que será la misma persona que desempeñe la tutela sobre el ascendiente incapacitado.

La ausencia declarada en forma se determina como -- causal de suspensión del ejercicio de la patria potestad, -- aun cuando existe persona capaz (en todos aspectos) que re-- presente al ausente, el derecho a ejercitar la patria potes-- tad se le suspenderá para corresponder al ascendiente que -- conforme a la Ley haya de sustituirlo.

Esta proviene de la desaparición del lugar de residencia y el desconocimiento del paradero de la persona, --- transcurridos los plazos establecidos por la Ley.

Cabe aclarar que la suspensión del derecho a ejercer la patria potestad es consecuencia de las medidas provisionales y no de la ausencia declarada de forma, como se aprecia en el Artículo 651 que establece:

"Si el ausente tiene hijos menores, que esten bajo su patria potestad, y no hay ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley, ni tutor testamentario, ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor, en los términos -- prevenidos en los Artículos 496 y 497".

IV.9 EXTINCION:

Las formas de extinción de la patria potestad se encuentran enmarcadas en el Artículo 443 que las enumera en forma expresa; dos de ellos en relación con la persona sujeta a ella; su emancipación y su mayoría de edad, y el fallecimiento del menor. La tercer causa enunciada por el legislador es la muerte de quien la ejerza, sino hay otra persona de las -- llamadas por la Ley con derecho a ejercerla.

También debe considerarse causa extintiva de la patria potestad, el nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre sobreviviente para su menor hijo, después dicho acto no sólo extingue el derecho del resto de los ascendientes con posibilidad de ejercerla, sino también tiene como consecuencia la extinción de la patria potestad.

En cuanto a la primera fracción del Artículo 444, lo considero erróneo, pues no existe fundamento legal alguno para clasificar un delito como grave, lo cual deja por completo a la apreciación judicial la delimitación de lo que constituye un delito grave.

IV.10 CUSTODIA:

Custodia término que proviene del Latín custos que significa guarda o guardian, y este a su vez deriva del curtos, forma del verbo curare que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea guardar -- con cuidado alguna cosa. (28)

La existencia de una familia basada en el matrimonio, por una parte; y por otra, la convivencia armónica de la pareja. Los mayores problemas, provienen del desmenbra--

(28) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, México, D.F., 1983, pág. 137

miento de la guarda o custodia, es decir que cuando la armonía conyugal ha desaparecido, y con ella la convivencia de los esposos, se hace necesario otorgar, a uno de ellos la guarda de los menores, produciéndose, una situación conflictiva respecto al ejercicio del resto de las facultades que encuentran en la guarda, un medio idóneo para hacerse efectivas.

La guarda o custodia se distingue por ser de tres formas:

1o. Guarda o custodia física; que comprende el cuidado de la persona del menor, la atención de su desarrollo personal o corporal.

2o. Guarda o custodia Moral; que consiste en la vigilancia y el cultivo de los principales valores del espíritu.

3o. Guarda o custodia intelectual; que se refiere a la preparación intelectual y manual del menor para el posterior ejercicio de una profesión u oficio.

El término guarda o custodia, es el derecho de tener a los hijos. Es renunciable, ya que cualquier persona a la que se otorgue la custodia de un menor puede renunciar o excusarse de su cumplimiento por lo que estará siempre condicionada al interés de los menores por lo que cualquier conven

ción, entre los padres quedará sujeta a que dicho interés se encuentre preservado; no es nunca definitivo o sea que, acordado a uno de los padres en el caso de divorcio, será siempre posible a revisión judicial, cuando las circunstancias varíen o el interés del que hablamos se encuentre comprometido.

Es un derecho intransmisible, ya que solamente el beneficiario de él puede ejercerlo, no puede delegarlo a un tercero.

Las funciones que comprende son el de vigilar los actos de los menores para evitar que corran riesgos o peligros de cualquier índole, la corrección es decir, la facultad de imponer sanciones de acuerdo con la edad y de rigor suficiente para preservar la autoridad paternal, la imposición de servicios propios de su edad, la dirección de la conducta y los valores.

En el caso de divorcio, se adjudica la guarda de los hijos a ambos o a uno de los progenitores, a los ascendientes o al tutor.

