



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LA SITUACION DE LOS HIJOS EN
EL DIVORCIO.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

EDITH MERCEDES ANGULO GALVAN

MEXICO, D.F.

1984



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

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES SOBRE EL DIVORCIO

*13-11-84
M. C. C. imp. p. m. m. r. e.
K. y*

I.	CONCEPTO DE DIVORCIO	1
II.	POLÉMICA SOBRE LA CONVENIENCIA DE PERMITIR Ó NO EL DIVORCIO VINCULAR.	4
III.	BREVE PROGRESIÓN HISTÓRICA DEL DIVORCIO.	7
1.	ANTIGUEDAD.	7
2.	DERECHO ROMANO.	11
3.	DERECHO GERMANICO.	15
4.	DERECHO PRECORTESIANO.	17
	A) DERECHO AZTECA	
	B) DERECHO MAYA	
5.	DERECHO MEXICANO ANTERIOR AL VIGENTE.	21
	A) CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE OAXACA DE 1827 - 1828.	21
	B) CÓDIGOS CIVILES PARA EL DISTRITO - - FEDERAL DE 1870 Y 1884.	24
	C) LEY CARRANZA DE 1914.	30
	D) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.	32

CAPITULO SEGUNDO

REFULACION DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

I.	DIFERENTES ESPECIES DE DIVORCIO QUE REGULA EL CÓDIGO CIVIL.	34
A)	DIVORCIO VOLUNTARIO.	35
A)	DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.	36
B)	DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.	39
B)	DIVORCIO NECESARIO.	43
A)	DIVORCIO NECESARIO VINCULAR.	44
B)	DIVORCIO NECESARIO NO VINCULAR.	45
II.	ESTUDIO PARTICULARIZADO DE LAS CAUSALES DE -- DIVORCIO NECESARIO.	46.
	CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSALES.	
III.	EFFECTOS DEL DIVORCIO.	87
1.	EFFECTOS DEL DIVORCIO CON RELACIÓN A LA PERSONA DE LOS CÓNYUGES.	88
2.	EFFECTOS DEL DIVORCIO CON RELACIÓN A LA PERSONA DE LOS HIJOS.	93
3.	EFFECTOS DEL DIVORCIO CON RELACIÓN A LOS BIENES.	93

CAPITULO TERCERO

LA FILIACION

1) CONCEPTO DE FILIACIÓN.	95
2) DIFERENTES ESPECIES DE HIJOS. PROGRESIÓN HISTÓRICA.	96
3) DIFERENTES ESPECIES DE HIJOS QUE APARECEN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.	99
A) HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO.	101
B) HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.	112
A) ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN CON RESPECTO A LA MADRE.	107
B) ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN CON RESPECTO AL PADRE.	112
C) HIJOS ADOPTIVOS.	124
D) HIJOS LEGITIMADOS.	132
4) OBLIGACIONES QUE DERIVAN DE LA FILIACION.	136

CAPITULO CUARTO

LA SITUACION DE LOS HIJOS DURANTE LA TRAMITACION DEL DIVORCIO Y DESPUES DE DECRETADO ESTE:

- I. LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL DIVORCIO. 140

- II, LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS DESPUÉS DE DECRETADO EL DIVORCIO. 146
 - 1. DIVORCIO VOLUNTARIO.
 - A) SITUACIÓN DE LOS HIJOS FIJADA CONVENCIONALMENTE EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL. 146
 - B) SITUACIÓN DEL HIJO NO NATO EN EL CASO DEL - DIVORCIO ADMINISTRATIVO. 148

 - 2. DIVORCIO NECESARIO.
 - A) DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENÉRICO RELATIVAS A LA DETERMINACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS. 153

 - B) LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD CONSTITUYE UNA SANCIÓN EXCESIVA PARA EL CÓNYUGE -- CULPABLE. 156

- CONCLUSIONES 159

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES SOBRE EL DIVORCIO

- I. Concepto de divorcio.
- II. Polémica sobre la conveniencia de permitir ó no el divorcio vincular.
- III. Breve progresión histórica del divorcio.
 1. Antigüedad.
 2. Derecho Romano.
 3. Derecho Germánico.
 4. Derecho Precortesiano.
 - A) Derecho Azteca.
 - B) Derecho Maya.
 5. Derecho Mexicano anterior al vigente.
 - A) Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827-1828.
 - B) Códigos Civiles para el Distrito Federal de ---
1870 y 1884.
 - C) Ley Carranza de 1914.
 - D) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES SOBRE EL DIVÓRCIO

I. Concepto de divorcio.

Resulta difícil definir a la figura jurídica del divorcio. De las diversas definiciones que conocemos, nos parece que para los efectos del tema que desarrollamos, podemos aceptar la siguiente:

"Disolución del vínculo matrimonial a solicitud de ambos cónyuges ó de uno sólo de ellos, en este caso en base en alguna de las causales que limitativamente establece el Código Civil." (1)

Desglosaremos la anterior definición en sus elementos, para poder comprenderla en su integridad.

Primeramente apreciamos de ella que afirma que el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial; es así porque nuestra legislación expresamente admite el divorcio vincular; es decir, el divorcio que disuelve el matrimonio y permite a los antiguos esposos contraer una nueva unión (artículo 266 del Código Civil),

(1) Barroso Figueroa, José. Apuntes en clase. 1981.

En efecto, el divorcio es una de las causas de disolución del matrimonio. Suele decirse que las causas de disolución del matrimonio son la muerte, el divorcio y la nulidad. (1) Solamente admitimos como lo hace Flores Barroeta (2), como causas de disolución del matrimonio las dos primeras, porque la nulidad no es, en realidad, una causa de disolución del matrimonio, sino que tan sólo deja sin efecto aquél que previamente se había contraído exento de validez. Son pues únicamente causas de disolución del matrimonio la muerte y el divorcio, pero podemos establecer la diferencia evidente que existe entre ambas, haciendo notar que mientras el divorcio disuelve el matrimonio en vida de los cónyuges, la muerte produce la disolución del matrimonio precisamente porque uno de aquéllos deja de existir.

En la misma definición se añade que el divorcio puede ser a solicitud de ambos cónyuges, lo que se debe a que nuestro Derecho permite el divorcio por mutuo consentimiento, llamado también voluntario (artículo 267 fracción XVII del Código Civil. Como veremos más adelante, el divorcio voluntario puede ser administrativo ó judicial.

Explicando la parte final del concepto de divorcio que se ha proporcionado, advertimos que también puede ser disuelto el matrimonio mediante el divorcio a solicitud de uno sólo de los cónyuges, pero, como se ha expresado, es necesario que la petición se funde en alguna de las

(1) Por ejemplo, así lo supone erróneamente el artículo 324 fracción II, del Código Civil.

(2) Cfr. Flores Barroeta, Benjamín. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. Univ. Iberoamericana. México. 1965. Pág. 381.

causales que limitativamente señala el artículo 267 del Código Civil en sus dieciséis primeras fracciones, ó bien en la contemplada en el artículo 268.(1). Reiteramos que la enumeración que de las causales de divorcio hace el Código Civil, es limitativa, lo cual significa que solamente se puede solicitar y obtener el divorcio en los casos que establece dicho ordenamiento y jamás en otros. Lo anterior obedece a que por la trascendencia que tiene la unión matrimonial, existió por parte del legislador el propósito de limitar las causas por las cuales puede destruirse, de modo que sólo cuando tales causas se den (y hay que reconocer la gravedad cierta de cada una de ellas), puede obtenerse por uno de los consortes que el matrimonio concluya. Empero, de la lectura detenida de las diferentes causales de divorcio, se llega a la conclusión de que el legislador hizo una amplia previsión y que realmente todas las situaciones verdaderamente graves que hacen imposible la vida en común de los cónyuges, han sido previstas en la ley.

(1). Ya desarrollado el presente capítulo, con fecha 27 de diciembre de 1983, se publicó un decreto de 13 del mismo mes y año, por el que se adiciona la fracción XVIII al artículo 267, y con ello una nueva causal.

II. Polémica sobre la conveniencia de permitir ó no el divorcio vincular.

Para la exposición de esta parte de nuestra tesis profesional, vamos a seguir básicamente la que a su vez hace José Arias. (1)

El divorcio tiene tanto adversarios como partidarios, esgrimiento cada uno de estos grupos importantes argumentos en pro de la causa que patrocina. Formularemos a -- continuación una breve síntesis de los diversos argumentos -- en uno y otro sentido:

a) Argumento adverso: Perpetuidad del matrimonio.

Se aduce que el matrimonio por su esencia y fines es perpetuo, pues sobre el reposa la estabilidad de la familia. Sólo la persistencia de los vínculos y obligaciones familiares, puede garantizar plenamente la evolución del -- grupo familiar.

REPLICA: Se responde que ningún contrato ó cualquier otro género de convenio puede atentar contra la libertad. Por -- otra parte, puede ocurrir que la persistencia del matrimonio, cuando se trata de cónyuges desavenidos, en lugar de -- dar cohesión a la familia, contribuya a crear odios y rencoros que atraen la infelicidad para quienes componen aquélla.

b) Argumento adverso: Se desnaturaliza la monogamia.

La permisión del divorcio, que hace posible la --

(1) Cfr. Arias, José. Derecho de Familia. Editorial Guillermo Kraf Limitada. Buenos Aires. 1952. Pág. 244 y sigs.

contracción de un nuevo matrimonio, contribuye a que se permita el amor libre ó la poligamia encubierta. Habiendo la posibilidad de contraer ulteriores uniones, se abre la apetencia de ellas, haciendo que los individuos renuncien al - esfuerzo de superar las diferencias conyugales y carezcan - de abnegación para persistir en la unión matrimonial.

REPLICA: En realidad el divorcio contribuye a evitar relaciones adulterinas, que son frecuentes cuando quienes están casados dejan de convivir pero no disuelven su matrimonio. Precisamente la posibilidad de hacer desaparecer el vínculo, facilita la formación de nuevas uniones legítimas, en lugar de las clandestinas.

c) Argumento adverso: El interés de los hijos.

Se afirma que el divorcio milita ó va en contra de la educación moral de los hijos. El divorcio desde luego altera las relaciones afectivas entre padres e hijos; - éstos últimos se sienten abandonados ó sacrificados y por - ello pierden todo amor hacia sus progenitores a quienes, - por otra parte, se les genera un sentimiento de culpa que - obstaculiza una buena relación afectiva para con su prole.

REPLICA: Las malas uniones matrimoniales suelen ocasionar traumas a los hijos, que muchas veces se ven obligados a - presenciar graves pleitos y desavenencias entre sus padres; creándose en el hogar un clima de enojo y tensión que acaba por dañar el sano desarrollo psicológico de los menores.

CONCLUSION DE LA SUSTENTANTE:

Benjamín Flores Barroeta ha resumido atinadamen-

te el balance que puede resultar finalmente, del cotejo -- entre los argumentos favorables y los adversos al divorcio, cuando dice que éste es "un mal necesario" (1). Ciertamente el divorcio es indeseable para las parejas, pues que meje or que permanezcan unidas sobre todo en beneficio de los hijos que hubieren procreado; pero muchas veces la situaci ón de desavenencia entre marido y mujer llega a tal extremo que la convivencia se hace imposible para ambos. En -- éstas circunstancias, los consortes pueden hacerse la vida miserable, al prodigarse insultos, amenazas y aún lesiones. Pueden, incluso, correr peligro en cuanto a su integridadf ísica. Por otro lado, los hijos que presencian estas conti endas y aún participan en ellas, no pueden salir sino dañ ados psicológicamente, quizá odiando a alguno de sus progenitores. Por ello, con todos los graves inconvenientes que el divorcio puede presentar, creemos en la convenienci a de su inclusión en la legislación y nos congratulamos de que el legislador mexicano sea participe de este modo de pensar.

(1) Flores Barroeta, Benjamín. Universidad Iberoamericana. México. 1965. Pág. 384.

III. Breve progresión histórica del divorcio.

1. Antigüedad.

INDIA.

En este pueblo, de acuerdo a las Leyes de Manú,-- (1) se afirma que el divorcio y la repudiación se permitían en ambos cónyuges aunque existían más facultades en el marido para repudiar a la esposa, siendo ello consecuencia de la consideración en que se tenía a la mujer como inferior al hombre.

"El marido podía repudiar a la mujer, en caso de que fuese estéril, cuando se llegara al octavo año; también a aquélla cuyos hijos fallecieran al décimo año; asimismo, podía repudiar a la mujer que no procreara más que hijas al llegar al undécimo año; pudiendo hacerlo también, por malas costumbres, incompatibilidad de caracteres, enfermedad incurable, etc." (2).

Por otra parte, dentro de los derechos que se --- otorgaban a la mujer, existía el poder abandonar a su marido en cualquier tiempo, cuando éste fuese un vagabundo, vicioso empedernido ó cuando se alejara del hogar por largo tiempo.

(1) Se supone al Código de Manú una antigüedad no inferior a tres mil años. Manú es el pensador, el hombre-tipo, ó sea el primer hombre creado por Brahma.

(2) Ahrens E. Historia del Derecho. Editorial Impulso. 1945. Traducción Francisco Giner y A.G. de Linares. Pág. 67.

El divorcio en la India era aceptado y regulado para ambos consortes, existiendo las diferencias antes -- mencionadas en virtud de la condición de inferioridad que se le atribuía a la mujer.

HEBREOS.

El Derecho hebraico estuvo totalmente permeado por la religión. "Al carácter de la historia israelita corresponde que el Derecho Civil esté íntimamente ligado con el religioso". (1)

Entre los hebreos de tiempos bíblicos se admitió el divorcio bajo la forma de repudio, que permitía la ley mosaica. Se trató, al parecer, de una práctica extendida que, sin embargo repugnaba a ciertos grupos judíos. El divorcio era cuestionado en su licitud para la época de Cristo, como lo revela el célebre pasaje narrado por el evangelista Marcos:

- "2. Y llegándose los fariseos (a Cristo) le preguntaron, para tentarle, si era lícito al marido repudiar a su mujer.
3. Más él respondiendo, les dijo: ¿Qué os mandó Moisés?
4. Y ellos dijeron: Moisés permitió escribir carta de divorcio, y repudiar.
5. Y respondiendo Jesús, les dijo: Por la dureza de vuestro corazón os escribió este mandamiento.
6. Pero al principio de la Creación, varón y hembra los hizo Dios.
7. Por esto dejará el hombre a su padre y su madre, y se juntará a su mujer,

(1) Górllich, Ernst J. Historia del Mundo. Ediciones Martínez Roca. Barcelona. 1972. Pág. 39.

8. Y los que eran dos, serán hechos una carne; así que no son más dos, sino una carne.
9. Pues lo que Dios juntó, no lo aparte el --- hombre.
10. Y en casa volvieron los discípulos a preguntarle de lo mismo.
11. Y les dice: cualquiera que repudiare a su mujer, y se casare con otra, comete adulterio contra ella.
12. Y si la mujer repudiare a su marido y se casare con otro, comete adulterio". (1)

Adviértase de la parte final, la aserción de que también la mujer (y no sólo el hombre) podía repudiar a su cónyuge.

Es en este pasaje evangélico que se ha inspirado toda la doctrina y el Derecho canónicos, para consagrar el matrimonio como indisoluble, bajo el amparo de la frase: "Quod ergo deus coniuxit, homo non separet".

(1) Santa Biblia. Antiguo y Nuevo Testamentos. La Biblioteca Mexicana del Hogar. México (Impreso en la Gran Bretaña en la imprenta de Richard Clay. The Chaucer Press Ltd. Bungay, Suffolk. Diciembre de 1972). Nuevo Testamento. Pág. 39.

2. DERECHO ROMANO.

Al parecer desde el punto de vista legal se permitió desde los primeros tiempos el divorcio en Roma.. (1) Sin embargo, dada la gran severidad en las costumbres que presidía el desarrollo de la vida familiar en aquel pueblo, es dudoso que se practicara con frecuencia.

Esta institución, como cualquiera otra del Derecho Romano debe ser contemplada en su perspectiva histórica, pues a lo largo de los trece siglos que transcurrieron desde la fundación de Roma hasta la caída del Imperio Romano de Occidente, la legislación sufrió numerosas transformaciones.

Atento lo anterior, cabe aclarar que la afirmación de que el divorcio es raro resulta válida para los primeros tiempos, pero para la etapa republicana, sobre todo a fines de ella, la disolución de los matrimonios por divorcio ya no era un acontecimiento extraordinario y para la época del Imperio, resultaba harto frecuente, de modo que el libertinaje de las costumbres, llegado en ocasiones a extremos de disipación, originó que en el Medio y Bajo Imperio, el divorcio constituyera un acontecer cotidiano.

La disolución del matrimonio en Roma era admitida por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges, ya que la institución matrimonial se fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal (*affectio maritalis*), concluyéndose que cuando dicho afecto desa-

(1) Cfr. Petit, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional, S.A. México. 1952. Pág. 109.

pareciera era posible el divorcio.

La manera como podía procederse a la disolución del matrimonio, variaba en atención al tipo de matrimonio de que se tratara.

En el caso de un matrimonio celebrado mediante confarreatio (ceremonia religiosa), el divorcio "según la ley del contrarius actus, requería formas especiales, creadas por los pontífices". (1) Tales uniones únicamente podían disolverse por difarreatio, esto es, mediante una nueva ofrenda a Júpiter, acompañada de certa-contrario-verba. Se admite como posible que el sacerdote pudiera negarse a officiar cuándo no había una justa causa de disolución del vínculo matrimonial.

Si el matrimonio se celebró por coemptio (acto civil) ó usus (circunstancia de permanecer por un año sin interrupción la mujer en el domicilio conyugal), debe disolverse mediante remancipatio, ó sea algo así como una venta en mancipium, es decir en esclavitud, seguida de una manumissio, por el supuesto comprador. El caso de que nos ocupamos constituye propiamente un repudio, en el que la mujer está a merced del marido, pues no puede evitar ó conseguir el divorcio.

La cuestión es radicalmente distinta si se trata de un matrimonio sine manu, en el cuál la disolución del matrimonio puede provenir del mutuo acuerdo de los conyu-

(1) Sohm, Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema. Gráfica Panamericana, S. de R.L. - México. 1951. Pág. 294.

ges, ó de la decisión unilateral de uno sólo de ellos. Lo que si requiere el acto es certidumbre; debe mediar una de claración expresa, que es el repudium, pues incluso el simple convenio de disolver el matrimonio es insuficiente. En los casos que nos ocupan, las mujeres gozan de derechos -- iguales a los del varón.

Decíamos que el divorcio se fué haciendo al paso del tiempo más frecuente. Para ello influyó, además del -relajamiento de las costrumbres, la política. En efecto, -el emperador Augusto se preocupó por fomentar las uniones-fértiles, que dieran hijos a la patria; por lo que facilitó la disolución de las uniones estériles, que debían ceder su lugar a las prolíficas. (1) Otro factor de relevancia fue el advenimiento del Cristianismo, (2) doctrina a -la que debemos considerar adversa al divorcio y que sin -- embargo permite éste cuando se origina en el mutuo consentimiento; lo que el Cristianismo rechazó, al menos en un -principio, fue el repudium, es decir la disolución del vín-culo matrimonial decidida y ejecutada unilateralmente, por-que las más de las veces implicaba una injusticia contra -la mujer.

Pero el tiempo fué cambiando el estado de cosas. Hacia fines del imperio occidental, ó sea bajo Justiniano, existían en Roma cuatro clases de divorcio, ninguno de los cuáles necesitaba sentencia judicial:

"a) Por mutuo consentimiento.

(1) Margadant, F. Guillermo. Derecho Romano. Editorial Esfinge, S.A. 1974. Pág. 211.

(2) Constantino oficializó el Cristianismo.

- b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.
- c) Sin mutuo consentimiento y sin causa legal, - en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera - insistido en el divorcio.
- d) Bona gratia, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí fundado en - circunstancias que harían inútil la continua - ción del matrimonio (impotencia, cautividad - prolongada) ó inmoral (voto de castidad)" (1).

Entre las causales de divorcio que contempla la - legislación en la época de Justiniano enumeramos las siguien - tes:

- "1) Adulterio provocado de la mujer.
- 2) Atentado contra la vida del marido.
- 3) Tratos con otros hombres contra la voluntad - del esposo.
- 4) Alejamiento de la casa marital sin voluntad - del marido.
- 5) Asistencia de la mujer a espectáculos públi - cos sin licencia."

El citado emperador prohibió el divorcio por mu - tuo consentimiento, pero su sucesor Justino lo restableció, pues la opinión pública así se lo exigió.

Los abusos del divorcio en la sociedad romana, -- suscitaron la disolución de la misma.

(1) Cfr. Floris Margadant, Guillermo. Op. Cit. Pág. 212.

3. DERECHO GERMANICO.

Debemos distinguir dos épocas bien definidas; la primera, la de la antigüedad, y una segunda, más reciente, referente al Derecho Canónico.

a) Derecho antiguo.

Dentro del Derecho antiguo, encontramos dos clases de divorcio; el divorcio por repudio y el divorcio voluntario. El divorcio por repudio, ó sea el efectuado por decisión unilateral, podía efectuarlo el marido hubiera o no causa justificada. Las causas justificadas eran, entre otras, el adulterio, el atentado contra la vida y la esterilidad de la mujer. Si no había justificación para el repudio del marido, éste se exponía a la fiada (venganza) de la sippe (familia) de la esposa. En cuanto a la mujer sólo podía disolver unilateralmente el matrimonio a causa de delito grave del marido. En cuanto al divorcio voluntario, el Derecho Alemán Antiguo lo permitía libremente. (1)

b) Advenimiento del Derecho Canónico.

Con la idea evangélica de la indisolubilidad del matrimonio, la iglesia combatió el divorcio tanto en el período Franco como durante toda la Edad Media, aunque desde el punto de vista práctico no alcanzó resultados absolutos.

La indisolubilidad del matrimonio tenía plena ---

(1) Planitz, Hans. Principios de Derecho Privado Germánico. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1957. Pág. 299.

aplicación sobre todo cuando se trataba del matrimonio consumado, es decir aquél en que los consortes habían tenido ya relación sexual; cuando esto último no había ocurrido, el matrimonio podía ser disuelto con relativa facilidad.

De cualquier manera, la iglesia admitió que en -- muchas ocasiones la cohabitación de los cónyuges era inconveniente y, por eso, manteniendo indemne el vínculo, permitió la separación de techo, lecho y mesa.

5. DERECHO PRECORTESIANO.

A) Derecho Maya.

Primeramente encontramos que los Mayas repudiaban a la mujer cuando le era infiel al marido; en caso de que - hubiere hijos y éstos fueran menores de edad, quedaban al - cuidado de la esposa y si eran mayores de edad, las mujeres permanecían con su madre y los hombres bajo la custodia del padre.

La mujer quedaba en libertad de contraer nuevas - nupcias con otro hombre ó si quería volver con su cónyuge, - lo podía hacer.

Respecto de los vuidos, éstos tenían libertad para casarse; sin embargo, si se casaban antes de que pasara un año de la muerte de la esposa eran criticados por el pueblo.

Nunca los mayas tomaron más de una mujer como se ha hallado en otros pueblos.

Otra de las características de esta civilización, es la de que los padres a nombre de sus hijos (niños) pueden contraer matrimonio (y los así casados esperan hasta -- que sean venidos en edad para iniciar su convivencia), tratándose a partir de entonces los progenitores de los pequeños cónyuges, como suegros. (1).

(1) Cfr. Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la historia del derecho en México. Edit. Polis. 1965. Tomo I. - Pág. 363.

B) Derecho Azteca.

En el Derecho Azteca, la edad para contraer matrimonio era de veintidós años para los hombres y de diez a -- dieciocho años para la mujer. Contraerlo era una obligación y el hombre que no lo hacía a tiempo, no podía contraerlo - después y era malvisto. (1)

Los Aztecas conocieron el divorcio en su expresión más acabada, es decir como divorcio vincular que disuelve - el lazo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer una nueva unión. El divorcio podía ser solicitado -- tanto por el hombre como por la mujer.

