

300609
74
24



UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO

**INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**"LA PATRIA POTESTAD EN EL
DIVORCIO NECESARIO"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

JOSE JAVIER MARTINEZ LUNA

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Mexico, D. F.

16 de Julio de 1987



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.

1- EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO .

En el derecho romano se conoció tanto el divorcio necesario como el voluntario .

En el primitivo derecho romano , para los matrimonios en los que la mujer estaba sujeta a la manus del matrimonio , es decir , adna potestad marital ferrea , equiparando a la mujer a una hija , solo el marido tenia el derecho de repudiar a la esposa para disolver su matrimonio , y habia , por consiguiente , la posibilidad de una disolución matrimonial por voluntad unilateral .

"parece que el divorcio fue admitido legalmente desde los orígenes de roma , pero no es de suponer que los antiguos romanos usaran de esta libertad , pero sin duda alguna , no concordaba con la severidad de las costumbres primitivas .

"Además , la mujer , casi siempre sometida a la manus del marido , era como una hija bajo la potestad paterna , y, en las uniones de este genero la facultad de divorciarse se reducía a un derecho solamente del marido que podia usar como causa grave. Es solamente en los matrimonios sin manus , al principio muy raros , donde ambos esposos , tenian para este asunto iguales derechos .-Así , realmente apenas hubo divorcios en los primeros siglos .

Pero hacia el fin de la república , y sobre todo bajo el imperio , habiendose extraordinariamente relajado las costumbres , y siendo mas rara la manus , la mujer iba viendose menos impedida de provocar el divorcio .Y luego ha ser tan frecuente como antes habia sido raro , en forma que los historiadores van de acuerdo con los poetas en condenar la facilidad con la que se rompian los matrimonios .

"Asi generalizado , el divorcio puede tener lugar de dos maneras :a)Bona Gratia , es decir , por mutua voluntad de los esposos , no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad , pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento habia unido .

b) Por repudiación , es decir , por la voluntad de uno de los esposos aun sin causa . La mujer manum9intida y la casada con su patrono no tienen este derecho , solamente los hombres y mujeres excluidos de esta calidad . Bajo el gobierno de Augusto , y para facilitar la prueba de repudiacion , la ley Julina de Adulteris , exige que el que se intente divorciar notifique al otro conyuge su voluntad en presencia de siete testigos , oralmente o por un acta escrita , que le hacia: entrega por medio de un liberto .

* los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio ,que habia hechado profundas raices en las costumbre , pero si procuraba hacerlo mas dificil , obligando a precisar las causas legitimas de la repudiacion .

Por otra parte , numerosas constituciones senalaron , para los casos de divorcio , infinidad de penas mas o menos graves cntra los esposo culpable , o contra el autor de una repudiacion sin causa (*)

3- EL DERECHO FRANCES Y EL DIVORCIO

En el derecho frances , la evolucion se produjo de la siguiente manera , fue hasta la revolucion francesa como las ideas catolicas respecto a la indisolubilidad del matrimonio , perdieron su valor .

Sin embargo , no fue en la Primera Constitucion Francesa de 1791 como se establecio legalmente el divorcio , sino hasta una ley del ano siguiente , es decir 1792 . Esta ley francesa se caracteriza por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres y , ademas , por adulterio ,

(*) EUGENE PETIT "Tratado elemental de derecho romano "p. 109 a III

por injurias graves , por sevicia , por abandono de un conyuge o la casa conyugal >tambien se reconocen causas que en realidad no implican una culpa , un hecho inmoral o un delito , como lo es la locura y la ausencia no imputable . Tambien la emigración por mas de cinco años fue causa de divorcio .

La legislación intermedia .- a Revolución que solo consideraba el matrimonio civil , necesariamente debia llegar al divorcio .Desde la constitución se proyecto el establecimiento de este ,pero no fue solo la Asamblea Legislativa la que lo orgenizó en la ley del 29 de septiembre de 1792 , que lo permite con gran facilidad .En primer lugar admite el divorcio no solo por consentimiento mutuo , sino por simple incompatibilidad de caracteres,, alegada por solo uno de los esposos .

En seguida , crea numerosas causas de divorcio , algunas de las cuales eran muy discutibles como la inmigración , la locura , la desaparición de uno de los esposos durante cinco años . La convención facilitó aun mas el divorcio , en su decreto del 8 nivoso y 4 floral año II .Pero ante el abuso de esta nueva libertad , pronto volvió a la ley de 1792 (decreto del 15 termidor año III) " (*)

(*) PLANIOL MARCEL " Tratado elemental de derecho civil " p.14

En el Código de Napoleón se admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario , pero se restringieron las causas , ya no se aceptó la incompatibilidad de caracteres , la locura , la ausencia , la emigración y se reconocieron como causas de divorcio : el adulterio , las injurias graves , la sevicia y las condenas criminales .

" El Código Civil conservó el divorcio , pero tomando precauciones para reglamentarlo y detener el torrente de inmoralidad que se desprendía de las leyes revolucionarias . Se suprimió el divorcio por incompatibilidad de caracteres a petición de uno de los conyuges . Se hizo más difícil el divorcio por consentimiento mutuo . Por ultimo , las causas determinadas del divorcio se redujeron de siete a tres .estas sabias medidas produjeron efectos saludables . El termino medio de los divorcios se redujo en Paris a cincuenta por año (setenta y cinco cuando mas " (*)

Hasta el año de 1816 continuó el divorcio en Francia conforme al Código de Napoleón , pero por motivos de una Carta Constitucional de 18 que le dio al catolicismo el valor de estado , por la ley del 18 se suprimió el divorcio . Se ha interpretado esta ley del 18 como un desagravio a la iglesia

(*) PLANIOL MARCEL "Tratado elemental de derecho civil " p.15

, causado por la Revolución Francesa , que a su vez trajo como consecuencia que el catolicismo fuese religión de Estado .

No fue sino hasta la Carta de 1830, cuando se le priva al catolicismo de religión exclusiva . La consecuencia lógica de debió haber sido el establecimiento del divorcio , pero aunque la Camara de Diputados en los primeros años del reinado de Luis Felipe , la voto cuatro o cinco veces , siempre fue rechazada por la de los Pares . En 1848 , la constituyente la rechazo a su vez y solamente sesenta y ocho años después de su supresión fue restablecida por la ley del 19 de julio de 1884 como consecuencia de una prolongada campaña emprendida por Naquet . Una del 30 de abril de 1886 , modifico el procedimiento del divorcio . Por último , a su vez se modificaron los artículos 248 y 299 en 1893 . (*)

II- EL DIVORCIO

1- DEFINICIONES DE DIVORCIO

2- CLASES DE DIVORCIO

- A) NECESARIO
- B) VOLUNTARIO
- C) ADMINISTRATIVO

3- DIVORCIO NECESARIO Y SUS CAUSALES

4- EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO

- A) EN CUANTO A LOS BIENES
- B) EN CUANTO A LOS HIJOS
- C) EN CUANTO A LAS CONYUGES

I- DEFINICION DE DIVORCIO

Etimologicamente la palabra divorcio , deriva de la palabra latina *divertere* o *divortare* , la cual significa apartarse Rafael de Pina en su diccionario de Derecho , nos dice que divorcio es "de acuerdo con la legislación mexicana , la disolución legal del matrimonio que deja a los conyuges en aptitude de contraer otro " (p. 240)

Se deduce de lo anterior que para que exista el divorcio , debe existir primeramente el matrimonio entre dos personas por lo cual hablaremos someramente , de esta institución , por estar unida al divorcio ya que no puede existir la segunda sin la primera .