El derecho de guarda puede definirse como el deber, derecho que asiste al padre para conservar al hijo a su lado, vigilarlo, educarlo y, en general atender a su buena forma--

ción física, intelectual y moral. La guarda es a su vez un derecho y una obligación que constituyen una misma realidad.

La custodia es uno de los principales derechos, si no es que el más importante, dentro de los atributos generales del ejercicio de la patria potestad correspondiente a los padres.

El derecho de guarda concede a su titular el derecho de instrucción y corrección de la persona del hijo, es una función conferida siempre en interés del hijo. Este derecho de guarda tiene como obligación el guardar, mantener y educar al hijo.

C A P I T U L O V

**CAUSAS Y ALTERNATIVAS QUE DETERMINAN LA PERDIDA
DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA
(ARTICULO 444 FRACCIONES III Y IV DEL CODIGO CIVIL)**

Se establece que existe una gran diferencia entre el divorcio necesario y el divorcio voluntario o por mutuo-consentimiento, el primero puede recaer en cualquiera de las XVIII Fracciones del Artículo 267 del Código Civil (a excepción de la Fracción XVII), se trata de probar quien dio causa al divorcio, cabe aclarar que sólo nueve de las Fracciones antes citadas tienen como causa principal, efecto de la sentencia, la pérdida por el cónyuge culpable del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos; el divorcio voluntario (Fracción XVII del Artículo antes citado), en cambio fue instituido por el legislador, entre otros motivos, para proporcionar a los cónyuges un procedimiento en el que puedan ocultar causas graves de divorcio, que en la mayor parte de los casos constituyen un aprobio para los hijos, pero que no dejan de ser graves e importantes causas para incluir a a uno de los cónyuges o a ambos a la pérdida del ejercicio de la patria potestad, siempre y cuando recaiga en cualquiera de las hipótesis a que se refieren las cuatro Fracciones del Artículo 444 del Código Civil.

La Ley determina que la situación de los hijos no puede regirse en los casos de divorcio voluntario, por las disposiciones legales que se refieren al divorcio necesario, puesto que la misma Ley fija un procedimiento especial, para que de antemano se fije, por acuerdo de los cónyuges, la

situación de los hijos, pudiendo el Juez que conozca del divorcio, hacer las modificaciones que crea oportunas al convenio, previa audiencia del Ministerio Público, y cuidando que no se violen los derechos de los hijos, pero, todas estas situaciones se establecen dentro del procedimiento, valiendo únicamente un convenio, que puede reunir los requisitos establecidos por la Ley y disfrazando la verdadera actitud de los cónyuges hacia sus hijos.

Es necesario que el hecho que implica la pérdida de la patria potestad no equivale a exonerarlo de sus obligaciones para con el menor, es decir, ésta pierde los derechos inherentes a la misma (guarda y custodia, facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la Ley de ministrar sus bienes subsistentes), pero debiera continuar otorgando únicamente las obligaciones económicas; que le incumban en relación al requerimiento y necesidad del menor, para su desarrollo tanto intelectual como físico.

La pérdida de la patria potestad, por referirse a la persona que la ejerce, es una forma de extinción relativa, pues la Institución no desaparece y si la pierde quien la ejerce es a manera de sanción o como resultado de haber sido condenado, por alguno de los casos marcados específicamente

por la Ley.

Cuando estamos ante casos de pérdida del ejercicio de la patria potestad, los derechos que son afectados no desaparecen, son sustituidos bajo distintas formas según el caso concreto y de acuerdo a lo previsto por la legislación, por lo que se tomarán en base a lo anterior las medidas correspondientes; como la apertura de la tutela, ejercicio de la patria potestad por los demás ascendientes que sean llamados a ejercerla.