Entre las causales de divorcio que podía invocar- el hombre, según explica Toribio Esquivel Obregón, se encontraban las siguientes: el hecho de que la mujer fuera des--cuidada ó negligente con las labores del hogar; que resultara argüendera ó que mantuviera un estado constante de pleito en el hogar; que fuera estéril (la falta de generación - de hijos entre los Aztecas y entre los pueblos de la anti--güedad en general, se imputaba siempre a la mujer, debido - a que ella es la que gesta y alumbra. Sin embargo, como sabemos contemporáneamente, la ausencia de prole muchas veces se origina en el marido), el adulterio e incluso, algunas - otras circunstancias de menor envergadura, como el hecho de que sufriera alitosis. (2)

En cuanto a la mujer, de acuerdo con Carlos H. --

(1) Cfr. Esquivel Obregón, Toribio. Loc. Cit. Pág. 365.

(2) Idem.

Alba (1), las causales que podía alegar para obtener el divorcio eran las que a continuación se enumeran: malos tratamientos físicos; el no ser sostenida debidamente por su marido en sus necesidades, y la incompatibilidad de caracteres.

Como hemos dicho, la sentencia de divorcio disolvía el matrimonio, pudiendo en consecuencia los antiguos -- consortes contraer nuevas nupcias, pero con la aclaración -- de que les estaba vedado unirse nuevamente entre ellos, por -- que si lo hacían eran condenados a pena de muerte por lapidación.

En cuanto el procedimiento de divorcio, era extremadamente largo, debido a que a propósito los jueces buscaban prolongar el trámite, con objeto de que los divorciantes recapacitaran, depusieran su actitud y continuaran su vida en común. Se dice que los jueces aztecas ponían especial atención en evitar la separación de aquellas parejas -- que habían procreado hijos. Después de efectuadas varias -- sesiones en las que se daba oportunidad a las partes de --- exponer sus respectivos puntos de vista y de haberse efectuado el esfuerzo conciliatorio por parte del juez, si no -- conseguía el avenimiento de quienes pretendían separarse, -- simplemente les volvía la espalda, lo que automáticamente -- significaba que quedaban divorciados. Es decir, que no había una verdadera sentencia de divorcio, sino una actitud -- del juez que de esta manera demostraba su renuncia a continuar en el papel conciliador de los dos miembros de la pareja. Esquivel Obregón afirma que no había sentencia de di--

(1) Cfr. H. Alba, Carlos. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano. México. 1949. --- Págs. 28, 29 y 30.

vorcio, sino que sólo se autorizaba a los esposos para que hicieran lo que quisieran. (1)

Una vez decretado el divorcio, se procedía a la - distribución de los bienes adquiridos por los cónyuges y en cuanto a los hijos, los varones quedaban al lado del padre - y las mujeres pasaban a vivir con la madre.

(1) Cfr. Esquivel Obregón, Toribio. Loc. Cit.

5. DERECHO MEXICANO ANTERIOR AL VIGENTE.

A) Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827-1828.

El divorcio que regula el Código Civil Oaxaqueño, es el de separación de cuerpos, lo cuál es natural, pues -- sigue a su modelo el Código Napoleón en su versión de 1804.

"Art. 144.- Por divorcio se entiende solamente la separación de marido y muger, en cuanto al lecho y habitación, con autoridad del juez. Hay divorcio perpetuo y temporal."

La causal de divorcio perpetuo era siempre el --- adulterio y podía ser solicitado tanto por el marido como - por la mujer:

"Art. 145.- El marido puede pedir divorcio - perpetuo por causa de adulterio de su muger. De la misma manera la muger puede pedir divorcio - perpetuo por causa de adulterio de su marido."

El Tribunal eclesiástico era el competente exclusivamente para conocer de las demandas de divorcio perpetuo (artículo 146), pero una vez fenecido el juicio, se enviaba testimonio de la sentencia ejecutoriada al juez civil del - domicilio de los litigantes ".....para los demás efectos a que haya lugar" (artículo 156).

En cuanto a la suerte de los hijos, venía determi nada por los artículos 160 y 161:

"Art. 160.- Los hijos serán confiados al es-- poso que obtuvo el divorcio; a menos que el juez en virtud de la demanda de los parientes, ordena

se para el mejor bien de los hijos, que todos o algunos de ellos sean confiados al cuidado del otro esposo o de otra tercera persona."

"Art. 161.- Cualesquiera que sea la persona a la que los hijos hayan sido confiados, - el padre y la madre conservarán respectivamente el derecho de inspeccionar la mantención y educación de los hijos, y serán obligados a contribuir para estos objetos en proporción - de sus facultades."

En cuanto al divorcio temporal, sus causales se encontraban enumeradas en el artículo 162:

"Art. 162.- El marido y la muger podrán pedir el divorcio temporal:

Primero: Porque uno de los consortes haya caído en herejía o apostacia justificadas; pero en este caso si el consorte apostata o hereje se convierte, el católico está obligado a reunirse con él.

Segundo: Cuando la muger temiese ser complicada en los crímenes de su marido, que pudieran causarle la pérdida de su vida, de su honor, o de sus bienes, porque corriese peligro de ser reputada cómplice de aquél.

Tercero: Por la locura o furor de uno de los consortes, si el otro corriese peligro de su vida, o de padecer otro daño muy grave; pero esto se entiende en el caso de que usando de precaución no pueda libertarse del peligro.

Cuarto: Por causa de crueldad y malos tratamientos, sea en obras, como golpes, heridas, u otras considerables, sea en palabras ultrajantes y frecuentes transportes, sea por medio de amenazas capaces de inspirar miedo en un varón constante."

También el Tribunal eclesiástico conocía de este tipo de juicios de divorcio, pero había una fase previa de conciliación a cargo de la autoridad civil (artículo 164). Empero, las providencias a que diesen lugar las demandas y

sentencias de divorcio temporal corresponden tan sólo al juez civil (artículo 166).

Las disposiciones previstas para los hijos en el caso de divorcio perpetuo, se aplican también tratándose del temporal.

B) CODIGOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1870 Y 1884.

Código Civil de 1870 para el Distrito Federal.

El Código Civil de 1870 regula bajo el nombre de "divorcio", la suspensión de sólo algunas de las obligaciones civiles derivadas del matrimonio, pues dentro de éste ordenamiento, aquél no produce el efecto de disolver el -- vínculo matrimonial.

"Art. 239.- El divorcio no disuelve el matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código."

Advertimos que el ordenamiento jurídico que nos ocupa, siguiendo la línea canónica, autoriza únicamente lo que en doctrina se conoce como separación de cuerpos.

En cuanto a las causales de divorcio, las encontramos enumeradas en el artículo 240:

"Art. 240.- Son causas legítimas de divorcio: 1a. El adulterio de uno de los cónyuges:-- 2a. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo -- haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que --- otro tenga relaciones ilícitas con su mujer: - 3a. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aun que no sea de incontinencia carnal: 4a. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción:-- 5a. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años: 6a.- La sevicia del marido con su mujer o de esta -- con aquel: 7a. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro."

Es perceptible que las causales señaladas en el artículo transcrito coinciden con algunas de las que actualmente menciona el 267 del Código Civil, debiendo hacerse notar que sólo varía un tanto la redacción y que tratándose del abandono justificado del domicilio conyugal, el plazo por el que debía prolongarse el mismo a efecto de que pudiera ser considerado causa de divorcio, era de dos años, en tanto que dentro de la legislación vigente bastan seis meses (artículo 267, fracción VIII).

Por otro lado, es visible la tendencia del legislador de 1870 a favorecer al varón. Ciertamente la fracción I del artículo 240 menciona como causal de divorcio el "adulterio de uno de los cónyuges", lo que podría hacer pensar que la causal se genera independientemente de que dicho adulterio sea cometido por el marido ó la mujer. Sin embargo no es así. El adulterio femenino es causa de divorcio en todos los casos, salvo el excepcional del artículo 245 a que nos referiremos más adelante. En lo que concierne al adulterio del cónyuge, únicamente puede alegarse a los efectos del divorcio, bajo las circunstancias especiales que menciona el artículo 242.

En cuanto a la hipótesis del artículo 245 premencionado es la siguiente:

"Art. 245.- El adulterio no es causa precisa de divorcio, cuando el que intenta éste es convencido de haber cometido igual delito, ó de haber inducido al adulterio al que lo cometió. El juez sin embargo, puede otorgar el divorcio, si lo cree conveniente, atendidas las circunstancias del caso."

Una vez que queda ejecutoriado el divorcio, los -

hijos quedan bajo la patria potestad del cónyuge inocente y si ambos fueren culpables y no existe otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se debe nombrar un tutor que se haga cargo de aquéllos. En cuanto a la mujer, tiene derecho a alimentos si es inocente y no tiene bienes propios. Cada uno de los consortes recobra los bienes que le son propios y la mujer recupera su capacidad para con-tratar y comparecer en juicio sin licencia del marido, a menos de que ella misma haya dado causa al divorcio.

No sólo existía dentro del ordenamiento legal que nos ocupa el divorcio necesario, sino también el voluntario, que requería de la intervención judicial (artículo -- 246) y no podía llevarse a cabo si el matrimonio había durado veinte ó más años ó si la mujer tenía más de cuarenta y cinco. Para la tramitación de este tipo de divorcio se requería que a la solicitud adjuntaran los cónyuges una -- "escritura" (convenio), en la que resolvieran las cuestiones relativas a la situación de los hijos y a la adminis--tración de los bienes que les eran comunes. De otro lado, la separación no puede pedirse sino pasados dos años de la celebración del matrimonio.

Código Civil de 1884 para el Distrito Federal.

La definición de divorcio contenida en el artículo 226 del Código Civil de 1884 reproduce la del artículo 239 de su antecesor de 1870. En cuanto a las causales de divorcio, las aumenta en su artículo 227 a trece, es decir, - que añade seis a las contempladas anteriormente. También dentro de este ordenamiento se menciona el adulterio como causal de divorcio pero, simétricamente al Código anterior, el artículo 228 declara que el de la mujer origina siempre el divorcio, en tanto que el cometido por el marido sólo - cuando concurre alguna de las circunstancias que el propio precepto establece y que son las mismas que se exigían dentro del cuerpo legal abrogado por el que ahora se comenta.

En el Código Civil de 1884 el divorcio por mutuo consentimiento, debe ser solicitado ante el juez competente, adjuntando un convenio que resuelva sobre la suerte de los hijos y la administración de los bienes comunes, se encuentra autorizado en la fracción XIII del artículo 227. La separación no puede ser solicitada sino transcurridos - dos años desde la celebración del matrimonio.

A continuación transcribimos algunas de las disposiciones que consideramos más importantes relacionadas con el divorcio:

"Art. 226.- El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de éste Código."

"Art. 227.- Son causas legítimas de divorcio:

I. El adulterio de uno de los cónyuges.

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

III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero ó cualquiera otra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer:

IV. La incitación ó la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aun que no sea de incontinencia carnal:

V. El conato del marido ó de la mujer para corromper a los hijos, ó la tolerancia en su corrupción:

VI. El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, ó aún cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio:

VII. La sevicia, las amenazas ó las injurias graves de un cónyuge para con el otro:

VIII. La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro:

IX. La negativa de uno de los cónyuges á suministrar al otro alimentos conforme á la ley:

X. Los vicios incorregibles de juego ó embriaguez:

XI. Una enfermedad crónica é incurable que sea también contagiosa ó hereditaria, anterior á la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge:

XII. La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

XIII. El mutuo consentimiento."

"Art. 288.- El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio: el del marido lo es solamente cuando con él concurren algunas de las circunstancias siguientes:

I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común:

II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro ó fuera de la casa conyugal:

III. Que haya habido escándalo ó insulto público hecho por el marido a la mujer legítima:

IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra ó de obra, ó que por su causa se haya maltra-

tado de alguno de esos modos á la mujer legítima."

"Art. 247.- El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos á todas -- las obligaciones que tienen para con sus hijos."

"Art. 256.- Ejecutoriada una sentencia sobre el divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al del estado civil, y éste, al margen del acta del matrimonio, pondrá nota, expresando la fecha en que se declaró el divorcio y el tribunal que lo declaró."

C) LEY CARRANZA DE 1914,

La ley de 1914, fué expedida el 29 de diciembre - de ese año, por el entonces primer jefe del Ejército Constitucionalista Venustiano Carranza, en el puerto de Veracruz. Debido al estado de revolución que vivía el país, el ordenamiento en cuestión no poseyó plena vigencia, pero tiene la - trascendencia de haber sido el primero que instituyó el divorcio vincular.

En la Ley mencionada no se hace una enumeración - de las causales de divorcio y como dice acertadamente Rojina Villegas, de su exposición de motivos se advierte que tuvo - el propósito de "...terminar con el régimen de separación de cuerpos que se consideró funesto para las relaciones matrimoniales, por cuanto que implicaba una situación anómala, irregular, que sólo fomentaba hasta el odio, las malas pasiones, no sólo entre los cónyuges que continuaban unidos en contra de su voluntad, sino incluso se reflejaban en los hijos y en los demás parientes, sobre todo entre las familias de ambos consortes." (1)

Los dos únicos artículos de la Ley de que se trata dicen:

"Art. 1^o.- Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretada el 25 de diciembre de 1873, en los términos siguientes:

(1) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II Derecho de Familia. Volumen II. Antigua Librería Robledo. México. 1962. Pág. 65.

Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse-- en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre-- consentimiento de los cónyuges cuando el matri-- monio tenga más de tres años de celebrado ó en-- cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del ma-- trimonio, o por faltas graves de alguno de los-- cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima."

"Art. 2º.- Entre tanto se establece el or-- den constitucional de la República, los Goberna-- dores de los Estados quedan autorizados para -- hacer en los respectivos Códigos Civiles, las - modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener aplicación.

Transitorio. Esta ley será publicada por bando-- y pregonada. Comenzará a surtir sus efectos des-- de esta fecha."

(29 de diciembre de 1914).

D) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Es considerada esta Ley como el primer ordenamiento en el mundo que rigió las relaciones familiares; es incluso, anterior al Código Soviético de la Familia.

Concluida la revolución de 1910-1917, llegó el momento de plasmar en la legislación las conquistas alcanzadas por el movimiento triunfante en los campos de batalla. Fue así como nació la Constitución Política Federal de 1917 y -- otras leyes, entre las que ocupa un lugar prominente la que ahora comentamos. Dentro de esta Ley se establece ya, por primera vez con verdadera vigencia, el divorcio vincular, es decir, el divorcio que disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer una nueva unión:

"Art. 75.- El divorcio disuelve el vínculo - del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Las causas de divorcio aparecen enumeradas en el artículo 76; las primeras doce fracciones se refieren a las hipótesis en las cuales procede el divorcio necesario, la -- última concierne al divorcio por mutuo consentimiento.

Como las legislaciones anteriores y a pesar del gran adelanto que significó, la Ley Sobre Relaciones Familiares aún se inclina a proteger al marido. Así, considera que el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, pero el del marido únicamente cuando concurren circunstancias especiales, que no son otras que las que ya hemos conocido en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

CAPITULO SEGUNDO

REGULACION DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL
DISTRITO FEDERAL

I. Diferentes especies de divorcio que regula el Código Civil.

A) Divorcio voluntario.

a) Divorcio voluntario administrativo.

b) Divorcio voluntario judicial.

B) Divorcio necesario.

a) Divorcio necesario vincular.

b) Divorcio necesario no vincular.

II. Estudio particularizado de las causales de divorcio-necesario.

Clasificación de las causales.

III. Efectos del Divorcio.

1. Efectos del divorcio con relación a la persona de los cónyuges.

2. Efectos del divorcio con relación a la persona de los hijos.

3. Efectos del divorcio con relación a los bienes.

CAPITULO SEGUNDO

REGULACION DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL
DISTRITO FEDERAL.

1. Diferentes especies de divorcio que regula el Código Civil.

El Código Civil actualmente vigente en el Distrito Federal regula diferentes clases de divorcio. Encontramos dentro de este ordenamiento tanto el divorcio vincular, que aparece definido en el artículo 266 (es decir, aquél que disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer una nueva unión), como el divorcio no vincular (también llamado separación de cuerpos), mismo a que se refiere el artículo 277, para el caso en que concurra alguna de las causales previstas en las fracciones VI y VII del artículo 267, y el cónyuge sano no quiera solicitar la disolución del matrimonio.

También dentro del Código Civil encontramos regulados el divorcio necesario y el divorcio voluntario. El primero, como analizaremos más adelante, es aquél que tiene lugar cuando alguno de ambos cónyuges ha incurrido en la violación de los deberes que impone el matrimonio, dando así lugar a que el otro cónyuge pueda solicitar la separación con rompimiento del vínculo. En cuanto al divorcio voluntario, como su nombre lo indica, consiste en la disolución del matrimonio por mutuo acuerdo de los cónyuges; a este respecto, nuestro Código Civil regula dos clases de divorcio voluntario: el divorcio voluntario administrativo y el divorcio voluntario judicial. Como precisaremos con posterioridad, la diferencia entre estas dos clases de divorcio radica principalmente en la naturaleza de la autoridad que interviene para declarar disuelto el vínculo matrimonial.

A) Divorcio voluntario.

Hemos advertido que el divorcio voluntario tiene lugar por el disenso mutuo de los cónyuges. En efecto, así como la voluntad de los cónyuges tiene el poder de crear -- entre ellos la relación matrimonial, también puede producir el efecto de darla por concluída.

Si bien para la contracción del matrimonio hay -- que satisfacer ciertos requisitos, es dable apreciar que su celebración es relativamente fácil; es decir, no son graves los obstáculos que se oponen a que tenga lugar. Cuando el matrimonio se contrae, interesa al Estado comprobar la aptitud de los contrayentes tanto para que puedan adquirir el -- vínculo, como para que la prole que posteriormente engendren sea sana.

Por lo que se refiere al divorcio voluntario, los requisitos varían según se trate de divorcio administrativo-- ó bien de divorcio judicial, por que en cada caso los inte-- reses involucrados son diferentes.

Si bien tratándose del divorcio voluntario admi-- nistrativo los trámites son muy simples, porque no hay otro-- interés implicado que el de los propios divorciantes, tratán-- dose del divorcio voluntario judicial, sobre todo cuando hay hijos menores, los requisitos que hay que satisfacer son ma-- yores, pues en este caso se busca garantizar la subsistencia, el adecuado desarrollo y la educación de dichos hijos.

El divorcio voluntario consiste en la disolución-- del vínculo matrimonial decretada por la autoridad adminis-- trativa o judicial, según sea el caso, a solicitud de ambos-- cónyuges.

a) **Divorcio voluntario administrativo.**

El divorcio voluntario administrativo es el que reviste menor formalidad en el trámite. En este caso parecen otorgarse demasiadas facilidades a los divorciantes para disolver su unión. Se ha criticado a este divorcio diciendo que no tiene en cuenta los intereses de la colectividad, sino exclusivamente los intereses personales de la pareja. (1)

El artículo 272 del Código Civil señala:

"Art. 272.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del registro civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El juez del registro civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en 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 juez del registro los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

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

(1) Cfr. Flores Barroeta, Benjamín, Op. cit., Pág. 393

Del precepto anteriormente transcrito resulta que para que pueda tramitarse el divorcio voluntario administrativo, deben satisfacerse los siguientes requisitos:

- 1ª Que haya acuerdo de ambos cónyuges en disolver su matrimonio.
- 2ª Que se trate de personas mayores de edad.
- 3ª Que los divorciantes no tengan hijos.
- 4ª Que los divorciantes hayan contraído el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes o bien si lo contrajeron bajo el régimen de sociedad conyugal, que hayan disuelto ésta.
- 5ª Que haya transcurrido un año de la celebración del matrimonio.

El último de los requisitos mencionados no deriva del artículo 272 sino del 274, que expresamente dispone que - el divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino - pasado un año de la celebración del matrimonio, sin distinguir si ese divorcio voluntario es administrativo ó judicial, por lo que asumimos que debe aplicarse a ambos tipos de disolución del vínculo.

Comentaremos en especial los requisitos consistentes en que los divorciantes sean mayores de edad y no tengan hijos. A este respecto debemos decir que la gran facilidad que otorga la ley para la disolución del matrimonio por divorcio voluntario administrativo, deriva precisamente de la satisfacción de los dos requisitos mencionados. Tratándose necesariamente de personas mayores de edad, se asume que son plenamente capaces de discernir lo que mejor les conviene; - Por otro lado, como también se exige que no tengan hijos, no

podemos suponer que con la disolución del matrimonio vaya a resultar perjudicada una inexistente prole; esto último viene a significar que los únicos intereses verdaderamente involucrados en esta clase de divorcio, son los de los propios divorciantes, que siendo como deben ser mayores de edad, bien saben lo que es mejor para ellos. Queremos recordar, precisamente de acuerdo con lo que establece el párrafo tercero del artículo 272, si posteriormente se comprueba que los cónyuges son menores de edad ó que sí tienen hijos, entonces el divorcio obtenido no producirá efectos. Lo anterior nos enseña que resulta condición sine quo non que sean mayores de edad los divorciantes y asimismo que carezcan de hijos para que proceda el divorcio voluntario administrativo.

Por otro lado, para que no exista problema respecto de los bienes que pudieran haberse adquirido durante el matrimonio, dispone el Código que si éste fue contraído bajo el régimen de sociedad, dicha sociedad debe de encontrarse disuelta, lo cual viene a significar que ya han procedido los divorciantes de común acuerdo a hacer entre ellos la distribución de los bienes que tuvieron. Aunque el Código no dice expresamente que para que proceda esta clase de divorcio es preciso que el matrimonio se haya contraído bajo el régimen de separación de bienes, resulta obvio que si el matrimonio se contrajo bajo dicho régimen no hay cuestión patrimonial, puesto que cada uno de los cónyuges mantiene la propiedad de los que adquirió con anterioridad a la unión y también de los obtenidos durante ella. Lo anterior viene a confirmar la idea de que en esta clase de divorcio no concurren sino intereses personales de los divorciantes, que ellos son muy dueños de manejar según crean conveniente.

Apartándose un tanto de su naturaleza sustantiva,

el Código Civil establece un procedimiento específico para la consecución del divorcio administrativo. Y decimos que apartándose, por que los procedimientos no se rigen por el Código Civil sino que deben serlo por el Código de Procedimientos Civiles. Empero, haciendo excepción a la regla general, el Código Civil si establece un procedimiento para la tramitación del divorcio voluntario administrativo, procedimiento que tiene las características de expedición y concentración que lo hacen moderno y funcional.

Del artículo 272 transcrito, aparece que los divorciantes deben comparecer personalmente ante el juez del registro civil; se trata pues de un acto personalísimo en el que no se admite representación; deben expresar de viva voz su deseo de divorciarse, comprobando previamente que son mayores de edad si es que no se aprecia esto inmediatamente de su aspecto físico. El juez del registro civil, tras de identificar a los divorciantes, hace constar la solicitud en una acta que asentará al efecto y cita a los todavía cónyuges para que en el plazo de quince días se presenten a ratificar su solicitud; si efectúan la ratificación una vez transcurrido el plazo indicado, el juez del registro civil debe declararlos divorciados.

Una vez concluido el trámite de divorcio deben hacerse las anotaciones correspondientes en el acta del matrimonio disuelto.

b) Divorcio voluntario judicial.

Se denomina así porque se tramita no ante una autoridad administrativa, sino ante la judicial como lo es el juez de lo familiar. Este tipo de divorcio está previs

to para los divorciantes que no satisfacen los requisitos - que exige el artículo 272 del Código Civil, es decir, cuando se trate de menores de edad, hayan los cónyuges procreado hijos ó bien hubieren contraído su matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal y al momento de tramitar su separación permaneciera aquélla.

De acuerdo con lo que dispone el Código de Procedimientos Civiles, que dedica un capítulo especial al trámite del divorcio voluntario judicial, quienes pretenden obtener la disolución del vínculo en esta vía deben dirigir la solicitud relativa al juez de su domicilio, adjuntando a dicha solicitud el convenio a que se refiere el artículo 273- del Código sustantivo. Dicho convenio debe contener el --- acuerdo de los divorciantes sobre las siguientes cuestiones:

"Art. 273.- Los cónyuges que se encuentren - en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

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

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

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

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

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañara un inventario y avalúo de todos los bienes muebles ó inmuebles de la --

sociedad." (1)

Comentando el precepto anterior encontramos que el pacto debe versar sobre la custodia de los hijos, tanto durante la tramitación del procedimiento de divorcio como -- ejecutoriado éste; asimismo, sobre la manera como se han de subvenir a las necesidades de los propios hijos; respecto a la determinación de la casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges, debiéndose aclarar en torno a este punto, que anteriormente a la reforma publicada en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974, solamente la mujer era depositada y no así el varón y, además, destacamos que la necesidad de que se determinen moradas separadas para los cónyuges que tramiten su divorcio, es para dar cumplimiento a la fracción II del artículo 282 del Código Civil, conforme al cual el juez al admitir la demanda (en este caso no es demanda -- pero si solicitud, que para el efecto que nos interesa resulta equivalente) debe entre, otras medidas provisionales, de-

(1) El artículo 273 ha sido modificado para quedar como sigue:

"Art. 273.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I a III.....