Al hablar del matrimonio se nos viene a la cabeza la unión de un hombre y una mujer que creara un estado permanente de vida entre ellos con deberes y derechos reciprocos , resumidos en la ayuda mutua , la perpetuación de la especie y destino común de los consortes , que apoyados por el derecho cumplen con las obligaciones socio éticas y económicas dentro de la sociedad , por lo que podemos decir que el matrimonio de acuerdo con Planiol es " el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre si una unión

que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad
"(*)

Ahora bien una vez que sabemos lo que es el matrimonio , es importante conocer su evolucion en la historia hasta llegar a la disolucion del vinculo matrimonial conocido por divorcio , tema de nuestro trabajo de investigacion .

Encontramos que la primer forma de matrimonio que existio fue la de exogamia , cuando los hombres de una tribu , sin tener un previo conocimiento de los conyuges . Tambien fue conocida la endogamia , que fue practicada por los mayas , egipcios e incas , con el fin de conservar la pureza de la sangre de la clase gobernante dandose por este motivo este tipo de matrimonio .

Fosteriormente en las tribus mas evolucionadas surge el matrimonio por raptio y posteriormente la compra de la esposa , siendo este el antecedente de la familia patriarcal . Ya en Roma se conocia la Coemptio , que era lo compra simbolica de la mujer casadera , por parte del futuro conyuge , por lo que " es posible que la seremonia de la entrega de arras en el matrimonio catolico encuentre sus antecedentes remotos en el matrimonio por compra " (**)

Tambien era conocida en Roma la conferreatio , que consistio

{*} PLANIOL MARCEL " Tratado elemntal de derecho civil"p.473
{**} GALINDO GARFIAS I. "Derecho civil " p. 473

en la intervención del poder público para regular la ceremonia del matrimonio para sancionarlo , ya que el estado constataba la voluntad de convivencia , en calidad de esposos entre un hombre y una mujer , asociando esta al culto domestico de la familia del marido .

No es sino hasta el siglo X , cuando la iglesia interviene en la celebración del matrimonio y atribuye competencia a los tribunales eclesiásticos para decidir las cuestiones relacionadas con el , prevaleciendo la idea de que los ministros del sacramento del matrimonio , siendo el sacerdote un simple testigo para que se llevara a efecto el matrimonio de acuerdo a los cánones eclesiásticos .

En el siglo XVI el estado recobra jurisdicción sobre las causas matrimoniales , cuestiones economicas derivadas del matrimonio , separación de cuerpos y las cuestiones de nulidad del matrimonio . Existe una lucha de autoridad entre la iglesia y el estado en relación al matrimonio durante el siglo XVIII , en la cual el estado privó de efectos civiles a determinados matrimonios contraidos ante la iglesia , que carecieron de los requisitos impuestos por la autoridad civil

No es sino hasta la Constitución Francesa de 1791 que se declara al matrimonio como un contrato civil , secularisandose la legislación sobre el matrimonio en Francia y mas atrde en otros países siguiendo su ejemplo .

En la Republica Mexicana en la epoca de la colonia , la iglesia catolica , mediante sus ministros y tribunales interviene para dar validez al matrimonio y resolver los problemas que surgieran del matrimonio .Esta situación dura hasta el 23 de julio de 1959 , el Presidente Benito Juárez promulgó , la ley relativa a Los actos del Estado Civi y su registro , en la que quedaron secularizados los actos del estado. civil de las personas , entre ellos el matrimonio , atribuyendole naturaleza de contrato civil , reglamentando lo relativo a los requisitos , elementos de existencia y de validez etc. Pero reconociendo en dicha ley la indisolubilidad del matrimonio .

Durante el gobierno de Venustiano Carranza en el año de 1914 , se promulgó en Veracruz un Ley de Divorcio, que deja a los cónyuges en la plena libertad de contraer nuevas nupcias , posteriormente es confirmada esta disolubilidad en la ley de Relaciones Familiares del 12 de abril de 1917 y también en nuestro Código Civil .

2- CLASES DE DIVORCIO

Si se toma en cuenta los efectos que produce la sentencia de divorcio se pueden dividir en : vincular y no vincular , este ultimo el Decho Cañónico le da el nombre de separación de cuerpos .En el primero la sentencia deja en aptitud de contraer a los conyuges otro matrimonio , en tanto que el segundo la sentencia se limita al otorgamiento de la dispensa de la cohabitación , pero subsistiendo la fidelidad y la ayuda mutua , por lo que no se considera divorcio , por que subsiste el vinculo matrimonial y no deja a los conyuges en la aptitud de contraer otro matrimonio .

Planiol por su parte toma en cuenta para su clasificación del divorcio los efectos de la sentencia, considerando a esta si es una sanción o un remedio . Se debe toma en cuenta que para el primero , que es el divorcio sanción , debe existir una causa justificada para darse esta figura imputable a cualquiera de los conyuges y dentro de la segunda cundo el divorcio se funde en una enfermedad , que padezca alguno de los conyuges que ponga en peligro de contagio a los miembros de la familia .

Por otra parte podemos clasificar al divorcio de acuerdo a

las personas que lo soliciten , teniendo asi en este caso :
Divorcio por mutuo consentimiento v divorcio contencioso ,
tambien llamado necesario . En el primero existe la voluntad
de ambos cónyuges de romper los lazos matrimoniales ,
mientras que en el segundo hay una causa para solicitar el
divorcio y que haga imposible la vida en común .

En cualquiera de las clasificaciones antes expuestas del
divorcio , debe existir algunos presupuestos , que son :

a) Existencia de un matrimonio válido , teniendose la
presunción de validez del matrimonio , mientras no haya
sido promovido un juicio o exista sentencia ejecutoriada
que declare la nulidad del matrimonio .

b) Capacidad de las partes , es decir debe tenerse la
mayoria de edad , los menores emancipados necesitan un tutor
dativo para solicitar el divorcio y durante todo el proceso
del mismo , ya sea por mutuo consentimiento o contencioso ,
este tutor es con la finalidad de integrar la voluntad del
menor de edad y no para sustituirla .

c) La legitimacion procesal . En caso de que sea un divorcio
voluntario o administrativo debe tramitarse por medio de los
propios conyuges ya que es un derecho personalísimo , pero

en el caso de que sea un divorcio de tipo contencioso o necesario y el cónyuge tiene capacidad de goce y de ejercicio , puede hacerlo mediante un apoderado .