Lo anterior se respalda en la siguiente tesis jurisprudencial:

"PATRIA POTESTAD, EJERCICIO DE LA. DEBE OTORGARSE A LOS ABUELOS QUE DEMUESTREN INTERES EN EJERCERLA.- Si bien es cierto que la patria potestad, como parte integrante que es del régimen familiar, base de la sociedad, es esencialmente de orden público, y por lo mismo irrenunciable, también lo es que si a quienes corresponde el ejercicio del derecho que trae implícitas importantes obligaciones como son la custodia y cuidado de la persona de los menores y debida administración de sus bienes además demuestran interés en --

ejercitarlo, debe otorgarséles en contra de quien tiene la patria potestad sólo a consecuencia de un procedimiento de adopción que a virtud de un juicio constitucional quedo sin efecto, precisamente por no haber llamado al mismo a las personas interesadas en ejercitar el derecho. (29)

En el presente capítulo atenderemos a desarrollar únicamente las Fracciones III y IV del Artículo 444 del Código Civil; como causas de pérdida del ejercicio de la patria potestad en el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento.

V.1 POR LAS COSTUMBRES DEPRAVADAS DE LOS PADRES:

Debera entenderse por costumbres depravadas el viciar o exponer a un menor o puber a la iniciación de la vida sexual, lo induzca, incite o auxilie en la práctica de la mendicidad, de hábitos viciosos, a la ebriedad (el alcoholismo, uso de sustancias tóxicas y otras que produzcan efectos similares), o a formar parte de una asociación delictuosa, o a cometer cualquier delito, en otras palabras,

(29) Amparo Directo 672/81, Raúl Mendez Medina y Otra, 17 de Junio de 1982, Unanimidad de 4 Votos, Ponente: Gloria León Orantes, Tercera Sala, pág. 119

la alteración de la salud o cualquier otro daño (que pueden ser determinados entre otros como físico o psíquico).

Con respecto a esta causa se ha establecido la siguiente tesis jurisprudencial:

"PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA CONDUCTA DEPRAVADA COMO CAUSAL.- La Fracción III del Artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, sanciona a los progenitores con la pérdida de la patria potestad en el caso que se les demuestre en juicio que observarán "una conducta depravada" que ponga en peligro la moralidad del hijo; por lo tanto, cuando se demanda la aplicación de tal sanción en contra de alguno de ellos, es necesario justificar el peligro de corrupción que existe en perjuicio del que está sujeto a la patria potestad; de ahí se deduce que no es posible afirmar que se de esa hipótesis cuando las costumbres que se le imputen al reo, hayan acontecido con anterioridad al nacimiento del hijo y no se hayan seguido repitiendo con posterioridad al alumbramiento, precisamente por no haber nacido éste no pudo ser mal educado. (30)

(30) Anparo Directo 5999/79, Pablo Colegio Camargo, 30 de Septiembre - de 1977, Unanimidad de 4 Votos, ponente: José Ramón Palacios Vargas, Secretario: Carlos A. Gonzalez Zarate, Informe 1977, Tercera Sala, pág. 124

Establecido lo que se entiende por costumbres depravadas es importante retomar por su semejanza a los actos inmorales considerados ambos como causas de pérdida del ejercicio de la patria potestad, y que debieran ser aplicados a -- los casos de divorcio voluntario o por mutuo consentimiento.

Otra causal que complementa lo anteriormente establecido es el Artículo 270 del Código Civil que establece:

"Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sean éstos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones".

Sara Montero Duhalt, señala que "para que esta causal exista es necesario que los cónyuges ejecuten actos inmorales tendientes a corromper a los hijos o que permitan que estos actos los ejecute un tercero con su expresa o tácita -- condescendencia. Los jueces gozan de un amplio arbitrio para distinguir entre la conducta verdaderamente inmoral de un -- padre, o en una simple debilidad o falta de carácter que -- les impide intervenir o los lleva a perdonar las conductas

indebidas de sus hijos. (31)

Debe tenerse presente que para determinar que un menor se encuentra expuesto a este tipo de costumbres o actos, deberá ser sometido a una serie de estudios que abarquen tanto el aspecto físico, como el psicológico entre otros que permitan determinarlos, ya que es imposible que el Juzgador determine o se imagine que clase de actos o costumbres tienden a realizar los padres.

Es de manifestarse que en el caso de solicitud de divorcio voluntario existe una verdadera causa grave, que pueda ser determinada, ya que de no ser así los cónyuges no habrían recurrido a este medio de solución.