IV.- En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;

V.....

El vigente texto legal se modificó por Decreto publicado en el Diario Oficial de 27 de diciembre de 1983 y entrará en vigor noventa días después de dicha publicación."

cretar la separación de los divorciantes. También deben -- los cónyuges pactar la cantidad que a título de alimentos - dará uno de ellos al otro; cabe destacar que esta obliga--- ción de ministrar alimentos es solamente durante la tramita ción del divorcio, como consecuencia de que todavía hasta - ese momento quienes procuran su separación, son consortes y, de acuerdo con el artículo 302 del mismo ordenamiento legal, los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos -- entre sí; cuando el divorcio se convierte en algo definiti- vo, desaparecerá la obligación de ministrar alimentos, pues el párrafo segundo del artículo 288 del Código Civil expre- samente señala que en el divorcio voluntario, salvo pacto - en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión ali- menticia. (1)

-
- (1) Cuando entre en vigor la reforma al artículo 288 del- Código Civil, el artículo tendrá un nuevo texto ---- redactado en los siguientes términos:

"Art. 288.- En los casos de divorcio necesario, - el juez, tomando en cuenta las circunstancias del ca- so y entre ellas la capacidad para trabajar de los -- cónyuges, y su situación económica, sentenciará al -- culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

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 señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para- trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras- no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Quando por el divorcio se originen daños o perjui- cios a los intereses del cónyuge inocente el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito."

De acuerdo con lo que establece el Código de Procedimientos Civiles, los que pretenden divorciarse deben ser llamados a una primera junta de avenencia, cuya celebración se hará después de ocho y antes de quince días de que presentaron su solicitud, y de acudir y persistir en su intención, serán citados a una segunda junta, también de avenencia (las juntas toman este nombre porque su propósito es el de que el juez trate de avenir a ambos conortes, a fin de que depongan su actitud y reanuden su vida conyugal). En el caso de que los esposos reiteren su decisión de divorciarse y queden debidamente garantizados intereses de los hijos, si los hay, el juez deberá decretar el divorcio previa aprobación definitiva del convenio.

B] Divorcio necesario.

Además del divorcio voluntario que hemos visto precedentemente, nuestro Código regula también el divorcio llamado necesario ó contencioso, que puede ser definido como "aquél que es decretado por la autoridad judicial a solicitud de uno sólo de los cónyuges y con base en alguna de las causales que limitativamente establece la ley." (1)

(1) Barroso Figueroa, José. Apuntes de clase. Primer Curso de Derecho Civil. 1968. Pág. 86.

a) Divorcio necesario vincular.

El divorcio que definimos anteriormente reviste -- la forma de vincular cuando decretado disuelve el vínculo -- matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer una nueva unión. A este respecto el artículo 266 del Código -- Civil expresa:

"Art. 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en --- aptitud de contraer otro."

Reiterando la idea anterior, el artículo 289 del ordenamiento citado señala expresamente en su párrafo primero que:

"Art. 289.- En virtud del divorcio, los - cónyuges recobrarán su entera capacidad para- contraer matrimonio."

Remitimos al H. Sínodo a cuanto expresamos con - relación a la Ley de 29 de diciembre de 1914, dada por ---- Carranza en el Estado de Veracruz, respecto a la implanta- ción del divorcio vincular por vez primera en la República- Mexicana.

b) Divorcio necesario no vincular.

Existen causales de divorcio que si bien ordinariamente disuelven el vínculo, permiten al cónyuge facultado para pedir del matrimonio que tan sólo solicite la separación de cuerpos, subsistiendo, fuera de la cohabitación, todas las demás obligaciones inherentes al matrimonio. Las causales mencionadas se encuentran previstas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil.

"Art. 267.- Son causas de divorcio:

I.....

VI. Padecer sífilis, tuberculosis ó 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;"

La posibilidad legal de obtener la suspensión de la cohabitación, deriva del artículo 277 del mismo ordenamiento sustantivo.

"Art. 277.- El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio."

II. Estudio particularizado de las causales de divorcio -- necesario.

Clasificación de las causales.

Concepto de causal de divorcio.

Se llaman causales de divorcio, a aquéllas circunstancias que permiten obtener el necesario, con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento establecido al efecto. (1)

Las causales de divorcio suelen enumerarse de manera limitativa dentro de los códigos civiles, tal como ocurre en el nuestro. Así pues, solamente puede obtenerse el divorcio necesario con base en alguna de las circunstancias que expresamente determina el Código Civil vigente en el Distrito Federal, en sus artículos 267 y 268.

Clasificación de las causales de divorcio.

Francisco Consentini, el gran maestro italiano, -- clasifica las causales de divorcio en cinco grupos a saber: a) causas criminológicas; b) causas simplemente culposas; - c) causas eugenésicas; d) causas objetivas, y e) causas -- indeterminadas. (2)

(1) Barroso Figueroa, J. Apuntes de clases. 1982.

(2) Cfr. Fernández Clérigo, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Unión Tipográfica Editorial - Hispano-Americana. México. 1947. Pág. 136.

A nuestro modo de ver la clasificación anterior resulta un tanto barroca y de difícil aplicación, por lo que mejor optaremos por la que hace Flores Barroeta, quien siguiendo la doctrina canónica distingue las causales de divorcio en causales sanción y causales necesidad. (1)

Las llamadas causales sanción, como su nombre lo indica, implican una pena para alguno de los cónyuges que con su conducta indebida da lugar a la disolución del vínculo matrimonial; en cuanto a las causales necesidad, no suponen castigo para ninguno de los divorciantes, sino que se adoptan como una medida para hacer cesar la vida en común de los consortes, por considerarse que la continuación de la convivencia es inconveniente y puede traducirse en consecuencias nefastas, no solamente para los miembros de la pareja sino también para los hijos que procrearon.

Estudio específico de cada una de las causales de divorcio necesario contenidas en el Código Civil.

Las causales de divorcio se encuentran contenidas en los artículos 267 y 268 del Código Civil. En el artículo 267, las primeras dieciséis fracciones contienen otras tantas causales de divorcio necesario; la fracción XVII se refiere, como ya vimos antes, al divorcio voluntario y la fracción XVIII (de reciente creación y que aún no entra en vigor pero que lo hará en fecha próxima, esto es el día 27 de marzo entrante) consagra una causal más. Además, encontramos otra causal en el artículo 268 del Código Civil, que también ha -

(1) Flores Barroeta, Benjamín. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. Univ. Iberoamericana. México. 1965. - Pág. 385.

sido objeto de reforma,

Refirámonos ahora particularmente a cada una de las fracciones del artículo 267 del Código Civil.

PRIMERA CAUSAL:

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

El adulterio de uno de los cónyuges constituye - causa perentoria de divorcio, debido a que aquél con su conducta viola la obligación de fidelidad que es inherente a - la calidad de consorte. ¿Qué debemos entender por adu- - lterio?. Por adulterio se comprende el hecho de que alguno de los cónyuges tenga relación sexual con un extraño, indepen- - dientemente de las circunstancias en que dicho trato carnal se efectúe. Debemos aquí hacer una separación nítida entre el adulterio en materia penal y el adulterio en materia --- civil. El adulterio en materia penal, para configurarse re- - quiere que el trato sexual entre el cónyuge y un tercero se efectúe, ya sea en el domicilio conyugal ó bien ya con escán- - dalo. El artículo 273 del Código Penal establece:

"Art. 273.- Se aplicará prisión hasta de- - dos años y privación de derechos civiles has- - ta por seis años, a los culpables de adu- - lterio cometido en el domicilio conyugal ó con - escándalo."

Pero, repetimos, en materia civil basta el trato carnal para que se configure el adulterio, sin que se requie- - ra ninguna circunstancia agravante. Tradicionalmente se ha considerado que el adulterio de la mujer es más grave que -

el adulterio del varón, lo cual a nuestro entender es fundamentalmente cierto. Aunque desde el punto de vista sentimental el adulterio de uno y otro de los miembros de la pareja es grave, puesto que rompe la fidelidad y quebranta la confianza del otro cónyuge, el de la mujer tiene el inconveniente adicional de que puede traer, como decían los romanos, - "sangre nueva al hogar". (1) En efecto, si un hombre tiene relaciones extramatrimoniales y de ahí se genera un hijo, a nadie se le ocurrirá decir que el habido con una cierta extraña, lo es de la esposa; sin embargo, como ya hemos visto de las disposiciones del artículo 324 y siguientes, los hijos de la mujer casada siempre se atribuyen al marido; siendo así, de concebir la esposa un hijo con persona diferente de su cónyuge, la ley imputará la paternidad de dicho hijo - precisamente al consorte y la posibilidad de éste último para liberarse de la imputación y desconocer al hijo, es remota.

Hablando del adulterio, una de las cuestiones muy interesantes es la relativa a la prueba de tal hecho. Antiguamente se sostenía que el adulterio era extraordinariamente difícil de probar, por que había que sorprender a los --- adúlteros en el acto de comisión. La Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció la dificultad de prueba del adulterio y como consecuencia, para no hacer prácticamente inaplicable la disposición, estableció que el adulterio pueda ser probado en forma indirecta:

(1) Cfr. Zamora Castro, Otilio. Derecho Romano. Montevideo. Edición del autor. 1979. Pág. 167.

"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE.

Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable."

JURISPRUDENCIA 159 (Sexta Epoca) Pág. 496, Volumen-3a. SALA Cuarta Parte Apéndice 1917-1975.

Así pues, el adulterio puede ser demostrado mediante prueba indirecta. Tal sería el caso, por ejemplo, de que un hombre tuviera relaciones extramatrimoniales con una mujer y, habiendo procreado un hijo, lo registrara civilmente como suyo, de modo que se pudiera colegir que, puesto que el hijo lo engendró él, necesariamente tuvo que haber incurrido en -- adulterio al tener relación sexual con la madre.

La causal anterior es sanción, en tanto que castiga la indebida conducta del cónyuge infiel.

SEGUNDA CAUSAL:

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

Mediante esta causal de divorcio viene a sancionarse la conducta de la cónyuge que falta a la buena fé que debe a su marido, en tanto que contrae matrimonio trayendo en su seno a un hijo que hipotéticamente no fué concebido por aquél.

La cuestión principal aquí consiste en conocer si el hijo es ó no matrimonial. ¿Cómo saber si el hijo fue procreado dentro ó fuera de matrimonio? La cuestión puede resolverse con cierta facilidad. Previamente hemos dicho que el Derecho tiene sus propios parámetros para determinar los ----

tiempos mínimo y máximo de la concepción. El artículo 324- señala los términos relativos, que son como tiempo mínimo - el de ciento ochenta días y como máximo el de trescientos;- el primero, contado a partir de la celebración del matrimonio y el último, desde que ha tenido lugar la disolución de éste.

Los hijos nacidos después de ciento ochenta días- se consideran de los cónyuges. Desde luego, por lo que se refiere a la mujer el hecho del alumbramiento demuestra que el hijo ha sido procreado por ella; pero respecto del marido lo que opera es simplemente una presunción de carácter - legal, presunción juris tantum, puesto que admite prueba en contrario, aunque en la práctica el desconocimiento encierra graves dificultades para su procedencia. Así pues, si el hijo nace antes de que transcurran los ciento ochenta -- días de la celebración del matrimonio no disfruta de la pre sunción establecida en el artículo 324 y, por ende, su desconocimiento se posibilita, pues el marido le bastará repudiar al hijo señalando la fecha en que se contrajo matrimonio y aquél en que tuvo lugar el alumbramiento. De este -- modo, si la mujer tiene un hijo antes de que transcurran -- ciento ochenta días y el marido lo desconoce, se dará inmediatamente la hipótesis contemplada en la fracción I que -- analizamos; es decir, se considerará que se trata de un hijo nacido durante el matrimonio pero concebido con anterioridad a la contracción del vínculo. Debemos hacer hincapié en que de acuerdo con lo que establece la fracción II men cionada, no basta que el hijo no nazca en tiempo hábil; es preciso que judicialmente sea declarado ilegítimo. Lo ante rior viene a significar la necesidad de que el marido desco nozca al hijo y que en el juicio de desconocimiento respectivo obtenga sentencia favorable. Sólo después de que así-

ocurra podrá demandar y obtener el divorcio. Pudiera suceder que el hijo no naciera en tiempo hábil y sin embargo no fuera susceptible de ser desconocido, por concurrir alguna circunstancia que impidiera su desconocimiento, como lo son las que marca el artículo 328:

"Art. 328.- El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I. Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;

II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fué firmada por el, o contiene su declaración de no saber firmar;

III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir."

Estamos en presencia de una causal sanción, ya que castiga la mala fé con la que procede la cónyuge.

TERCERA CAUSAL:

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

Se supone que una de las finalidades principales -- del matrimonio consiste precisamente en la ayuda mutua; a través de ella los esposos deben darse auxilio, consejo y velar por su plena realización. Si resulta que el marido impele a su mujer a la prostitución ó facilita que otro sujeto tenga relaciones sexuales con ella, obviamente esta faltando al de-

ber moral y jurídico a su cargo. Incluso podría ser responsable del delito de lenocinio, previsto y penado en los artículos 206 y 207 del Código Penal:

"Art. 206.- El lenocinio se sancionará -- con prisión de seis meses a ocho años y multa de cincuenta a mil pesos."

"Art. 207.- Comete el delito de lenocinio:

I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera;

II. Al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución, y

III. Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtengan cualquier beneficio con sus productos."

La causal de divorcio analizada es una causal sanción, ya que castiga con el divorcio al marido que incurre en los extremos señalados.

CUARTA CAUSAL:

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

Encontramos en este caso también una conducta indebida por parte de alguno de los cónyuges (no precisamente el marido), que incita a su consorte para que incurra en una conducta punible desde el punto de vista penal. Debe tenerse en cuenta que dicha incitación puede incluso llegar a constituir

un ilícito sancionable de acuerdo a la ley punitiva:

"Art. 209.- Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta-pesos, si el delito no se ejecutare. En caso - contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el - delito cometido."

Nótese pues que dependiendo de las circunstancias, - la indebida conducta causal de divorcio puede ser delito.

Se trata de una causal sanción en tanto que castiga al cónyuge que procede de la manera descrita, aunque también - en cierta forma podría considerarse necesidad, ya que hará -- cesar la vida en común y, por tanto, suspenderá la cohabita-- ción que propicia la perniciosa influencia de un cónyuge hacia otro.

QUINTA CAUSAL:

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

La causal que se menciona va directamente contra -- otro de los fines del matrimonio, que consiste en la educa-- ción de la prole. De tiempo atrás se viene sosteniendo la -- tesis de que uno de los fines más importantes de la unión ma-- trimonial consiste en el propósito que deben tener los cónyug-- ges de educar a sus hijos; en el supuesto que ahora analiza--

mos, uno de los cónyuges no solamente no cumple con esa finalidad de educar a los hijos, sino que los corrompe, ya sea -- actuando directamente o ya indirectamente, permitiendo en --- este último caso que otra persona realice los actos tendien-- tes a pervertir.

¿En qué deben de consistir los actos de corrupción?

El artículo 270 del Código Civil expresa lo siguiente:

"Art. 270.- Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya - lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones."

Así pues, lo que se sanciona es que los padres realicen actos tendientes directamente a la corrupción de los hijos, tales como enviciarlos ó darles consejos perniciosos, ó bien permitir que con su conocimiento lo haga algún extraño. Sin embargo, la simple actitud pasiva, esto es la negligencia o falta de cuidado en la atención o vigilancia de sus hijos, - que trae como consecuencia que algún tercero pudiera imbuír-- les ideas o prácticas depravadas, no es tomado en cuenta por el Código para los efectos de que proceda el divorcio. Desde el punto de vista penal encontramos tipificado dentro del Código de la materia el delito de corrupción de menores. Específicamente el artículo 201 de dicho ordenamiento dispone:

"Art. 201.- Se aplicará prisión de seis meses a cinco años al que facilite o procure la - corrupción de un menor de dieciocho años de --- edad.

Comete el delito de corrupción de menores el que procure o facilite su depravación sexual, si es púber, la incitación en la vida sexual o la depravación de un impúber, o los induzca, incite o auxilie a la práctica de la mendicidad, de hábitos viciosos, a la ebriedad, a formar parte de una asociación delictuosa, o a cometer cualquier delito.

Cuando los actos de corrupción se realicen reiteradamente sobre el mismo menor y debido a ellos éste adquiera los hábitos del alcoholismo uso de sustancias tóxicas u otras que produzcan efectos similares, se dedique a la prostitución o a las prácticas homosexuales, o forme parte de una asociación delictuosa, la pena de prisión será de cinco a diez años y multa hasta de veinticinco mil pesos.

Si además de los delitos previstos en este capítulo resultase cometido otro, se aplicarán las reglas de la acumulación."

La penalización de este ilícito se agrava cuando los actos de corrupción proceden de quienes son ascendientes de los menores de que se trate, lo cuál es lógico, pues si actúan de esta manera están faltando a un deber elemental, como lo es el de la educación de los hijos.

"Art. 203.- Las sanciones que señalan los artículos anteriores se duplicarán cuando el delincuente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor, privando al reo de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad sobre todos sus descendientes."

"Art. 204.- Los delincuentes de que se trata en este capítulo quedarán inhabilitados para ser tutores o curadores."

La causal analizada, tiene el carácter de sanción, pues la conducta del progenitor culpable viola uno de los fines más trascendentales del matrimonio y, al mismo tiempo, un deber sagrado que impone la paternidad.

SEXTA CAUSAL:

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

Encontramos que la redacción de este precepto resulta un tanto anacrónica al hacer la enumeración de las enfermedades consideradas como crónicas o incurables, pues ejemplifica mencionando a la sífilis y a la tuberculosis. En efecto, la sífilis en alguna de sus especies continúa siendo una enfermedad prácticamente incurable y además extremadamente grave, pues por lo general sus efectos trascienden a la descendencia, que nace con deficiencias físicas cuando la padecen los progenitores. En cambio la tuberculosis, sobre todo después de la aparición de los antibióticos, no puede ser considerada como una enfermedad crónica o incurable, a menos que se encuentre en un estadio de desarrollo ya muy próximo a la muerte. En cuanto a las enfermedades venéreas como causal de divorcio y de restricciones impuestas al cónyuge culpable para la contracción de un nuevo matrimonio, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria dictada en el Amparo Directo 4135/71, ha manifestado lo siguiente:

"DIVORCIO, ENFERMEDADES VENEREAS COMO CAUSAL DE.

Restricciones impuestas al cónyuge culpable para contraer nuevo matrimonio. Si en un punto resolutivo de la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial se establece que el cónyuge culpable no podrá contraer nupcias hasta que hayan transcurrido dos años a partir de que cause ejecutoria la sentencia y hasta que demuestre ante el oficial del registro civil haber quedado debidamente curado de las enfermedades venéreas que confesó padecer, no se está en lo justo

al afirmar que se trata de la imposición de una pena infamante, por que ese lapso de dos años se ha fijado en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 289 del Código Civil que dice: 'el cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio'; por lo que hace a la obligación de demostrar ante el oficial del registro civil que ha quedado debidamente curado de las enfermedades venéreas que confeso padecer, esta es una obligación legal que le impone, no el juez sino la misma ley, pues el artículo 98 fracción IV del invocado Código Sustantivo, preceptúa que al escrito que presente ante el oficial del Registro Civil una persona o las personas que pretendan contraer matrimonio, deberá acompañarse entre otros documentos, un certificado suscrito por un médico titulado 'que asegure bajo protesta de decir verdad que los pretendientes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria', y la infracción de este precepto esta sancionada con la nulidad del matrimonio, según lo dispone el artículo 235, fracción III, del invocado Código Civil; así pues la restricción se encuentra sancionada por la ley, por ser un caso de interés público."

Por otro lado, el artículo 199 bis del Código Penal, sanciona el delito del peligro de contagio venéreo, en los siguientes términos:

"Art. 199 bis.- El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio,

Cuando se trate de cónyuges, sólo podrá procederse por querrela del ofendido."

Por último, debemos señalar que como causal de divorcio se menciona la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. La impotencia a que se refiere el Código es de la llamada impotencia quendi es decir la impotencia para la cópula, y no la impotencia generandi, esto es para procrear. Dicho de otra manera, la ley se refiere a la imposibilidad de relacionarse sexualmente. La situación planteada por este artículo tiene, sin embargo, ciertas deficiencias que deben ser criticadas, particularmente la de que se exija para que pueda proceder el divorcio que la impotencia sea sobrevenida, pues dentro de los impedimentos enumerados en el artículo 156, la fracción VIII considera que lo es para contraer matrimonio "la impotencia incurable para la cópula" y, correlativamente, el artículo 246, que sólo puede ser pedida por los cónyuges dentro del término de sesenta días. En virtud de lo anterior, de existir impotencia previamente a la celebración del matrimonio y esperar el cónyuge no enfermo por un plazo mayor a dos meses con objeto de cerciorarse si aquél con quien casó puede ser curado, perdería la opción de demandar la nulidad. Ahora bien, después de contraído el matrimonio ya no podría fundar su demanda de divorcio en la impotencia previa a la celebración de la unión, por que la ley exige que ésta sea sobrevenida. Siendo así, prácticamente se condenaría al cónyuge sano a permanecer en estado perpetuo de castidad, pues no podría alegar para el divorcio la impotencia anterior al matrimonio por no ser sobrevenida y tampoco podría reclamar la nulidad de la unión, porque habría transcurrido el plazo de dos meses concedido por la ley al efecto.

La causal que se acaba de analizar es del tipo necesidad ó remedio, en tanto que en realidad no trata de sancionar la indebida conducta de alguno de los cónyuges, sino-

sólo de poner fin a la convivencia de éstos, por que se considera inadecuado que el consorte sano continúe viviendo al lado del enfermo, pues podría sufrir contagio.

SEPTIMA CAUSAL:

"VII. Padecer enajenación mental incurable."

Lógicamente las razones que fundan esta causal son - de sana política familiar, pues resulta necesaria la autorización al cónyuge sano para que suspenda la cohabitación con el enajenado mental, por el inminente peligro que implica la continuación de la vida en común. Debe hacerse la aclaración de - que de acuerdo con el artículo 271 del Código Civil, hay que - aguardar un bienio desde que la enajenación mental hizo su apa - rición, antes de demandar el divorcio.

"Art. 271.- Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad."

El establecimiento de la espera por dos años parece - un acierto, pues el decurso de dicho lapso será suficiente pa - ra crear una fuerte presunción de que en efecto la locura es - incurable. Sin embargo, con fecha 13 de diciembre retropróxi - mo se reformó la fracción que ahora comentamos, misma que que - dará de la siguiente forma cuando entre en vigor el nuevo tex - to: (1)

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

(1) Lo que ocurrirá tres meses después de la publicación del - Decreto relativo, que apareció en el Diario Oficial de la - Federación de 27 de diciembre de 1983.

Como puede colegirse fácilmente del nuevo texto - que tendrá la fracción VII que se comenta, en el futuro ya no será necesario esperar el plazo de los dos años ahora requerido, sino que bastará con que se siga el juicio de interdicción y que el cónyuge de que se trate sea declarado incapacitado (ó sea que se constate que efectivamente padece demencia).

La modificación legal puede considerarse a un tiempo ventajosa y desventajosa. Ventajosa, por que hace innecesario el transcurso del bienio con lo cual se acorta la espera al cónyuge sano; además, para la declaración de interdicción se precisa la intervención de la autoridad judicial, con lo que se garantiza de manera efectiva que el cónyuge a quien se le imputa padecer demencia, ciertamente la sufre.

Por otro lado, tiene el inconveniente de que no habiéndose esperado un lapso prudente, bien pudiera ocurrir que la enajenación mental no fuera en verdad incurable, sino que, con el tratamiento adecuado, el cónyuge atacado por la locura pudiera recuperar la lucidez.