Es necesario hacer mención que el maestro Rafael Rojas Villegas en su obra clasifica en cuatro formas distintas el divorcio , que son :

- a) Divorcio necesario ; b) Divorcio voluntario ; c) Separación de cuerpos ; d) Divorcio voluntario de tipo administrativo . (*)

Por nuestra parte analizando las disposiciones de nuestro Código Civil , podemos clasificar el divorcio en varios tipos :

1- El divorcio imperfecto , que no implica la disolución del vínculo matrimonial , sino exclusivamente la separación de cuerpos , prevaleciendo las demás obligaciones matrimoniales , previstas en el artículo 277 del Código Civil .

2- El divorcio necesario que implica un litigio entre ambos cónyuges , en el que uno demanda judicialmente el divorcio contra el otro cónyuge , basándose en alguna de las causales previstas en el artículo 267 del Código Civil .

3- El divorcio voluntario , basándose en el mutuo consentimiento , previsto en la fracción XVI del artículo 267

de nuestro Código Civil , no requiriendo la invocación de una causal de divorcio específica , salvo la voluntad de los conyuges de disolver su vínculo matrimonial .

El divorcio voluntario a su vez puede clasificarse en dos tipos que son : administrativo y judicial .

a) El administrativo (voluntario) esta previsto y regulado por el artículo 272 del Código Civil , que dice " cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad , no tengan hijos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal , si bajo este régimen se casaron , se presentaran personalmente , ante el oficial del registro civil del lugar de su domicilio , comprobaran con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestaran terminantemente y explicita su voluntad de divorciarse "

" El oficial del Registro Civil , previa identificación de los consortes , levantara un acta que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días . Si los consortes hacen la ratificación , el oficial del Registro Civil los declarará divorciados , levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del

matrimonio anterior . "

"el divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos , son menores de edad y no han liquidado la sociedad conyugal , entonces aquellos sufriran las penas que establece el Código de la Materia . "

b) El divorcio voluntario judicial esta previsto en el párrafo final del mismo artículo 272 , que dice :

"los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los párrafos anteriores de este artículo , pueden divorciarse por mutuo consentimiento , ocurriendo al juez competente en los terminos que ordena el Código de procedimientos Civiles ."

El artículo 273 prvee que " los conyuges que se encuentran en el caso del párrafo último del artículo anterior estan obligados a presentar al juzgado un convenio .

3- EL DIVORCIO NECESARIO Y SUS CAUSALES .

Para el maestro Galindo Garfias , las causales de divorcio "pueden ser derivadas de la culpa de uno o de ambos de los consortes o por venir der otras razones , en las que no puede imputarse culpa a ninguno de ellos "(*)

(*) GALINDO GARFIAS LUNACIO " Derecho civil " p. 559

Por su parte el licenciado Rafael Rojina Villegas en su obra hace la siguiente clasificación de las causales del divorcio :

"1- Las que impliquen algún delito , 2- Las que constituyan hechos inmorales , 3- Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de las obligaciones conyugales , 4- Determinados vicios , 5- Ciertas enfermedades ."
"(*)

Por cuestiones prácticas para el estudio de las causales de divorcio tomaremos el orden establecido en nuestro artículo 267 del Código Civil .

1- El adulterio debidamente probado de uno de los conyuges . Evidentemente es esta causal , no se requiere que exista sentencia penal para tipificar el delito de adulterio , como la jurisdicción civil es autónoma , y en el juicio de divorcio se pueden rendir pruebas distintas de aquellas que se presentaron en la causa penal , podrá el juez del divorcio considerar probado el adulterio para los efectos de disolver el matrimonio , justamente por que esta operando sobre distintas pruebas que aquellas que haya tomado en cuenta el juez penal . Cabe incluso la posibilidad de que sean las mismas pruebas , las mismas declaraciones de los

partes y de los testigos , las mismas cartas en las que se haga alusión al adulterio, y el juez civil puede dar una interpretación distinta a la del juez penal , siendo posible entonces que la sentencia penal sea absolutoria y la del divorcio considere probado el adulterio , por la diferente valorización en función de la distinta finalidad que tiene el juez civil y el penal , al estimar las pruebas .

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

Evidentemente no hay delito, en que la mujer oculte a su futuro marido , que se encuentra embarazada respecto de un hijo de quien no es padre este , pero si hay un grave hecho inmoral , porque ello demuestra una deslealtad absoluta , tanto antes del matrimonio , como en el momento de celebrarlo , y esta deslealtad de la mujer , de no revelar a su futuro marido que se encuentra en cinta , y que evidentemente implica además una injuria , es la que se sanciona como causa de divorcio .

La ley estima que se presumen legítimos los hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio , toma como termino mínimo la gestación de seis meses .

Para que se de la causal de divorcio , debe nacer el hijo dentro de los ciento ochenta días , no después , a efecto de que ya no se presume hijo del marido , sino que fue engendrado antes del matrimonio .

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

No se requiere en esta causal que previamente se declare penalmente al marido responsable del delito de lenocinio , pues dada la amplitud con la que esta expresada esta causa por la fracción del artículo 267 del Código Civil .

" El marido debe a su mujer protección y amparo y de ningún modo falta más al cumplimiento de sus deberes que incitando a aquella a la prostitución , la degeneración de la esposa llega a su mas alto grado , cuando él mismo se hace autor de su propia deshonra , y seria iluso querer obligar a lamujer a hacer vida común con el hombre que la empuja al lodazal del vicio ." (*)

Evidentemente que solo en los casos en que la mujer pueda probar que existió violencia física o moral para aceptar la

(*) COUTO RICARDO " Derecho civil mexicano de las personas" p.318 T

propuesta de la prostitución ella podra hacer valer esta causal , de otro modo , incurriera en el adulterio y ella dara causa de divorcio .

IV- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito , aunque no sea de incontinencia carnal V- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos , asi como la tolerancia en su corrupción :

Podra darse el caso específico de corrupción de menores de dieciocho años de edad , pero podran ser los hijos mayores de edad , y entonces ya no estamos ante el delito , pero sin discusión , ante el acto inmoral del padre o de la madre que inducen o llegan a corromper a los hijos mayores de dieciocho años de edad .

La tolerancia de su corrupción , siempre y cuando esta se manifieste en actos positivos y no en simples omisiones , descuidos , o falta de vigilancia del menor .

Puede no darse el resultado de la corrupción del hijo , pero la causal de divorcio existira por el solo hecho de tratar de corromperlos siempre y cuando se traduzca en actos positivos y no en omisiones .