¿Cual fue la causa?, no se puede determinar, ya que durante el desarrollo del procedimiento de divorcio voluntario, hasta ahora establecido, nadie puede adivinarlo, puesto que el convenio presentado y todos los requisitos exigidos por la Ley reunen perfectamente todos los requisitos establecidos, que además han sido perfectamente bien manifestados.

(31) MONTERO Duhalt Sara, Op. Cit. pág. 227

Para la mejor comprensión de lo anteriormente manifestado, ejemplificaremos lo siguiente:

Un delito que se presenta con frecuencia por parte del padre sobre la persona del hijo es el de Incesto. Los delitos que se realizan dentro del núcleo familiar constituyen una de las problemáticas más graves y difíciles en la -- criminología, ya que muy difícilmente salen a la luz pública, como en el caso del Incesto.

Normalmente las demandas en este caso, provienen de personas ajenas al núcleo familiar, como lo son vecinos o familiares lejanos, y esta en muchas de las ocasiones porque la joven ha quedado embarazada.

Por lo que debe manifestarse lo importante que es la madurez física y mental de los pretendientes para contraer matrimonio, encontrando una razón más de apoyo; en la exposición del siguiente texto.

Al analizar los delitos de incesto, se observa que la conducta se produce cuando la esposa ya no presenta más -- una realización de pareja. El marido se siente solo e incapaz de conseguir una pareja debido a sus problemas de comunicación y afectivos, por lo que, decide valerse de su mis---

ma familia, sustituyendo a su esposa con su hija. El incesto entre hermano-hermana ó tío-sobrino rara vez se presenta. La primera relación incestuosa se lleva a cabo por lo general bajo un estado alcohólico y en venganza contra la persona de la esposa, tomando a la hija como substituto de aquella. Posteriormente se vuelve una actividad habitual y sin resistencia por parte de la hija, los demás hijos adolescentes aceptan la relación o al menos no se revelan contra ella, en los siguientes actos incestuosos raramente se manifiesta la violencia e incluso es difícil que nazca un desafío competitivo entre la madre y la hija.

Que sucede si un menor es expuesto por uno o ambos progenitores a realizar actos sexuales, ser humano a quien aun no se le ha decretado tener plena capacidad, y que sabe que sus padres son las personas idoneas para guiarlo y educarlo, no podrá adivinar que eso que acostumbra hacer con sus progenitores es algo grave, que pone en peligro tanto su integridad física como psicológica. Ya que este tipo de personas (los progenitores) gozan de una gran capacidad para que todos los actos que realizan con los menores no sean del conocimiento de otras personas allegadas con las que convive, como son sus ascendientes o descendientes, quienes bajo ciertas circunstancias serían los indicados para denunciar la realización de dichos actos, razón más que necesaria

ria que corrobora el atender a esta problemática.

Es realmente difícil catalogar a una costumbre como depravada o a un acto como inmoral, pero es aquí donde la figura del juzgador deberá aplicar las facultades concernientes en materia familiar, determinando que el acto es altamente perjudicial al menor, actos que comprometen su integridad física e intelectual; y que obstaculizan su ingro desarrollo.

Un individuo que tiene por hábito inducirse en la depravación o en la realización de actos inmorales, lógico es que buscara la forma de integrar a su familia a este tipo de actividades, que acarrearán un sin fin de consecuencias a los menores, causa más que suficiente para que se determine la pérdida del ejercicio de la patria potestad.

V. 2 MALOS TRATAMIENTOS O ABANDONO DE SUS DEBERES PUDIERA COMPROMETERSE LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS:

El Artículo 162 del Código Civil vigente establece los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio y que son continuadas al ejercicio y cuidado de los hijos:

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

Razón por la que los padres están obligados a cumplir con todos y cada uno de los derechos que se generan para con los menores, como es el de alimentarlos, educarlos convenientemente, de corregirlos y castigarlos mesuradamente en su propio beneficio.

"Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en los casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionar algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales".

Debe entenderse por corregir y castigar mesuradamente, a las medidas que tengan como fin el hacer escarmantar a los menores por haber incurrido en alguna falta, que

a criterio de los padres sea catalogada como tal. Puede en ocasiones utilizarse el uso verbal de medidas correctivas, y en muchas otras recurrir al uso de la fuerza física pero sin llegar a causar lesiones que pongan en peligro la integridad física del menor.