OCTAVA CAUSAL:

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

Uno de los deberes que tienen los cónyuges es el de la convivencia. Precisamente el artículo 163 del Código Civil establece:

"Art. 163.- Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales, --

con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso."

El mandato legal es muy claro, pero no incluye una sanción para el caso de violación. Empero, la sanción viene a aparecer precisamente en la fracción VIII del artículo 267; es decir, el cónyuge que abandonó el hogar, si lo ha hecho sin causa justificada, se expone a que le demanden el divorcio y a que la sentencia, en caso de ser probada la acción, le sea adversa, con lo cual se decretará la disolución del vínculo, quedando el demandado con el carácter de cónyuge culpable.

De entre las causales de divorcio la más recurrida de todas es precisamente la que ahora mencionamos, razón por lo cual existe abundante jurisprudencia en torno a ella. ¿Cuáles son los elementos constitutivos de la causal consistente en el abandono del domicilio conyugal? La tesis jurisprudencial 155, lo expresa con gran claridad:

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.

La causal de abandono del domicilio conyugal requiere la comprobación plena de los hechos o supuestos que la integran, y que son: a).- La existencia del matrimonio; b).- La existencia del domicilio conyugal, y c).- La separación de uno de los cónyuges de la morada conyugal por más de seis meses sin motivo justificado."

JURISPRUDENCIA 155 (Séptima Epoca), Pág. 479 Volumen 3a. SALA Cuarta parte Apéndice 1917-1975.

Por otro lado, hay que aclarar que la causal de abandono del domicilio conyugal es de tracto sucesivo; como lo ha precisado la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en su jurisprudencia 154:

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.

La causal de divorcio consistente en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo y es de tracto sucesivo ó de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolonga el abandono, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita."

JURISPRUDENCIA 154 (Sexta Epoca), Pág. 476, - Volumen 3a. SALA Cuarta Parte Apéndice 1917 - 1975.

Para que haya abandono de hogar, según hemos visto, se requiere en primer lugar la existencia del matrimonio, lo cual es fácil de probar mediante la exhibición de las actas del registro civil correspondientes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 del Código Civil. En cuanto a la existencia del domicilio conyugal, es necesario que los cónyuges posean alguno en donde tengan autoridad propia, pues no es admisible como domicilio conyugal aquél en donde viven, según el término empleado por la propia Suprema Corte de Justicia, en calidad de "arrimados", como lo expresa la jurisprudencia 157:

"DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL CUANDO LOS CONYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS.

Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar, y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el

domicilio de los padres, de otros parientes ó de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio."

JURISPRUDENCIA 157 (Sexta Epoca), Pág. 588, Volumen 3a. SALA Cuarta Parte Apéndice 1917-1975.

Además, es preciso que la separación se prolongue por más de seis meses; a este respecto ya hemos visto como superados los seis meses, el término puede prolongarse indefinidamente si el estado de abandono injustificado subsiste. El abandono debe ser injustificado, es decir, que no haya sido motivado por alguna razón que lo haga admisible conforme a Derecho, como sería el de aquél que sufriendo una enfermedad haya sido hospitalizado, digamos por el lapso de ocho meses, ó bien cuando ha sido comisionado por el Estado para fungir como embajador, cónsul ó representante diplomático en el extranjero; tampoco se considera injustificado el abandono del domicilio conyugal, cuando exista un acuerdo de separación entre los consortes, según resulta de la jurisprudencia 152:

"DIVORCIO. ABANDONO DE HOGAR. ACUERDO DE SEPARACION.

Tanto en el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada por más de un año, en ambas situaciones, si la separación fue motivada por acuerdo mutuo entre los cónyuges para vivir separados, y posteriormente no se ha requerido al culpable para reintegrarse al domicilio conyugal, no existe abandono de hogar y ninguna de las dos causales puede configurarse."

JURISPRUDENCIA 152 (Sexta Epoca), Pág. 471, Volumen 3a. SALA Cuarta Parte Apéndice 1917-1975.

La causal que ahora comentamos, es una causal sanción, pues como aseveramos previamente, se castiga al cónyuge que viola uno de los deberes inherentes al matrimonio, - como lo es el de la convivencia. Incluso la acción de abandonar a la familia puede llegar a constituir delito, es decir, una de las especies del genérico abandono de persona, - que tipifica el Código Penal en los siguientes términos:

"Art. 336.- Al que sin motivo justificado 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."

NOVENA CAUSAL:

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

Esta causal es quizá un poco difícil de entender, por eso procuraremos explicarla con la mayor claridad. Supone que de los cónyuges que convivían, uno de ellos abandona el domicilio conyugal pero no injustificadamente (si no se estaría en el caso de la fracción VIII), sino por que -- tenía en su favor alguna circunstancia que hubiera sido suficiente para que demandara y obtuviera el divorcio; sin -- embargo, transcurre un año desde que abandona el domicilio -- sin que intente la demanda correspondiente; en este caso, - el derecho de reclamar el divorcio pasa al otro cónyuge, --- quien así podrá conseguir su separación del abandonante.

Tanto en este caso como en el de abandono del -- hogar que hemos analizado al ocuparnos de la fracción VIII, el derecho de pedir el divorcio se da siempre en favor del cónyuge que permaneció en el domicilio conyugal, según lo establece la H. Suprema Corte de Justicia en su tesis jurisprudencial 153:

"DIVORCIO. ABANDONO DE HOGAR. LA ACCION-CORRESPONDE AL CONYUGE ABANDONADO.

La acción para pedir el divorcio por --- abandono del hogar conyugal por más de seis - meses, cuando no hay causa justificada para - hacerlo, o por más de un año cuando existe -- esa causa, debe entenderse, en ambos casos, - concedida a favor del cónyuge que permaneció - en el hogar, o sea, el abandonado, y no el -- otro que se separó, aunque fuere con causa, - debido a que, si este último tuvo causa justi- ficada para separarse y para pedir el divor- -- cio, debió deducir la acción dentro del térmi- no concedido por la ley, y si no lo hizo, su- separación se tornó injustificada, y transcurre el plazo legal sin reincorporarse al -- hogar, se convirtió en cónyuge culpable." JURISPRUDENCIA 153 (Sexta Epoca), Pág. 474, - Volumen 3a. SALA Cuarta Parte Apéndice 1917-- 1975.

Lo que ocurre es que, según establece el artículo 278 del Código Civil, el divorcio solamente puede ser deman- dado dentro del término de seis meses y de no ser así la -- causal caduca:

"Art. 278.- El divorcio sólo puede ser - demandado por el cónyuge que no haya dado cau- sa a él, y dentro de los seis meses siguien- -- tes al día en que hayan llegado a su noticia- los hechos en que se funde la demanda."

Además, el artículo 279 añade:

"Art. 279.- Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito."

Continuando el análisis, recordemos que al cónyuge al cual se va a demandar el divorcio debe haber abandonado - el domicilio conyugal por más de un año, lo cual quiere decir que dentro de dicho plazo ha operado la caducidad de la causal de divorcio que tenía en su favor y el resto del mismo ha permanecido injustificadamente fuera del hogar. En efecto, el cónyuge abandonante sólo disponía para demandar - el divorcio de un plazo de seis meses, como resulta del artículo 278 ya transcrito; al no hacerlo, podemos asumir que ha perdonado tácitamente la circunstancia que pudo haber alegado, en tanto que dejó transcurrir el semestre sin intentar - su acción. Lo anterior significa que seis meses después de haber abandonado ya no tenía la causal de divorcio, ni tampoco justificación para permanecer ausente del domicilio conyugal; por lo anterior su abandono deviene en injustificado y de acuerdo con la fracción VIII del repetido artículo 267, - si la ausencia se prolonga más allá de un semestre se da causa al divorcio. De este modo, el año previsto por la ley se compone de dos períodos semestrales perfectamente determinados: como primero, aquél durante el cual el cónyuge abandonante tuvo derecho a pedir el divorcio y no lo hizo; otro -- después, durante el cual ya no tenía derecho para pedir el - divorcio y su alejamiento del domicilio conyugal carecía de justificación.

Debemos considerar que la causal de divorcio que - estudiamos es una causal necesidad ó remedio, pues no propiamente sirve para sancionar al cónyuge abandonante, sino más bien para poner fin a una situación de irregularidad, ya que

resulta anómalo que dos personas unidas en matrimonio vivan separadamente. Este estado irregular no puede ser tolerado indefinidamente por la ley, sino debe cesar; a ello provee el legislador mediante el establecimiento de la causal que ahora comentamos. Quizá la causal pueda resultar injusta, pero recuérdese que la realización de la justicia nó es la única finalidad que posee el Derecho, sino que a lado de -- ella encontramos además otras como son la seguridad, el --- bien común, la estabilidad jurídica, etc. En el caso que - nos ocupa de lo que se trata es lograr la seguridad jurídi- ca, pues la situación emergente del estado de separación -- pero permaneciendo el matrimonio, crea incertidumbre.

DECIMA CAUSAL:

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

Esta es una causal que jamás se ve en la práctica, debido a que el procedimiento para la declaración de ausen--
cia y aún de presunción de muerte, es excesivamente prolonga-
do, de modo que su trámite requiere de tan largo tiempo que-
los litigantes suelen no intentarlo. En todo caso puede con-
siderarse como una causal remedio, pues no es posible que --
una persona permanezca unida indefinidamente en matrimonio -
a un cónyuge cuyo paradero desconoce.

DECIMA PRIMERA CAUSAL:

"XI.- La sevicia, las amenazas o las inju-
rias graves de un cónyuge para el otro."

En realidad encontramos aquí tres diferentes supuestos para que se configuren otras tantas causales de divorcio-necesario; ellos son: el hecho de que uno de los cónyuges proceda con sevicia respecto al otro; el de que lo amenace y, -- finalmente, el de que lo injurie. Precisamente por lo anterior, trataremos separadamente cada una de las hipótesis en cuestión.

Primeramente nos ocuparemos de la sevicia. La sevicia consiste en el deseo reiterado y constante por parte de uno de los cónyuges, de causar malestar a su pareja. En algunas legislaciones extranjeras encontramos descrita la sevicia como una forma de crueldad mental; es decir, como la actitud-permanente de inferir desagrado al consorte. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis jurisprudencial 177, ha sostenido el siguiente criterio en cuanto a qué debe entenderse por sevicia:

"DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE.

La sevicia, como causal de divorcio, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común, y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados. Por tanto, ---- quien invoque esta causal, debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratamientos, tanto para que la otra parte pueda defenderse, como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal."

JURISPRUDENCIA 177 (Sexta Epoca), Pág. 538, Volumen 3a. SALA Cuarta Parte Apéndice 1917-1975.

Como el Código Civil no define que debe entenderse por sevicia, la significación de este concepto resulta de la jurisprudencia. Desde el punto de vista puramente semántico y de acuerdo con lo que expresa la Real Academia Española, --

por sevicia debe entenderse; "(del latín *sevitia*) f, crueldad excesiva." (1)

Por su parte, Planiol sostiene que debe entenderse por sevicia "todos los malos tratos materiales, desde los simples golpes ó vías de hecho, hasta la tentativa de homicidio, a condición de que se trate de actos voluntarios". (2)

Por lo que se refiere a las amenazas, éstas deben ser de tal naturaleza que con ellas se cree un estado permanente de temor en el cónyuge sobre el cuál recaen, de manera que sienta miedo y así le resulte imposible la continuación de la vida en común. Incluso, la amenaza constituye un delito que se encuentra tipificado en el artículo 282 del Código Penal, que expresa lo siguiente:

"Art. 282.- Se aplicará sanción de tres días a un año de prisión y multa de diez a cien pesos:

I. Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo, y

II. Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer."

(1) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo VI. 1970. Pág. 1209.

(2) Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil -- Francés. Vol. IV. Ediciones Cajiga. Puebla 1946. Pág. 28 y 29.

La Jurisprudencia civil no ha precisado el significado del término amenaza.

Refiriéndonos a las injurias, también consideradas como causal de divorcio, debemos señalar que en cuanto a tal poseen una muy amplia connotación. Es así, como algunas legislaciones, dentro de las cuales podemos incluir a la francesa, han dado una basta interpretación a la noción de injuria, la cual se hace consistir no solamente en el empleo de alguna expresión insultante o en una actitud de desprecio de un esposo hacia el otro, sino que también cae dentro de ella toda conducta ó hecho deliberadamente ultrajante o hiriente para alguno de los consortes. En nuestro medio, algunos traductistas, como Benjamín Flores Barroeta, estiman que la negativa de un cónyuge al débito conyugal constituye una forma de injuria, cuando tal negativa se asume en condiciones tales que se traduce en un menosprecio para el otro esposo (1); en este sentido también se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una ejecutoria muy interesante:

"DIVORCIO, ABSTENCION DEL DEBER CONYUGAL-COMO CAUSAL INOPERANTE DE.

La abstención del débito carnal no es una causa de divorcio, a menos que se realice en condiciones injuriosas por lo cual, el juez de los autos debe apreciar las circunstancias en las que ha tenido lugar la abstención del marido o la negativa de la mujer, porque si se debió a defectos físicos, a enfermedad o a un acuerdo celebrado entre los esposos, no existe la injuria necesaria para decretar el divorcio; pero si al contrario, obedece a un desprecio ofensivo de uno de los cónyuges para el otro, existe una injuria suficiente para consi

(1) Flores Barroeta, Benjamín. Op. Cit. Pág. 385.

derar fundada la acción, Cuando tal negativa por parte de la mujer, obedece al deseo de no morir para cuidar a los hijos procreados, esto no constituye una injuria para el marido y, por lo mismo, no basta para hacer procedente la acción de divorcio."

Amparo Directo 2576/71. Ramón Alvarez Durant. Mayoría de tres-votos.

Por otro lado, debe recordarse que la calificación de la injuria proferida por un cónyuge contra el otro, se encuentra estrechamente vinculada con el nivel social de la pareja y el trato que aquéllos acostumbra dispensarse entre sí. Es frecuente que el marido dirija a la mujer palabras altisonantes pero sin el propósito de injuriarla, simplemente porque esa es su manera usual de expresarse, porque entre ambos suelen dirigirse improperios sin otro ánimo que el de causarse gracia. Cuando ello ocurre, por más que se dirijan expresiones que entre otras personas podrían considerarse como injurias, no debemos atribuirles este carácter. Lo anterior ha sido claramente entendido por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que refiriéndose al caso ha externado:

"DIVORCIO, CONCEPTO DE INJURIA.

Para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el juez al dictar la sentencia de divorcio, en la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma casuística, por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, implique su gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la

vida conyugal, por la dañada intención con - que se profieren o ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido.
 JURISPRUDENCIA 165 (Sexta Epoca), Pág. 512,- Volumen 3a. SALA Cuarta Parte Apéndice 1917 1975.

Por otro lado, la injuria desde el punto de vista penal se encuentra tipificada como delito en el artículo - 348 del Código punitivo:

"Art. 348.- El delito de injurias se castigará con tres días a un año de prisión o -- multa de dos a doscientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez.

Injuria es: toda expresión proferida o - toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa."

Tanto tratándose de la sevicia, como de las amenazas y las injurias, las respectivas causales deben calificarse como causales sanción en virtud de que constituyen - un castigo a la indebida conducta observada por el cónyuge culpable hacia el inocente.

DECIMA SEGUNDA CAUSAL:

"XII. La negativa injustificada de los - cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el incumplimiento, sin - justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168."

Esta fracción contiene dos hipótesis diferentes:- la primera, referida a la negativa injustificada de uno de los cónyuges a cumplir con la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, es decir, a la mi--

nistración de alimentos a los hijos y al otro cónyuge, en el caso de que se tuviera la obligación de alimentarlo; y, la segunda, derivada de que sin causa justa se niegue a -- cumplir con la sentencia ejecutoriada que puso fin a una - controversia familiar.

En relación con la primera de las hipótesis mencionadas, la jurisprudencia había sostenido anteriormente que para que pudiera demandarse el divorcio por esta causal, era preciso agotar previamente el juicio mediante el cual se reclamara el pago de los alimentos. Tras la reforma de 1974, al cambiar el texto pareció que ya no era necesaria la previa controversia familiar en la que se hiciera tal reclamación; sin embargo, flotaba la duda al respecto. La reforma de 13 de diciembre de 1983, publicada el día 27 del mismo mes y año, desvanece toda duda sobre la cuestión, pues de manera categórica expresa que la causal de divorcio procede sin que sea necesario agotar previamente el procedimiento tendiente a lograr el pago de los alimentos.

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

La segunda de las hipótesis contenidas en la fracción XII, no requiere especial comentario.

Estamos en presencia, en cada uno de los dos supuestos contenidos en la fracción XII, de otras tantas ---

causales sanción, pues el divorcio castiga al consorte que ó bien incumple con la obligación de proporcionar alimentos ó bien se niega a acatar la decisión por la cual la autoridad judicial dirime diferencias familiares.

DECIMA TERCERA CAUSAL:

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

Hemos explicado que uno de los deberes que resultan del matrimonio para los cónyuges, es el de la ayuda mutua, misma que tiene muy diversas manifestaciones. Pues -- bien, el cónyuge que llega al extremo de acusar calumniosamente al otro, por la comisión de un delito de cierta gravedad (la ley exige que esté sancionado con pena mayor a dos años de prisión), no sólo falta a la obligación de ayuda -- mutua sino que actúa en sentido contrario a ella, pues mintiendo pretende ocasionar un grave daño a su consorte. Lo anterior, es muy sintomático de la falta de armonía entre los miembros de la pareja y de que el calumniador ha dejado de ser digno de confianza.

La cuestión fundamental aquí es la de que si para que se de esta causal de divorcio, es preciso que el calumniado sea absuelto con sentencia ejecutoriada. Antes de -- responder a lo anterior recordemos que el Código Penal tipifica el delito de calumnia en el artículo 356:

"Art. 356.- El delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses a dos años-- o multa de dos a trescientos pesos, o ambas -- sanciones, a juicio del juez:

I. Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

II. Al que presente denuncias quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y

III. Al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su casa o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad.

En los casos de las dos últimas fracciones, si el calumniado es condenado por sentencia irrevocable se impondrá al calumniador la misma sanción que a aquél."

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia definida ha sostenido que no es necesario para que pueda invocarse exitosamente esta causal, que el imputado calumniosamente sea absuelto en el juicio penal correspondiente, pues tocará al juez civil apreciar si la imputación fué ó no calumniosa.

"DIVORCIO, ACUSACION CALUMNIOSA COMO CAUSAL DE.

Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el juez civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, y que esté inspirada en el propó

sito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges, que hace imposible la vida en común.

JURISPRUDENCIA 158 (Sexta Epoca), Pág. 492, Volumen 3a, SALA Cuarta Parte Apéndice 1917 1975.

La causal mencionada anteriormente tiene el carácter de sanción, ya que viola la confianza que deben inspirarse los cónyuges entre sí.

DECIMA CUARTA CAUSAL:

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

El delito que contiene la causal debe no ser político; la razón de ello, es que los delitos de ésta índole son calificados en cuanto a su licitud, atendiendo al resultado. Así por ejemplo, si alguien se levanta en armas y es derrotado, se le tendrá por reo y probablemente se le condenará a prisión, pero en cambio, si triunfa, bien podría ser el futuro gobernante.

Por otro lado, debe el delito no ser infamante. ¿Qué debemos entender por delito infamante? Aquél que atrae deshonor para la persona, tal como el homicidio, robo, fraude, violación, etc. Rafael de Pina define la infamia como: "Deshonra imborrable, permanente, producida por ciertas penas, calificadas por ello de infamantes, como las de mutilación, azotes, etc., en quienes eran condenados a sufrir---

las". (1) En contraste no sería delito infamante el cometido imprudencialmente, pues faltando la intención no puede considerarse que infame al responsable.

Lo que se trata es de que el cónyuge inocente se libere de compartir con el esposo ó esposa la deshonra que con su mala conducta atrajo éste para la familia.

Ahora bien, si el cónyuge delincuente debe sufrir una pena de prisión mayor a dos años, como con ello no alcanzaría condena condicional, tendría que purgarla detenido, lo que daría lugar a que se interrumpiera por dicho lapso la cohabitación.

La causal que describe la fracción en comentario, tiene el carácter de sanción.

DECIMA QUINTA CAUSAL:

"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."

Encontramos en esta fracción tres diferentes circunstancias que otorgan al cónyuge inocente, en cada caso, - el derecho de solicitar y obtener el divorcio. Dichas circunstancias son las siguientes: que el otro consorte haya -- contraído el hábito de la embriaguez ó, finalmente que nagauso indebido y persistente de drogas enervantes. En todos - los supuestos se añade que para que tales inclinaciones puedan alegarse a los efectos de obtener la disolución del vínculo conyugal es preciso que el viciosos con su conducta este próximo a causar la ruina de la familia o alternativamente, que dicha conducta constituyera fuente permanente de ---

(1) De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa.- México. 1965. Pag. 161.

desavenencia entre los conyuges. A nuestro modo de ver, el legislador ha sido demasiado condescendiente con el cónyuge culpable, al obligar al inocente a que demuestre cualquiera de las dos circunstancias últimamente dichas; ya que la familia puede caer en la ruina o ya la existencia de un estado reiterado de contienda. Quien ha contraído cualquiera de los tres malos hábitos que se mencionan, constituye siempre un serio peligro para que se mantenga la armonía en el hogar; es claro que si alguien se embriaga constantemente ó bien ha devenido en toxicómano, por esa sola circunstancia provoca desavenencias y amenaza la estabilidad familiar.

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido la siguiente tesis en al Amparo Directo 3333/1973:

"DIVORCIO, EMBRIAGUEZ HABITUAL COMO CAUSAL DE.

La causal de divorcio referida en la fracción XIV del artículo 141 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Veracruz, determina como requisito que la embriaguez habitual de una persona amenace causar la ruina de la familia ó sea motivo continuo de desavenencia conyugal, por lo que, para que se dé este extremo, no basta que existan desavenencias conyugales aisladas, sino que debe haber una humillación, mortificación o continua desavenencia entre los conyuges, que verdaderamente haga imposible la vida de ellos y su familia, o bien, que la conducta del sujeto afecto a las bebidas embriaguantes amenace con causar la ruina de la familia por su ebriedad consuetudinaria, perdiendo todo respeto por su hogar, cónyuge e hijos."

No obstante lo anterior, reiteramos nuestro punto de vista en el sentido de que debería ser suficiente demostrar la persistencia del cónyuge en los hábitos mencionados, para que el otro pudiera obtener el divorcio. Recordamos que desde el punto de vista toxicológico, la per-

sona que tiene inclinación por las drogas enervantes es un enfermo.

Así es como lo considera el Código Penal pues el artículo 194 dispone en su fracción I, lo siguiente:

"Art. 194.....
I. Si la cantidad no excede de la necesaria para su propio e inmediato consumo. el -- adicto o habitual solo será puesto a la disposición de las autoridades sanitarias para que bajo la responsabilidad de estas sea sometido al tratamiento y a las demás medidas que procedan."

La reclusión de los toxicómanos no se considera como pena sino como medida de seguridad.

Por lo que se refiere al ebrio consuetudinario, dentro de nuestro Código Civil puede llegar al extremo de considerarse una causa de incapacidad de acuerdo con lo que establece la fracción IV del artículo 450. Pero independientemente de que la embriaguez pueda incapacitar al cónyuge, lo cierto es que quien ingiere habitualmente bebidas alcohólicas adquiere una irritabilidad constante y al mismo tiempo como se encuentra intoxicado, es incapaz de reflexionar sobre el alcance de sus propios actos; de ahí que en nuestro concepto debería existir la presunción de que cuando un cónyuge ha caído en las garras de un vicio del tipo de los mencionados, necesariamente ello conlleva para su mujer ó marido. e hijos, grandes disgustos.

DECIMA SEXTA CAUSAL:

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

En opinión de Rojina Villegas la causal en comentario ya no puede darse: pues según explica el afamado civilista mexicano, "aquí el Código Civil se refiere al caso -- previsto en el Código Penal de 1871 en el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aún cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, si -- ese robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña -- suele sancionarse con más de un año de prisión, si constituyera una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrando el propio legislador, cuando elaboró esta causal en 1928, fecha en que se promulgó el Código Civil vigente, que el delito debía apreciarse por el juez civil, para los efectos exclusivamente del divorcio, por cuanto no había conforme al Código Penal el delito de robo entre consortes." (1)

Aún más, diríamos que no solamente si es perseguible el robo entre cónyuges, aunque a petición de parte, sino que también lo son los delitos de daño en propiedad ajena y fraude, aunque requieren de la previa querrela para -- que pueda procederse contra el consorte culpable.