VI- Padecer sífilis , tuberculosis o cualquier otra

enfermedad crónica o incurable que sea , además contagiosa o hereditaria , y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio ;

VII- Padecer enajenación mental incurable .

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

No significa necesariamente la separación , el abandono de las obligaciones conyugales en una forma total . Es frecuente que el marido se separe de la casa conyugal sin causa justificada y siga cumpliendo su obligación alimentaria . No hay abandono del conyuge en el sentido de cometer el delito específico de dejarlo sin medios para subsistir . Al efecto estatuyen los artículos 336 y 337 del Código Penal :

336- "al que que sin motivo justificado abandone a sus hijos , o a su conyuge , sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia , se le aplicará de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia ."

337- " El delito de abandono de hogar solo se perseguirá a petición del conyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos , a falta de los representantes de los menores , la acción se iniciará por el Ministerio Público - , a reserva de que el juez de la causa designe un

tutor especial para los efectos de este artículo "

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

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

Recordemos que la declaración de ausencia legalmente pronunciada , no produce por sí sola , el efecto de disolver el vínculo conyugal (artículo 705 del C.C.).

Esta causa prevee la incertidumbre que ocasiona la desaparición de el consorte ausente o presuntamente muerto , en perjuicio del otro conyuge , de los hijos y aun de los terceros .

La ruptura del vínculo conyugal , en los casos de ausencia o de presunción de muerte , sólo se produce , si con base en la resolución judicial (de presunción de muerte , ausencia o declaración de muerte), se intenta la acción de divorcio en un juicio que concluire con una sentencia que declare expresamente la disolución del vínculo matrimonial .

En el caso de ausencia o declaración de muerte , el juez no esta autorizado para analizar por que se ha roto la comunidad de vida entre los consortes y si ésta ruptura obedece a motivos justificados o injustificados .

El cónyuge que funda su acción de divorcio en la fracción X del artículo 267 del Código Civil , solo esta obligado a probar que se ha pronunciado una resolución judicial que decláre legalmente ausente o presuntamente muerto a su consorte .

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

Propiamente debemos entender , que la sevicia en función de su finalidad , haga imposible la vida conyugal , que los malos tratos de palabra o de obra que la constituyen den como resultado que se rompa definitivamente la armonia entre los cónyuges . Claro esta que esto podra realizarse cundo los malos tratos , sin ser graves , son continuos , revelan lo que en el derecho norteamericano se denomina crueldad , y especialmente , cierto tipo de crueldad mental , para llegar a formar complejos en el cónyuge inocente , hasta llevarlo a la desesperación , a un estado insoportable , cuando es hábilmente ejecutado .

Puede el mal trato ser tan grave , tan intenso , que una vez ejecutado , aun cuando jamás se repita , contituya la sevicia como causa de divorcio .

XII- La negativa de los conyuges de darse alimentos , de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 , siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166 .

Se entiende por alimentos no solo la comida , sino tambien la habitación , educación y todos los beneficios que se les pueda brindar a la esposa y a los hijos , sino que también se comprende asi mismo el caso de abandono moral o espiritual del conyuge, que elude el cumplimiento de la obligación de contribuir al sostenimiento del hogar actuando de una manera indiferente en la colaboración mutua que se deben entre si los conyuges .

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

Estamos en presencia de una causal que sí requiere previamente que se siga el juicio penal , se pronuncie sentencia y se declare inocente al conyuge acusado por el delito que se le imputa al otro .Si la sentencia establece

que el acusado es inocente de un delito que merecia una pena de prisión mayor de dos años , entonces el conyuge calumniado tendrá ya comprobada plenamente su causa de divorcio , pero se requiere que la sentencia penal declare su inocencia y cause ejecutoria , teniendo el conyuge absuelto un término de seis meses para ejercitar la causa de divorcio, a partir de que cause o este ejecutoriada la sentencia .

En primer lugar , se necesita para que haya una calumnia, que se declare sentencia penal firme , que el acusado es inocente y , en segundo lugar , se requiere que el delito respecto del cual se considere inocente sea de aquellos que sanciona el Código Penal , con una pena cuyo término medio aritmético sea mayor de dos años de prisión .

XVI- Haber cometido uno de los conyuges un delito que no sea político , pero que sea infamante , por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años evidentemente tambien en esta causal hasta que haya sentencia ejecutoriada que imponga al conyuge que cometio el delito con una pena mayor de dos años de prisión se podra configurar la causa de divorcio , que la ley otorga al otro cónyuge , pero siempre y cuando no sea político el delito y sea infamante .

En función de esta sentencia el juez que conoce el divorcio

determinará si el delito es infamante , si implica deshonra para el cónyuge actor en el juicio , para su familia , , como lo son indiscutiblemente : el homicidio , delitos contra la patria etc.

Los delitos de imprudencia aunque tengan una sentencia mayor de dos años de prisión no podran ser invocados como causa de divorcio .

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

el juez en estos casos , es quien debe calificar , si esos hábitos han perturbado gravemente la armonía conyugal que haga imposible la convivencia de los cónyuges .

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

Aqui el Código Civil se refiere al caso previsto por el Código Penal de 1871 , en el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aun cuando penalmente no hubiera robo , para los efectos del divorcio , si ese robo , por su

cuantía , tratándose de una persona extraña fuere sancionable con más de un año de prisión , si constituía una causal de divorcio , por lo que evidentemente estaba demostrado , el propio legislador , cuando elaboró esta causal en 1928 fecha en que se promulgó el Código Civil vigente , que el delito debería apreciarse por el juez civil , para los efectos exclusivamente del divorcio , por cuanto que no había conforme al Código Penal el delito de robo entre consortes . En los demás casos , por ejemplo de lesiones entre conyuges , sí implicaba un delito para los efectos del Código Penal , y , por consiguiente ya no estaban regulados por esa fracción XVI sino por la XIV . En la actualidad , ya el Código Penal vigente no exceptua el caso que si admitía el de 1871 , o sea , el de que no había robo entre consortes , y como conforme a este Código , si hay delito , si el ofendido se querrelia , ya no es aplicable la fracción XVI , que en rigor ha perdido toda posibilidad de ser aplicable , ya que tendremos que referirnos al delito que cometiera un conyuge contra el otro , en los terminos de la fracción XIV , para el caso de que este delito tenga una pena superior a dos años de prisión .

XVII- El mutuo consentimiento .

4- EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO .

La sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial , produce efectos en relación con la persona de los consortes que se divorcian , respecto de la situación de los hijos y en cuanto a los bienes de los cónyuges .

a) En cuanto a la persona de los cónyuges , que se divorcian , el artículo 266 del Código Civil dispone que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro , el cónyuge que ha dado causa para el divorcio no podrá volverse a casar , sino después de dos años a partir de la fecha de la sentencia de divorcio .De acuerdo con este mismo precepto , los cónyuges que se divorcian voluntariamente , no podrán contraer nuevo matrimonio sino después de un año contado a partir de la fecha en que se decretó la disolución del vínculo matrimonial .