El Código Penal en sus Artículos 288 y subsecuentes, establece los tipos de lesiones que pueden ser ocasionados por los excesos utilizados en los menores por castigos.

"Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración de la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si estos efectos son producidos por una causa externa".

Las lesiones se catalogan en razón al tiempo en que tardan en sanar, o por la cicatriz que dejen en la cara, o la que perturbe la vista, disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite una mano, un pie, un brazo o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales, o alguna lesión que resulte o provoque una enfermedad segura o probable incurable, o la pérdida comple

ta de un órgano, se le impondrán penas o sanciones, que son causa más que suficiente para dejar de ejercer la patria -- potestad, como lo establece el Artículo 295 del Código Penal :

"Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el -- juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, -- suspensión o privación en el ejerci--cio de aquellos derechos.

En cuanto al abandono de deberes que pudieran comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, mencionaremos lo siguiente:

Una vez establecido que los padres tienen la obligación irrenunciable de proporcionar a los menores el sus--tento, vestido, educación entre otros; como lo establece el Artículo 303 del Código Civil. Cabe mencionar que si por -- alguna circunstancia los padres se encuentran imposibilitados, la obligación recaera en los demás ascendientes por -- ambas líneas que estuvieran más próximos en grado.

Al mencionar el abandono de deberes, nos referi---mos al incumplimiento de los padres a las necesidades pri--

mordiales, que traen como consecuencia un detrimento en el desarrollo y salud física de los menores, por la mala alimentación. Está específicamente bien determinado que la etapa de la infancia es la base primordial del menor para su pleno desarrollo, aunque actualmente no es posible proporcionar a los menores todo aquello que constituye una buena alimentación, por lo que se considera como buena, a aquella que reuna el cuadro elemental básico, que permita a los menores desplegar su capacidad intelectual y creativa.

Es sumamente importante que los padres hagan llegar a los menores el alimento y vestido indispensable, para que el menor no recurra a buscarlo por sus propios medios, exponiéndose de esta forma, su seguridad, encontrando su fundamento en el Artículo 51 del Código del menor -- para el Estado de Guerrero, que establece:

"Todo menor, cualquiera que sea su condición legal debe disfrutar de las condiciones necesarias para su desarrollo corporal, espiritual y su bienestar social. En consecuencia, es de interés público - que las obligaciones de los padres para el sostenimiento de sus hijos sean debidamente cumplimentadas, debiendo ser la rapidez en la tramitación, característi-

ca necesaria de los juicios que se establecen al respecto.

El Artículo 164 del Código Civil, señala la obligación de los cónyuges de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y a la educación de los hijos.

El Artículo 168 del mismo ordenamiento establece la obligación de resolver de común acuerdo todo lo concerniente al manejo del hogar, abarcando la educación de los hijos y la administración de sus bienes.

Indica también que en caso de existir desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente.

Si se llega a dar el caso de que los cónyuges recurran al Juez de lo Familiar para que éste resuelva lo conducente, el incumplimiento a su resolución dará lugar a la causal de divorcio analizada, y aún en el caso de que la resolución no exista, la simple negativa al cumplimiento de las obligaciones señaladas por el Artículo 164 será causa de divorcio.

V.3 POR LA EXPOSICION QUE EL PADRE O LA MADRE HICIERAN DE SUS HIJOS, O PORQUE LOS DEJEN ABANDONADOS POR MAS DE SEIS MESES:

Esta causa atiende indudablemente al incumplimiento por parte de los progenitores, de los deberes y obligaciones más elementales respecto de la persona de los hijos, o sea atender a sus necesidades físicas -casa, vestido, sustento y asistencia en casos de enfermedad- señaladas en los Artículos 303 y 336 del Código Civil ya mencionados; aunada a la obligación que tiene de proporcionarles educación primaria elemental y arte o profesión honestos.

El precedente a esta causal es el Artículo 336 del Código Penal para el Distrito Federal y demás relativos, en el que se determina el abandono de familiares y que establece:

"Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado".

El que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarla, al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, al que intencionalmente se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de aludir al cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la Ley determina.