Con relación al delito de robo el artículo 378 -- dispone lo siguiente:

(1) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II, Vol. II, Antigua Librería Robledo, México, 1962. - Pág. 101.

"Art. 378.- El robo cometido por un cónyuge contra otro por un suegro contra su yerno o su nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastra o viceversa, o por un hermano contra su hermano, produce responsabilidad penal pero no se podrá proceder contra los delincuentes sino a petición del agraviado."

En cuanto al delito de abuso de confianza, el artículo 385 dice:

"Art. 385.- El delito previsto en este capítulo solamente se perseguirá a petición de parte ofendida, siendo aplicables en lo conducente a los artículos 377 y 378."

Por último, en relación al fraude el artículo 390 dispone:

"Art. 390.- Son aplicables al fraude los artículos 377 y 378."

No obstante lo anterior y de nuestro acuerdo fundamental con el aserto de Rojina Villegas, queremos hacer notar que es discutible si pueden perseguirse los delitos patrimoniales en el caso de que los cónyuges se encuentren unidos bajo el régimen de sociedad conyugal, porque en ese caso, de acuerdo a lo que establece el artículo 194 del Código Civil, ambos cónyuges poseen el dominio de los bienes comunes:

"Art. 194.- El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad."

Como podemos apreciar, el Código no aclara si dicho dominio reside en los dos esposos conjunta o separadamente, por lo tanto queda en la penumbra lo relativo a como deben calificarse los actos de disposición efectuados por uno sólo de ellos; es decir si constituye el ejercicio de un derecho concedido por la ley ó, por el contrario, si está incurriendo en la violación del derecho del otro consorte, por lo que se refiere al 50% que respecto de cada uno de los bienes gananciales le corresponde en forma indivisa.

DECIMA SEPTIMA CAUSAL:

"XVII. El mutuo consentimiento."

Esta causal se ha estudiado con anterioridad.

Con lo anterior se concluye el estudio de todas las causales de divorcio que actualmente figuran en el artículo 267 del Código Civil; sin embargo, la reforma de 13 de diciembre retropróximo añade una nueva causal, que entrará en vigor a partir del 27 de marzo del año en curso. Dicha causal expresa lo siguiente:

DECIMA OCTAVA CAUSAL:

"XVIII. La separación de los cónyuges por más de 2 años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos."

Es evidente que esta causal está encaminada a lograr la regularización de una situación anómala, pues re-

sulta indebido que una pareja se encuentre unida en matrimonio y que cada uno de sus miembros viva en lugar distinto del otro. Como uno de los fines del Derecho (1) consiste en la seguridad jurídica, es conveniente que esos separados cónyuges, cuya imagen individual es la del soltero, hagan coincidir dicha imagen con su realidad jurídica. Si la separación se ha prolongado por un término tan largo como son dos años y los cónyuges no han reanudado su vida en común, ello puede considerarse sintomático de que no tienen interés en reunirse ó, cuando menos de que no hay perspectivas de que vuelvan a convivir en un futuro inmediato. Por razones del tipo de las mencionadas, el legislador ha previsto esta nueva causal de divorcio, según la cual, cuando los esposos permanezcan separados durante el lapso mencionado, cualquiera de ellos puede solicitar y obtener la disolución del vínculo.

Es de hacerse notar que la facultad de solicitar el divorcio es independiente del motivo que haya dado origen a la separación, de modo que bien puede ocurrir que el cónyuge que la originó (quien de haber sido tramitado el divorcio con base en alguna otra causal pudo ser considerado como culpable), en la hipótesis que nos ocupa incluso puede ser el actor y con la sola demostración de que ha persistido en suspenso la cohabitación por un bienio, obtener la ruptura del lazo matrimonial.

DECIMA NOVENA CAUSAL:

(1) Cfr. Ahumada G, Sergio. Los Fines del Derecho. Editorial Lucerna. Quito. Ecuador. 1968. Pág. 35 y sigs.

Una última causal de divorcio necesario, la encontramos en el artículo 268. El texto actual del artículo 268 está concebido en los siguientes términos:

"Art. 268.- Cuando un cónyuge haya - pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la -- última sentencia. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos."

El texto anterior ha sido modificado y la reforma relativa lo ha dejado de la siguiente manera:

"Art. 268.- Cuando un cónyuge haya - pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, - éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la -- última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses - los cónyuges no están obligados a vivir -- juntos."

Como se puede apreciar, el cambio en la redacción de ambas disposiciones radica en que la última de las transcritas admite como causal no solamente las hipótesis - en que se demandó fallidamente el divorcio o la nulidad, -- sino también el caso de que uno de los consortes se hubiere desistido en la demanda o de la acción sin contar con la conformidad del otro cónyuge.

Por nuestra parte consideramos que tanto en la redacción anterior como en la presente, la causal de que se trata puede propiciar la comisión de una grave injusticia. Entendemos que lo que la legislación pretende sancionar es la falsedad, la falta de derecho con que ha procedido el cónyuge que demandó el divorcio ó la nulidad ó bien que se desistió en el juicio.

Frecuentemente las demandas de divorcio contienen acusaciones muy graves, que si no son ciertas pueden constituir una difamación ó una calumnia de relativa gravedad. El hecho de que recayera una sentencia absolutoria para el demandado en un juicio de divorcio, haría suponer en principio que las imputaciones que se le hicieron son falsas, puesto que no se pudo demostrar la indebida conducta que serviría de base para fundar la pretensión de obtener el divorcio o la nulidad del matrimonio. Sin embargo no siempre ocurre así; las causas por las cuales puede perderse un juicio de divorcio o de nulidad, no siempre son imputables al demandante, ó mejor dicho, a la mala fé ó falsedad con que éste procede. En numerosas ocasiones los juicios se pierden por causas ajenas a la conducta indebida del actor; por ejemplo, la falta de capacidad profesional de quien lo patrocina o la negligencia con que actúe en la defensa de los intereses de aquel; puede ser también, que los testigos equivoquen su testimonio, o bien que no concurren en la oportunidad de la audiencia y de esta manera se pierda el derecho a su presentación; puede ocurrir, incluso, que incurra en error el tribunal al resolver y que no haya sido recurrida oportunamente la resolución dictada, etc. Lo cierto es que la verdad legal no siempre coincide con la verdad real, y suponer infalible a la justicia como la hace el artículo 268, es desconocer lo que acontece cotidianamente.

III. Efectos del Divorcio.

En el juicio de divorcio se distinguen dos clases de efectos:

- A) Los efectos provisionales.
- B) Los efectos definitivos.

Respecto de los efectos provisionales, son aquellos que se producen durante el trámite del juicio y, los definitivos, los que se causan una vez que es pronunciada la sentencia ejecutoriada que pone fin al matrimonio.

A) Los efectos provisionales.

En tratándose del juicio de divorcio necesario, las legislaciones suelen coincidir en que el juez esté facultado para tomar la decisión de separar a los cónyuges y confiar la custodia de los hijos a uno de ellos ó bien a -- una tercera persona. Además, si en el momento del divorcio la mujer se encuentra encinta, se toman las medidas necesarias para evitar la sustitución de infante, supresión del -- hijo ó hacer aparecer como viable al que no lo sea. Se señala durante la tramitación del juicio una pensión alimenticia para garantizar la subsistencia de los menores hijos, -- según las posibilidades económicas de los padres, mismas -- que el juez es quien aprecia. Dentro de nuestro Código Civil vigente se dispone:

El artículo 282 del Código Civil señala:

"Art. 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se --

dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I. (Derogada).

II. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

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

IV. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso.

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

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

B) Los efectos definitivos.

Los efectos definitivos del divorcio se proyectan en tres diversos sentidos:

- 1ª Con relación a la persona de los cónyuges.
- 2ª Con relación a la persona de los hijos.
- 3ª Con relación a los bienes.

1ª. El primero y principal efecto dentro del divorcio vincular, consiste en que los antiguos cónyuges y ahora divorciados recuperan su capacidad matrimonial, esto es su aptitud de contraer válidamente un nuevo vínculo.

"Art. 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

El mismo ordenamiento legal, reitera el mandato del legislador en el párrafo primero del artículo 289:

"Art. 289.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio."

Empero, la recuperación de tal capacidad se encuentra sujeta a determinadas limitaciones y modalidades que la propia ley impone, todas las cuales están vinculadas con la clase de divorcio que se hubiere efectuado y con la circunstancia de si el cónyuge que pretende contraer la nueva unión, fue culpable ó inocente de la disolución del matrimonio anterior.

En lo que concierne a la influencia que puede tener la clase de divorcio que se llevó a cabo, hay que recordar que si se trata de divorcio voluntario, ninguno de los cónyuges puede volver a casar si no ha transcurrido al menos un año desde que el matrimonio anterior quedó disuelto:

"Art. 289.-
Para que los cónyuges, que se divorcien voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio."

¿Cuál es la razón que el legislador tuvo a la vista para establecer la anterior regla?

Creemos, con Benjamín Flores Barroeta, que los principales motivos que orillaron al legislador a consagrar la solución mencionada, son:

1ª El matrimonio es una institución que merece el -

mayor respeto, por lo cual el divorcio no debe ser visto - como una medida que pueda adoptarse con el sólo propósito de deshacerse de un vínculo para contraer otro, es decir - de un medio que permitiría una cómoda sucesión de matrimonios temporales. "La razón de este precepto, es asegurar la dignidad del matrimonio". (1).

2ª Si un matrimonio ha fracasado, ello es sintomático de que al menos uno de los cónyuges no ha alcanzado la madurez emocional para vivir en familia; es pues preciso que disponga de un lapso suficiente para reflexionar sobre las circunstancias que le condujeron a su fracaso previo, a modo de que se prepare adecuadamente, si es que dará el paso de contraer nuevamente el conjunto de derechos y obligaciones que conlleva el matrimonio.

Si se trata de divorcio necesario, el mismo -- artículo 289, ahora en su párrafo segundo, dispone:

"Art. 289.-
El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio."

Así pues, el cónyuge culpable no puede casarse nuevamente sino después de dos años de pronunciado el divorcio. La razón de esta disposición legal la vemos como una sanción a quien, con su conducta indebida propició la disolución del matrimonio.

(1) Flores Barroeta, Benjamín. Op. Cit, Pág. 400.

En cuanto al cónyuge inocente, la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio varía si se trata del varón o de la mujer. En lo que concierne al varón, puesto que no es culpable puede contraer casamiento inmediatamente; es decir, que tan luego como cause ejecutoria la sentencia de divorcio recupera su capacidad matrimonial y no hay obstáculo para -- que se case.

En cambio, si se trata de la mujer, aunque sea -- la cónyuge inocente tiene que esperar el plazo a que se re-- fiere el artículo 158 del Código Civil:

"Art. 158.- La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del ante-- rior, a menos que dentro de ese plazo diere -- a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde -- que se interrumpió la cohabitación."

El plazo de los trescientos días de espera que -- para la mujer señala la ley, es para evitar la confusio ---- sanguinis ó turbatio sanguinis, (como también se le llama), -- es decir confusión acerca de la paternidad de un hijo que -- llegara a alumbrar y respecto de quien existiera duda si lo -- es del primero ó del segundo maridos; pero si la mujer tiene un hijo antes de que transcurra el lapso de los trescientos -- días si puede contraer matrimonio, pues habiendo evidencia -- de que ya no está embarazada, el producto que ahora conciba -- se atribuirá obviamente al nuevo cónyuge. No obstante lo -- anterior, el mismo Código Civil prevé la manera como se re-- suelve la confusión de paternidad en su artículo 334:

"Art. 334.- Si la viuda, la divorciada -- o aquélla cuyo matrimonio fuere declarado nu -- lo contrajere nuevas nupcias dentro del perf-

odo prohibido por el artículo 158, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes:

I. Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo.

II. Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye.

III. El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero."

2ª Efectos del divorcio con relación a los hijos.

Como a los efectos mencionados nos referiremos explícitamente al desarrollar el capítulo Cuarto de este trabajo recepcional, nos remitimos a los apartados correspondientes.

3ª Efectos del divorcio con relación a los bienes.

A este respecto es importante tomar en consideración si el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes ó bajo el de sociedad conyugal.

En el primer caso, como los cónyuges mantienen la exclusiva propiedad, administración y usufructo de los bienes que respectivamente les pertenecen, una vez que aquéllos se hubieren separado retirarán lo que les corresponde y no hay cuestión patrimonial a dirimir.

En el segundo caso, debe procederse en los términos del artículo 287;

"Art. 287.- Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad."

CAPITULO TERCERO

LA FILIACION.

- 1) Concepto de filiación.
- 2) Diferentes especies de hijos. Progresión histórica.
- 3) Diferentes especies de hijos que aparecen en el Código Civil del Distrito Federal.
 - A) Hijos nacidos de matrimonio.
 - B) Hijos nacidos fuera de matrimonio.
 - a) Establecimiento de la filiación con respecto - a la madre.
 - b) Establecimiento de la filiación con respecto - al padre.
 - C) Hijos Adoptivos.
 - D) Hijos Legitimados.
- 4) Obligaciones que derivan de la filiación.

CAPITULO TERCERO

LA FILIACION.

1) Concepto de filiación.

Resulta difícil en realidad proporcionar un concepto aislado de filiación. En efecto, lo conveniente es, - al hablar de filiación, no referirse únicamente a ella, sino también a la paternidad, por lo que sería mejor hacerlo a la relación paterno filial. Lo anterior, porque paternidad y filiación aluden a una y la misma relación; a saber, - la que existe entre los hijos y los padres ó, si se contempla desde el ángulo opuesto, entre los padres y sus hijos. Por esta razón, creemos que lo más conveniente es referirse simplemente a la relación paterno filial.

En lo que concierne al término filiación, el mismo proviene del latín filiatio-onis, de filius hijo, y significa procedencia de los hijos respecto a los padres. (1)

En cuanto a paternidad quiere decir, en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, como maternidad significa calidad de madre; pero en sentido jurídico significa la relación existente entre los padres y los hijos. (2)

Cuando se emplea el término paternidad, no solamente suele darse cabida a la relación de parentesco que -- existe entre el padre y el hijo, sino también entre la ma--

(1) Dic. Enc. Abrev. Tomo III. Espasa-Calpe Argentina. Buenos Aires. México. 1945. Pág. 382.

(2) De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. - Vol. I. Edit. Porrúa, S.A. 1960. Pág. 349.

dre y el hijo, aunque lo más propio sería reservar la utilización del término maternidad para señalar ésta última vinculación parental.

Ya hemos mencionado precedentemente que los términos filiación y paternidad aluden a una y la misma relación, por que si bien la filiación sirve para mostrarnos la relación de parentesco que existe entre un cierto hijo y su progenitor o su progenitora, la expresión paternidad, y en su caso maternidad, nos indica la relación que hay entre el -- padre ó la madre y su descendiente. Por eso, "las palabras paternidad y filiación expresan dos calidades correlativas-inseparables; aquélla la calidad de padre, y ésta la de --- hijo". (1)

Con la palabra filiación algunos autores designan no exclusivamente la relación de parentesco existente entre un hijo y su padre ó bien su madre, sino en general la relación que se da entre un descendiente con todo sus ulteriores ascendientes. De esta manera, la filiación alude a la relación que hay, por ejemplo, entre un nieto y su abuelo, ó un bisnieto y su bisabuelo. (2)

2) Diferentes especies de hijos. Progresión histórica.

Previamente a hacer referencia a las diferentes -- especies de hijos reconocidas dentro de la Legislación Mexi

(1) Mateos Alarcón. Código Civil del Distrito Federal de -- 1884. Comentado y Anotado. Pág. 150.

(2) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo - II. Vol. II. Antigua Librería Robredo. México. 1962. --- Pág. 265.

cana contemporánea, debe hacerse alusión a que los grupos clasificatorios que actualmente se conservan no tienen el propósito de establecer entre los hijos diferencias discriminatorias para aquéllos que no han sido concebidos regularmente, es decir que no han sido habidos de matrimonio. Si bien hoy se considera en la mayoría de las legislaciones -- modernas y particularmente dentro de nuestra propia legislación, que no deben hacerse distinciones entre los hijos en razón de si son matrimoniales ó extramatrimoniales, ésta forma de proceder no fué observada constantemente en épocas -- anteriores. En efecto, hasta hace relativamente poco tiempo, la circunstancia de que un hijo naciera fuera de matrimonio era suficiente para que se le considerara de una categoría inferior y se limitaran en gran medida los derechos -- que le correspondían. Esto dió lugar, sobre todo en la --- antigüedad, a grandes clasificaciones de hijos que atendían a diversos factores, pero que siempre se traducían en un -- menoscabo de los derechos de quienes habian nacido extramatrimonialmente y en un atentado contra su dignidad. Los -- criterios empleados pudieran decirse que eran infamantes.

Era natural que una sociedad llena de prejuicios -- e influida por la idea de la supuesta santidad del matrimonio que le infundió el cristianismo, considerara que los -- hijos habidos fuera de una unión a la que se calificaba de legítima, debieran ser vistos con menosprecio. En la imposibilidad de hacer referencia a la totalidad de las legislaciones europeas, bien podemos mencionar a título de ejemplo lo que acontecía dentro del antiguo Derecho Español, Derecho que nos atañe relativamente, debido a que tuvo cierta -- aplicación en el territorio de la Nueva España, durante la época de la Colonia.

Distinguía el antiguo Derecho Español entre hijos legítimos e ilegítimos, confiriéndose este último carácter -- aquéllos que eran procreados sin que la pareja estuviera unida en matrimonio. En cuanto a los hijos ilegítimos, se subclasificaban en naturales y no naturales, teniendo el carácter de naturales, los que al momento de su concepción ó nacimiento, los padres hubieran podido contraer matrimonio legalmente y, en cambio, se consideraban no naturales aquéllos cuyos padres no podían haberse casado en la citada época de la concepción ó nacimiento. Es decir, que eran hijos naturales los que si bien habían nacido fuera de matrimonio, quienes -- los habían procreado de haberlo deseado hubieran podido celebrar aquél, en tanto que no existía impedimento legal para -- consumarlo; en cambio los hijos mencionados en segundo término, habían sido traídos a la vida por padres que aunque lo -- desearan, no hubieran podido casarse, por existir impedimento legal, como sería el caso de que alguno de ellos estuviera -- unido en matrimonio ó bien si fueran parientes consanguíneos -- próximos. (1)

Explica Clemente de Diego, que los hijos llamados no naturales y a los que también se daba en general la designación de espurios, eran separados en multitud de subclasificaciones y nombrados con calificativos que de por sí producían estigma: incestuosos, si habían sido procreados por padres consanguíneos cercanos; nefarios si los padres eran -- ascendientes ó bien hermanos; adulterinos en el caso de que -- alguno de ambos progenitores se encontrara unido en matrimonio

(1) Cfr. Clemente de Diego, Felipe. Curso Elemental de Derecho Civil Español. Tomo VI. Librería General de Victoriano -- Suárez. Madrid. 1920. Pág. 358.

con un tercero; sacrilegos, cuando habian sido engendrados ó concebidos por persona que habia formulado voto de castidad ó bien que perteneciera al estado religioso; mánceres, si -- eran habidos de prostituta (término de origen bárbaro, cuyo significado no se ha precisado totalmente. (1).

3) Diferentes especies de hijos que aparecen en el Código Civil del Distrito Federal.

El Código Civil del Distrito Federal no hace una clasificación detallada de los hijos. Es decir, no existe en él un artículo en el cuál se enumeren las diferentes clases de hijos que dicho ordenamiento reconoce. Aún más, podemos decir que la intención del legislador originalmente pudo haber sido la de no efectuar ninguna clasificación de los -- hijos, porque su punto de partida fue precisamente el de considerar a todos los hijos iguales, cualquiera que fuere el -- origen de los mismos. Reconoció el legislador de 1928, con gran tino, que los hijos ninguna influencia tienen en la determinación de su origen, pues ciertamente a nadie se le da a elegir a sus padres; por ello constituye una irritante injusticia, según el lenguaje empleado por el Código, que los hijos sufran las consecuencias de las faltas en que al engendrarlos pudieron haber incurrido sus padres. La Exposición de Motivos clarifica esta forma de pensar del legislador mexicano, cuando afirma que el cuerpo legal en cuestión comenzó por borrar "toda odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio." (2)

(1) Clemente de Diego, Felipe, Op. Cit. Pág. 380 y sfgs.

(2) Código Civil para el Distrito Federal. Exposición de Motivos. Párrafo veintiocho.

Aclarando aún más el pensamiento del legislador civil que creó el Código, García Téllez, Secretario de la Comisión Redactora del mismo, expresa que "...frente a las tradiciones aristocráticas que hacían recaer en los hijos-naturales ó adulterinos faltas que sus padres habían cometido, se establece la protección de las inocentes víctimas y se les ampara contra el olvido de los deberes de sus padres. No es la paternidad una obligación que pueda eludirse voluntariamente, sino por el contrario un lazo sagrado que el legislador debe exigir que se mantenga". (1)

No obstante lo anterior, sí es posible encontrar dentro del articulado del Código diferentes grupos clasificatorios de los hijos. Estos grupos de clasificación no tienen, ni remotamente, el propósito de establecer diferencias menoscabadoras de derechos para los hijos ó bien que constituyan para ellos motivos de infamia. En realidad, como veremos más adelante, la clasificación se hace necesaria para el logro de determinados fines que interesan al Derecho, pero repetimos, sin ánimo de menosprecio. Dentro del Código Civil vigente es posible encontrar las siguientes categorías de hijos:

- 1) Hijos nacidos de matrimonio.
- 2) Hijos nacidos extramatrimonialmente.
- 3) Hijos legítimados.
- 4) Hijos adoptivos.

La afirmación que hicimos anteriormente en el sentido de que prácticamente es inevitable la clasificación de

(1) García Téllez, Ignacio. Motivos, Colaboración y Concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano. Edit. Porrúa, - S.A. México. 1956. Págs. 9 y 10.

los hijos, no incluye a los legitimados, pues dicho grupo-- clasificadorio es absolutamente inútil, ya que como veremos más adelante, el hecho de que un hijo sea legitimado por -- sus padres no le agrega ningún derecho ni le proporciona -- beneficio alguno y si en cambio en cierta forma pudiera con-- siderarse como lesivo a su dignidad.

1) Hijos nacidos de matrimonio.

De acuerdo con lo que establece el Código Civil, - los hijos nacidos de matrimonio son aquéllos que reúnen dos requisitos fundamentales: primero, que quienes los procrea-- ron se encuentren unidos en matrimonio; segundo que hayan - sido concebidos en tiempo hábil. Lo anterior lo encontra-- mos consagrado en el artículo 324 del Código Civil:

"Art. 324.- Se presumen hijos de los cón-- yuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento -- ochenta días siguientes a la disolución del - matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del - contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de di-- vorcio ó nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."

Haciendo una explicación de los requisitos que men-- ciona el Código para que se obtenga la filiación matrimo-- nial (que es precisamente la designación que se utiliza pa-- ra aludir a los hijos nacidos de matrimonio), vemos que el primero de ellos es el matrimonio de los padres. Si preci-- samente estamos hablando de hijos nacidos de matrimonio, pa-- rece del todo lógico que solamente pueden tener este carác-- ter los que han sido concebidos durante el matrimonio. Así pues, sólo podemos referirnos a hijos matrimoniales cuando-- los padres de los mismos se encuentren unidos en matrimonio

lo cual es suficiente aún en el caso de que el matrimonio con posterioridad sea declarado nulo, pues de acuerdo con el artículo 256 del Código Civil, no obstante que los padres procedieran de mala fé, esto es con conocimiento del impedimento que les negaba la celebración del matrimonio, éste "...produce efectos civiles...respecto de los hijos". Ahora bien, también puede ocurrir que el hijo sea alumbrado cuando el matrimonio ya se encuentre disuelto, ya sea por divorcio ó muerte, ó bien cuándo el matrimonio ha sido declarado nulo, pero esto es intrascendente, como veremos más adelante, siempre que el nacimiento sea dentro de los términos señalados al efecto por el Código Civil, pues lo que se toma en consideración básicamente no es el momento del alumbramiento sino el de la concepción.