Por otra parte , la mujer no debe contraer nuevo matrimonio antes de los treientos días siguientes a la disolución del anterior , excepto que dentro de ese plazo , diere a luz un

hijo . En los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio , el plazo se cuenta desde que se interrumpió la cohabitación . (artículo 158 del Código Civil)

El juez tomando en cuenta las circunstancias del caso , y entre ellas la capacidad para trabajar , de los cónyuges y su situación económica , sentenciara al culpable al pago de alimentos en favor del inocente , en tanto viva honestamente y no contraiga nuevas nupcias .(artículo 288 del Código Civil)

b) En cuanto a la situación de los hijos , el artículo 283 del Código Civil da la facultad al juez de decidir en forma discrecional , valorando las pruebas que se aporten para la disolución del vinculo matrimonial , la patria potestad de los hijos .

c) En cuanto a los bienes el conyuge culpable pierde en favor del inocente , todo lo que el hubiera dado o prometido a su consorte , o cualquier otra perosna haya dado en consideración al matrimonio . El cónyuge inocente conservare lo recibido y podra reclamar lo pactado en su provecho (artículo 286 y 228 del Código Civil) .

El conyuge culpable además , debe pagar al conyuge inocente los daños y perjuicios que le ocasione el divorcio .

Es efecto de la sentencia de divorcio , conforme a lo dispuesto en el artículo 197 del Código Civil , la disolución de la sociedad conyugal , la cual debe ser puesta en liquidación , de acuerdo con las bases que se establezcan en la sentencia de divorcio , conforme a lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales (artículo 287 del Código Civil)

Debe advertirse que en la propia sentencia deberá decretarse las medidas precautorias necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que quedan pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos . Los consortes divorciados , tendrán la obligación de contribuir en proporción a sus bienes , a la subsistencia y educación de los hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad .

El juez que dicte la sentencia , deberá enviar copia de la sentencia de divorcio , el Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio , para que levante el acta correspondiente . Un extracto de la resolución de divorcio , deberá publicarse durante quince días , en las tablas destinadas al efecto (artículo 291 del Código Civil)

III- LA PATRIA POTESTAD

1- DEFINICION DE LA PATRIA POTESTAD

2- NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

3- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD

4- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

A) EN CUANTO A LA PERSONA

B) EN CUANTO A LOS BINES

C) RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

5- EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

1- DEFINICION DE LA PATRIA POTESTAD .

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

La patria potestad es un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes , que estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores , para cuidar de estos , dirigir su educación y procurar su asistencia , en la medida de su minoridad de edad lo requiere.

Para Colin y Capitant la patria potestad es " el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos , mientras son menores no emncipados , para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento , de alimentación , y de educación a que estan obligados " (♦)

Por su parte Planiol define a la patria potestad como "El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre , sobre la persona y bienes de sus hijos

(*) COLIN HENRY Y C. " Curso elemntal de derecho Civil " p.II2

menores , para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales " .(*)

Anteriormente solo se establecía para los hijos nacidos dentro del matrimonio pero en la actualidad la ley ha querido que este deber de proteger y cuidar a los hijos , no dependa de la existencia del vínculo matrimonial sino de la procreación , o de la adopción que impone a cargo de los padres , la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente .

La patria potestad tiene su origen en la paternidad y maternidad . A los progenitores incumbe el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de la función de la patria potestad .

En suma la fuente real de la patria potestad es el hecho natural de la maternidad y paternidad . La autoridad paterna se confiere para el cumplimiento de educar y proteger a los hijos en lo cual el grupo social está interesado .

2- NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD .

En la naturaleza de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado , se ejerce en interés público , ya que en el logro de las finalidades propuestas , existe evidentemente el interés de los padres debiendo

(*) Planiol Marcel "Tratado de Derecho Civil "P.251 T II .

coincidir con el interés del grupo social al cual se pertenece .

Desde el punto de vista interno , la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores , esta constituida primordialmente por un conjunto de deberes , alrededor de los cuales y en razón de los mimos , el derecho objetivo ha otorgado a quienes lo ejercen , un conjunto de facultades .Desde el punto de vista externo , la patria potestad , se presenta como un derecho subjetivo , quiere decir que frente a todo poder exterior a la familia , , el titular de la patria potestad tiene derecho subjetivo personalísimo . Como un derecho subjetivo , la patria potestad es de ejercicio obligatorio , y en este aspecto nos encontramos , una nueva coincidencia o semejanza con ciertos derechos subjetivos públicos . No existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer este cargo .

Sobre los progenitores recae esta función y no estan en la posibilidad de renunciar a su ejercicio . El padre y la madre tiene cierto campo de libertad en lo que se refiere a la oportunidad , a la manera y a al idoneidad de los medios empleados para llenar esa función .

El contenido de la patria potestad .

La autoridad paterna se ejerce sobre , la persona y los bienes del hijo . La atribución de esta función protectora de los hijos menores , descansa en la confianza que inspira por razon natural , los ascendientes , para desempeñar su función .

El derecho objetivo toma en cuenta consideraciones de orden natural , ético y social , para hacer de los padres las personas idoneas para el cumplimiento de esta misión .

La patria potestad tiene un contenido de orden natural (la procreación) , y aveces afectivo (la adopción) , de carácter ético (el deber de mirar por los intereses de la prole) y un aspecto social (la misión que correponde a los padres de formar hombre utiles a la sociedad) .

El primer aspecto , es decir el de orden natural , " no puede negarse que el ordenamiento jurídico , toma en cuenta el sentimiento de afecto y de interes de los progenitores , para desempeñar ese cargo en la manera mas eficaz" (*)

La patria potestad forma parte importante de la organizacion de aquel grupo social primario que es la familia observa Barassi que en el agregado de la familia , falta aquella voluntad superior del estado en el proceso formativo de la misma , el grupo de la familia surge de manera natural , dentro del orden social , acaso -agrega el autor - la función

(*) ROSA ANTONIO DE LA "La tutela degli incapaci " p.52

del estado habra de consistir en imprimir impulso y desarrollo a la formación espontanea de los grupos familiares , respetandolos , como lo ha hecho con la persona física . (*)

El contenido ético , de las relaciones jurídicas de entre los progenitores que ejercen la patria potestad y de los hijos , se presenta en el estado de obediencia y respeto de los descendientes hacia los padres . El artículo 411 del Código Civil , dispone que los hijos cualesquiera que sea su estado , edad y condición , deben honrar y respetar a sus padres y demas ascendientes .