El delito de abandono de hijos se perseguirá de ---oficio los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos un niño que esté bajo su potestad, perderán ---por este sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito.

Todas estas causas establecidas en el Artículo 444 sólo se pueden decretar por la declaración expresa de alguno de los progenitores que ejerzan la patria potestad.

Por lo que deberán enfocarse al caso concreto mencionando los hechos que según el criterio de la actora sean demostrativos de este para con sus hijos o que pongan de manifiesto el abandono de sus deberes. Esto para hacerlo del conocimiento tanto de la autoridad como del demandado, para que sepan cuales son los hechos que se les imputan y ---- la actora pueda rendir las pruebas necesarias que comprue

ben tales hechos, que son los constitutivos de su acción, -- a fin de que el Juez sea quien califique si esos hechos, -- por comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de -- los hijos, son causa suficiente para que el demandado deba perder la patria potestad sobre sus hijos y la guarda y -- custodia de los mismos.

"PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA.- Las disposiciones que contiene la Ley Civil sobre las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad son limitativas, restrictivas, y no ejemplificativas, razón por la cual para que el juez pueda imponer esta sanción a alguno de los progenitores es necesario que las causas que se aleguen encuentren apoyo expreso en algún -- dispositivo de la Ley". (31)

Cabe mencionar también que las causas de pérdida -- de la patria potestad que señala el Código Civil, son de es tricta aplicación, tal como se establece en el siguiente -- criterio jurisprudencial:

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA .- La -

(31) Amparo Directo 5041176, María Hernández Guzmán Viuda de Morales, -- 3 de Octubre de 1977, 5 Votos, Ponente J. Ramón Palacios Vargas, Secretario: Carlos A. Gonzalez Zarate, Informe 1977, Tercer Sala, pág. 126.

pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres, y consiguientemente, las disposiciones del Código Civil que establecen - las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado una de ellas de modo indiscutible, se -- surtirá su procedencia; sin que puedan - aplicarse por analogía ni mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores". (32)

Es muy probable que el cónyuge que ha abandonado - el hogar conyugal ya haya buscado otra pareja con quien con vivir con lo que ya se da lugar a la causal de adulterio.

Veamos algunas consecuencias del abandono del hogar en la persona de los hijos:

"Estudios psicológicos indican que muchos niños abandonados, tienen un alto grado de probabilidad de ser posibles infractores de delitos como la drogadicción y la --- prostitución.

(32) Amparo Directo 4414/77, Leopoldo Fonseca Molina, 7 de Abril de - 1970, 5 Votos, Ponente: Raúl Cuevas Wantecón, Secretario: Gabriel Santos Ayala, Informe 1978, Tercera Sala, Número 108, pág. 71

Es vital para la futura salud mental de los hijos que los padres estén realmente concientes de la gran necesidad que representa el cumplimiento de los deberes y derechos a fin de poder proporcionarles todas aquellas necesidades primordiales, de las que ya hemos hablado, puesto que un niño carente de estas, estara predispuesto a responder - de manera antisocial ante conductas conflictivas; además de que su personalidad y conciencia no estarán lo suficientemente desarrolladas; problemática que se manifestará progresivamente en fracasos escolares, conductas agresivas, síntomas orgánicos, etc.

A L T E R N A T I V A S

PRIMERA .- La intervención del Juez del Registro Civil de concientizar a la pareja al momento de contraer matrimonio, en la obligación que tienen de contribuir ambos a los fines de la familia y la responsabilidad tan importante que es el sostenimiento y educación de los hijos tanto en el desarrollo del matrimonio, como en el caso de recurrir al divorcio.

SECUNDA .- El Juzgador debera determinar cuando así convenga a los menores, el ejercicio de la patria potestad de los abuelos sin importar el que sean paternos o maternos, siempre y cuando el único interés de estos sea el cuidado de los menores.

TERCERA.- Para determinar concretamente las medidas sobre el beneficio e interés de los hijos y para asegurar de manera más apremiante la consecución de este objetivo en cada caso en particular, se habrá de tener en cuenta, siempre que sea posible, la opinión de los menores e incluso de los técnicos especializados que deban colaborar con el Juez en el más acertado discernimiento de las medidas que adopte.