Veamos ahora la concepción en tiempo hábil. El artículo 324, nos ofrece dos reglas:

1a. Se entienden hijos nacidos de matrimonio los que nacen después de ciento ochenta días contados desde la celebración de éste.

El plazo de ciento ochenta días a que alude el Código equivale a seis meses, que es un término menor al que normalmente y desde el punto de vista biológico, se considera suficiente para que un hijo que ha sido concebido pueda nacer. El dato que nos ofrece la naturaleza es el de que la gestación humana se prolonga por nueve meses, que equivalen a doscientos setenta días. Sin embargo, el Derecho prescindiendo un tanto de la biología ha creado sus propios parámetros, de manera que el término mínimo que considera para la gestación es de ciento ochenta días. Al consagrar el plazo anterior, podemos decir que el Código Civil establece una doble presunción; una primera negativa,

en cuanto que interpretado el precepto contrario sensu, vendría a significar que si el hijo nace antes de que transcurran los seis meses mencionados, no disfruta de la presunción de haber sido procreado por los cónyuges; y otra positiva, que consiste en que precisamente si nace después de ciento ochenta días computados a partir del momento de la celebración del matrimonio, si se considera como habido de aquéllos. Hay que destacar que la circunstancia de que un hijo nazca antes de que transcurran ciento ochenta días de que fue celebrado el matrimonio de su madre con el que pudiera ser su padre, no lo coloca automáticamente como extramatrimonial, sino que en todo caso resulta indispensable el acto de desconocimiento por parte del marido, como resulta de la disposición del artículo 330 del ordenamiento que se viene citando:

"Art. 330.- En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento."

¿Qué ocurre si el marido no procede al desconocimiento del hijo, dentro del plazo legalmente señalado?. En este supuesto, transcurrido el anterior término, ya no podrá hacer ninguna reclamación y el hijo quedará como suyo.

Sólo resta agregar que la presunción legal de paternidad es una presunción casi imbatible, pues aparentemente el propósito del legislador fué asegurar un padre al hijo, y por tanto, las posibilidades de que el presunto-

progenitor desconozca su paternidad, son muy limitadas. El artículo 325 establece que contra la presunción de paternidad no se admite otra prueba que la demostración a cargo del marido, de que ha sido físicamente imposible que tuviera acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al matrimonio. -- Aún más, el 326 añade que el marido no podrá desconocer a los hijos alegando el adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a menos que el nacimiento se le haya ocultado ó bien que demuestre que durante los diez meses anteriores al alumbramiento no tuvo relación sexual con la cónyuge. Puede apreciarse que se trata de -- extremos sumamente difíciles de probar, pues solamente podría tener lugar la demostración, en el caso de que el marido, por ejemplo, hubiere permanecido durante todo el tiempo mencionado en el extranjero, ó bien afectado de una enfermedad de tal manera grave, que de ninguna manera hubiera podido tener contacto sexual con la esposa. Pero salvo esas -- hipótesis, resulta muy difícil la prueba, pues viviendo los cónyuges en una misma población aunque lo hagan separadamente, nada quita en un momento dado bien pudieran haber tenido relación sexual.

2) Hijos nacidos extramatrimonialmente.

A primera vista podría concluirse que los hijos nacidos fuera de matrimonio son, precisamente, los que no nacieron dentro de matrimonio. Es decir, que lógicamente -- puede pensarse que ó bien se nace dentro ó bien fuera de -- matrimonio. Sin embargo no ocurre de esta manera, pues la cuestión no es tan fácil como aparentemente se presenta, -- esto es, que bastaría decir que son hijos nacidos fuera de matrimonio los que no reúnen los requisitos de los nacidos-

dentro de matrimonio. Ello se debe a que la categorización que hemos hecho de los hijos no se agota en dos únicos grupos, sino que además, según hemos dicho, existen también -- hijos legitimados e hijos adoptivos.

Los hijos legitimados y los hijos adoptivos no -- cabrían plenamente dentro del concepto que dimos de los hijos nacidos de matrimonio, pero tampoco pueden ser ubicados entre los hijos nacidos fuera de matrimonio, por que les -- corresponde un lugar aparte y propio, como más adelante haremos patente.

Ahora que los hijos nacidos fuera de matrimonio -- son hijos biológicos, es decir procreados por las personas -- a quienes se atribuyen la paternidad o maternidad, según el caso. Ya hemos visto como en tiempo pasado, el trato que -- el Derecho dió a esta clase de hijos fué verdaderamente inapropiado y criticable, pero también hemos advertido como ha repuntado la tendencia, de manera que hoy día se considera -- en la mayoría de las legislaciones, a los hijos matrimoniales y a los extramatrimoniales en un mismo plano. Ya ha -- expresado Arias que "la ley no puede ignorar que la procreación no se realiza siempre dentro del matrimonio." (1) Ha variado el criterio que sostenía Napoleón, según el cuál -- cuando los padres habfan procreado al hijo a espaldas del -- Derecho, puesto que habfan ignorado la ley, ésta última debía desentenderse de aquél. (2)

(1) Arias, Jose. Derecho Civil Argentino. Editorial Guillermo Kraf limitada, Buenos Aires. 1952. Pág. 404.

(2) Cfr. Flores Barroeta, Benjamín. Lecciones de primer curso de Derecho Civil. Univ. Iberoamericana. México. 1965. Pág. 414.

Cuando se habla de los hijos extramatrimoniales, el problema fundamental es el establecimiento de la relación paterno filial ó materno filial, en su caso. Con lo anterior queremos decir, que para que un hijo reciba el tratamiento de tal, es preciso que desde el punto de vista jurídico esté perfectamente comprobado el lazo de filiación, porque mientras no suceda así, aún cuando procreado biológicamente el hijo resulta totalmente extraño al progenitor.

En cuanto al establecimiento de la relación paterno filial (que ya hemos dicho incluye la materno filial), el sistema establecido por la ley difiere según se trate -- del padre ó de la madre, por razones obvias. En efecto, la naturaleza proporciona el dato concerniente a que la maternidad es un hecho ostensible, cuya demostración puede hacerse sensorialmente; para conocer quien es la madre de un determinado hijo, contamos con la evidencia de la gestación -- primero y después del alumbramiento. De esta manera no cabe tener duda de quien fué la mujer que procreó a un cierto hijo. En cambio, tratándose del padre no existe un fenómeno paralelo, que nos muestre con la misma claridad quien es el engendrador del producto; en realidad, puesto que el -- hombre ni gesta ni alumbra, sólo de ciertos elementos podemos inferir su paternidad; pero desde luego siempre existirá la duda que resulta de la circunstancia de que dicha calidad no puede ser probada directamente. Incluso, el exámen sanguíneo de tan difundido prestigio, no es suficiente para demostrar que un cierto hijo lo es de un cierto padre. Cuando más, puede ser útil para demostrar la no paternidad, pero no para hacer una justificación positiva de ella. La -- razón radica en que como cada tipo sanguíneo es compartido por una pluralidad de individuos, tanto del sexo masculino como femenino, de demostrarse la compatibilidad entre el ti

po de sangre corresponde al del supuesto progenitor, pero no precisamente que éste último lo sea de manera necesaria; si cada individuo poseyera un tipo de sangre absolutamente --- exclusivo, la demostración si sería factible.

De todo lo anterior, la justificación de que el - Derecho dé un trato diferente, según se trate de demostrar la paternidad o la maternidad. Hablemos primero del establecimiento de la filiación con relación a la madre.

a) Establecimiento de la filiación con respecto a la madre.

La relación materno filial puede resultar de la - satisfacción de cualquiera de estos dos supuestos:

- a) Reconocimiento voluntario de la presunta madre.
- b) Reconocimiento impuesto por una sentencia en un juicio - de investigación de la maternidad.

a) Reconocimiento voluntario de la presunta madre. El reconocimiento voluntario que puede llevar a cabo la madre de su hijo extramatrimonial, se rige por disposiciones análogas a los que menciona el Código tratándose del varón. El reconocimiento puede hacerse en cualquiera de las formas que res- trictivamente señala el artículo 369 del Código Civil, que - expresa:

"Art. 369.- El reconocimiento de un hijo - nacido fuera de matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

I. En la partida de nacimiento, ante el -- Juez del Registro Civil;

II. Por acta especial ante el mismo juez;

- III. Por escritura pública.
- IV. Por testamento;
- V. Por confesión judicial directa y expresa."

Por ahora solamente transcribimos el artículo, -- pues al ocuparnos del establecimiento de la relación paterno filial, haremos un desglosamiento del mismo.

Es interesante recordar, que la mujer casada por regla general no puede tener hijos extramatrimoniales. Por que de acuerdo con las presunciones que hemos señalado anteriormente y que aparecen en los artículos 324 y 325, todos los hijos habidos por una mujer casada se imputan al marido. Lo anterior obedece a que el matrimonio engendra diversas consecuencias, entre las que figuran el deber de relación sexual y el de fidelidad. Consecuentemente, si una -- mujer ha cumplido con estas obligaciones (y no tenemos por qué presumir a priori que no las ha satisfecho), se deduce de ello que si ha tenido relación sexual con su cónyuge y -- además que ésta relación ha sido exclusiva, si en un momento dado resulta embarazada, quien ha engendrado el hijo por ella concebido es precisamente del marido.

Sólo por excepción podría ocurrir que una mujer -- casada tuviera un hijo extramatrimonial, lo que tendría lugar en el caso en que el marido hiciera uso de su derecho -- de desconocimiento y, además, obtuviera sentencia favorable en el juicio promovido con objeto de desconocer al hijo habido por su mujer. Una vez que la sentencia se dictara y -- estableciera como verdad legal que el hijo no lo es del marido, podría decirse que ese hijo es extramatrimonial.

b) Reconocimiento impuesto por una sentencia en un juicio de investigación de la maternidad.

Realmente el caso de establecimiento de la maternidad mediante un juicio de investigación de la misma, es -- extraordinario, pues generalmente se conoce con certidumbre quien es la madre de un determinado hijo, debido como ya hemos dicho, a que la gestación y el alumbramiento ofrecen una prueba objetiva de ello. Sin embargo puede ocurrir que se trate de un expósito, esto es de un pequeño infante abandonado a su suerte (digamos un niño de un mes de nacido, que es dejado en el quicio de una puerta), en este caso si podría - procederse al juicio indagatorio de que se trata.

A diferencia de lo que encontramos tratándose del varón, la permisión para la investigación de la maternidad - es amplia, pues como dice Rojina Villegas "...la investigación de la maternidad es absolutamente libre, en principio - se puede acreditar por todos los medios ordinarios de prueba. (1)

Al respecto, el artículo 385 expresamente dispone:

"Art. 385.- Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cuál puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitida cuando - tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada."

Es de notarse que la parte final del precepto se

(1) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 424.

ñala que en tratándose de una mujer casada, está vedado pro-
ceder a la investigación de la maternidad. Elio tiene des-
de el punto de vista moral, el propósito de evitar desave-
nencias conyugales, en tanto que resultaría sumamente grave
para una mujer casada que se le atribuyera la maternidad de
un cierto hijo que no es del marido. Pero independientemente
de este aspecto ético, encontramos una razón jurídica --
bien definida consistente en que, de acuerdo al Código Ci-
vil, los hijos habidos de una mujer casada siempre lo son -
del marido. Ya hemos visto las presunciones establecidas -
al respecto por el artículo 324 del ordenamiento civil cita-
do y, asimismo, las dificultades tan notables que existen -
para que el marido pueda desconocer como hijo suyo a aquél-
que fue parido por su esposa. Sin embargo el Código Civil-
no puede ignorar la circunstancia de que eventualmente una-
mujer sí tenga un hijo extramatrimonial, es decir que la mu-
jer tenga relación sexual con un individuo diferente de su-
cónyuge, caso en el cual pues debería poder hacerse la in-
vestigación de la maternidad. A este respecto el artículo-
386 aclara:

"Art. 386.- No obstante lo dispuesto en -
la parte final del artículo anterior, el hijo
podrá investigar la maternidad si ésta se de-
duce de una sentencia civil o criminal."

Podría en efecto tratarse de una sentencia civil
que determinara precisamente que el marido no es el padre -
del hijo que una mujer ha alumbrado. Supongamos que el con-
sorte ha seguido un juicio de desconocimiento de la paterni-
dad y de esta manera, al obtener sentencia favorable, pues-
ya no tiene el carácter de padre del repetido hijo. Este -
hijo, en consecuencia, sería extramatrimonial. Si la mujer,

por su parte, no lo reconoce voluntariamente, un juicio de investigación de la maternidad podría establecer el lazo parental de que se trata.

Otro caso distinto sería el de una mujer casada, cuyo marido se encuentra fuera del país y ella sufre una violación. De recaer una sentencia en el juicio penal relativo, imponiendo una sanción al violador, si la mujer no hace reconocimiento del hijo que ha habido y que desde luego no es de su cónyuge, un juicio de investigación de la maternidad serviría para comprobar que efectivamente se trata del hijo que la mujer violada ha dado a luz.

¿Qué tendría que probar el reclamante de la maternidad?. Debería comprobar tanto el parto como la identidad del producto.

Como el artículo 360 establece que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento, el demandante debería probar el nacimiento, o sea el parto, y de esta manera el hecho de que la mujer ha sido madre. Por otro lado, es evidente que no basta probar el hecho de que una mujer ha dado a luz para atribuirle como hijo a determinado infante, es necesario además comprobar que el niño que parió fue precisamente el que ahora trata de establecer su relación parental.

Finalmente, hay que añadir que la reclamación de maternidad debe hacerse básicamente en vida de la madre, pues ciertamente ella es la que mejor conoce si ha procreado ó no al hijo. Al efecto, el artículo 388 expresa:

Art. 338.- Las acciones de investigación de paternidad ó maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad."

De lo anterior resulta que el derecho de hacer la reclamación de maternidad está sujeto a caducidad. Debe hacerse mientras la madre vive, pero no puede hacerse cuando ya ha fallecido, a menos que se intente hasta antes de que el hijo cumpla los veintidós años, esto es cuatro años más después de haber alcanzado la mayoría, que es precisamente a los dieciocho.

B) Hijos nacidos fuera de matrimonio.

b) Establecimiento de la filiación con respecto al padre.

El artículo 360 del Código Civil establece lo siguiente:

"Art. 360.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad."

De este precepto colegimos que en tratándose del padre, la relación paterno filial sólo puede establecerse de dos maneras:

1ª Mediante reconocimiento voluntario efectuado por el padre.

2ª Mediante reconocimiento impuesto por una sentencia pronunciada en un juicio de investigación de la paternidad.

Examinaremos estas dos hipótesis separadamente.

1ª Reconocimiento voluntario efectuado por el padre.

Jean Carbonnier define el reconocimiento como "una declaración de voluntad por la que el padre ó la madre bien-conjunta o separadamente-afirman ser suyo un hijo natural a virtud de una voluntad exteriorizada en acta de nacimiento, testamento y otro documento público." (1)

Esta definición para ser coherente con nuestro Derecho, debe ser adecuada al mismo, de modo que inspirándonos en ella, podemos decir que "el reconocimiento es una declaración de voluntad por la que el padre ó la madre-conjunta ó separadamente-afirman ser suyo un hijo extramatrimonial, a virtud de una manifestación exteriorizada en alguna de las formas que establece la ley." (2)

Advertimos que el reconocimiento se plasma a través de una declaración de voluntad. Aquí se presenta el problema de determinar cuál es la capacidad jurídica para hacer dicha declaración, cuestión que aparece resuelta en el artículo 361:

(1) Carbonnier, Jean. Derecho Civil. Tomo I. Vol. II. Bosch-Casa Editorial-Barcelona. 1961. Pág. 300.

(2) Barroso, José. Apuntes de clases. 20 de julio de 1970.

"Art. 361.- Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido."

De lo anterior deducimos que la edad mínima para poder proceder al reconocimiento resulta de la suma de la edad exigida para contraer matrimonio, que como sabemos es de catorce años para la mujer y de dieciséis para el hombre, más la que tenga el hijo. Así, por ejemplo, si algún varón pretende reconocer como hijo suyo a un menor que tenga ocho años, cuando menos debe haber llegado a los veinticuatro, edad que resulta de la adición entre los sumandos dieciséis, que es la edad mínima matrimonial y los ocho años cumplidos que tiene el infante de cuyo reconocimiento se trate.

¿Pueden los incapaces reconocer a sus hijos? Esto es, cómo podría un menor de edad ó bien un enajenado mental, reconocer al hijo que haya habido extramatrimonialmente.

En cuanto al caso del menor, la solución parece de fácil alcance, pues la ley la prevé expresamente. El artículo 362 dispone:

"Art. 362.- El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o, a falta de ésta, sin la autorización judicial."

Interpretado contrario sensu el precepto anterior, resulta que el menor de edad si puede reconocer al hijo extramatrimonial, sólo que para proceder a ello requiere de la asistencia de los que ejerzan sobre el la patria potes-

tad; y, en caso de no estar sujeto a patria potestad, de quienes lo tengan bajo su tutela. Lo anterior se debe a que el menor de edad, por su falta de experiencia, podría ser fácilmente sorprendido, induciéndosele a que reconociera como suyo un hijo que no lo es en realidad; de aquí que para que el reconocimiento sea válido, sea preciso que --- cuente con el consejo de personas que poseen mayor experiencia, como pueden ser los ascendientes ó, en su caso, el tutor. Incluso, el legislador no puede desconocer que aún contando el menor con este asesoramiento, es susceptible de incurrir en error, debido a lo cual el artículo 363 dispone:

"Art. 363.- El reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayor edad."

De manera de que si el menor ha sido sorprendido y a consecuencia de ello reconoció a un hijo, pero después reflexionando llega a la conclusión de que ese hijo no puede ser suyo, está en su potestad reclamar la nulidad del reconocimiento, probando el error en que incurrió ó el engaño de que fué víctima; la oportunidad para proceder a ello se extiende hasta que cumpla los veintidós años.

Indudablemente mayor dificultad entraña el caso -- del mayor de edad privado de lucidez. Podemos decir que, en principio, quienes están aquejados de enajenación mental no pueden reconocer a sus hijos extramatrimoniales. No --- obstante lo anterior, podría ocurrir que el reconocimiento se hiciera en un testamento y como del artículo 1307 considera válida la disposición testamentaria de un enajenado -

mental si la efectúa en un intervalo de lucidez y se observan las formalidades que establecen los artículos 1308 al 1312 del Código Civil; reiteramos, si el reconocimiento se hiciera en el curso del otorgamiento de la declaración de última voluntad, siendo ésta válida dicho reconocimiento también lo sería.

¿De que manera puede hacerse el reconocimiento?

A nuestro entender el reconocimiento es un acto solemne, lo que equivale a decir que debe efectuarse en alguna de las formas que limitativamente establece la ley, porque de no procederse así no surtirá efecto legal alguno. Entendemos que la enumeración de las distintas formas como puede procederse al reconocimiento que contiene el artículo 369 del Código Civil, tiene carácter limitativo, de modo que si se pretendiera tener por acreditado el reconocimiento de manera diferente a como postula éste -- (por ejemplo a través de carta, algún comunicado secreto, declaración formulada ante testigos, etc), no podría conseguirse legalmente tal finalidad. El artículo 369 sustantivo dispone:

"Art. 369.- El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;

II. Por acta especial ante el mismo juez;

III. Por escritura pública.

IV. Por testamento;

V. Por confesión judicial directa y expresa."

Insistimos en que, para nosotros, el reconocimien

to que se efectúe de un hijo cuenta entre los escasos actos de carácter solemne que establece el Código Civil para el Distrito Federal.

2ª Reconocimiento impuesto por sentencia recaída en un juicio de investigación de la paternidad.

Anteriormente nos referimos al caso en que el padre de manera espontánea reconoce a su hijo, es decir, que por su voluntad procede a tal, sin que le sea impuesto dicho reconocimiento. Pero en muchas ocasiones el padre niega el reconocimiento al hijo, caso en el cual es preciso seguir todo un proceso que toma el nombre de juicio investigador de la paternidad, y en el supuesto caso de recaer sentencia favorable a la reclamación, se establecerá que determinado padre lo es de un cierto hijo.

Existe una larga polémica en torno a si debe permitirse ó no la investigación de la paternidad. A este respecto encontramos posiciones doctrinales y legislativas opuestas.

Desde el punto de vista de la doctrina se han externado numerosos argumentos en contra de la libre investigación de la paternidad y dichos argumentos han sido contestados con otros en los cuales se sostiene precisamente que debe permitirse aquélla.

Doctrinalmente, se ha argumentado en contra de la libre investigación de la paternidad, aduciéndose, en síntesis, que no existe un método científico que pueda permitir el establecer con toda certidumbre que un determinado hijo lo es de cierto padre; además, que a diferencia de la

maternidad, la paternidad no puede ser objeto de prueba -- directa, puesto que faltan hechos paralelos a la gestación y al alumbramiento, que sirvieran para demostrar quién es el engendrador; por último, se alega que la investigación de la paternidad puede dar lugar a extorsiones y chantajes, puesto que mujeres poco escrupulosas podrían por este medio atribuir los hijos que hubieran concebido de quién sabe quién, a hombres dotados de medios económicos y obtener con ello ganancias ilícitas. Contra los argumentos -- anteriores se ha esgrimido, en primer lugar, que todo hijo tiene derecho a conocer quien es su padre; ya el Código -- Civil de 1928 en su exposición de motivos dice lo siguiente:

"Se ampliaron los casos de investigación de la paternidad, por que los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, y de pedir que los autores de su existencia les -- proporcionen los medios de vivir." (1)

Según los Hermanos Mazeaud la permisión de que se -- investigue la paternidad protege a la familia constituida -- mediante el matrimonio, pues según dicen "el interés de la familia, exige, por otra parte, que el hombre tenga las mismas obligaciones para con sus hijos, sean estos naturales ó legítimos; si no, se le incitará a evitar las pesadas cargas del matrimonio". (2)

(1) Cfr. García Tellez, Ignacio. *Motivos, Colaboración y -- Concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano*, Edt. --- Porrúa. México. 1965. Pág. 47.

(2) Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Edic. Jurídicas Europa-América. Primera Parte, Tomo IV. Buenos Aires. 1954. Pág. 520.

Y, por último, se arguye que hay un interés social en que pueda conseguirse el reconocimiento de los hijos -- extramatrimoniales, pues de esta manera se evitará que tales infantes constituyan una carga social, en tanto que -- quien los haya reconocido se hará cargo de su manutención y educación.

De los diversos argumentos que hemos mencionado, - es posible obtener como conclusión que, con todos los inconvenientes que evidentemente presente la investigación de la paternidad, sin embargo debe ser autorizada, pues las ventajas que ofrece superan al peso de los inconvenientes. ¿Cómo se han reflejado en las legislaciones las dos principales tendencias que existen sobre la materia, es decir, la - que sostiene que debe vedarse la investigación de la paternidad y la que admite libremente dicha investigación? Al - respecto Luis Fernández Clérigo, refiriéndose a las diversas legislaciones, dice que "... podemos dividir las en dos grandes grupos: uno en el que se comprenden todas aquéllas que solo admiten la investigación ó declaración judicial de la paternidad cuando concurren ciertas circunstancias de -- hecho o ciertas pruebas preconstituídas que permiten presumir su existencia y, otro, de las que admiten que en todo - caso se puede proceder a la investigación de la paternidad y que en el proceso se empleen toda clase de pruebas, que - conduzcan a descubrir la verdad investigada". (1)

Entre las legislaciones que permiten libremente la investigación de la paternidad son de mencionarse las siguientes: Códigos Fránces (Art. 340), Español (Art. 135), -

(1) Fernández Clérigo, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Unión Tipográfica. Edit. Hispano-Americana. México. 1947. Pág. 238.

Italiano (Art. 267), Portugués (Modificado por decreto de Ley de 25 de diciembre de 1910, Art. 312), Brasileño (Art. 363), Peruano (Art. 365), Panameño (Art. 220 a 222), Uruguayo (Art. 242).

En cuanto a las legislaciones que permiten libremente la investigación de la paternidad son de mencionarse las siguientes: Códigos Alemán (Art. 1717), Suizo (Art. 314), Venezolano (Arts. 218 y 219).