Desde el punto de vista de la autoridad paterna , el fundamento ético de la patria potestad , consiste en que la función encomendada al padre y a la madre , no se agota en la procreación de los hijos , o del hijo , impone a los padres la responsabilidad moral de la formación de sus menores hijos desde el punto de vista físico , intelectual y espiritual .

La patria potestad tiene interés ademas de los padres un interés público , en cuanto que realizando esta actividad hacia el hijo , se beneficia la colectividad representada por el estado .

(*) BRASSI LODOVICO " De la tutela civile " p. 190

3- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD .

Por lo que toca a quienes ejercen la patria potestad sobre los descendientes encontramos que el poder primordial que se impone a los padres o ascendientes que son el agente activo , el sujeto o sujetos , que reciben o estan bajo la patria potestad o sujetos pasivos, son los hijos o los adoptados .

Las obligaciones que se imponen a los ascendientes son : a) El cuidado y la guarda de los hijos ; b) La dirección de su educación ; c) El poder de corregirlos y castigarlos ; d) La obligación de su manutención ; e) La representación legal del menor de edad .

La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio la ejercera el padre o la madre , que lo haya reconocido , y en el caso de que vivan juntos , la patria potestad sera ejercida por ambos progenitores , pero convendran , quien de ellos ejercera la custodia del hijo , en caso de que no llegaran a un acuerdo , el juez de lo familiar , oyendo a los padres y al Ministerio Público , resolvera sobre lo que creyere mas conveniente a los intereses del menor . (artículo 380 del Código Civil).

Si los padres no viven juntos y el reconocimiento se efectua sucesivamente , la patria potestad corresponde no obstante a ambos consortes y la custodia del hijo pertenece al que

primeramente lo hubiere reconocido , salvo convenio en contrario entre los padres y siempre que el juez de lo familiar no juzgue conveniente modificar el convenio , por causa grave , con audiencia de los interesados y del Ministerio Público (artículo 381 del Código Civil) .

4- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD .

a) Sobre la persona de los hijos .

La guarda de los hijos es un medio de protección material y ese elemento de hecho , en casos determinados , la no existencia de la guarda material de la persona del hijo , no afecta el concepto jurídico de la patria potestad . La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado claramente la distinción , entre la guarda o custodia del hijo que en caso de divorcio , puede quedar encomendada a uno de los conyuges , sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad "La guarda del menor hijo , implica esencialmente la posesión , vigilancia , protección y cuidado del menor , y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad , dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor , por que tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarle en la satisfacción de todas sus necesidades "(Amparo directo 4026/67)

1- Impone a los ascendientes que la ejercen el deber de suministrar alimentosa a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna (a.303 C.C)

2- De educarlos convenientemente (a.422 C.C.)

3- Otorgar a quienes ejercen la patria potestad , la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente (a.423 C.C.)

4- A quienes ejercen la autoridad paterna , son los legítimos representantes de los menores que estén bajo ella (a.425 C.C.)

5- El domicilio de los menores no emancipados sujetos a la patria potestad es el mismo de las personas a cuya patria potestad están sujetos . (a. 32 Frac.1. C.C.)

b) Efectos sobre los bienes de los hijos .

La patria potestad no solo produce efectos sobre la persona del hijo , de ella derivan otras consecuencias , de carácter patrimonial En efecto la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores de edad no emancipados , quienes en tanto no alcancen la mayoría de edad , no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes (a.667 y 664 del C.C.)

Sin embargo esta facultad de administración sobre los bienes

del menor , no comprende la gestión de todo el caudal del hijo . La administración y la propiedad de los bienes que el menor ha adquirido por su trabajo , corresponde a este ultimo .

En cuanto a los bienes que el menor ha adquirido por causa distinta de su trabajo (herencia , legado , donación , bienes adventicios) la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen , en tanto que la administración y la otra mitad del usufructo , corresponde a la persona que ejerce , sobre él la patria potestad . Sin embargo si adquiere bienes por herencia , legado o donación , el testador , legatario o donante pueden excluir a las personas que ejercen la patria potestad , del usufructo de los bienes que constituyen la herencia , legado o donación (a.428 429 y 480 del C.C.) " En terminos generales los actos de la administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman el patrimonio y a la percepción de los frutos que este produzca , según la natural destinación de la cosa que forma parte . (→)

La idea fundamental que preside las facultades de administración , en materia de patria potestad , es la de conservación de los bienes , y los actos de disposición , son contrarios a este principio . Por ello las personas que

ejercen la patria potestad , no pueden enajenar ni gravar en manera alguna los bienes inmuebles y los muebles preciosos , que corresponden al hijos , sin previa autorización del juez de lo familiar ante quien debiera probarse la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor con la ejecución de esos actos .

Por otra parte las facultades de representación del hijo menor , que corresponden a los que ejercen la patria potestad encuentran otra limitación , porque no pueden realizar los siguientes actos :

a) Celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años

b) Recibir rentas anticipadas por mas de dos años .

c) Vender valores comerciales , industriales , títulos de renta , frutos y ganado por menor valor del que se cotee en la plaza el día de venta .

d) Hacer donaciones de los bienes de los hijos .

e) Renunciar a los derechos de estos .

f) Renunciar a la herencia en representación de los hijos . (a.436 y 337 del C.C) .

c) La responsabilidad civil .

En el artículo 441 se lee , que a instancia de cualquier

interesado , del menor si hubiera cumplido catorce años o el Ministerio Público , los jueces de lo familiar , pueden tomar las medidas , necesarias para impedir que por mala administración de sus ascendientes , los bienes de los hijos se derrochen o disminuyan , finalmente el artículo 442 , ordena , que las personas que ejercen la patria potestad deben entregar a sus hijos "todos los bienes y frutos que le pertenecen De la interpretación de los artículos 430, , 441 y 442 , del Código Civil , citados en párrafos anteriores , se puede concluir , que las personas que ejercen la patria potestad están obligadas a reparar los daños que causen al menor sujeto a ella , por su mala administración y que teniendo en cuenta que la función de la patria potestad , es el cuidado de la persona del hijo y de la conservación de los bienes , están obligados a reparar el daño (disminución patrimonial) y el perjuicio (falta de ganancias lícitas que debiera haber obtenido el hijo) , que causen al descendiente ., por los actos dañosos contrarios a la conservación del patrimonio del hijo , cuando no se han extremado las atenciones , que un diligente padre de familia pondría en el cuidado y conservación de los bienes de los hijos .

5- Extinción y suspensión de la patria potestad .

La patria potestad no es renunciabile , solo puede ser sujeta a excusa , cuando quienes la deben ejercer han cumplido la edad de sesenta años ,, o cuando por su mal estado habitual de salud , no pueden atender debidamente esta función .

La patria potestad se extingue :

- a) Cuando el hijo alcance la mayoría de edad .
- b) Por muerte del hijo .
- c) Porque no haya ascendientes en quienes recaiga la patria potestad a. 443 C.C.)