CUARTA.- Podrá acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

QUINTA.- También podrá acordarse, cuando así convenga en beneficio de los hijos, que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos. Debe ser preocupación del legislador que permanezcan unidos los hermanos, que se basara en los inconvenientes psicológicos que el alejamiento entre ellos pueda ocasionar.

SEXTA.- Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio - exclusivo de ellos, tras oírles si tuvieren suficiente juicio o recabando el dictamen de los especialistas.

SEPTIMA.- Corroborar que en cualquiera de los casos, de separación por divorcio, no exime a los padres - de sus obligaciones para con los hijos.

OCTAVA.- La determinación de la contribución del o los progenitores a los alimentos de los hijos, debere -

**establecerse en función de los medios de am--
bos y las necesidades de los hijos.**

C O N C L U S I O N E S

El Divorcio Voluntario tiene como función primordial la disolución del vínculo matrimonial, como consecuencia de las desavenencias presentadas durante la convivencia de los cónyuges dentro del matrimonio.

Debera ser además considerada como función también primordial la situación de los menores engendrados durante el matrimonio, en el caso de que existan; los padres deberán ser concientizados en lo importante que es el ejercicio de la patria potestad y custodia; conjunto de deberes y derechos ejercitados por los padres en beneficio exclusivo de los hijos.

El Divorcio Voluntario y la Pérdida del ejercicio de la patria potestad, son dos Instituciones que conbinadas en forma adecuada se convertirán en elementos primordiales y necesarios para la subsistencia de los menores.

Los anteriores parrafos aunque muy breves son las razones que motivaron en mi a la realización del presente trabajo, como consecuencia de las experiencias adquiridas al ser divorciada; además de padre y madre, de mi menor hijo.

PRIMERA : La infancia y la pubertad son etapas biológicas del hombre que requieren de amplia protección -

social, económica y jurídica.

SEGUNDA : *Historicamente los menores no eran reconocidos como seres humanos con necesidad de ayuda y -- comprensión, eran simples objetos de los cua-- les los progenitores podian disponer, ahora -- esta injusticia a dado un gran giro, los meno-- res son tema de necesidad actual, que tiene co-- mo fin primordial su bienestar, lo que da pau-- ta a la necesidad que presenta de ser retomado el ejercicio de la patria potestad.*

TERCERA : *El Divorcio Voluntario no debe ser en benefi-- cio exclusivo de los padres, sino también de -- los hijos, el Juzgador debe determinar la cau-- sa que los orillo al recurrir a la disolución del vínculo matrimonial, y establecer si esta causa no afecta la estabilidad de los menores.*

CUARTA : *Debe integrarse al procedimiento, el parecer -- de los menores para determinar:*

a) *Si ambos progenitores son los indicados -- para ejercer la patria potestad y custo-- dia.*

- b) Si no es así el Juez deberá determinar si su ejercicio puede ser total o parcialmente.
- c) Deberán existir casos en que ninguno de los progenitores sea capaz de realizar dicho ejercicio.
- d) Recurrir al apoyo de los ascendientes, -- abuelos paternos o maternos sin distinción.
- e) A falta de estos últimos a los ascendientes que así lo soliciten.

El único requerimiento será procurar beneficios a los menores.

QUINTA : La necesidad de requerir e incluir en el procedimiento el dictamen emitido por los especialistas, en el que se determine la capacidad de los padres en el ejercicio de la patria potestad y custodia.

SEXTA : Que la actitud concedida al Juez en el caso del ejercicio de la patria potestad, sean medidas adecuadas sobre el cuidado y educación de los hijos evitando que sean separados como

hermanos.

SEPTIMA : La separación y nulidad del matrimonio no exige a los padres de sus obligaciones para con sus hijos, aun cuando se determine la pérdida de la patria potestad, que se suplira con la aportación económica decretada por el Juez, - que satisfaga sus necesidades.

OCTAVA : Determinar y establecer que las causas establecidas en las Fracciones del Artículo 444 - del Código Civil, pueden ser plenamente establecidas en el caso de Divorcio Voluntario.

NOVENA : El manifestar que no es necesario recurrir -- para demostrar esta necesidad a la realización de estudios de campo e investigaciones - para determinar que es un problema actual y - latente.