Además, cabría agregar que existe una sola legislación, al menos entre las que nosotros conocemos, la Inglesa, que prohíbe tajantemente la investigación de la paternidad.

¿Qué posición entre todas las mencionadas corresponde a nuestro Código Civil?. Según la mayoría de los autores nacionales, nuestro Código Civil debiera estar ubicado en el primero de los grupos mencionados, es decir entre aquéllas legislaciones que solamente permiten la investigación de la paternidad en determinados casos. Al respecto Rojina Villegas dice "que la paternidad si puede investigarse en los casos en que hay elementos para poder sospechar que un determinado hombre es el padre". (1). Y agrega refiriéndose a las cuatro fracciones del artículo 382, que en ella se contienen los seis casos en los cuales puede procederse a hacer la indagación relativa.

Dentro de la misma línea de pensamiento debemos --

(1) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Vol. II. Antigua Librería Robledo. México. 1962. Pág. 412.

citar a Benjamín Flores Barroeta, quien también se suma a la idea de que la investigación de la paternidad se permite en México, aunque no es libre. (1)

Por último, habría que citar el criterio sostenido por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, mismo -- que se orienta de manera análoga a como lo hacen los tratadistas citados, es decir, en el sentido de que si bien se permite la indagación de la paternidad en México, sólo puede procederse a ella en los casos limitativamente señalados.

La ejecutoria relativa dice:

"FILIACION NATURAL. SISTEMA MEXICANO EN EL DERECHO COMPARADO (INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD).

El Derecho Mexicano en cuanto al sistema de filiación natural se refiere, sigue la tradición francesa, que, como se sabe, es diferente del sistema Alemán y del Inglés, dado que en este último la filiación natural se establece exclusivamente por el reconocimiento voluntario y nunca por sentencia que declara la paternidad mediante el ejercicio de la acción de investigación; el sistema Alemán es un sistema abierto de libre investigación, en que se permiten todas las vías legales para el ejercicio de esa acción, sin limitación alguna; y el francés, a que autoriza la investigación lo hace solamente en ciertas hipótesis, limitativamente determinadas, y algunas veces restringiéndolos medios de prueba, y que es precisamente el nuestro. De ahí que el artículo 1717 del Código Alemán textualmente disponga que "como padre del hijo ilegítimo, en el sentido de los párrafos 1708 a 1716 nadie quien haya cohabitado con ella dentro de ese tiempo. No se toman sin embargo en consideración -- sigue diciendo el artículo una cohabitación si, -- según las circunstancias, es notoriamente imposi--

(1) Flores Barroeta, Benjamín. Op. Cit. Pág. 419.

ble que la madre haya concebido al hijo a consecuencia de esa cohabitación. Como tiempo de la concepción vale el tiempo comprendido agrega el precepto desde el día ciento ochenta y uno al trescientos dos antes del día del nacimiento del hijo, con inclusión tanto del día ciento ochenta y uno como del trescientos dos"; por eso el Código Civil Suizo, que pertenece al mismo grupo germánico, en su artículo 314 establece que 'la paternidad se presume siempre que se pruebe que -- entre los trescientos y los ciento ochenta días -- antes del nacimiento, el demandado haya cohabitado con la madre del niño'; y que 'esta presunción cese si los hechos establecidos permiten -- suscitar serias dudas sobre la paternidad del demandado'. En cambio, entre nosotros, que según se ha dicho seguimos el sistema francés, la investigación de la paternidad no es abierta ó libre, sino limitada a los cuatro casos a que se refiere el artículo 382 del Código Civil, ó sea que solo esta permitida: primero en los casos de raptó, estupro ó violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; segundo, cuando el hijo se encuentre en posición de estado de hijo del presunto padre; tercero, cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo ó durante la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente, y cuarto; cuando el hijo tenga a su favor el principio de prueba contra el pretendido padre. Sin embargo, si es evidente que en la redacción de este precepto el 382-nuestro Código se ajustó al sistema francés de investigación limitada, también lo es que en la del 383 siguió el sistema alemán -artículo 1717 del DGB como lo dice García Téllez en sus Motivos y Concordancias, en cuanto que estatuyó los casos en los que se establece presuntivamente la filiación natural y no ya aquéllos en que se permite investigarla, equiparando así la situación de los hijos que se presumen hijos del concubinario y de la concubina -- el citado artículo 383 con la de los hijos de los cónyuges-artículo 324."

Sexta Epoca Cuarta Parte: Vol. VII, Pág. 225 --
A.D. 2848/56; Ignacio Flores Alvarez.
Mayoría de tres votos.

No obstante existir, al parecer, un criterio unánime de la doctrina nacional respecto a que el sistema mexicano pertenece a la corriente francesa, es decir, que solamente se permite la investigación de la paternidad en casos determinados, lo cierto es que nuestro Derecho termina afiliándose a la corriente que permite la libre investigación. Este punto de vista lo sostenemos con base en lo que dispone el artículo 382 del Código Civil. Si bien la disposición mencionada dice en su epígrafe que "La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio esta permitida", haciendo pensar de esta manera que únicamente se autoriza dicha indagación en casos determinados, después de fijar en sus tres primeras fracciones hipótesis muy concretas, en la cuarta añade que -- tal investigación se autoriza, "cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre", Adviértase bien: ni siquiera es necesario que el hijo tenga una prueba contra el padre, pues basta que tenga, apenas, un principio de prueba al respecto. Si vemos lo que establece el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles en cuanto a los medios de prueba reconocidos por la ley, llegaremos a la conclusión de que la oportunidad del hijo de iniciar la investigación para establecer quien lo engendró se amplia de manera extraordinaria.

El artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles dice así:

"Art. 289.- La ley reconoce como medios de prueba:

- I. Confesión;
- II. Documentos Públicos;
- III. Documentos Privados;
- IV. Dictámenes periciales;

V. Reconocimiento de inspección judicial;
 VI. Testigos;
 VIII. Fotografías, copias fotostáticas, -
 registros dactiloscópicos y, en general, to-
 dos aquellos elementos aportados por los des-
 cubrimientos de la ciencia;
 VIII. Fama Pública;
 IX. Presunciones;
 X. Y demás medios que produzcan convicción
 en el juzgador."

Ya se comentó que no se exige al hijo tener una prue-
 ba contra el presunto padre, sino apenas un principio de ---
 prueba. Pues bien, notamos que existen numerosos medios de
 prueba, incluidas las presunciones y, en general, todo aqué-
 llo que sea capaz de producir convicción en el juzgador. En-
 tanto que se abre tan ampliamente la posibilidad de indaga-
 ción, es obvio asumir que la permisión para la investigación
 de la paternidad es prácticamente ilimitada.

C) Hijos adoptivos.

La adopción dentro del Derecho Mexicano es una ins-
 titución que tiene antecedentes importantes. Aparece por -
 primera vez en el Código Civil para el Estado de Oaxaca de
 1828, que hemos mencionado con anterioridad. Dentro de es-
 te ordenamiento, concretamente del Título VIII del Libro --
 Primero, que comprende los artículos 199 al 219, se regula-
 la institución que nos ocupa. Los Códigos anteriores al -
 vigente, ó sea los Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el -
 Distrito Federal, no se ocupan de la institución jurídica -
 denominada adopción; en cambio, la Ley Sobre Relaciones Fa-
 miliares, en su Capítulo Décimo Tercero intitula "De la ---
 Adopción", que comprende los artículos del 220 al 236, le-
 gisla respecto de la figura jurídica a que nos estamos re-
 firiendo; concretamente el artículo 220 de la Ley define a-

la adopción en los siguientes términos:

"Art. 220. - Adopción es el acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta un menor como hijo, adquiriendo respecto de el - todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un - hijo natural."

Cabe aclarar que la regulación efectuada por la Ley Sobre Relaciones Familiares en cuanto a la adopción, guarda gran simetría con la que hace el Código Civil de 1928, sobre todo respecto de la redacción original, porque los textos que aparecieron a la promulgación del citado Código, -- han sido objeto de importantes reformas, que, empero, no -- pueden considerarse como substanciales.

Del Código Civil vigente puede decirse que es un -- continuador de la proyección iniciada por la Ley Sobre Relaciones Familiares y al decir de García Tellez se inspira en la ley francesa de 19 de junio de 1923, y en el Código Civil Suizo, (1)

Encontramos dentro del Código Civil, el Capítulo V del Título Séptimo, del Libro Primero, al que se intitula -- "De la Adopción". Cabe aclarar que la adopción regulada -- por el Código corresponde a la que suele designarse dentro de la doctrina como adopción simple; es decir, aquel tipo -- de adopción que exclusivamente genera relaciones de parentesco entre adoptante y adoptado, pero cuyo parentesco no-

(1) García Tellez, Ignacio, Op. Cit. Pág. 88 y 130.

se extiende ni a los familiares del adoptante (como sucede en el caso de la adopción plena, denominada también legitimación adoptiva, que regulan algunas legislaciones extranjeras como la francesa y la española) ni a los del adoptado.

A continuación efectuaremos un desglose del articulo del Código de la siguiente manera:

1. Personas que pueden adoptar.

De acuerdo con lo que establece el artículo 390, -- puede adoptar cualquier persona libre de matrimonio y mayor de 25 años, con tal de que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos y que lleve diecisiete años de edad al adoptado. El texto completo del precepto que se menciona es el siguiente:

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

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

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

III. Que el adoptante es persona de buenas costumbres.

Quando por circunstancias especiales lo - aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e in- capacitados simultáneamente."

Puede apreciarse que el requisito inicial que señala el artículo 390, es que el mayor de veinticinco años este "libre de matrimonio", lo cual podría hacer suponer que solamente las personas solteras pueden adoptar ó, al menos, que la regla general es de quien adopte no esté unido matrimonialmente. No es así. En la práctica la gran mayoría de las adopciones se practican por personas unidas en matrimonio. Lo que acontece es que como el adoptado debe de ir a vivir al lado del adoptante, no podría tener éste acceso al hogar si no fuera con la anuencia del cónyuge de aquél. Por tal razón, es preciso que quien adopte ó bien esté libre de matrimonio ó si lo está, no sea él exclusivamente quien -- efectúe la adopción, sino que también su consorte lo haga. Al respecto el artículo 392 dice:

"Art. 392.- Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso previsto en el artículo anterior."

El artículo anterior mencionado, por su parte señala:

"Art. 391.- El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en -- considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad -- entre cualesquiera de los adoptantes y el --- adoptado sea de diecisiete años cuando menos."

Además de los requisitos mencionados y que aparecen consignados, como hemos visto, en el artículo 390 sustantivo, el 923 del Código de Procedimientos Civiles añade otro. Efectivamente, el párrafo segundo del numeral mencionado se-

ñala que quien pretenda adoptar debe adjuntar a la solicitud que formule ante el juez competente, un certificado de buena salud; de lo anterior se colige que el futuro adoptante tiene que disfrutar de buena salud, o más bien que no padezca alguna enfermedad que sea contagiosa, pues si la sufriera, la adopción en lugar de ser benéfica para el adoptado le resultaría perjudicial, pues lo expondría a contraer un mal más o menos grave.

2. Personas que pueden ser adoptadas.

La respuesta a qué personas pueden ser adoptadas - la encontramos en la parte final del artículo 390 ya transcrito, conforme al cual pueden serlo uno ó más menores o un incapacitado. Es decir, que son sujetos pasivos de la adopción tanto los menores como los incapacitados.

Respecto a los menores, el artículo citado con toda claridad expresa que pueden ser objeto de la adopción -- dos ó más de ellos; pero tratándose de los incapacitados, - de manera también explícita señala el artículo "o un incapacitado" ¿Por qué, en principio, sólo UN incapacitado?

Por que si bien resulta relativamente fácil hacerse cargo de varios menores, es en cambio dificultoso atender a una persona que ha perdido su capacidad jurídica, esto es, a alguien que, generalmente, sufre un estado demencial. Empero, el propio legislador palia la drasticidad -- del precepto, cuando en el párrafo final de la disposición mencionada establece que si las circunstancias lo aconsejan, "el juez puede autorizar la adopción de dos ó más incapacitados ó de mejores incapacitados simultáneamente". Por ejemplo, no debiera haber inconveniente para que un médico-

alienista adoptara a dos mayores privados de inteligencia -- por sufrir locura,

3. Personas que deben consentir en la adopción.

De manera concreta el artículo 397 expresa qué personas deben consentir para que la adopción pueda consumarse:

"Art. 397.- Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir con ella, en sus respectivos casos:

I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;

II. El tutor del que se va a adoptar;

III. La persona que haya acogido durante seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como a hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor;

IV. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hijo.

Si el menor que se va a adoptar tiene más de catorce años, también se necesita su consentimiento para la adopción."

Apreciamos que el Código señala un orden prelativo en cuanto a las personas legalmente autorizadas para consentir en que se lleve a cabo la adopción. Es de llamar la atención que tratándose de menores también ellos deban consentir, cuando sean mayores de catorce años; resulta importante que así ocurra, pues el adoptado se va a convertir en hijo adoptivo del adoptante y si ya tiene uso de razón, es obvio que deba tenerse en cuenta su parecer para la creación de un vínculo de parentesco de tanta trascendencia.

4. Efectos de la adopción.

Veamos ahora cuáles son los efectos que genera la adopción.

El primero y seguramente más importante de todos -- ellos, es la creación de un vínculo de parentesco entre el adoptante y el adoptado, mismo que se agota exclusivamente en ellos. Al respecto, el Código Civil en su artículo 292 -- expresa que la ley no reconoce más parentescos que los de -- consanguinidad, afinidad y el civil, agregando en el 295:

"Art. 295.- El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el -- adoptante y el adoptado."

Como resultado de la creación del anterior parentesco, surgen una pluralidad de derechos recíprocos entre adoptante y adoptado, que guardan gran semejanza con los que se dan entre un padre y su hijo nacido matrimonialmente. A tal cuestión se refieren de manera concreta los artículos 395 y-396:

"Art. 395.- El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos."

"Art. 396.- El adoptado tendrá para con -- la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un --- hijo."

Consecuentemente con esta creación de derechos, hay

transmisión de patria potestad de quien la ejercía originalmente al adoptante, que así se convierte en titular de la que corresponde sobre el menor adoptado. El artículo 403 se refiere a la cuestión anterior en los siguientes términos:

"Art. 403.- Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges."

Otros efectos de menor cuantía, son los siguientes:

De acuerdo al párrafo segundo del artículo 395, el adoptante podrá darle nombre y apellido al adoptado:

"Art. 395.-

El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción."

Además, la adopción hará nacer el impedimento matrimonial a que se refiere el artículo 157 del Código Civil, es decir entre el adoptante y los descendientes del adoptado.

"Art. 157.- El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción."

La adopción es susceptible de revocación, pero no abundaremos al respecto por que ello es exorbitante de las finalidades de este trabajo recepcional.

D) Hijos legitimados.

Concepto de legitimación.- El autor mexicano Rafael Rojina Villegas define a la legitimación como "situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad." (1) La anterior definición de legitimación es conforme con lo que al efecto dispone el Derecho Mexicano.

Para mejor ilustración de esta parte expositiva de nuestra tesis, nos permitimos transcribir algunas importantes definiciones que se han dado también en torno a la legitimación por autores extranjeros:

Henri, Léon y Jean Mazeaud: "La legitimación de un hijo natural es la transformación del estado civil de ese hijo que se convierte en hijo legítimo de las personas de las que anteriormente era hijo natural." (2)

Louis Josserand: "La legitimación es un beneficio por el cual el hijo conseguido fuera de matrimonio se iguala, para el porvenir a un hijo legítimo." (3)

(1) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 387.

(2) Mazeaud, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Primera Parte. Tomo-IV. Buenos Aires. 1964. Pág. 308.

(3) Josserand, Louis. Derecho Civil. Tomo I. Vol. II. Ediciones Jurídicas Europa-Americana. Bosch y Cia. Editores. - Buenos Aires. 1950. Pág. 403.

José Arias: "Es un beneficio de la ley que tiende a mejorar-legitimar-la condición de los hijos nacidos del concubinato, anterior al matrimonio, de sus padres." (1)

Los códigos civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884 y, asimismo, la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, admiten como único medio para obtener la legitimación de los hijos el subsecuente matrimonio de sus padres. Sin embargo, los matices que recibe la institución en cada una de éstas legislaciones no son exactamente los mismos. Dentro de los códigos de 1870 y 1884 no se puede legitimar a toda clase de hijos, sino exclusivamente a aquéllos que tienen el carácter de naturales, debiendo entenderse por tales, según dispone el artículo 355 del primero de los ordenamientos citados, a "...los concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa". En cambio la Ley Sobre Relaciones Familiares, con un criterio más evolucionado, dispone en su artículo 176 que "pueden ser legitimados todos los hijos habidos fuera de matrimonio". Puede verse que el último de los ordenamientos citados borra la diferencia afrentosa que consagraba la legislación familiar anterior entre hijos naturales y no naturales.

El Código vigente, ó sea el de 1928, hace una regulación de la legitimación semejante a la que efectuó la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. La exclusiva causa generadora de la legitimación conforme al artículo 354, es el matrimonio subsecuente de sus padres.

"Art. 354.- El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración."

La legitimación no puede ser efectuada sino por los padres; pero no es que los mismos procedan a un acto de legitimación, pues esto no lo hay; la legitimación se produce automáticamente como consecuencia de que contraigan matrimonio y reconozcan a sus hijos.

¿Qué hijos pueden ser legitimados?

Podemos decir que toda clase de hijos. Desde luego los hijos vivos pueden ser legitimados, pero no sólo ellos sino también aquéllos que hubieren fallecido y aún los no nacidos pueden serlo:

"Art. 358.- Pueden gozar también de ese derecho que les concede el artículo 354 los hijos que han fallecido al celebrarse el matrimonio de sus padres, si dejaron descendientes."

"Art. 359.- Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre - al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla estuviere encinta."

Concluamos nuestro estudio analizando los efectos que la legitimación produce. Según podemos ver del artículo 354 ya transcrito, el efecto principalísimo por no decir que único de la legitimación, es que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración. Este efecto empero, es totalmente intrascendente, pues los hijos, ya nazcan dentro ó fuera de matrimonio, por el sólo hecho de acreditar su filiación poseen idénticos derechos. Es decir, que la legitimación no agrega ningún derecho al hijo; debido a ello creemos que debiera incluso ser suprimida del Código Civil.

¿Y suprimida por qué?. Porque en cierta forma resulta en un menosprecio para el hijo legitimado; porque si hay que legitimarlo eso significa que antes era ilegítimo, - calificativo que produce de por sí estigma. Ahora bien, -- según dispone el artículo 355 del Código Civil para que el hijo pueda gozar del derecho que le concede el artículo --- 354, es necesario que haya sido reconocido:

"Art. 355.- Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente -- antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, -- haciendo en todo caso el reconocimiento ---- ambos padres, junta o separadamente."

Es el caso que conforme al artículo 389, el hijo - reconocido por el padre, por la madre ó por ambos, tiene -- derecho al nombre, a ser alimentado y a la porción hereditaria correspondiente:

"Art. 389.- El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene el derecho:

I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;

II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley,"

Si nosotros cotejamos los derechos que la ley concede a un hijo nacido de matrimonio y los que el artículo 389- expresamente otorga al hijo reconocido, veremos que son exactamente los mismos. Por lo tanto, la legitimación nada adiciona a las prerrogativas de que ya antes disfrutaba un hijo,

y siendo así se ha convertido en una institución inútil, sobre todo por que si bien en otros tiempos el ser hijo legítimo ó ilegítimo era de gran trascendencia desde el punto de vista social, ahora ni lo es ni debe serlo, por que los hijos no deben ni ufanarse ni avergonzarse de las condiciones que rodearon su nacimiento, en tanto que no les son imputables.

4) Obligaciones que derivan de la filiación.

El artículo 413 del Código Civil establece que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Así es, los padres en ejercicio de la patria potestad están obligados a la guarda, educación y alimentación de sus hijos; también les corresponde representarlos jurídicamente dentro y fuera de juicio.

De las obligaciones que hemos mencionado, sin duda la más importante es la consistente en el deber de los padres de proveer alimentos a sus hijos.

"Art. 303.- Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado."

En cuanto al contenido de los alimentos, debemos mencionar que esta expresión no debe ser entendida en el sentido vulgar, es decir como referida exclusivamente a la comida, sino que en Derecho tiene una connotación más amplia:

"Art. 308.- Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia"

tencia en casos de enfermedad, Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionar le algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales."

Cabe aclarar que la obligación de proporcionar al menor un oficio, arte ó profesión, no incluye la de expensarlo para que se establezca a fin de ejercer la actividad que hubiere elegido, pues el artículo 314 establece:

"Art. 314.- La obligación de dar alimentos no comprende la de proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubieren dedicado."

Por su parte, los hijos están obligados a guardar respeto a sus padres, sin importar su edad, condición ó estado. Esta es una norma más bien de carácter moral que de carácter jurídico, pero los códigos suelen darle cabida. Así encontramos que el artículo 411 del Código Civil vigente en el Distrito Federal dispone:

"Art. 411.- Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes."

Como podemos también suponer que los hijos crezcan y los padres envejecan y puedan llegar a caer en desgracia, requiriendo por ello que sea atendida su manutención cuando ya no pueden obtenerla por sí mismos, dado el principio de reciprocidad de los alimentos que consagra el artículo 301,

al respecto el 304 dispone:

"Art. 304.- Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los --- descendientes más próximos en grado."

CAPITULO CUARTO

LA SITUACION DE LOS HIJOS DURANTE LA TRAMITACION DEL -
DIVORCIO Y DESPUES DE DECRETADO ESTE.

I. La situación de los hijos durante la tramitación -
del divorcio.

II. La situación de los hijos después de decretado el -
divorcio.

1. Divorcio voluntario.

A) Situación de los hijos fijada convencional
mente en el divorcio voluntario judicial.

B) Situación del hijo no nato en el caso del -
divorcio administrativo.

2. Divorcio necesario.

A) Disposiciones de carácter genérico relati-
vas a la determinación de la situación de -
los hijos.

B) La pérdida de la patria potestad constitu-
ye una sanción excesiva para el cónyuge --
culpable.

CAPITULO CUARTO

LA SITUACION DE LOS HIJOS DURANTE LA TRAMITACION DEL DIVORCIO Y DESPUES DE DECRETADO ESTE.

I. La situación de los hijos durante la tramitación del divorcio.

La situación de los hijos durante la tramitación del divorcio se ha modificado recientemente con la adición de un párrafo a la fracción VI del artículo 282 del Código Civil, misma que entrará en vigor a partir del día 27 de marzo del presente año de 1984. La fracción relativa mantiene idéntica la redacción de su párrafo primero, pero -- incluirá un segundo cuyo alcance examinaremos enseguida. El texto de la fracción VI que se comenta quedará de la siguiente manera:

"Art. 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio las disposiciones siguientes:

I a V.-

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

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre."

Como puede apreciarse la adición consiste en que en adelante los hijos menores de siete años quedarán al cui

dado de la madre, haciéndose excepción solamente para el -- caso de que de ello derive grave peligro para el normal -- desarrollo de aquéllos. Esto es, bajo cierta luz un retro -- ceso, pues viene a reivindicar el derecho antiguamente -- deferido a las madres, para que se les prefiriera respecto a la custodia de sus hijos pequeños. En efecto, el artícu -- lo 260 del Código Civil, ubicado dentro del Capítulo de nu -- lidad de matrimonio expresaba lo siguiente:

"Art. 260.- Si uno de los cónyuges ha procedido de buena fé, quedarán los hijos -- bajo su cuidado; pero siempre, y aún tratán -- dose de divorcio, las hijas e hijos menores de cinco años se mantendrán al cuidado de -- la madre hasta que cumplan ésta edad, a me -- nos de que la madre se dedicara a la prosti -- tución, al lenocinio, hubiere contraído el -- hábito de embriagarse, tuviera alguna enfer -- medad contagiosa, o por su conducta ofrecie -- re peligro grave para la salud o la morali -- dad de los hijos."

El precepto recientemente transcrito fue modifi -- cado por Decreto publicado el 31 de diciembre de 1974, que entró en vigor sesenta días después. El nuevo artículo, -- que actualmente figura dentro del Código Civil con el núme -- ro 260, tiene un contenido completamente diverso del anter -- rior, como puede verse:

"Art. 260.- El juez en todo tiempo -- podrá modificar la determinación a que se -- refiere el artículo anterior, atento a las -- nuevas circunstancias y a lo dispuesto en -- los artículos 422, 423 y 444, fracción III."