Se suspende la patria potestad :

- a) Por la interdicción de la persona a quien corresponde su ejercicio , o cuando se condena dos o mas veces por delitos graves (*)
- b) Como efecto de una sentencia de divorcio .
- c) Por las costumbres depravadas de los padres , malos tratos exposición o abandono . , de los hijos por mas de seis meses . (a.444 C.C.)

Las ulteriores nupcias del conyuge viudo o divorciado o cuyo primer matrimonio ha sido declarado nulo , no hace perder la patria potestad al conyuge que se case nuevamente , ni atribuir el ejercicio de la patria potestad al nuevo consorte (a. 445 y 446 del C.C.) .

(*) PORTE PETIT CELESTINO " Apuntamiento de la parte general del de la parte Penal " p. 203

IV- LA PATRIA POTESTAD EN EL DIVORCIO NECESARIO

1- EL PROBLEMA SOCIO JURIDICO DEL DIVORCIO

2- LA PATRIA POTESTAD EN EL DIVORCIO NECESARIO. .

1- EL PROBLEMA SOCIO JURIDICO DEL DIVORCIO .

El matrimonio constituye la base de la familia en una sociedad organizada . En consecuencia la cohesión y estabilidad del grupo social , exige que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y que la unión de los conyuges subsista durante la vida de los consortes . Esta exigencia social se impone ,en interes del cuidado y la educación de los hijos , el divorcio disolviendo el matrimonio destruye al mismo tiempo al grupo familiar y con ello , se priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico , moral e intelectual .

Prescindiendo de consideraciones etico religiosas , el divorcio se encuentra en pugna con los intereses superiores de la colectividad social y por lo tanto no se le puede aceptar , por lo menos en principio como institución deseable , antes bien , se justifican las medidas que se puedan adoptar para evitar los divorcios o para hacer difícil la disolución del vinculo matrimonial .Por lo tanto el problema socio jurídico del divorcio no se plantea en esos términos . Se presenta a discusión considerando la cuestión desde el punto de vista mas humano , en el sentido de cuales deben ser

los motivos que en la ley se consideren como causas justificadas de divorcio , por lo que la resolución judicial que declare la disolución del vínculo , debe ser pronunciada en el caso en que de hecho , el estado matrimonial ya ha desaparecido entre los consortes . La cuestión se desplaza a la comprobación fehaciente , de que efectivamente ya no subsiste entre los consortes que pretenden divorciarse , la situación socio familiar de un verdadero matrimonio , no puede pensarse que en este caso , la sociedad tenga interes en mantener el vínculo jurídico , Ripert y Boulanger se expresan asi del divorcio , desde el punto de vista social : " Se destruye pues el matrimonio , para satisfacer el interes individual de los esposos . El Valor social de la institución se mide por los peligros de esta institución . Si el divorcio es un remedio excepcional para situaciones trágicas , es un mal bastante leve . Lo lamentable es que la práctica del divorcio se ha difundido mucho y en todas las clases de la poblaciónSe termina por considerar el divorcio como la solución normal del matrimonio a prueba . El matrimonio pierde asi su fuerza y

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

se quebranta la institución familiar . (*) En cuanto al interés primordial de los hijos , no puede negarse que las constantes disenciones y reyertas entre los padres , lejos de ofrecer un clima favorable , para la adecuada formación de la prole , crea en la mente de la niñez un ambiente negativo y de esta manera evitar un sano desarrollo . Brinosblaw Malinowsky sostiene que : " en la actualidad la institución del matrimonio presenta síntomas de desajuste como otras instituciones , porque estamos viviendo una época de ranidos y profundos cambios en la estructura de nuestra civilización . " (**) No puede desconocerse en manera alguna que los jóvenes , hombres y mujeres de la actualidad son las primeras víctimas de ese desajuste , que se observa en la familia moderna y que el creciente número de divorciados , ha sido uno de los factores importantes que ha contribuido a formar este actual estado de cosas respecto de la juventud moderna . Pero debemos tratar de conocer mejor con un criterio objetivo , las raíces del problema . La institución del divorcio , por sí misma no es la causa de este malestar o inconformidad de la juventud de las costumbres pasadas . El

(*) RIPERT GEORGES Y B. " Derecho civil " T II V. I p. 324
(**) MALLINOWSKY " Present marriage past and present " p.309

alarmante del desajuste en la familia a que alude Malinowsky. La proliferación de los divorcios, es un sintoma del mal que trata de atacarse. En este sentido, el divorcio, que se emplea hoy como remedio fácil para eludir las responsabilidades de los consortes, frente a la prole y frente a la sociedad, ha recibido las críticas que deben ser hacia otras causas más profundas. La crisis del matrimonio moderno y en consecuencia de la familia, pone en claro que los elementos constitutivos del grupo familiar, no se agotan en la satisfacción sexual, ni en la necesidad de crianza de la prole. El maestro Antonio Cicu, observa: "antes que el estado y más que el estado, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria..... Así como la unión sexual se ha elevado a la unión de las almas en el matrimonio, de la necesidad de la conservación de la especie, ha brotado, la primera y más noble e inagotable fuente de afectos, de virtudes y de solidaridad humana..... es por lo tanto en el hecho psíquico en donde ha de buscarse el fundamento del vínculo jurídico personal, que es la característica del derecho familiar. (*) Este elemento psíquico fundamental, el verdadero amor conyugal, que

(*) CICU ANTONIO " El derecho de familia " p.109

requiere un verdadero sentido de responsabilidad y vocación , de sacrificio entre los esposos , tiende hoy en día a debilitarse y revierte , en muchos matrimonios modernos , en la sola satisfacción de la relación sexual , de la comodidad de vida y de conveniencia personal . Concluyendo , Malinowsky nos dice : " El matrimonio nos presenta uno de los problemas más difíciles para la vida personal del ser humano , el más romántico y hermoso de los sueños debe ajustarse con la realidad de una tarea común , que si es promisoria de la mas alta felicidad demanda cambio , de cada uno de los conyuges , gran dosis de de generosidad y sublime sacrificio . El matrimonio no es una convivencia por siempre feliz entre los consortes . Siendo la base de familia , es el fundamento de la sociedad actual . como lo fué de todas las sociedades humanas anteriores y los reformadores y legisladores deben permanecer en constante observacion de esta institución , porque como todas las cosas vivientes , el matrimonio se encuentra en constante desarrollo y cambio . Sabias y moderadas reformas - reformas sin embargo que deben llegar hasta modificar esta institución - son necesarias para

prevenir posibles desastrosos movimientos revolucionarios . ((*)). Cuando entre los consorte desaparece la convicción de que el matrimonio , es el medio natural de integración del individuo y la sociedad , las causas de la disolución de la familia , no se encuentra en la institución del divorcio , ni en los desajustes de los elementos del grupo familiar , , sino que el germen destructivo , se encuentra en factores de otra índole , de carácter social , político y económico , que han trastocado los valores éticos en la formación del individuo .