DECIMA : Expresar que todas las medidas anteriormente citadas, buscan el beneficio intregro de los - hijos, para que en epocas futuras desempeñen con amor y firmeza ante sus hijos el cargo de padres.

BIBLIOGRAFIA

1. BAQUEIRO ROJAS, Eduardo, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, D.F., 1990.
2. BATIZA, Rodolfo, Las Fuentes del Código Civil de 1928, -
Introducción, Notas y Textos de sus Fuentes Originales
no Reveladas, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., ---
1979.
3. CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Dere-
cho Usual, Tomo VI, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos --
Aires Argentina, 1986.
4. CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil Español Común y Flo-
ral, Derecho de Familia Relaciones Paterno Filiales, To-
mo IV, Editorial Reús, Madrid, 1944.
5. CASTAN VAZQUEZ, José María, La Patria Potestad, Edito---
rial Revista de Derecho Privado, Madrid España, 1960.
6. CHAVEZ ASECIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Re--
laciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa, S.A., -
México, 1985.
7. CHAVEZ ASECIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, De-
recho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, Edi-
torial Porrúa, S.A., México, D.F., 1990.

8. *Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomos V, IX, XXI y XIX, Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires Argentina, 1986.*
9. *ESQUIVEL OBREGON, Apuntes para la Historia del Derecho en Mexico, Tomo III, Nueva España, Derecho Privado y --- Transición, Editorial Publicidad y Ediciones, México, -- D.F., 1943.*
10. *MARGADAN FLORIS, Guillermo, Derecho Romano, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., México, D.F., 1986.*
11. *GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, - Parte General, Personas, Familia, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1987.*
12. *Diccionario Jurídico, Editorial Obeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina, Tomos II y III.*
13. *HAITENHAVER, Hans, Conceptos Fundamentales de Derecho Civil, Introducción Histórico Dogmática, Editorial Ariel, - S.A., Barcelona, 1987.*
14. *IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.*
15. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., Méxi co, 1991.*

16. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *El -- Derecho en México, una visión, Tomo I*, Editorial UNAM, - México, D.F., 1991.
17. LEON, Gabriel, Antecedentes y Evolución de la Patria Po-- testad y en la Legislación Mexicana, Escuela libre de -- Derecho, México, D.F., 1949.
18. LOPEZ CARRIL, Julio J., Derecho de Familia, Editorial - Obeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1984.
19. MAC GREGOR, Carlos Ramírez. El Matrimonio, Estudio Histó-- rico y de Derecho Comparado, Editorial Reús, S.A., Ma--- drid, 1930.
20. MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, Editorial Po-- rruña. S.A., México. D.F., 1990.
21. PALLARES, Eduardo, El Divorcio en México, Editorial Po-- rruña, S.A., México, 1991.
22. PENICHE LOPEZ, Edgardo. Introducción al Derecho y leccio-- nes de Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, --- D.F., 1989.
23. PINA, Rafael de, Derecho Civil Mexicano, Elementos de De-- recho Civil Mexicano. Volumen I, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1989.

24. PLANIOL, Marcel y RIPERTT, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Instrucción, Familia. Matrimonio, Editorial Cardenas Editores, México, 1991.
25. PONS GONZALEZ, Manuel y ARCO TORRES, Miguel Angel, --- Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial Régimen Jurídico, Teoría, Praxis Judicial y Formularios, Editorial, Comares, Granada, 1985.
26. *Revista del Colegio de Abogados de Cordoba, Cordoba República de Argentina, Editorial Morena, S.A. 1984.*
27. *Revista del Colegio de Abogados de Costa Rica, Tomo -- VIII, No. 87, San Jose de Costa Rica, Marzo 1993.*
28. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia, Tomo II, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1982.
29. VALENCIA ZEA A., Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia, Editorial Temis, Bogota, 1970.

LEYES Y CODIGOS CONSULTADOS

1. *Código Civil para el Distrito Federal, Colección Porrúa 61a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., --- 1992.*
2. *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Colección Porrúa, 40a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1993*
3. *Código Penal para el Distrito Federal, Colección Porrúa, 49a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1993*