La razón básica que se tuvo para modificar el -- artículo a que acabamos de hacer referencia, aunque parez -- ca paradójico, fué que precisamente en 1975, denominado --

"AÑO INTERNACIONAL DE LA MUJER", el legislador mexicano, en un irracional afán de equiparar a uno y otro sexo, introdujo la reforma que ha dejado el precepto según lo vemos actualmente, es decir con un texto que no prefiere a ninguno de ambos progenitores para que la prole quede a su lado. Como se aprecia, el tratamiento que la disposición reformada dispensa al hombre y a la mujer, es absolutamente igual; en cambio, la nueva adición (consistente en el párrafo segundo de la fracción VI, que venimos comentando) reincide en dar cierta preferencia a la mujer, disponiendo que los hijos cuando no hayan alcanzado la edad de siete años, deben permanecer al lado de la madre. Podría, inclusive, afirmarse que el nuevo texto legal es anticonstitucional, en la medida que pueda estimarse contradictorio del párrafo primero del artículo 4º de nuestra Carta Magna, que dispone:

"Art. 4o.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia."

Es que si partimos de que el varón y la mujer son iguales ante la ley, cualquier preferencia que se establezca en razón de sexo fractura esa igualdad y, por ello, resulta violatoria de la Ley Suprema.

No por el hecho de que la sustentante sea mujer se pronuncia a priori, en favor de la reforma, sino que abstractamente considerada la situación y evaluados imparcialmente los fundamentos que pudieran apoyar a aquélla, se puede concluir que el legislador actuó con tino al disponer que los hijos que no han cumplido los siete años, queden bajo la guarda de su madre. Nos apoyamos para sostener esta tesis, precisamente en la parte final del artículo 4o. Cons

titucional previamente transcrito, cuyo texto señala la obligación a cargo de la ley de proteger la organización y el desarrollo de la familia y no es posible desconocer que una parte importantísima de ésta lo son los hijos menores de edad.

No sólo la Psicología y la Medicina, sino la propia experiencia vital, enseñan que resulta inconveniente para los hijos pequeños ser separados de su progenitora, pues sobre todo durante los primeros años de su crianza el contacto con ella les resulta indispensable. Creemos que debe olvidarse la cuestión relativa a la equiparación del hombre y la mujer (que en cuanto al punto que se analiza es lo menos importante) y colocar el acento en el interés de los hijos menores; dicho de otro modo, la disposición que entrega a los pequeños que no han llegado a los siete años de edad a la custodia materna, no tiene su base en el propósito de favorecer a la mujer sino en el de proteger a los hijos. Lo anterior significaría que si éstos estuvieran mejor al lado de su padre, deberían serle entregados, pero no para el beneficio del progenitor o porque se le prefiriera a la mujer, sino por exigirlo así el interés de la prole.

De todo lo anterior concluimos que la reforma es justificada, ya que los hijos pequeños requieren necesariamente del auxilio de su procreadora, tanto para obtener el adecuado desarrollo físico como su óptima maduración emocional.

Nuestra afirmación es especialmente cierta cuanto más pequeños sean los hijos, pues tratándose de infantes de muy corta edad, más aún lactantes, es obvia la mucha necesi-

dad que tienen de su madre; en situación análoga se encuentran los menores que están aprendiendo a desplazarse y que también por mandato de la naturaleza, son apegados a la mujer que les dió el ser.

Adicionalmente debe advertirse que el párrafo adicionado a la fracción VI no ofrece una solución ciega, mecánica, sino subordinada a la circunstancia de que de ella no resulte un peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. De este modo, si concurriera algún factor que hiciera peligrar la integridad física o la moralidad de los hijos, de tener conocimiento el juez de ello y haberse debidamente comprobado, podrá disponer en contrario a la regla general, es decir, que los hijos sean separados de la madre para quedar al lado de su padre, o de alguna otra persona, por aconsejarlo así el interés de dichos descendientes.

En el fondo, lo que la reforma establece es una presunción *juris tantum* (1) de que los hijos pequeños están mejor junto a su madre.

(1) "Juris tantum. Calificación aplicada a la presunción -- contra la cual se admite prueba en contrario". De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México. 1965. Pág. 177.

II. La situación de los hijos después de decretado el divorcio.

La situación de los hijos tras la consumación -- del divorcio de sus progenitores, depende inicialmente de la clase de divorcio de que se trate.

1. Divorcio voluntario.

A) Situación de los hijos fijada convencionalmente en el divorcio voluntario judicial.

En el caso de que el divorcio haya sido voluntario, debemos recordar que el artículo 273 del Código Civil, en su fracción I, dispone que uno de los puntos que deben resolver los divorciantes en el convenio que están obligados a adjuntar a su solicitud de divorcio, es el relativo a la designación de la persona a quien habrán de ser con-fiados los hijos del matrimonio, no sólo durante el procedimiento sino también cuando ya se haya ejecutoriado la -- sentencia que decreta la disolución del vínculo. Siendo -- así, corresponde a los cónyuges determinar quién va a ser esa persona, pudiendo desde luego tratarse de alguno de -- ellos. Cabe aquí hacer la reflexión que en lo que concierne al divorcio voluntario, no se discute ni debe ser materia de la resolución que se pronuncie, la cuestión relativa a la patria potestad de los hijos; los cónyuges deben -- decidir exclusivamente quién tendrá la custodia de la prole pero no, repetimos, la patria potestad, pues esta no es renunciabile (1). Lo anterior significa que ambos ascen---

(1) Artículo 448 del Código Civil.

dientes mantendrán después de disuelta su unión, la patria potestad de los hijos que hubieren procreado en común. De esta manera, la toma de decisiones importantes, es decir - de aquéllas que implican ejercicio de patria potestad, --- corresponde a los dos progenitores; así por ejemplo, si se trata de autorizar al menor para que contraiga matrimonio - o salga del país, el permiso relativo debe ser concedido - de consuno por el padre y por la madre. La custodia impli ca que los hijos vivirán al lado de aquélla persona, gene- ralmente uno de los padres, a quien se haya conferido la - misma en el convenio de divorcio. Las modalidades que pue den imponerse a esta custodia, en cuanto al derecho que -- corresponde al otro progenitor para visitar a sus hijos, - extraerlos del domicilio en donde vivan y hacer que cohabi- ten temporalmente con él, llevarlos de vacaciones, ó algu- na otra franquicia análoga, deben determinarse en el acuer- do relativo.

Aunque la potestad de determinar la situación de los hijos, tanto en lo relativo a su custodia como a la -- atención de sus necesidades, está reservada a los padres - por mandato legal, no es absoluta, pues corresponde al ór- gano jurisdiccional pronunciar la palabra final, ya apro- bando el convenio presentado por los divorciantes, ya re- chazándolo. Categóricamente el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles en su párrafo final, dispone:

"Art. 680.- Cuando el convenio no fue re de aprobarse, no podrá decretarse la di- solución del matrimonio."

No sólo el juez sino también el C. Agente del Mi- nisterio Público (cuya amplia intervención viene determina

da por los artículos 675, 676, 680 y demás del Código Adjetivo) tiene la alta misión de vigilar que queden debidamente garantizados los derechos de la prole.

A nuestro modo de ver, incluso después de dictada la sentencia que decreta el divorcio la situación de los hijos puede modificarse, ya que las resoluciones firmes dictadas en los negocios de la índole del que nos ocupa, pueden reformarse si las circunstancias así lo determinan. Nuestra solución encuentra apoyo en la aplicación analógica del artículo 84, párrafo final, del Código de Procedimientos Civiles.

B) Situación del hijo no nato en el caso del divorcio administrativo.

El artículo 272 que ya hemos analizado anteriormente, contiene entre sus disposiciones iniciales - la relativa a que para que proceda dicho tipo de divorcio es preciso que los divorciantes no tengan hijos, agregándose en el párrafo tercero que si los tienen y han ocultado dicha circunstancia para obtener la disolución de su vínculo matrimonial, además de que sufrirán las penas que establezca el Código de la materia, el divorcio decretado no producirá efectos legales; ésto último equivale a decir, simplemente, que se considerará como si no se hubieran divorciado.

Si leemos cuidadosamente el artículo 272, notaremos que la expresión utilizada por el legislador es --- "... no tengan hijos"; parece obvio que el precepto se -- está refiriendo al momento actual, es decir, que la exigen

cia consiste en que los divorciantes no tengan prole al momento de la tramitación de su separación. Pero podemos imaginar la hipótesis de que si bien los divorciantes no tienen hijos en dicho momento, la mujer puede encontrarse en estado de gravidez; esto es, que si ahora no es madre lo va a ser en el futuro. Bien puede ocurrir que la mujer recientemente embarazada concorra con su todavía marido, a tramitar el divorcio administrativo, incluso de buena fé, es decir, ignorando que ha concebido. Supongamos que en éstas circunstancias se tramita el divorcio y se declara la disolución del vínculo. La cuestión a resolver es la siguiente: ¿Producirá ó no producirá efectos legales el divorcio obtenido?. Si hemos de resolver este problema desde el punto de vista estrictamente técnico, nuestra opción es en el sentido de que el divorcio si producirá efectos, aunque habrá que adoptar las medidas necesarias para salvaguardar los intereses del hijo que nazca. Analicemos cuáles son las razones que nos autorizan a dar esta solución.

En primer lugar, el artículo de manera expresa establece como condición para la procedencia del divorcio administrativo que los cónyuges "no tengan hijos", con lo cual está hablando del momento presente. Cuestión distinta sería si dijera "que no tengan ó haya concebido hijos". Pero, ¿no será suficiente el hecho de la concepción para que ya no se satisfaga el requisito legal?. A nuestro entender, habrá que partir de la solución al problema de si es equiparable la concepción con el nacimiento, esto es, si la fórmula legal "no tengan hijos" que claramente está hablando de hijos nacidos, es también aplicable a los que tan sólo han sido concebidos.

Como punto de arranque recordemos que el artículo 22 del Código Civil establece lo siguiente:

"Art. 22.- La capacidad jurídica de -- las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."

Del texto transcrito aparece que la capacidad (ó por mejor decir, la personalidad) de las personas físicas se extiende entre dos extremos que son el nacimiento y la muerte. El nacimiento constituye el evento que permite la adquisición de personalidad (ó capacidad, como dice el Código) jurídica, de modo que la concepción no es bastante para que haya tal adquisición. Si bien lo anterior constituye la regla general, la parte final del precepto dispone que, sin embargo, al concebido se le tendrá por nacido para los efectos que se declaran en el propio Código. Así pues, el problema que hemos planteado y cuya solución buscamos, se reduce a definir cómo debe ser considerado el concebido a los efectos de la tramitación de un divorcio voluntario administrativo.

Si revisamos cuidadosamente el Código Civil, notaremos que los casos que declara el Código para el efecto de que al concebido se le tenga por nacido, son exclusivamente dos, referidos respectivamente a la captación de una herencia y a la recepción de una donación. La primera de ambas hipótesis se encuentra contemplada en el artículo 1314 del Código Civil que dispone:

"Art. 1314.- Son incapaces de adquirir - por testamento o por intestado, a causa de - falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337."

El segundo supuesto aparece en el artículo 2357:

"Art. 2357.- Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337."

Quizá convendría hacer la aclaración de que el -- artículo 337 que se menciona, es el que contiene el concepto legal de nacimiento; dicho artículo en la parte conducente establece:

"Art. 337.- Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil."

Hemos visto que dentro del Código Sustantivo existen sólo dos casos de excepción a la regla general. La nueva cuestión a dilucidar es la concerniente a si la misma -- solución que se da a los dos casos mencionados, se puede -- aplicar también tratándose del concebido pero no nacido, -- cuando sus padres se han divorciado por el procedimiento -- administrativo. Creemos que no se puede extender la solución de que se trata al caso últimamente mencionado, basándonos para ello en lo dispuesto por el artículo 11 del Código Civil:

"Art. 11.- Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes."

Hemos dicho previamente que los casos de adquisición de una herencia y la captación de una donación por el concebido, son excepciones a la regla general; por ello en aplicación estricta del artículo 11 no puede hacerse extensiva dicha excepción a un caso que la ley no prevé expresamente.

Si nos preguntamos acerca de cuál pudo haber sido el motivo que impulsó al legislador a establecer en el artículo 272 del Código Civil, que cuando hay hijos el divorcio obtenido en la vía administrativa no producirá efectos, la respuesta lógica es que trató de preservar mediante la intervención de la autoridad judicial, los intereses de los descendientes menores, con objeto de que éstos vieran garantizados los alimentos que les corresponden y así también, en general el cumplimiento de la suma de deberes que los padres tienen para con ellos. Empero, a nosotros nos parece excesiva la previsión legal, pues si se ha tramitado el divorcio es precisamente por que los padres han renunciado a continuar su convivencia; estamos convencidos de que es inútil la prolongación de la vida en común de una pareja, cuando ya no existe voluntad para mirarse recíprocamente como cónyuges. Por otro lado, resulta claro de que independientemente de que haya o no pacto entre los divorciantes respecto a los derechos alimentarios de los hijos, éstos últimos poseen tales derechos, porque la ley se los otorga. A nuestro entender todo hijo, por el sólo hecho de serlo, tiene derecho a que se le proporcionen alimentos, a llevar los apellidos de sus progenitores y a percibir en la vía legítima la porción here

ditaria correspondiente, y a eso debemos agregar que la ley provee múltiples medios legales para hacer efectivas las -- prerrogativas citadas.

2. Divorcio necesario.

A) Disposiciones de carácter genérico relativas a la determinación de la situación de los hijos.

En el caso del divorcio necesario, el artículo -- 283, todavía en vigor, ofrece las que llama "reglas" para -- fijar la situación de los hijos:

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

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

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

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

Como puede apreciarse, las reglas ofrecidas por este precepto son en algunos casos francamente absurdas, -- independientemente de que tienen apariencia de rigidez, por lo cual los tribunales familiares suelen aplicarlas de manera mecánica, esto es, limitándose a constatar si la hipótesis prevista en cada una de dichas reglas corresponde a la que se examina en el caso concreto, y aplicando la solución legal automáticamente. Es cierto que el artículo 284 prevé la posibilidad de hacer flexibles las reglas anteriormente transcritas, en tanto que faculta al juez para que antes de que provea definitivamente sobre la patria potestad, escuche a los abuelos, tíos ó hermanos mayores, y así norme su decisión. Incluso el mismo precepto da potestad al juzgador para modificar su decisión, cuando las circunstancias -- así lo exijan:

"Art. 284.- Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a -- petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

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

No obstante su falta de idoneidad, las soluciones del artículo 283 mantuvieron su vigencia por más de cincuenta años; sin embargo el decreto de 13 de diciembre de 1983, publicado el día 27 del mismo mes y año (al que hemos aludido en diferentes ocasiones), modifica esta situación, reformando substancialmente el texto del precepto que nos ocupa, para articularlo de la siguiente manera:

"Art. 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor."

Debemos considerar acertada la solución que confiere al juez amplias facultades para resolver cuanto atañe a los derechos y obligaciones que resultan de la patria potestad para los padres divorciados. La práctica ofrece una gran variedad de situaciones, de modo que las soluciones rígidas son inadecuadas para dar cabida a la dinámica y múltiple realidad; casi nos inclinamos a sostener que el juez debe crear una solución particular para cada caso. No obstante, debemos mencionar que la autorización que se concede al juzgador para que determine sobre la "pérdida, suspensión ó limitación" del ejercicio de la patria potestad, resulta un tanto incoherente con las disposiciones reguladoras de ésta, en tanto que dentro del capítulo relativo a ella se hace mención a los casos en los cuales puede tener lugar la terminación (art. 443), la pérdida (art. 444), la suspensión (art. 447 y la excusa (art. 448) de dicha patria potestad, pero en ningún momento se habla de la limitación de su ejercicio. Esto último es así, por que la patria potestad constituye una categoría: simplemente se le tiene ó no. Resulta inconcebible una patria potestad limitada; en ninguna parte del capítulo del Código Civil que la regula, encontramos la posibilidad de que se impongan limitaciones-

a su ejercicio. Creemos que para dar total coherencia sistemática a las soluciones legales, debería desaparecer del nuevo artículo 283 el término limitación, ó bien agregar dentro del capítulo relativo al ejercicio de la patria potestad, un precepto en donde se diga qué se entiende por limitación a la patria potestad, cuáles son los casos en que dicha limitación procede y, finalmente, en qué pueden consistir tales limitaciones.

B) La pérdida de la Patria Potestad constituye -- una sanción excesiva para el cónyuge culpable.

La pérdida de la patria potestad constituye, en -- nuestro criterio, una sanción excesiva para el cónyuge culpable, que debiera desaparecer. Si examinamos las diferentes causales de divorcio, podremos percatarnos de que en la gran mayoría de ellas la conducta de él o la progenitoria culpable, no lesiona el interés de los hijos, pues si acaso pudiera ofrecer algún reflejo inconveniente para ellos, este suele ser de poca trascendencia. Siendo así, la pérdida de la patria potestad que sufra el progenitor respecto de aquél a quien engendró ó concibió, resulta excesivo, pues significa la desaparición de todo derecho. Creemos que el único caso en el cual se justificaría la pérdida de la patria potestad como sanción a alguno de ambos padres, es el previsto en la fracción V, del artículo 267, que como ya hemos visto anteriormente, consiste en la realización de actos inmorales tendientes a corromper a los hijos, o bien la tolerancia positiva de esa corrupción. Es evidente que en la hipótesis a que hemos hecho referencia, el contacto de los hijos con su padre o su madre, según el caso, resulta pernicioso y entonces sí habrá que separar urgentemente a unos de otros, e incluso

sancionar al ascendiente con la pérdida de la patria potestad, por su conducta atentatoria, que además viola el deber de educación que la ley establece a cargo de quienes - han procreado. Pero, reiteramos, fuera del caso mencionado, no encontramos ningún otro en el cual se justifique la pérdida de la patria potestad como consecuencia de la sentencia de divorcio.

CONCLUSIONES

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

- PRIMERA: Los pueblos de la antigüedad, en su mayoría, conocieron el divorcio en su expresión más amplia, es decir, como la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en aptitud de contraer una nueva unión.
- SEGUNDA: El Derecho Civil Mexicano del siglo pasado y principios del actual, consagró el divorcio como la simple separación de cuerpos, esto es como la mera supresión de la convivencia conyugal, pero persistiendo las demás obligaciones inherentes al matrimonio.
- TERCERA: Dentro del Código Civil vigente se regulan tanto el divorcio vincular como el no vincular. El primero admite dos variedades: voluntario, que puede ser administrativo ó judicial, y necesario; el segundo, procede en los casos en que el cónyuge sano desea permanecer unido en matrimonio, pero exonerado de la obligación de cohabitar con su consorte.
- CUARTA: Históricamente la situación de los hijos ha sido influida notoriamente por el hecho de que la procreación hubiere ocurrido dentro ó-

fuera de matrimonio. Por fortuna, el Código Civil actualmente en vigor reconoce a todos los hijos cuya filiación se encuentra establecida conforme a la ley, los mismos derechos, sin que tenga trascendencia al efecto, si la concepción de ellos fué o no matrimonial.

QUINTA: Durante la tramitación del divorcio, de acuerdo a la reforma del artículo 282 del Código Civil, los hijos menores de siete años deben quedar al lado de la madre. Estamos acordes con la modificación legal, porque entendemos que no se hizo para favorecer a la mujer, ni rompe el principio de igualdad que consagra el artículo 4o. Constitucional; asumimos que la medida tiene como propósito el de proteger a los pequeños que, lactantes ó en su primera infancia, mucho necesitan de su madre.

SEXTA: Igualmente nos parece acertada la reforma al artículo 283 del Código Civil, conforme a la cual se deja a la decisión del juez "...todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión ó limitación", pues las tres reglas que hasta recientemente venía consagrando di-

cho precepto, además de ofrecer soluciones aberrantes, solían ser aplicadas de manera mecánica por los tribunales familiares, sin profundizar mayormente sobre el interés de los hijos.

SEPTIMA: Si la mujer que tramita su divorcio administrativo no tiene hijos pero ha concebido alguno, la sentencia que decreta la disolución del matrimonio debe considerarse válida y -- producir todos sus efectos jurídicos, pues -- la concepción no se equipara al nacimiento, -- en el caso que nos ocupa.

OCTAVA: No debe, en nuestro concepto condenarse al -- cónyuge culpable en el divorcio a la pérdida de la Patria Potestad, sino en el caso de la fracción V del artículo 267 del Código Civil, esto es, cuando realice actos inmorales tendientes a corromper a los hijos ó bien tolerar positivamente esa corrupción. Estimamos que la sanción consistente en la pérdida de la patria potestad, resulta excesivamente -- cruel para el cónyuge que es despojado de -- ella.

BIBLIOGRAFIA

- AHRENS, E. Historia del Derecho. Edit. Impulso. 1945
Traducción Francisco Giner y A.G. de Linares.
- AHUMADA G. SERGIO Los Pines del Derecho. Edit, Lucema. Quito Ecuador. 1968.
- ARIAS, JOSE Derecho de Familia. Editorial Guillermo --
Kraf Limitada. Buenos Aires. 1952.
- BARROSO F. JOSE Apuntes Primer Curso de Derecho Civil. 1968
- CARBONNIER, JEAN Derecho Civil. Tomo I. Vol. II. Bosch Casa-
Editorial-Barcelona. 1961,
- CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE Curso Elemental de Derecho Civil Español. -
Tomo VI. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid. 1920.
- DE PINA, RAFAEL Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. I.
Edit. Porrúa. 1960.
- ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO Apuntes para la Historia del Derecho en Mé-
xico. Edit. Polis. Tomo I. 1965.
- FERNANDEZ, CLERIGO LUIS El Derecho de Familia en la Legislación Com-
parada. Unión Tipográfica Edit. Hispano-Americana. México. 1947.

- FLORES BARROETA, BENJAMIN Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. Univ. Iberoamericana. México. 1965.
- GARCIA TELLEZ, IGNACIO Motivos, Colaboración y Concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano. Edit. Porrúa México. 1956.
- GORLICH, ERNST J. Historia del Mundo. Ediciones Martínez Roca. Barcelona. 1972.
- H. ALBA, CARLOS Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano. México. 1949.
- JOSSERAND, LOUIS Derecho Civil. Tomo I. Vol. II. Ediciones Jurídicas Europa-Americana. Bosch y Cia. - Editores. Buenos Aires. 1950.
- MARGADANT, F. GUILLERMO. Derecho Romano. Edit. Esfinge. 1974.
- MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN Lecciones de Derecho Civil. Ediciones Jurídicas Europa-Americana. Primera Parte. Tomo IV. Buenos Aires. 1954.
- PETIT, EUGENIO Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional. México. 1952.
- PLANIOL, MARCEL Tratado Elemental de Derecho Civil Francés Vol. IV. Ediciones Cajiga. Puebla. 1946.

- PLANITZ, HANS Principios de Derecho Privado Germánico,
Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1957.
- ROJINA VILLEGAS,
RAFAEL Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho
de Familia. Vol. II. Antigua Librería Ro-
bledo. México. 1962.
- SOHM, RODOLFO Instituciones de Derecho Privado Romano.
Historia y Sistema. Gráfica Panamericana,
S. de R.L. México, 1951.
- ZAMORA CASTRO,
OTILIO Derecho Romano. Montevideo. Edición del -
autor. 1979.

LEGISLACIONES CONSULTADAS

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..

Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827-1828.

Código Civil de 1870 para el Distrito Federal.

Código Civil del Distrito Federal de 1884.

Comentado y Anotado. (Mateos Alarcon).

Ley Carranza de 1914.

Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

JURISPRUDENCIA

Semanario Judicial de la Federación,

Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes. Actualización IV.

Tercera SALA de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ediciones Mayo. 1978.

OTROS DOCUMENTOS.

Santa Biblia. Antiguo y Nuevo Testamentos. La Biblioteca Mexicana del Hogar. México (Impreso en la Gran Bretaña en la imprenta de Richard Clay. The Chaucer Press Ltd. Bungay, Suffolk, Diciembre de 1972) Nuevo Testamento.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española.

De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México. 1965.

Dic. Enc. Abrev. Tomo III. Espasa-Calpe Argentina. Buenos-Aires. México. 1945.