2- LA PATRIA PÓTESTAD EN EL DIVORCIO NECESARIO .

Antes de que sufriera reformas el artículo 283 del Código Civil , existían tres criterios dentro de nuestra legislación , para saber sobre quien iba a recaer la patria potestad en el caso de divorcio forzoso y son los siguientes :

a) En algunas causales de divorcio , el conyuge culpable pierde la patria potestad en forma definitiva , aun cuando muera el cónyuge inocente , en este caso quienes ejercen la patria potestad serán los abuelos , pero si estos estuvieran

(*) MALLINOWSKY L. " Marriage past and present " p. 315

imposibilitados , los menores de edad quedaran bajo la tutela . En esta situacion se encuadran las siguientes causales del articulo 267 del Codigo Civil y que son las siguientes : I,II, III,IV,V,VIII,XIV,y XV (*) .

I- El adulterio debidamente probado .

II- El hecho de que la mujer de a luz un hijo antes del matrimonio

III- Propuesta para prostituir a la mujer .

IV- Incitacion de un conyuge al otro , para cometer algun delito .

V- Actos inmorales para corromper a los hijos .

VIII- Separacion de la casa conyugal sin causa justificada .

XIV- Haber cometido alguno de los conyuges un delito por el que deba sufrir una pena mayor de 2 años de prision .

b) En el segundo grupo , se le priva al conyuge de la patria potestad mientras viva el conyuge inocente , recobrando la patria potestad el conyuge culpable a la muerte del inocente

En este supuesto uno de los conyuges debe ser inocente , en

(*) CODIGO CIVIL VIGENTE art. 267

el caso de que ambos sean culpables , la patria potestad de sus hijos , se le otorgara a los ascendientes y teniendo la posibilidad de recobrar la patria potestad el conyuge que sobreviva . En esta clasificacion se encuentran las siguientes causales de divorcio . IX,X,XI,XII,XIII,XVI. IX-

IX Separación de la casa conyugal por una causa suficiente para pedir el divorcio , si se prolonga por más de un año , sin que el cónyuge que se separa entable demanda de divorcio

X- Declaración de ausencia o presunción de muerte .

XI- Sevicia , injurias y amenazas graves . XII- La negativa de los conyuges a darse alimentos .

XIII- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delitos que merezcan pena por más de dos años de prisión

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

c) En el último de los casos , los hijos quedan en poder del cónyuge sano , conservando el consorte enfermo los demás derechos sobre las personas , los bienes de los hijos . Por que en estas circunstancias el perder la patria potestad , no quiere decir perder la obligación de dar alimentos , ni dejar de tener las responsabilidades inherentes como son , la representación del menor en los actos judiciales que celebre este . En este caso se encuentran , las fracciones : VI y VII .

VI Padecer sífilis , tuberculosis , o cualquier otra enfermedad crónica incurable , que sea hereditaria o contagiosa , y la impotencia incurable que sobrevenga despues de celebrado el matrimonio . VII- Padecer enajenación mental incurable .

En la actualidad el artículo 283 del Código Civil, da la facultad al juez que conoce del divorcio , de decidir en forma discrecional , despues de valorar las pruebas que se le hayan presentado en el juicio de decidir acerca de

, la patria potestad de los menores . (*)

(*) CODIGO CIVIL VIGENTE art. 283 .

CONCLUSIONES

- 1- La familia es la célula de la sociedad
- 2- El estado debe procurar las condiciones para el mejor desarrollo de las personas que integran la familia .
- 3- La patria potestad toma su origen en la filiación .
- 4- La patria potestad es una institución que tiene como finalidad la asistencia y protección de los menores no emancipados .
- 5- Debe comprenderse que la patria potestad es una serie de derechos y obligaciones .
- 6- El divorcio se justifica en tanto que soluciona los problemas graves que se presenten entre los cónyuges.
- 7- La ley es explícita al enumerar las causas por las cuales se puede solicitar el divorcio , de esta manera conocer los motivos por los cuales se puede generar el divorcio .
- 8- La discrecionalidad del juez , valorando las pruebas , sera el criterio a seguir para decidir la patria potestad de los menores en el divorcio necesario .
- 9- Es el estado , como representante de la sociedad , quien se encuentra interesado en el sentido de la decisión que se va a tomar en relación a la patria potestad de los menores de edad .
- 10- El antiguo artículo 283 del Código Civil era mas explícito , para decidir la patria potestad de los hijos .
- 11- Es conveniente que se regrese al antiguo artículo 283 del Código Civil

Bibliografía

- 1- BONNECASE JULIAN " Elementos de Derecho Civil "
Versión castellana de J.M. Cajica Mex.
- 2- GIGU ANTONIO " El derecho de Familia " Traducción de
Santiago Sentías Melende . Buenos Aires .
- 3- COLIN HENRY Y CAPITANT AMBROISE " Course elemental de
Derecho Civil " , versión al castellano
de Demófilo de Buen , de la segunda edi.
- 3- DE RUGIERO ROBERTO , " Instituciones de Derecho Civil "
Madrid.
- 5- ENNECCERUS KIEFF y WOLFF . " Derecho Civil " , versión
española , Barcelona .
- 6- IBARROLA ANTONIO " Derecho de Familia " Ed. Porrúa
- 7- PLANIOL MARCEL " Tratado elemental de Derecho Civil "
Trad de la 12a. Ed . Francesa
- 8- Recasens Siches Luis . " Nueva filosofía de la interpretación
del Derecho " F.C.E. Mex.
- 9- ROJINA VILLEGAS RAFAEL " Derecho de Familia " Ed. Porrúa
- 10 - VALVERDE VALVERDE CALIXTO " Tratado de derecho Civil
Español " Valladolid, Esp.
- 11- Galinde GARFIAS IGNACIO " Derecho Civil " Ed. Porrúa
- 12 - MOTO SALAZAR EFRAIN " Elementos de Derecho " Ed. Porrúa

- 13- FLORES GOMEZ G. FERNANDO " Introducción al estudio del
derecho y Derecho Civil " Ed. Ferrúa
- 14- ROSA ANTONIO DE LA " La tutela degli incapaci " Milán
1962
- 15- BRASSI LODOVICO " Derecho Civil "
- 16- PORTE PETIT CELESTINO . " Apuntaminte de la parte
general de Derecho Penal " p.
- 17- RIPERT GEORGES Y BOLANGER JEAN .
- 18- MALINOWSKY " Marriage past and present , in the family
and sexual revelution "
- 19- EUGENE PETIT . " TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO "
Trad. José Ferrandez González . Ed. Mal .
- 20 COUTO RICARDO " Derecho Civil Mexicano de las personas "
Mex.